

ZK 10 569, publiziert September 2011

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 2. Mai 2011

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier, Oberrichter Messer und Oberrichter Bähler
Gerichtsschreiber Erismann

Verfahrensbeteiligte

Mutter A.,
Klägerin/Appellantin 1

Tochter B.
Klägerin/Appellantin 2

gegen

Ärztin C.,
Beklagte/Appellatin

Gegenstand

Haftpflichtrecht (Arzthaftung)

Appellation gegen das Urteil des Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 18. Oktober 2010

Regeste:

1) Art. 47 OR und Art. 49 OR (i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR); Anspruch eines zufolge unterlassener pränataler Diagnostik nicht abgetriebenen, sondern behindert zur Welt gekommenen Kindes auf Genugtuung (sog. Wrongful life-Klage).

2) Das behindert zur Welt gekommene (statt abgetriebene) Kind hat weder aus Delikt noch aus Vertrag einen Genugtuungsanspruch gegenüber der Ärztin, welche die notwendige pränatale Diagnostik nicht vornahm und deshalb die genetisch bedingte Behinderung nicht erkannte. Der Umstand, mit einer Behinderung geboren statt abgetrieben worden zu sein, stellt keine immaterielle Unbill dar.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Nach Ablauf der 12-Wochen-Frist von Art. 119 Abs. 2 StGB suchte die schwangere Mutter A. die Frauenärztin C. auf. Angesichts des der Ärztin bekannten, erhöhten Risikos, dass die ungeborene Tochter B. an einer vererblichen Stoffwechselerkrankung leiden könnte, hätte die Ärztin C. weitergehende pränatale Untersuchungen vornehmen müssen, welche sie

jedoch unterliess. Es war beweismässig erstellt, dass die Mutter mit grösster Wahrscheinlichkeit abgetrieben hätte (und dies auch legal hätte tun können), hätte sie von der Erkrankung ihrer Tochter gewusst.

Sowohl die Mutter A. als auch die Tochter B. klagten gegen die Ärztin C. auf Genugtuung.

Die Vorinstanz hatte den Anspruch der Mutter auf Genugtuung (sog. Wrongful birth-Anspruch) bejaht, da diese durch Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten der Ärztin sowohl in ihrem körperlichen Selbstbestimmungsrecht verletzt als auch in ihren affektiven Beziehungen zu ihrer Tochter beeinträchtigt worden sei und somit eine immaterielle Unbill erlitten habe. Aufgrund prozessualer Umstände (Verschlechterungsverbot) hat die Kammer die diesbezüglichen Haftungsvoraussetzungen nicht geprüft, sondern lediglich über die Genugtuungshöhe befunden und dabei den vorinstanzlichen Entscheid (Genugtuungssumme CHF 30'000) bestätigt.

Die Klage der Tochter wies die Vorinstanz im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Vergleich des behinderten Lebens mit dem hypothetisch heilen Leben des Kindes sei nicht zulässig und die Frage ob die Nichtexistenz verglichen mit einer schweren Behinderung genugtuungsrechtlich einen vorteilhafteren Zustand darstelle müsse offen bleiben.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Formelles

(...)

III. Sachverhalt

(...)

IV. Rechtliches

A. Vorbemerkung: Klagen aus „Wrongful birth“ und „Wrongful life“

1. Sowohl die Wrongful birth- als auch die Wrongful life-Klage betreffen Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen im Zusammenhang mit der Geburt eines (in den Augen der Eltern) unerwünschten Kindes. Die Wrongful birth-Klage ist das Rechtsmittel der Eltern, die Wrongful life-Klage dasjenige des behindert geborenen Kindes. Die Klagen richten sich i.d.R. gegen eine Medizinalperson, welche aufgrund eines Fehlers in der

Behandlung, Beratung oder Aufklärung der Eltern zivilrechtlich für die unerwünschte Geburt verantwortlich gemacht wird⁶.

2. Insbesondere der Anspruch des Kindes aus Wrongful life ist unter der Geltung des schweizerischen Rechts aber auch ausländischer Rechtsordnungen umstritten. Während der französische Kassationshof den Anspruch des Kindes im viel diskutierten Fall „Perruche“⁷ bejahte, verneinte der deutsche Bundesgerichtshof im Jahre 1983 einen solchen⁸. Auch der österreichische Oberste Gerichtshof anerkannte keinen Anspruch des behindert geborenen Kindes aus Wrongful life⁹. In der Schweiz existiert soweit ersichtlich noch keine Rechtsprechung zu dieser Frage¹⁰.

B. Klage der Klägerin 1 (Wrongful birth-Klage)

i. Haftungsvoraussetzungen

1. Die *Klägerin 1* macht im Rahmen der Teilklage einen Genugtuungsanspruch aus Wrongful birth in der Höhe von CHF 50'000.00 geltend. Sie beruft sich auf eine vertragliche Grundlage und verlangt eine Genugtuung wegen Verletzung der Persönlichkeit gestützt auf Art. 49 OR.
2. Diese Bestimmung verleiht demjenigen einen Genugtuungsanspruch, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wurde, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wieder gutgemacht werden kann (Art. 49 Abs. 1 OR). Voraussetzung für einen vertraglichen Genugtuungsanspruch ist kumulativ der Nachweis (1.) einer Vertragsverletzung, (2.) einer immateriellen Unbill in Form einer nicht anders wieder gutmachenden Persönlichkeitsverletzung mit einer gewissen Schwere, sowie (3.) eines rechtserheblichen Kausalzusammenhangs zwischen der Vertrags- und der Persönlichkeitsverletzung. Ebenfalls Vorliegen muss (4.) ein Verschulden der ihre vertraglichen Pflichten verletzenden Person, wobei dieses Verschulden jedoch vermutet wird.
3. Die *Beklagte* bestreitet insbesondere das Vorliegen einer Vertragsverletzung.
4. Die *Vorinstanz* erachtete die eben erwähnten Voraussetzungen für eine Genugtuung basierend auf Art. 49 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR als erfüllt:

Sie kam zum Schluss, zwischen den Parteien sei durch konkludentes Handeln ein Behandlungsvertrag zu Stande gekommen, welcher als Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR zu qualifizieren sei. Der Umfang des Auftrags habe sich gemäss Art. 396 Abs. 1 OR nach der Natur des zu besorgenden Geschäfts, vorliegend demnach nach den massgeblichen

⁶ TANJA MELCHERT, Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von Wrongful life, Jusletter 12.1.2004, Rz. 2.

⁷ Urteil der Cour de cassation vom 17. November 2000, JCP G 2000, II, 10438 (S. 2293-2302).

⁸ Vgl. CHRISTOPH MÜLLER, Arzthaftung für das unerwünschte behinderte Kind, AJP 5/2003, 522 ff., 529 und dortige Fn. 72.

⁹ OGH 10B91/99k vom 25. Mai 1999, abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at>.

¹⁰ So auch MÜLLER [Fn. 8], 524.; MELCHERT [Fn. 6], Rz. 9.

medizinischen Berufspflichten und –standards, d.h. den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst, bestimmt. Zu diesen Regeln der ärztlichen Kunst habe in casu auch die Vornahme der indizierten pränatalen Diagnostik gehört. Nachdem sachverhaltsmässig nicht erwiesen war, dass die Klägerin 1 auf die Vornahme derselben verzichtete, bzw. nicht erstellt war, dass sie das Kind auch bei entsprechender Krankheitsdiagnose ausgetragen hätte, qualifizierte die Vorinstanz die Unterlassung der Beklagten als *Vertragsverletzung*.

Die Vorinstanz hielt weiter dafür, dass, obwohl die 12-Wochenfrist von Art. 119 Abs. 2 StGB in casu bereits abgelaufen war, als die Klägerin 1 die Beklagte erstmals aufsuchte, ein strafloser Schwangerschaftsabbruch zu diesem Zeitpunkt aufgrund sozialmedizinischer Indikation (Gefahr einer schweren seelischen Notlage) unter Berücksichtigung der embryo-pathischen Indikation (unzumutbare Überforderung der Mutter durch Pflege und Erziehung des kranken Kindes) ärztlich vertretbar und damit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 StGB straflos gewesen wäre. Indem der Klägerin 1 diese Möglichkeit genommen worden sei, sei sie in *ihrem körperlichen Selbstbestimmungsrecht* als Teilgehalt des *physischen Schutzbereichs der Persönlichkeit* verletzt worden. Zudem zeitige der erhöhte Betreuungs- und Pflegeaufwand eine erhebliche Auswirkung auf die persönlichen Verhältnisse der Klägerin 1 und diese sehe sich jeden Tag mit den Leiden der Klägerin 2 konfrontiert, weshalb auch eine Verletzung des *psychischen Schutzbereichs der Persönlichkeit* in Form einer Beeinträchtigung der affektiven Beziehungen zum Kind zu bejahen sei. Sowohl die Vereitelung des Rechts, selbst über einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden zu können, als auch die Auswirkungen der Geburt der an [...] erkrankten Klägerin 2 auf die Lebensgestaltung der Klägerin 1 und die affektive Beziehung zum Kind stellten Persönlichkeitsverletzungen dar, deren Schwere eine Genugtuung rechtfertige.

Nachdem erstellt war, dass die Klägerin 1, hätte sie um die Erkrankung ihrer Tochter gewusst, sich mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einer Abtreibung entschlossen hätte, kam die Vorinstanz zum Schluss, die Unterlassung der pränatalen Diagnostik sei für die Persönlichkeitsverletzung ursächlich. Mit anderen Worten: die Vorinstanz erachtete den *hypothetischen Kausalzusammenhang* als gegeben, da die Persönlichkeitsverletzung bei Vornahme der gebotenen pränatalen Diagnostik mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre.

Da sich die Beklagte nicht zu exkulpieren vermochte, bejahte die Vorinstanz schliesslich auch deren *Verschulden* (Art. 97 Abs. 1 OR).

Nachdem keine alternative Wiedergutmachung vorlag, kam die Vorinstanz zusammenfassend zum Schluss, der Klägerin 1 stehe gegenüber der Beklagten im Grundsatz ein Genugtuungsanspruch zu.

5. Wie bereits ausgeführt¹¹ sind diese Feststellungen der Vorinstanz aufgrund des im Rechtsmittelverfahren geltenden Verschlechterungsverbots nicht zu überprüfen. Zwar könnte die Kammer bezüglich der Haftungsvoraussetzungen von der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz abweichen, doch müsste selbst bei Verneinung eines

¹¹ Oben II. Rz. 1, S. 3.

Genugtuungsanspruchs aus prozessualen Gründen eine Genugtuungssumme im Betrag von mindestens CHF 30'000.00 gesprochen werden, weshalb sich die Prüfung erübrigt. Offen gelassen werden kann damit auch die Frage, ob die Bejahung eines Anspruchs der Mutter von der Bejahung eines Anspruchs des Kindes (und umgekehrt) abhängt¹².

(...)

C. Klage der Klägerin 2 (Wrongful life-Klage)

(...)

i. Lehre und Rechtsprechung zu Wrongful life

(a) Rechtsprechung

1. Im bereits erwähnten Fall „Perruche“ hatte die Vollversammlung des französischen Kassationshofes (Cour de cassation, Assemblée plénière) entschieden, der aufgrund einer Röteln-Erkrankung der Mutter schwer behindert zur Welt gekommene Sohn Nicolas habe einen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber dem Arzt, welcher in Verletzung seiner Sorgfaltspflichten die Mutter fälschlicherweise dahingehend informiert hatte, dass sie gegen Röteln immun sei und für das ungeborene Kind daher keine Gefahr bestehe. Wie im vorliegenden Fall war beweismässig erstellt, dass die Mutter das Kind abgetrieben hätte, wäre sie korrekt informiert worden.

Ein massgebliches Argument für die Bejahung des Anspruchs des Kindes war für den französischen Kassationshof, dass auch der Anspruch der Eltern einen Schaden des Kindes voraussetze: „[...] *le préjudice des parents est, en dernière analyse, fondé exactement sur la même faute que celle invoquée par l'enfant. En indemnisant les*

¹² Vgl. zu den dahingehenden Meinungen in der Literatur unten IV.C.2.b, insbesondere den dort zitierten Aufsatz von TORRIONE [Fn. 29].

¹³ (...)

¹⁴ (...)

¹⁵ (...)

¹⁶ (...)

¹⁷ (...)

¹⁸ (...)

¹⁹ (...)

²⁰ (...)

²¹ (...)

²² (...)

²³ (...)

²⁴ (...)

²⁵ Art. 1 Ziff. 2 der Klage, p. 13; schriftlicher Parteivortrag, p. 241, mit Verweis auf THOMAS MANNSDORFER, AJP 11/2002 1361 ff. (zit. AJP 2002), 1364.

²⁶ Art. 10 der Klage, p. 53 ff.

parents, on accepte nécessairement l'idée de faire abstraction de la vie qui, sans la faute commise, n'aurait pas existé." ²⁷.

Der französische Kassationshof unterschied zwischen Leben und Behinderung²⁸. Die Behinderung wird somit nicht im Zusammenhang mit dem Leben des Kindes gesehen, sondern mit dem Recht der Mutter, das behinderte Kind nicht auf die Welt zu bringen²⁹. Es wäre nach Ansicht des Kassationshofes ein Widerspruch, wenn sich das Kind nicht auf die Möglichkeit der Abtreibung berufen könnte, während diese Möglichkeit von der Rechtsordnung (unter gewissen Voraussetzungen) als rechtmässig erachtet wird und von der Mutter in casu hätte vorgenommen werden können³⁰.

Zu ersetzen ist nach der „Peruche“-Rechtsprechung nicht nur der materielle, sondern auch der immaterielle Schaden³¹.

Diese Rechtsprechung hat der französische Kassationshof in der Folge wiederholt bestätigt³², bevor Wrongful life-Klagen schliesslich durch den französischen Gesetzgeber mit der sog. „Loi Kouchner“ verunmöglicht und Wrongful birth-Klagen der Eltern stark beschränkt wurden³³. Dieses Gesetz hält betreffend Wrongful life fest, dass niemand ausschliesslich aufgrund seiner Geburt Schadenersatz geltend machen kann³⁴. Hinsichtlich Wrongful birth schliesst das Gesetz den durch die Behinderung entstandenen Unterhaltsmehraufwand als Schadensposten ausdrücklich aus³⁵.

2. Auch in England wurde ein Anspruch des Kindes gesetzlich ausgeschlossen³⁶. Zuvor hatte ein englisches Gericht eine Wrongful life-Klage abgewiesen, weil die Schadensberechnung nach der Differenztheorie unmöglich sei³⁷.

In Österreich hat der Oberste Gerichtshof (OGH) die Klage eines (genetisch bedingt) missgebildet geborenen Kindes gegen den Arzt, der die Missbildung bei der pränatalen Ultraschalluntersuchung nicht erkannt hatte, im Jahre 1999 abgewiesen³⁸. Wie

²⁷ Rz. 46 der Ausführungen des Berichtstatters, Urteil abrufbar unter http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/jurisprudence_1363.

²⁸ MÜLLER [Fn. 8], 531 vor Fn. 91.

²⁹ HENRI TORRIONE, Le préjudice d'être né, HAVE 2006, S. 388 ff., zusammengefasst in: DAVID VASELLA/ANTON K. SCHNYDER, Haftpflicht und Privatversicherungsrecht, Entwicklungen 2006, njus.ch, Bern 2007, 128.

³⁰ DAVID RÜETSCHI, „Wrongful Life“ – die französische Sichtweise, FamPra.ch 2/2001, p. 266 ff., 271.

³¹ Vgl. MANNSDORFER, AJP 2002 [Fn. 25], 1364.

³² Vgl. MÜLLER [Fn. 8], 526 Fn. 29 und 30 sowie die Entscheidbesprechung von MANNSDORFER, AJP 2002 [Fn. 26], 1360 ff.

³³ Vgl. MANNSDORFER, AJP 2002 [Fn. 25], 1365; GUY CHAPPUIS, L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré: une simple question d'arithmétique? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français, HAVE 2006, 378 ff., 379 f.

³⁴ Vgl. MÜLLER [Fn. 8], 529 Fn. 69 f.

³⁵ MÜLLER [Fn. 8], 526 und Fn. 32.

³⁶ Vgl. RÜETSCHI [Fn. 30], 269 Fn. 6.

³⁷ McKay v. Essex AHA, [1982] QB 1166, 1192, zitiert in: RÜETSCHI [Fn. 30], 273 vor Fn. 16.

vorliegend war beweismässig erstellt, dass die Mutter das Kind bei Kenntnis dessen Behinderung abgetrieben hätte.

Der OGH verneinte einen Anspruch aus Wrongful life wegen fehlenden Schadens und fehlender Kausalität:

Er hielt fest, es entziehe sich den Möglichkeiten einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob das Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative, nicht zu leben, überhaupt einen Schaden im Rechtsinn oder aber eine immer noch günstigere Lage darstelle. Sowohl eine vertragliche als auch eine deliktische Haftung des Arztes sei daher zu verneinen.

Jedenfalls stehe dem Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen aufgrund der Behinderung des Kindes auch die mangelnde Verursachung durch den Arzt entgegen, da das Kind auch bei rechtmässigem Verhalten des Arztes nicht gesund geboren worden wäre.

Der Mensch habe grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet sei, und er habe keinen Anspruch auf dessen Verhütung oder Vernichtung durch andere. Soweit der Mutter von der Rechtsordnung gleichwohl die Möglichkeit der Abtreibung gewährt werde, könne daraus dem Kind der Mutter gegenüber kein Anspruch auf Nichtexistenz erwachsen. Wollte man dem Arzt gegenüber anders entscheiden, so müsste folgerichtig auch eine Haftung der Eltern ihrem Kind gegenüber über ihre Unterhaltsverpflichtung hinaus bejaht werden, wenn sie es trotz schwerer genetischer Belastung gezeugt oder am Leben gelassen hätten.

Es erscheine zwar vordergründig als zutreffend, dass das Kind als eigentlich Verletzter und Geschädigter anspruchsberechtigt sein solle, und es sei auch richtig, dass bei oberflächlicher Betrachtung ein Widerspruch darin erblickt werden könnte, dass beim Anspruch der Eltern (aus Wrongful birth) die Existenz des Kindes und das Entstehen der Unterhaltspflicht isoliert voneinander gewürdigt würden. Diese Ansätze seien jedoch rechtsdogmatisch nicht haltbar, da die mangelnde Aufklärung durch den Arzt den „Schaden“ eben gerade nicht zur Folge habe. Die Anerkennung des Wiedergutmachungsinteresses der Eltern sei daher kein akzeptables Kriterium, welches einen „Grössenschluss“ zugunsten des Kindes zu tragen vermöchte.

(b) Lehre

1. Ob in Wrongful life-Situationen, also in Fällen, in welchen eine (bereits angelegte und nicht behandelbare) Erkrankung des ungeborenen Kindes während der Schwangerschaft nicht entdeckt wird, das Kind überhaupt einen Schaden bzw. eine immaterielle Unbill erleidet, ob diese bejahendenfalls durch den Arzt kausal verursacht wurden und auf welcher Rechtsgrundlage ein Wrongful life-Anspruch überhaupt gründen könnte, ist in der Literatur umstritten:

MANNSDORFER³⁹ führt in seiner in der Klage zitierten Dissertation aus, es gebe keinen Grund, dem oft lebenslang leidenden Kind einen eigenen Anspruch zu verwehren. Sein

³⁸ Siehe Fn. 9.

Schutz dürfe nicht an dogmatischen Schranken scheitern. Die Berufspflicht der Medizinalperson, die Eltern bei drohenden schweren Gesundheitsschäden rechtzeitig und umfassend über einen legalen Schwangerschaftsabbruch zu beraten, erstrecke sich im Sinne einer Vorwirkung auch auf die ungeborene Person, deren (künftige) Rechtsgüter und Persönlichkeitsrechte ganz direkt betroffen seien. Ersatz sei nicht für die eigene Existenz sondern für den aus der erlittenen Behinderung folgenden Vermögensschaden geschuldet. Der Vergleich mit der „Nichtexistenz“ sei irreführend. Ein Recht auf Nichtexistenz existiere nicht und es sei schlicht unmöglich, einen Vergleich mit der Nichtexistenz anzustellen. Entscheidendes Kriterium für einen Ersatzanspruch des Kindes sei deshalb allein, ob das Kind durch das sorgfaltswidrige Fehlverhalten der Medizinalperson gesundheitlich geschädigt das Licht der Welt erblicke. Sofern sich dieser Gesundheitsschaden in einem Vermögensnachteil ausdrücke, könne das „unerwünschte“ behinderte Kind einen Schadenersatzanspruch aus Wrongful life geltend machen, wobei es deliktsrechtlich mit einem (hypothetisch) gesunden und nicht mit einem „nicht geborenen“ Kind verglichen werden müsse. Diese Haftung sei jedoch einerseits auf Fälle schwerer Gesundheitsschäden und auf den Ersatz des unterhaltsbedingten Mehraufwandes zu beschränken. Andererseits sei die Haftung der Medizinalperson auf Schadenersatz beschränkt, da der Umstand, überhaupt geboren zu sein, keine immaterielle Unbill darstelle und daher zu keiner Genugtuungsleistung führen könne⁴⁰. Zum Kausalitätsnachweis genüge, dass erstellt sei, dass der Gesundheitsschaden bei pflichtgemäßem Verhalten der Medizinalperson nicht entstanden wäre, wobei es nicht darauf ankomme, dass dies mit der alternativen Nichtexistenz verbunden gewesen wäre.

MÜLLER⁴¹ hält entgegen MANNSDORFER den Rückgriff auf die sich auf den Nasciturus erstreckende Beratungspflicht für unnötig, da die Widerrechtlichkeit (als Voraussetzung der deliktischen Haftung) sich aus der Körperverletzung ergebe. Der Vergleich mit der Nichtexistenz zur Schadensberechnung sei absurd. Ebenso sei die Meinung verfehlt, das Kind berufe sich auf sein Recht auf Nichtexistenz. Ein solcher Vergleich mit der Alternative der Nichtexistenz verletze wohl nicht nur die Menschenwürde (Art. 7 BV), und die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), sondern auch das Recht auf Leben (Art. 10 BV). Dass ein Schwangerschaftsabbruch aufgrund embryo-pathischer Indikationen nach dem geltenden schweizerischen Recht erlaubt sei, zeige, dass die Geburt eines behinderten Kindes zumindest für die Mutter als Nachteil angesehen werde. Diese Sichtweise könne auf das behindert geborene Kind übertragen werden. Im Sinne einer pragmatischen Lösung schlägt MÜLLER deshalb vor, den Schaden in der Differenz zwischen den durchschnittlichen Unterhaltskosten für ein gesundes Kind und jenen für ein Kind mit der konkret in Frage stehenden Behinderung zu sehen⁴². Ein

³⁹ THOMAS M. MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, AISUF Nr. 192, Diss. FR 2000 (zit. Pränatale Schädigung), Rz. 931 ff., insbesondere Rz. 942 f. und 946., vgl. auch DERS., Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, ZBJV 2001, 605 ff. (zit. ZBJV 2001), 618 ff. sowie DERS., AJP 2002 [Fn. 25], 1364 ff.

⁴⁰ Nicht mehr absolut aber immerhin zurückhaltend betreffend Genugtuung: MANNSDORFER, AJP 2002 [Fn. 25], 1364, da der Umstand, geboren zu werden, von der betroffenen Person selbst schwerlich als Unbill aufgefasst werde.

⁴¹ MÜLLER [Fn. 8], 530 ff.

Ursachenzusammenhang sei leicht herzustellen, wenn man einen Schadenersatz zubilligen wolle. Der Autor hält jedoch auch fest, bei der Einführung der Wrongful life-Klage handle es sich in erster Linie um einen politischen Entscheid, wobei rechtspolitische Argumente durchaus für ihre Zulassung sprechen würden. Sollte der Gesetzgeber eine solche Klage für politisch wünschenswert erachten, so seien die dogmatischen Schwierigkeiten im Rahmen des traditionellen Haftpflichtrechts durchaus überwindbar, wobei sich jedoch frage, ob nicht eine Vorsorgelösung (ähnlich einer Sozialversicherung) das geeignetere Mittel zur Entschädigung wäre⁴³.

PALLY⁴⁴ hält dafür, der Schutzzweck des Behandlungsvertrages erstreckte sich auch auf das Kind und seine Vermögensinteressen, weil je nach Schädigung bei richtiger Beratung eine Behandlung des Kindes möglich sei. Auch aus diesem Grund und ohne den Anspruch von der Nichtexistenz des Kindes abhängig zu machen, sei es deshalb gerechtfertigt, dem Kind einen direkten Anspruch zuzugestehen. Wenn es der Mutter erlaubt sein solle, das Lebensrecht des Ungeborenen gegen ihre Interessen abzuwägen, so müsse es auch erlaubt sein, Interessenabwägungen zugunsten des Nasciturus vorzunehmen, wenn zu erwarten sei, dass seine Behinderung zu einem unerträglichen Leben führen werde. Die Autorin bezeichnet es sodann aber als fraglich, ob das Kind selbst als Anspruchsberechtigter zugelassen werden solle. Falls ja, müsse das Gericht versuchen, den Anspruch unabhängig vom Wert des behinderten Lebens zu begründen. Das Argument, dass das Kind als eigentlicher Geschädigter gelte, habe seine Berechtigung. Auch die Eltern hätten schliesslich einen Anspruch auf Schadenersatz, obwohl ihr Kind nicht vom Arzt geschädigt worden sei. Weil der Anspruch in beiden Fällen aus demselben Grund entstehe und sowohl die Eltern als auch das Kind geschädigt seien, müsste der Anspruch also auch vom Kind geltend gemacht werden können.

RÜETSCHI⁴⁵, der den Entscheid des französischen Kassationshofes im Fall „Perruche“ grundsätzlich begrüsst, äussert sich dahingehend, dass der Anspruch der Eltern aus Wrongful birth einen Schaden des Kindes voraussetze und das Verhalten des Arztes daher auch für jenen kausal sein müsse. Es verhalte sich mit der Kausalität gleich wie beim Arzt, der Massnahmen zur Heilung der pränatal festgestellten Krankheit eines Kindes unterlasse.

ROBERTO⁴⁶ hält dafür, ein Anspruch aus Wrongful life lasse sich nicht damit begründen, dass das behinderte Kind im Vergleich zu einem gesunden Kind einen Rechtsnachteil habe. Aus rechtspolitischen Gründen lasse sich ein Anspruch, zumindest für die behinderungsbedingten Mehrkosten, jedoch nicht leichthin von der Hand weisen. Der Autor bejaht sodann einen Anspruch sowohl der Eltern aus Wrongful birth als auch des Kindes aus Wrongful life.

⁴² MÜLLER [Fn. 8], 534.

⁴³ MÜLLER [Fn. 8], 537 f.

⁴⁴ URSINA PALLY, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. ZH 2007, 25 ff.

⁴⁵ RÜETSCHI [Fn. 30], 270.

⁴⁶ VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz. 112 und 773.

CHAPPUIS⁴⁷ spricht sich – jedoch ohne eingehende Prüfung – unter Rückgriff auf einen normativen Schadensbegriff (der Autor verweist auf die Rechtsprechung zum sog. Haushaltsschaden) für einen Wrongful life-Anspruch aus. Nachdem das Bundesgericht die Wrongful birth-Klage zugelassen habe, entspreche es nur der Billigkeit und der Einheit der Rechtsordnung („l'équité [...] et la cohérence juridique“), dass auch das Kind einen Anspruch auf Entschädigung seines Schadens habe.

JUNKER⁴⁸ hält (zur Rechtslage nach deutschem Recht) dafür, das behinderte Leben könne zwar im Vergleich zur Nichtexistenz durchaus als Schaden bewertet werden, stelle aber aufgrund des bestehenden Unterhaltsanspruchs des Kindes gegenüber seinen Eltern - keinen Vermögensschaden i.S. der Differenztheorie dar. Dagegen bestehe ausgehend vom Gedanken, dass der durch die Eltern gewährte Unterhalt den Schädiger nicht entlasten solle, ein „normativer Vermögensschaden“, doch dieser falle nicht in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages, weshalb kein vertraglicher Anspruch bestehe. Ein deliktischer Anspruch zufolge Körperverletzung sei fraglich, da unklar sei, ob die Nichtverhinderung des Geborenwerdens im Vergleich zur Nichtexistenz als Körperverletzung gelten könne. Hingegen liege eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes vor, da dieses auch beinhalte, bei schweren Behinderungen mit verkürzter Lebenserwartung, schweren Leiden und dauernden Schmerzen, nicht geboren zu werden, wenn sich dies durch einen rechtmässigen Schwangerschaftsabbruch verhindern lasse. Wiederum mangle es aber am Vermögensschaden und der Ersatz des normativ bestimmten Vermögensschadens falle nicht in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der Unterhaltsbedarf sei daher auch deliktsrechtlich nicht ersatzfähig. Dagegen bestehe bei so definiertem Persönlichkeitsrecht (Recht des schwer behinderten Kindes, nicht geboren zu werden) ein Anspruch auf Schmerzensgeld. Das Kausalitätserfordernis sei erfüllt, wenn die Unterlassung der Medizinalperson zur Geburt und damit zur Persönlichkeitsverletzung geführt habe.

MELCHERT⁴⁹ kritisiert, dass aufgrund der mit dem kindlichen Ersatzanspruch verbundenen Tragik von den Befürwortern des Wrongful life-Anspruchs oft von einer systematischen Prüfung der einzelnen Haftungsvoraussetzungen abgesehen und häufig auch nicht klar werde, welche Haftungsvoraussetzung mit den ins Feld geführten Argumenten begründet werden solle. Hinsichtlich des Schadens des Kindes im Fall „Perruche“ kommt die Autorin zum Schluss, nach der Differenztheorie liege kein solcher vor. Der Wert der Inexistenz und damit die hypothetische Vermögenslage sei nämlich gänzlich unbekannt und es könne daher niemand beurteilen, ob es für Nicolas finanziell günstiger gewesen wäre, nicht geboren worden zu sein, oder ob sein Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens eine immer noch günstigere Lage darstelle. Als minderwertig werde bei Fällen von Wrongful life einzig der tatsächliche Vermögensstand des behinderten Kindes im Vergleich zum hypothetischen Vermögensstand bezeichnet, was kein Urteil über die Lebensqualität des behinderten Kindes beinhalte. Entgegen MÜLLER liege darin deshalb auch keine Verletzung von Art.

⁴⁷ CHAPPUIS [Fn. 33], 381 und Fn. 22.

⁴⁸ CLAUDIA JUNKER, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadenersatz, Berlin 2002, zugl. Diss. Heidelberg 2000, 643, 645 f., 654, 660 ff.

⁴⁹ MELCHERT [Fn. 6].

7, 8 oder 10 BV. Zur Begründung des Schadens könne das behinderte Kind nicht mit einem gesunden Kind verglichen werden, da das behinderte Kind in Wrongful life-Konstellationen typischerweise auch bei ordnungsgemässer Diagnose mit absoluter Sicherheit nicht gesund zur Welt gekommen wäre⁵⁰. Auch ein normativer Schaden liege nicht vor. MELCHERT verneint weiter auch die Widerrechtlichkeit (als Voraussetzung eines deliktischen Anspruches des Kindes), da es in der schweizerischen Rechtsordnung, die das Leben als höchstrangiges Rechtsgut absolut schütze, gerade kein Persönlichkeitsrecht auf Nichtexistenz bzw. auf Existenzverzicht geben könne. Auch liege keine Verletzung der physischen Integrität (i.S.v. Art. 47 OR) vor, da die pränatal bereits vorhandene Schädigung durch den Arzt weder verschlimmert noch deren Heilung verzögert werde, sondern diese vielmehr bereits vorhanden und unheilbar sei. Eine rein schadenstechnische Analyse nach schweizerischem Haftpflichtrecht zeige, dass dem Kind kein Anspruch aus Wrongful life zustehe.

TORRIONE⁵¹ erkennt in seinem Beitrag als Kern des Problems die Frage, ob man die Behinderung des Kindes als Schadenursache von seinem Leben überhaupt trennen könne.

- Folge man der Auffassung der Cour de cassation im Fall „Perruche“ so befürworte man diese Trennung. Das Recht der Mutter, ihr Kind (auch in dessen Interesse) abzutreiben, erstrecke sich nach dieser Meinung als „droit subjectif virtuel“ gewissermassen auf das Kind selbst. Dieses habe somit ein Recht auf die Vorteile einer Nichtexistenz („droit aux avantages du non être“). Die Behinderung werde somit vom konkreten Leben des Behinderten getrennt und vielmehr mit dem Recht der Mutter, kein behindertes Kind zu gebären, sowie dem Recht des Kindes, von diesem Wahlrecht seiner Mutter zu profitieren, verbunden. Nach diesem Konzept liege die Schädigung im Entzug dieses Rechts des Kindes, ohne dass dabei auf das „Gut“ des Lebens zurückgriffen werden müsse.
- Die gegenteilige Haltung, welche der französische Gesetzgeber mit der „Loi Kouchner“ eingenommen habe, verweigere sich der Trennung von Behinderung und Leben. Indem der Gesetzgeber jede Haftung „du seul fait de la naissance“ ausgeschlossen habe, werde die faktische Verbindung zwischen den beiden Dingen in der konkreten Realität der behinderten Person zur rechtlichen. Mit der Verhinderung der moralischen Trennung zwischen Behinderung und Leben werde implizit auch die Konzeption verworfen, dass der Schaden als unabhängig von der Schädigung eines „Gutes“ begriffen werden könne. Diese Auffassung entspringe der Ansicht, dass das Leben „constitue le bien essentiel de tout être humain“, dass das Leben also höherrangig einzustufen sei als alle anderen Güter, mithin auch als das Recht auf Nichtexistenz.

Der Autor schliesst sich letzterer Auffassung an und kommt zum Schluss, das Bundesgericht habe in BGE 132 III 359 zu Recht zwischen dem Schaden der Eltern (Unterhaltspflicht bis zur Volljährigkeit) und dem Leben des (zufolge unterlassener Sterilisation gesund geborenen) Kindes unterschieden. Diese Unterscheidung sei

⁵⁰ MELCHERT [Fn. 6], Rz. 15 und Fn. 28 m.w.H.

⁵¹ TORRIONE [Fn. 29].

hingegen in Fällen, in denen ein behindertes Kind geboren werde, nicht möglich, weil die in solchen Fällen verlangte Entschädigung den Kosten des behinderten Lebens entspreche. Entsprechend der „Loi Kouchner“ seien somit alle behinderungsbedingten Kosten - würden diese nun von den Eltern oder vom Kind selbst geltend gemacht – vom Schadensbegriff auszunehmen, mithin nicht ersatzfähig.

Auch WERRO⁵² verneint einen Anspruch des Kindes aus Wrongful life. Die unterschiedliche Behandlung von Eltern und Kind, bzw. von Wrongful birth und Wrongful life, rechtfertigt sich nach seiner Ansicht, da dem Kind – im Gegensatz zu den Eltern - gerade kein Wahlrecht bezüglich seiner Existenz zustehe. Zuzufolge mangelnder Kausalität zwischen dem ärztlichen Fehler und der bereits zuvor bestehenden Behinderung habe das Kind auch keinen Anspruch auf Genugtuung.

ii. Erwägungen der Kammer

(a) Rechtsgrundlage eines Wrongful life-Anspruchs

1. Es stellt sich vorab die Frage, welcher rechtlicher Natur der allfällige Anspruch des behindert geborenen Kindes, vorliegend der Klägerin 2, ist.
2. Die Vorinstanz hielt dafür, zwar könne nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch das Kind vertragliche Ansprüche gegen die behandelnde Medizinalperson als Vertragspartnerin der Mutter geltend machen, doch sei ein vertraglicher Anspruch auf Nichtexistenz nicht minder fraglich als die (ausservertragliche) Widerrechtlichkeit einer Unterlassung welche zur Geburt eines Kindes geführt hat, das ansonsten abgetrieben worden wäre. Diese Fragen könnten jedoch offen gelassen werden, da es schon am Schaden und dem Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem vertragswidrigen bzw. widerrechtlichen Verhalten fehle.
3. Der klägerische Rechtsvertreter stellte sich auch in oberer Instanz auf den Standpunkt, es handle sich um einen ausservertraglichen Ersatzanspruch⁵³.
4. Welcher rechtlicher Natur ein allfälliger Genugtuungsanspruch der Klägerin 2 gegenüber der Beklagten ist, ist eine Rechtsfrage und daher vom Gericht auch bei anderen Parteistandpunkten von Amtes wegen zu prüfen (iura novit curia).
5. Ein vertraglicher Anspruch der Klägerin 2 auf Genugtuung bedingt, dass das vertragliche Verhältnis zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten als echter Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR oder aber als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁵⁴ zu qualifizieren ist. Im ersten Fall wird der Dritte als Begünstigter selbst aus dem Vertrag berechtigt und kann selbständig seine Erfüllung fordern und einklagen. Im

⁵² CR-WERRO, N 29 f. zu Art. 41 OR.

⁵³ So auch MÜLLER [Fn. 8], 530; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung [Fn. 39], Rz. 932; DERS., AJP 2002 [Fn. 25], 1364; MELCHERT [Fn. 6], Rz. 10. So zudem offenbar auch der französische Kassationshof im Fall „Perruche“, vgl. MÜLLER [Fn. 8], Fn. 84.

⁵⁴ Das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wurde bis anhin vom Bundesgericht noch nie angewandt (vgl. BGer-Urteil 4A_226/2010 vom 28. Juli 2010, E. 3.2.1).

zweiten Fall hat der Dritte kein eigenständiges Forderungsrecht, ist aber insofern in den Vertrag eingebunden, als er im Falle der Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten selbständig vertragliche Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend machen kann⁵⁵.

6. Voraussetzung eines echten Vertrages zugunsten Dritter ist, dass das selbständige Forderungsrecht (vertraglicher Primäranspruch) dem übereinstimmenden Parteiwillen oder aber der Übung entspricht. Mangels entsprechender Willensäusserungen oder Übung ist auf den Vertragszweck abzustellen⁵⁶. Als echter Vertrag zugunsten Dritter wurde etwa auch ein Vertrag über ärztliche Behandlung Dritter qualifiziert^{57 58}.
7. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt es sich dagegen um einen Anwendungsfall der Vertrauenshaftung⁵⁹. Die Schutzwirkung zugunsten des Dritten bedingt, dass der Dritte direkt von der Ausführung des Vertrages betroffen ist, er eine besondere Beziehung zum Gläubiger der vertraglichen Leistung inne hat, bzw. der Schutz seiner Interessen auch im Interesse des Gläubigers liegt, und dass diese Beziehung für dessen Vertragspartner (den Schuldner) klar erkennbar ist⁶⁰.
8. In dem von der Vorinstanz zitierten Urteil 4C.32/2003 hatte das Bundesgericht entschieden, dass auch die Mutter, welche einen Geburtshilfevertrag mit dem geburtshelfenden Arzt geschlossen hatte, ihren Genugtuungsanspruch auf die Verletzung dieses Behandlungsvertrages stützen könne, da dieser erkennbar auf die Wahrung der Gesundheit sowohl der Mutter als auch des Kindes und die Vermeidung von gesundheitsschädigenden Ereignissen gerichtet gewesen sei. Der Vertrag sei damit, soweit es um die Wahrung der Gesundheit des Kindes gehe, (auch) im Interesse der Mutter geschlossen worden, weshalb die Mutter ihren Genugtuungsanspruch zufolge gesundheitlicher Schädigung ihrer Tochter aus dem Behandlungsvertrag ableiten könne. Daran ändere nichts, dass eine Mutter den Vertrag mit dem Arzt regelmässig auch im Interesse des ungeborenen Kindes abschliesse⁶¹. Strittig war in jenem Fall nach dem Gesagten – anders als vorliegend –, ob neben dem Kind auch die Mutter sich auf den Vertrag stützen könne.
9. Voraussetzung für einen vertraglichen Anspruch auf Sekundärleistung in Form einer Genugtuung ist somit in jedem Fall, dass Zweck des Behandlungsvertrags auch die Wahrung der Kindesinteressen war. Die Frage, ob die Klägerin 1 (auch) Interessen ihres Kindes wahrnehmen wollte und ob die Klägerin 2 überhaupt ein eigenes Interesse an

⁵⁵ Vgl. zum Ganzen GAUCH/SCHLUESS/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. Aufl. Zürich 2008, Rn. 3887 und 3911.

⁵⁶ BSK OR I-GONZENBACH, N 10 in fine zu Art. 112 OR.

⁵⁷ BSK OR I-GONZENBACH, N 12 zu Art. 112 OR, mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung in NJW 1987, 2290, wobei es dort nicht um einen Vertrag zugunsten eines noch ungeborenen Kindes ging.

⁵⁸ Für einen Anspruch des Kindes aus Art. 112 OR: CHAPPUIS [Fn. 33], 381.

⁵⁹ BGer-Urteil 4C.194/1999 vom 18. Januar 2000 E. 4; vgl. PALLY [Fn. 44], 3.

⁶⁰ BGer-Urteile 4A_226/2010 vom 28. Juli 2010 E. 3.2.1, und 4C.194/1999 vom 18. Januar 2000 E. 4; zur Anwendung des Instituts in Wrongful life-Konstellationen vgl. JUNKER [Fn. 48], 599 ff.

⁶¹ BGer-Urteil 4C.32/2003 vom 19. Mai 2005, E. 2.2.

einer korrekten pränatalen Diagnostik ihrer [...]Erkrankung – und damit an der dann höchstwahrscheinlich vorgenommenen Abtreibung – hatte, führt jedoch unweigerlich zur Frage, ob die Klägerin 2 überhaupt einen Interesse am bzw. ein Anspruch auf „Nicht geboren werden“ haben konnte⁶². Dieses Interesse wiederum setzt voraus, dass im „behindert (statt gar nicht) geboren werden“ ein Schaden, bzw. im vorliegenden Zusammenhang, eine immaterielle Unbill in Form einer Persönlichkeitsverletzung liegt.

10. Ebenso ist eine Persönlichkeitsverletzung (allenfalls als Folge einer Körperverschädigung) Voraussetzung eines deliktischen Genugtuungsanspruches. Fehlt es daran, so kann offen gelassen werden, ob es sich um einen vertraglichen oder einen deliktischen Anspruch handelt.
11. Es ist deshalb im Folgenden zu prüfen, ob die Klägerin 2 durch ihre Geburt und ihre Behinderung überhaupt eine immaterielle Unbill erlitten hat.

(b) Immaterielle Unbill (durch Persönlichkeitsverletzung)

1. Wie TORRIONE zu Recht ausführt, liegt die Crux des Wrongful life-Anspruches in der Frage, ob die Behinderung des Kindes als Schaden bzw. immaterielle Unbill von seinem Leben getrennt werden kann.
2. Entgegen der Meinung der Klägerinnen hat das Bundesgericht in seinem Entscheid 132 II 359 ff. das Tor für die Wrongful life-Klage nicht geöffnet⁶³. Es hat sich in jenem Entscheid ausschliesslich mit der Klage einer Mutter zufolge unterlassener Sterilisation mit anschliessender Geburt eines gesunden Kindes auseinandergesetzt und weder die Frage beantwortet, ob ein Wrongful birth-Anspruch der Eltern auch in einem Falle wie dem vorliegenden besteht, noch, ob das behindert geborene Kind selbst einen Anspruch gegen die Medizinalperson hat⁶⁴.
3. Eine immaterielle Unbill kann sich nach den in der Lehre geäusserten Auffassungen in dreierlei Hinsicht ergeben:
 - durch eine mit einer bedeutenden Körperschädigung verbundenen Persönlichkeitsverletzung (Art. 47 OR);
 - durch Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf Nichtexistenz bzw. Existenzverzicht (Art. 49 OR);
 - durch Verletzung des sich auf das Kind erstreckenden Selbstbestimmungsrechts der Mutter (d.h. gewissermassen des „Persönlichkeitsrechts des Kindes auf Entscheidungsfreiheit seiner Mutter“⁶⁵, Art. 49 OR).
4. Der Begriff der *Körperschädigung* bedingt eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes gegenüber seinem Vorzustand, wobei ein unverletzter

⁶² (Für das deutsche Recht) vgl. JUNKER [Fn. 48], 605.

⁶³ A.M. CHAPPUIS [Fn. 33], 381 f.

⁶⁴ Vgl. die Urteilsbesprechung von PATRICK G. FLEURY, HAVE 2006, 224 ff., 225 f.

⁶⁵ Vgl. MELCHERT [Fn. 6], Rz. 25.

Vorzustand nicht vorausgesetzt wird und auch die blossе Verzögerung der Heilung einer bestehenden Krankheit genügt. Voraussetzung einer immateriellen Unbill ist mit anderen Worten eine Verletzung des absoluten Rechts auf physische Integrität.

Der gesundheitliche Zustand der Klägerin 2 wurde in casu durch die Beklagte jedoch in keiner Art und Weise beeinträchtigt. Vielmehr hatte die Beklagte nach den tatsächlichen Feststellungen keine Möglichkeit, auf die genetisch bedingte [...] Erkrankung Einfluss zu nehmen, diese zu verschlimmern, zu verbessern oder eine Heilung zu verzögern.

Es liegt somit vorliegend gar keine Körperverletzung vor. Entgegen der in der Literatur vertretenen Meinung liegt eine solche auch nicht im Zulassen der Verwirklichung durch Nichtverhinderung der Geburt des behinderten Kindes, weil dabei gerade nicht ausser Acht gelassen werden kann, dass die Alternative die Nichtexistenz des Kindes gewesen wäre. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, bedingt der Begriff der Schädigung den Vergleich mit einem gesundheitlichen Alternativzustand, der gegenüber dem effektiven Zustand vorteilhafter wäre. Dabei kann jedoch gerade nicht auf den Unterschied zwischen dem behindert und dem gesund geborenen Kind zurückgegriffen werden, da die Klägerin 2 vorliegend in keinem Fall hätte gesund zur Welt kommen können.

Liegt aber keine Schädigung der körperlichen Integrität vor, kann daraus auch keine immaterielle Unbill entstanden sein, welche auszugleichen wäre.

Entfällt somit ein Genugtuungsanspruch nach Art. 47 OR, bleibt nachfolgend zu prüfen, ob die Klägerin 2 anders als durch Körperverletzung in ihrer Persönlichkeit verletzt wurde und damit einen Anspruch nach Art. 49 OR hat.

5. Fraglich ist mithin, ob das Persönlichkeitsrecht des ungeborenen Kindes das Recht umfasst, nicht mit schwersten Schädigungen geboren zu werden. Da in Wrongful life-Konstellationen die einzige Alternative zu einer derartigen Existenz die Nichtexistenz ist, lautet die Frage: Beinhaltet das Persönlichkeitsrecht den Anspruch auf Existenzverzicht?

Während der Gesetzgeber die Abtreibung unter gewissen Voraussetzungen zulässt und das Schweizerische Recht daher gewissermassen einen Anspruch der Mutter auf „nicht gebären“ zulässt, ist ihm ein Anspruch des Kindes auf „nicht geboren zu werden“ unbekannt.

Die Entstehung des Lebens als solches kann nach der Schweizerischen Rechtsordnung nie widerrechtlich sein. Genauso wenig wie das behindert geborene Kind gegenüber seiner Mutter kein Recht auf Nichtexistenz hat, gibt es einen solchen Anspruch gegenüber der Medizinalperson. Ein solcher lässt sich auch nicht aus dem Recht der Mutter, ihr Kind abzutreiben, ableiten⁶⁶. Dieses Recht der Mutter erstreckt sich nicht – wie in der Lehre verschiedentlich stipuliert – auf das ungeborene Kind. Es hat im Unterschied zur Mutter gerade kein Wahlrecht bezüglich seiner Existenz.

Auch kann es nach dem Gesagten keine vertragliche (Schutz)Pflicht gegenüber dem Kind geben, dieses nicht zur Welt kommen zu lassen. Es fehlt daher schon an der für

⁶⁶ MELCHERT [Fn. 6], Rz. 23 und 25.

einen Genugtuungsanspruch vorausgesetzten Widerrechtlichkeit bzw. an der Vertragsverletzung.

Zusammengefasst: Ein Recht auf Nichtexistenz gibt es nicht. Die Unterlassung der Beklagten stellte daher weder eine Verletzung vertraglicher (Schutz)Pflichten dar, noch war sie widerrechtlich. Der Umstand, überhaupt (wenn auch mit einer Behinderung) geboren zu sein, beinhaltet keine immaterielle Unbill.

6. Damit kann offen gelassen werden, ob die weiteren Haftungsvoraussetzungen, nämlich die Kausalität und das Verschulden, vorliegend erfüllt sind.

(c) Fazit

7. Es gibt weder einen vertraglichen noch einen ausservertraglichen Anspruch des Kindes, nicht geboren zu werden. Das behindert geborene Kind erleidet keine immaterielle Unbill.
8. Nach dem Gesagten hat die Klägerin 2 nach geltendem Recht keinen Anspruch auf Genugtuung.

Ob man dem Kind trotz der nicht gegebenen haftpflichtrechtlichen Voraussetzungen einen eigenen Anspruch aus Wrongful life zugestehen will, ist eine rechtspolitische Frage, welche nicht vom Gericht sondern vom Gesetzgeber de lege ferenda zu beantworten ist⁶⁷. Dazu gehört auch die hier nicht zu beantwortende Frage, ob das Kind in solchen Fällen einen haftpflichtrechtlich anzuerkennenden (allenfalls normativen) Schaden erleidet.

V. Kosten

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.

⁶⁷ A.M. CHAPPUIS [Fn. 33], 382.