



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

**'Wrongful birth'; Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes
als Schaden zum Entscheid des niederländischen Hoge Raad vom 21
Februar 1997,**
Stolker, C.J.J.M.

Citation

Stolker, C. J. J. M. (1997). 'Wrongful birth'; Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden zum Entscheid des niederländischen Hoge Raad vom 21 Februar 1997,. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/1973>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/1973>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

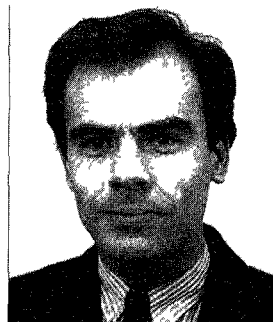
"Wrongful Birth" – Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden

1145

Zum Entscheid des niederländischen *Hoge Raad* vom 21. Februar 1997



Dr. Christa Tobler,
Universität Leiden



Prof. Dr. Carel Stolker,
Universität Leiden

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Zum Sachverhalt und zum rechtlichen Verfahren
- III. Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes
 1. Systematische (schadenersatz-technische) Analyse
 2. Verletzung der Menschenwürde des Kindes durch die Zuspreehung von Schadenersatz?
 3. Zur Höhe des Schadenersatzes
- IV. Reaktionen in niederländischen juristischen Kreisen
- V. Eigene Stellungnahme
- VI. Verdienstaussfall
- VII. Immaterieller Schaden und Genugtuung
- VIII. Zum Schluss: die wrongful life-Schadenersatzforderung

I. Einleitung

Der Ausdruck "*wrongful birth*" ist ein international eingebürgertes *terminus technicus* des Schadenersatzrechtes¹. Er bezieht sich auf Schadenersatzforderungen von Eltern im Zusammenhang mit der Geburt eines nicht gewünschten oder nicht geplanten Kindes. Die Forderung richtet sich gegen eine Drittperson, welche für die Geburt des Kindes zivilrechtlich verantwortlich gemacht wird (z.B. der Vergewaltiger, der Arzt im Falle einer missglückten Sterilisation eines Elternteiles oder einer missglückten Abtreibung)². Als mögliche Schadensposten kommen unter anderem in Frage: Kosten für Schwangerschaft, Geburt, Babyausstattung, grösseren Wohnraum, Unterhalt und Betreuung des Kindes, neuerliche Sterilisierung sowie Verdienstaussfall der Eltern (meist der Mutter). Daneben wird manchmal auch immaterieller Schaden geltend gemacht, insbesondere von der Mutter (Schwangerschaft, Geburt, Eingriff in die Freiheit der Lebensgestaltung).

Der wohl umstrittenste Schadenposten in *wrongful birth*-Sachen sind die Kosten für Unterhalt und Betreuung des Kindes. Hier stellen sich heikle Fragen, vor allem die, ob nicht das Kind selbst als Schaden betrachtet wird, wenn die Kosten für seinen Unterhalt und seine Betreuung als Schaden qualifiziert werden. Mit dieser Frage tun sich die Gerichte in verschiedenen Ländern seit längerem schwer.

So urteilte der *Supreme Court* des US-Bundesstaates Pennsylvania in den fünfziger Jahren: "We are of the opinion that to allow damages for the normal birth of a child is foreign to the universal public sentiment of the people."³ Und das deutsche Oberlandesgericht Bamberg entschied im Jahr 1978: "Die Geburt und die Existenz eines Menschen stellen keinen Schaden dar. Ein Kind als Schaden anzusehen, hiesse unser Bild vom Menschen und seinem Wesen völlig verkennen. Kinder gelten nach den christlich-humanistischen Kulturvorstellungen, wie sie unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung zugrunde liegen, als besonders hohe Werte, mögen sie aus persönlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall auch noch so unerwünscht sein; die Geburt und die Existenz eines Kindes kann nicht als Schadenfall angesehen werden, denn eine Wertverwirklichung lässt sich nicht zugleich als Schaden qualifizieren."⁴ Schadenersatz für Unterhalt und Betreuung des Kindes wird deshalb von den Gerichten oft abgewiesen, so auch in der Schweiz⁵. Daneben stellen

- 1 Siehe etwa DANNEMANN 1989, DEUCHLER 1984, Diss. STOLKER 1988, Diss. STIEGLITZ 1989 und neuer DEUTSCH 1995 sowie sehr ausführlich PICKER 1995 (*Wrongful birth*), beide mit weiteren Hinweisen auf die neuere deutsche Literatur. Für die Schweiz siehe die Literaturhinweise bei OFTINGER/STARK 1995, 82, Randziffer 45.
- 2 Im US-amerikanischen Recht wird weiter unterschieden zwischen *wrongful birth claims* und *wrongful pregnancy or conception claims*. Die genaue Definierung dieser Begriffe scheint jedoch uneinheitlich zu sein: Nach DEUTSCH 1995, 614, geht es in einer *wrongful birth*-Klage um den Unterhaltsschaden, den das nicht geplante Kind den Eltern verursacht. Der Ausdruck *wrongful conception* bezieht sich nach DEUTSCH auf Fälle, "in denen der Schaden auf eine fehlerhafte Beratung schon vor der Konzeption zurückgeht", wobei DEUTSCH hier auch Klagen des Kindes selbst miteinzubeziehen scheint. Laut RYAN 1994, 859 (mit Hinweisen zur amerikanischen Literatur), werden beide Klagen von den Eltern eingereicht, im Falle der *wrongful birth*-Klagen im Zusammenhang mit der Geburt eines behinderten Kindes und im Falle der *wrongful conception*-Klagen im Zusammenhang mit der Geburt eines ungeplanten, aber gesunden Kindes.
- 3 *Shaheen v. Knight*, 11 Pa.D.&C.2d, 41 (1957).
- 4 Oberlandesgericht Bamberg, Entscheid vom 6. Februar 1978, veröffentlicht in Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1685 ff. Zur Entwicklung der deutschen Rechtsprechung unten III.2.
- 5 Im Jahre 1985 verneinte das Bezirksgericht Arbon eine *wrongful birth*-Haftung für Unterhaltskosten, sprach der Klägerin aber Schadenersatz für entgangenen Lohn sowie Genugtuung für die Unbill, welche sie wegen der misslungenen Sterilisation in Kauf nehmen musste, zu; Urteil vom 16. Oktober 1985, SJZ 1986, 46 ff., mit einer Anmerkung von WEIMAR. Die Meinungen in der schweizerischen Literatur sind geteilt: WEIMAR 1986 verneint einen Schadenersatzanspruch aus

sich weitere Fragen: Wie steht es mit der Schadenminderungspflicht der Eltern, welche die fraglichen Kosten durch eine Abtreibung oder die Freigabe des Kindes zur Adoption vermeiden könnten? Stellt das Kind nicht einen Vorteil dar, der den Schaden aufwiegt? Bei all diesen Fragen geht es nicht nur um juristische, sondern auch um ethisch-moralische Überlegungen⁶. Letztlich fragt sich, ob eine rechtliche Lösung dem Sachverhalt der *wrongful birth* gerecht werden kann und ob nach einer solchen Lösung überhaupt gesucht werden soll.

Kürzlich hat der niederländische *Hoge Raad* (das höchste Gericht der Niederlande) einen aufsehenerregenden Entscheid gefällt, in welchem es einer Mutter Ersatz für die Kosten für Unterhalt und Betreuung ihres nicht geplanten Kindes zugesprochen hat⁷. Mit dieser Rechtsprechung steht der *Hoge Raad* in Europa ziemlich allein da. Nur der deutsche Bundesgerichtshof (BGH), das oberste deutsche Zivilgericht, entscheidet ähnlich⁸. Der Entscheid des *Hoge Raad* hat in den Niederlanden sehr gemischte Reaktionen hervorgerufen. Die nüchterne Art, mit der sich der Gerichtshof mit heiklen Fragen im Spannungsfeld von Recht und Ethik auseinandersetzt, wird zum Teil vehement abgelehnt, zum Teil aber auch ausdrücklich begrüsst. Die Rechtssache dürfte aus rechtsvergleichender Sicht auch ausserhalb der Niederlande von Interesse sein und soll deshalb hier besprochen werden.

Der vorliegende Beitrag gliedert sich wie folgt. Als erstes wird kurz der Hintergrund des Entscheides des *Hoge Raad* dargestellt (II.). Danach wird auf die Forderung auf Ersatz der Unterhalts- und Betreuungskosten eingegangen. Sie ist aus schadenersatzrechtlicher Sicht wohl der interessanteste, weil am heftigsten umstrittene, Aspekt von *wrongful birth*-Fällen und wird darum vorliegend mit einiger Ausführlichkeit behandelt. Im Abschnitt III. wird das Urteil des *Hoge Raad* zur Frage des Unterhaltsschadens besprochen, wobei verschiedene Einwände zur Sprache kommen, welche gegen *wrongful birth*-Forderungen vorgebracht werden. Anschliessend wird auf die unterschiedlichen Stellungnahmen durch das niederländische juristische Publikum zu diesem Punkt hingewiesen (IV.). Danach folgt die persönliche Stellungnahme der Schreibenden (V.). In den Abschnitten VI. und VII. werden die Fragen des Einkommensschadens der Mutter und ihrer Genugtuungsforderung behandelt. Abschliessend wird noch auf das den *wrongful birth*-Klagen verwandte Phänomen der *wrongful life*-Klage hingewiesen (VIII.).

II. Zum Sachverhalt und zum rechtlichen Verfahren

Dem Entscheid des *Hoge Raad* lag folgender Sachverhalt zugrunde. Frau O. und ihr Ehemann hatten nach zwei Kindern beschlossen, keine weiteren Kinder mehr zu haben. Um Schwangerschaften zu vermeiden, liess sich Frau O. eine Spirale einsetzen. Diese Spirale wurde im Rahmen eines operativen Eingriffes entfernt und danach nicht wie-

der eingesetzt. Frau O. wurde darüber vom behandelnden Arzt nicht informiert. Einige Zeit danach stellte sie fest, dass sie schwanger war. Sie war zu diesem Zeitpunkt auf der Suche nach einer Erwerbsarbeit. Ihr Ehemann, der an einer chronischen Krankheit leidet, war arbeitslos. Das Kind wurde am 1. Mai 1987 geboren. Die anderen zwei Kinder des Ehepaares waren in diesem Zeitpunkt gut zwölf bzw. fünfeneinhalb Jahre alt. Frau O. beschloss, während der ersten zehn Jahre nach der Geburt des dritten Kindes nicht erwerbstätig zu sein. Nach den zwei ersten Kindern hatte sie jeweils fünf Jahre gewartet, bevor sie wieder eine Erwerbstätigkeit suchte.

In diesem Zusammenhang verlangte Frau O. von ihrem Arzt Schadenersatz im Umfang von 290976.55 niederländischen Gulden. Diese Forderung umfasste die Kosten der Babyausrüstung, Unterhalt des Kindes bis zur Mündigkeit, Einkommensverlust von Frau O. während zehn Jahren, die Kosten einer Expertise zur Schätzung des Einkommensverlustes und der Unterhaltskosten, die Kosten für den Rechtsbeistand von Frau O. und schliesslich Genugtuung. Es kam zum Rechtsstreit. Dabei war unbestritten, dass die Schwangerschaft von Frau O. ungewünscht und die Folge eines Kunstfehlers des Arztes war (niederländisch: *beroepsfout*, also Berufsfehler). Der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Arztes und der Schwangerschaft als kostenverursachendem Ereignis stand somit fest. Umstritten war, ob die von Frau O. geltend gemachten Kosten für Unterhalt und Betreuung des Kindes sowie der Verdienstausschlag als vermögensrechtlicher Schaden im Sinne des niederländischen *Burgerlijk Wetboek* (Zivilgesetzbuch) zu verstehen waren, und ob Frau O. nach diesem Gesetz Anspruch auf Genugtuung wegen ungewünschter Schwangerschaft und Geburt hatte.

formaljuristischen Gründen (siehe unten Fussnote 13). Laut HONSELL "sträubt sich eine natürliche Betrachtung dagegen, die Geburt eines Kindes mit einem Schaden in Verbindung zu bringen"; und es ist "mit den ethischen Grundüberzeugungen der Gesellschaft nicht vereinbar, wegen der Geburt eines Kindes Schadenersatz zu verlangen" (HONSELL 1996, 6, Randziffer 36). Auf der anderen Seite bejahen OFTINGER/STARK grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht, machen diese aber von den finanziellen Verhältnissen der Eltern abhängig (OFTINGER/STARK 1995, 83 ff.).

- 6 Nach PICKER 1995 (*Wrongful birth*), 487, stellt sich die Frage, "ob auch noch nach der Eröffnung nahezu völliger Steuerbarkeit des werdenden Lebens dessen Unantastbarkeit als rechtliche Fundamentalmaxime fortgelten kann". Es geht darum, "Klarheit über die Lebensfrage zu gewinnen, ob und ab wann der Fortschritt der Wissenschaft zum Rückschritt von Zivilität und Humanität pervertiert" (486), bzw. "um eine das Dogmatisch-Rechtliche übergreifende fundamentale Frage der Sozialmoral und des anthropologischen Selbstverständnisses der Sozietät" (490).
- 7 Entscheid des niederländischen *Hoge Raad* vom 21. Februar 1997, veröffentlicht in *Rechtspraak van de week* 1997, 54C.
- 8 Vgl. PICKER 1995 (*Wrongful birth*), 492 ff. Anders entscheidet das deutsche Bundesverfassungsgericht, dazu unten III.2.

Das erstinstanzliche Gericht auferlegte dem Arzt die Kosten für Babyausstattung und Rechtsbeistand ganz und die Kosten für die Expertise zur Hälfte. Die Begehren hinsichtlich Verdienstaufschlag und Genugtuung wies das Gericht ab. Einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Unterhalt und die Betreuung des Kindes hielt das Gericht grundsätzlich für gegeben⁹, verlangte jedoch von Frau O. eine genauere Berechnung dieser Kosten. Gegen dieses Urteil legte Frau O. Berufung ein.

Das Berufungsgericht wies die Ansprüche hinsichtlich Verdienstaufschlag und immateriellem Schaden ab, bejahte aber die Möglichkeit eines Anspruches auf Ersatz der Kosten für Unterhalt und Betreuung des Kindes im Falle von besonderen Umständen. Das Gericht sistierte das Verfahren, um Frau O. die Gelegenheit zu geben, besondere Umstände darzulegen. Gegen dieses Zwischenurteil legte Frau O. beim *Hoge Raad* "höhere Berufung" ein (*hogere beroep*, eine Art Nichtigkeitsbeschwerde).

Der *Hoge Raad* wies zwar die Genugtuungsforderung ab, hob jedoch das Urteil der Vorinstanz hinsichtlich der Kosten für Unterhalt und Betreuung des Kindes und des Verdienstaufschlages der Mutter auf und wies es zur Neubeurteilung im Sinne seiner Erwägungen zurück an die erste Instanz. Damit entschied der Gerichtshof fast in allen Punkten anders als Generalanwalt VRANKEN, der in seinem für den *Hoge Raad* erstellten Gutachten vorgeschlagen hatte, die Klage vollumfänglich abzuweisen¹⁰.

III. Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes

Ebenso wie das Erstgericht lehnte es auch das Berufungsgericht nicht grundsätzlich ab, die Kosten für Unterhalt und Betreuung für ein Kind zivilrechtlich als Schaden zu begreifen. Es vertrat jedoch eine im Vergleich zum Erstgericht einschränkende Auffassung. Es erklärte, das Tragen der normalen Kosten von Unterhalt und Betreuung eines Kindes sei eine "natürliche und durch das Gesetz anerkannte Pflicht der Eltern", und schloss daraus, eine Ersatzpflicht komme nur unter besonderen Umständen in Frage. Als solche Umstände nannte es ernstliche finanzielle Schwierigkeiten, die der Mutter durch die Geburt des Kindes entstehen, sowie eine spürbare Senkung des Lebensstandards der Mutter als Folge der durch das Kind verursachten Kosten. Eine rechtliche Pflicht der Mutter, den Schaden durch eine Abtreibung des Foetus oder die Freigabe des Kindes zur Adoption zu vermeiden, lehnte das Gericht ausdrücklich ab, da von der Frau nicht verlangt werden könne, dass sie menschliches Leben beendige oder ein durch sie ausgetragenes Kind durch Dritte aufziehen lasse, nur um zu verhindern, dass Dritte für die Unterhaltskosten aufkommen müssten.

Der *Hoge Raad* stellt vorab fest, dass es hier "um die grundsätzliche Frage geht, ob in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Frau durch einen Kunstfehler des Arztes gegen ihren Willen in eine Situation geraten ist, in welcher sie nach dem Gesetz Ausgaben für den Unterhalt und die Betreu-

ung des Kindes tätigen muss, grundsätzlich genügend Gründe bestehen, um hinsichtlich dieser Kosten eine rechtliche Ersatzpflicht anzunehmen".¹¹

Der *Hoge Raad* analysiert diese Frage vor allem unter zwei Aspekten: er nimmt vorerst eine rein systematische Analyse vor (schadenersatzrechtlich-technische Betrachtungsweise) und wendet sich dann in einem zweiten Schritt der Frage der Menschenwürde des Kindes zu.

1. Systematische (schadenersatz-technische) Analyse

Im Rahmen der juristisch-systematischen Analyse befindet der *Hoge Raad*, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine vertragliche Schadenersatzpflicht nach niederländischem Recht erfüllt sind. Danach hat der Arzt den Schaden zu ersetzen, der ihm als Folge eines Kunstfehlers zugerechnet werden kann. Für diese Zurechenbarkeit genügt im Prinzip, dass durch den betreffenden Fehler ein Risiko geschaffen wird, welches sich daraufhin verwirklicht. Der Gerichtshof hält fest, dass der Kunstfehler des Arztes die Familienplanung der Familie O. durchkreuzt hat, wobei angenommen werden muss, dass diese Planung zumindest auch darauf abzielte, die Grösse der Familie auf die finanziellen Möglichkeiten abzustimmen, welche die Eltern für die Zukunft erwarten konnten. Der Gerichtshof fährt fort:

"Der Schaden, für welchen vorliegend Ersatz verlangt wird, besteht in Kosten, von denen schon wegen ihres Ausmasses angenommen werden muss, dass sie während der Minderjährigkeit des Kindes im Prinzip die finanziellen Möglichkeiten der Familie beeinflussen. Solche Kosten stellen zweifelsohne einen Vermögensschaden dar. Angesichts sowohl der Art dieses Schadens sowie des vorgenannten Ereignisses, auf dem die Haftpflicht gründet, ist nicht einzusehen, warum dieser Schaden dem Arzt nicht als eine Folge dieses Ereignisses sollte zugerechnet werden können. Dem steht im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz die elterliche Unterhalts- und Betreuungspflicht nicht entgegen. Vielmehr ergibt sich aus dieser Verpflichtung, dass es hier tatsächlich um unvermeidliche Kosten geht, welche gerade deshalb einen finanziellen Nachteil und darum einen Vermögensschaden darstellen. Dies bedeutet, dass die Haftpflicht des Arztes in einem Fall wie dem vorliegenden ins System des Gesetzes passt, und dass das Gesetz selbst keine Grundlage für die prinzipielle Ablehnung einer solchen Haftung bietet."¹²

9 Damit steht es in der niederländischen Rechtsprechung keineswegs allein da, vgl. die Aufzählung relevanter Urteile durch den Generalanwalt, Randnummer 10.

10 Der niederländische *Hoge Raad* kennt die Einrichtung der Generalanwaltschaft. Der Generalanwalt (auch: *amicus curiae*) verfasst zuhanden des Gerichtshofes ein Gutachten, in welchem er die seiner Auffassung nach richtige juristische Betrachtungsweise des betreffenden Falles darlegt. Der Schlussbericht (niederländisch: *conclusie*) des Generalanwaltes zur vorliegenden Rechtssache ist veröffentlicht in *Conclusies rechtspraak van de week 1997*, C54.

11 Erwägung 3.6. Übersetzungen der niederländischen Originaltexte durch CHRISTA TOBLER.

12 Erwägung 3.7.

Das erstinstanzliche Gericht auferlegte dem Arzt die Kosten für Babyausstattung und Rechtsbeistand ganz und die Kosten für die Expertise zur Hälfte. Die Begehren hinsichtlich Verdienstaussfall und Genugtuung wies das Gericht ab. Einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Unterhalt und die Betreuung des Kindes hielt das Gericht grundsätzlich für gegeben⁹, verlangte jedoch von Frau O. eine genauere Berechnung dieser Kosten. Gegen dieses Urteil legte Frau O. Berufung ein.

Das Berufungsgericht wies die Ansprüche hinsichtlich Verdienstaussfall und immateriellem Schaden ab, bejahte aber die Möglichkeit eines Anspruches auf Ersatz der Kosten für Unterhalt und Betreuung des Kindes im Falle von besonderen Umständen. Das Gericht sistierte das Verfahren, um Frau O. die Gelegenheit zu geben, besondere Umstände darzulegen. Gegen dieses Zwischenurteil legte Frau O. beim *Hoge Raad* "höhere Berufung" ein (*hogere beroep*, eine ArtNichtigkeitsbeschwerde).

Der *Hoge Raad* wies zwar die Genugtuungsforderung ab, hob jedoch das Urteil der Vorinstanz hinsichtlich der Kosten für Unterhalt und Betreuung des Kindes und des Verdienstaussfalles der Mutter auf und wies es zur Neubeurteilung im Sinne seiner Erwägungen zurück an die erste Instanz. Damit entschied der Gerichtshof fast in allen Punkten anders als Generalanwalt VRANKEN, der in seinem für den *Hoge Raad* erstellten Gutachten vorgeschlagen hatte, die Klage vollumfänglich abzuweisen¹⁰.

III. Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes

Ebenso wie das Erstgericht lehnte es auch das Berufungsgericht nicht grundsätzlich ab, die Kosten für Unterhalt und Betreuung für ein Kind zivilrechtlich als Schaden zu begreifen. Es vertrat jedoch eine im Vergleich zum Erstgericht einschränkende Auffassung. Es erklärte, das Tragen der normalen Kosten von Unterhalt und Betreuung eines Kindes sei eine "natürliche und durch das Gesetz anerkannte Pflicht der Eltern", und schloss daraus, eine Ersatzpflicht komme nur unter besonderen Umständen in Frage. Als solche Umstände nannte es ernstliche finanzielle Schwierigkeiten, die der Mutter durch die Geburt des Kindes entstehen, sowie eine spürbare Senkung des Lebensstandards der Mutter als Folge der durch das Kind verursachten Kosten. Eine rechtliche Pflicht der Mutter, den Schaden durch eine Abtreibung des Foetus oder die Freigabe des Kindes zur Adoption zu vermeiden, lehnte das Gericht ausdrücklich ab, da von der Frau nicht verlangt werden könne, dass sie menschliches Leben beendige oder ein durch sie ausgetragenes Kind durch Dritte aufziehen lasse, nur um zu verhindern, dass Dritte für die Unterhaltskosten aufkommen müssten.

Der *Hoge Raad* stellt vorab fest, dass es hier "um die grundsätzliche Frage geht, ob in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Frau durch einen Kunstfehler des Arztes gegen ihren Willen in eine Situation geraten ist, in welcher sie nach dem Gesetz Ausgaben für den Unterhalt und die Betreu-

ung des Kindes tätigen muss, grundsätzlich genügend Gründe bestehen, um hinsichtlich dieser Kosten eine rechtliche Ersatzpflicht anzunehmen".¹¹

Der *Hoge Raad* analysiert diese Frage vor allem unter zwei Aspekten: er nimmt vorerst eine rein systematische Analyse vor (schadenersatzrechtlich-technische Betrachtungsweise) und wendet sich dann in einem zweiten Schritt der Frage der Menschenwürde des Kindes zu.

1. Systematische (schadenersatz-technische) Analyse

Im Rahmen der juristisch-systematischen Analyse befindet der *Hoge Raad*, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine vertragliche Schadenersatzpflicht nach niederländischem Recht erfüllt sind. Danach hat der Arzt den Schaden zu ersetzen, der ihm als Folge eines Kunstfehlers zugerechnet werden kann. Für diese Zurechenbarkeit genügt im Prinzip, dass durch den betreffenden Fehler ein Risiko geschaffen wird, welches sich daraufhin verwirklicht. Der Gerichtshof hält fest, dass der Kunstfehler des Arztes die Familienplanung der Familie O. durchkreuzt hat, wobei angenommen werden muss, dass diese Planung zumindest auch darauf abzielte, die Grösse der Familie auf die finanziellen Möglichkeiten abzustimmen, welche die Eltern für die Zukunft erwarten konnten. Der Gerichtshof fährt fort:

"Der Schaden, für welchen vorliegend Ersatz verlangt wird, besteht in Kosten, von denen schon wegen ihres Ausmasses angenommen werden muss, dass sie während der Minderjährigkeit des Kindes im Prinzip die finanziellen Möglichkeiten der Familie beeinflussen. Solche Kosten stellen zweifelsohne einen Vermögensschaden dar. Angesichts sowohl der Art dieses Schadens sowie des vorgenannten Ereignisses, auf dem die Haftpflicht gründet, ist nicht einzusehen, warum dieser Schaden dem Arzt nicht als eine Folge dieses Ereignisses sollte zugerechnet werden können. Dem steht im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz die elterliche Unterhalts- und Betreuungspflicht nicht entgegen. Vielmehr ergibt sich aus dieser Verpflichtung, dass es hier tatsächlich um unvermeidliche Kosten geht, welche gerade deshalb einen finanziellen Nachteil und darum einen Vermögensschaden darstellen. Dies bedeutet, dass die Haftpflicht des Arztes in einem Fall wie dem vorliegenden ins System des Gesetzes passt, und dass das Gesetz selbst keine Grundlage für die prinzipielle Ablehnung einer solchen Haftung bietet."¹²

- 9 Damit steht es in der niederländischen Rechtsprechung keineswegs allein da, vgl. die Aufzählung relevanter Urteile durch den Generalanwalt, Randnummer 10.
- 10 Der niederländische *Hoge Raad* kennt die Einrichtung der Generalanwaltschaft. Der Generalanwalt (auch: *amicus curiae*) verfasst zuhanden des Gerichtshofes ein Gutachten, in welchem er die seiner Auffassung nach richtige juristische Betrachtungsweise des betreffenden Falles darlegt. Der Schlussbericht (niederländisch: *conclusie*) des Generalanwaltes zur vorliegenden Rechtssache ist veröffentlicht in *Conclusies rechtspraak van de week 1997, C54*.
- 11 Erwägung 3.6. Übersetzungen der niederländischen Originaltexte durch CHRISTA TOBLER.
- 12 Erwägung 3.7.

Der *Hoge Raad* lehnt demnach das manchmal im Ausland vorgebrachte Argument ab, eine Ersatzpflicht passe nicht ins System des Gesetzes, da hierdurch Dritte die auf den Eltern ruhende Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind übernehmen müssten¹³. Auch die Aussage über die finanziellen Hintergründe der Familienplanung ist wohl im Zusammenhang mit einem im Ausland vorgebrachten Einwand zu sehen, nämlich dem Einwand, andere als finanzielle Motive der Familienplanung dürften für die Frage des Schadenersatzes nicht berücksichtigt werden. Erst an späterer Stelle befasst sich der *Hoge Raad* mit dem Argument der Vorteilsanrechnung bzw. der *overriding benefit rule*¹⁴. Er lehnt die Auffassung ab, wonach die Vergrößerung der Familie um ein gesundes Kind an sich schon einen Vorteil darstellt, welcher jeglichen Schaden aufwiegt. Laut dem Gerichtshof sind solche immaterielle Vorteile allenfalls im Zusammenhang mit der Feststellung eines allfälligen immateriellen Schadens zu berücksichtigen¹⁵.

Zu den von der Berufungsinstanz erwähnten Argumenten der Schadenminderungspflicht durch Abtreibung oder Freigabe zur Adoption äussert sich der *Hoge Raad* hingegen nicht. Sie waren vorliegend aber auch von niemandem vertreten worden. Es ist anzunehmen, dass sich der Gerichtshof in diesem Punkt der ablehnenden Auffassung des Generalanwaltes und der Vorinstanz anschliesst. Soweit uns bekannt ist, wird das Argument in der Rechtsprechung verschiedener Länder fast durchwegs abgewiesen¹⁶; wenn auch nicht immer in der Literatur¹⁷. Unseres Erachtens ist der ablehnenden Haltung nachdrücklich zuzustimmen.

Anschliessend an diese technisch-schadenersatzrechtliche Analyse stellt sich der *Hoge Raad* die Frage, ob gegen diesen ersten Befund (nämlich die Bejahung der Schadenersatzpflicht) stichhaltige Bedenken anderer (d.h. nicht rein schadenersatzrechtlicher) Art vorgebracht werden können, insbesondere im Zusammenhang mit der Menschenwürde des Kindes.

2. Verletzung der Menschenwürde des Kindes durch die Zusprechung von Schadenersatz?

Gegen die Zusprechung von Schadenersatz für Unterhalt und Betreuung eines nicht geplanten Kindes wird oft vorgebracht, so werde das Kind selbst als ein Schaden oder Schadensfaktor aufgefasst, dem Kind sein Daseinsrecht

gesunden Kindes und S. 654 hinsichtlich behinderter Kinder) da der Unterhalt in solchen Fällen nicht freiwillig geleistet wird. Durch eine Verneinung des Schadenersatzanspruchs "werden Eltern eines einst unerwünschten Kindes vor der Unredlichkeit bewahrt, Schadenersatz für dessen Unterhalt zu verlangen, obwohl sie es längst lieb gewonnen haben" (652). Ähnlich äussert sich HEIDA 1997, 1176: mit der Entscheidung gegen einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden sich die Eltern für das Kind und die damit verbundenen Kosten.

- 14 Dieses Argument wird vor allem in der amerikanischen Rechtsprechung oft gehört. So erklärte der Texanische *Supreme Court* im Fall *Terrell v. Garcia* 496 SW 2d, 124 (Tex. Civ. App. 1973) nicht ohne Gefühl für Pathos: "The satisfaction joy and companionship which normal parents have in rearing a child make such economic loss worthwhile. (...) Who can place a price tag on a child's smile or the parental pride in a child's achievement? (...) Rather than attempt to value these intangible benefits, our courts have simply determined that public sentiment recognizes that these benefits to the parents outweigh their economic loss in rearing and educating a healthy, normal child." Vgl. auch RYAN 1994, 877 f.
- 15 Erwägung 3.10., vgl. dazu unten VII. DEUTSCH 1995, 613 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bei der Vorteilsausgleichung gleiche Güter miteinander ausgeglichen werden müssen: "Ein Vermögensnachteil kann nur durch einen Vermögensvorteil kompensiert werden. Die Unvergleichbarkeit der Güter liegt hier auf der Hand." Siehe auch WEIMAR 1986, 647, wonach "Rechte und Pflichten immaterieller Art, Freude und Leid der Elternschaft" das Vermögen der Eltern nicht in rechtlich relevanter Weise beeinflussen.
- 16 Vgl. dazu den ersten entsprechenden Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes vom 18. März 1980, BGHZ 76,249 (auch Versicherungsrecht 1980, 555). KASHI 1977 1418: "The very suggestion carries a pungent odor of moral depravity." In der englischen Entscheidung *Emeh v. Kensington Area Health Authority* (1985) 2WLR 233 fand das Argument gewisses Gehör. Es betraf einen Fall, in welchem feststand, dass die Frau schon einmal eine Abtreibung hatte vornehmen lassen.
- 17 Für Beispiele aus der amerikanischen Literatur siehe DISS STOLKER 1988, 108 ff. HONSELL 1995, 6, Randziffer 36, will eine Ersatzpflicht unter anderem deswegen ablehnen, "weil eine unerwünschte Schwangerschaft im Rahmen der gesetzlich zugelassenen Indikationen abgebrochen werden kann" WEIMAR 1986, 653 f., vertritt die Auffassung, die Freigabe des Kindes zur Adoption sei einem Schadenersatzanspruch vorzuziehen, da dies dem Wohlergehen des Kindes besser entspreche. PICKER 1995 (Wrongful birth), 507 f., ist der Meinung, die Zulassung einer Schadenersatzpflicht führe zwingend zu einer Obliegenheit der schwangeren Frau, durch eine Abtreibung an der Verhinderung kostenträchtigen neuer Lebens mitzuwirken. Unter anderem wegen der sich daraus ergebenden "Tötungsobliegenheit" und ihrem Charakter als Rechtsperversion lehnt PICKER einen solchen Ersatzanspruch vehement ab. HEIDA 1997, 1176, lehnt zwar eine Verpflichtung zur Freigabe zur Adoption wegen des Bandes zwischen Mutter und Kind ab, nicht aber die Verpflichtung zur Abtreibung in einem frühen Stadium der Schwangerschaft. Zu der ausserordentlich komplexen Problematik, die sich im Zusammenhang mit genetischen Untersuchungen des Foetus und der Frage der Abtreibung für die betroffene Frau ergeben siehe RYAN 1994, 889 ff. (insbesondere im Hinblick auf allfällig behinderte Kinder).

13 Randziffer 20 f. im Schlussbericht des Generalanwaltes. Vgl. in diesem Zusammenhang WEIMAR 1986, 646 ff., der einen Schadenersatzanspruch nur dann bejahen will, wenn auf Seiten der Eltern eine unfreiwillige Vermögensverminderung vorliegt. Diese fehlt, wenn die Eltern ihr Kind akzeptieren, wobei die Eltern das Kind nur schon dadurch akzeptieren, dass sie die rechtliche Beziehung zu ihm nicht abbrechen (Freigabe zur Adoption). Eine unfreiwillige Vermögensverminderung bei Fortbestehen des rechtlichen Kindesverhältnisses liegt nach WEIMAR nur dann vor, wenn sich niemand findet, der das Kind adoptieren will (S. 652 hinsichtlich eines

aberkannt und seine Menschenwürde verletzt. In diesem Sinne hat sich das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geäußert:

"Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassungs wegen (Art. 1,1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen."¹⁸

Die Betrachtungsweise des BVerfG bildete im vorliegenden niederländischen Fall den Ausgangspunkt für die Meinung des Generalanwaltes¹⁹. Generalanwalt VRANKEN weist darauf hin, dass zwischen dem Fehler des Arztes und dem geltend gemachten Schaden die Geburt des Kindes stehe, und dass deshalb durch die Qualifizierung von Unterhalts- und Betreuungskosten als Schaden das Kind selbst zum Schadenposten werde. Der Generalanwalt lehnt sich dabei an den deutschen Autor PICKER an²⁰. Er erklärt, dass bei *wrongful birth*-Sachen nicht nur die Interessen der Eltern und des Arztes im Spiele sind, sondern auch der einzigartige Wert des Kindes als Mensch, ein Wert, der weder für die Eltern noch für das Recht frei verfügbar ist. Der Generalanwalt lehnt deshalb einen Schadenersatzanspruch für Unterhalts- und Betreuungskosten aus Gründen der Menschenwürde des Kindes ab. Allerdings will er gewisse Ausnahmen zulassen, um unhaltbare Konsequenzen einer allzu prinzipiellen Auffassung zu vermeiden, so bei Vergewaltigung der Mutter, Behinderung des Kindes und aussergewöhnlichen finanziellen Schwierigkeiten der Familie²¹. Damit lehnt der Generalanwalt sowohl eine rein schadenersatzrechtliche Betrachtungsweise (wonach für die finanziellen Folgen der mangelhaften Erfüllung eines Vertrages stets vollumfänglich Ersatz zu leisten ist – Meinung von Frau O.) wie auch eine rein prinzipielle Argumentation (wonach Unterhalts- und Betreuungskosten nie als Schaden aufgefasst werden dürfen, weil so das Kind selbst zum Schaden wird – Meinung von PICKER) ab.

Der *Hoge Raad* teilt die Auffassung des Generalanwaltes, bei Bejahung der Schadenersatzpflicht werde das Kind selbst zum Schadenfaktor, nicht. Der Beschluss der Eltern, ihre Familie nicht weiter zu vergrößern, ist zu respektieren. Dieser Beschluss ist es, welcher durch den Fehler des Arztes zunichte gemacht worden ist. Laut dem *Hoge Raad* muss in einer solchen Situation

"... ausschliesslich davon ausgegangen werden, dass die Eltern, die das Kind in der neuen Situation akzeptiert haben, einen Anspruch geltend machen auf eine Vergütung für die Auswirkungen auf das Familieneinkommen, die sich angesichts der Ereignisse und der durch sie verursachten Kosten ergeben. In dieser Sichtweise ist kein Raum für die Auffassung, dass das Kind selbst als Schaden oder Schadensfaktor gesehen werden müsse. Es geht nämlich ausschliesslich um eine Vergütung für die zusätzliche Belastung des Familieneinkommens, die sich aus dem Fehler des Arztes und gerade daraus ergibt, dass die Eltern das Kind annehmen. Auch lässt sich nicht sagen, die hier vertretene Sichtweise verletze die Menschenwürde des Kindes oder spräche ihm das Daseinsrecht ab. Im Gegenteil darf man den Eltern, auch im Interesse des Kindes, die Möglichkeit nicht vorenthalten, für die Familie – und damit auch

für das neue Kind – einen Anspruch auf Vergütung der fraglichen Kosten geltend zu machen."²²

Damit schliesst sich der *Hoge Raad* dem Ergebnis der gegenüber dem BVerfG konträren Auffassung des deutschen BGH an.²³ Der BGH hat sich gegen den Vorwurf verwehrt, mit seiner Rechtsprechung einen künstlichen Unterschied zwischen der Existenz des Kindes und seiner menschlichen Würde einerseits und den Unterhaltskosten als Schaden andererseits zu machen²⁴. Laut dem BGH wird

18 Urteil vom 28. Mai 1993, BVerfG 88, 203, unter D V 6 der Gründe. DEUTSCH 1995, 612, qualifiziert einen solchen Ansatz, nach dem der Schluss aus der Würde des Menschen unmittelbar die Rechtsfolge betrifft, als fundamentalistisch.

19 Randziffer 23 ff. der Schlussanträge.

20 PICKER 1995 (*Wrongful birth*), 501 ff. Nach PICKER ist die negative Bewertung des Kindes bei Anerkennung der Schadenshaftung unvermeidlich. Die Zusprechung von Schadenersatz schafft laut PICKER die Gefahr eines lebensfeindlichen Haftungsrechtes und der Verletzung elementarer Humaninteressen durch die Verknüpfung neuen Lebens mit einer Schadenshaftung. Letztlich entsteht nach der Ansicht von PICKER so die Gefahr der Verkehrung des medizinischen Fortschrittes zum zivilisatorischen Rückschritt. Vielmehr verlangt "die Zivilität einer Gesellschaft mit Fortschritt ihrer Entwicklung eine fortschreitende Stabilisierung des Grundvertrauens in die Absolutheit des Lebensschutzes" (544). Einen Menschen auch nur mittelbar als "Schaden" oder "Nachteil" zu bewerten, widerspricht dem Prinzip des deutschen Grundgesetzes, dass die Menschenwürde jeder Person geachtet werden muss. Jede Relativierung des Lebens ist abzulehnen. PICKER weist deshalb einen Schadenersatzanspruch aus prinzipiellen Gründen ab. Diese Ablehnung bringt seiner Ansicht nach "eine elementare Lebensklugheit" zum Ausdruck, nämlich die "einfache Weisheit, dass das Höchstmass an Achtung und Schutz des *anderen* Menschen die höchstmögliche Sicherheit der eigenen Person garantiert" (547).

21 Randziffer 31 in Verbindung mit 26.

22 Erwägung 3.8.

23 In seinem Entscheid vom 18. März 1980 (BGHZ 76, 249 bzw. Versicherungsrecht 1980, 555) befand der Bundesgerichtshof, dass "der Schadencharakter – was allerdings oft durch emotional gefärbte Äusserungen der Gegenmeinung verwischt wird – nicht dem Kind selbst, sondern dem mit ihm verbundenen Unterhaltsaufwand seiner Eltern beizulegen ist, den diese durch eine wirtschaftliche Familienplanung gerade hatten vermeiden wollen". Mit seinem oben zitierten Urteil widerspricht das BVerfG ausdrücklich dieser Rechtsprechung des BGH, was diesen aber nicht zu einer Änderung bewegen konnte. Der BGH fasst die betreffende Aussage des BVerfG als nicht bindendes *obiter dictum* auf. Zustimmend zu dieser Praxis DEUTSCH 1995, 609, äusserst kritisch PICKER 1995 (*Wrongful birth*), 495 ff. Durch diese gegensätzliche Praxis der beiden für solche Fälle zuständigen obersten Gerichte ist in Deutschland "gleichsam ein *Romae locutae*" entstanden (PICKER 1995, *Wrongful birth*, 499).

24 Urteil des Bundesgerichtshofes vom 16. November 1993, BGHZ 124, 128.

der Schaden nicht durch einen Vergleich der wirtschaftlichen Situation der Eltern mit und ohne Kind ermittelt, wobei "die Nichtexistenz des Kindes als positiver, seine Existenz als negativer Vermögensfaktor zu berücksichtigen wäre"²⁵. Zwar ist nicht abzustreiten, dass die wirtschaftliche Belastung der Eltern durch die Existenz des Kindes verursacht wird, doch handelt es sich laut dem BGH lediglich um einen naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang, der für sich genommen wertfrei ist. Auch geplante und gewünschte Kinder kosten Geld, ohne dass dies das Verhältnis von Eltern und Kindern im negativen Sinne beeinflussen würde.

Im Unterschied zu dieser Argumentation des deutschen BGH betont der *Hoge Raad* vor allem die Tatsache, dass die Eltern (durch die Ablehnung einer Abtreibung oder einer Freigabe zur Adoption) das Kind ja gerade akzeptiert haben, und dass die Ersatzforderung auch in seinem Interesse erfolgt. Laut dem *Hoge Raad* ist das Verhindern einer vorläufig noch anonymen Vergrößerung der Familie etwas ganz anderes als das nicht Wünschen oder nicht Akzeptieren eines konkreten Kindes. Diese Aussage findet sich im Zusammenhang mit dem Einwand, das Kind könnte bei Zuspreehung des Schadenersatzes später auf verletzende Art und Weise mit dem Eindruck konfrontiert werden, dass seine Eltern es nicht gewollt hätten, und deshalb psychischen Schaden nehmen²⁶. Auch diesen Einwand hält der *Hoge Raad* nicht für überzeugend:

"Erstens äussert sich dieser Einwand hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Eltern und Kind zu einem Punkt, der im Prinzip der Sichtweise der Eltern überlassen werden muss. Zweitens ist das Verhindern einer vorläufig noch anonymen Vergrößerung der Familie etwas ganz anderes als das nicht Wünschen oder nicht Akzeptieren des Kindes, nachdem es einmal seine individuelle menschliche Identität erhalten hat. Der vorliegend relevante Anspruch bezieht sich ausschliesslich auf ersteres, nicht auf letzteres. Die Kosten haben deshalb mit dem Gewünschtsein des Kindes als Mensch nichts zu tun. Drittens muss davon ausgegangen werden, dass Eltern im allgemeinen dazu imstande sind, dem Kind klar zu machen, dass der vorerwähnte Eindruck falsch ist, ganz abgesehen davon, dass sie selbst diesen Eindruck Lügen strafen können, indem sie das Kind mit Liebe und Sorgsamkeit grossziehen."²⁷

Im Ergebnis folgt der *Hoge Raad* damit wiederum dem deutschen BGH²⁸. Er kommt zum Schluss, die Menschenwürde des nicht geplanten Kindes stehe einer schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise der Kosten für Unterhalt und Betreuung nicht entgegen. Im Gegenteil, die Zuspreehung eines Ersatzanspruches kann laut dem Gerichtshof gerade im Interesse des Kindes liegen.

3. Zur Höhe des Schadenersatzes

Ein in der Literatur und der ausländischen Praxis oft vorgebrachter Einwand gegen einen Anspruch auf Ersatz der Unterhalts- und Betreuungskosten ist die Schwierigkeit, die Höhe des Schadens adäquat zu berechnen²⁹. Hier stellt sich unter anderem die Frage, ob es sich um eine gewöhnliche Schadenersatzforderung handelt, so dass die Eltern ein Recht auf vollständigen Ersatz des Schadens haben. Im

vorliegenden Fall hatte Frau O. eine Expertise zur Höhe der Kosten eingereicht. Darin wurden die Kosten anhand der vom Nationalen Institut für Budgetinformation (*Nationaal Instituut voor Budgetvoorzichting*; NIBUD) aufgestellten Richtlinien berechnet. Das Berufungsgericht erachtete diese Berechnung als akzeptabel. Der *Hoge Raad* stellt deshalb lediglich fest, dass diese Art der Kostenberechnung nicht streitig ist. Allerdings verweist er hinsichtlich des Umfangs der Vergütung für die Unterhalts- und Betreuungskosten ausdrücklich auf den Massstab von Artikel 6:98 des Niederländischen Zivilgesetzbuches (*Burgerlijk Wetboek*), wonach dem Arzt nur diejenigen Kosten auferlegt werden können, welche ihm als Folge seines Fehlers zugerechnet werden können. Kosten, welche die durchschnittlichen Kosten für Unterhalt und Betreuung übersteigen, können deshalb statt dem Arzt den Eltern auferlegt werden, auf deren Beschluss sie zurückgehen³⁰.

25 BGHZ 128,140.

26 Im amerikanischen Recht spricht man vom *emotional bastard problem*. In den USA hat diese Theorie einige Unterstützung gefunden, vgl. dazu DISS. STOLKER, 112 ff. Andererseits erklärte der englische Richter PETER PAIN in der Rechtssache *Thake v. Maurice* (1984) 2 All ER 513 (526): "I do not think that if I award damages here it will lead little Samantha to feel rejection. She is surrounded by a happy, albeit somewhat poverty-stricken, family life. It is this that must make her feel wanted and not rejected."

27 Erwägung 3.9.

28 Der deutsche Bundesgerichtshof hatte gemeint, dass gerade die Zuerkennung von Schadenersatz zur gesunden psychischen Entwicklung des Kindes beitragen kann; Entscheid vom 18. März 1980, BGHZ 76, 249 bzw. Versicherungsrecht 1980, 555.

29 Dieser Einwand wird vor allem in der amerikanischen Rechtsprechung oft vorgebracht. Dort sind Forderungen verschiedentlich abgewiesen worden, weil "too speculative" oder "not cognizable". Ausführlich dazu DISS. STOLKER 1988, 137 ff.; siehe auch RYAN 1994, 876.

30 Randziffer 3.11. des Urteils. Artikel 6:98 des Niederländischen Zivilgesetzbuches bestimmt: "Zum Ersatz kommt nur Schaden in Betracht, der mit dem Ereignis, auf dem die Haftung des Schuldners beruht, in einem solchen Zusammenhang steht, dass er ihm, mit Rücksicht auf die Art der Haftung *und des Schadens*, als eine Folge dieses Ereignisses zugerechnet werden kann." (Hervorhebung: STOLKER/TÖBLER). Diese Übersetzung ist der folgenden Ausgabe entnommen: F. NIEPER/A. S. WESTERDIJK (Hrsg.), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, bearbeitet von FRANZ NIEPER, C.H. Beck München 1995. Ausserdem besteht nach dem niederländischen Recht neu die Möglichkeit, die Schadenersatzpflicht zu reduzieren, soweit der Arzt seine Ersatzpflicht nicht durch eine Versicherung abgedeckt hat. Diese Bestimmung ist seit dem 1. Januar 1992 in Kraft. Sie war im vorliegenden Fall noch nicht anwendbar.

IV. Reaktionen in niederländischen juristischen Kreisen

Es ist vor allem die Aussage des *Hoge Raad*, dass nicht das Kind selbst der Schaden ist, sondern vielmehr die finanziellen Folgen seiner Geburt, welche in der niederländischen Literatur zu gegensätzlichen Reaktionen geführt hat³¹. Auf der einen Seite begrüßen SUTORIUS/LIJFOGT (zwei Anwälte aus Arnhem) den "ebenso nüchternen wie überzeugenden Entscheid" vorbehaltlos. Sie verstehen ihn so, dass es hier gar nicht um das (Un-)Erwünschtsein des Kindes gehe, sondern vielmehr "um die Kosten, die mit der (schliesslichen) Akzeptanz des Kindes verbunden sein können".

Auf der anderen Seite erklärt LEIJTEN (ein ehemaliger Generalanwalt am *Hoge Raad*), er empfinde angesichts des Entscheides "Verzweiflung". Er wundert sich beinahe, dass das Recht in einer durch und durch säkularisierten und juridisierten Gesellschaft der Mutter nicht auch noch die Pflicht zur Abtreibung oder zur Freigabe zur Adoption auferlegt. LEIJTEN kritisiert vor allem die Argumentation des *Hoge Raad* zu einem allfälligen psychischen Schaden des Kindes: "... was wissen wir Juristen denn von diesem unglaublich schwierigen Problem der Verarbeitung des Unerwünschtseins? ... Müssen solche Rechtssachen durch Richter entschieden werden, ohne echte Hilfe des Gesetzes? ... [I]st eine solche Sache wirklich reif für die Rechtsprechung?"

Andere Meinungen bewegen sich zwischen diesen beiden Polen. So anerkennt LEGEMAATE (Professor des medizinischen Rechtes), dass es hier um ethische Fragen geht ("Man könnte fragen: Was sind das für Eltern, die Schadenersatz verlangen für ein Kind, das sie zwar nicht geplant haben, das sie aber sehr wahrscheinlich doch liebevoll entgegennehmen? Hier liegen die moralischen Bedenken ..."). Doch begrüsst er es, dass sich der *Hoge Raad* von solchen Überlegungen lösen konnte: "Auch wenn wir es oft nicht wahrhaben wollen: das Recht moralisiert auch so noch genug."

HIRSCH-BALLIN (ein früherer Justizminister der Niederlande) äussert sich vorsichtig positiv. Er ist der Meinung, die Anerkennung eines Anspruches auf Schadenersatz dürfe nicht einfach als Ökonomisierung des Lebens gesehen werden³². Eher handle es sich um einen Schutz gegen das Unbeherrschbarwerden der finanziellen Seiten des (neuen) Lebens. Laut HIRSCH-BALLIN unterstreicht der Entscheid des *Hoge Raad* zu Recht, dass das Aufziehen eines Kindes nicht kostenlos geschieht. Dabei verdienen Kostenaspekte eines neuen Lebens eine rechtliche Behandlung, in der Kinder anders beurteilt werden als Konsumgüter.

NIEUWENHUIS (früher Mitglied des *Hoge Raad*, jetzt Zivilrechtsprofessor in Groningen) teilt die Auffassung des Gerichtshofes, wonach das ganze oder teilweise Finanzieren des Grossziehens eines Kindes durch eine Drittperson die Menschenwürde des Kindes nicht antastet. In dieser Situation befinden sich immerhin auch zahlreiche Kinder von nicht vermögenden Eltern, denen (gemeint ist wohl: durch staatliche Beihilfen) eine Fabrikarbeit ab dem 14. Lebensjahr erspart und bessere Möglichkeiten eröffnet werden.

Allerdings ist NIEUWENHUIS mit dem Generalanwalt der Meinung, ein Schadenersatzanspruch sollte nur in dem Falle zuerkannt werden, wo die Geburt des Kindes eine deutliche Senkung des Lebensstandards der Familie zur Folge hat.

Diese wenigen Beispiele zeigen etwas von der Vielfalt der Meinungen, welche in der niederländischen Gesellschaft bestehen und – das ist vielleicht das Bemerkenswerte daran – öffentlich geäussert und sachlich diskutiert werden können. *Alles is bespreekbaar* (über alles kann man diskutieren) scheint ein typisch niederländisches Phänomen zu sein, auch in der Rechtskultur, welche laut SLOT auf diese Weise einen wichtigen Beitrag zum Aufbau einer toleranten und multikulturellen Gesellschaft erbringt³³.

V. Eigene Stellungnahme

Persönlich stimmen wir dem Ansatz des *Hoge Raad* zu. Wir teilen die Wertung von Autoren wie PICKER, wonach die Unterscheidung zwischen dem Kind und den finanziellen Aspekten seines Unterhaltes "die entscheidenden Wertungsprobleme (und damit das zwischen Arzt und Eltern stehende Kind) bewusst oder unbewusst überspringt" und damit auf einem "gedanklichen und dogmatischen Kurzschluss" beruht³⁴, nicht. Es mag zwar stimmen, dass man zur Berechnung des Schadens das Kind wegdenken muss, doch ist dies unseres Erachtens kein unmoralisches Gedankenexperiment. Pflegeeltern machen eine ähnliche Berechnung, wenn sie sich die Aufnahme eines Kindes überlegen.

Was das psychische Problem des Unerwünschtseins betrifft, so kann es unseres Erachtens durch die rechtliche Verneinung eines Schadenersatzanspruches nicht gelöst werden. Mit der Tatsache des (im Idealfall nur anfänglichen) Unerwünschtseins müssen nicht wenige Kinder leben: Jedes Kind, das zehn Jahre nach seinen Geschwistern geboren wird, kann sich ausrechnen, dass es höchstwahrscheinlich nicht geplant und somit ursprünglich nicht gewollt war. Jedes zur Adoption freigegebene Kind muss vermuten, dass seine Eltern es nicht haben wollten. Jedes Kind einer unverheirateten Mutter, die vom Vater vor Gericht Unterhaltsbeiträge einfordern musste, muss annehmen, dass es seinem Vater nicht willkommen war. Letztlich kommt es aber doch wohl darauf an, ob das Kind mit Liebe erzogen wird. Gerade im Falle von "Nachzüglerkindern" ist dies glücklicherweise oft zu beobachten. An

31 Alle im folgenden zitierten Meinungen sind abgedruckt in: "Wrongful birth. Meningingen over HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54C", Nederlands Juristenblad 1997, 475–481.

32 So PICKER 1995 (Wrongful birth), 513, der von einer Kommerzialisierbarkeit des menschlichen Lebens spricht.

33 SLOT 1997, 1177.

34 PICKER 1995 (Wrongful birth), 506. PICKER spricht in diesem Zusammenhang auch von einem "verbalen Vexierspiel, das nicht einmal rhetorischen Argumentationswert besitzt" (536).

der Tatsache des anfänglichen Unerwünschtseins ändert das zwar nichts, aber gewisse Tatsachen des Lebens können nun einmal nicht hinwegfingiert werden.

Gerade in dieser Situation halten wir die Unterscheidung, welche der *Hoge Raad* vornimmt zwischen der Verhinderung einer vorläufig noch anonymen Vergrößerung der Familie und dem Ablehnen des konkreten Kindes mit seiner individuellen menschlichen Identität für einleuchtend und vielleicht gerade für Eltern und Kind hilfreich. Es scheint uns nicht richtig, wenn das Recht den für die Eltern durch die Geburt eines nicht geplanten Kindes entstehenden persönlichen und finanziellen Schwierigkeiten einfach aus dem Weg zu gehen versucht, indem es sich für nicht zuständig erklärt oder formalistisch argumentiert. Aus unserer Sicht ist der Entscheid des *Hoge Raad* deshalb zu begrüssen, nicht zuletzt deswegen, weil er sich auf die Stellung der Frau in Recht und Gesellschaft positiv auswirken könnte³⁵. Unseres Erachtens kann den Eltern im Falle von *wrongful birth*-Forderungen nicht vorgeworfen werden, sie wollten eine "Elternschaft zum Nulltarif" erlangen³⁶. Die Elternschaft hat nicht nur finanzielle Seiten; die (traditionell vor allem durch die Mutter erbrachte) häusliche Betreuungsarbeit ist ebenso unverzichtbar. Davon werden die Eltern durch die Zusprechung von Unterhaltersatz nicht befreit. Im übrigen vermuten wir, dass *wrongful birth*-Forderungen ihren schlechten Ruf nicht zuletzt ihrem unsympathischen englischen Namen verdanken³⁷. Als *wrongful* sollte unseres Erachtens nicht die Geburt des Kindes bezeichnet werden, sondern vielmehr der Fehler der Drittperson (also nicht *wrongful life* oder *wrongful conception*, sondern z.B. *wrongful sterilization*).

Was die Höhe des zuzusprechenden Ersatzes für Unterhalts- und Betreuungskosten anbelangt, so scheint der *Hoge Raad* den finanziellen Bedürfnissen der Eltern bis zu einem gewissen Grade Rechnung zu tragen, wenn er feststellt, die Eltern hätten das Recht auf Ersatz der durchschnittlichen Kosten. Möglicherweise werden in der niederländischen Praxis zukünftig die nach den Richtlinien des Nationalen Institutes für Budgetinformation berechneten Durchschnittskosten die Norm. Das wäre unseres Erachtens eine gute Lösung, könnte doch so in der Praxis ein endloses Seilziehen vermieden werden³⁸. STOLKER hat schon vor einiger Zeit auf den starken Alimentencharakter der Ersatzforderung in *wrongful birth*-Fällen hingewiesen³⁹. Es liesse sich hier deshalb auch ein dem Ehescheidungsrecht entliehener Massstab zur Schadenszusprechung anwenden. Im Ehescheidungsrecht spielen das Bedürfnis und die Bedürftigkeit der Berechtigten für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge eine grosse Rolle. Das kann dazu führen, dass ein geschiedener Ehepartner mit genügendem Einkommen bzw. der Möglichkeit, sich ein solches zu beschaffen, kein Recht auf Unterhaltsbeiträge für sich selber hat. Durch die Anwendung eines solchen Bedürftigkeitsmassstabes auf *wrongful birth*-Forderungen könnte sowohl vermieden werden, dass Eltern mit geringen finanziellen Mitteln vollständig für die Kosten aufkommen müssen (was der Fall wäre, wenn ein Ersatzanspruch überhaupt abgelehnt wird), wie auch, dass gutsituierte Eltern mit dem

Argument eines höheren Lebensstandards enorme Summen einstreichen können ("unsere älteren Kinder hatten auch ein eigenes Rennpferd"; das wäre der Fall, wenn eine vollumfängliche Ersatzpflicht bejaht wird). Eine solche Art der Festsetzung des zuzusprechenden Ersatzes könnte mit der besonderen Art des Schadens begründet werden⁴⁰.

Im folgenden soll noch kurz auf die zwei anderen und weniger kontroversen Aspekte des Entscheides des *Hoge Raad* eingegangen werden.

VI. Verdienstauffall

In der vorliegenden Rechtssache weisen die Auffassungen der Gerichte hinsichtlich des Verdienstauffalles voneinander ab. Das erstinstanzliche Gericht lehnte einen Ersatzanspruch überhaupt ab. Das Berufungsgericht stellte die Erfahrungsregel auf, das Grossziehen eines Kindes stehe der Erwerbstätigkeit der Mutter im allgemeinen nicht entgegen. Es schloss daraus, eine Frau, welche sich dafür entscheide, während der ersten Jahre nach der Geburt eines Kindes nicht erwerbstätig zu sein, habe die finanziellen Folgen dieser Entscheidung selbst zu tragen. Das Gericht wies darauf hin, dass die Mutter die Aufgabe des Grossziehens der Kinder mit dem Vater teile. Was den speziellen Fall von Frau O. betreffe, so habe diese nicht ausreichend dargelegt, warum sie nicht einer Erwerbstätigkeit nachgehen könne. Das Gericht war der Meinung, der Ehemann von Frau O., welcher keine reellen Aussichten auf eine Anstellung hat, könne trotz seiner chronischen Krankheit für das Kind sorgen.

35 Vgl. dazu SEVENHUIJSEN 1993, 133 f., welche (schon einige Zeit vor dem Erlass des hier zur Diskussion stehenden Urteils) die Meinung vertreten hat, dass zwischen dem Kind und dem medizinischen Fehler unterschieden werden müsse. SEVENHUIJSEN warnt vor der traditionellen Tendenz unserer Rechtssysteme, das Verhalten von Frauen viel stärker zum Objekt von moralischen Urteilen zu machen als das Verhalten von Männern. Die Anerkennung der *wrongful birth*-Forderung würde das traditionelle Bild der unbedingt und unbegrenzt liebenden und sorgenden Mutter durchbrechen und der Frau die Möglichkeit geben, im Zusammenhang mit einem nicht selbst gewählten Lebensschicksal eine Klage einzureichen. Damit reagierte SEVENHUIJSEN auf eine Aussage von GODSCHMIDT 1993, 48, wonach die *wrongful birth*-Klage eines der problematischen Beispiele im Zusammenhang mit der zunehmenden Juridisierung des Lebens ist.

36 So WEIMAR 1986, 652.

37 DEUTSCH 1995, 614, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass diese Terminologie aus dem amerikanischen Recht kommt, wo darin ein Gleichklang mit dem Tötungsschaden (*wrongful death*) gesehen wird.

38 Ausführlicher STOLKER 1997, 194.

39 Diss. STOLKER 1988, 131 f., unter Verweisung auf die Rechtsprechung des deutschen BGH: Der Arzt wird zur Bezahlung der Kosten für Unterhalt und Erziehung des nicht geplanten Kindes bis zum Erreichen einer bestimmten Altersgrenze des Kindes verurteilt. Die Parallele zu Unterhaltsbeiträgen im Ehescheidungsrecht liegt auf der Hand.

40 Diss. STOLKER 1988, 149 ff.

Der *Hoge Raad* kritisiert die Rechtsauffassung der Vorinstanz insofern als unrichtig, als die von ihr aufgestellte Erfahrungsregel zu allgemein ist. Er geht auch weiter als Generalanwalt VRANKEN, der einen grundsätzlichen Ersatzanspruch für Verdienstausfall nur während einem bis anderthalb Jahren bejaht und im übrigen die Erfahrungsregel der Vorinstanz im Falle von Frau O. für "nicht offensichtlich unrichtig" hielt⁴¹. Der Gerichtshof folgt im wesentlichen den Vorbringen von Frau O.⁴² Er hält fest, dass ein Anspruch auf Ersatz des Einkommensverlustes besteht, wenn die Entscheidung der Frau, während einer bestimmten Zeit nicht erwerbstätig zu sein, angesichts der Umstände vernünftig erscheint. Die Klärung dieser Frage erfordert eine Abwägung einerseits zwischen der Freiheit der Frau, ihr Leben im Hinblick auf die Interessen des Kindes so einzurichten, wie es ihr richtig scheint, und der Schadensminderungspflicht der Frau andererseits. Bei dieser Abwägung müssen die spezifischen Umstände der betreffenden Familie (wie die Zahl und das Alter der Kinder, die allfällige Erwerbstätigkeit des Ehepartners und die finanziellen Mittel) berücksichtigt werden. Der *Hoge Raad* begnügt sich demnach mit einem sehr allgemein gehaltenen Fingerzeig. Zwar wählt er als Ausgangspunkt die Entscheidungsfreiheit der Frau über ihr Leben, lässt diese Freiheit aber nicht unbeschränkt gelten. Als unvernünftig könnte die Wahl der Frau gelten, wenn sie bei früheren Kindern weiterhin erwerbstätig war, währenddem sie nun die Erwerbstätigkeit ohne gute Gründe (wie eine deutliche Mehrbelastung durch die grössere Anzahl der zu betreuenden Kinder) aufgeben will. Allerdings erwähnt der *Hoge Raad* den Beitrag des Ehepartners und die finanziellen Mittel der Familie. Man kann sich fragen, ob dies begrüssenswert ist: Was im Urteil hinsichtlich der Unterhaltskosten an Rechtssicherheit gewonnen ist, scheint beim Einkommenschaden wieder verloren zu gehen. Jedenfalls erhält die Frau keineswegs eine *carte blanche*: Der Richter muss die Möglichkeiten von *beiden* Eltern prüfen.

Aus schweizerischer Sicht dürfte die Auffassung des Generalanwaltes und noch mehr die des Berufungsgerichtes über die Zumutbarkeit von Erwerbsarbeit für Mütter erstaunen. Diese Auffassungen hängen mit den gesellschaftlichen Gegebenheiten der Niederlande zusammen, welche sich in gewisser Hinsicht deutlich von den schweizerischen Verhältnissen abheben. So ist es in den Niederlanden viel üblicher als in der Schweiz, dass Mütter einer (wenn auch oft nur teilzeitlichen) Erwerbstätigkeit nachgehen. Angesichts der im Vergleich mit der Schweiz durchschnittlich deutlich tieferen Löhne ist dies in manchen Fällen schlicht eine wirtschaftliche Notwendigkeit. Die Kombination von Familienpflichten und Erwerbsarbeit wird ausserdem durch ein im Vergleich grösseres Angebot an Kinderbetreuungseinrichtungen (Kinderhort) und ein anderes Schulsystem (eine Art Tagesschulen) erleichtert. Vor allem aber liegt auf der zeitweiligen Fremdbetreuung von Kindern kaum mehr das soziale Stigma, das in der Schweiz noch öfter festzustellen ist (nämlich die Idee der Vernachlässigung ihrer Pflichten durch die Mutter sowie die schädliche Auswirkung der Drittbetreuung auf die Kinder). Insgesamt lässt sich wohl

feststellen, dass in den Niederlanden die traditionelle Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern (männlicher, finanzieller Versorger auf der einen Seite und vollzeitliche Mutter und Hausfrau auf der anderen Seite) deutlich weniger stark vertreten ist als in der Schweiz. Hier scheint das traditionelle Muster trotz des neuen Eherechtes, welches seit 1988 keine gesetzliche Rollenverteilung mehr vorsieht, noch sehr stark fortzuwirken⁴³.

VII. Immaterieller Schaden und Genugtuung

Die Forderung nach Genugtuung wurde von allen Instanzen und dem Generalanwalt abgelehnt, dies allerdings weniger aufgrund grundsätzlicher Erwägungen ethischer Art als aus rein technisch-juristischen Gründen. Nach niederländischem Recht setzt ein Anspruch auf Genugtuung eine seelische Verletzung (*geestelijk letsel*) voraus, an deren Schwere in der Praxis hohe Anforderungen gestellt werden. Im Falle von Frau O. waren sich alle Gerichte ebenso wie der Generalanwalt darüber einig, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist. Damit scheint ein allgemeiner Konsens zu bestehen, dass eine unerwünschte Schwangerschaft und Geburt zwar zu einem immateriellen Schaden führen, dass ein Genugtuungsanspruch aber an der mangelnden Intensität des immateriellen Schadens im Einzelfall scheitern kann.

Die Frage, welche hier offen bleibt, ist die, inwiefern die Gerichte und der Generalanwalt die Belastung der Frau durch eine ungewünschten Schwangerschaft und Geburt und durch ihre weiteren Folgen realistisch einschätzen. Was genau stellt sich etwa das Berufungsgericht vor, wenn es meint, die Schwangerschaft und die Geburt eines ungeplanten Kindes könne zu "einem mehr oder weniger starken psychischen Unbehagen" der Mutter führen? Unterschätzt der Generalanwalt nicht die Begleitumstände einer (auch einer normalen) Schwangerschaft und Geburt, wenn er die Meinung vertritt, ein immaterieller Schaden komme allenfalls bei einer abnormal schweren Schwangerschaft und Geburt und deren Langzeitfolgen in Frage⁴⁴? Frau O. wies in diesem Zusammenhang auf folgende Umstände hin: Übelkeit, Erbrechen und Schlafstörungen während acht Monaten, die Angst um die Gesundheit des Kindes (es war eine zeitlang nicht sicher, ob sich die Spirale in der Gebä-

41 Randnummern 37–39.

42 Erwägungen 3.13.1. und 3.13.2.

43 Zur Stellung der Frau in der schweizerischen Gesellschaft siehe die Ergebnisse des Nationalen Forschungsprogrammes 35 "Frauen in Recht und Gesellschaft – Wege zur Gleichstellung" des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung. Hinweise zu den einzelnen Forschungsarbeiten sind den Informationsbulletins des NFP 35 zu entnehmen. Die Bulletins sind kostenlos zu beziehen (Schweizerischer Nationalfonds, Abteilung 4, 3001 Bern, Tel. 031-308 22 22).

44 Randnummer 26 in Verbindung mit Randnummer 31.

mutter befand), die Geburt, die Nachgeburtsdepression, das Entbehren einer ausserhuslichen Tätigkeit (zu welchem sie sich aus Verantwortungsgefuhel gegenüber dem Kind entschlossen hatte) und damit zusammenhängend das Entbehren der Möglichkeit persönlicher Entwicklung, die Einbusse an lebensnotwendigem Einkommen, und schliesslich die durch all diese Umstände bewirkte Verminderung der Lebensfreude.

Von Seiten der feministischen Rechtswissenschaft ist auf die Neigung des Rechtes hingewiesen worden, den Lebenserfahrungen von *wrongful birth*-Sachen betroffenen Frauen ungenügend Rechnung zu tragen. Die tatsächlichen Erfahrungen der Frauen und ihre Beschreibung durch das Recht (einschliesslich die juristische Literatur) fallen deshalb oft eklatant auseinander⁴⁵. Ein Beispiel aus der europäischen Literatur ist die bei PICKER erwähnte "etablierte kommerzielle Betrachtung" in *wrongful birth*-Sachen, wonach bei einer Abwägung zwischen "dem temporären Ungemach eines erneuten Eingriffs bei der schwangeren Frau" (gemeint ist eine Abtreibung) und der "langjährigen Kostenbelastung des Arztes" die Interessen der Frau in der Regel den Interessen des Arztes hintanzustellen sind. Die Betrachtung möglicher immaterieller Interessen und Motivationen kommt nicht in Betracht⁴⁶. Eine solch einseitige Betrachtungsweise ist verfehlt. Sie zeigt eine grobe Unterschätzung der Bedeutung einer Abtreibung für die betroffene Frau und eine vergleichsweise Überschätzung der finanziellen Belastung des Arztes (der zudem in der Regel für solche Fälle versichert sein wird⁴⁷). Gemäss RYAN ist "the disregard for emotional harm ... consistent with the suggestion of feminist theorists that the law traditionally has devalued emotional harm and instead has placed greater value on financial harm".⁴⁸ Ein weiteres Beispiel ist HEIDAS Auffassung zur Zumutbarkeit eines Schwangerschaftsabbruches in *wrongful birth*-Fallen⁴⁹. Laut HEIDA bewirkt der Gebrauch einer Spirale als Verhütungsmittel eine "Mini-Abtreibung" (Verhinderung der Einnistung der Eizelle in der Gebärmutter), weshalb davon auszugehen ist, dass Frauen bzw. Paare, welche die Spirale verwenden, wahrscheinlich keine grundsätzlichen Einwände gegen eine Abtreibung hätten. HEIDA folgert daraus, ein Schwangerschaftsabbruch in einem frühem Stadium sei zumutbar. Diese Auffassung übersieht, dass es bei der Frage des Schwangerschaftsabbruches nicht nur um ein abstraktes moralisches Problem geht, sondern auch um einen sehr konkreten und folgenreichen Eingriff bei der Frau. Schon rein physisch ist die Verhinderung der Einnistung einer Eizelle in der Gebärmutter nicht zu vergleichen mit dem Entfernen der eingenisteten Eizelle bzw. des sich entwickelnden Foetus.

Der *Hoge Raad* geht auf diese Problematik und die von Frau O. vorgebrachten Argumente nicht ein. Er stellt lediglich fest, dass sich in der durch die Vorinstanz vorgenommenen Wertung der Tatsachen keine unrichtige, unbegreifliche oder ungenügend begründete Rechtsauffassung zeigt⁵⁰. In anderem Zusammenhang (Unterhaltsschaden) hatte der *Hoge Raad* es allerdings abgelehnt, in der Vergrösserung der Familie um ein gesundes Kind an sich schon einen immateriellen Vorteil zu erblicken, welcher jeglichen Scha-

den aufwiegt. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass solche immaterielle Vorteile nur im Zusammenhang mit der Feststellung eines allfälligen immateriellen Schadens berücksichtigt werden konnen⁵¹. Unseres Erachtens wäre dieser Ansatz der von der Berufungsinstanz vertretenen und vom *Hoge Raad* sanktionierten Auffassung (ungenügende

45 RYAN 1994, 867 ff., im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Recht, insbesondere zur Frage der Zusprechung von Schadenersatzansprüchen für *emotional harm* in *wrongful birth*-Sachen betreffend behinderte Kinder. RYAN analysiert drei Theorien, auf die sich bestimmte amerikanischen Gerichte stützen, wenn sie die Zusprechung von Schadenersatz an die Eltern wegen *emotional distress* oder *mental harm* im Zusammenhang mit der Geburt eines behinderten Kindes ablehnen: das *physical impact requirement*, die *bystander doctrine* und die *benefit/burden rule*. Nach dem ersten Kriterium setzt ein Schadenersatzanspruch *some physical impact* der anspruchserhebenden Person voraus. RYAN zitiert hier den Louisiana Supreme Court, der beschied, "that the mental distress and emotional harm were 'not consequences which were caused by an impact on the person of the mother'" (870), wo doch Schwangerschaft und Geburt zweifellos einen *physical impact* der Mutter beinhalten. Die zweite Theorie, die *bystander doctrine*, ist ein Ausnahmetatbestand zur erwähnten *impact rule*. Danach besteht ein Anspruch auf Schadenersatz, "if the bystander was at the scene of the accident when it occurred, witnessed the accident, and was closely related to the person physically harmed by the defendant's negligence" (871). Obwohl zahlreiche amerikanische Gerichte *wrongful birth*-Fälle als solche *bystander cases* charakterisieren, verneinen sie Schadenersatzansprüche. Hier kritisiert RYAN die *bystander doctrine* zugrundeliegende *dichotomy between the self and the other*. Diese Aufspaltung ist gerade im Falle von Mutter und Kind unsachgemäss, und zwar sowohl während der Schwangerschaft wie auch danach. Die relevanten Rechtsregeln lassen diejenigen Fälle ausser Acht, wo menschliche Wesen nicht von einander getrennt sind, sondern vielmehr physisch nicht getrennt werden können. Die *benefit/burden rule* schliesslich führte einige Gerichte dazu, Schadenersatzansprüche wegen *the benefit of parenthood*, welcher einen allfälligen Schaden aufwiege, zu verneinen. Hier kritisiert RYAN, dass diese Betrachtungsweise von einem verallgemeinernden Stereotyp erfüllter Mutterschaft nach traditionellem Verständnis ausgehe und die emotionalen Schwierigkeiten von Eltern mit behinderten Kindern bagatellisiere.

46 PICKER 1995 (*wrongful birth*), 508. PICKER will eine Schadenersatzpflicht unter anderem wegen der von ihm geschilderten Abwägungsfrage ablehnen. Die Ablehnung der kommerziellen Betrachtungsweise führt jedoch nicht zwingend zu einer Ablehnung des Ersatzanspruches überhaupt. Vielmehr wäre es auch möglich, eine sachgemassere (d.h. nicht rein kommerzielle) Beurteilung des Sachverhaltes vorzunehmen.

47 Nach DEUTSCH 1995, 615, erleichtert die Haftpflichtversicherung der Ärzte die Anwendung des Schadenersatzrechtes.

48 RYAN 1994, 886.

49 HEIDA 1997, 1176.

50 Erwägung 3.14. Die Aufgabe des niederländischen *Hoge Raad* als Berufungsinstanz beschränkt sich auf eine Rechtskontrolle. Dabei überprüft der Gerichtshof unter anderem, ob die Argumentation der Vorinstanz das Urteil ausreichend stützt.

51 Erwägung 3.10.

Schwere der seelischen Verletzung) vorzuziehen. Es wäre wünschbar, dass die Gerichte die Schwere der immateriellen Folgen eines ungeplanten Kindes für die Mutter ausdrücklich anerkennen, auch wenn diese Anerkennung wegen des Gegengewichtes der (allfälligen) immateriellen Vorteile des Kindes keine finanziellen Folgen haben würde.

Anders als die niederländischen Gerichte lehnt der deutsche BGH Genugtuung (wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechtes auf Familienplanung) nicht nur aus technischen, sondern aus grundsätzlichen Gründen ab: Der BGH ist der Auffassung, die Ermittlung eines solchen Schadens sei nicht möglich, ohne das Kind als ein Negativum aufzufassen. Dies aber widerspreche dem im Grundgesetz verankerten Recht auf Menschenwürde⁵². Auch auf diese Problematik geht der *Hoge Raad* nicht ein. Unseres Erachtens könnte hier vielleicht eine ähnliche Argumentation verwendet werden wie betreffend die Unterhalts- und Betreuungskosten: auch hier könnten unterschieden werden zwischen der Tatsache der unerwünschten Schwangerschaft und Geburt auf der einen Seite als vorläufig noch "anonyme", von der konkreten Persönlichkeit des Kindes unabhängige Tatsache, und dem Kind selbst auf der anderen Seite. Allerdings fällt hier die Trennung zugegebenermaßen schwerer als im ersteren Falle.

VIII. Zum Schluss: die *wrongful life*-Schadenersatzforderung

Zu Recht weisen die niederländischen Anwälte SUTORIUS und LIJFOGT darauf hin, dass das moderne Recht öfter mit den Folgen von gesellschaftlichen Entwicklungen und Entscheidungen zu kämpfen hat. Angesichts der heutigen medizinischen und technischen Möglichkeiten gilt: *Wat meer zelfbeschikking, wat minder lotbeschikking* (etwas mehr Selbstbestimmung und etwas weniger Schicksal)⁵³, bzw.: Der Schicksalsfall wird zum Rechtsfall⁵⁴.

Die *wrongful birth*-Klage ist nur eine der in diesem Zusammenhang relevanten Erscheinungen. Sie wird an Problematik noch übertroffen durch eine andere *high-tech* Erscheinung: die *wrongful life*-Klage⁵⁵. Dieser Begriff bezieht sich auf eine Anzahl sehr unterschiedlicher Sachverhalte, wo es nicht um die Forderung von Eltern geht (diese fallen unter den Begriff der *wrongful birth*-Klagen), sondern um die Forderung eines Kindes selbst. Das Kind ist wegen einer unsorgfältigen Handlung behindert, und sagt in seiner Klage im Grunde genommen: "Ich hätte nicht geboren werden sollen." Beispiele für solche Fälle (vor allem aus der US-amerikanischen Praxis) sind: unsorgfältige medizinische Behandlung der Mutter vor der Empfängnis, unsorgfältige Erblichkeitsanalyse vor oder während der Schwangerschaft, unsorgfältige Sterilisierung zur Verhinderung der Geburt eines behinderten Kindes, unsorgfältige Verschreibung von (möglicherweise überdies fehlerhaften) Arzneimitteln während der Schwangerschaft sowie andere unsorgfältige Handlungen während der Schwangerschaft⁵⁶.

Bestimmte Fälle werden fälschlicherweise als *wrongful life*-Klage gesehen⁵⁷. Ein Arzt, der einer schwangeren Frau

ein Medikament verabreicht, das ein bisher gesundes Kind schon vor seiner Geburt schädigt, ist direkt gegenüber dem Kind verantwortlich. Er verletzt das Kind, genauso wie ein unsorgfältiger Automobilist, welcher eine schwangere Frau anfährt und dabei das Kind verletzt. Solche Fälle sollten nicht als *wrongful life*-Fälle bezeichnet werden, geht es doch um die Schädigung eines bereits im Entstehen begriffenen Kindes. Schwieriger wird es in Fällen unrichtiger Erblichkeitsanalyse. Hier wird dem Arzt nicht die Schädigung eines gesunden Kindes vorgeworfen, sondern vielmehr die Tatsache, dass er den Eltern die Möglichkeit der Abtreibung genommen hat (bzw. in einem Fall der Analyse vor der Empfängnis, die Möglichkeit, sich gegen eine Schwangerschaft zu entscheiden und eine solche zu verhindern). Hier hat man es mit einer echten *wrongful life*-Forderung zu tun.

In der Praxis werden solche Klagen weitgehend abgewiesen, so in den achtziger Jahren vom deutschen BGH mit der Begründung, hier würden die Grenzen des Schadenersatzrechtes überschritten⁵⁸. Auch in England wurde eine entsprechende Klage abgewiesen⁵⁹. In den USA ist die *wrongful life*-Forderung vor allem darum so populär, weil der Markt des genetischen Counseling stark im Wachsen begriffen ist. Die Mehrheit der amerikanischen Klagen betrifft denn auch fehlerhafte Erblichkeitsanalysen. Allerdings hat auch hier kaum eine dieser Klagen Erfolg. Die *wrongful life*-Klage wird als die *frontier of medical malpractice litigation* gesehen: die amerikanischen Richter finden, dass die Klage zu weit geht. Soweit ersichtlich, ist die Forderung nur in dreien der US-amerikanischen Bundesstaaten anerkannt. Seit Jahren sucht die Rechtswissenschaft in den USA nach Möglichkeiten, eine Änderung der ablehnenden Praxis zu bewirken⁶⁰.

52 BGHZ 124, 1451. Laut PICKER 1995 (Wrongful birth), 515, hat der Bundesgerichtshof einzig hier "im Einklang mit Logik und Haftungsdogmatik" entschieden.

53 "Wrongful birth. Meningen over HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54C", Nederlands Juristenblad 1997, 475-481, auf 475 ff., auf 475.

54 PICKER 1995 (Wrongful birth), 485.

55 PICKER 1995 ("Wrongful life"), Diss. STIEGLITZ 1989, STOLKER 1994.

56 Dazu ausführlich STOLKER 1994, 521.

57 Vgl. dazu auch oben, FN 1.

58 BGHZ 1986, 240 ff. Zustimmend PICKER 1995 (Wrongful birth), 539; siehe auch PICKER 1995 (Wrongful life).

59 *McKay v. Essex Area Health Authority* (1982) 2 W.L.R. 890. Andere Fälle sind uns nicht bekannt.

60 So etwa JACKSON, 1995 und derselbe 1996. JACKSON tritt für die Bejahung von *wrongful life*-Forderungen ein, spricht sich aber gegen die *wrongful birth*-Forderungen der Eltern aus. Auch anderswo spricht sich die wissenschaftliche Literatur zu den *wrongful life*-Klagen häufig für einen Schadenersatzanspruch aus. Dogmatische Probleme werden dabei mit Hilfe von "normativen Ansätzen" umsegelt; vgl. etwa DEUTSCH 1995, 613, der – in Anlehnung an den deutschen Autor STOLL (Literaturhinweis bei DEUTSCH) – in der Ablehnung der Forderung eine Verletzung eines Persönlichkeitsgutes des Kindes sieht.

Auf der anderen Seite hat die französische *Cour de Cassation* im letzten Jahr in einem Aufsehen erregenden Urteil eine *wrongful life*-Klage gutgeheissen⁶¹. Offenbar fand der Gerichtshof die Rechtssache weder dogmatisch noch praktisch schwierig. Eine *wrongful life*-Klage ist nun auch in den Niederlanden hängig; das Urteil des Gerichtes im Haag wird diesen Sommer erwartet. Die Eltern der mittlerweile zweijährigen, geistig und körperlich behinderten Kelly haben im Namen ihrer Tochter Klage gegen das Universitätsspital Leiden erhoben. Sie machen das Krankenhaus für die Geburt ihres Kindes verantwortlich, da es während der Schwangerschaft keine Fruchtwasseranalyse oder einen Flockentest vorgenommen hatte. Diese Tests hätten gezeigt, dass das Kind an einer seltenen genetischen Abweichung leidet, worauf die Eltern sich zur Abtreibung entschlossen hätten⁶². Möglicherweise wird das Urteil der französischen *Cour de Cassation* diese erste *wrongful life*-Rechtssache in den Niederlanden beeinflussen. Sollte das niederländische Gericht zum selben Schluss kommen wie die *Cour de Cassation*, so müsste es davon ausgehen, dass ein Zusammenhang zwischen dem allfälligen Fehler des Krankenhauses und dem Schaden des Kindes besteht. Ausserdem müsste es dann die schwierige Frage der Schadenshöhe beantworten. Sollte das Gericht der Auffassung sein, die Klage sei zwar legitim, aber wegen mangelnder Rechtsgrundlage dennoch abzuweisen, so ist es am Gesetzgeber, eine Regelung zu schaffen, welche den unterschiedlichen Interessen Rechnung trägt.

Die beiden Klagen (*wrongful birth* und *wrongful life*) unterscheiden sich deshalb deutlich, und sie werfen auch unterschiedliche juristische Probleme auf. Diese sind im Falle der *wrongful birth*-Klage viel grösser als im Falle der *wrongful life*-Klage. Und doch verbirgt sich hinter den *wrongful life*-Fällen ein viel grösseres menschliches Leid. Ein Anspruch auf Vergütung der damit verbundenen Kosten sollte angesichts dieser Sachlage noch eher möglich sein als im Falle des gesunden Kindes von Frau O.

Literaturverzeichnis

DANNEMANN GERHARD, Arzthaftung für die unerwünschte Geburt eines Kindes, Versicherungsrecht 1989, 676–683.

DEUCHLER WOLFGANG, Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes ("wrongful birth"): eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Rechtes, Frankfurt am Main (etc.): Peter Lang 1984.

DEUTSCH ERWIN, "Schadensrecht und Verfassungsrecht: Akt II – Unterhalt oder Kind als Schaden: der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab", Neue Juristische Wochenschrift 1994, 776–778.

DEUTSCH ERWIN, "Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden. Eine methodische Grundfrage des geltenden Rechts", Versicherungsrecht 1995, 609–616.

GOLDSCHMIDT JENNY E., Verhalen van verschil, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

HEJDA A., "Foutje... Bedankt?!", Nederlands Juristenblad 1997, 1176–1177.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, zweite, neubearbeitete Auflage, Zürich: Schulthess 1996.

JACKSON ANTHONY, "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England", Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal (Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.) 1995, 534–613.

JACKSON ANTHONY, "Wrongful Life and Wrongful Birth – The English Conception", The Journal of Legal Medicine 1996, 349–381.

KASHI J.S., "The Case of the Unwanted Blessing: Wrongful Life", University of Miami Law Review (U. Miami Law Rev.) 1995, 1409–1432.

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, fünfte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich: Schulthess 1995.

PICKER EDUARD, "Schadenersatz für das unerwünschte Kind (Wrongful Birth). Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt", Archiv für die civilistische Praxis 1995, 483–547.

PICKER EDUARD, Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben: "Wrongful life", Tübingen: Mohr 1995.

RYAN SHELLEY A., "Wrongful Birth: False Representations of Women's Reproductive Lives", Minnesota Law Review 78 (1994) 857–909.

SEVENHUIJSEN SELMA, "De macht van verhalen", Nemesis 1993 Nr. 4, 131–134.

SLOT PIET JAN, "Inspirerende overtuigingen", Nederlands Juristenblad 1997, 1177.

STIEGLITZ SUSANNE, Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht, Diss. Bremen, München: Florenz 1989.

STOLKER CAREL, Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties, Diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1988.

STOLKER CAREL, "Wrongful Life: The Limits of Liability and Beyond", The International and Comparative Law Quarterly 43 (1994) 521–536.

STOLKER CAREL, "Who's afraid of wrongful birth?", Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie (WPNR) 128 (1997) 191–196.

WEIMAR PETER, "Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes?", in: Riemer Hans Michael/Walder Hans Ulrich/Weimar Peter, Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern: Stämpfli 1986, 641–655.

"Wrongful birth. Meningen over HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54C", Nederlands Juristenblad 1997, 475–481.

61 Entscheidung der *Cour de Cassation* vom 26. März 1996, Recueil Dalloz 1997, Jurisprudence, 35.

62 NRC Handelsblad vom 7. August 1996.

La question des prétentions en dommages et intérêts dans le cadre d'action en responsabilité pour la naissance d'enfants non planifiée (wrongful birth) est très controversée. En particulier, l'octroi de dommages et intérêts pour l'entretien et l'éducation de l'enfant est refusé par les tribunaux européens qui se réfèrent souvent à la dignité humaine de l'enfant. La Haute Cour des Pays-Bas est l'une des rares juridictions à avoir octroyé une indemnité pour l'entretien et l'éducation de l'enfant. Cette décision est examinée dans l'article qui précède. La problématique des actions pour wrongful life est également abordée en marge.