

## Was kostet ein (ungeplantes) Kind und wie wird der Ersatz für die Unterhaltskosten berechnet?

Marc Schaeztle\*

1. Die unterlassene Sterilisation ist ein schädigendes Ereignis und der dadurch verursachte Schaden besteht in der Differenz zwischen dem Vermögensstand mit Kind und ohne Kind. Dabei stehen die Unterhaltskosten für die Zeit zwischen Geburt und Volljährigkeit als Hauptschadensposten im Zentrum.

2. Die Unterhaltskosten setzen sich zusammen aus den *effektiven Auslagen* und dem *Zeitaufwand für die Kinderbetreuung*. Im Fall, der BGE 132 III 359 zugrunde liegt, berechnen sowohl die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht aufgrund der eingereichten Klage je nach Alter des Kindes gestaffelte Unterhaltskosten und kommen auf einen Gesamtwert der Unterhaltskosten von rund CHF 100 000, zusätzlich zu einer nachgewiesenen Erwerbseinbusse der Mutter von CHF 50 000.

3. Nun betragen aber die Kosten für ein Kind ein Vielfaches. Gemäss eines Forschungsberichtes des Bundesamtes für Sozialversicherung, in dem die durch Kinder bewirkten finanziellen und zeitlichen Belastungen von Familien in der Mitte der Neunziger Jahre analysiert wurden, kamen die Autoren zu folgenden (ernüchternden) Ergebnissen: «Bei einem einkommensdurchschnittlichen Haushalt sind die Zeitkosten der Mutter (bei einer mittleren Ausbildungsdauer) für ein Kind auf rund 480 000 Franken zu veranschlagen. Zusammen mit den 340 000 Franken für die direkten Kosten ergeben sich gesamthaft für ein Kind rund 820 000 Franken an Kosten»<sup>1</sup>.

4. Beide Instanzen gehen jedoch davon aus, dass *nur die direkten Kosten* bzw. effektiven Auslagen, die ein Kind verursacht, zu ersetzen sind. Dies entspricht den Unterhaltsleistungen, wie sie im Familienrecht üblicherweise berechnet werden.

So hat die Vorinstanz 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. Da die Klägerin auf eine Berufung verzichtet, konnte das Bundesgericht die Frage offen lassen, nach welchen Kriterien dieser Schaden zu berechnen

ist. Immerhin hielt es fest, «dass gute Gründe bestehen, Unterhaltersatz – wie im angefochtenen Urteil – nur für effektive Auslagen zu gewähren und dabei allenfalls auf den durchschnittlichen Grundunterhalt abzustellen» (BGE 132 III 376, Erw. 4.6).

5. Weder die tatsächlich anfallenden Kosten (für Essen, Tagesmutter, Krankenkasse, Schule, Ferien bis hin zu Turnschuhen und Handy usw.) noch die Betreuungs- und Erziehungsarbeiten der Eltern lassen sich im Einzelfall konkret ziffernmässig nachweisen, weshalb auf *Erfahrungswerte* abgestellt werden muss (ein typischer Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR – nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge). Insbesondere, wenn die Unterhaltskosten im Voraus und nicht erst 18 oder 20 Jahre nach dem schädigenden Ereignis berechnet und abgegolten werden sollen. Deshalb ist das obiter dictum, es sei auf den durchschnittlichen Grundunterhalt abzustellen, sicher zutreffend.

6. Die Vorinstanz geht von einem monatlichen *Unterhaltsbedarf* von anfänglich CHF 1360 aus, der mit dem zunehmendem Alter auf CHF 1600 ansteigt und subtrahiert davon monatliche Pflege- und Erziehungskosten von anfänglich CHF 440 auf CHF 180 sinkend, reduziert anschliessend das Zwischentotal um 30%, weil im Wallis die Lebenskosten niedriger sind und zählt hievon die Kinderzulagen ab, was zu folgendem reduzierten jährlichen Unterhaltsbedarf führt:

Alter 0 bis 6	CHF 4800
Alter 7 bis 12	CHF 6000
Alter 13 bis 18	CHF 8400.

Das Kantonsgericht Wallis kapitalisierte diesen periodischen Schaden fälschlicherweise rückwirkend ab Geburt statt ab Rechnungstag, was das Bundesgericht korrigierte.

7. Für die *Kapitalisierung* der angenommenen, abgestuften Zeitrenten hat die Vorinstanz in Anlehnung an unser Beispiel 47a<sup>2</sup> einen Kapitalisierungszinsfuss von 2,5% verwendet, während das Bundesgericht dies als Verstoss gegen das Bundesrecht bezeichnet und angesichts der konstanten Rechtsprechung an einer Diskontierung mit 3,5% festhält<sup>3</sup>. Es ist hier nicht der Ort, die Zinsfussdiskussion erneut zu entfachen, doch ist es nach wie vor fraglich, ob der mit 3,5% kapitalisierte Unterhaltsbedarf ausreicht, um die künftig anfallenden Kosten decken zu können, zumal selbst Versicherer und Pensionskassen mit sehr grossen Portefeuilles nicht in der Lage sind, langfristig einen Realertrag von

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

<sup>1</sup> TOBIAS BAUER, Kinder, Zeit und Geld, Forschungsbericht Nr. 10/98, IX.

<sup>2</sup> SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren – Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, S. 284 ff., Zürich 2001.

<sup>3</sup> 4C.178/2005, n.p. Erw. 5 von BGE 132 III 359.

3,5% zu erwirtschaften. Deshalb wird auch im «Familienrecht ein Kapitalisierungszinsfuss von höchstens 2,5% empfohlen»<sup>4</sup>.

Zudem steigen im Laufe der Zeit auch die Unterhaltskosten, weshalb sie im Familienrecht (zusätzlich zu den jeweiligen Altersabstufungen) regelmässig indiziert werden. Um wenigstens die zu erwartende Teuerung aufzufangen, wäre die vom Bundesgericht (einen Monat später) in BGE 132 III 321 angenommene jährliche Kostensteigerung von 1% p.a. auch hier durchaus vertretbar<sup>5</sup>.

8. Gewichtiger aber als die Kapitalisierungsmodalitäten ist die Frage, ob die Beschränkung auf die effektiv anfallenden Kosten richtig ist? Beim (künftig) anfallenden *Haushaltschaden* werden bekanntlich nicht mehr die als wahrscheinlich anzunehmenden Auslagen für eine Haushaltshilfe ersetzt, sondern der durchschnittliche Stundenaufwand für die Haus- und Familienarbeit auf der Basis der SAKE-Tabellen ermittelt und mit einem Stundenansatz multipliziert<sup>6</sup>. Der Haushaltschaden wird auf diese Weise normativ berechnet, insoweit als die Betreuungs- und Erziehungsarbeit auch dann zu ersetzen ist, wenn sie unentgeltlich von einer Drittperson (z.B. dem nicht verletzten Partner) ausgeführt wird.

Die SAKE-2004-Tabellen<sup>7</sup> enthalten differenzierte Angaben zum Stundenaufwand für Tätigkeiten wie den «Kindern essen geben, waschen, ins Bett bringen; mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen; Kinder begleiten, transportieren» sowohl für Alleinerziehende als auch für in Paarhaushalten lebende Mütter und Väter für ein, zwei, drei oder mehrere Kinder, aufgeschlüsselt nach Alter des (jüngsten) Kindes und der Erwerbssituation der Eltern. Angesichts dieser repräsentativen Erfahrungswerte wäre es durchaus möglich, zusätzlich zu den effektiven Kosten auch die Wertschöpfung, die in Form von Betreuungs- und Erziehungsarbeit geleistet wird, zu quantifizieren.

Ein Beispiel: gemäss SAKE 2004 (T 2.3.1) beträgt der Zeitaufwand für eine nicht erwerbstätige Mutter in einem Paarhaushalt für die oben aufgeführten Tätigkeiten der Kinderbetreuung je nach Alter des Kindes:

Kind 0–2 Jahre = Zeitaufwand 32,7 Std. pro Woche

Kind 3–6 Jahre = Zeitaufwand 25 Std. pro Woche

Kind 7–14 Jahre = Zeitaufwand 11,1 Std. pro Woche.

Wird dieser Zeitaufwand summiert und mit einem Stundenansatz von CHF 30.– multipliziert, ergibt sich für die Kinderbetreuung bis zum 15. Altersjahr bereits ein Betrag von knapp CHF 400 000.

Im Invaliditätsfall kann die verletzte Mutter die Betreuungsarbeit nicht mehr persönlich erbringen, sondern muss z.B. vom anderen Elternteil (regelmässig unentgeltlich) übernommen werden, während bei einer unterlassenen Sterilisation die Mutter für die Pflege und Erziehung ihres Kindes, das sie ohne das schädigende Ereignis nicht hätte, aufkommen muss.

Obwohl in beiden Fällen die Erziehungsarbeit nicht gegen Entgelt geleistet wird, überzeugt die unterschiedliche Behandlung auf Schadenersatzebene. Es ist nicht das Gleiche, ob die geschädigte Person in der Haus- und Familienarbeit eingeschränkt ist oder ob die gesunde Mutter für ihr Kind zu sorgen hat. Muss die Mutter (oder allenfalls der Vater) dagegen die Erwerbstätigkeit wegen des Kindes zeitweise aufgeben oder reduzieren, so erscheint der Erwerbsausfall grundsätzlich als ersatzwürdig. Dagegen ist es mit unserm Rechtsempfinden (noch?) kaum vereinbar, wenn die Mutter die Zeit, die sie mit ihrem Kind verbringt, in Rechnung stellen kann. Grenzziehungen in einem ethisch empfundenen Bereich fallen besonders schwer, weshalb anfänglich (und BGE 132 III 359 ist bezüglich Haftungs begründung ein mutiger Beginn) auf eine stringente Argumentation allenfalls und vorerst verzichtet werden muss.

9. Die Bestimmung, was zum Schaden gehört, lässt sich nur wertend festlegen.

Denn aus Art. 46 OR kann für diese Fragen keine Antwort abgeleitet werden (der historische Gesetzgeber hat weder an den Haushaltschaden noch an die Folgekosten einer unterlassenen Sterilisation gedacht) und die Differenztheorie versagt, weil sie eine unserem Rechtsempfinden zuwiderlaufende Gleichbehandlung nahe legen würde. Insofern lassen sich nicht nur der Haushaltschaden, sondern auch die zu ersetzenden Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind nur *normativ* bestimmen. Dabei erweist sich der in der Rechtsprechung eingeschlagene Weg, beim Haushalt- und Betreuungsschaden auch den unentgeltlich geleisteten Zeitaufwand, dagegen bei einer unterlassenen Sterilisation (zusätzlich zum Erwerbsschaden) nur die direkten Unterhaltskosten dem Schaden zuzurechnen, als angemessen, wenn auch entwicklungs-fähig. Denn die ursprünglich verlangten und dann stark reduzierten Unterhaltsbeträge werden aller Wahrscheinlichkeit nach nicht ausreichen, um die bis zur Volljährigkeit (oder gar darüber hinaus) anfallenden Kosten auch nur annähernd zu decken<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> GLOOR/VETTERLI, FamPra.ch 3/2006, 643 m.V.a. RUMO-JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP/KRAPF, ZBJV 2004, 545, 554 ff.

<sup>5</sup> Hierzu ausführlicher in HAVE 2006, 136 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa BGE 129 III 135 und 132 III 321.

<sup>7</sup> Bundesamt für Statistik, Arbeitsplatz Haushalt, Neuenburg sowie HAVE 2006, 177 ff.

<sup>8</sup> Ebenso FLEURY, HAVE 2006, 226.