Urteilskopf

132 III 359

42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Spital Y. gegen A.X. (Berufung) 4C.178/2005 vom 20. Dezember 2005

Regeste (de):
Art. 394 ff. OR; Arztvertrag; Sterilisationsfehler; Haftung für die Unterhaltskosten des (ungeplanten) Kindes der Patientin.

Stand der Lehre zum Vorliegen eines Schadens aufgrund der Belastung der Eltern mit den Unterhaltskosten des Kindes nach fehlgeschlagener Sterilisation (E. 3.3).

Vorliegen einer unfreiwilligen Vermögensverminderung (E. 4.1).

Unbegründetheit der gegen die Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten vorgebrachten Argumente (E. 4.2-4.8).

Regeste (fr):
Art. 394 ss CO; contrat de soins médicaux; stérilisation omise; responsabilité pour les frais d'entretien de l'enfant (non planifié) de la patiente.

Etat de la doctrine quant à l'existence d'un dommage du fait que les parents doivent assumer les frais d'entretien de l'enfant à la suite d'une stérilisation omise (consid. 3.3).

Diminution involontaire de la fortune (consid. 4.1).

Réfutation des arguments avancés par ceux qui contestent le droit au remboursement des frais d'entretien (consid. 4.2-4.8).

Regesto (it):
Art. 394 segg. CO; contratto medico; errore di sterilizzazione; responsabilità per le spese di mantenimento del figlio (non pianificato) della paziente.

Presentazione della dottrina che ammette l'esistenza di un danno in considerazione dell'onere cagionato ai genitori dai costi di mantenimento di un bambino nato dopo una sterilizzazione non riuscita (consid. 3.3).

Esistenza di una diminuzione involontaria del patrimonio (consid. 4.1).

Gli argomenti addotti per negare la possibilità di rimborsare i costi mantenimento sono infondati (consid. 4.2-4.8).

Sachverhalt ab Seite 359

Die 1966 geborene A.X. (Klägerin) und der 1955 geborene B.X. heirateten am 30. Juli 1994. Aus der Ehe gingen die Töchter C. (geboren im Dezember 1994), D. (Dezember 1996), und E. (Januar 1998) hervor. Bei allen drei Geburten musste ein Kaiserschnitt

BGE 132 III 359 S. 360

vorgenommen werden. Die Eheleute X. sind im Gastgewerbe tätig. Von Dezember 1994 bis November 1996 führten sie das Restaurant H. in L., von Dezember 1996 bis April 2003 das Restaurant I. in M. und seit Dezember 2003 das Restaurant K. in M. Der Ehemann der Klägerin führte das Geschäft und war als gelernter Koch für die Küche zuständig; die Klägerin betreute die Kinder und half nebenbei im Geschäft aus. Für ihre betriebliche Mitarbeit bezog die Klägerin bis Ende 1999 keinen Lohn. Per 1. Januar 2000 schloss sie - vorab um einen Anspruch auf Kinderzulagen zu begründen - mit ihrem Ehemann einen schriftlichen Arbeitsvertrag als Teilzeitangestellte. Vereinbart wurde ein wöchentliches Arbeitspensum von 18 Stunden und ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 2'001.60. Während der zweiten Schwangerschaft machten sich die Eheleute X. Gedanken über ihre Familienplanung. Sie kamen zum Schluss, dass sie kein weiteres Kind wollten. Bei diesem Entscheid standen wirtschaftliche Überlegungen im Vordergrund. Die finanziellen Verhältnisse der Familie X. sind vor allem infolge der während der Führung des Restaurants H. entstandenen Schulden angespannt, wobei die Mitarbeit der Klägerin im Restaurant K. aufgrund der Betriebsstruktur erforderlich ist. Anlässlich einer Kontrolluntersuchung im Oktober/November 1996 liessen sich die Klägerin und ihr Ehemann deshalb von Dr. F. im Spital Y., Verein mit Sitz in N. (Beklagter), über die Möglichkeit einer Sterilisation aufklären. Da für die bevorstehende Entbindung ein Kaiserschnitt erforderlich war, wurde vereinbart, dass gleichzeitig eine Eileiterunterbindung - die damals sicherste Unterbindungsmethode - durchgeführt werden sollte. Am 17. Dezember 1996 unterzeichneten die Klägerin und ihr Ehemann anlässlich eines weiteren Besuchs bei Dr. F. im Spital des Beklagten die Operationsvollmacht und das Aufklärungsprotokoll. Am 27. Dezember 1996 nahmen Dr. F. als Operateur und seine Assistenzärztin, Dr. G., den Kaiserschnitt im Spital Y. vor, unterliessen jedoch die geplante Eileiterunterbindung. Nach Angaben von Dr. F. war die schriftliche Vereinbarung umstandshalber untergegangen, d.h. die schriftliche Vollmacht war beim Erstellen des Operationsprogramms nicht vorgelegt worden. Diese Unterlassung blieb unbemerkt. In der Folge verkehrten die Eheleute X. geschlechtlich ohne Verhütungsmittel. Wegen wiederholter Übelkeit suchte die Klägerin am 23. Juni 1997 Dr. F. auf. Dieser stellte fest, dass sich die Klägerin in der 7. Schwangerschaftswoche befand und die

BGE 132 III 359 S. 361

Sterilisation unterlassen worden war. Die Klägerin hatte während dieser dritten Schwangerschaft etliche gesundheitliche Schwierigkeiten, so dass sie ab Anfang August 1997 bis Ende Januar 1998 arbeitsunfähig war. Im August 1997 musste sie wegen leichter Schmierblutungen für einige Tage hospitalisiert werden. Bei einer Kontrolle am 15. Dezember 1997 wurden sehr hohe Blutdruckwerte festgestellt, was eine Spitalaufnahme per 22. Dezember 1997 zur Folge hatte. Eine am 12. Januar 1998 erfolgte Kontrolle ergab wiederum erhöhte Blutdruckwerte. Am 28. Januar 1998 gebar die Klägerin ein gesundes Mädchen namens E. Am 31. Januar 1998 wurden beide aus dem Spital entlassen. Die Sterilisation wurde nachgeholt. Mit Eingabe vom 14. November 2000 gelangte die Klägerin an das Bezirksgericht Visp. Sie beantragte, es sei der Beklagte zur Zahlung von Fr. 231'000.- samt Zins zu verurteilen. Zuvor hatte der Ehemann seine vertraglichen Ansprüche gegen den Beklagten der Klägerin abgetreten. Die eingeklagte Forderung setzte sich zusammen aus den Auslagen während und unmittelbar nach der Geburt (Fr. 3'000.-), Gewinn- bzw. Verdienstausfall (Fr. 100'000.-), Genugtuung (Fr. 8'000.-) und Unterhaltskosten (Fr. 120'000.-). Ihre Forderung begründete die Klägerin mit den Folgen der von

den Ärzten des Beklagten vertragswidrig unterlassenen Sterilisation. Der Bezirksrichter entschied am 13. Februar 2003, er sei zur Beurteilung der Klage in erster Instanz nicht zuständig. Die Akten sandte er daraufhin zur Beurteilung an das Kantonsgericht des Kantons Wallis. Im kantonsgerichtlichen Verfahren stellte die Klägerin das Begehren, es sei der Beklagte zur Zahlung von insgesamt Fr. 201'287.- (Fr. 8'000.- als Genugtuung, Fr. 73'287.- als Schadenersatz und Fr. 120'000.- als Unterhaltsersatz) samt Zins zu verurteilen. Der Beklagte schloss auf Abweisung der Klage und wandte in verfahrensrechtlicher Hinsicht ein, die Haftung beurteile sich nach dem kantonalen Verantwortlichkeitsgesetz, weshalb die Angelegenheit an das Bezirksgericht zu überweisen sei. Am 18. April 2005 verurteilte das Kantonsgericht den Beklagten zur Zahlung von Fr. 50'000.- samt Zins als Schadenersatz (Dispositivziffer 1 lit. a), Fr. 85'000.- als Unterhaltsersatz (Ziff. 1 lit. b) und Fr. 5'000.- nebst Zins als Genugtuung (Ziff. 1 lit. c). Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Das Kantonsgericht erwog, der Rechtsstreit beurteile sich nicht nach dem (kantonalen) Gesetz über

die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger (GVGA), sondern nach Bundesprivatrecht. Daher sei die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts gegeben. Das Gericht kam zum Schluss, die Haftpflicht des Beklagten für die ausgewiesenen, nicht anderweitig gedeckten Kosten und Auslagen der Klägerin im Rahmen der Schwangerschaft, der Geburt sowie des Unterhalts des Kindes sei zu bejahen. Mit eidgenössischer Berufung stellt der Beklagte folgende Rechtsbegehren: "(...) Primärbegehren
Es wird festgestellt, dass die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren anstelle des kantonalen Rechts im Sinne des Verantwortlichkeitsgesetzes fälschlicherweise Bundesprivatrecht angewendet hat, weshalb die Angelegenheit an die kantonal zuständigen Gerichtsbehörden zur Ausfällung des Urteils überwiesen wird. (...) Eventualbegehren
Die Zusprechung von Schadenersatz für Unterhaltskosten durch das Urteil des Kantons Wallis in der Höhe von Fr. 85'000.00 an die Berufungsbeklagte wird aufgehoben und die Berufung in diesem Sinne gutgeheissen. (...) Subeventualbegehren
Die Anwendung des Kapitalisierungszinsfusses in der Höhe von 2.5 % für die Berechnung der Unterhaltskosten wird aufgehoben und die Berufung in diesem Sinne subeventual gutgeheissen. (...)"
Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Im Eventualantrag rügt der Beklagte, er sei bundesrechtswidrig zur Leistung der Kindesunterhaltskosten in Höhe von Fr. 85'000.- an die Klägerin verpflichtet worden. Er bringt vor, die Vorinstanz habe gegen Bundesrecht verstossen, indem sie die Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten für das dritte, nach der (vertragswidrig) unterlassenen Sterilisation geborene Kind bejaht habe.

3.1 Der Arztvertrag wird nach Rechtsprechung und Lehre als Auf trag im Sinne der Art. 394 ff. OR - mit sämtlichen daran knüpfenden Haftungsfolgen - qualifiziert (BGE 120 II 248 E. 2c mit Hinweisen; WEBER, Basler Kommentar, N. 25 ff. zu Art. 398 OR; WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Arzt und Recht, Bern 1985, S. 84, 91; HONSELL, Schweizerisches

Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 302, 315 ff.; GUHL/SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 49 N. 11 f.; HANS PETER WALTER, Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen, in: A. Koller [Hrsg.], Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 69 f.; BOLLINGER HAMMERLE, Die vertragliche Haftung des Arztes für Schäden bei der Geburt, Diss. Luzern 2004, S. 39, 59). Der Beklagte bestreitet zu Recht nicht, dass er bei gegebenen Voraussetzungen aus Vertrag haftet. Er macht einzig geltend, dass kein Schaden im Rechtssinne vorliegt. Unbestritten ist somit, dass der Beklagte (bzw. der bei ihm angestellte Arzt) den Auftrag verletzte, indem er sorgfaltswidrig die vereinbarte Sterilisation nicht vornahm. Ebenso unbestritten ist, dass diese vertragswidrige Unterlassung die für das (ungeplante) dritte Kind der Klägerin anfallenden Unterhaltskosten in adäquat-kausaler Weise verursachte. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch der Klägerin ist somit nach Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 1 OR gegeben, sofern die Unterhaltskosten für das Kind als Schaden im Rechtssinne zu qualifizieren sind.

3.2 Das Bundesgericht musste sich bisher nicht zur Grundsatzfrage äussern, ob die Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind, die durch eine (fehlgeschlagene) Sterilisation hätten vermieden werden sollen, als Schaden im Rechtssinne zu qualifizieren sind (vgl. Urteile 4C.276/1993 vom 1. Dezember 1998, E. 4c, Pra 89/2000 Nr. 28 S. 163; 1P.530/1994 vom 14. Dezember 1995, E. 4b, Pra 85/1996 Nr. 181 S. 670). Die Praxis der obersten Gerichte anderer Staaten ist uneinheitlich. Zum Beispiel anerkennen sowohl der deutsche Bundesgerichtshof als auch der Oberste Gerichtshof der Niederlande die Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind als ersatzfähigen Vermögensschaden (Urteil des BGH vom 18. März 1980, NJW 1980 S. 1450 ff.; Entscheid des niederländischen Hoge Raad vom 21. Februar 1997, JZ 18/1997 S. 893 ff.). Hingegen verneint etwa das Englische House of Lords einen entsprechenden Anspruch bei einem gesunden Kind (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2003 i.S. Rees gegen Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2003/UKHL 52], mit Verweis auf das Urteil vom 25. November 1999 i.S. MacFarlane gegen Tayside Health Board [2000/2 AC 59]). Der österreichische Oberste Gerichtshof gewährt (nur) den Eltern eines schwer behinderten, ungeplanten Kindes einen Ersatzanspruch, weil in diesem Fall

- anders als bei einem gesunden Kind - den Eltern eine besonders schwere Belastung aufgebürdet werde (Entscheid des OGH vom 25. Mai 1999, JBl 121/1999 S. 593 ff.).

3.3 In der Schweiz bejaht die weit überwiegende Lehre das Vorliegen eines Schadens bzw. den Ersatzanspruch der Eltern für die Belastung mit den Unterhaltskosten des Kindes nach fehlgeschlagener Sterilisation (FRANZ WERRO, Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro [Hrsg.], Genf/Basel 2003, N. 27 f. zu Art. 41 OR; derselbe , La responsabilité civile, Bern 2005, § 1 N. 70; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2003, 3. Aufl., N. 14.04; DaVID Rüetschi, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation, AJP 1999 S. 1374 f., 1376; CHRISTA TOBLER/CAREL STOLKER, "Wrongful Birth" - Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden, AJP 1997 S. 1151 f.; ROLF THÜR, Schadenersatz bei durchkreuzter Familienplanung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in Deutschland, England und den USA, Diss. Zürich 1996, S. 51, 70 ff., 90 ff.; WALTER FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995 S. 879 f.; derselbe , Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 123/1987 S. 323, 333 ff.; CARLA MAINARDI-SPEZIALI, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik, Diss. Bern 1991, S. 152 ff.; BETTINA MONOT, Parents contre leur volonté: Dommages-intérêts pour l'entretien d'un enfant non désiré dans le cas d'une stérilisation manquée, in: Recueil de travaux offert à François Gillard, Tolochenaz 1987, S. 71; WERNER E. OTT, Voraussetzun-

gen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1978, S. 84; ROLAND SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen, Basel 1984, S. 78 f.; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, § 29 N. 769; vgl. auch HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz, Bern 1996, 2. Aufl., N. 48 f. zu Art. 1 PrHG; vgl. weiter ALFRED KOLLER, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, Koller [Hrsg.], S. 8 f., N. 6 in fine; HEINZ Hausheer, Unsorgfältige ärztliche Behandlung, in: Schaden - Haftung - Versicherung, Münch/ Geiser [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, 5. Bd., Basel 1999, § 15 N. 15.89, der die Unterhaltskosten bei fehlgeschlagener Sterilisation als selbständigen Schadensposten neben dem Erwerbsausfall aufführt; ISABELLE STEINER, Das "Kind als Schaden" - ein

BGE 132 III 359 S. 365

Lösungsvorschlag, ZBJV 137/2001 S. 646 ff., 660, die aber die Leistung einer Genugtuungs- statt einer Schadenersatzsumme als "sachgerechte Kompensationsform" vorschlägt). Ein Teil der Lehre bejaht freilich einen vollen Ersatzanspruch nur bei Vorliegen besonderer Umstände wie etwa bei schlechten finanziellen Verhältnissen der Eltern (so KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, Bd. I, § 2 N. 54 f.; ALFRED KELLER, Die Behandlung des Haftpflichtfalles durch die Versicherung, in: Arzt und Recht, Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Bern 1985, S. 137; derselbe , Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, S. 117 f.); bei einer ledigen Mutter, deren Berufs- und Privatleben einschneidend verändert wird; bei der Geburt eines behinderten Kindes, das viel Aufopferung mit zusätzlichen Aufwendungen verlangt (KELLER, Behandlung des Haftpflichtfalles, a.a.O., S. 137; derselbe , Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117 f.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2005, S. 9; THOMAS M. MANNSDORFER, Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, ZBJV 137/2001 S. 621 f., 629 f.; derselbe , Pränatale Schädigung, Diss. Fribourg 2000, S. 343 f., 353 f.); oder schliesslich auch, wenn die Ehefrau durch die ungewollte Schwangerschaft daran gehindert wird, einer - bereits aufgenommenen oder in Aussicht stehenden - Arbeitstätigkeit nachzugehen (so KELLER, Behandlung des Haftpflichtfalles, a.a.O., S. 137; derselbe , Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117 f.). Eine von zwei Autoren vertretene Minderheitsmeinung verneint den Anspruch auf Schadenersatz für Unterhaltskosten in grundsätzlicher Weise - d.h. selbst für ein (nicht geplantes) Kind, das behindert zur Welt kommt und besonderer Pflege sowie Behandlung bedarf - und erachtet einen Ersatzanspruch, solange das Kindesverhältnis besteht, nur für den Fall erwägenswert, dass sich niemand findet, der das behinderte Kind zu adoptieren bereit ist (so PETER WEIMAR, in SJZ 82/1986 S. 49; derselbe , Schadenersatz für den Unterhalt eines nicht erwünschten Kindes?, in: Festschrift Hegnauer, Bern 1986, S. 651/654; zustimmend MORITZ KUHN, Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 36). Diese beiden Autoren verneinen bereits das Vorliegen eines Schadens mangels Unfreiwilligkeit der Vermögenseinbusse, wogegen jener Teil der Lehre, der einen Ersatzanspruch für Unterhaltskosten nur in besonderen Konstellationen (Behinderung des Kindes, angespannte finanzielle

BGE 132 III 359 S. 366

Verhältnisse der Eltern usw.) zulassen will, das Vorliegen eines Vermögensschadens mit der zitierten überwiegenden Lehre ohne weiteres bejaht (HONSELL, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 9; KELLER, Behandlung des Haftpflichtfalles, a.a.O., S. 136; derselbe , Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117; MANNSDORFER, a.a.O., ZBJV 137/2001 S. 629; dersel be, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 353; vgl. auch OFTINGER/ STARK, a.a.O., § 2 N. 46). Schliesslich stützen zwei vom Beklagten in diesem Zusammenhang angeführte Lehrmeinungen seinen

Standpunkt in keiner Weise. Denn der eine Autor bezieht an der vom Beklagten zitierten Stelle weder für noch gegen einen - vertraglichen - Schadenersatzanspruch Stellung (BREHM, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1998, N. 96a zu Art. 41 OR), während der andere sogar festhält, aus dogmatischer Sicht spreche nichts gegen die Zusprechung von Unterhaltskostenersatz, wenn die Eltern - wie vorliegend - auf Dauer kein Kind mehr wollten (ROBERTO, a.a.O., § 29 N. 768 f.).

4. Das schweizerische Obligationenrecht definiert den ersatzfähigen Schaden nicht. Nach konstanter Rechtsprechung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen - nach dem schädigenden Ereignis festgestellten - Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 127 III 73 E. 4a mit zahlreichen Hinweisen; vgl. statt vieler BREHM, a.a.O., N. 69 ff. zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 2 N. 9; SCHNYDER, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 41 OR). Der Schaden ist die ungewollte bzw. unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 129 III 331 E. 2.1; BGE 128 III 22 E. 2e/aa). Die Frage, ob die Vorinstanz ihrem Urteil einen zutreffenden Rechtsbegriff des Schadens zugrunde gelegt hat, kann vom Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüft werden (BGE 128 III 22 E. 2e).

4.1 Das schädigende Ereignis (bzw. Verhalten) besteht vorliegend in der Vertragsverletzung des Beklagten, der die Sterilisation vereinbarungswidrig nicht vornahm. Die Klägerin ist als Mutter (ebenso wie ihr Ehemann als Vater) gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB verpflichtet, für den Unterhalt des eigenen Kindes aufzukommen (vgl. PETER BREITSCHMID, Basler Kommentar, N. 1 f. zu Art. 276 ZGB). Die gesetzliche Unterhaltspflicht ist eine Verbindlichkeit, die das Vermögen der Klägerin schmälert. Diese Einbusse war nicht gewollt, sollte durch die zum Zweck der Familienplanung vereinbarte

Sterilisation doch gerade vermieden werden, für die Unterhaltskosten eines weiteren Kindes aufkommen zu müssen. Der Schutz vor dieser wirtschaftlichen Belastung war entsprechend dem Willen der Klägerin Gegenstand des unter den Parteien geschlossenen, in der Folge aber vom Beklagten nicht erfüllten Sterilisationsvertrages. Eine unfreiwillige Vermögensverminderung ist somit gegeben. Die beinahe einhellige Lehre bejaht denn auch, wie erwähnt (E. 3.3), das Vorliegen eines Schadens im Sinne der Differenztheorie. Eine Minderheitsmeinung lehnt indessen - mit unterschiedlichen Argumenten - die Zusprechung von Schadenersatz für die Unterhaltskosten eines ungeplanten Kindes ab (vgl. E. 3.3). Im Folgenden sind sowohl die vom Beklagten als auch von der Lehre ins Feld geführten Argumente einer näheren Prüfung zu unterziehen:

4.2 Gegen die Zusprechung von Unterhaltsersatz wird zunächst angeführt, aufgrund der Akzeptanz des ursprünglich ungewollten Kindes durch die Mutter bzw. die Eltern liege keine unfreiwillige Vermögensminderung und damit kein Schaden (mehr) vor (WEIMAR, SJZ 82/1986 S. 49; derselbe , a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 651 f.; zustimmend KUHN, a.a.O., S. 36). Dagegen wird zutreffend vorgebracht, dass mit der Sterilisation gerade die Unterhaltskosten für ein weiteres Kind vermieden werden sollten. Das schadensstiftende Ereignis (unterlassene Sterilisation) trat gegen den Willen der Mutter bzw. der Eltern ein, was ausschliesst, die in der Folge erlittene Vermögenseinbusse (Unterhaltsverpflichtung) als gewollt anzusehen (THÜR, a.a.O., S. 74; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1368). Der Zweck der Familienplanung besteht insbesondere auch darin, die Familiengrösse auf die jeweiligen finanziellen Möglichkeiten abzustimmen (vgl. HESS, a.a.O., N. 48 zu Art. 1 PrHG; vgl. auch OFTINGER/STARK, a.a.O., § 2 N. 46). Die Durchkreuzung der Familienplanung stellt eine Verletzung der Entscheidungsfreiheit der Mutter bzw. der Eltern dar, die als Persönlichkeitsverletzung qualifiziert wird (STEINER, a.a.O., S. 657; ROBERTO, a.a.O., N. 486; THÜR, a.a.O., S. 77/95; vgl. auch FELLMANN, a.a.O., ZBJV 123/1987, S. 325 f., 334). Die durch die vereinbarungswidrig unterlassene Sterilisation verursachte gesetzliche

Unterhaltsverpflichtung nach Art. 276 Abs. 1 ZGB ist ungewollt. Die entsprechende Vermögenseinbusse ist ein Schaden im Rechtssinne.

4.3 Die Unfreiwilligkeit der mit der gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung verbundenen Vermögenseinbusse wird teilweise auch

BGE 132 III 359 S. 368

mit der Begründung verneint, es bestehe die Möglichkeit einer Freigabe des Kindes zur Adoption (so WEIMAR, SJZ 82/1986 S. 49; derselbe , a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 651 f.; zustimmend KUHN, a.a.O., S. 36) oder einer Abtreibung (so HONSELL, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 9; vgl. auch Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil vom 20. Januar 1998, E. 3.3, BJM 1998 S. 135). Dabei wird übersehen, dass nach Rechtsprechung und Lehre vom Geschädigten nur zumutbare schadensabwendende bzw. -mindernde Massnahmen verlangt werden können (BGE 107 Ib 155 E. 2b; BGE 119 II 361 E. 5b; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 6 N. 37 ff., § 7 N. 16 f.; BREHM, a.a.O., N. 50 f. zu Art. 44 OR; LUTERBACHER, Die Schadenminderungspflicht, Zürich 2005, S. 125 ff.; WEBER, Die Schadenminderungspflicht - eine metamorphe Rechtsfigur, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, Alfred Koller [Hrsg.], S. 139 ff.; HONSELL, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 106; SCHWENZER, a.a.O., N. 16.15; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, N. 403 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl., Zürich 2003, N. 2741). Nach herrschender Lehre stellen aber für die Mutter bzw. Eltern weder die Abtreibung des ungeborenen Kindes noch dessen Freigabe zur Adoption eine zumutbare Massnahme zur Verhinderung bzw. Verminderung der anfallenden Unterhaltskosten dar (WERRO, Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 41 OR; derselbe , La responsabilité civile, a.a.O., § 1 N. 70; FELLMANN, a.a.O., ZBJV 123/1987 S. 322; KELLER, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117; WEBER, a.a.O., S. 146 Fn. 36; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 359 f.; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1371 f.; THÜR, a.a.O., S. 83 ff.; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; STEINER, a.a.O., S. 654 f.; ROBERTO, a.a.O., N. 763; KOLLER, a.a.O., S. 24; TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1148; so auch der deutsche Bundesgerichtshof, Urteil vom 18. März 1980, E. 6, NJW 1980 S. 1452; gegen die Adoptionsfreigabe auch OFTINGER/STARK, a.a.O., § 2 Fn. 68; vgl. ferner GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 14/1996 S. 239 Fn. 133).

4.3.1 Mit der Geburt des ursprünglich nicht geplanten Kindes entsteht tatsächlich und rechtlich eine neue Situation (so auch WEIMAR, a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 651). Nach der Geburt des Kindes stellt dessen Weggabe durch Adoption einen völlig anders gearteten Entscheid dar, als eine im Voraus beschlossene präventive (abstrakte) Planungsmassnahme. Die Eltern können sich im Allgemeinen

BGE 132 III 359 S. 369

auf grund der mittlerweile entstandenen (konkreten) emotionalen Bindung nicht mehr unbeschwert gegen das eigene Kind bzw. gegen dessen Beibehaltung entscheiden (THÜR, a.a.O., S. 76 f.; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1372). Es ist zwischen der Verhinderung einer vorläufig noch anonymen Vergrösserung der Familie und der Ablehnung des konkreten Kindes mit seiner individuellen Identität zu unterscheiden (TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 152; so auch der Oberste Gerichtshof der Niederlande: Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.9, JZ 18/ 1997 S. 894). Die Freigabe zur Adoption stellt für die leiblichen Eltern eine tiefgreifende, endgültige Massnahme dar, führen doch Schwangerschaft und Geburt insbesondere bei der betroffenen Mutter zu einer erhöhten affektiven

Bindung an das Kind (EICHENBERGER, Die materiellen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht, Diss. Fribourg 1974, S. 89; THÜR, a.a.O., S. 86 f.). Die Adoption bedarf gemäss Art. 265a Abs. 1 ZGB der Zustimmung des Vaters und der Mutter des Kindes. Das Recht, die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern, ist ein höchstpersönliches Recht der Eltern (BGE 104 II 65 E. 3; EICHENBERGER, a.a.O., S. 195; HEGNAUER, Berner Kommentar, N. 15 zu Art. 265a ZGB). Im Regelfall entspricht es dem natürlichen Bedürfnis der Eltern, das Kind zu behalten und in der eigenen Familie aufzuziehen (THÜR, a.a.O., S. 87; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1372; EICHENBERGER, a.a.O., S. 146 ff., insbes. S. 150 oben; vgl. auch Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 18. März 1980, E. 2a, NJW 1980 S. 1454). Keinesfalls kann die Rechtsordnung vom Einzelnen die Auflösung natürlicher Familienstrukturen zur Minderung eines Schadenersatzbetrages verlangen (ROBERTO, a.a.O., N. 763; vgl. auch EICHENBERGER, a.a.O., S. 149; THÜR, a.a.O., S. 86 f.). Die Lehrmeinung, die unter Hinweis auf die Adoptionsmöglichkeit die Unfreiwilligkeit der Vermögenseinbusse verneint, betont zwar, es sei nicht beabsichtigt, den Eltern eine Adoptionsfreigabe nahezulegen (WEIMAR, a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 652; vgl. auch Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil vom 20. Januar 1998, E. 3.3, BJM 1998 S. 135). Dies ändert jedoch nichts daran, dass ihre Auffassung die Einführung einer entsprechenden (unzulässigen) Obliegenheit mit sich bringen würde (RÜETSCHI, a.a.O., S. 1371 Fn. 103/ S. 1368; kritisch auch BOMMER, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadensminderung?, ZBJV 137/2001 S. 667 f.; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; THÜR, a.a.O., S. 84; WERRO, Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 41 OR; STEINER, a.a.O., S. 655 f.).

BGE 132 III 359 S. 370

Die Freigabe des Kindes zur Adoption ist als schadensmindernde Massnahme aus den dargelegten Gründen in keinem Fall zumutbar (OFTINGER/STARK, a.a.O., § 2 Fn. 68; KELLER, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117; WEBER, a.a.O., S. 146 Fn. 36; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 359; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1371 f.; THÜR, a.a.O., S. 85 ff.; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; STEINER, a.a.O., S. 654 f.; KOLLER, a.a.O., S. 24; TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1148; ROBERTO, a.a.O., N. 763; WERRO, Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 41 OR; FELLMANN, a.a.O., ZBJV 123/1987 S. 322/334).

4.3.2 Mit der (ungewollten) Schwangerschaft verändert sich die rechtliche und tatsächliche Ausgangslage ebenfalls. Die Lehre betont zu Recht, dass eine Abtreibung ein ebenso folgenreiches wie tiefgreifendes Ereignis ist und für die Schwangere als Eingriff in ein höchstpersönliches Recht unzumutbar ist (RÜETSCHI, a.a.O., S. 1371 f.; KOLLER, a.a.O., S. 24; KELLER, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117; WERRO, Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 41 OR).
Zwar bejahten im Jahre 1998 die Gerichte von Basel-Stadt die Zumutbarkeit einer Abtreibung (Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil vom 20. Januar 1998, E. 3.3, BJM 1998 S. 135; bestätigt vom Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 23. Oktober 1998, E. 3, BJM 2000 S. 309). Indessen ging es in jenem Fall nicht wie hier um eine (aus Gründen der Familienplanung vorgesehene) fehlgeschlagene Sterilisation, sondern um einen - auf dem freien Willen der Mutter beruhenden - fehlgeschlagenen Abtreibungsversuch. Die Situation einer Frau, die sich für eine Abtreibung entschieden hat, ist in Bezug auf die Zumutbarkeit eines erneuten Eingriffs zum Schwangerschaftsunterbruch nicht mit jener im vorliegenden Fall vergleichbar. Das Appellationsgericht - das die Zumutbarkeit einer zweiten Abtreibung bestätigte - betonte denn auch, dass die Klägerin und Mutter nicht wegen einer misslungenen Sterilisation schwanger geworden sei (Urteil vom 23. Oktober 1998, a.a.O., E. 4, S. 311). Damit liess das Gericht offen, ob es einen Schadenersatzanspruch bei Sterilisationsfehlern anerkennen würde (worauf MANNSDORFER, a.a.O., ZBJV 137/2001 S. 629 Fn. 107, hinweist; zur harschen Kritik des Appellationsgerichtsurteils aus strafrechtlicher Sicht vgl. BOMMER, a.a.O., S. 664 ff.; kritisch auch STEINER, a.a.O., S. 656; sowie ROBERTO, a.a.O., N. 763). Eine Abtreibungsobliegenheit ist im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der individuellen Selbstbestimmung abzulehnen,

der dem Einzelnen einen Anspruch verleiht, die wesentlichen Aspekte seines Lebens selber zu gestalten (Art. 10 Abs. 2 BV; JÖRG Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 42, 64 f.; vgl. auch BOMMER, a.a.O., S. 668 Fn. 18). Ein Kerngehalt dieses Rechts ist der Anspruch der Frau, selber - frei - über einen Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden (vgl. J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 53, 64 f.; STEINER, a.a.O., S. 655; THÜR, a.a.O., S. 84). Die Zumutbarkeit einer Abtreibung als schadensabwendende Massnahme wird von der nahezu einhelligen Lehre zu Recht abgelehnt (FELLMANN, a.a.O., ZBJV 123/1987 S. 322/334, der dies als "ruchlose Zumutung" bezeichnet; ablehnend sogar WEIMAR, a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 651, der von "schändlich" spricht; vgl. auch WERRO, Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 41 OR ["choquant"]; ebenfalls ablehnend KOLLER, a.a.O., S. 24; WEBER, a.a.O., S. 146; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 359; ROBERTO, a.a.O., N. 763; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; KELLER, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1371 f.; STEINER, a.a.O., S. 654 f.; THÜR, a.a.O., S. 83 f.; TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1148; a.M. HONSELL, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 9).

4.3.3 Die Vorinstanz hat bundesrechtskonform sowohl die Adoptionsfreigabe wie auch die Abtreibung als in keinem Falle zumutbare Massnahmen zur Schadensminderung bzw. -abwendung erachtet, wobei zudem im vorliegenden Fall die heutige Fristenregelung zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht in Kraft war. Der Beklagte macht zu Recht nicht geltend, die Klägerin sei ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen.

4.4 Gegen die Zusprechung von Schadenersatz für Unterhaltskosten wird zum Teil auch vorgebracht, die Geburt eines Kindes könne keinen Schaden darstellen (Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 16. Oktober 1985, E. 2, in SJZ 82/1986 S. 47 f.; zustimmend WEIMAR, SJZ 82/1986 S. 48 f.; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 353 f.). Jedenfalls könne die Geburt eines gesunden, ehelichen Kindes kein Schaden sein, weil dies einer der Zwecke der Ehe sei (OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1975, S. 62).

4.4.1 Bei dieser Argumentation wird verkannt, dass es im vorliegenden Zusammenhang um die durch die planwidrige Geburt eines Kindes ausgelöste Unterhaltsbelastung der Eltern geht, die durch die Sterilisation vermieden werden sollte. Den Schaden stellt nicht

das Kind selbst dar, sondern die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung der Eltern gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB (THÜR, a.a.O., S. 100; STEINER, a.a.O., S. 649 f.; MAINARDI-SPEZIALI, a.a.O., S. 152 f.; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1367; SCHAER, a.a.O., S. 78; FELLMANN, a.a.O., ZBJV 123/1987 S. 322 f.; ROBERTO, a.a.O., N. 771; vgl. auch TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1151; MONOT, a.a.O., S. 71; WERRO, a.a.O., N. 27 zu Art. 41 OR; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; ebenso die Praxis des deutschen BGH: Urteil vom 18. März 1980, E. 2, NJW 1980 S. 1451; Urteil vom 16. November 1993, E. 3, NJW 1994 S. 791; sowie des Obersten Gerichtshofes der Niederlande: vgl. Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.8, JZ 18/1997 S. 893). Die Wendung "Kind als Schaden" ist eine schlagwortartige und "daher juristisch untaugliche Vereinfachung" (Urteil des BGH vom 18. März 1980, E. 2a, NJW 1980 S. 1451), worauf auch die Vorinstanz zu Recht hinweist.

4.4.2 In der Lehre wird zutreffend betont, dass die Zusprechung von Schadenersatz für die (ungewollte) finanzielle Belastung der Eltern in keiner Weise ein den Grundwerten unserer Gesamtrechtsordnung widersprechendes Unwerturteil über das Kind beinhaltet und dessen Würde nicht verletzt (THÜR, a.a.O., S. 100; RÜETSCHI,

a.a.O., S. 1367; STEINER, a.a.O., S. 660; ebenso der deutsche BGH: Urteil vom 16. November 1993, E. 3c, NJW 1994 S. 792; sowie der niederländische Oberste Gerichtshof: Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.8, JZ 18/1977 S. 893). Das Leben und die Persönlichkeit des Kindes sind unantastbare Rechtsgüter. Dass die Geburt eines Kindes oder dessen Existenz als Mensch nicht als Schaden betrachtet werden kann, ist eine Selbstverständlichkeit (RÜETSCHI, a.a.O., S. 1366; STEINER, a.a.O., S. 649, 660; MAINARDI-SPEZIALI, a.a.O., S. 152; KELLER, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 117; HONSELL, Haftpflichtrecht, a.a.O., S. 9; THÜR, a.a.O., S. 71/100). Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass die infolge der vertragswidrig unterlassenen Sterilisation erfolgte Geburt eines Kindes Unterhaltskosten nach sich zieht und diese finanzielle Belastung nach fast einhelliger Lehre für die von Gesetzes wegen dafür aufzukommenden Eltern einen Vermögensschaden darstellt (E. 3.3). Zu Recht wird auch hervorgehoben, dass es nichts Aussergewöhnliches ist, in Arzthaftungsfällen Schadenersatz in Höhe der Unterhaltskosten zuzusprechen. Das Grossziehen eines Kindes wird auch in anderen Lebensbereichen (z.B. bei Scheidungen und Unterhaltsverfahren) in Geld berechnet und insofern kommerzialisiert (WIEGAND,

Der Arztvertrag, a.a.O., S. 94; vgl. auch OTT, a.a.O., S. 84; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1151). Die Menschenwürde des ungeplanten Kindes steht einer schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise nicht entgegen. Insbesondere verletzt die Zusprechung von Unterhaltsersatz die Würde des Kindes nicht (vgl. ROBERTO, a.a.O., N. 764; ebenso der niederländische Oberste Gerichtshof: Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.8, JZ 18/1977 S. 893; so auch der erkennende Erste Senat des deutschen Bundesverfassungsgerichts: Beschluss vom 12. November 1997, E. B II. 3, NJW 1998 S. 521). Die Zusprechung von Schadenersatz dient im Gegenteil dem Kindeswohl, kann doch mit der finanziellen Sicherung die möglichst optimale Entwicklung des Kindes im natürlichen Familienverband unter gleichzeitiger Entlastung der Eltern zugunsten der gesamten Familie - einschliesslich des (zusätzlichen) Kindes - sichergestellt werden (vgl. Entscheid des Obersten Gerichtshofes der Niederlande vom 21. Februar 1997, E. 3.8, JZ 18/1977 S. 893; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1376; MONOT, a.a.O., S. 71). Das Kindeswohl geniesst Verfassungsrang und gilt in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn (Art. 11 Abs. 1 BV; BGE 129 III 250 E. 3.4.2; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [KRK; SR 0.107]; AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 405 ZGB; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N. 26.04a; BRAUCHLI, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss. Zürich 1982, S. 173, 190 ff., insb. S. 196, 198). Namentlich verpflichtet Art. 11 Abs. 1 BV als soziales Grundrecht der Kinder (auf besonderen Schutz und Förderung ihrer Entwicklung) die rechtsanwendenden Instanzen, bei der Anwendung von Gesetzen den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern Rechnung zu tragen (BGE 126 II 377 E. 5d S. 391; AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich 2003, N. 4 zu Art. 11 BV; REUSSER/LÜSCHER, St. Galler Kommentar, 2002, N. 13 zu Art. 11 BV; vgl. auch BRAUCHLI, a.a.O., S. 50, 196; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, a.a.O., N. 26.04a und Art. 3 Abs. 1 KRK). Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil zu Recht die Frage auf geworfen, ob nicht im Gegenteil die Befreiung des Beklagten von der Haftung für Unterhaltsersatz trotz der haftungsbegründenden

Vertragsverletzung dem Wohl des Kindes (und der Familie) zuwiderlaufen würde. Entgegen der Ansicht des Beklagten hat die Vorinstanz die gesellschaftspolitische Tragweite der Unterhaltsfrage genügend gewichtet. Sie hat einen entsprechenden Anspruch der Eltern nach Abwägung der angeführten Argumente und Gegenar-

gumente - im Interesse des Kindeswohls - zutreffend bejaht.

4.5 Gegen die Zusprechung von Unterhaltsersatz wird teilweise auch angeführt, das Kind würde früher oder später durch die Erkenntnis belastet, dass es von den Eltern nicht erwünscht war und Anlass zu einem Schadenersatzprozess gab (KELLER, Behandlung des Haftpflichtfalles, a.a.O., S. 136; MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 355). Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass die Befürchtung einer psychisch-emotionalen Schädigung des Kindes keineswegs gesicherten Erkenntnissen entspricht (Urteil des BGH vom 18. März 1980, E. 4, NJW 1980 S. 1451; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1373). Ausserdem kann das Erleiden eines eigentlichen Jugendtraumas in der Regel ohnehin ausgeschlossen werden (vgl. MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 355 mit Nachweisen). Vor allem aber geht es nicht an, dass der Schädiger sich unter dem Vorwand einer Rücksichtnahme auf (mögliche) psychische Folgereaktionen des Kindes seiner Haftpflicht entzieht (vgl. Urteil des BGH vom 18. März 1980, E. 4, NJW 1980 S. 1451). Im Wissen um das ursprüngliche Ungeplantsein leben etliche Kinder, ohne deshalb im Allgemeinen traumatisiert oder psychisch-emotional geschädigt zu sein (vgl. RÜETSCHI, a.a.O., S. 1373 mit Hinweisen). Jedes Kind, das zehn Jahre nach seinen Geschwistern zur Welt kommt, kann sich ausrechnen, dass es ursprünglich nicht geplant (bzw. gewollt) war; gleich verhält es sich bei einem zur Adoption freigegebenen Kind; ebenso wird ein Kind einer ledigen Mutter, die den Vater für Unterhaltsbeiträge gerichtlich belangen muss, annehmen, dass es dem Vater nicht willkommen war (vgl. TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1151). Es wird denn auch darauf hingewiesen, dass die Welt von Kindern wimmelt, "die man nicht wollte und später um keinen Preis hergäbe" (KELLER, Behandlung des Haftpflichtfalles, a.a.O., S. 136). Die Aufklärung des Kindes darüber, dass es (ursprünglich) ungeplant war und sein Unterhalt von einem Dritten (teil-)finanziert wurde, liegt ausserdem in der Verantwortung der Eltern. Allfällige

spätere psychische Schwierigkeiten für das Kind bei Kenntnisnahme der Belangung des Dritten sind ein Gesichtspunkt, der nicht von der Rechtsordnung, sondern von den Eltern vor Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs zu berücksichtigen ist (OFTINGER/STARK, a.a.O., § 2 N. 53; so auch der niederländische Oberste Gerichtshof: Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.9, JZ 18/1997 S. 894; ebenso der deutsche BGH: Urteil vom 18. März 1980, E. 4, NJW 1980 S. 1451; a.M. STEINER, a.a.O., S. 652). Zu Recht wird auch darauf hingewiesen, das Kind dürfte von einem gewissen Alter an - namentlich bei finanzieller Bedrängnis der Eltern - einsichtsfähig genug sein, um zu begreifen, dass nicht seine Existenz, sondern die finanzielle Belastung der Eltern mit der Unterhaltsverpflichtung den Grund für die rechtliche Belangung des Dritten bildete (vgl. STEINER, a.a.O., S. 653; vgl. auch Entscheid des Obersten Gerichtshofs der Niederlande vom 21. Februar 1997, E. 3.9, JZ 18/1997 S. 894). Insgesamt sprechen mindestens so gute Gründe dafür, dass die Nichtgewährung von Unterhaltsersatz unter Umständen negative Auswirkungen für das Kind und seine Psyche zeitigen kann. Namentlich könnten die Eltern (und Geschwister) das Kind aufgrund der durch seine Geburt bedingten finanziellen Einengung der Familie als ungewollte Belastung empfinden, was eine positive Einstellung gegenüber dem zusätzlichen Kind erschweren und die Beziehung belasten würde (vgl. RÜETSCHI, a.a.O., S. 1372 f.; MONOT, a.a.O., S. 71). Demgegenüber liegt die Zuerkennung von Unterhaltsersatz, wie dargelegt, im Interesse des Kindes sowie der gesamten Familie und kann deshalb zur gesunden psychischen Entwicklung des Kindes beitragen (vgl. auch TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1150 ff.; THÜR, a.a.O., S. 101; so auch der deutsche BGH: vgl. Urteil vom 18. März 1980, E. 4, NJW 1980 S. 1451; sowie Urteil vom 16. November 1993, E. 3c, NJW 1994 S. 792; ebenso der niederländische Oberste Gerichtshof: Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.8, JZ 18/1997 S. 893). Allfällige psychische Probleme des Kindes infolge des ursprünglichen Unerwünschtseins lassen sich jedenfalls nicht mit der Verneinung eines Schadenersatzanspruchs lösen und vermögen die Verweigerung von Unterhaltsersatz nicht zu rechtfertigen (vgl. TOBLER/ Stolker, a.a.O., S. 1151; HESS, a.a.O., N. 49 zu Art. 1 PrHG; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1372 f.; WERRO, La responsabilité civile, a.a.O., S. 23 f.; MONOT, a.a.O., S. 71). Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass der

Zuerkennung von Unterhaltsersatz nichts Anrüchiges anhafte, zumal auch die öffentliche Hand ebenso wie private Arbeitgeber als Dritte in Anspruch genommen würden, um Eltern bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht durch Kinderzulagen und Kinderzusatzrenten zu unterstützen.

4.6 Weiter wird gegen die Zusprechung von Unterhaltsersatz zum Teil eingewandt, die Eltern wollten eine "Elternschaft zum Nulltarif" erlangen (WEIMAR, a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 652). Dieser Vorwurf erweist sich ebenfalls als unbegründet. Denn die Elternschaft ist nicht auf die Erbringung finanzieller Leistungen beschränkt. Vielmehr haben die Eltern gegenüber dem Kind auch andere Verpflichtungen zu erfüllen (Erziehung, Pflege, Fürsorge, Hausarbeit usw.), die sie in zeitlicher Hinsicht beträchtlich belasten und von denen sie durch die Zusprechung von Unterhaltsersatz nicht befreit werden (TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1152; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1370; Forschungsbericht Nr. 10/98, Bundesamt für Sozialversicherung [Hrsg.], Kinder, Zeit und Geld - Eine Analyse der durch Kinder bewirkten finanziellen und zeitlichen Belastungen von Familien und der staatlichen Unterstützungsleistungen in der Schweiz Mitte der Neunziger Jahre, Bern 1998, S. VII/IX, 144/ 185/188). Die Vorinstanz hat denn auch den von der Klägerin geltend gemachten Posten "Pflege und Erziehung" abgezogen, da die persönliche elterliche Fürsorge für das eigene Kind im Rahmen des Schadenersatzes nicht abzugelten sei. Die Höhe der von der Vorinstanz als Ersatz für die durch tatsächliche Ausgaben bedingten durchschnittlichen Unterhaltskosten (für das dritte Kind der Klägerin bis zum 18. Lebensjahr) wird im vorliegenden Verfahren nicht beanstandet. Es kann daher offen bleiben, nach welchen Kriterien der Schaden zu berechnen ist. Immerhin ist festzuhalten, dass gute Gründe bestehen, Unterhaltsersatz - wie im angefochtenen Urteil - nur für effektive Auslagen zu gewähren und dabei allenfalls auf den durchschnittlichen Grundunterhalt abzustellen (vgl. TOBLER/STOLker, a.a.O., S. 1152; vgl. auch Urteil des BGH vom 18. März 1980, E. 4, NJW 1980 S. 1455 f.). Der Anspruch auf Unterhaltsersatz besteht aber bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen in jedem Fall, d.h. unabhängig von den jeweiligen finanziellen Verhältnissen der Eltern, der Berufstätigkeit oder dem Zivilstand der Mutter (vgl. THÜR, a.a.O., S. 99; FELLMANN, a.a.O., AJP 1995 S. 880; RÜETSCHI, a.a.O., S. 1375; ROBERTO, a.a.O., N. 760).

4.7 Der Beklagte bringt schliesslich vor, die Unterhaltsregelung des Zivilgesetzbuches sei abschliessend und die Unterhaltspflicht eine Folge des Kindesverhältnisses, die untrennbar mit der rechtlichen Zuordnung des Kindes zu seinen Eltern verknüpft sei (so auch WEIMAR, a.a.O., Festschrift Hegnauer, S. 646). Mit diesem Vorbringen verkennt der Beklagte, dass sich die vorliegend in Frage stehende Arzthaftung infolge fehlgeschlagener Sterilisation, wie ausgeführt, nach Vertragsrecht beurteilt (d.h. nach Art. 398 i.V.m. Art. 97 OR). Er übersieht, dass das Bundesgesetz über das Obligationenrecht den fünften Teil des ZGB bildet und die beiden Erlasse materiell eine Einheit bilden. Die Trennung ist bloss formeller Natur; die Bestimmungen des OR und ZGB finden - sinngemäss - gegenseitig Anwendung (vgl. RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2003, S. 141, 144; SCHMID, Basler Kommentar, N. 1/2 ff. zu Art. 7 ZGB; BGE 131 III 106 E. 1.2; BGE 127 III 1 E. 3a/bb; zur Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag im Zusammenhang mit der elterlichen Unterhaltspflicht vgl. BGE 123 III 161 E. 4c; vgl. ferner BGE 101 II 47 E. 2 S. 53). Zwar wird das interne Verhältnis zwischen Eltern und Kind durch das ZGB geregelt; indessen sollen mit dieser Regelung keineswegs Schadenersatzansprüche der Eltern gegenüber Dritten aus Vertrag oder unerlaubter Handlung ausgeschlossen werden. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer Haftungsnorm

des OR erfüllt, besteht auch ein entsprechender Anspruch (vgl. bereits BGE 72 II 171 E. 2 S. 174; ebenso die Praxis des BGH: Urteil vom 18. März 1980, E. 2b, NJW 1980 S. 1451; vgl. auch THÜR, a.a.O., S. 99 f.). Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist die Klägerin sowie ihr Ehe mann aufgrund der gemeinsam unterzeichneten Operationsvollmacht Vertragspartei im Rahmen des dem Chefarzt als Vertreter des Beklagten erteilten Auftrags zur Durchführung der Eileiterunterbindung (vgl. FELLMANN, a.a.O., ZBJV 123/1987 S. 329; Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 16. Oktober 1985, E. 1, in SJZ 82/1986 S. 47; MONOT, a.a.O., S. 71; KELLER, Behandlung des Haftpflichtfalles, a.a.O., S. 137). Da der Ehemann seine Ansprüche der Klägerin unbestrittenermassen abtrat, ist diese gegenüber dem Beklagten zur umfassenden Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus der auftragswidrig unterlassenen Sterilisation berechtigt. Die Rüge des Beklagten ist unbegründet.

BGE 132 III 359 S. 378

4.8 Die Verneinung des Anspruchs in Fällen wie dem vorliegenden würde zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Sonderregelung für Ärzte bei Sterilisationsfehlern führen. Ist ein Vertrag auf ein von der Rechtsordnung erlaubtes Ziel wie die Sterilisation gerichtet, so hat der Arzt für einen von ihm im Rahmen der Vertragserfüllung zu vertretenden Fehler, durch den das Behandlungsziel nicht erreicht wird, einzustehen (vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a S. 413; FELLMANN, Berner Kommentar, N. 380/387 zu Art. 398 OR). In der Lehre wird zutreffend betont, dass nicht einzusehen ist, weshalb die grundsätzliche Haftung des Arztes für fahrlässige Schädigungen gerade bei einer misslungenen Sterilisation nicht greifen sollte (OTT, a.a.O., S. 84; zustimmend RÜETSCHI, a.a.O., S. 1375; TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1154; SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; sowie der niederländische Oberste Gerichtshof, Entscheid vom 21. Februar 1997, E. 3.7, JZ 18/1997 S. 893; vgl. auch WERRO, Commentaire romand, a.a.O., N. 27 zu Art. 41). Die Haftung für ärztliche Behandlungsfehler mit Rücksicht auf ein dadurch bewirktes Ansteigen der Prämien der Haftpflichtversicherung der Ärzte bzw. Spitäler zu verneinen, ist ebenfalls ausgeschlossen (so aber MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, a.a.O., S. 356; klar ablehnend hingegen ROBERTO, a.a.O., N. 764; sowie TOBLER/STOLKER, a.a.O., S. 1154). Ebenso wenig vermag aus haftpflichtrechtlicher Sicht die Argumentation des englischen House of Lords zu überzeugen, die eine Überbeanspruchung des staatlichen Gesundheitssystems Englands zu verhindern bezweckt. Im erwähnten Entscheid wurde ein Unterhaltsanspruch für ein gesundes Kind unter anderem deshalb verneint, weil dies angesichts der knappen Mittel des National Health Service die öffentliche Meinung darüber, wie öffentliche Mittel im Rahmen des staatlichen Gesundheitssystems zu verteilen sind, verletzen würde (Urteil des House of Lords vom 16. Oktober 2003 i.S. Rees gegen Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2003/UKHL 52]). Abzulehnen ist auch die vom österreichischen Obersten Gerichtshof getroffene Unterscheidung zwischen behindertem und gesundem Kind. Der OGH betont, es sei zu befürchten, das behinderte Kind bekomme die mangelnde Akzeptanz noch mehr zu spüren, wenn die Eltern die finanziellen Belastungen voll zu tragen hätten und die Leistung von Schadenersatz könne diesem dienlich sein, weil dadurch die wirtschaftliche Lage seiner Eltern verbessert werde (Entscheid des OGH vom 25. Mai 1999, JBl/Wien 121/1999 S. 598).

BGE 132 III 359 S. 379

Nicht einzusehen ist, weshalb es sich bei einem gesunden Kind anders verhalten sollte. Die Differenzierung des OGH zwischen behindertem und gesundem Kind wird denn auch als aus schadenersatzrechtlicher Sicht nicht überzeugend und von einer behindertenfeindlichen "Mitleidsmoral" geprägt kritisiert (BERNAT, JBl/Wien 126/2004 S. 316 f.; vgl. auch REBHAHN, JBl/Wien 122/2000 S. 267; gegen die Unterscheidung auch THÜR, a.a.O., S. 99). Schliesslich kann die Freude der Eltern an der Geburt des Kindes nicht im Sinne einer Vorteilsanrechnung in die Schadensberechnung einbezogen und von den Unterhaltskosten abgezogen werden, zumal die Freude als immaterieller Wert nicht quantifizierbar ist (vgl. ROBERTO, a.a.O., N. 763;

SCHWENZER, a.a.O., N. 14.04; vgl. auch WERRO, La responsabilité civile, a.a.O., S. 24). Aus dem Dargelegten folgt, dass die gegen den Ersatz der Unterhaltskosten angeführten Argumente nicht stichhaltig sind. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Ersatzpflicht des Beklagten für die Unterhaltskosten des dritten Kindes der Klägerin bejahte. Die Rüge ist unbegründet und der Eventualantrag abzuweisen.