

Christoph Müller*

Perte d'une chance – Revisited

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	17
II.	Situation <i>de lege lata</i> in der Schweiz	19
III.	Rechtsvergleichung	21
	A. Einführung	21
	B. Frankreich	22
	C. Deutschland	25
	D. Common Law	26
	E. Internationale und europäische Harmonisierungsprojekte	27
IV.	Vorteile des Ersatzes verlorener Chancen	28
V.	Kein Widerspruch zum Begriff der natürlichen Kausalität	30
VI.	Kein Widerspruch zur Differenztheorie	30
VII.	Ersatz verlorener Chancen <i>à la suisse</i>	32
VIII.	Schlussfolgerungen	36

I. Einführung

Eine Patientin leidet an einer bakteriellen Hirnhautentzündung. Der Arzt diagnostiziert die starken Kopfschmerzen jedoch als Grippe, weshalb sich eine Behandlung mit Antibiotika verzögert und die Patientin beidseitig taub wird.¹ Wir wissen nicht, ob die Patientin heute noch hören könnte, wären ihr schon beim ersten Arztbesuch Antibiotika verschrieben worden.

Eine Mutter und ihr Kind beauftragen eine Anwältin, eine Vaterschaftsklage einzureichen. Die Anwältin lässt die Frist von Art. 263 ZGB ungenutzt verstreichen.² Wir wissen nicht, ob eine fristgerechte Vaterschaftsklage ein Kindesverhältnis begründet hätte.

* Professor für Privatrecht an der Universität Neuchâtel, Rechtsanwalt, LL.M. (Columbia Law School, New York), FCI Arb, Life Member Clare Hall College (Cambridge, UK). Ich danke meiner Assistentin Frau Mathilde Heusghem, LL.M., ganz herzlich für die sorgfältige Materialsuche und Bereinigung der Fussnoten.

¹ Vereinfachter Sachverhalt von BGE 133 III 462.

² Vereinfachter Sachverhalt von BGE 87 II 364.

Eine Wetterin setzt ihren Einsatz auf ein Rennpferd. Dieses kann jedoch am Rennen nicht teilnehmen, weil es während des Transports zur Rennbahn bei einem Autounfall verletzt wird. Wir wissen nicht, ob das Pferd das Rennen gewonnen hätte, wenn es daran hätte teilnehmen können.

Diesen drei Fallbeispielen ist gemeinsam, dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen rechtswidrigem Verhalten und Schaden unsicher ist. Ein Gericht kann nicht mit Sicherheit feststellen, ob das Verhalten des Arztes, der Anwältin oder des Automobilisten *conditio sine qua non* für die Taubheit, das fehlende Kindesverhältnis oder das erfolglose Rennen ist. Trotzdem muss das Gericht radikal entscheiden, ob deren Verhalten eine natürliche Ursache für den Schaden ist oder nicht. Es muss den natürlichen Kausalzusammenhang bejahen oder verneinen. *Tertium non datur*.

Ist es angebracht, von einem mit guten Gründen zweifelnden Gericht eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung zu verlangen? Weshalb muss ein Gericht, das nur zu 25% vom Kausalverlauf überzeugt ist, der geschädigten Person jeglichen Schadenersatz verweigern. Weshalb muss umgekehrt ein Gericht (grundsätzlich) vollen Schadenersatz zusprechen, wenn es zur Überzeugung gelangt, dass die Beklagte den Schaden lediglich mit einer Wahrscheinlichkeit von 75% verursacht hat?

Das Schweizer Recht versucht, dem unsicheren natürlichen Kausalzusammenhang mit unterschiedlichen Mitteln Herr zu werden. Dazu gehören etwa die Erleichterung der Beweislast, die Reduktionsfaktoren bei der Schadenersatzbemessung, die konstitutionelle Prädisposition sowie verschiedene tatsächliche und gesetzliche Vermutungen.³

Ausländische Rechtsordnungen lösen das Problem der Unsicherheit bezüglich der natürlichen Kausalität über den Schadensbegriff, indem sie den Verlust von Chancen als ersatzfähigen Schaden anerkennen. Während gewisse Rechtsordnungen verlorene Chancen schon seit mehr als hundert Jahren ersetzen, hat sich das Bundesgericht in dem bisher einzigen veröffentlichten Entscheid aus dem Jahre 2007 (BGE 133 III 462) gegenüber der *perte d'une chance* eher kritisch geäußert.

³ CHRISTOPH MÜLLER, La perte d'une chance, Diss. Neuchâtel, Bern 2002, N 276 ff.

II. Situation *de lege lata* in der Schweiz

Das Schweizer Recht sieht den Schadenersatz für verlorene Chancen nicht ausdrücklich vor. Der Entwurf Schweizer Obligationenrecht 2020 enthält dagegen in Art. 47 folgende Legaldefinition des Schadensbegriffs: «*Der Schaden besteht in einer Vermögenseinbusse oder einer anderen Einbusse.*» Gemäss den Autoren dieser Bestimmung könnten etwa der Frustrationsschaden oder verlorene Chancen als «andere Einbussen» gelten.⁴ Der Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts aus dem Jahre 1999 sah in Art. 56d Abs. 2 ebenfalls Folgendes vor: «*Kann der Beweis [des Schadens und des Ursachenzusammenhangs] nicht mit Sicherheit erbracht oder kann der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begnügen; ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen.*»⁵

Ebenso hat bisher kein Schweiz Gericht ausdrücklich verlorene Chancen ersetzt.⁶ In einem Entscheid aus dem Jahre 1988 hat das Zürcher Obergericht zwar Schadenersatz in der Höhe der verlorenen Überlebenschancen zugesprochen, doch hat es dabei die Theorie vom Verlust einer Chance nicht erwähnt.⁷ In seinem bisher einzigen veröffentlichten Entscheid zur *perte d'une chance* (BGE 133 III 462) hat sich das Bundesgericht gegenüber dieser Theorie eher kritisch geäussert. Doch darf die Bedeutung dieses Urteils aus folgenden Gründen nicht überbewertet werden: Einerseits hatte das Bundesgericht aufgrund seiner beschränkten Kognition einzig zu entscheiden, ob die Weigerung des Kantonsgerichts, verlorene Chancen zu ersetzen, eine willkürliche Anwendung des kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes auf die (öffentliche) Arzthaftpflicht darstellt.⁸ Andererseits hatte das Bundesgericht in seinem Entscheid keine einzige rechtsvergleichende Überlegung angestellt. Dies ist umso erstaunlicher, als das Bundesgericht in einem ersten Entscheid zu einer im Ausland bereits weit verbreiteten Rechtsfigur

⁴ WALTER FELLMANN/ CHRISTOPH MÜLLER/ FRANZ WERRO, in: Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 47 OR N 2.

⁵ PIERRE WIDMER/PIERRE-ANDRÉ WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts: Vorentwurf eines Bundesgesetzes, Bern 2000.

⁶ CHRISTOPH MÜLLER, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, AJP 2002, 396.

⁷ 87 ZR (1988) Nr. 66, 209; SJZ 85/1989, 119 ff.; 87 ZR (1988) Nr. 67, 216.

⁸ CHRISTOPH MÜLLER, Hat die *perte d'une chance* in der Schweiz noch eine Chance? – BGE 133 III 462, ZBJV 143/2007, 874.

regelmässig fundiert Rechtsvergleichung betreibt⁹ und dafür im internationalen Vergleich der höchsten Gerichte auch gelobt wird.¹⁰ Das Bundesgericht hat seine kritische Rechtsprechung seither in zwei nicht offiziell publizierten Entscheidungen zur Arzthaftpflicht bestätigt.¹¹

Bezüglich der Lehre hat das Bundesgericht in BGE 133 III 462 eingeräumt, dass eine Mehrheit der Autoren die Einführung der *perte d'une chance* über die Rechtsprechung, namentlich zu Art. 42 Abs. 2 OR, befürwortet.¹² Abgesehen von BREHM führte das Bundesgericht einzig französischsprachige Lehrmeinungen an, was angesichts der Verfahrenssprache auch verständlich war.¹³ Bezüglich der *perte d'une chance* erweckte diese Beschränkung jedoch den falschen Eindruck, dass einzig die welsche Doktrin diese vornehmlich aus Frankreich stammende Rechtsfigur (s. Kap. III.B) unterstützte, während die Deutschschweizer Lehre – unter dem Einfluss der Zurückhaltung des deutschen Rechts (s. Kap. III.C) – dieser kritisch gegenüberstehe. Dem ist aber bei weitem nicht so, befürwortet

⁹ Siehe beispielsweise BGE 128 III 370 E. 4b/bb, 373 f. (Kaufvertrag; Gefahrenübergang beim Sukzessivlieferungsvertrag), 126 III 129 E. 7, 143 ff. (Erschöpfungsgrundsatz im Patentrecht. Parallelimporte patentrechtlich geschützter Produkte), 114 II 131 E. 1a, 135 (Grundlagenirrtum des Käufers, Verjährung).

¹⁰ MÜLLER (Fn. 8), 874.

¹¹ Urteil des BGE 4A_18/2015 vom 22. September 2015 E. 4.1 f.; 4A_516/2012 vom 8. Februar 2013 E. 8 f.

¹² CHRISTIAN SCHÖBI, Art. 42 Abs. 2 OR: Substanziieren vs. Schätzen: eine Annäherung an die Rechtsfigur der «*perte d'une chance*»? in: Böhme/Fischer (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung: Beiträge zum Schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2016, 447; FRANZ WERRO, Le dommage: l'état d'une notion plurielle, in: Werro/Brulhart (Hrsg.), Le dommage dans tous ses états: sans le dommage corporel ni le tort moral, Bern 2013, 12; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017, N 157 ff.; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Art. 42 OR N 56a; MÜLLER (Fn. 3), N 548 ff.; LUC THÉVENOZ, La perte d'une chance et sa réparation, in: Werro (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, 254 f.; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, 479 ff.

¹³ Folgende welsche Autoren hätte das Bundesgericht ebenfalls anführen können: JEAN-PAUL VULLIETY, Résiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit suisse: poursuite ou fin du contrat?, SJ 2003 II, 91 ff., 109 und Fn. 52; EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, 195, 614, 618 ff., 639; OLIVIER GUILLOD, Débats sur la causalité (perte d'une chance), in: Guillod (Hrsg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zürich 1991, 166 ff.; PIERRE-YVES GÜNTHER, La responsabilité du médecin en Suisse, SJZ 1993, 97; ALAIN HIRSCH, Perte de chance et causalité, in: Chappuis/Winiger (Hrsg.), Les causes du dommage: journée de la responsabilité civile 2006, Genève 2007, 279 ff.; MADELEINE HIRSIG-VOUILLOZ, La responsabilité du médecin: Aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne 2017, 87 ff.; PHILIPPE SCHWEIZER, Débats sur la causalité (perte d'une chance), in: Guillod (Hrsg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zürich 1991, 160.

doch auch eine klare Mehrheit der Autoren östlich des Röschtigrabens den Ersatz verlorener Chancen.¹⁴ In der Lehre herrscht somit praktisch Einigkeit darüber, dass auch das Schweizer Recht verlorene Chancen ersetzen sollte.

III. Rechtsvergleichung

A. Einführung

Das deutsche, französische, englische und amerikanische Recht beantworten die Frage des Ersatzes von verlorenen Chancen auf unterschiedliche Art und Weise.¹⁵ Während das deutsche Recht sich weigert, verlorene Chancen zu ersetzen, findet die Rechtsfigur im romanischen Rechtskreis eine äusserst mannigfaltige Verbreitung. Das Common Law nimmt eine Mittelstellung ein.

Die unterschiedliche Akzeptanz hängt einerseits mit dem Handlungsspielraum der Gerichte bei der Schadensberechnung und andererseits mit dem Begriff des Schadens zusammen. Je grösser der Spielraum des Gerichts in der Schadensberechnung ist, umso grösser ist auch der Anwendungsbereich der *perte d'une chance*.¹⁶ In einer Rechtsordnung wie der deutschen, in welcher Schadenersatz nur für Verletzungen von bestimmten Rechtsgütern zugesprochen wird (§ 823 I BGB: Enumerationsprinzip), ist die Rechtsfigur wesentlich schwieriger einzuführen als in Rechtssystemen, welche eine Generalklausel für die Haftung bzw.

¹⁴ HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 1 N 43; MARKUS SCHMID, Aspekte und Thesen der Arzthaftung, in: Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern 2007, 123 f.; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, N 590 ff.; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich/Basel/Genf 2002, N 779 ff.; PIERRE WIDMER, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, N 2.61, 2.64; ATILAY ILERI, Verfahrensfragen/Aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, SVZ 1997, 153 f.; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 3 N 42 f. und Fn. 154; PETER LOSER, Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, Diss. Bern/Stuttgart/Wien 1994, 215 ff.; ROGER QUENDOZ, Modell einer Haftung für alternative Kausalität, Diss. Zürich 1991, 38; JOST GROSS, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987, 202.

¹⁵ HELMUT KOZIOL, Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example, 1 J.Tort L. [ii], [i] (2007); siehe auch die zahlreichen Länderberichte zum Fall Nr. 16 in JAAP SPIER (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation, The Hague/London/Boston 2000.

¹⁶ ARNOLDUS JOHANNES AKKERMANS, Proportionele aansprakelijkheid bij onzekere causaal verband, Diss. Deventer 1997, 125; HANS STOLL, Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, in: Deutsch (Hrsg.), Der Schadenersatz und seine Deckung, Festschrift für Erich Steffen, Berlin/New York 1995, 475; HANS STOLL, Consequences of Liability: Remedies, in: Tunc (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Band XI, Torts, Kap. 8, Tübingen 1972, 18 ff.

den Begriff des Schadens kennen wie etwa das französische (Art. 1282; Art. 1382 ancien Code civil), das italienische (Art. 1043 Codice civile), das österreichische (§ 1295 ABGB) oder eben auch das schweizerische (Art. 41 Abs. 1 OR) Recht.¹⁷ Auch wenn eine internationale Tendenz schwierig auszumachen ist, so scheint es doch, dass sich die Rechtsfigur vom Verlust einer Chance einer immer weiteren Verbreitung erfreut.¹⁸

B. Frankreich

Das französische Recht ersetzt verlorene Chancen seit dem Ende des 19. Jahrhunderts.¹⁹ Die *perte d'une chance* war lange Zeit eine Schöpfung der Rechtsprechung, bis sie im Entwurf des Justizministeriums zur Revision des Haftpflichtrechts vom Frühling 2017 in einem neuen Art. 1238 Code civil ihren Niederschlag fand: «*Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.*» Der erste Satz dieser Bestimmung übernimmt die durch die Rechtsprechung während Jahrzehnten herausgearbeitete Definition, wonach der Verlust einer Chance nur dann ersatzfähig ist, wenn die Chance im Zeitpunkt des Urteils mit Sicherheit verloren ist.²⁰ Der zweite Satz bestimmt den Umfang des Ersatzes, welcher nicht dem Wert des Vorteils entsprechen kann, welchen die verlorene Chance gebracht hätte. Der Schadenersatz muss im Gegenteil im Verhältnis zur Grösse (Wahrscheinlichkeit) der verlorenen Chance stehen. Art. 1238 des Entwurfs sagt nichts bezüglich der Rechtsprechung, welche

¹⁷ HELMUT KOZIOL, Schadenersatz für verlorene Chancen?, ZBJV 137/2001, 906, weist jedoch mit Recht darauf hin, dass der Unterschied zwischen den beiden Systemen nicht überbewertet werden sollte, denn die Rechtsordnungen mit einer Generalnorm stehen vor den gleichen Abgrenzungsproblemen wie jene mit dem Enumerationsprinzip, nur wird die Frage hier mehr unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit behandelt.

¹⁸ LAURA KHOURY, Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale, McGill Law Journal 2014, Bd. 59(4), 989 ff.; CHRISTIAN VON BAR, Gemein-europäisches Deliktsrecht, Band II, München 1999, § 4 N 444; AKKERMANS (Fn. 16), 125; DIETER GIESEN, International Medical Malpractice Law, Tübingen/Dordrecht/Boston/London 1988, N 406.

¹⁹ Cass. (Chambre des Requêtes) 17. Juli 1889, Caisse commerciale de Limoges c. C. Sigé, Dalloz 1890 I 485.

²⁰ Vgl. Cass. civ. 1^{re}, 21.11.2006, Bull. civ. I N 498.

auch den Verlust der Chance, ein gewisses Risiko zu vermeiden, entschädigt.²¹ Zukünftige Entscheide werden klären müssen, ob das Wort «seule» zu Beginn der Bestimmung den Ersatz solcher Chancen ausschliessen will.

Die französische Rechtsprechung hat die Entwicklung und Verfeinerung der *perte d'une chance* weiter vorangetrieben als jede andere Rechtsordnung. Die Lehre unterteilt die überwältigende Vielfalt von Anwendungsmöglichkeiten in gegenwärtige und zukünftige Schäden. Obwohl die Chance in beiden Fällen endgültig verloren sein muss, hat dieser Verlust beim zukünftigen Schaden auch Auswirkungen auf die Zukunft.²² In die Gruppe des gegenwärtigen Schadens reiht sich das klassische Beispiel des Pferdes, welchem die Teilnahme an einem Rennen verunmöglicht wird. In diesem Fall können nicht nur die Züchterin und der Eigentümer des Pferdes,²³ sondern unter Umständen auch die Wetterin Schadenersatz für verlorene Gewinnchancen erhalten.²⁴ Eine zweite wichtige Gruppe in der Kategorie des gegenwärtigen Schadens sind die verlorenen Prozesschancen. Seit dem allerersten Entscheid der *Cour de cassation* vom Jahr 1889 bezüglich eines Notars haben die französischen Gerichte in unzähligen Entscheiden Anwälte, Notare, Sachverständige und Agenten von Rechtsschutzversicherungen für den Verlust von Chancen im Gebiet des Rechts schadenersatzpflichtig erklärt.²⁵ Die Kategorie des gegenwärtigen Schadens kennt eine unüberblickbare Vielfalt weiterer Anwendungen etwa bezüglich Bank-²⁶ und Börsenwesen²⁷, Vertragsverhandlungen,²⁸ Vertragserfüllung,²⁹ Zulassungsprüfungen und Wett-

²¹ Z.B. Cass. com., 09.03.2010 FS-P+B n°08-21.547; Cass. com., 20.10.2009, N 08-20.274, Bull. civ. IV N 127 (Verlust der Chance, ein finanzielles Risiko im Bankenwesen zu vermeiden).

²² PHILIPPE LE TOURNEAU/LOÏC CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2000/2001, N 1421 ff.

²³ Cass. civ. 2^e, 19.03.1997, Mme de Moratalla c. Ostheimer et autre, Dalloz 1999 somm. 88; CA Amiens, 16.12.1970, Jules Desbois c. Yves Saint-Martin, Gaz. Pal. 1971 jp. 335.

²⁴ Cass. crim., 06.06.1990, Alfred Galemeau c. Yann Micheneau, Bull. crim. N 224; Cass. civ. 2^e, 25.01.1973, Reillier c. Saint-Martin, Dalloz 1974 jp. 230.

²⁵ Zuletzt Cass. civ. 3^e, 07.04.2016, N 15-14.888 (Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch einen Notar); Cass. civ. 1^{re}, 16.01.2013, N 12-14.439 (Anwalt lässt Beschwerdefrist trotz gegenteiliger Anweisungen der Klienten unbenutzt verstreichen).

²⁶ Cass. comm., 20.10.2009, N 08-20.274, Bull. civ. IV N 127.

²⁷ Cass. comm., 17.11.2015, N 14-18.673 (*perte d'une chance* vermeint).

²⁸ Cass. civ. 3^e, 07.04.2016, N 15-14.888; Cass. comm., 07.04.1998, SARL Laboratoires Sandoz et autre c. Société civile de Poleval, Dalloz 1999 jp. 514.

²⁹ Die durch den Tod der Darlehensnehmerin vereitelte Chance der Rückzahlung des Darlehens wurde etwa ersetzt (CA Paris, 13.01.1995, SA Groupement pour le financement des ouvrages de bâtiment de travaux publics c. Mme Bahisson et autre, Dalloz 1995 inf. rap. 66).

bewerben³⁰ sowie in der Kunst,³¹ im Sport,³² in Lotterien³³ usw. Was die Kategorie der zukünftigen Chancen anbetrifft, so entschädigen die französischen Gerichte den Verlust einer Chance, von einem Todesopfer Unterstützungsleistungen zu erhalten,³⁴ was im Schweizer Recht dem Versorgerschaden entspricht.³⁵ Eine weitere Anwendungsmöglichkeit besteht im Verlust der Chance, die eigene berufliche Situation zu verbessern.³⁶ Diese Entschädigung entspricht im Schweizer Recht dem Erwerbsausfall³⁷ und der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens.³⁸ Schliesslich stellt auch die Arzt- und Spitalhaftpflicht einen häufigen Anwendungsfall der *perte d'une chance* dar. Verlorene Heilungs- und Überlebenschancen werden durch die Zivilgerichte (*Cour de cassation*) im Privatrecht³⁹ und die Verwaltungsgerichte (*Conseil d'Etat*) im öffentlichen Recht⁴⁰ seit den sechziger Jahren entschädigt. Die Strafgerichte lehnen es dagegen ab, verlorene Überlebenschancen dem Tatbestand der fahrlässigen Tötung und verlorene Heilungschancen jenem der fahrlässigen Körperverletzung gleichzustellen.⁴¹ In

³⁰ Eine Kandidatin, welche durch einen Fehler der Verwaltung nicht an einer Zulassungsprüfung hatte teilnehmen können, wurde für den Verlust ihrer Chancen, dieses Examen zu bestehen, entschädigt (*Conseil d'Etat*, 24.04.1981, *Secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications c. Mme Doublet*, Dalloz 1982 inf. rap. 53). Vgl. im Schweizer Recht BGE 141 III 14 E. 4.3, 17; Urteil des BGer 2C_383/2014 vom 15. September 2014 E. 4.3.

³¹ Ein Maler, der seine Bilder deshalb nicht an einer Ausstellung zeigen konnte, weil diese erst nach der Finissage in der Galerie eintrafen, bekam Schadenersatz für den Verlust der Chance, preisgekrönt zu werden (*CA Rennes*, 15.12.1961, 62 Rev. trim. de droit civil [1964], 739).

³² Zwei vorselektionierte Athleten haben wegen einer willkürlichen Entscheidung des französischen Segelverbandes nicht an den Olympischen Spielen teilnehmen können und für den Verlust der Chance, Preisgelder zu erhalten, Schadenersatz bekommen (*Tribunal administratif de Paris*, 27.11.1985, *Consorts de C. c. Fédération française de voile*, Dalloz 1986 somm. 367).

³³ *CA Paris*, 18.06.1999, D. M. c. Mme E., Sem. jur. 2000 II 10322.

³⁴ *CA Colmar*, 06.11.1997, *Hisler c. Mme Bachhoffner et Mlle Alexandra Hisler*, Gaz. Pal. 1998 somm. 436; *Cass. civ. 2^e*, 22.02.1989, *Veuve S. c. F. et autres*, Dalloz 1989 inf. rap. 91; *Cass. civ. 2^e*, 02.07.1975, *Guidone et autre c. Dame Krauss et autres*, Bull. civ. II N 203; *Cass. soc.*, 21.11.1940, *Milano et autres c. Veuve Héritier*, Gaz. Pal. 1941 I 28; *Cass. crim.*, 08.07.1932, *Louradour v. Assistance publique*, Gaz. Pal. 1932 II 599.

³⁵ CHK OR-MÜLLER, Art. 45 N 6 ff.

³⁶ *Cass. Civ. 3^e*, 13.07.2017, Nr. 16-13.688 ; *CA Paris*, 31.10.1997, *Aymeric Guillet c. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions*, GP 1998 somm. 441.

³⁷ CHK OR-MÜLLER, Art. 46 N 6 ff.

³⁸ CHK OR-MÜLLER, Art. 46 N 22 ff.

³⁹ *Cass. civ. 1re*, 14.12.1965, *Dr Petit c. Margoux et Dr B.*, Bull. civ. I N 707, Sem. jur. 1966 II 14753; zuletzt *Cass. civ. 1re*, 25.01.2017, N 15-27.898; *Cass. civ. 1re*, 03.06.2010, N 09-13.591, Bull. civ. I N 128;

⁴⁰ *Conseil d'Etat*, 24.04.1964, *Hôpital Hospice de Voiron*, Rec. CE 259.

⁴¹ *Cass. crim.*, 20.03.1996, *Jean-Paul Salussola*, Bull. crim. N 119; *Cass. crim.*, 09.06.1977, *Dr Jacques Bucher*, Gaz. Pal. 1977 jp. 502.

jüngerer Zeit findet die Rechtsfigur vermehrt in Fällen Anwendung, in denen die mangelhafte Information durch die Ärztin den Patienten um die Chance bringt, eine riskante Behandlung zu vermeiden (vgl. Kap. VII).⁴²

C. Deutschland

Das deutsche Recht ersetzt verlorene Chancen nicht.⁴³ Die äusserst spärliche Rechtsprechung zu dieser Frage lehnt jede Form von anteiligem Schadenersatz nach Massgabe der Wahrscheinlichkeit des Kausalzusammenhangs ab.⁴⁴ Vereinzelt kommen die Gerichte zwar den Geschädigten durch eine Beweislasterleichterung bzw. -umkehr entgegen, namentlich im Zusammenhang mit einem schweren ärztlichen Verschulden.⁴⁵ Die gerichtliche Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs bleibt jedoch vom Alles-oder-Nichts-Prinzip beherrscht.⁴⁶ Die grosse Zurückhaltung der deutschen Gerichte lässt sich wohl durch die folgenden beiden Umstände erklären. Erstens bezeichnet § 252 Satz 2 BGB nur jenen Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, *mit Wahrscheinlichkeit* erwartet werden konnte. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann der Verlust reiner Gewinnchancen gestützt auf diese Bestimmung nur Schadenersatz auslösen, wenn solche Chancen auf dem Markt bereits einen Vermögenswert haben.⁴⁷ So entspreche es bei Pferderennen nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass das als Favorit gewettete Pferd auch tatsächlich gewinnt.⁴⁸ Wenn ein Rennpferd wegen einer Fehlleistung des Transportunternehmens nicht an einem Rennen mit zweifelhaftem Ausgang teilnehmen kann, könne der Eigentümer nicht EUR 10'000 mit der Begründung ersetzt verlangen, sein Pferd habe eine 20%-Chance gehabt, den

⁴² Cass. civ. 1^{re}, 25.01.2017, N 15–27.898; Cass. civ. 1^{re}, 05.03.2015, N 14–13.292; Cass. civ. 1^{re}, 23.01.2014, N 12-22.123, Bull. civ. I N 13; Cass. civ. 1^{re}, 03.06.2010, N 09–13.591, Bull. civ. I N 128; Cass. civ. 1^{re}, 07.12.2004, N 02–10.957, Bull. civ. I N 302.

⁴³ CHRISTOPHER BOLKO EHLGEN, Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen, Diss. Köln, Tübingen 2013, 2 ff.; WALTER MÜLLER-STOY, Schadenersatz für verlorene Chancen – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Freiburg im Breisgau 1973, 114.

⁴⁴ Urteil des BGH vom 23. September 1982, 36 NJW 1983, 442, betreffend verlorene Chance, einen Architekturwettbewerb zu gewinnen; Urteil des BGH vom 12. Juli 1962, 41 Deutsche Richterzeitung 1963, 25; Urteil des Reichsgerichts vom 9. Juni 1936, 3 Juristische Wochenschrift 1937, 2466.

⁴⁵ Urteil des BGH vom 19. Juni 2012, VI ZR 77/11; EHLGEN (Fn. 43), 149 ff.

⁴⁶ Urteil des OLG Köln vom 30. Mai 1990, JR 1991, 460 ff. Vgl. jedoch mit Urteil des OLG Hamm vom 7. Juni 1995, 47 VersR 1996, 1371, dessen Resultat der französischen *perte d'une chance* sehr nahe kommt.

⁴⁷ EHLGEN (Fn. 43), 285 f.; Palandt-GRÜNEBERG, Vorb v § 249 BGB N 53, § 252 BGB N 4.

⁴⁸ Urteil des OLG Düsseldorf vom 12. Juli 1985, NJW-RR 1986, 517.

Preis von EUR 50'000 zu gewinnen.⁴⁹ Als zweiter Grund für die ablehnende Haltung der Gerichte wird angeführt, dass das deutsche Recht einen Katalog von geschützten Rechtsgütern kennt und deshalb die Chance zuerst als eigenständiges geschütztes Rechtsgut anerkennen müsste.⁵⁰

D. Common Law

Im englischen Recht gehen die Wurzeln des Schadenersatzes für *loss of a chance* auf einen Entscheid des *Court of Appeal* aus dem Jahre 1911 zurück: In *Chaplin v Hicks* hat das Gericht den Verlust der Chance, an einem Schönheitswettbewerb preisgekrönt zu werden, ersetzt.⁵¹ Seither entschädigt die Rechtsprechung regelmässig verlorene Prozesschancen⁵² und andere Chancen im Vertrags-⁵³ und Deliktsrecht.⁵⁴ Verlorene Heilungschancen werden dagegen nur ersetzt, wenn die ärztliche Unsorgfalt «*on a balance of probabilities*», d.h. mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit (mehr als 50%), für den Verlust der Chancen ursächlich war.⁵⁵ Die diesbezügliche Rechtsprechung ist jedoch in der Lehre und selbst unter den beteiligten Richtern umstritten.⁵⁶

⁴⁹ Urteil des BGH vom 23. September 1982, NJW 1983, 442 f.

⁵⁰ STOLL (Fn. 16), 475.

⁵¹ *Chaplin v Hicks* [1911-13] All ER 224 (CA).

⁵² *Wright v Lewis Silkin LLP* [2015] EWHC 1897 (QB) (20%-Chance wurde jedoch als zu gering für eine Verantwortlichkeit erachtet); *Chweidan v Mischoon de Reya* [2014] EWHC 2685 (QB); *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons* [1995] 4 All ER 907 (CA); *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] 2 All ER 241 (CA).

⁵³ *Anthony McGill v The Sports & Entertainment Media Group* [2016] EWCA Civ 1063 (wegen eines Vertragsbruchs verlorene Chance eines Agenten, durch den Transfer eines Fussballers eine Kommission zu erhalten); *Wellesley Partners LLP v Withers* [2015] EWCA Civ 1146 (durch einen vom Anwalt unvorteilhaft abgefassten Vertrag verlorene Chance eines Unternehmers, seine Geschäftstätigkeit im Ausland zu entwickeln); *Law Debenture Trust Corporation PLC v Elektrim SA* [2010] EWCA Civ 1142 (durch eine Vertragsverletzung verlorene Chance von Inhabern von Bonds, einen erfolgsabhängigen Gewinn zu erzielen); *Lavarack v Woods of Cholester Ltd* [1967] 1 QB 178 (CA) (durch eine missbräuchliche Entlassung verlorene Chance eines Arbeitnehmers, einen Bonus zu erhalten).

⁵⁴ *Mulvaione v Joseph*, Solicitor's Journal 1968, 927 (durch eine Verletzung an seiner Hand verlorene Chance eines Berufsgolfers, Turniere zu gewinnen).

⁵⁵ *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2; *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909 (HL).

⁵⁶ *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, § 1 ff. (Lord Nicholls); *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 All ER 210 (CA); *Hotson v Fitzgerald* [1985] 3 All ER 167 (QBD); CHRIS MILLER, *Gregg v. Scott: loss of chance revisited*, Law, Probability and Risk (2005) 4, 227 ff.; TIMOTHY HILL, *A Lost Chance for Compensation in Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 Modern Law Review 1991, S. 145 ff.; Lord MACKAY [1987] 2 All ER 909, 916d (HL).

Im US-amerikanischen Recht kam die *loss of a chance doctrine* zum ersten Mal 1966 in *Hicks v United States* zur Anwendung.⁵⁷ Seit diesem Präzedenzfall ersetzt rund die Hälfte der Gliedstaaten den Verlust von Heilungschancen,⁵⁸ während die andere Hälfte bei der Beurteilung der natürlichen Kausalität nach wie vor das Alles-oder-Nichts-Prinzip anwendet.⁵⁹ Die Gerichte vereinzelter Gliedstaaten mussten die Frage der *loss of a chance* bisher noch nicht entscheiden.⁶⁰ Die US-amerikanischen Gerichte weigern sich dagegen standhaft, die *loss of a chance* auf andere Berufshaftpflichten wie insbesondere jene der Anwälte anzuwenden.⁶¹ Die theoretische Grundlage der US-amerikanischen *loss of a chance doctrine* hat vor allem KING in einem vielzitierten Artikel aus dem Jahr 1981 geschaffen.⁶²

E. Internationale und europäische Harmonisierungsprojekte

Artikel 7.4.3(2) der Unidroit-Prinzipien für internationale Handelsverträge anerkennt die Ersatzfähigkeit von verlorenen Chancen wie folgt: «*La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.*» Verschiedene staatliche und Schiedsgerichte haben verlorene Chancen gestützt auf diese Bestimmung entschädigt.⁶³

Die Principles of European Contract Law erwähnen den Ersatz von verlorenen Chancen nicht ausdrücklich. Artikel 9.501(b) («Right to Damages») hat jedoch folgenden Wortlaut: «*The loss for which damages are recoverable includes: [...]*

⁵⁷ 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966).

⁵⁸ MATTHEW WURDEMAN, Loss-Of-Chance Doctrine In Washington: From *Herskovitz To Mohr* And The Need For Clarification, 89 Washington Law Review 603, 610 ff. (2014); ALICE FEROT, The Theory of Loss of Chance: Between Reticence and Acceptance, 8 FIU L. Rev. 591, 610 f. (2013).

⁵⁹ WURDEMAN (Fn. 58), 608 ff.; FEROT (Fn. 58), 611 ff.

⁶⁰ WURDEMAN (Fn. 58), 613 f.; FEROT (Fn. 58), 616 f.

⁶¹ *Daugert v Pappas*, 704 P.2d 600 (Wash. 1985); *Hardy v Southwestern Bell Tel. Co.*, 910 P.2d 1024 (Okla. 1996).

⁶² JOSEPH H. KING, Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale Law Journal, 1353 ff. (1981).

⁶³ Siehe <www.unilex.info>, besucht am 22.11.2017. Das Genfer Kantonsgericht hat in seinem Entscheid ACJC/598/2007 ebenfalls auf Artikel 7.4.3 der Unidroit-Prinzipien verwiesen. Das Bundesgericht war jedoch der Auffassung, dass das Kantonsgericht nicht die *perte d'une chance* angewendet habe (Urteil des BGer 4A_227/2007 vom 26. September 2007 E. 3.5.4).

(b) *future loss which is reasonably likely to occur.*» Die Lehre ist der Ansicht, dass solche zukünftigen Verluste häufig in Form von verlorenen Chancen auftreten.⁶⁴

Der Draft Common Frame of Reference erwähnt den Schadenersatz für verlorene Chancen ebenfalls nicht ausdrücklich. Deren Ersetzbarkeit müsste somit die allgemeinen Voraussetzungen von Art. VI-2:101⁶⁵ erfüllen.⁶⁶ Der Kommentar dieser Bestimmung betont, dass namentlich der Wortlaut von Buchstabe c bewusst Raum für zukünftige Entwicklungen lässt, und erwähnt ausdrücklich die *perte d'une chance*: «*However, the general rule on legally relevant damage does leave room for characterizing the loss of a chance as an independent form of damages for the purposes of the law of non-contractual liability.*»⁶⁷

IV. Vorteile des Ersatzes verlorener Chancen

Der Ersatz verlorener Chancen erlaubt es in erster Linie, die Nachteile des geltenden Alles-oder-Nichts-Prinzips für die Beurteilung der natürlichen Kausalität zu vermeiden. Die natürliche Kausalität ist in der Tat die einzige rein tatsächliche Voraussetzung einer vertraglichen oder deliktischen Haftpflicht. Alle übrigen Voraussetzungen – die Adäquanz des natürlichen Kausalzusammenhangs, der Schaden, die Widerrechtlichkeit bzw. die Vertragsverletzung und das Verschulden – sind vom Recht geschaffene Begriffe, welche das Gericht deshalb auch einer rechtlichen Beurteilung unterzieht. Für die einzige rein tatsächliche Voraussetzung des natürlichen Kausalzusammenhangs mit absoluter Sicherheit einen Alles-oder-Nichts-Entscheid zu fällen, ist jedoch für ein Gericht ein Ding der Unmöglichkeit. Unter dem heutigen Alles-oder-Nichts-Prinzip muss ein mit einem unsicheren Kausalzusammenhang konfrontiertes Gericht jedoch radikal entscheiden, ob die behauptete Ursache eine *conditio sine qua non* für den ent-

⁶⁴ CHRISTIAN VON BAR/ULRICH DROBNING/GUIDO ALPA, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study*, München 2004, 8.

⁶⁵ Artikel VI.-2:101(1) DCFR («*Meaning of legally relevant damage*»): «(1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection.»

⁶⁶ LUISA ANTONIOLLI/FRANCESCA FIORENTINI, *A factual assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München 2011, 226.

⁶⁷ VON BAR/CLIVE (Hrsg.), DCFR (2009) Art. VI:2:201 Kommentar A, *Loss of a chance*, S. 3195; vgl. auch GRAZIANO THOMAS KADNER, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg.), *Digest of European Tort Law*, Vol. 2: *Essential Cases on Damage*, Berlin/Boston 2012, 1119.

standenen Schaden ist oder nicht. Selbst in Fällen, in denen das Gericht den Ursachenzusammenhang nur teilweise als erwiesen erachtet, muss es also so tun, als ob es absolute Gewissheit über diese Haftungsvoraussetzung hätte. Auch wenn die überwiegende Zahl von Tatsachenentscheiden in einer Grauzone von blossen Wahrscheinlichkeitsurteilen gefällt wird,⁶⁸ muss das Gericht also sein mehr oder weniger dunkles Grau für sein Urteil ganz in Blütenweiss oder Rabenschwarz hüllen und grundsätzlich alles oder nichts als Schadenersatz zusprechen. In diesen Fällen stimmt es zwar, dass die Realität bezüglich des Kausalzusammenhangs entweder ganz weiss oder ganz schwarz ist, nur können wir Menschen mit unseren beschränkten Erkenntnisfähigkeiten dies nicht mit genügender Sicherheit feststellen. Die Gerichte sind deshalb versucht, ihrer Unsicherheit durch andere Mittel Rechnung zu tragen, indem sie die Beweislast für die natürliche Kausalität erleichtern⁶⁹ (oder wie im deutschen Recht gar umkehren) oder den Schadenersatz dem Grad ihrer Unsicherheit durch Herabsetzungsgründe (Art. 43 Abs. 1 und 44 OR) anpassen.

Der Ersatz verlorener Chancen würde dagegen zu wirklichkeitsnäheren und im Endeffekt gerechteren Lösungen für die Verteilung des Schadens zwischen Geschädigten und Schädigern führen. Dies lässt sich auch am folgenden theoretischen Beispiel zeigen: 100 Patienten einer Klinik werden fälschlicherweise mit Chemotherapie behandelt, worauf alle 100 sterben. Ein Gutachten kommt zum Schluss, dass die richtige Behandlung nur in 40% der Fälle zur Genesung des Patienten geführt hätte. Klagen die Angehörigen aller 100 Patienten gegen die Klinik auf Schadenersatz, so gehen alle leer aus, denn keiner könnte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der falschen Behandlung und dem Ableben (auch nicht) mit nur überwiegender Wahrscheinlichkeit dartun. Dieses Resultat widerspricht jedoch der Ausgleichsfunktion des Haftpflichtrechts,⁷⁰ denn in 40% der Fälle besteht dieser Kausalzusammenhang – statistisch gesehen – in Wirklichkeit. Der Ersatz verlorener Chancen würde es in einer solchen Situation

⁶⁸ EMIL W. STARK, Die «perte d'une chance» im schweizerischen Recht, in: Guillod (Hrsg.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, 104.

⁶⁹ Gemäss einer Studie des Max Planck Institute for Research on Collective Goods aus dem Jahr 2013 (MARK SCHWEIZER, *The civil standard of proof – what is it, actually?*, <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1365712716645227>>, besucht am 22.11.2017) wenden die direkt befragten Schweizer Richterinnen und Richter in zivilrechtlichen Fällen ein wesentlich tieferes Beweismass an als das von Rechtsprechung und Lehre geforderte. In der Umfrage gaben die meisten Richterinnen und Richter an, nicht mehr als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, d.h. nur mehr als 50% zu fordern. Dieses Beweismass entspricht jenem des Common Law für Zivilrechtsfälle («*preponderance of the evidence*», «*balance of probabilities*»).

⁷⁰ CHK OR-MÜLLER, Art. 41 N 3.

erlauben, wenigstens einen Schritt in Richtung einer gerechteren Lösung zu tun: Die Klinik müsste nämlich in jedem Einzelfall 40% des vollen Schadens anstatt überhaupt keinen Schadenersatz für die 100 Todesfälle bezahlen.

V. Kein Widerspruch zum Begriff der natürlichen Kausalität

In BGE 133 III 462 war das Bundesgericht der Ansicht, dass der Ersatz verlorener Chancen mit dem schweizerischen Begriff der natürlichen Kausalität nicht kompatibel sei. Da eine Tatsache nur dann natürliche Ursache einer Wirkung sein könne, wenn sie diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit («*vraisemblance prépondérante*») ausgelöst hat, könne eine Chance von 25% nicht im rechtlichen Sinne eine haftungsbegründende Ursache sein (E. 4.4.3).

Diese Aussage ist in verschiedener Hinsicht problematisch. Einerseits deckt sie sich nicht mit dem von Lehre und Rechtsprechung regelmässig geforderten Wahrscheinlichkeitsgrad der hohen Wahrscheinlichkeit («*haute vraisemblance*»; vgl. Fn. 69).⁷¹ Andererseits sagt sie nichts aus über alle jene Fälle, in denen die Wahrscheinlichkeit irgendwo zwischen 51% und 100% liegt, also nach wie vor überwiegend ist. Ist es in den Augen des Bundesgerichts richtig, dass der Schädiger grundsätzlich 100% des Schadens ersetzen muss, wenn sein Fehlverhalten zwar mit überwiegender, aber bloss mit 51%iger Wahrscheinlichkeit den Schaden verursacht hat? Erachtet es das Bundesgericht umgekehrt als gerecht, dass die Schädigerin überhaupt keinen Schadenersatz leisten muss, wenn sie den Schaden «nur» mit einer Wahrscheinlichkeit von 49% verursacht hat?

VI. Kein Widerspruch zur Differenztheorie

In BGE 133 III 462 weigerte sich das Bundesgericht, der Chance einen Vermögenswert zuzuerkennen, auch mit dem Argument, dass dies im Widerspruch zur Differenztheorie stünde (E. 4.4.3). Diese definiert den Schaden als die Differenz

⁷¹ Urteil des BGer 6B_118/2016 vom 20. März 2017 E. 3; 6B_740/2016 vom 2. Juni 2017 E. 3.1; MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen Zweifel – über das Beweismass im Kartellrecht, AJP 2014, 1335; CHRISTINE CHAPPUIS/Franz WERRO, La preuve en droit de la responsabilité civile: panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies, Genf 2011, 17; THOMAS PROBST, La causalité aujourd'hui, in: Chappuis/Winiger (Hrsg.), Les causes du dommage: journée de la responsabilité civile 2006, Genf 2007, 27.

zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.⁷²

Aus rein dogmatischer Sicht erscheint es in der Tat schwierig, den Ersatz verlorener Chancen mit der Differenzhypothese in Einklang zu bringen, was sich an dem BGE 133 III 462 zugrunde liegenden Sachverhalt illustrieren lässt (vgl. Kap. I). Da der Geschädigte seine Heilungschance im Zeitpunkt des Urteils der letzten kantonalen Instanz (wegen des Arztfehlers) bereits definitiv verloren hatte, war diese nicht mehr Bestandteil seines Vermögens. Diese Genesungschance war jedoch auch nicht Bestandteil seines hypothetischen Vermögens, denn entweder wäre der Geschädigte in der Zwischenzeit von seiner Hirnhautentzündung genesen oder der natürliche Verlauf der Hirnhautentzündung hätte (auch ohne Arztfehler) zur beidseitigen Taubheit geführt.

Diese rein dogmatische Hürde ist jedoch nicht hoch genug, als dass das Schweizer Recht auf den Ersatz verlorener Chancen verzichten sollte. Diese rechtstheoretischen Berührungspunkte erstaunen umso mehr, als dasselbe Gericht in jüngster Zeit keinerlei dogmatische Hemmungen hatte, rein normative Schäden als ersatzfähig anzuerkennen. Dies trifft insbesondere für den Haushaltschaden zu: *«Der ‹normativ›, gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbusse zu ersetzende Schaden ist am Aufwand zu messen, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde.»*⁷³ Dieser rein normative Schaden verletzt die Differenztheorie weit gravierender als der Ersatz verlorener Chancen: Während für den Haushaltschaden nämlich überhaupt kein Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbusse gefordert wird, verlangt der Ersatz verlorener Chancen, dass die geschädigte Person nicht nur Vorhandensein und Grösse der Chancen im Zeitpunkt der schädigenden Handlung, sondern auch deren definitiven Verlust sowie den Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem Verlust der Chance beweist (vgl. Kap. VII).

Das Schweizer Recht sollte auch deshalb mit der *perte d'une chance* kein Problem haben, weil es in anderem Zusammenhang verlorene Chancen seit langem als eine unfreiwillige Vermögensverminderung auffasst und entsprechend entschädigt. So anerkennen die Gerichte im Rahmen des Schadenersatzes bei Körperverletzung (Art. 46 OR: zukünftige Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens) und Tötung (Art. 45 OR: Versorgerschaden) von jeher den Vermögenswert von zukünftigen

⁷² BGE 139 V 176 E. 8.1.1, 187; 133 III 462 E. 4.4.2, 470; CHK OR-MÜLLER, Art. 41 N 21.

⁷³ BGE 132 III 321 E. 3.1, 332; 131 III 360 E. 8.1, 369; 127 III 403 E. 4b, 405 ff.

Chancen.⁷⁴ Ebenso beruhen das ganze Versicherungswesen sowie die Figur des Hoffnungskaufs (*emptio spei*) auf der Idee, dass eine Chance (respektive ein Risiko) einen Vermögenswert hat. Auch stellt ein Lotterielos, das nichts anderes als eine die Chance verkörpernde Urkunde ist, einen Vermögenswert dar.⁷⁵

VII. Ersatz verlorener Chancen à la suisse

Die Erfahrungen namentlich des französischen Rechts (vgl. Kap. III.B) zeigen, dass die Unsicherheit bezüglich des natürlichen Kausalzusammenhangs nur über den Schadensbegriff überzeugend gelöst werden kann. Nach jahrzehntelangem Zögern hat die *Cour de cassation* in der Tat erkannt, dass der Versuch, das Problem des unsicheren Kausalzusammenhangs über die Kausalität selbst zu lösen, zum Scheitern verurteilt ist.⁷⁶ Diese Ansätze sind nämlich gezwungen, die Beweisforderungen an die natürliche Kausalität graduell abzustufen, was dogmatisch wenig befriedigend und praktisch kaum realisierbar ist (vgl. Fn. 69). Der einzige praktikable Lösungsansatz besteht somit darin, den Verlust von Chancen als neue Schadenart anzuerkennen.⁷⁷ Dies nimmt auch den Befürchtungen einer Untergrabung des Begriffs der natürlichen Kausalität (vgl. Kap. V) den Wind aus den Segeln, denn ein herkömmlicher natürlicher Ursachenzusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem erlittenen Schaden ist unabdingbare Voraussetzung für den Ersatz verlorener Chancen. Für den Beweis dieses Kausalzusammenhangs kann auch am traditionellen Regelbeweismass festgehalten werden. Nur besteht hier der Schaden nicht mehr im Endscha-den (Verlust des Prozesses, Tod, bleibende Behinderung, Niederlage im Wettbewerb usw.), sondern im Verlust der Chance, diesen Endscha-den zu vermeiden bzw. das Gegenteil des Endscha-dens (Obsiegen im Prozess, Überleben, Genesung, Gewinn des Wettbewerbs usw.) zu erreichen. Das Gericht braucht also nicht mehr die prak-

⁷⁴ Bezüglich der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens hat dies das Bundesgericht ausdrücklich bestätigt: «*En l'espèce toutefois, il ne s'agit pas de réparation intégrale du dommage de rente mais du calcul d'un seul poste, soit celui de l'atteinte à l'avenir économique, consistant dans la perte d'une chance*» (Urteil des BGer 4C.108/2003 vom 1. Juli 2003 E. 5.1).

⁷⁵ Für das deutsche Recht MÜLLER-STOY (Fn. 43), 161.

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 17.11.1982, *Goddé c. Debrune et autres*, Dalloz 1984 jp. 305, mit Cass. civ. 1^{re}, 14.12.1965, *Dr Petit c. Margoux et Dr B.*, Dalloz 1966 jp. 453; für einen solchen Ansatz im Schweizer Recht MAURIN SCHMIDT, Das Aussenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im Haftpflichtrecht Ein Haftungsmodell basierend auf der Solidarität, der Anspruchskonkurrenz und der Kausalität, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2012; ROGER QUENDOZ, Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Diss. Zürich 1991.

⁷⁷ NILS JANSEN, The Idea of a Lost Chance, 19 Oxford Journal of Legal Studies 1999, 282.

tisch häufig unlösbare Frage zu beantworten, ob der Endschaden auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre. Der Ersatz verlorener Chancen dient somit nicht dazu, den unsicheren Kausalzusammenhang mit dem Endschaden festzustellen. Der Beweis dieses Kausalzusammenhangs wird im Gegenteil überhaupt nicht mehr verlangt, da dieser in vielen Fällen weder von der geschädigten Person erbracht noch vom Gericht mit Sicherheit beurteilt werden kann. Dafür braucht es einen herkömmlichen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Verlust der Chance, den Endschaden nicht zu erleiden.

Damit das Problem der unsicheren Kausalität über den Ersatz verlorener Chancen befriedigend gelöst werden kann, müssen jedoch folgende sechs Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: (1) Widerrechtlichkeit bzw. Vertragsverletzung; (2) unsicheres Endziel (Obsiegen im Prozess, Überleben, Genesung, Gewinn des Wettbewerbs usw.); (3) «gewisse» Chancen, dieses Endziel zu erreichen; (4) definitiver Verlust dieser Chancen; (5) Kausalzusammenhang zwischen der Widerrechtlichkeit bzw. Vertragsverletzung und dem definitiven Verlust der Chancen; (6) Fehlen eines aleatorischen Vertrags (z.B. Spiel und Wette gemäss Art. 513–515a OR, Lotterie und Ausspielgeschäfte gemäss Art. 515 OR, Leibrentenvertrag gemäss Art. 516–529 OR, Differenzgeschäfte, Lieferungsgeschäfte über Waren und Börsenpapiere gemäss Art. 513 Abs. 2 OR und Versicherungsvertrag).

Selbstverständlich rechtfertigt nicht jede verlorene Chance Schadenersatz. Damit der Ersatz verlorener Chancen nicht zum Trojanischen Pferd wird, muss die ersatzfähige Chance durch qualitative und quantitative Kriterien möglichst klar definiert werden.⁷⁸ Qualitativ muss die Chance objektiv messbar sein, was sie von der bloss subjektiven Erwartungshaltung unterscheidet. Zudem muss die geschädigte Person bereits konkrete Massnahmen ergriffen haben, um die verlorene Chance zu verwirklichen und das unsichere Endziel zu erreichen. So macht es beispielsweise einen Unterschied, ob eine Architektin, welche an einem Wettbewerb teilnehmen will, deshalb an einer Teilnahme gehindert wird, weil sie Opfer eines Autounfalls ist oder weil ihr bereits eingereichtes Modell von der Jury regelwidrig nicht berücksichtigt wird. Dies ist namentlich dann regelmässig der Fall, wenn die geschädigte Person bereits eine Vermögensdisposition vorgenommen hat, um Chancen wahrzunehmen (z.B. Kauf eines Lotterieloses, Kosten für die Teilnahme an einem Submissionsverfahren, Kostenvorschuss an einen Anwalt usw.). Quantitativ müssen den ersetzbaren Chancen sodann minimale

⁷⁸ VITO ROBERTO, *Schadensrecht*, Basel/Frankfurt am Main 1997, 160.

und maximale Schranken gesetzt werden. Rechtsprechung und Lehre der ausländischen Rechtssysteme, welche verlorene Chancen ersetzen, hüten sich jedoch davor, generell-abstrakte Grenzwerte (z.B. grösser als 10% und kleiner als 90%) festzulegen.⁷⁹ Eine Chance muss sich jedoch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit verwirklichen. Das Gericht muss in jedem Einzelfall entscheiden, ob die verlorene Chance in Anbetracht sämtlicher Umstände dem Eigenschaftswort «gewisse» gerecht wird oder nicht.

Die Höhe des Ersatzes verlorener Chancen berechnet sich nach der sog. Prozentmethode, indem der Wert des Endziels (Streitwert im Prozess, Schaden aus Tod oder Körperverletzung, Preis des Wettbewerbs usw.) mit dem Prozentsatz der Chancen (Wahrscheinlichkeit) multipliziert wird. Beträgt der Streitwert in einem Verfahren etwa CHF 100'000 und hatte der Klient eine Chance von 60%, mit seiner wegen der Pflichtverletzung der Anwältin nicht (rechtzeitig) eingereichten Beschwerde zu obsiegen, so erhält er einen Schadenersatz von CHF 60'000. Der Ersatz verlorener Chancen ist somit regelmässig tiefer als der Wert des angestrebten Endziels.

In der französischen⁸⁰ und englischen⁸¹ Lehre ist zudem die Frage diskutiert worden, ob nur der Verlust von vergangenen oder im Gegenteil nur von zukünftigen Chancen ersetzt werden soll. Die Unterscheidung zwischen vergangenen und zukünftigen Chancen stellt darauf ab, ob die geschädigte Person bereits versucht hat, die verlorenen Chancen wahrzunehmen (vergangene Chancen) oder nicht (zukünftige Chancen). Im Zusammenhang mit unsichereren Kausalverläufen, um die es beim Ersatz verlorener Chancen ausnahmslos geht, macht diese Unterscheidung jedoch keinen Sinn. Solche Kausalverläufe können in jedem Fall nicht mit Sicherheit festgestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob sie in der Vergangenheit oder der Zukunft liegen. Der logische Fehler dieser Unterscheidung kann wie folgt veranschaulicht werden: Werden Sie gefragt, welche Zahl Sie in einem Spiel (in der Zukunft) würfeln werden, so können Sie nur eine auf Wahrscheinlichkeiten gestützte Antwort geben. Haben Sie jedoch bereits gewür-

⁷⁹ So verlangt das französische Recht lediglich, dass die verlorene Chance ernsthaft («*sérieuse*»), wirklich («*réelle*») bzw. vernünftig («*raisonnable*») ist. Im US-amerikanischen Recht muss die verlorene Chance substantiell («*substantial*») oder beträchtlich («*appreciable*») sein. Ebenso fordert das englische Recht, dass die verlorene Chance nicht minimal («*minimal*») oder eine bloss spekulative Möglichkeit («*a mere speculative possibility*») ist.

⁸⁰ JACQUES GHESTIN/GENIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 4. Aufl., Paris 2013, N 283.

⁸¹ DAVID P.T. PRICE, *Causation – The Lords' lost chance?*, 38 *International and Comparative Law Quarterly* 1989, 752 f. Für die gleiche Unterscheidung im deutschen Recht HOLGER FLEISCHER, *Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, 54 *JZ* 1999, 771 f.

felt, bleibt der Würfel jedoch unter dem Würfelbecher versteckt, und werden Sie wieder gefragt, welche Zahl Sie (in der Vergangenheit) gewürfelt haben, so können Sie auch in diesem Fall nur eine auf Probabilität gestützte Antwort geben.⁸²

Eine weitere Frage, welche in der ausländischen Doktrin ausführlich diskutiert worden ist, betrifft den Fall, in welchem die Verwirklichung der verlorenen Chancen von der geschädigten Person selbst abhängt. Das typische Beispiel aus dem Bereich der Arzthaftpflicht ist die ungenügende Aufklärung des Patienten über die Risiken des Eingriffs. Die Verletzung der ärztlichen Informationspflicht hat zur Folge, dass der Patient um die Chance gebracht wird, den risikobehafteten Eingriff abzulehnen. Trotzdem weiss man nicht, ob sich der Patient für oder gegen den Eingriff entschieden hätte, wäre er vollständig über die damit zusammenhängenden Risiken aufgeklärt worden. Dieses Problem betrifft nicht nur die medizinische Haftpflicht, sondern stellt sich regelmässig bei Verletzung einer Aufklärungspflicht. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Verwirklichung der Chancen in diesen Fällen von einer Entscheidung der geschädigten Person selbst abhängt, und nicht im eigentlichen Sinne aleatorischer Natur ist. Die gegenwärtige Lösung des schweizerischen Rechts besteht – jedenfalls in der Arzthaftpflicht – darin, dass der gesamte ärztliche Eingriff als widerrechtlich betrachtet wird, und zwar auch dann, wenn er *lege artis* ausgeführt wurde.⁸³ Die Ärztin hat jedoch die Möglichkeit, das hypothetische Einverständnis des Patienten im Falle einer gehörigen Aufklärung zu beweisen (Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens).⁸⁴ Gewisse französische Autoren sind der Ansicht, dass in solchen Situationen überhaupt keine Chancen auf dem Spiel stünden, sondern dass es lediglich um Mutmassungen über die mögliche Entscheidung des Patienten gehe.⁸⁵ Dagegen ist einzuwenden, dass die (positive oder negative) Entscheidung des Patienten ebenfalls ein hypothetisches Ereignis ist, das nur wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht nicht mehr Wirklichkeit werden kann.⁸⁶ Zudem setzt der Entscheid bezüglich der hypothetischen Einwilligung des Patienten unter dem geltendem Recht ähnliche Überlegungen, wie sie für die *perte d'une chance* notwendig sind, voraus. Schliesslich stellt auch die Quantifizierung von Wahrscheinlichkeiten einer persönlichen Entscheidung für das Schweizer Recht

⁸² STEPHEN M. WADDAMS, The Valuation of Chances, 30 Canadian Business Law Journal 1988, 89 f.

⁸³ BGE 133 III 121 E. 3.1, 124; 108 II 59 E. 3, 62.

⁸⁴ BGE 133 III 121 E. 4.3, 130; 117 Ib 197 E. 4, 206 ff.

⁸⁵ FRANÇOIS CHABAS, L'obligation médicale d'information en danger, Sem. jur. 2000 I 212, 462.

⁸⁶ AKKERMANS (Fn. 16), 213; THIERRY VANSWEEVELT, La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital, Bruxelles 1996, Nr. 367.

keine Neuigkeit dar, zumal bei der Bestimmung der Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit unter anderem ebenfalls auf das subjektive Element des Wiederverheiratungswillens abgestützt wird.⁸⁷

VIII. Schlussfolgerungen

Die für das schweizerische Recht auf den ersten Blick überraschende Idee, den Verlust von Chancen entsprechend der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung zu entschädigen, ist durchaus realisierbar. Verlorene Chancen zu entschädigen, stellt keine unnötige Komplizierung unseres Vertrags- und Deliktsrechts dar, sondern eine praktisch notwendige Verfeinerung der Schadenberechnung. Der Ersatz verlorener Chancen führt in der Tat zu gerechteren Resultaten als das geltende Alles-oder-Nichts-Prinzip, nach welchem die Gerichte das Vorliegen des natürlichen Kausalzusammenhangs radikal zu bejahen oder zu verneinen haben. Um eine Verwässerung der Grundvoraussetzungen jeglicher vertraglichen bzw. deliktischen Haftung zu vermeiden, sollten die Schweizer Gerichte jedoch den Verlust von Chancen als neue Schadenart anerkennen.

⁸⁷ BK OR-BREHM, Art. 45 N 110.