

Die Unterhaltspflicht entspringend einer ungewollten Schwangerschaft: Ein Kommentar zu BGE 132 III 359

Eliane Aeschlimann (BLaw student, Universität Freiburg)

Les charges financières liées à un enfant non désiré sont considérables. Les obligations d'entretien des parents qui en découlent peuvent-elles être qualifiées de dommage au sens juridique du terme ? Dans le cadre de cette discussion, il ne faut pas oublier que l'enfant, en tant que personne, ne peut en aucun cas constituer ce dernier. En revanche, tel peut être le cas des pertes pécuniaires y découlant. La question de savoir s'il convient d'imposer à la mère une obligation de réduire le dommage soulève des doutes quant à son autodétermination en matière de reproduction. Le présent article a vocation d'analyser l'ATF 132 III 359 ainsi que les points de vue de la doctrine dans ce contexte.

Einleitung

Die Existenz oder das Fehlen eines Schadens im rechtlichen Sinne ist oft ein zentraler Streitpunkt in Gerichtsverhandlungen.¹ So auch in BGE 132 III 359, welcher prüft, ob ein Schadenersatzanspruch besteht für die aus einer Verletzung der Sorgfaltspflicht entstandenen Schwangerschaft. Die genannte Sorgfaltspflicht wurde in diesem Fall von einem praktizierenden Arzt verletzt, welcher seine Patientin,² anschliessend an ihren Kaiserschnitt, sterilisieren sollte. Der Arzt verliess jedoch, die Sterilisation durchzuführen. Dieses Versäumnis machte sich erst bemerkbar, als die Klägerin den Arzt aufgrund von anhaltender Übelkeit erneut aufsuchte. Dieser stellte fest, dass die Patientin sich in der siebten Schwangerschaftswoche befand. Die Schwangerschaft war klar ungewollt, so ging die Patientin eigentlich davon aus, sterilisiert worden

¹ Beim folgenden Artikel handelt es sich um eine modifizierte Version der an der Universität Freiburg i. Üe. verfassten propädeutischen Arbeit, einem Kommentar zu BGE 132 III 359; H. HONSELL/B. ISENRING/M. A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2013, § 1 N 1.

² *Patientin* und *Mutter* sowie andere weiblich sozialisierte Termini werden im Folgenden als Synonyme verwendet für sämtliche gebärfähige Personen, unabhängig von deren Geschlechtsidentität.

zu sein. Die besagte Schwangerschaft hatte etliche gesundheitliche Komplikationen zur Folge, welche unter anderem zu einer Arbeitsunfähigkeit während sechs Monaten führten. Die Patientin klagte anschliessend gegen den Arzt bzw. das Spital, in welchem sie behandelt wurde, auf Schadenersatz.³

Im genannten Bundesgerichtsentscheid wurde geprüft, inwiefern eine ungewollte Schwangerschaft oder genauer gesagt das daraus entstandene Kind und auch die damit verbundene Unterhaltsverpflichtung der Eltern, welche sich aus Art. 276 Abs. 1 ZGB ergibt, als Schaden im rechtlichen Sinne qualifiziert werden kann.

Zudem drängt sich die Frage auf, wie weit die Pflicht zur Schadensminderung in Bezug auf ungewollte Schwangerschaften geht und ob eine Missachtung dieser zu einem Haftungsausschluss führen kann. Der folgende Artikel setzt sich mit diesen Fragen zur Kontroverse «Kind als Schaden» auseinander und untersucht zuerst, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die elterliche Unterhaltspflicht als Schaden qualifiziert werden kann. Danach werden mögliche schadensmindernde Optionen geprüft. Abschliessend folgt ein Fazit unter Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnis.

I. Der Schaden im rechtlichen Sinne – «Das Kind als Schaden» oder doch die elterliche Unterhaltspflicht?

A. Schäden im Sinne der Differenztheorie

Eine Legaldefinition für Schäden existiert nicht.⁴ Die gängigste Theorie zur Bezifferung eines Schadens, welche in der Schweiz praktiziert wird, ist jedoch die Differenztheorie.⁵ Sie vergleicht den tatsächlichen gegenwärtigen Stand des Vermögens mit dem hypothetischen Stand, welcher vorliegen würde, wäre

³ BGE 132 III 359, Sv. S. 359 ff.

⁴ HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 1), § 1 N 26.

⁵ HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 1), § 1 N 28.

das schädigende Ereignis nie eingetreten.⁶ Dabei wird auch beachtet, dass ohne den schädigenden Vorfall ein Gewinn erwirtschaftet werden könnte.⁷ Es stellt sich somit die Frage, inwiefern die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern als Schaden klassifiziert werden kann, sofern sie unfreiwillig entsteht.⁸

Schätzungsweise 2,1 Milliarden Stunden der sogenannten Care-Arbeit für Kinder werden in der Schweiz jährlich unbezahlt geleistet, wobei ein Grossteil davon von Frauen verrichtet wird.⁹ Diese zusätzliche Betreuungs- und Hausarbeit, welche mit einer Schwangerschaft bzw. dem Kind einhergeht, bedeutet für die Mutter in vielen Fällen das Karriereaus oder zumindest erhebliche Einbussen in der Arbeitswelt.¹⁰ Der Stand des Vermögens der Frau bzw. der Eltern wäre ohne die Geburt des Kindes also höher. Das Bundesgericht bejaht hierbei einen Schaden im Sinne der Differenztheorie.¹¹

Die vorhergehende Rechtsprechung äusserte sich diesbezüglich jedoch uneinheitlich.¹² So fiel auch schon ein Gerichtsentscheid, in welchem festgehalten wurde, dass es nicht möglich sei, ökonomische Aspekte von der menschlichen Persönlichkeit abzusondern, um so einen Schaden im rechtlichen Sinne zu kreieren.¹³ Das menschliche Wesen sei eine «untrennbare Einheit», welche als ein Ganzes angesehen werden müsse.¹⁴ Nach der hier vertretenen Meinung ist es klar, dass die Existenz des Kindes als Person keinen Schaden darzustellen vermag.¹⁵ Vielmehr wird hinterfragt, weshalb die Unterhaltsverpflichtung sowie die damit verbundenen finanziellen Aufwendungen und Strapazen aus dieser Argumentation heraus keinen

Schaden darstellen sollten.¹⁶

Wird die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern nach Art. 276 ZGB also unter den Umständen des vorliegenden Falles im Licht des Schadensbegriffs analysiert, scheint es einleuchtend, dass diese als Schaden klassifiziert wird.¹⁷ Die Eltern müssen nämlich nicht nur finanziell für das Kind aufkommen, sondern es auch pflegen und erziehen.¹⁸

B. Unfreiwilligkeit der elterlichen Unterhaltspflicht

Damit von einem Schaden gesprochen werden kann, wird vorausgesetzt, dass die Vermögensverminderung unfreiwillig eintritt.¹⁹ Dies gilt auch für die elterliche Unterhaltspflicht. Um als unfreiwillig bezeichnet zu werden, muss die Vermögensverminderung ohne oder gegen den Willen der/des Vermögenden eintreten.²⁰

OFTINGER spricht sich gegen die Zahlung von Schadenersatz aus, mit der Begründung, dass es sich bei der Geburt eines gesunden ehelichen Kindes um einen der Zwecke der Ehe handle und die finanzielle Belastung somit nicht unfreiwillig eintreten konnte.²¹ Diese Ansicht verkennt sämtliche Ansprüche der Frau auf ihre reproduktive Selbstbestimmung, was nach der hier vertretenen Meinung stossend ist. Die Aussage wurde jedoch 1975 getätigt.²² Es ist also davon auszugehen, dass sich die gesellschaftlichen Werte in dieser Hinsicht weiterentwickelt haben.

Auch schlossen schon kantonale Gerichte, in Anlehnung an die Meinung WEIMARS, einen unfreiwilligen Schadenseintritt in ähnlichen Konstellationen wie in BGE 132 III 359 aus.²³ WEIMAR und mit ihm auch die Gerichte erachteten das Kindesverhältnis als akzeptiert, insofern sich werdende Eltern gegen eine Abtreibung und gegen die Freigabe des Kindes

⁶ BGE 115 II 474, E. 3a; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 2 N 9; m. w. H HONSELL/ISENRRING/KESSLER (Fn. 1), § 1 N 28.

⁷ M. KUHN, Grundlagen der privatrechtlichen Arzthaftung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 31 ff., S. 31; OFTINGER/STARK (Fn. 6), § 2 N 10.

⁸ Zur Unfreiwilligkeit vgl. *infra* Kap. I.B.

⁹ K. BELSER, Anerkennung und Aufwertung der Care-Arbeit, Impulse aus Sicht der Gleichstellung, Bern 2010, S. 6 ff.

¹⁰ BELSER (Fn. 9), S. 22.

¹¹ BGE 132 III 359, E. 4.2.

¹² Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 49; I. STEINER, Das «Kind als Schaden» - ein Lösungsvorschlag, ZBJV 137 (2001), S. 646 ff., S. 649.

¹³ Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47 f.

¹⁴ Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 48.

¹⁵ STEINER (Fn. 12), S. 649.

¹⁶ STEINER (Fn. 12), S. 649 f.

¹⁷ Appellationsgericht BS, BJM 2000, S. 306 ff., S. 308; Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47; STEINER (Fn. 12), S. 646.

¹⁸ Vgl. Art. 276 Abs. 1 ZGB.

¹⁹ BGE 115 II 474, E. 3a.

²⁰ H. PETER/A. VON THUR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 84; STEINER (Fn. 12), S. 654.

²¹ K. OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 62.

²² OFTINGER (Fn. 21), S. 62.

²³ Zivilgericht BS, BJM 1998, S. 131 ff., S. 134 f.; P. WEIMAR, Anmerkung zum Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 16.10.1985, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 49.

zur Adoption entscheiden.²⁴ Somit käme keine Schadenersatzpflicht in Betracht.²⁵

In BGE 132 III 359 bejahte das Bundesgericht jedoch, dass die Vermögensverminderung unfreiwillig eintrat.²⁶ Auch STEINER schloss sich dieser Argumentation an und vertrat den Standpunkt, dass ein akzeptiertes oder aufrechterhaltenes Kindesverhältnis nicht mit einer gewillt aufgebürdeten Unterhaltspflicht gleichgesetzt werden könne.²⁷ Selbst ein nun erwünschtes, aber ursprünglich ungewolltes Kind billigt nicht die durchkreuzte Familienplanung.²⁸ Erneut wird darauf aufmerksam gemacht, dass nicht das Kind selbst, sondern die finanzielle Belastung nicht willentlich entstand.²⁹ Der Auffassung WEIMARS kann somit nicht gefolgt werden.³⁰

II. Missachtung und Zumutbarkeit der Schadensminderungspflicht

Das Gebot für eine geschädigte Person, alles in ihrer Macht Stehende und Zumutbare zu unternehmen, um einen Schaden zu mindern, kann Art. 2 Abs. 1 ZGB (Gebot von Treu und Glauben) entnommen werden.³¹ Da die Schadenersatzpflicht beim Schädiger, im vorliegenden Fall des Spitals, mit sofortiger Wirkung eintritt und ihm somit die Möglichkeit einer Schadensbegrenzung verwehrt bleibt, ist es unerlässlich, den Haftpflichtigen vor rücksichtslosem Verhalten der geschädigten Person zu schützen.³²

Die Möglichkeit, ein Kindsverhältnis zu beenden und somit einen Schaden zu mindern oder zu verhindern, besteht einzig durch eine Abtreibung oder eine Adoptionsfreigabe des Kindes.³³ Soweit diese Optionen zumutbar sind, besteht eine Missachtung der Schadensminderungspflicht.³⁴ Die Zumutbarkeit ist ein subjektives Element der Verhältnismässigkeit,

zu deren Bewertung die Tragweite einer Massnahme für die einzelne Person untersucht werden muss.³⁵ In diesem Kontext kann auch von einer Zweck-Mittel-Relation gesprochen werden.³⁶ Im Folgenden wird erläutert, weshalb beide Optionen nach der heutigen Auffassung nicht als zumutbar gewertet werden können.³⁷

A. Freigabe des Kindes zur Adoption

Beim Entschluss für oder gegen die Zustimmung zu einer Adoption nach Art. 265a Abs. 1 ZGB handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht.³⁸ Solche Rechte können weder abgetreten noch eingeschränkt werden – auch nicht mit eigener Zustimmung.³⁹ Folglich kann auch nicht als Teil der Schadensminderungspflicht verlangt werden, dass ein solches Recht (nicht) ausgeübt wird.

B. Schwangerschaftsabbruch

In BGE 132 III 359 wird auf ein Urteil des Baselstädtischen Appellationsgericht verwiesen.⁴⁰ Dieses prüfte vor allem den induzierten Abort als eine annehmbare Möglichkeit zur Schadensbegrenzung.⁴¹ Da die Klägerin sich nach einem missglückten Abbruch gegen einen erneuten Versuch ausspricht, verwehrt das Gericht ihr den Anspruch auf Schadenersatz der Vermögenseinbusse.⁴² Das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt vertrat die Auffassung, dass eine erneute Abtreibung zumutbar sei, da die Klägerin bereits in der Vergangenheit zwei solche auf sich genommen hatte.⁴³

Wen auch die Situation im Fall des Appellationsgerichts und in jenem des Bundesgerichts nicht identisch war

²⁴ Zivilgericht BS, BJM 1998, S. 131 ff., S. 135; WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

²⁵ WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

²⁶ BGE 132 III 359, E. 4.1.

²⁷ STEINER (Fn. 12), S. 654.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vgl. *supra* Kap. I.A.

³⁰ Zivilgericht BS, BJM 1998, S. 131 ff., S. 134 f.; WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

³¹ C. MATTHÄUS, Schadenminderungspflicht im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, Baden-Baden 2008, S. 137.

³² *Ibidem*.

³³ WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

³⁴ MATTHÄUS (Fn. 31), S. 138.

³⁵ G. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Habil. Freiburg 1999, S. 86.

³⁶ RIEMER-KAFKA (Fn. 35), S. 86.

³⁷ BGE 132 III 359, E. 4.3.3.

³⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12.5.1971, BBl 1971 I 1200 ff., 1225; BGE 132 III 359, E. 4.3.1.

³⁹ C. HUGUENIN/C. P. REITZE, Art. 27 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 27 ZGB N 2.

⁴⁰ BGE 132 III 359, E. 4.3.2.

⁴¹ Appellationsgericht BS, BJM 2000, S. 306 ff., S. 310 f.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Appellationsgericht BS, BJM 2000, S. 306 ff., S. 311.

und der Vergleich somit nicht in jeder Beziehung möglich ist, spricht sich das Bundesgericht dennoch klar gegen eine «Abtreibungsobliegenheit» aus.⁴⁴ Die Schwangere kann sich auf Art. 10 Abs. 2 BV berufen. Die sexuelle Entfaltung ist ein Kerngehalt der persönlichen Freiheit.⁴⁵ Somit ist es grundrechtlich verankert, dass es jeder Frau freisteht, sich einem Schwangerschaftsabbruch zu unterziehen oder nicht.⁴⁶ Es ist dementsprechend nicht zulässig, eine derartige Obliegenheit als Teil der Schadensminderungspflicht aufzuerlegen.⁴⁷

Scharf kritisiert wurde eine solche Obliegenheit auch von BOMMER.⁴⁸ Laut ihm ist die Obliegenheit zu einer Abtreibung «eine ruchlose Zumutung»,⁴⁹ wenn nicht gar eine «strafbare Zumutung» im Sinne von Art. 118 ff. StGB.⁵⁰

Fazit

Der Schaden, welcher sich aus der unfreiwilligen Vermögensverminderung ergibt, ist durch die Unterhaltspflicht für das Kind nach Art. 276 Abs. 1 ZGB gegeben.⁵¹ Hierbei handelt es sich um eine ökonomisch negative Konsequenz für die Eltern.⁵²

Ebenso ist zu bejahen, dass diese Schädigung unfreiwillig eintrat, unabhängig davon, ob sich die Mutter bzw. die Eltern dazu entschieden haben, das Kindesverhältnis zu beenden.⁵³ Es ist eine naheliegende Schlussfolgerung, dass sowohl eine Abtreibung als auch das eigene Kind Dritten zu

überlassen, stark einschneidende Entscheidungen in das Leben der Eltern und insbesondere der Mutter darstellen.⁵⁴ Einer Klägerin die Missachtung der Schadensminderungspflicht vorzuwerfen, lediglich weil die werdende Mutter sich gegen eine Freigabe zur Adoption und gegen einen Schwangerschaftsabbruch entscheidet, kann nicht richtig sein.⁵⁵ Dieser Auffassung folgt auch das Bundesgericht und erklärt einen induzierten Abort oder die Freigabe seines Kindes zur Adoption als Beitrag zur Schadensminderungspflicht als unzumutbar.⁵⁶ Ein Haftungsausschluss basierend auf dieser Grundlage ist demnach nicht möglich.

Das Bundesgericht weist es ab, das Kind als Schaden zu bezeichnen und stellt klar, dass die Schädigung durch die Unterhaltspflicht nach Art. 276 Abs. 1 ZGB zustande kommt.⁵⁷ Das gängigste Argument der abweichend ausfallenden Meinungen, dass ein ungeplantes Kind nicht zu einem Vermögensschaden der Eltern führen könne, verliert somit bedeutend an Relevanz.⁵⁸

Das Bundesgericht zeigt sich in seiner Entscheidung fortschrittlicher als vorinstanzliche Gerichte und Lehrmeinungen, was im Sinne der Emanzipation der Frau erfreulich ist.

⁵⁴ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 45), S. 147.

⁵⁵ FELLMANN (Fn. 49), S. 334.

⁵⁶ BGE 132 III 359, E. 4.3; FELLMANN (Fn. 49), S. 322.

⁵⁷ BGE 132 III 359, E. 4.4.1.

⁵⁸ Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47; WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

⁴⁴ BGE 132 III 359, E. 4.3.2.

⁴⁵ J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 149.

⁴⁶ BGE 132 III 359, E. 4.3.2; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 45), S. 149.

⁴⁷ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 45), S. 149.

⁴⁸ F. BOMMER, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadensminderung?, Zum Urteil des Baselstädtischen Appellationsgerichts vom 23.10.1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung, ZBJV 137 (2001), S. 664 ff., S. 665.

⁴⁹ W. FELLMANN, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 123 (1987), S. 317 ff., S. 322.

⁵⁰ BOMMER (Fn. 48), S. 665 ff. (Hervorhebung entfernt), erwähnt die eventuelle Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches in der 18./19. SSW. Diese zusätzliche Thematik würde den Rahmen des Artikels sprengen, weshalb hiermit auf seine Urteilsanmerkung verwiesen wird.

⁵¹ BGE 132 III 359, E. 4.2.

⁵² Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47; OFTINGER/STARK (Fn. 6), § 2 N 1.

⁵³ Vgl. *supra* Kap. II.A. und II.B.