

Gutachten zur Aktivlegitimation im Schadenfall von C. K.

von Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

Inhaltsverzeichnis:

| | |
|--|-----------|
| I. Einleitung | 1 |
| II. Wrongful-Child | 3 |
| III. Wrongful-Pregnancy/Wrongful-Birth | 3 |
| A. Perspektive der Eltern | 3 |
| 1. Vertragliche Haftung | 3 |
| 2. Ausservertragliche Haftung | 4 |
| B. Perspektive des «unerwünschten» Kindes | 5 |
| IV. Wrongful-Life | 6 |
| A. Behinderung des Kindes wurde aktiv verursacht | 6 |
| B. Behinderung des Kindes wurde nicht aktiv verursacht | 6 |
| V. Regressanspruch der Eltern | 9 |
| A. Haftpflichtrechtliche Sicht | 9 |
| B. Familienrechtliche Sicht | 11 |
| VI. Schlussfolgerungen..... | 12 |

I. Einleitung

Rechtsanwalt Rolf P. Steinegger hat Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M. bzw. das Kompetenzzentrum für Pflegerecht, Glarus, mit der Ausfertigung eines Gutachtens in Bezug

1

auf den Betreuungs- und Pflegeaufwand von C. K. beauftragt. Das Gutachten wurde am 25.02.2015 erstattet.

² Im Gutachten wurden folgende Auslagen, die von den Eltern bezahlt worden sind bzw. bis zur Volljährigkeit überwiegend wahrscheinlich bezahlt werden, und Angehörigenschäden festgestellt:

| | | |
|---|------------|------------------|
| – Mehrkosten | | |
| . Behinderungsbedingte Mehrkosten | | |
| ▪ aufgelaufen (bis Alter 8) | CHF | 48 000.– |
| ▪ zukünftig (bis Alter 18* – siehe Capitalisator 12) | CHF | 70 563.– |
| . Besuchskosten | | |
| ▪ aufgelaufen | CHF | 53 362.– |
| ▪ zukünftig | CHF | 15 740.– |
| – Angehörigenschaden | | |
| ▪ aufgelaufen | CHF | 160 831.– |
| ▪ zukünftig (bis Alter 18) | CHF | 308 633.– |
| – Haushaltführungsmehraufwandschaden | | |
| ▪ aufgelaufen (bis Alter 8) | CHF | 153 910.– |
| ▪ zukünftig (bis Alter 25** – siehe Capitalisator 13) | <u>CHF</u> | <u>248 000.–</u> |
| Total per Rechnungstag (28.02.2015) | CHF | 1 059 039.– |
| Zins zu 5 % für CHF 416 103.– bei mittlerem Verfall (4 Jahre) | CHF | 83 221.– |

Zins zu 5 % für CHF 1 059 039.– seit 25.02.2015

* Ab Alter 18 erhält C. K. eine Rente bzw. eine Hilflosenentschädigung und kann gemäss Art. 14 ELG behinderungsbedingte Kosten der EL verrechnen.

** Ab Alter 25 führt C. K. einen eigenen Haushalt.

³ Rechtsanwalt Rolf P. Steinegger hat in der Folge mit Schreiben vom 25.03.2015 darum gebeten, eine Stellungnahme zur Aktivlegitimation der Eltern und/oder des geschädigten Kindes mit Bezug auf diese Schadensposten abzugeben. Ich vernehme mich dazu wie folgt:

II. Wrongful-Child

Die Problematik des Wrongful-Child beschlägt mehrere tatsächliche Konstellationen. 4

- Eltern wollen kein Kind, kriegen aber eines (Wrongful-Pregnancy);
- Eltern wollen ein Kind, kriegen aber ein zusätzliches Kind bzw. mehrere zusätzliche Kinder (Wrongful-Birth);
- Eltern wollen ein gesundes Kind, kriegen aber ein behindertes Kind (Wrongful-Life);
- Eltern wollen ein behindertes Kind, kriegen aber ein gesundes Kind (Wrongful-Life)¹.

In all diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob das betroffene Kind und/oder die Eltern Haftungsansprüche vertraglicher oder ausservertraglicher Natur geltend machen können. 5

III. Wrongful-Pregnancy/Wrongful-Birth

A. Perspektive der Eltern

1. Vertragliche Haftung

In den Fällen, in denen eine unerwünschte Schwangerschaft eintritt (Wrongful-Pregnancy) oder die Eltern zwar ein Kind möchten, aber ein unerwünschtes zusätzliches Kind bzw. mehrere unerwünschte Kinder geboren werden (Wrongful-Birth), bejaht die Rechtsprechung einen Haftungsanspruch der Eltern sowohl aus Wrongful-Birth als auch Wrongful-Pregnancy². Die Geburt eines Kindes ist unerwünscht, wenn diese infolge einer pflichtwidrig unterlassenen oder mangelhaft ausgeführten Sterilisation³ bzw. einer unzureichenden Aufklärung über das Versagerrisiko einer Unterbindung⁴, eines 6

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

² Vgl. BGE 132 III 359 = AJP 2006, 1150 = FamPra.ch 2006, 671 = HAVE 2006, 224 = Jusletter vom 10.07.2006.

³ Vgl. BGE 132 III 359 E. 4 und Urteil BGer vom 01.12.1998 (4C.276/1993) = Pra 2000 Nr. 28.

⁴ Vgl. Urteil BGer vom 14.12.1995 (1P.530/1994) = Pra 1996 Nr. 18 = NZZ vom 16.03.1996, 56.

fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruchs⁵ oder eines wirkungslosen oder mit falscher Instruktion versehenen Verhütungsmittels eintritt.

- ⁷ Aus der Perspektive der Eltern stellt sich in vertragsrechtlichem Kontext die Frage, welcher Natur der mit dem Arzt abgeschlossene Beratungs- bzw. Behandlungsvertrag und ob auch der Vater aus dem regelmässig nur von der Mutter abgeschlossenen Vertrag aktivlegitimiert ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit einem Geburtshilfevertrag erwogen, dass der Vertrag von der Mutter sowohl in ihrem eigenen als auch im Namen des Kindes, nicht aber des Vaters abgeschlossen wird⁶.
- ⁸ Keine Schutzwirkung zu Gunsten von Angehörigen entfaltet der Spitalaufnahmevertrag⁷; offen gelassen wurde vom Bundesgericht, ob dem Kinderarztvertrag eine Drittschutzwirkung zu Gunsten der Eltern bzw. der Mutter zukommt⁸. Ob ein von der Mutter abgeschlossener Beratungsvertrag auch im Namen des Vaters als abgeschlossen gilt, wurde bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden. Das Berner Obergericht hält dafür, dass der Beratungsvertrag betreffend pränatale Diagnostik weder im Namen des Kindes abgeschlossen wird noch Schutzwirkung zu seinen Gunsten entfaltet⁹.

2. Ausservertragliche Haftung

- ⁹ Die unerwünschte Schwangerschaft bzw. Geburt beeinträchtigt die durch das Persönlichkeitsrecht geschützte Fortpflanzungsautonomie, weshalb Mutter und Vater gestützt auf Art. 49 OR genugtuungsberechtigt sind¹⁰. Die unerwünschte Schwangerschaft ist

⁵ Vgl. Urteile AppGer BS vom 23.10.1998 i.S. S.K. c. Kanton BS = BJM 2000, 306 = SG 1998 Nr. 1407 und ZivGer BS vom 20.01.1998 i.S. S. E. KR. c. Kanton BS = BJM 1998, 131.

⁶ Vgl. Urteile BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 2003/6, 65 E. 2.2 und OGer BE vom 02.05.2011 (ZK 10 569) = CAN 2012 Nr. 1= HAVE 2012, 181 E. IV/C/3, 27 ff., ferner BGE 132 III 359/363 (Vater trat seine Ansprüche an die Mutter ab) und Urteil VGer BE vom 24.11.2003 (VGE 21322) = BVR 2004, 289 E. 3.4 (offengelassen, ob den Eltern eines pränatal geschädigten Kindes ein haftungsrechtlich relevanter Schaden entsteht); a.A. Urteil BGH vom 18.01.1983 (VI ZR 114/81) = BGHZ 86, 240 E. B/II (bejaht Aktivlegitimation des Vaters).

⁷ Vgl. BGE 123 III 204 E. 2.

⁸ Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 2b.

⁹ Vgl. Urteil OGer BE vom 02.05.2011 (ZK 10 569) = CAN 2012 Nr. 1= HAVE 2012, 181 E. IV/C/3.

¹⁰ Siehe BGE 132 III 359 E. 4.7.

zudem mit einer Beeinträchtigung weiterer Persönlichkeitsgüter der Frau verbunden¹¹ und muss deshalb genugtuungserhöhend berücksichtigt werden¹². Vorerst offengelassen¹³, bald abgelehnt¹⁴, neuerdings aber bejaht wird die Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten des «unerwünschten» Kindes¹⁵.

B. Perspektive des «unerwünschten» Kindes

Das unerwünschte (gesunde oder behinderte) Kind ist wegen der Unerwünschtheit seiner Geburt nicht schadenersatzberechtigt. Die menschliche Existenz an sich stellt keinen Schaden dar. Fraglich ist zudem, ob der von den Eltern abgeschlossene Beratungs- bzw. Behandlungsvertrag auch für das Kind gilt und es überhaupt für Haftungsansprüche aktivlegitimiert wäre. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit einem Geburtshilfevertrag erwogen, dass der Vertrag von der Mutter auch im Namen des Kindes abgeschlossen wird¹⁶. Das Berner Obergericht hält demgegenüber dafür, dass der Beratungsvertrag betreffend pränatale Diagnostik weder im Namen des Kindes abgeschlossen wird noch Schutzwirkung zu seinen Gunsten entfaltet¹⁷.

10

¹¹ Vgl. Urteile KGer VS vom 18.04.2005 i.S. X c. Verein Regionalspital Z = ZWR 2006, 162 E. 4d (CHF 5 000 für unerwünschtes Kind infolge fehlerhafter Sterilisation und Schwangerschaftsbeschwerden [Schmierblutungen, Bluthochdruck, Hospitalisation]) und BezGer Arbon vom 16.10.1985 i.S. R. = SG 1985 Nr. 379 = SJZ 1986, 46 E. 4. (CHF 4 000 für unerwünschtes Kind infolge fehlerhafter Sterilisation und neuerliche Operation).

¹² Vgl. BGE 72 II 171 E. 2.

¹³ Vgl. BGE 109 II 4 E. 3.

¹⁴ Vgl. Urteile AppGer BS vom 23.10.1998 i.S. S.K. c. Kanton BS = BJM 2000, 306 = SG 1998 Nr. 1407 und ZivGer BS vom 20.01.1998 i.S. S. E. KR. c. Kanton BS = BJM 1998, 131.

¹⁵ Vgl. BGE 132 III 359 E. 4; ferner Urteil BezGer Arbon vom 16.10.1985 i.S. R. = SG 1985 Nr. 379 = SJZ 1986, 46 E. 6 (Ersatzfähigkeit des Erwerbsausfalls).

¹⁶ Vgl. Urteile BGer vom 19.05.2003 (4C.32/2003) = Pra 2003 Nr. 196 = plädoyer 2003/6, 65 E. 2.2 und OGer BE vom 02.05.2011 (ZK 10 569) = CAN 2012 Nr. 1= HAVE 2012, 181 E. IV/C/3, 27 ff., ferner BGE 132 III 359/363 (Vater trat seine Ansprüche an die Mutter ab) und Urteil VGer BE vom 24.11.2003 (VGE 21322) = BVR 2004, 289 E. 3.4 (offengelassen, ob den Eltern eines pränatal geschädigten Kindes ein haftungsrechtlich relevanter Schaden entsteht); a.A. Urteil BGH vom 18.01.1983 (VI ZR 114/81) = BGHZ 86, 240 E. B/II (bejaht Aktivlegitimation des Vaters).

¹⁷ Vgl. Urteil OGer BE vom 02.05.2011 (ZK 10 569) = CAN 2012 Nr. 1= HAVE 2012, 181 E. IV/C/3.

IV. Wrongful-Life

A. Behinderung des Kindes wurde aktiv verursacht

- ¹¹ Da ein Mensch vor seiner Zeugung nicht rechtsfähig ist¹⁸, können von vornherein keine Haftungsansprüche entstehen, wenn Eltern, Arzt oder sonstige Dritte nachteilig auf den nachgerade zu zeugenden Geschädigten einwirken. Folglich ist der diesbezügliche Wrongful-Life-Tatbestand haftungsrechtlich folgenlos.
- ¹² Der Haftungsanspruch eines postkonzeptionell geschädigten Kindes gemäss Art. 41/46 OR setzt voraus, dass es nach seiner Zeugung widerrechtlich bzw. vertragswidrig verletzt worden ist¹⁹. Erfolgte die Beeinträchtigung nach der Zeugung liegt letztlich kein Wrongful-Life-Tatbestand, sondern eine Körperverletzung i.S.v. Art. 46 OR vor. In dieser Fallkonstellation stellt sich lediglich, aber immerhin die Frage, ob die Körperverletzung widerrechtlich bzw. vertragswidrig verursacht worden ist.
- ¹³ Eine Widerrechtlichkeit nicht nur zu Lasten der Mutter, sondern auch des Nasciturus ist zu bejahen, wenn die Schwangere unfallbedingt, im Rahmen eines medizinischen Eingriffs oder sonst wie haftungsbegründend beeinträchtigt und als Folge dieser Verletzung auch der Nasciturus geschädigt wird. Haftungsbegründend sind insbesondere durch Schockereignisse, denen die schwangere Mutter ausgesetzt war, verursachte Früh- bzw. Fehlgeburten²⁰.

B. Behinderung des Kindes wurde nicht aktiv verursacht

- ¹⁴ Umstritten ist, ob und unter welchen Bedingungen aus der blossen Existenz einer beim neugeborenen Kind vorhandenen Behinderung, ohne dass diese auf ein aktives Einwirken auf den Nasciturus zurückgeführt werden kann, vertragliche oder ausservertragliche Haftungsansprüche abgeleitet werden können. Die schweizerische Rechtsprechung hat sich lediglich vereinzelt mit der Haftungsproblematik Wrongful-Life verursacht durch ein pflichtwidriges Unterlassen nach der Zeugung befasst.

¹⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB.

¹⁹ Vgl. Urteil OGer BE vom 02.05.2011 (ZK 10 569) = CAN 2012 Nr. 1 = HAVE 2012, 181 E. IV/C/3, 27 ff.

²⁰ Vgl. BGE 42 II 473 E. 4.

Das Bezirksgericht Arbon entschied 1985 einen Fall, in welchem das unerwünschte Kind mit einem Hüftfehler geboren wurde, der mittels einer Spreizhose innert einer Frist von drei Monaten korrigiert werden konnte. Der Arzt wurde – infolge einer fehlerhaften Sterilisation wegen Wrongful-Birth – zum Ersatz des Verdienstaufalles der Mutter für die Dauer von sechs Jahren und zur Leistung einer Genugtuung in Höhe von CHF 4 000 verpflichtet²¹. Der ebenfalls aus Wrongful-Life geltend gemachte Genugtuungsanspruch der Tochter wurde abgewiesen²².

15

Das Obergericht des Kantons Bern verneinte einen Haftungsanspruch des Kindes aus Wrongful-Life mit dem Argument, dass den Arzt in Bezug auf die Nichtexistenz eines Menschen keine ausservertragliche Rechtspflicht trifft. Die Frauenärztin, die anlässlich einer Schwangerschaftsuntersuchung bei der Mutter pflichtwidrig versäumt, auf Grund des erhöhten Risikos, dass die ungeborene Tochter an einer vererblichen Stoffwechselerkrankung leiden könnte, weitergehende pränatale Untersuchungen vorzunehmen, haftet nur gegenüber der Mutter (Wrongful-Birth), nicht aber auch gegenüber der behindert zur Welt gekommenen Tochter (Wrongful-Life)²³.

16

Im vorliegenden Fall ist für die Aktivlegitimation der eingangs geschilderten Schadensposten zentral, wann die Mutter von C. K. den medizinischen Dienstleistungsvertrag (vor oder nach der Zeugung) abgeschlossen und welche Dienstleistungen dieser beinhaltet hat. Gemäss den tatsächlichen Schilderungen in der Klagebegründung vom 22.10.2008 wurde der Bruder von C. K. am 11.11.2000 mit zystischer Fibrose geboren. Ende Frühling 2006 wurde A. K. erneut schwanger. Wegen chronisch unregelmässiger Menstruation merkte A. K. erst spät, dass sie schwanger war. Die erste Schwangerschaftsuntersuchung bei der Frauenärztin erfolgte deshalb am 17.08.2006 mithin erst in der zwölften Schwangerschaftswoche. A. K. hat sich nach ihren Aussagen von allem Anfang bei der Frauenärztin dahingehend erkundigt, ob das werdende Kind gesund sei. Die Frauenärztin versicherte, dass alles in Ordnung sei und unterliess in der Folge so-

17

²¹ Vgl. Urteil BezGer Arbon vom 16.10.1985 i.S. R. = SJZ 1986, 46 ff., E. 3 und 4.

²² Ibid. E. 5.

²³ Vgl. Urteil OGer BE vom 02.05.2011 (ZK 10 569) = CAN 2012 Nr. 1= HAVE 2012, 181 E. IV/C; siehe dazu ferner FULLIN/ZEHNTNER, Ungewolltes Leben, 102 ff., und HERZOG-ZWITTER, Kind als Schaden, 150 ff.

wohl den Erst-Trimestertest und eine Chorionzottenbiopsie als auch weitere diagnostische Massnahmen. Am 22.02.2007 kam C. K. ebenfalls mit zystischer Fibrose zur Welt.

¹⁸ Vor diesem tatsächlichen Hintergrund ist meines Erachtens – entgegen des Obergerichtes des Kantons Bern – von einer geteilten Aktivlegitimation von Mutter (für die in ihrer Person entstandenen Schäden) und C. K. (für die in ihrer Person entstandenen Schäden) auszugehen. A. K. kann sowohl vertragliche als auch ausservertragliche Haftungsansprüche für den in ihrer Person entstandenen Schaden geltend machen, sofern das Unterlassen der Frauenärztin als sorgfaltswidrig zu qualifizieren ist. Der vertragliche Haftungsanspruch stützt sich auf die Missachtung der ärztlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Beratung und Untersuchung einer schwangeren Frau. Der ausservertragliche Haftungsanspruch besteht insoweit, als die nicht gewollte Geburt eines weiteren Kindes mit zystischer Fibrose eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Persönlichkeitsrechtlich geschützt ist insbesondere auch der Schwangerschaftsabbruch nach der zwölften Woche, sofern von der schwangeren Frau die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage abgewendet werden kann²⁴.

¹⁹ C. K. stehen ebenfalls vertragliche und ausservertragliche Haftungsansprüche zu. Der vertragliche Haftungsanspruch besteht als Folge des durch Stellvertretung durch die Mutter mit der Frauenärztin zustande gekommenen Geburtshilfevertrages. Gegenüber dem werdenden Kind bestehen dabei dieselben ärztlichen Sorgfaltspflichten wie gegenüber der Mutter bzw. schwangeren Patientin. Der ausservertragliche Haftungsanspruch des bereits gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes ist gegeben, wenn die Frauenärztin entweder aktiv (vorliegend nicht erfolgt) oder pflichtwidrig passiv ein absolutes Rechtsgut, vorliegend Gesundheit, beeinträchtigt hat, ohne sich dabei auf einen Rechtfertigungsgrund abstützen zu können. Unklar ist vorliegend, inwieweit die Frauenärztin neben den vertraglichen Sorgfaltspflichten ausservertragliche Rechtspflichten gegenüber C. K. gehabt hat. Ich neige deshalb zur Auffassung, dass C. K. ausschliesslich vertragliche Haftungsansprüche gegenüber der Frauenärztin geltend machen kann.

²⁰ Das Obergericht des Kantons Bern hat in seinem Urteil aus dem Jahr 2011 in der vorliegenden Angelegenheit im Rahmen der geltend gemachten Teilklage für den immate-

²⁴ Vgl. Art. 119 Abs. 1 StGB.

riellen Schaden erwogen, dass dem geschädigten Kind keinerlei Haftungsansprüche, auch keine vertraglichen Haftungsansprüche, zustehen. Die mittlerweile rechtskräftig gewordene Entscheidung entfaltet materielle und formelle Rechtskraft lediglich mit Bezug auf die eingeklagte Genugtuungsforderung, nicht aber für den noch nicht geltend gemachten Invaliditätsschaden. Gewiss ist von einer grossen präjudizierenden Wirkung für einen Zweitprozess, der den Invaliditätsschaden zum Gegenstand hat, auszugehen. Gleichwohl vertrete ich die Auffassung, dass es formaljuristisch noch möglich ist, den Invaliditätsschaden des geschädigten Kindes klageweise geltend zu machen.

Die Schwierigkeiten im vorliegenden Fall bestehen darin, die vertraglichen und ausservertraglichen Haftungsansprüche der Mutter und den vertraglichen Haftungsanspruch des Kindes miteinander zu koordinieren. An sich ist davon auszugehen, dass sich die Haftungsansprüche der Mutter und des Kindes nicht «überlappen» mithin Mutter und Kind nicht für denselben Schadensposten (doppelt) Ersatz verlangen können. Die notwendige Abgrenzung der Haftungs- bzw. Schadenssphären setzt Kenntnis darüber voraus, bei welchem Anspruchsberechtigten (Mutter oder Kind) der jeweilige behinderungsbedingte Mehraufwand einen Schaden verursacht.

21

Dieselbe Frage stellt sich auch dann, wenn davon ausgegangen würde, dass der Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Bern die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches versagt. In diesem Fall besteht der Koordinationsbedarf darin, den Haftungsansprüchen der Mutter die Schadensposten zuzuordnen, welche von ihr geltend gemacht werden können.

22

V. Regressanspruch der Eltern

A. Haftpflichtrechtliche Sicht

Die behinderungsbedingten Mehrkosten und die behinderungsbedingt von den Eltern unentgeltlich erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen, die gutachterlich festgestellt worden sind, stellen einen ersatzfähigen Schaden dar. Aktivlegitimiert ist das betreuungs- und pflegebedürftige Kind und nicht die dienstleistenden bzw. zahlenden Eltern²⁵. Gleichwohl wird der diesbezügliche Angehörigenschaden als ersatzwürdig be-

23

²⁵ Vgl. BGE 28 II 200 E. 5.

trachtet und eine Drittschadensliquidation zugelassen. Nach der unlängst bestätigten Auffassung des Bundesgerichts ist das verletzte Kind gegenüber den geschädigten Eltern aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 428 ff. OR) ersatzpflichtig²⁶.

²⁴ Bei erwachsenen Geschädigten geht die Rechtsprechung mitunter in Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag zwischen pflegenden und gepflegten Angehörigen aus. Art. 320 Abs. 2 OR fingiert den Abschluss eines Arbeitsvertrages in den Fällen, in denen der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Haben Angehörige Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht, muss deshalb einzel-fallweise entschieden werden, ob diese wegen eines Verhältnisses der Verbundenheit und Anhänglichkeit, das zwischen dem Angehörigen und dem Pflegebedürftigen bestand²⁷, oder in Erfüllung der Beistands- bzw. Verwandtenunterstützungspflicht erfolgt sind oder das in solchen Fällen übliche Mass überschritten haben.

²⁵ Üblich sind etwa Betreuungs- und Pflegeleistungen des Sohnes für die Mutter während drei Monaten, verteilt auf zwei Jahre²⁸. Nicht mehr üblich sind Betreuungs- und Pflegeleistungen für den Onkel während fünf Monaten²⁹, für eine Nichtverwandte während drei Jahren³⁰ oder für einen Elternteil während vier³¹ oder sogar zwölf Jahren³². Ist von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag auszugehen, kann der Angehörigen eine Lohnforderung geltend machen, die einem Dritten zustünde. Nicht zu entschädigen ist der darüber hinaus angefallene Erwerbsausfall des Angehörigen³³.

²⁶ Vgl. Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4 und BGE 97 II 259 E. III/2–4.

²⁷ Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

²⁸ Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

²⁹ Vgl. Urteil KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Lengen = ZWR 1985, S. 119 E. 3b.

³⁰ Vgl. Urteil BGer vom 25.01.2000 (4C.313/1999) E. 3.

³¹ Vgl. Urteil EVG vom 15.12.1997 (H 121/97) = AHI-Praxis 1998, S. 153 E. 3.

³² Vgl. Urteil EVG vom 01.07.1991 i.S. W. E. 4b und c (Entschädigung in Höhe von CHF 60 000.– für eine 12-jährige Pflege eines Elternteils).

³³ Vgl. Urteil KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Lengen = ZWR 1985, S. 119 E. 3d.

B. Familienrechtliche Sicht

Diese haftpflichtrechtliche Betrachtungsweise kontrastiert mit der familienrechtlichen Unterhaltspflicht der Eltern. Die Eltern sind verpflichtet, bis zur Volljährigkeit für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen. Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung oder, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung geleistet³⁴. Sie haben sodann dem Kind, insbesondere auch dem körperlich oder geistig gebrechlichen, eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen³⁵.

26

Die elterliche Unterhaltspflicht besteht originär; Eltern können die von ihnen bezahlten Unterhaltskosten zudem nicht regressweise vom Kind zurückverlangen. Das ZGB erlaubt einzig, das Kindesvermögen zur Bestreitung der Unterhalts- bzw. behinderungsbedingten Mehrkosten heranzuziehen. Die Eltern dürfen grundsätzlich nur die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden. Erweist es sich für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung als notwendig, so kann die Kinderschutzbehörde den Eltern gestatten, auch das übrige Kindesvermögen in bestimmten Beträgen anzugreifen³⁶.

27

Ohne Einwilligung der Kinderschutzbehörde dürfen Abfindungen, Schadenersatz und ähnliche Leistungen in Teilbeträgen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verbraucht werden³⁷. Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, sind zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt³⁸.

28

³⁴ Vgl. Art. 276 Abs. 1 und 2 sowie Art. 277 Abs. 1 ZGB.

³⁵ Vgl. Art. 302 Abs. 2 ZGB.

³⁶ Vgl. Art. 320 ZGB.

³⁷ Vgl. Art. 320 Abs. 2 ZGB.

³⁸ Vgl. Art. 285 Abs. 2 ZGB.

VI. Schlussfolgerungen

- ²⁹ Sowohl der Mutter als auch dem Kind stehen vertragliche Haftungsansprüche für den je in ihrer Person entstandenen Schaden zu. Die Mutter kann sodann auch einen ausservertraglichen Haftungsanspruch geltend machen. Die gutachterlich festgestellten Schadensposten (behinderungsbedingten Mehrkosten, Besuchskosten, Angehörigenschaden und Haushaltsführungsmehraufwand) sind in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Schaden des Kindes zu qualifizieren. Als Schaden der Mutter gilt rechtsprechungsgemäss nur die immaterielle Unbill des jeweiligen Elternteils³⁹, der Kinderunterhaltsschaden (bei unerwünschten Kindern) und neuerdings der Schockschaden der Eltern, der zusätzlich zum Invaliditätsschaden des Kindes eintritt⁴⁰.
- ³⁰ Das Kind ist verpflichtet, den Eltern im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz für die von ihnen behinderungsbedingt geleisteten Zahlungen und unentgeltlich erbrachten Dienstleistungen zu leisten. Eine Vertretungsbeistandschaft ist nur dann nicht zu errichten, wenn bereits bezahlte Schadensersatzleistungen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verwendet werden. Mit den laufenden Bedürfnissen sind die gegenwärtigen Bedürfnisse gemeint. Bereits in der Vergangenheit liegende Mehraufwendungen oder zukünftige Mehraufwendungen können ohne Einwilligung der Kindes- bzw. Erwachsenenschutzbehörde von den leistenden Eltern nicht aus dem Kindesvermögen bezogen werden. Die Festlegung der Höhe der Entschädigung, die das Kind den Eltern insgesamt zu leisten hat, begründet eine objektive Interessenkollision, weshalb bei Urteilsunfähigkeit bzw. Unmündigkeit des Kindes ein Vertretungsbeistand zu ernennen ist, der vertretungsweise für das Kind mit den Eltern eine diesbezügliche Entschädigungsvereinbarung abzuschliessen hat⁴¹.
- ³¹ Da vorliegend ausschliesslich der Invaliditätsschaden von C. K. Gegenstand der Begutachtung darstellt, ist die direkt Geschädigte ausschliesslich aktivlegitimiert und schadenersatzberechtigt, sofern und soweit die Frauenärztin die ihr obliegende Sorgfalt im Zusammenhang mit der Beratung und Untersuchung der schwangeren Mutter verletzt

³⁹ Vgl. BGE 112 II 220 ff. und 226 ff.

⁴⁰ Vgl. BGE 138 III 276 ff.

⁴¹ Siehe dazu Urteil BGer vom 07.07.2011 (9C_114/2011).

hat. Während des Haftungsprozesses besteht grundsätzlich keine Interessenkollision zwischen dem direkt geschädigten Kind und den indirekt geschädigten Eltern, weshalb keine Vertretungsbeistandschaft errichtet werden muss. Die nach dem Prozess erfolgende Verteilung des Schadenersatzes zwischen Eltern und Kind demgegenüber erfordert die Bestellung eines Vertretungsbeistandes, sofern dannzumal die Eltern gesetzliche Vertreter von C. K. wären.

Ist davon auszugehen, dass der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Bern die Geltendmachung des vertraglichen Schadensersatzanspruches von C. K. versagt, ist zu entscheiden, welcher Teil des Invaliditätsschadens als Kinderunterhaltsschaden der Eltern bzw. der Mutter von ihr geltend gemacht werden kann. Diese Frage wurde bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden und stellt sich nur deshalb, weil das Obergericht des Kantons Bern nach meinem Dafürhalten zu Unrecht vom Nichtbestehen eines vertraglichen Haftungsanspruches von C. K. (zumindest was den immateriellen Schaden anbelangt) ausgeht.

Im Hinblick auf die familienrechtliche Unterhaltspflicht, die auch gegenüber behinderten Kindern besteht und deren Mehraufwand umfasst, spricht nichts dagegen, die behinderungsbedingten Mehrkosten des Kindes und die behinderungsbedingten Betreuungs- und Pflegeleistungen als Kinderunterhaltsschaden der Eltern zu qualifizieren, solange diese als unterhaltspflichtig zu betrachten sind. Der OGH hat denn auch im Jahr 2014 die Aktivlegitimation der Eltern eines verletzten Kindes in Bezug auf den Invaliditätsschaden bejaht, soweit ihre Inanspruchnahme aufgrund gesetzlicher Unterhaltspflicht ausgewiesen bzw. für den zukünftigen Schaden nicht auszuschliessen ist⁴².

Ob dabei der gesamte Invaliditätsschaden, beinhaltend auch den Erwerbsausfall- und den Haushaltsführungsschaden, als Kinderunterhaltsschaden der Eltern betrachtet werden kann, möchte ich an dieser Stelle offenlassen. Immerhin ist diesbezüglich zu bemerken, dass der Haushaltsführungsschaden erst ab Alter 25 des Kindes und damit nach dem mutmasslichen Ende der Unterhaltspflicht der Eltern eintritt und der Erwerbsausfallschaden bis zum Erreichen des 25. Altersjahres regelmässig gering ist und ab dem 18. Altersjahr durch Invalidenrente und gegebenenfalls Ergänzungsleistungen weitgehend kompensiert wird.

⁴² Vgl. Urteil OGH vom 25.06.2014 (9 Ob 30/14y) = ZVR 2015, 133.

* * *

Das vorliegende Gutachten wurde auf Grund der gemachten Angaben und übergebenen Unterlagen sowie den persönlich gemachten Feststellungen und Abklärungen nach bestem Wissen und Gewissen weisungsfrei erstellt. Die Begutachtung erfolgt unter Ausschluss einer Gewähr für die Übernahme der gutachterlichen Schlussfolgerungen durch die beteiligten Versicherer bzw. zuständigen Gerichte.

Glarus, 15. Juni 2015

Prof. Dr. Hardy Landolt LL.M.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'H' and 'L' followed by a period.