



Article
scientifique

Commentaire

2011

Published
version

Open
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

"Alles oder nichts" oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für perte d'une chance und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag

Kadner Graziano, Thomas

How to cite

KADNER GRAZIANO, Thomas. 'Alles oder nichts' oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für perte d'une chance und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag. In: Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 2011, p. 171–200.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44604>

III. Entscheidungen

„Alles oder nichts“ oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln? – Zur Haftung für *perte d'une chance/loss of a chance* und eine Alternative

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5. Juni 2008**, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28. Juli 2008*** und des High Court of Australia vom 21. April 2010*****

mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag
von *Thomas Kadner Graziano*, Genf

Leitsätze:

I. Schweizerisches Bundesgericht

Die Übernahme der Theorie der entgangenen Chance in das schweizerische Recht erscheint mindestens problematisch. Die Ablehnung dieser Theorie stellt insofern keine willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts über die Verantwortlichkeit des Staates für medizinische Tätigkeiten dar.

II. Hof van Cassatie van België/Cour de cassation belge

Der Verlust einer Genesungs- oder Überlebenschance kann Gegenstand der Entschädigung sein, wenn eine Pflichtverletzung *conditio sine qua non* für den Verlust der Chance ist.

* Schweizerisches Bundesgericht (BG) 13.6.2007, BGE 133 III 462; Anm. *Christoph Müller*, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2007, 862; siehe ferner BG 26.9.2007, 4A_227/2007 Erw. 3.5.1 ff.; BG 20.10.2008, 4A-236/2008/biz Erw. 5.2.2.; alle unter www.bger.ch.

** Hof van Cassatie van België 5.6.2008, Arrest n° C.07.0199.N, unter www.juridat.be; Anm. *Isabelle C. Durant*, in: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger (Hg.), *European Tort Law* 2008, 2009, 153 ff.

*** *Supreme Judicial Court of Massachusetts, Matsuyama v. Birnbaum*, 890 NE 2d 819 (823) (2008); 452 Mass 1; 2008 Mass LEXIS 552; www.masslawyersweekly.com/index.cfm/archive/view/id/444217; dazu: Note (2009) 122 Harvard Law Review 1247.

**** *Tabet v. Gett* [2010] High Court of Australia 12 (21 April 2010), www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html.

III. Supreme Judicial Court of Massachusetts

Where a physician's negligence reduces or eliminates the patient's prospects for achieving a more favorable medical outcome, the physician has harmed the patient and is liable for damages. Permitting recovery for loss of chance is particularly appropriate in the area of medical negligence.

IV. High Court of Australia

The requirement of causation is not overcome by redefining the mere possibility, that such damage as did occur might not eventuate, as a chance and then saying that it is lost when the damage actually occurs.

Auszüge aus den Entscheidungen:

I. Schweizerisches Bundesgericht

2.1 Le litige porte sur la responsabilité d'un hôpital public envers un patient pour les actes d'un médecin, employé de l'établissement. [...]

2.3 Le recours [...] ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. En revanche, il est toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 [de la Constitution fédérale suisse] [...].

4.2 [...] [L]a cour cantonale [...] a nié la responsabilité du défendeur en raison de l'absence d'un lien de causalité naturelle entre l'attitude reprochée au médecin assistant et le dommage [...]. Le Tribunal administratif s'est fondé sur l'expertise judiciaire [...], dont il ressortait que la méningite à pneumocoques comportait en elle-même un risque élevé de mortalité et de séquelles neurologiques et qu'il était impossible de dire, dans le cas particulier, si la prescription d'antibiotiques quatre ou cinq heures plus tôt aurait permis d'éviter la surdité dont souffre le demandeur.

La théorie de la perte d'une chance a été développée pour tenir compte de situations de ce genre [...]. Selon la théorie précitée, le dommage réparable consiste dans la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice. Il correspond ainsi à la probabilité pour le lésé d'obtenir ce profit ou de ne pas subir ce désavantage (FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, n.129, p.35; THÉVENOZ, *op. cit.*, p.241). La valeur de la chance perdue représente en principe la valeur de l'enjeu total (par exemple, le revenu futur du patient entièrement guéri) multipliée par la probabilité de l'obtenir, déterminée sur la base de données statistiques (par exemple, des études médicales sur le succès d'une méthode thérapeutique en fonction du stade de la maladie; THÉVENOZ, *op. cit.*, p.241 et 255). Le lien de causalité doit exister entre le fait imputable à l'auteur et la perte

définitive de la chance, par opposition au dommage final (MÜLLER, op. cit. 1, p. 174 et op. cit. 2, n. 404, p. 274/275).

En pratique, cette méthode a pour conséquence de limiter la réparation à la seule partie du dommage qui correspond au degré de probabilité avec lequel le responsable a causé le préjudice [...]

4.4.2 [...] Pour sa part, le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit [...].

4.4.3 [L']application de la théorie de la perte d'une chance revient, en définitive, à admettre la réparation d'un préjudice en fonction de la probabilité – quelle qu'elle soit – que le fait générateur de responsabilité ait causé le dommage. Ainsi, en cas de soins tardifs ou inappropriés, les ayants droit d'un patient décédé qui avait une chance sur quatre de survivre à une maladie grave traitée correctement à temps pourraient prétendre à l'indemnisation de 25 % du préjudice lié au décès. Pareille conséquence ne concorde pas avec la conception de la causalité naturelle telle que définie par la jurisprudence citée ci-dessus (consid. 4.4.2). Dans la situation sus décrite, on saurait difficilement retenir que l'acte reproché au médecin est, avec une vraisemblance prépondérante, la cause naturelle de la perte de l'issue favorable, alors qu'il est établi que la maladie aurait de toute façon provoqué le décès du patient dans les trois quarts des cas.

Certes, une manière de contourner cette difficulté consiste à qualifier de dommage réparable la perte de la chance elle-même. L'assimilation d'une chance à un élément d'un patrimoine ne se conçoit toutefois pas aisément. [...]

Il résulte de ce qui précède que la réception en droit suisse de la théorie de la perte d'une chance développée notamment par la jurisprudence française est, à tout le moins, problématique. En l'espèce, le Tribunal administratif ne saurait se voir reprocher d'avoir manifestement méconnu les notions juridiques de causalité et de dommage et, partant, d'avoir appliqué le droit cantonal de manière arbitraire. Par conséquent, le recours sera rejeté.

II. Hof van Cassatie van België

Übersetzung¹:

[...] ENTSCHEIDUNG DES GERICHTSHOFES

1. Wer Schadensersatz fordert, muss darlegen, dass zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden, so wie er eingetreten ist, ein kausaler Zusammenhang besteht in dem Sinne, dass der Schaden ohne die Pflichtverletzung nicht in derselben Weise eingetreten wäre.

¹ Übersetzt von Ina Westenberger (Heemskerk, Niederlande) und dem Verfasser.

2. Der Verlust einer Genesungs- oder Überlebenschance kann Gegenstand der Entschädigung sein, wenn die Pflichtverletzung *conditio sine qua non* für den Verlust der Chance ist. Das Gericht kann Schadensersatz zuerkennen für den Verlust einer Chance auf Erlangung eines Vorteils oder für den Verlust der Chance, einen Schaden abzuwenden, wenn der Verlust der Chance auf die Pflichtverletzung zurückzuführen ist. Es kann mithin entschädigen für den Verlust einer Chance auf Heilung oder auf Überleben eines Tieres, wenn festgestellt ist, dass der Eigentümer des kranken Tieres, das bei fachgerechter Behandlung bloß eine Chance auf Heilung gehabt hätte, durch den Fehler des Tierarztes die Chance auf einen günstigeren Ausgang eingebüßt hat.

3. [...] [D]ie Beklagten [erheben] hilfsweise Anspruch [...] auf eine Entschädigung wegen des Verlustes der Überlebenschance des Pferdes Prizrak [...].

4. Das Urteil stellt fest, dass:

der Tierarzt dadurch, dass er in den gegebenen Umständen keine Magensonde verabreichte, einen Fehler beging;

der Tod des Pferdes [...] bei Einsatz einer Magensonde [...] wahrscheinlich hätten vermieden werden können;

der Sachverständige die Überlebenschance bei richtiger Therapie mit 80 % veranschlagt.

5. Das Berufungsgericht urteilt mithin, dass das Pferd bei richtiger Therapie eine Überlebenschance gehabt hätte und lässt keinen Zweifel an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden, d.h. dem Verlust der Überlebenschance, und es schließt aus, dass dieser Schaden auch ohne den Fehler des Tierarztes eingetreten wäre.

6. Indem das Berufungsgericht aus diesen Erwägungen die Forderung der Beklagten auf Schadensersatz für den Verlust der Überlebenschance für begründet erklärt, hat es rechtmäßig entschieden. [...]

III. Supreme Judicial Court of Massachusetts

MARSHALL, C.J. We are asked to determine whether Massachusetts law permits recovery for a „loss of chance“ in a medical malpractice wrongful death action, where a jury found that the defendant physician’s negligence deprived the plaintiff’s decedent of a less than even chance of surviving cancer. We answer in the affirmative. [...] [T]he loss of chance doctrine views a person’s prospects for surviving a serious medical condition as something of value, even if the possibility of recovery was less than even prior to the physician’s tortious conduct. [...] [W]hatever difficulties may attend recognizing loss of chance as an item of damages in a medical malpractice action, these difficulties are far outweighed by the strong reasons to adopt the doctrine.

IV. High Court of Australia

104. KIEFEL J. [...] 152. The appellant is unable to prove that it was probable that, had treatment [...] been undertaken earlier, the brain damage which occurred on 14 January 1991 would have been avoided. The evidence was insufficient to be persuasive. The requirement of causation is not overcome by redefining the mere possibility, that such damage as did occur might not eventuate, as a chance and then saying that it is lost when the damage actually occurs. Such a claim could only succeed if the standard of proof were lowered, which would require a fundamental change to the law of negligence. The appellant suffered dreadful injury, but the circumstances of this case do not provide a strong ground for considering such change. It would involve holding the respondent liable for damage which he almost certainly did not cause.

Anmerkung:

1. Um 3.30 Uhr Nachts meldet sich ein Mann in der Notaufnahme des Kantons-spitals im schweizerischen Freiburg. Er leidet an heftigen Kopfschmerzen, Übelkeit, Erbrechen und Bauchschmerzen. Ein Assistenzarzt diagnostiziert eine Grippe. Gegen 6.30 Uhr wird der Patient auf eigenen Wunsch entlassen. Um 9.55 Uhr wird er in apathischem Zustand wieder aufgenommen. Nun wird umgehend eine Hirnhautentzündung diagnostiziert. Trotz fachgerechter Behandlung kommt es zu schweren Komplikationen. Als der Patient Wochen später entlassen wird, ist er auf beiden Ohren taub. Fachgutachten gelangen zu dem Ergebnis, dem Assistenzarzt sei bei der Untersuchung ein Diagnosefehler unterlaufen. Jedoch führe eine Hirnhautentzündung auch dann, wenn sie frühzeitig erkannt werde, oft zu Folgeschäden. Es sei daher unmöglich zu ermitteln, ob die Schäden des Patienten hätten verhindert werden können, wenn er nicht erst mit vier bis fünf Stunden Verzögerung behandelt worden wäre. Ein Gegengutachten gelangt zu dem Ergebnis, dass die auf dem Diagnosefehler beruhende Verzögerung den Patienten jedenfalls um eine Heilungschance gebracht und sie das Risiko einer Taubheit erhöht habe. Der Kläger verlangt von dem Kantonsspital Schadensersatz i.H.v. rund 3 Mio. CHF, u. a. unter dem Aspekt des Verlustes einer Heilungschance.

2. Ein Tierarzt wird in Belgien mit der Behandlung des Rennpferdes Prizrak betraut. Er versäumt es pflichtwidrig, dem Tier eine Magensonde zu verabreichen. Wenig später reißt die Magenwand des Pferdes und es verendet. Das Gutachten eines Sachverständigen gelangt zu dem Ergebnis, das Pferd habe bei fachgerechter Behandlung eine 80%-ige Überlebenschance gehabt; mit 20%-iger Wahrscheinlichkeit wäre es ohnehin zu Tode gekommen. Der Kläger verlangt (anteilige) Erstattung des Wertes des Pferdes, der rund 200.000 € beträgt.

3. Ein Internist in der Nähe von Boston diagnostiziert die Symptome eines 42-jährigen Patienten über mehrere Jahre fahrlässig falsch. Als bei dem Patienten schließlich Magenkrebs festgestellt wird, ist ihm nicht mehr zu helfen. Er stirbt

kurz darauf und hinterlässt Frau und Kind. Bei rechtzeitiger Diagnose hätte der Patient eine Überlebenschance von 37,5 % gehabt, die er vollständig einbüßte, bis die Krankheit schließlich erkannt wurde.

4. Die sechsjährige Rema Tabet wird mit einem Hirntumor in ein australisches Krankenhaus eingeliefert. Mit einem Tag Verspätung wird das Gehirn des Kindes gescannt. Das Kind wird operiert und trägt schwere bleibende Hirnschäden davon. Das Gericht erster Instanz kommt zu dem Ergebnis, Tumor und Hirnflüssigkeit hätten zu einem Druckanstieg im Gehirn geführt. Ein Viertel des Schadens beruhte mit einer Wahrscheinlichkeit von 40 % auf der eintägigen Verspätung der Diagnose. Andere Ursachen für die bleibenden Schäden seien der Tumor selbst, die (kunstgerecht ausgeführte) Operation sowie die anschließenden Behandlungen. Das Berufungsgericht setzt die Wahrscheinlichkeit einer Kausalität zwischen Verspätung und einem Viertel der Schäden mit ungefähr 15 % an.

I. Einführung

Wer Schadensersatz begehrt, muss grundsätzlich darlegen, dass zwischen dem Verhalten der in Anspruch genommenen Person und dem erlittenen Schaden ein natürlicher Ursachenzusammenhang besteht. Das Verhalten des Schädigers muss *conditio sine qua non* für den Schaden sein oder, in den Worten von Art. 3 : 101 der Principles of European Tort Law: „Ein Geschehen oder Verhalten [...] ist dann Ursache des beim Geschädigten eingetretenen Schadens, wenn ohne diese Aktivität [bzw. bei pflichtgemäßem Verhalten] der Schaden nicht eingetreten wäre“².

Mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit der Kausalitätsnachweis zu erbringen ist, unterscheidet sich von Rechtsordnung zu Rechtsordnung. Die Bandbreite der Anforderungen reicht von überwiegender Wahrscheinlichkeit (*more probable than not*) z.B. in den Rechtsordnungen des Common Law und, in der vorliegenden Konstellation, auch im schweizerischen Haftungsrecht bis hin zur Gewissheit z.B. im belgischen, französischen oder deutschen Recht.

Nicht selten erweist es sich für den Geschädigten als schwierig oder unmöglich, die natürliche Kausalität zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten eines Anderen und dem erlittenen Schaden mit dem geforderten Maß nachzuweisen. So gelang es z.B. den Patienten (bzw. ihren Angehörigen) in den referierten Fällen aus der Schweiz, den USA und Australien nicht, mit der in diesen Rechtsordnungen geforderten *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* nachzuweisen, dass die schwerwiegenden Folgen ohne die Fehldiagnosen der Ärzte verhindert worden wären. Auch dem Eigentümer des Rennpferdes gelang es nicht, mit der im belgischen Recht geforderten *Gewissheit* darzulegen, dass das Tier noch am Leben wäre, hätte der Tierarzt die gebotene Magenuntersuchung rechtzeitig vorgenommen.

² European Group on Tort Law (Hg.), Principles of European Tort Law – Text and Commentary, 2005; Text in 16 Sprachen in www.egtl.org/.

Andererseits ist es den Geschädigten oft durchaus möglich nachzuweisen, dass sie durch die Pflichtverletzung um eine beträchtliche *Chance* gebracht wurden, von dem Schaden verschont zu bleiben. So hätte jedenfalls in den Fällen in Belgien und den USA ohne die Diagnose- und Behandlungsfehler eine erhebliche *Chance* bestanden, den Tod des Patienten bzw. des Tieres zu vermeiden. Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, ob der Geschädigte einen Anspruch auf Schadensersatz auch auf die Vereitelung dieser *Chance* (die *perte d'une chance*) stützen kann. Wäre dies möglich, so hätte dies zum einen Konsequenzen für die Begründung der Haftung, zum anderen für die Berechnung des Ersatzes, die sich gegebenenfalls an der Größe der verlorenen *Chance* auszurichten hätte³.

Wie die referierten Urteile belegen, sind die Gerichte derzeit weltweit mit dieser Frage befasst. Zugleich zeigen die Urteilsauszüge, dass sich die Antworten gegenwärtig ganz erheblich unterscheiden.

Der vorliegende Beitrag gibt zunächst einen kurzen Überblick über die Lebenssachverhalte, in denen der Ersatz für *perte de chance* gegenwärtig diskutiert wird (II). Im Folgenden wird skizziert, wie die Problematik typischerweise schwieriger Kausalitätsnachweise im europäischen Haftungsrecht traditionell gelöst wird (III.) und welchen Beitrag das Konzept der *perte de chance* zur Bewältigung dieser Problematik leisten kann (IV.). Es folgt ein Überblick zum Stand der Dinge zur Haftung für *perte de chance* im europäischen Privatrecht (V.) und zu den Argumenten für und gegen eine solche Haftung (VI.). Schließlich wird vor dem Hintergrund der besprochenen Entscheidungen versucht, Perspektiven für eine Lösung der Problematik typischerweise schwieriger Kausalitätsnachweise zu skizzieren (VII.).

II. Fallkonstellationen

Die unter dem Thema *perte de chance* erörterten Konstellationen lassen sich in mindestens vier Fallkonstellationen einteilen⁴:

1. Die erste Gruppe betrifft Konstellationen aus dem Bereich der Arzthaftung. Einem Arzt unterläuft ein *Diagnose- oder Behandlungsfehler* und der Patient erleidet im Anschluss erhebliche Beeinträchtigungen oder er verstirbt gar. Die natürliche Kausalität zwischen Fehler und Folge lässt sich nicht mit dem für die

³ Siehe zur Haftung für *perte de chance* insbes. *Bénédict Winiger/Helmut Koziol/Bernhard A. Koch/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Digest of European Tort Law*, Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation, 2007, Szenario 10, 6, und Kap. 10, 545–592; *Luboš Tichý* (Hg.), *Causation in Law*, 2007; *Gerald Mäsch*, *Chance und Schaden*, 2004; *Christoph Müller*, *La perte d'une chance*, 2002; siehe bereits die Beiträge des Verfassers: *Loss of a Chance in European Private Law – “All or nothing” or partial liability in cases of uncertain causation*, *European Review of Private Law (ERPL)* 2008, 1009–1042 mit umfangreichen weiteren Nachweisen in Fn. 1; *La „perte d'une chance“ en droit privé européen: „tout ou rien“ ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine*, in: *Christine Chappuis/Bénédict Winiger* (Hg.), *Les causes du dommage*, 2007, 217–248.

⁴ Das französische Recht geht über diese Konstellationen hinaus, vgl. *Phillipe Le Tourneau*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 2004, Rn. 1415 ff.

Haftung traditionell geforderten Maß feststellen. Nachweisbar ist allein, dass die schwerwiegenden Folgen mit einer Wahrscheinlichkeit von z.B. 40% auf dem Behandlungsfehler beruhen.

Die vier besprochenen Fälle sind typisch für diese erste Gruppe. Vergleichbare Sachverhalte haben die Gerichte z.B. in England, Frankreich, Belgien, Deutschland, Österreich, Italien, Spanien, den Niederlanden, Schottland, Irland und Litauen beschäftigt⁵.

2. Die zweite Fallgruppe betrifft Konstellationen *anwaltschaftlichen Fehlverhaltens* (etwa das Versäumen von Fristen). Stellvertretend mag ein spanischer Fall stehen, in dem eine Sekretärin sich gegen eine Änderung ihrer Arbeitsbedingungen wandte. Ihr Anwalt versäumt es, fristgerecht Klage zu erheben. Die Sekretärin verlangt Schadensersatz. Der Anwalt beruft sich darauf, eine Klage habe ohnehin keine Aussicht auf Erfolg gehabt⁶.

Vergleichbare Fälle lassen sich aus jüngster Zeit nachweisen z.B. aus England, Schottland, den Niederlanden, Dänemark, Spanien, Portugal und der Schweiz⁷.

3. Eine dritte Fallgruppe betrifft *Wettbewerbssituationen* in Beruf, Handel, Politik, Sport etc., bei denen Bewerber rechtswidrig von Ausschreibungen oder Wettbewerben ausgeschlossen wurden und sie infolgedessen Chancen auf einen günstigen Ausgang einbüßten. So wurde in einem irischen Fall ein Politiker rechtswidrig von Wahlen ausgeschlossen, in einem deutschen Fall ein Architekt von einem Architekturwettbewerb, in einem griechischen und in französischen Fällen Pferde von Pferderennen⁸. Gab es, wie regelmäßig, mehrere Bewerber, so wird der ausgeschlossene Konkurrent in der Regel nicht nachweisen können, dass er den Wettbewerb gewonnen hätte.

4. Zur vierten, gemischten Gruppe gehören sonstige Konstellationen, so etwa der rechtswidrige *Ausschluss von Gewinnspielen* und der damit einhergehende Verlust von Gewinnchancen⁹.

All diesen Konstellationen ist gemeinsam, dass die Geschädigten zwar nicht mit dem traditionell erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit nachweisen können, dass es ohne die Pflichtverletzung zu einem für sie günstigen Ausgang gekommen wäre. Sie können aber durchaus dartun, dass der in Anspruch Genommene (Arzt,

⁵ Umfangreiche Nachweise bei Kadner Graziano, ERPL 2008, 1009, 1014 f. Fn. 11 u. 12. Siehe darüber hinaus den Fall des spanischen *Tribunal Supremo* (TS) 7.7.2008, RJ 2008, 6872, zit. nach und mit Anm. von Jordi Ribot/Albert Ruda, in: Koziol/Steininger (Hg.) (Fn. **) 610 ff.

⁶ TS 9.7.2004, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJ) 2004, 5121, Auszüge in: Winiger et al. (Fn. 3), 10.10.5 Anm. Jordi Ribot/Albert Ruda; siehe auch TS 26.1.1999, RJ 1999, 323.

⁷ Umfangreiche Nachweise bei Kadner Graziano, ERPL 2008, 1009, 1014, Fn. 10. Siehe ferner den niederländischen Hoge Raad 19.1.2007, Nederlands Juristenblad (NJB) 2007, 63; dazu Michael Faure/Ton Hartlief, in: Koziol/Steininger (Hg.) (Fn. **) 430, Nr. 29.

⁸ Siehe die Fälle: *Redmond v. The Minister for the Environment et al.*, 13.2.2004, zit. nach Winiger et al. (Fn. 3), 10.14.1 Anm. Eoin Quill; *Bundesgerichtshof* (BGH) 23.9.1982, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, 442; *Areios Pagos* (AP) 447/1957 (Sect. A') [1958] NoV 6, 102; AP 742/1958 (Sect. C') [1959] NoV 7, 380, zit. nach B. Winiger et al. (Fn. 3), 10.5.1 Anm. Eugenia Dacoronia; *Cour d'appel de Paris* 21.11.1970, *Juris-classeur périodique. La semaine juridique* (JCP) 1970 Jur. 16990 (Klage gegen Jockey, da er das Pferd auf der Ziellinie nicht hinreichend angetrieben habe).

⁹ Siehe stellvertretend den griechischen Fall AP 255/1986 [1987] No. V 35, 910, zit. nach B. Winiger et al. (Fn. 3), 10.5.6 Anm. Eugenia Dacoronia.

Anwalt, Organisatoren von Wettbewerben, Ausschreibungen etc.), eine ihnen gegenüber bestehende Pflicht verletzt hat und ihnen hierdurch eine Chance auf einen günstigen Ausgang genommen wurde.

Das Thema der Haftung für *entgangene Chancen*, *perte de chance* oder *loss of a chance* beschäftigt die Gerichte gegenwärtig intensiv, und dies weltweit. In Europa gilt dies buchstäblich von Norwegen bis Portugal und von Irland bis Griechenland. Weltweit gilt es – die referierten Fälle belegen es – von den USA bis Australien.

Für das schweizerische Bundesgericht, den Supreme Judicial Court of Massachusetts und den High Court of Australia waren die besprochenen Fälle erstmals Anlass, ausdrücklich zur Frage des Ersatzes für *perte de chance* bzw. *loss of a chance* Stellung zu nehmen. Das Urteil des belgischen Kassationshofes beseitigt für das belgische Recht Zweifel, die im Anschluss an ein Urteil aus dem Jahr 2004 in Sachen Ersatz für *perte de chance* aufgekommen waren.

III. Traditionelle Lösungswege

Traditionell bestehen im europäischen Haftungsrecht verschiedene Möglichkeiten, auf typischerweise nicht aufklärbare Kausalverläufe zu reagieren.

So wird in Fällen anwaltlichen Fehlverhaltens in einigen Rechtsordnungen versucht, im Haftungsprozess gegen den Anwalt im Nachhinein hypothetisch zu klären, ob der Erstprozess ohne den Fehler des Anwalts erfolgreich verlaufen wäre¹⁰. Der Erstprozess wird im Folgeverfahren gleichsam nachgeholt (sog. Prozess im Prozess).

Wo ein solches Nachholen ausscheidet, so regelmäßig bei Schäden im Anschluss an ärztliche Behandlungsfehler, helfen die Gerichte dem Geschädigten unter Umständen mit einer Herabsetzung des Beweismaßes oder – bei qualifiziertem Verschulden – mit einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast¹¹. So kehrt die deutsche Rechtsprechung bei grobem Verschulden des Arztes die Darlegungs- und Beweislast für die Kausalität zwischen Fehler des Arztes und Schaden zugunsten des Patienten um.

In den hier besprochenen (sowie in vielen anderen) Fällen half den Geschädigten keiner der traditionellen Lösungswege über ihre Darlegungs- und Beweisschwie-

¹⁰ Siehe z. B. aus Deutschland: BGH 9.6.1994, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHZ) 126, 217; BGH 16.6.2005, JuristenZeitung (JZ) 2006, 198 Anm. Gerald Mäsch; weitere Nachweise bei Mäsch (Fn. 3) 76 f.; aus den Niederlanden: Hoge Raad 24.10.1997, NJB 1998, 257 (Baijings/mr. H.), Auszüge in: Winiger et al. (Fn. 3), 10.8.7 Anm. Willem H. van Boom/Ivo Giesen; Hoge Raad 19.1.2007, NJB 2007, 63; dazu Faure/Hartlief (Fn. 7) 430, Nr. 29; aus der Schweiz: BG 12.12.1961, BGE 87 II 364 (373 f.), weitere Nachweise bei Laurent Hirsch, Le procès manqué, in: Chappuis/Winiger (Hg.) (Fn. 3) 249 ff. In England wird ein solches Vorgehen abgelehnt und stattdessen für "loss of a chance" entschädigt, Nachw. bei Kadner Graziano, ERPL 2008, 1009, 1014 Fn. 10.

¹¹ So für die Arzthaftung bei grobem Verschulden: BGH 20.6.1962, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (VersR) 1962, 960; BGH 13.10.1964, NJW 1965, 345; BGH 11.6.1968, NJW 1968, 2291; siehe für die Niederlande: Willem H. van Boom/Ivo Giesen, in: Winiger et al. (Fn. 3), 10.8.5 m.w.N.; für Litauen: 18.2.2004 Supreme Court of Lithuania, civil case 3K-3-16/2004, zit. nach Winiger et al. (Fn. 3), 10.21.1 Anm. Julija Kirsienė/Simona Selelionyte-Drukteiniene.

rigkeiten hinweg. Nach den traditionellen Lösungsansätzen waren die Begehren der Patienten und des Eigentümers des verendeten Rennpferdes abzuweisen.

IV. Das Konzept der entgangenen Chance (perte de chance, loss of a chance)

In Konstellationen, in denen die traditionellen Wege für den Geschädigten keinen Ausweg vorsehen, wird das Problem nicht vollständig aufklärbarer Kausalverläufe inzwischen in einer Reihe von Rechtsordnungen mit Hilfe des Konzepts der entgangenen Chance (*perte de chance*, *loss of a chance*) bewältigt. Je nach Rechtsordnung findet dieses Konzept Einsatz im Rahmen der Vertragshaftung, der Haftung für Delikt oder in beiden Haftungssystemen.

Nach dem Konzept der *perte de chance* ist unmittelbarer Gegenstand des Schutzes nicht die Gesundheit des Patienten; ihre Verletzung ist nicht mit der traditionell geforderten Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Gegenstand des Schutzes ist vielmehr die Chance selbst.

Das Konzept der *perte de chance* verlegt so den Schaden vor, hilft damit über Schwierigkeiten beim Kausalitätsnachweis hinweg, begrenzt gleichzeitig den Umfang des Ersatzes (dazu 1.) und macht ihn unabhängig vom endgültigen Ausgang der Ereignisse (dazu 2.).

1. Erleichterung des Kausalitätsnachweises und Begrenzung des Ersatzes auf die verlorene Chance

Nach dem Konzept der *perte de chance* ist Gegenstand des Schutzes die (mit dem Behandlungs- oder Beratungsvertrag erworbene) Chance auf einen günstigen Ausgang selbst. Dass diese Chance dem Betroffenen (z.B. durch den Fehler eines Arztes oder Anwaltes) genommen wurde, ist *gewiss*. Der Behandlungs- oder Beratungsfehler ist somit *conditio sine qua non* für den Verlust der Chance. Der belgische Kassationshof und das schweizerische Bundesgericht führen dies in den referierten Auszügen mit aller Deutlichkeit aus¹²; entsprechende Erwägungen finden sich auch in den beiden anderen Urteilen¹³.

Gleichzeitig bestimmt die verloren gegangene Chance das Maß des Ersatzes: Lag die Chance auf Heilung, Gewinn des Prozesses, Einstellung, Gewinn eines Wettbewerbes etc. z.B. bei 40 %, so wird gehaftet in Höhe von 40 % dessen, was bei positivem Ausgang zu erlangen war. Statt nach dem Grundsatz des „alles oder nichts“ wird partiell gehaftet im Umfang der pflichtwidrig vereitelten Chance auf einen für den Betroffenen positiven Ausgang (der Behandlung, des Prozesses, einer Bewerbung etc.).

¹² Erw. 2 und Erw. 4.2.

¹³ Geradezu lehrbuchhaft das Urteil im Fall *Matsuyama v. Birnbaum* (Fn. ***).

In dem belgischen Fall z.B. hätte das Pferd eine Überlebenschance von 80 % gehabt, wäre die erforderliche Untersuchung rechtzeitig erfolgt. Der Diagnosefehler nahm dem Halter des Pferdes diese Chance. Dementsprechend sprachen die Gerichte Ersatz in Höhe von 80 % des Wertes des Pferdes zu. In dem Fall aus Massachusetts gewährte das Gericht den Angehörigen des verstorbenen Patienten Ersatz im Umfang der 37,5 %-igen Überlebenschance, die dem Patienten durch den Fehler des Arztes genommen worden war.

Das Maß der verlorenen Chance ist vom Geschädigten darzulegen. Gelingt ihm dies nicht, sondern bleibt der Zusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden bloße Spekulation, so bleibt das Begehren auch nach dem Konzept der *perte de chance* erfolglos. Vom Ersatz ausgeschlossen sind damit bloße Hoffnungen auf einen günstigen Ausgang, aus praktischen Gründen eventuell auch Chancen, die unterhalb einer bestimmten Schwelle liegen, die man z.B. bei 10 % ansetzen könnte¹⁴. Die französische Cour de Cassation fordert in diesem Sinne, die Chance müsse "réelle et sérieuse"¹⁵ gewesen sein; nach der englischen Rechtsprechung muss es sich gehandelt haben um eine "real or substantial chance as opposed to a speculative one"¹⁶.

Bei der Lektüre der besprochenen Urteile entsteht zudem der Eindruck, dass dem Zeitfaktor für die Frage, ob eine substantielle Chance verloren wurde, eine nicht unwichtige Rolle zukommt. In dem US-amerikanischen Fall hatte der Arzt die Erkrankung des Patienten über Jahre hinweg übersehen und das Gericht zeigte sich vom Verlust einer Chance überzeugt. In dem australischen Fall ging es dagegen um eine Verspätung der Diagnose um einen Tag, im schweizerischen Fall um wenige Stunden. Das australische Berufungsgericht setzte die Wahrscheinlichkeit einer Kausalität zwischen Verspätung der Diagnose und dem Schaden an der Gesundheit des Mädchens mit höchstens 15 % bezogen auf ein Viertel des Gesamtschadens an. Mehrere Richter des High Court gelangten zu dem Schluss, angesichts der Sachverständigengutachten handle es sich im konkreten Fall hinsichtlich des Verlusts einer Chance letztlich um bloße Spekulation¹⁷. Auch

¹⁴ Siehe Winiger et al. (Fn.3), Konstellation 9, 6; und Kap.9, 531 ff. mit europaweiten Nachweisen der Rechtsprechung.

¹⁵ *Cour de cassation* (Ass. plén.) 3.6.1988, La Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 1988, 2, pan. 180; siehe auch *Le Tourneau* (Fn.4), Rn. 1418.

¹⁶ *Allied Maples Group Ltd v. Simmonds & Simmonds* (1995) 1 WLR 1602 (1614), Court of Appeal, Stuart-Smith, LJ; Auszüge in: Winiger et al. (Fn.3), 10.12.5 Anm. *Ken Oliphant*.

¹⁷ (Fn. ****), *William Gummow ACJ*, Ziff. 45: "This evidence provided a basis for no more than speculation as to the loss of a chance of a better outcome whether assessed at 40 per cent or (as the Court of Appeal indicated) 15 per cent. For that reason the appeal to this Court should fail"; *Heydon J*, insbes. Ziff. 90 ff. und v.a. Ziff. 97: "The question has become hypothetical in the sense that the assumption it rests on has turned out to be incorrect. The question is controversial among lawyers and in other cases, but as between the plaintiff and the defendant in this case the controversy has turned out to lack concreteness. [...] There is no answer to the question posed which will produce any consequences for the parties. The question has become purely abstract and academic. The only significance of an answer would lie in what future courts would make of it. They are likely to treat it not as a decision, but only as a dictum; not as the resolution of a controversy, but only as advice; not as an event, but only as a piece of news"; *Susan Kiefel J*, z.B. Ziff. 114 ff., 152: "The appellant suffered dreadful injury, but the circumstances of this case do not provide a strong ground for considering such change. It would involve holding the respondent liable for damage which he almost certainly did not cause".

bei der Lektüre des schweizerischen Urteils entsteht der Eindruck, das Gericht sei letztlich nicht überzeugt davon gewesen, dass eine Verzögerung der Diagnose von einigen Stunden tatsächlich eine substantielle Chance des Patienten auf einen günstigeren Ausgang vereitelt habe.

2. Ersatz unabhängig vom endgültigen Ausgang der Ereignisse

Ersatz für *perte de chance* macht den Ersatz zum zweiten unabhängig vom endgültigen Ausgang der Ereignisse. Beispielhaft ist der in dieser Zeitschrift von Gerald Mäsch bereits besprochene englische Fall *Gregg v. Scott*¹⁸: Eine Krebserkrankung wird aufgrund eines Diagnosefehlers erst mit Verspätung erkannt und behandelt. Der Krebs streut und die Überlebenschancen des Patienten sinken von 42 % auf 25 %. Der Kläger begehrt Ersatz wegen der pflichtwidrigen Beeinträchtigung seiner Überlebenschancen. Anders als in den referierten Fällen, in denen der Gesundheitsschaden bzw. der Verlust des Lebens von Patient oder Pferd definitiv eingetreten sind, ist der endgültige Ausgang der Ereignisse in Konstellationen wie im Fall *Gregg v. Scott* noch offen. Auch hier steht jedoch fest, dass eine Überlebenschance definitiv reduziert wurde. Die Grundsätze zum Ersatz für verlorene Chancen, wie sie z.B. in Frankreich praktiziert werden, erlauben in diesen Konstellationen Ersatz unabhängig davon, ob es im weiteren Verlauf der Dinge tatsächlich zu einer Verletzung an Leib und Leben kommen wird. Die Chance wurde definitiv reduziert, hierfür ist Ersatz geschuldet¹⁹.

Konstellationen, in denen der Ausgang der Ereignisse noch ungewiss ist, stehen nicht im Zentrum der folgenden Überlegungen. Im Rahmen des Lösungsvorschlages wird auf sie jedoch zurückzukommen sein²⁰.

V. Die Rechtslage in Europa und darüber hinaus

1. Rechtsordnungen, die keinen Ersatz für *perte de chance* gewähren

In zwölf europäischen Rechtsordnungen ist das Konzept einer partiellen Entschädigung im Umfang der „entgangenen Chance“ entweder noch unbekannt oder wird es abgelehnt. Zu dieser Gruppe gehören das *deutsche, österreichische, dänische, schwedische, norwegische, finnische* und *estnische* Recht, ebenso die Rechte *Ungarns, der Tschechischen Republik, Sloweniens* und *Griechenlands*²¹.

¹⁸ [2005] *United Kingdom House of Lords* (UKHL) 2; Anm. Gerald Mäsch, ZEuP 2006, 656. Dazu auch Ken Oliphant, ERPL 2008, 1061, 1065–67 m.w.N.

¹⁹ Dazu Lara Houry, Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France, [2008] 124 *Law Quarterly Review* (LQR), 103, 126; Helmut Koziol, Comparative report, in: Winiger et al. (Fn. 3), 10.29.6 m.w.N.

²⁰ Unten, IX.2.

²¹ Nachweis für alle bei Winiger et al. (Fn. 3), 10.2. bis 10.26; siehe auch Koziol (Fn. 19), 10.29.1 f.

Bislang gehört auch das *schweizerische* Recht zu dieser Gruppe. In dem referierten Entscheid äußert sich das Bundesgericht kritisch zum Ersatz für *perte de chance*. Es hatte aus verfahrensrechtlichen Gründen aber lediglich zu prüfen, ob die kantonale Vorinstanz (ein Verwaltungsgericht) willkürlich gehandelt hatte, als es davon ab-sah, Ersatz für *perte de chance* zuzusprechen (Erw. 4.4.3). In einem Entscheid vom Oktober 2008 konnte das BG die Ersatzfähigkeit verlorener Chancen erneut offen lassen²², ebenso wie die Genfer Cour de justice in einer Anwaltschaftungssache vom September 2009²³. Eine endgültige Entscheidung zum Ersatz entgangener Chancen steht für das schweizerische Recht damit noch aus.

In den USA haben die obersten Gerichte von 10 Bundesstaaten den Ersatz für *loss of a chance* jedenfalls für die Arzthaftung abgelehnt²⁴, ebenso wie der High Court of Australia dies in dem referierten Urteil entschied.

2. Rechtsordnungen, die Ersatz für *perte de chance* gewähren

In anderen Rechtsordnungen ist die Entschädigung in Höhe entgangener Chancen fest etabliert und wird in den verschiedenen, oben geschilderten Fallkonstellationen praktiziert. Dies gilt für das *französische* und das *italienische* Recht sowie für die jüngere *niederländische* Rechtsprechung²⁵.

Im *belgischen* Recht wurde seit langem Ersatz wegen *perte de chance* gewährt. Im Anschluss an ein Urteil des Kassationshofs aus dem Jahre 2004 waren inso- weit Zweifel aufgekommen²⁶: Eine junge Frau war Opfer eines Säureanschlages durch ihren ehemaligen, bekanntermaßen gewalttätigen Freund geworden. Sie warf der örtlichen Polizei vor, sie trotz eines dringenden Ersuchens nicht vor der Attacke geschützt zu haben. Die Instanzgerichte gewährten Ersatz im Umfang der Chance, mit welcher der Schaden bei Einschreiten der Polizei zu verhindern gewesen wäre. Der Kassationshof urteilte dagegen, die junge Frau müsse darlegen, dass ein solcher Schutz die Attacke mit Gewissheit verhindert hätte, und lehnte das Begehren in vollem Umfang ab. In der belgischen Lehre wurde dieses Urteil nachdrücklich kritisiert. Viele Untergerichte fuhrten fort, Ersatz für *perte de chance* zu gewähren. Die Instanz, an welche der Fall der jungen Frau, die Opfer des Säureanschlages geworden war, zurückverwiesen wurde, stellte die geforderte Gewissheit schließlich in tatsächlicher Hinsicht fest und gewährte vollen Ersatz. (Zuvor waren die Untergerichte davon ausgegangen, der Anschlag hätte mit einer nur 60 bzw. 80 %-igen Wahrscheinlichkeit verhindert werden können und hatten nur anteiligen Ersatz zugesprochen.)

²² BG 29.10.2008, 4A-236/2008/biz.

²³ Cour de justice de Genève 3.9.2009, ACJC/936/2009. Die Voraussetzungen eines solchen Anspruches seien selbst bei Anerkennung dieser Theorie im konkreten Fall nicht gegeben gewesen, <http://justice.geneve.ch/jurisprudence/CJ/ACJC/?F=ACJC/936/2009&HL=perte|chance>, E. 5.2.2. ff. 5.2.4.

²⁴ Umfangreiche Nachweise in *Matsuyama v. Birnbaum* (Fn. ***), 828 f., Fn. 23.

²⁵ Nachweise oben (Fn. 5–9).

²⁶ Cour de cassation/Hof van Cassatie 1.4.2004, C. 01.0211. F–C. 01.0217.F; <http://www.cass.be>; Auszüge in: Winiger et al. (Fn. 3), 10.7.6; zu dieser Entscheidung *Durant* (Fn. **) 153, 154 ff.

Das Urteil des Hof van Cassatie im Falle des Pferdes Prizrak räumt für das belgische Recht nun sämtliche Zweifel aus. Gelingt es dem Geschädigten, eine perte de chance nachzuweisen, so besteht Anspruch auf Ersatz²⁷. Dem Urteil kommt damit zentrale Bedeutung für das belgische Haftungsrecht zu und es erfüllt alle Voraussetzungen, zu einem *grand arrêt* des europäischen Haftungsrechts zu werden.

Auch die UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts²⁸ beziehen klar Position zugunsten des Ersatzes für loss of a chance. So bestimmt deren Art.7.4.3 (certainty of harm): “(1) Compensation is due only for harm, including future harm that is established with a reasonable degree of certainty. (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence. [...]”

In der Kommentierung dieser Regelung wird das Beispiel eines Rennpferds genannt, das wegen Verzögerung beim Transport gehindert ist, an einem Rennen teilzunehmen. Zum Ersatzanspruch gegen den Transporteur heißt es, der Eigentümer des Pferdes “cannot recover the whole of the prize money, even though the horse was the favourite”. Stattdessen habe er einen Anspruch wegen “loss of a chance [...] in proportion to the probability [of winning the race]”²⁹. Als weiteres Beispiel wird der Fall genannt, dass das Gebot zum Bau eines Flughafens verspätet zugestellt wird und es daher keine Berücksichtigung findet³⁰. Der Zusteller hafte anteilig nach dem Grad an Wahrscheinlichkeit, dass das Angebot Erfolg gehabt hätte.

Schiedsgerichte haben wiederholt Inspiration aus Art.7.4.3 Abs.2 der UNIDROIT-Principles bezogen³¹.

3. Rechtsordnungen, die für einzelne Fallgruppen Ersatz für perte de chance vorsehen

Eine dritte Gruppe von Rechtsordnungen beschreitet einen Mittelweg und gewährt Entschädigung für perte de chance entweder in modifizierter Weise³² oder es wird in einigen der genannten Konstellationen für entgangene Chancen entschädigt, nicht dagegen in anderen.

In Fällen letztlich nicht aufklärbarer Kausalverläufe entschädigen etwa die *englischen* Gerichte regelmäßig und in verschiedenen Konstellationen für loss of a chance³³, nicht aber im Arzthaftungsrecht³⁴. Eine ähnliche Position nimmt

²⁷ So auch *Durant* (Fn. **) 153, 156, Nr.36 f. m.w.N.

²⁸ Text, Kommentare, Nachweise der Rechtsprechung und Literatur auf www.unilex.info.

²⁹ www.unilex.info, Art.7.4.3, Comment 1.

³⁰ www.unilex.info, Art.7.4.3, Comment 2, Illustration.

³¹ Nachweise bei Kadner Graziano, ERPL 2008, 1009, 1029 und Fn.83.

³² So das *spanische* Recht: Große Freiheit bei der Festsetzung der Höhe des Ersatzbetrages, Ersatz immaterieller Schäden statt Orientierung an Wahrscheinlichkeitssätzen, siehe TS 10.10.1998, RJ 1998, 8371, Auszüge in: Winiger et al. (Fn.3), 10.10.1 Anm. *Jordi Ribot/Albert Ruda*. Auch die Praxis in denjenigen Bundesstaaten der USA, in denen Ersatz gewährt wird, unterscheidet sich von Bundesstaat zu Bundesstaat.

³³ Nachweise bei Kadner Graziano, ERPL 2008, 1009, 1014 Fn.10.

³⁴ Siehe die Fälle: *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1989] AC 750 (H.L.); Auszüge z.B. in: Winiger et al. (Fn.3), 10.12.1 Anm. *Oliphant*; *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2; Anm. *Mäsch*, ZEuP 2006, 656.

das *schottische* Recht ein³⁵. Das Appellationsgericht von *Lissabon* verurteilte einen Rechtsanwalt zum Ersatz in Höhe von 25 % des Schadens, da er einem Mandanten eine entsprechende Chance auf Gewinn eines Prozesses genommen hatte³⁶. Auch der *irische* High Court bekundete in einem *obiter dictum* Sympathie für den Ersatz von *loss of a chance*³⁷.

Das Gemeinschaftsprivatrecht dürfte ebenfalls zu denjenigen Rechtsordnungen zu zählen sein, die sich in einzelnen Fallgruppen des Konzepts der *perte de chance* bedienen. So wurde einem Bewerber anteiliger Ersatz dafür gewährt, dass seine Bewerbung um einen lukrativeren Posten nicht pflichtgemäß bearbeitet wurde; es ließ sich nicht mit Gewissheit feststellen, welche Entscheidung bei pflichtgemäßer Bearbeitung ergangen wäre³⁸. Von Bewerbern um Ausschreibungen, deren Anträge nicht ordnungsgemäß bearbeitet wurden, wird dagegen der volle Nachweis dafür verlangt, dass die Bewerbung erfolgreich gewesen wäre³⁹.

In den USA wird Ersatz für *loss of a chance* in Arzthaftungsfällen in 21 Bundesstaaten gewährt. Zu ihnen gehört nach dem hier vorgestellten Urteil auch Massachusetts⁴⁰.

VI. Argumente für und gegen eine anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln

1. Argumente gegen eine Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten

Gegen einen Ersatz im Ausmaß von Verursachungswahrscheinlichkeiten wird z.B. angeführt, Haftungsrecht bezwecke Schadensausgleich und solle nicht die Schaffung von Risiken sanktionieren⁴¹. Es gehöre zum Lebensrisiko des Geschädigten, in bestimmten Konstellationen Ursächlichkeiten nicht mit der rechtlich geforderten Wahrscheinlichkeit nachweisen zu können.

Würde Ersatz im Ausmaß von Verursachungswahrscheinlichkeiten gewährt, so wären viele Fälle außer nach traditionellen Haftungsgrundsätzen ein zweites Mal nach den Grundsätzen zur Haftung für Verursachungswahrscheinlichkeiten

³⁵ Arzthaftungsrecht (kein anteiliger Ersatz nach Wahrscheinlichkeiten): *Kenyon v. Bell*, 1953 SC 125, Auszüge in: Winiger et al. (Fn.3), 10.13.1 Anm. Martin Hogg; Anwaltshaftung (Entschädigung für *lost chances*): *Kyle v. P & J Stormmonth Darling*, 1993 Session Cases (SC) 57, Auszüge in: Winiger et al. (Fn.3), 10.13.7 Anm. Hogg.

³⁶ Appellationsgericht Lissabon 8.7.1999, zit. nach Winiger et al. (Fn.3), 10.11.1 Anm. André Pereira.

³⁷ *Redmond v. The Minister for the Environment et al.*, 13.2.2004, zit. nach Winiger et al. (Fn.3), 10.14.1 Anm. Quill.

³⁸ Europäisches Gericht erster Instanz (EuG) 16.12.1993, T-20/89, [1993] ECR II-1423; Anm. Ulrich Magnus/Klaus Bitterich, in: Winiger et al. (Fn.3), 10.27.1 ff.

³⁹ Vgl. Magnus/Bitterich (Fn.38) 10.27.3 unter Hinweis auf die Fälle T-230/94 *Farrugia v. Commission* [1996] ECR, II-195; T-478/93 *Wafer Zoo Srl v. Commission* [1995] ECR, II-1479.

⁴⁰ Umfangreiche Nachweise in *Matsuyama v. Birnbaum* (Fn. ***), 8 28 f., Fn. 23.

⁴¹ In diesem Sinne Hans Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, Archiv civilistischer Praxis (AcP) 176 (1976), 146, 185; *Baroness Hale in Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 217: "Tort law is not criminal law".

zu analysieren. In den Worten des englischen House of Lords in einer Arzthaftungssache: “[a]lmost any claim for loss of an outcome could be reformulated as a claim for loss of a chance of that outcome”⁴². Anteiliger Ersatz drohe zur Regel zu werden, vollständiger Ersatz zur Ausnahme.

Des Weiteren wird argumentiert, in vertraglichen Konstellationen mache die Haftung für *perte de chance* aus einer Chance eine Teilgarantie des erwünschten Ausgangs in Höhe des Wahrscheinlichkeitsgrades. Eine Pflichtwidrigkeit hätte dann zur Folge, dass aus einer Sorgfalts- und Bemühenspflicht nachträglich ein Erfolgsversprechen bzw. ein Versprechen werde, einen Misserfolg zu verhindern. Es sei unangemessen, dem Dienstleister wegen seiner Pflichtwidrigkeit einerseits das Risiko eines unerwünschten Ausgangs aufzubürden, ihm aber andererseits bei pflichtgemäßem Handeln keinen Anteil am erreichten Mehrwert zu gewähren, ihn also nicht an den Chancen eines Erfolges zu beteiligen.

Eine solche Haftung verursache zusätzliche Kosten, da in vielen Fällen, in denen heute nicht gehaftet wird, künftig eine Verantwortlichkeit in Höhe der Verursachungswahrscheinlichkeit bestünde⁴³. Es entstünden zusätzliche Transaktionskosten, da es oft schwierig, aufwändig und kostenintensiv sei, konkrete Verursachungswahrscheinlichkeiten zu ermitteln. Mit einer solchen Haftung werde die Kunstwelt der Wahrscheinlichkeitsgrade betreten, in der sich nur noch der Sachverständige auskenne. Oft sei es schlicht unmöglich, konkrete Wahrscheinlichkeiten zwischen Ursache und Wirkung zuverlässig zu ermitteln.

Der „alles oder nichts“-Ansatz sei demgegenüber einfach und mache es überflüssig, konkrete Wahrscheinlichkeiten zu bestimmen: Ist die Verursachung gewiss – oder, je nach den Anforderungen der einzelnen Rechtsordnung – überwiegend wahrscheinlich, wird voller Ersatz gewährt; unterhalb dieser Grenzen besteht keine Haftung.

2. Argumente für die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten

Andere Argumente sprechen für eine Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten:

Eine nur anteilige Haftung ist im europäischen Privatrecht bei Mitverschulden des Opfers wohlbekannt. Sie wäre daher keine völlige Neuerung.

Eine Verantwortlichkeit nach Verursachungswahrscheinlichkeiten wird für Konstellationen diskutiert, in denen jemandem pflichtwidrig die Chance auf einen günstigeren Ausgang eines Ereignisses genommen wurde. Ungewissheiten im Anschluss an ein pflichtwidriges Verhalten sollten von demjenigen zu tragen sein, der die Pflichtwidrigkeit begangen hat, statt sie dem Lebensrisiko dessen zuzuordnen, dem gegenüber pflichtwidrig gehandelt wurde. Das Obergericht

⁴² Baroness Hale in *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 224.

⁴³ Zu diesem Argument *Holger Fleischer*, Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766, 769.

Zürich urteilte in diesem Sinne: „Den Angehörigen von Krebspatienten, die eindeutig falsch behandelt wurden, in (sehr) vielen Fällen Schadensersatzansprüche abzusprechen mit der Begründung, der Kausalzusammenhang zwischen den Behandlungsfehlern und dem Tod des Patienten sei nicht nachgewiesen, wäre [...] in hohem Maße unbillig“⁴⁴. Der Supreme Judicial Court of Massachusetts äußerte sich im besprochenen Urteil sehr prägnant im gleichen Sinne⁴⁵.

Eine Haftung für *perte de chance* macht eine dienstvertragliche Sorgfalts- und Bemühenspflicht nicht nachträglich zu einem Erfolgsversprechen. Hat eine Pflichtwidrigkeit mit Gewissheit zu einem Schaden geführt, so wird ebenfalls (und zudem in vollem Umfang) gehaftet, ohne dass dies den Dienst- zum Werkvertrag machte. Auch ist es nicht unangemessen, den Dienstleister wegen seiner Pflichtwidrigkeit haften zu lassen, obwohl ihm bei pflichtgemäßem Handeln kein Anteil am erreichten Mehrwert gewährt wird. Der Dienstleister trägt bei Pflichtverletzungen regelmäßig ein Haftungsrisiko, ohne dass dem eine Erfolgsbeteiligung gegenübersteht, wenn er sich vertragsgemäß verhält (der Arzt, der Leben rettet, erhält hierfür lediglich ein Honorar, während derjenige, der Pflichten verletzt, ein Haftungsrisiko trägt).

Zwar mag es gelegentlich schwierig, aufwändig und kostenintensiv sein, Verursachungswahrscheinlichkeiten zu ermitteln. Nach den traditionellen Ansätzen müssen jedoch ebenfalls Wahrscheinlichkeiten bis hin zur Gewissheit bestimmt werden⁴⁶. Zudem beruht Gewissheit im Haftungsrecht nicht selten auf bloßer Fiktion, zu welcher der Rechtsanwender durch das „alles oder nichts“-Prinzip gezwungen ist. Der belgische Fall der Säureattacke auf die junge Frau aus dem Jahre 2004⁴⁷ illustriert dies in aller Deutlichkeit: Solange die Instanzgerichte davon ausgingen, ihnen sei die Entscheidung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten möglich, urteilten sie, die Attacke auf die junge Frau sei bei pflichtgemäßen Schutzmaßnahmen der örtlichen Polizei mit einer 60 %- bzw. 80 %-igen Wahrscheinlichkeit verhindert worden. Erst als der Kassationshof Gewissheit forderte, wurde die Wahrscheinlichkeit zur „Gewissheit“ und gewährten die Instanzgerichte daher vollständigen statt, ihrer ursprünglichen Überzeugung entsprechend, anteiligen Ersatz. Eine Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten vermeidet solche Fiktionen und macht es unnötig „to take for granted what in fact is uncertain“⁴⁸.

⁴⁴ Obergericht Zürich (OG) 17.11.1988, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 85 (1989), 119, 122.

⁴⁵ “Courts adopting the loss of chance doctrine also have noted that, because a defendant’s negligence effectively made it impossible to know whether the person would have achieved a more favorable outcome had he received the appropriate standard of care, it is particularly unjust to deny the person recovery for being unable „to demonstrate to an absolute certainty what would have happened in circumstances that the wrongdoer did not allow to come to pass“, (Fn. ***), 831 unter Hinweis auf *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (4th Cir. 1966).

⁴⁶ Michael Faure/Véronique Bruggeman, Causal Uncertainty and Proportional Liability, in L. Tichy (Hg.) (Fn. 3) 105, 113 ff.; siehe auch Lord Nicholls in *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 32 ff.; Marshall, CJ., in *Matsuyama v. Birnbaum* (Fn. ***), 833; Edwin Peel, Case-comment, Loss of a chance in medical negligence [2005] 121 LQR 364, 367-368.

⁴⁷ Vgl. Fn. 26.

⁴⁸ Koziol (Fn. 19) 10.29.4; siehe auch Lord Nicholls in *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 43: “The law should

Eine Schadensteilung im Ausmaß der Verursachungswahrscheinlichkeit würde in manchen Fällen zu einem anteiligen Ersatz führen, in denen nach dem „alles oder nichts“-Prinzip nichts geschuldet ist. In anderen Konstellationen, in denen heute Totalreparation geschuldet ist, würden die Gerichte dagegen nur anteiligen Ersatz gewähren, wenn die Rechtsordnung diese Lösung erlaubte. Die Kosten der unterschiedlichen Ansätze weichen nicht notwendig voneinander ab. Was abweicht, ist die Feinjustierung im Einzelfall.

Die Erfahrungen z.B. in Frankreich, den Niederlanden, Spanien, Portugal, England, Schottland und Belgien, die Erfahrungen im Gemeinschaftsrecht oder bei Geltung der UNIDROIT-Principles sowie die Erfahrungen in einer Reihe von Bundesstaaten der USA zeigen, dass eine Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten durchaus praktikabel ist, sofern der Ansatz behutsam eingesetzt wird⁴⁹.

Die traditionellen Lösungen weisen eine Reihe von Schwächen auf. Dies gilt z.B. für Ansätze, die sich einer Beweislastumkehr bedienen. So wird z.B. im deutschen Arzthaftungsrecht bei grober Fahrlässigkeit des Arztes die Beweislast für den Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden umgekehrt⁵⁰. Es geht im Haftungsrecht jedoch nicht um Sanktion für (qualifiziertes) Verschulden, sondern um angemessene Entschädigung des Opfers, und zwar unabhängig vom Verschuldensgrad des Arztes⁵¹. Tatsächlich besteht kein Zusammenhang zwischen dem Verschuldensgrad z.B. eines behandelnden Arztes und der Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden des Patienten auf dem Verschulden des Arztes beruht. Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung illustrieren dies eindrucksvoll: In einem Fall war dem Arzt ein kleinerer Fehler unterlaufen, der mit 90 %-iger Wahrscheinlichkeit zum Schaden des Patienten geführt hatte. Da das deutsche Recht hinsichtlich der Kausalität zwischen Handeln und Schaden Gewissheit verlangt, blieb das Ersatzbegehren des Patienten ohne Erfolg. In einem anderen Fall dagegen hatte ein Arzt grob fahrlässig gehandelt; die Fahrlässigkeit war jedoch nur mit einer Wahrscheinlichkeit von 10 % Ursache der Schäden des Patienten⁵². Da die grobe Fahrlässigkeit im deutschen Recht zu einer Umkehr der Beweislast führt, wurde der Arzt zu vollem Ersatz verurteilt. Solche Ergebnisse sind unbefriedigend⁵³.

Das traditionelle „alles oder nichts“-Prinzip wird v.a. für Konstellationen im Grenzbereich des traditionellen Kausalitätsnachweises kritisiert⁵⁴. So wird etwa

not, by adopting the all-or-nothing balance of probabilities approach, assume certainty where none in truth exists⁴⁹.

⁴⁹ In diesem Sinne schon *Fleischer*, JZ 1999, 766, 769 ff.

⁵⁰ Siehe oben, III.

⁵¹ Siehe *Fleischer*, JZ 1999, 766, 773; *Nils Jansen*, The Idea of a Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies (OJLSt.) 19 (1999), 271, 277 ff.

⁵² Siehe *Mäsch* (Fn. 3) 34 ff., und die Fälle *Oberlandesgericht Hamm* (OLG) 26.8.1998, VersR 2000, 325, und *OLG Brandenburg* 8.4.2003, NJW – RechtsprechungsReport (NJW-RR) 2003, 1383.

⁵³ Siehe auch *Mäsch* (Fn. 3) 35 ff.

⁵⁴ Siehe z.B. *Franz Bydlinski*, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, in: Festschrift für Günther Beitzke, 1979, 3, 32 ff.; *Hans Stoll*, Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen

in der Schweiz, England und den USA häufig kritisiert, dass bei einer Wahrscheinlichkeit der Verursachung von 51 % voller Ersatz geschuldet ist, bei einer 50 %-igen Wahrscheinlichkeit dagegen keinerlei Anspruch besteht. In Deutschland und Belgien besteht bei Gewissheit Anspruch auf vollständigen Ersatz, knapp unterhalb dieser Schwelle, so etwa bei 90 %-iger Verursachungswahrscheinlichkeit, wird dagegen nicht gehaftet. Justice Donaldson, Richter am Court of Appeal und Master of the Rolls, führte hierzu in einem englischen Arzthaftungsprozess aus: "[i]f this is the law, it is high time that it was changed"⁵⁵. Lord Nicholls führte in einem Minderheitsvotum im englischen Arzthaftungsprozess *Gregg v. Scott* aus: "[t]his surely cannot be the state of the law today. It would be irrational and indefensible. The loss of a 45 % prospect of recovery is just as much a real loss for a patient as the loss of a 55 % prospect of recovery. [...] It cannot be right to adopt a procedure having the effect that, in law, a patient's prospects of recovery are treated as non-existent whenever they exist but fall short of 50 %"⁵⁶. Praktiker in der Schweiz bestätigen, dass das „alles oder nichts“-Prinzip den Mandanten bei Fällen im Grenzbereich kaum zu vermitteln ist und von diesen in hohem Maße als ungerecht empfunden wird. Mit einem schwierigen Kausalitätsnachweis konfrontiert, gelangen die Parteien in der Praxis nicht selten außergerichtlich zu einer Schadenteilung. Ein solches Ergebnis entspricht ihrem Gerechtigkeitsgefühl in Fällen von Kausalitätszweifeln oft mehr als eine Lösung nach dem Grundsatz des „alles oder nichts“.

Eine Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten wird der Forderung nach einer den tatsächlichen Verursachungsverhältnissen angemessenen Entschädigung besser gerecht. Unterläuft einem Arzt etwa in 10 Fällen grob fahrlässig ein Fehler, der mit jeweils 50 %-iger Wahrscheinlichkeit einen Schaden des Patienten verursacht hat, so haftet er nach deutschem Recht, da grob fahrlässig handelnd, jeweils im Umfang von 100 %. Die Opfer würden, gemessen an den Schäden, die der Arzt tatsächlich verursacht hat, zu 50 % überkompensiert⁵⁷. Handelt der Arzt dagegen nur mit leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit, so haftet er in keinem der Fälle, obwohl er 50 % der Schäden verursacht hat. Würde der Arzt dagegen im Umfang der Verursachungswahrscheinlichkeit haften, müsste er jeweils 50 % der Schäden ersetzen, Über- oder Unterkompensation wären vermieden.

Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, in: Festschrift für Erich Steffen, 1995, 465, 466; *Jansen* OJLSt 19 (1999), 271, 277 ff.; *Helmut Koziol*, Schadensersatz für den Verlust einer Chance?, in: Festschrift für Hans Stoll, 2001, 233, 238; *Müller* (Fn.3), Rn.272 ff., 290; *Mäsch* (Fn.3) 125 ff.; *Alain Hirsch*, Perte de chance et causalité, in: Chappuis/Winiger (Hg.) (Fn.3), 288: «la théorie absolue de la causalité, du «tout ou rien», est dépassée»; *Kadner Graziano*, in: Winiger et. al. (Fn.3), 10.28.18 ff.

⁵⁵ *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* 2.7.1987 [1987] 1 AC 750, 759.

⁵⁶ *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 3 und 43. Siehe auch 46: "The present state of the law is crude to an extent bordering on arbitrariness"; siehe auch *Lord Hope*, *ibid.*, 114 ff. (diss. op.); ebenso *Marshall*, CJ., in *Matsuyama v. Birnbaum* (Fn. ***), 829 ff.

⁵⁷ Siehe auch *Faure/Bruggeman* (Fn.46) 105 ff.

Auch eine zielgenaue Prävention als weitere Funktion des Haftungsrechts⁵⁸ spricht für diese Lösung⁵⁹. Nach den traditionellen Ansätzen bleiben viele Fälle ohne Ersatz, obwohl mit hoher Wahrscheinlichkeit Schäden verursacht wurden. In anderen Fällen wird, wie gesehen, systematisch überkompensiert. Aus ökonomischer Perspektive ist dies in hohem Maße ineffizient, eine zielgenaue Prävention ist so nicht möglich. In den Worten von Justice Marshall im Fall *Matsuyama v. Birnbaum*: “the all or nothing rule is inadequate to advance the fundamental aims of tort law⁶⁰. [...] The all or nothing rule “fails to deter” medical negligence because it immunizes “whole areas of medical practice from liability”⁶¹.

Nicht zuletzt werden diese Ergebnisse von vielen Opfern und Haftpflichtigen gleichermaßen als ungerecht empfunden⁶². Die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten würde dagegen Anreize schaffen, sich in jedem Fall entsprechend dem (Behandlungs- oder Beratungs-) Vertrag zu verhalten. Der Handelnde würde in einem Umfang haften, der weitgehend der Zahl der tatsächlich verursachten Schäden entspricht⁶³.

VII. Stellungnahme und Vorschlag

Es sprechen also manche Argumente gegen, andere für Ersatz in Konstellationen, in denen eine Partei einer anderen pflichtwidrig eine Chance auf einen günstigeren Ausgang der Ereignisse genommen hat. Im Folgenden wird vor dem Hintergrund der besprochenen Entscheidungen und der referierten Rechtslage versucht, Perspektiven für eine mögliche Lösung der Problematik zu skizzieren. Vorgeschlagen wird ein Ansatz, der in vielen Fällen zu ähnlichen Ergebnissen wie das Konzept der *perte de chance* gelangt, einige seiner Schwächen jedoch vermeidet. Der Lösungsvorschlag geht zunächst auf die vertragliche und im Anschluss auf die außervertragliche Haftung ein.

1. Vertragshaftung: Vorüberlegung

In den besprochenen Fällen (sowie in vergleichbaren Konstellationen aus dem Arzthaftungs- und z.B. dem Anwaltshaftungsrecht) haben die Betroffenen aus dem (Behandlungs- bzw. Beratungs-) Vertrag bekanntlich keinen Anspruch auf „Erfolg“ im Sinne des gewünschten Ausgangs der Behandlung oder Beratung.

⁵⁸ Vgl. Art. 10:101 S.2 der Principles of European Tort Law: „Schadensersatz dient auch dem Ziel, Schaden zu vermeiden“.

⁵⁹ Darauf weist auch der Supreme Judicial Court of Mass. (Fn. ***) nachdrücklich hin; siehe in der Literatur z. B., *Faure/Bruggeman* (Fn. 46), 105 ff.; *Fleischer*, JZ 1999, 766, 770.

⁶⁰ (Fn. ***) 830.

⁶¹ (Fn. ***) 830 unter Hinweis auf *McMackin v. Johnson County Healthcare Ctr.*, 73 P.3d 1094, 1099 (Wyo. 2003), S. C., 88 P.3d 491 (Wyo. 2004).

⁶² *Faure/Bruggeman* (Fn. 46) 105 ff.; siehe auch die abweichende Ansicht von *Lord Hope* in *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2, 4: “It would mean that in the 45 % case the doctor’s duty would be hollow”.

⁶³ *Faure/Bruggeman* (Fn. 46) 105, 108 ff.

Sie haben allein einen Anspruch auf fachgerechte Behandlung bzw. Beratung. Geschuldet ist eine pflichtgemäße Leistung, nicht ein bestimmter, vom Patienten oder Mandanten gewünschter Erfolg.

Mit der vertraglichen Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen Leistung geht die Pflicht des Arztes einher, eine Heilungschance des Patienten zu wahren, bzw. des Anwaltes die Pflicht, die Chance des Mandanten auf einen erfolgreichen Verfahrensausgang wahrzunehmen. Insofern ist der vertragliche Anspruch des Patienten oder Mandanten tatsächlich auf die *Wahrung einer Chance* gerichtet.

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Leistung oder – anders ausgedrückt – zur Wahrung der Chance besteht auch dann, wenn der Behandlungs- oder Beratungsvertrag angesichts geringerer als 51 %-iger Heilungs- oder Gewinnchancen abgeschlossen wurde, der Ausgang der Ereignisse also zu keinem Zeitpunkt überwiegend wahrscheinlich (oder gar gewiss) war.

Der Patient erwirbt mit Abschluss des Behandlungsvertrages mithin eine Heilungschance, der Mandant eine Chance auf einen für ihn günstigen Ausgang des Rechtsstreits, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Dies gilt unabhängig davon, wie groß oder klein diese Chance auch immer sein mag. Auf die Wahrnehmung dieser Chance hat er einen vertraglichen Anspruch, für die Wahrung dieser Chance erbringt er seine Gegenleistung.

Wird diese Heilungschance durch einen Fehler seines Vertragspartners genommen, so stellt dies eine Vertragsverletzung dar, die dem Berechtigten den *zentralen Gegenstand des Vertrages* nimmt. In diesen Fällen Ersatz mit dem Argument zu versagen, die Chance bewege sich unterhalb einer bestimmten Schwelle, welche in der Schweiz oder England mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzusetzen ist, in Belgien oder Deutschland mit Gewissheit⁶⁴, lässt außer Acht, dass die Parteien diese Chance als relevant für den Vertragsschluss angesehen haben und sie ihr – die vom Patienten oder Mandanten erbrachte Gegenleistung beweist es – einen geldwerten Charakter zugewiesen haben. Ersatz zu versagen, weil sich die Chance des Patienten oder des Mandanten unterhalb der genannten Schwellen bewegte, steht damit im *diametralen Gegensatz* zu der vertraglichen Bewertung, welche die Parteien einvernehmlich vorgenommen haben. Für sie war diese Chance den Vertragsschluss und die Gegenleistung des Patienten oder Mandanten wert⁶⁵.

Kommt es aufgrund einer Vertragsverletzung zur Vereitelung der Chance, so ist dieser einvernehmlichen vertraglichen Bewertung der Parteien jedenfalls auf der Ebene der Vertragshaftung Rechnung zu tragen. Dies erkennt in dem besprochenen australischen Fall auch der High Court (trotz im Übrigen durchaus

⁶⁴ Es wird eine Wahrscheinlichkeit an der Grenze zur Gewissheit verlangt, vgl. BGH 17.2.1970, BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946; BGH 14.1.1993, NJW 1993, 935, 937; Mäsch (Fn. 3) 30 f. m.w.N.; ausführlich und kritisch Gottfried Schiemann, Problems of Causation in the Liability for Medical Malpractice in German Law, in: Tichy (Hg.) (Fn. 3) 187 ff.

⁶⁵ Siehe die Auszüge oben und auch Marshall, CJ., in *Matsuyama v. Birnbaum* (Fn. ***), 835 (im Rahmen der außervertraglichen Haftung): "medical negligence that harms the patient's chances of a more favorable outcome contravenes the expectation at the heart of the doctor-patient relationship that 'the physician' will take every reasonable measure to obtain an optimal outcome for the patient".

kritischer Einstellung zu loss of a chance) ausdrücklich an. Chief Justice Gummow stellt ausdrücklich fest, werde ein vertragliches Versprechen gebrochen, eine Gelegenheit wahrzunehmen, so begründe dies einen vertraglichen Ersatzanspruch, gerichtet mindestens auf Ersatz eines nominellen Schadens ("In a contract case the plaintiff should be entitled at least to nominal damages for loss of the promised opportunity"). In dem australischen Fall hatte die Klägerin jedoch allein auf außervertraglicher Grundlage Ersatz wegen loss of a chance geltend gemacht, weshalb nach australischem Recht ein Rückgriff auf die Vertragshaftung ausgeschlossen war⁶⁶.

2. Schadensfeststellung: „Redefining damage?“⁶⁷

Es stellt sich dann die Frage, ob und gegebenenfalls wie der Verlust, den der Patient oder Mandant erlitten hat, auszugleichen und gegebenenfalls in Geld zu bemessen ist. Insoweit unterscheiden sich die Positionen des belgischen Kassationshofes und des Supreme Judicial Court of Massachusetts einerseits und des schweizerischen Bundesgerichts andererseits ganz grundlegend, und dies unabhängig davon, ob der Anspruch auf Vertrag oder Delikt gestützt wird.

a) Lösung des Kassationshofes und des Supreme Judicial Court of Massachusetts: Verlorene Chance als Schaden

Nach den Urteilen des belgischen Kassationshofes und des Supreme Judicial Court of Massachusetts liegt der Schaden bereits im Verlust der Chance, ein günstigeres Ergebnis zu erzielen. Die Urteile liegen damit ganz im Einklang mit den Grundsätzen zur *perte de chance*, wie sie z.B. in Frankreich, Italien, Belgien und den Niederlanden praktiziert werden. Der Wert der verlorenen Chance bemisst sich nach dem Geldwert des erhofften günstigeren Ausgangs, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, diesen Ausgang zu erzielen⁶⁸. Im belgischen Fall betrug der Wert des Pferdes rund 200.000 € und die Überlebenschance bei pflichtgemäßem Handeln des Tierarztes lag bei 80 %. Dies ergab einen Schaden – und einen entsprechenden Ersatzbetrag – von rund 160.000 €.

b) Ausgangspunkt des schweizerischen Bundesgerichts: Differenzmethode

Ausgangspunkt für die Erwägungen (*obiter dicta*) des schweizerischen Bundesgerichts ist die aus dem deutschen Recht übernommene Differenzmethode. In dem Entscheid heißt es – für die schweizerische schadensrechtliche Rechtsprechung ganz typisch –, der Schaden ergebe sich notwendig aus dem Vergleich der aktuellen Vermögenssituation mit derjenigen, die ohne das schädigende Ereignis bestanden

⁶⁶ (Fn. ****) Ziff. 2, 20, 47, 48 des Urteils.

⁶⁷ Vgl. die Fragestellung im Urteil des australischen High Court (Fn. ****), vor Ziff. 119.

⁶⁸ Siehe die Ausführungen im Urteil des BG (oben im Text), Erw. 4.2.

hätte⁶⁹. In Fällen wie dem Vorliegenden ließe sich nach der Differenzmethode kein Schaden des Patienten feststellen. Die Chance sei vor ihrem Verlust kein Gegenstand im Vermögen des Patienten; sie sei provisorisch, werde erst noch zu einem Vorteil oder realisiere sich nicht. Als Rechnungsposten im Rahmen der Differenzmethode eigne sich die verlorene Chance nicht. Eine Übernahme der Theorie von der perte de chance sei daher problematisch («tout le moins, problématique»)⁷⁰.

Nach diesen Erwägungen soll der Verlust dessen, was den zentralen Gegenstand des Vertrages ausmacht, in Konstellationen wie der vorliegenden also nicht zu einem Schaden des Vertragspartners führen.

3. Eine Alternative: Differenzmethode in zwei Schritten in Verbindung mit Regeln zur alternativen Kausalität

Auch bei Einsatz der Differenzmethode ist ein Ersatzanspruch im Umfang der verlorenen Chance jedoch durchaus denkbar. Der Ausgangspunkt könnte in einer etwas anderen Bestimmung der Eckdaten liegen, welche in die Differenzberechnung einzustellen sind⁷¹.

So könnten in die Berechnung in einem *ersten Schritt* zunächst die *tatsächlichen Zustände* bei vertragsgemäßigem Verhalten einerseits und nach der Vertragsverletzung andererseits eingestellt und diese Zustände miteinander verglichen werden. Ist eine Differenz feststellbar, so liegt ein Schaden vor.

In einem *zweiten Schritt* ist dann zu fragen, welche tatsächlichen oder finanziellen Ausgleichsmaßnahmen im Anschluss an die Vertragsverletzung erforderlich geworden sind, um diese Differenz zu beseitigen und einen dem vertragsgemäßen Zustand möglichst ähnlichen Zustand herzustellen⁷². Erst der zweite Schritt führt mithin zu einem Ersatzanspruch in Geld.

Ein Beispiel mag dieses Vorgehen verdeutlichen: Man stelle sich vor, eine Person erwerbe eine Eintrittskarte zum Besuch einer Kultur- oder Sportveranstaltung. Der Besuch der Veranstaltung wird trotz gültiger Eintrittskarte vertragswidrig verweigert. Erleidet der Berechtigte hierdurch einen Schaden? Nach der vom schweizerischen Bundesgericht gegebenen Konzeption der Differenzmethode müsste dies verneint werden: Bei einem Vergleich des Vermögens des Inhabers der Eintrittskarte nach einem (vertragsgemäßen) Besuch der Veranstaltung mit dem Zustand nach der (vertragswidrigen) Verweigerung des Zugangs ist nämlich

⁶⁹ BG (ibid.), Erw. 4.4.2.

⁷⁰ An anderer Stelle heißt es: «L'assimilation d'une chance à un élément d'un patrimoine ne se conçoit toutefois pas aisément», BG (ibid.), Erw. 4.4.3.

⁷¹ Siehe schon Axel Flessner/Thomas Kadner Graziano, Neue Widersprüche zum Gebrauchsentsgang, Juristische Schulung (JuS) 1989, 879–885; Axel Flessner, Geldersatz für Gebrauchsentsgang, JZ 1987, 271–282.

⁷² So bemerkenswerterweise auch der australische High Court im Fall *Tabet v. Gett* (Fn. ***), Ziff. 66: “For the purposes of the law of negligence, ‘damage’ refers to some difference to the plaintiff. The difference must be detrimental. [...] The comparison invoked by reference to ‘difference’ is between the relevant state of affairs as they existed after the negligent act or omission, and the state of affairs that would have existed had the negligent act or omission not occurred” (Hervorhebungen durch den Verfasser).

keine Vermögensdifferenz feststellbar. An der Veranstaltung nicht teilgenommen zu haben, schlägt sich nämlich nicht in einer Vermögensdifferenz nieder.

Bei einem Vorgehen in zwei Schritten löst sich das Dilemma auf: Hiernach gilt es, in einem *ersten Schritt* zunächst die tatsächlichen Zustände bei vertragsgemäßigem und bei vertragswidrigem Verhalten zu ermitteln. Im Beispiel hätte der Interessent die Kultur- oder Sportveranstaltung bei vertragsgemäßigem Verhalten des anderen Teils im Theater oder Stadion erlebt; durch die Vertragsverletzung wurde ihm dies genommen. Um diese Differenz so gut wie möglich auszugleichen, ist in einem *zweiten Schritt* der Betrag zu ermitteln, der es erlaubt, ein gleichwertiges Ereignis live zu erleben und das mit dem Vertrag erkaufte, aber nicht realisierte Erlebnis nachzuholen. Der Schaden besteht nach dieser Sicht der Dinge bereits in der Differenz zwischen Teilnahme an und Ausschluss von der Veranstaltung. Der Ersatz bemisst sich nach dem Preis einer Eintrittskarte für ein vergleichbares Ereignis, gegebenenfalls ergänzt um erforderlich gewordene Zusatzaufwendungen (etwa Kosten der Anreise zu einem vergleichbaren Ereignis an einem anderen Ort, wenn dies in näherer Zukunft nur andernorts stattfindet).

Kommt ein äquivalentes Nachholen der vertraglich geschuldeten Leistung nicht in Betracht, so liegt der Schaden wiederum im Vorenthalten des vertragsmäßig geschuldeten Zugangs zu der Veranstaltung; hier kann als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung letztlich der für diese erste Veranstaltung entrichtete Eintrittspreis herangezogen werden, in Rechtsordnungen, welche dies zulassen, ergänzt um den Ersatz immaterieller Beeinträchtigungen infolge der Vertragsverletzung.

Im Fall der verpassten Heilungschance führt das schweizerische Bundesgericht eindrücklich vor, dass eine von vornherein ausschließlich auf den Vergleich zweier Vermögenslagen ausgerichtete Differenzberechnung auch hier versagt⁷³. Ein zweigliedriger Einsatz der Differenzmethode weist dagegen wiederum Wege aus dem Dilemma:

Der Schaden liegt demnach in der Differenz zwischen zwei Zuständen: dem aktuellen Zustand (Verlust der Hörfähigkeit des schweizerischen Patienten, Tod des Patienten im US-amerikanischen und des Pferdes im belgischen Fall etc.) und demjenigen Zustand ohne schädigendes Ereignis (d. h. bei Vermeidung dieser Folgen). Eine Differenz von Zuständen und mithin ein Schaden lässt sich in den hier behandelten Konstellationen damit ohne weiteres feststellen. Was Schwierigkeiten bereitet, ist die Ermittlung der Ursache des Schadens: mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit war das pflichtwidrige Verhalten des Arztes Ursache für die negative Abweichung zwischen den betrachteten Zuständen. Mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit liegt die Ursache dagegen in einem anderen Umstand, z. B. der Konstitution des Opfers. Nicht der Schaden und seine Feststellung ist das Problem, sondern die Feststellung seiner Ursache.

⁷³ BG (ibid.), Erw. 4.4.2.

Kann die Chance auf Heilung nachgeholt werden, so ist der Fall unproblematisch und der hierfür erforderliche Betrag geschuldet. Ist die Heilungschance dagegen, wie regelmäßig, nicht nachholbar, so kann der Ersatzbetrag (wohl: nur) nach den Folgekosten berechnet werden, welche der negative Ausgang für den Betroffenen hat. Da der Haftpflichtige in den hier erörterten Konstellationen aber nur für eine von mehreren möglichen Ursachen des Schadens verantwortlich ist, kann er – nach den Grundsätzen der alternativen Kausalität⁷⁴ – nur im Umfang der ihm zurechenbaren Verursachungswahrscheinlichkeit haften.

Im Ergebnis führt diese Sicht der Dinge oft zu ähnlichen Ergebnissen wie die Grundsätze zur *perte de chance*. In der Sache geschieht dies jedoch in Anwendung einer Differenzmethode, die in einem *ersten Schritt* Zustände miteinander vergleicht, um diese in einem *zweiten Schritt* entweder nach Maßgabe des für den Ausgleich der Differenz Erforderlichen oder – wo die geschuldete Leistung nicht mehr nachholbar ist – nach den Zurechnungsregeln bei alternativer Kausalität in Ersatzbeträge umrechnet.

Nicht nur in Fällen der *perte de chance*, sondern bei jeglicher Körperverletzung führt die vorgeschlagene Sicht der Differenzmethode zu größerer dogmatischer Klarheit. Wird bei Körperverletzungen für die Berechnung des Schadensersatzes der Zustand mit und ohne Körperverletzung verglichen, so lässt sich nämlich wiederum zwar unproblematisch eine *Differenz von Zuständen* des Betroffenen ausmachen. Zu einer Vermögensdifferenz gelangt man aber auch hier erst in einem *zweiten Schritt* unter Berücksichtigung dessen, was für die Wiederherstellung erforderlich geworden ist. Ein Schaden im Sinne einer Differenz von Zuständen tritt wiederum bereits mit Verletzung der körperlichen Integrität ein⁷⁵; zu einem Vermögensschaden kommt es erst dann, wenn der für den Ausgleich des Schadens erforderliche Geldbetrag in die Betrachtung einbezogen wird.

Der vorgeschlagene Ansatz führt im Ergebnis oft, aber keineswegs immer zu ähnlichen Ergebnissen wie die Grundsätze zur *perte de chance*. Steht der Ausgang der Ereignisse noch nicht fest, so unterscheiden sich die Lösungen: Hätte der Tierarzt im Fall des Pferdes Prizrak zwar die Überlebenschancen des Pferdes *geshmälert*, aber nicht ganz beseitigt und wäre das Tier noch am Leben, so wäre wegen der Minderung der Überlebenschance zwar ein Ersatz nach den Grundsätzen der *perte de chance* denkbar⁷⁶, nicht aber nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz. Zwar liegt eine Vertragsverletzung vor, welche die Chancen des Vertragspartners auf einen günstigen Ausgang der Ereignisse schmälert. Noch fehlt es aber an einer messbaren Differenz von (Gesundheits-) Zuständen und damit an einem Schaden. Werden etwa die Überlebenschancen eines Krebspatienten durch eine Verzögerung bei der Diagnose gemindert, so führt allein die Verringerung der

⁷⁴ Hierzu im Rahmen des Deliktsrechts sogleich näher.

⁷⁵ Nicht zuletzt dürfte diese Sicht der Dinge auch dem Verständnis interessierter Nichtjuristen besser gerecht werden.

⁷⁶ Vgl. oben, IV.2.

Überlebenschancen noch zu keiner messbaren Differenz von Gesundheitszuständen und damit zu keinem Anspruch auf Ersatz eines materiellen Schadens.

Dies schließt nicht aus, dass die Verringerung der Heilungs- oder Überlebenschancen *immaterielle Einbußen* des Patienten zur Folge hat und sie zu einem entsprechenden Ersatzanspruch in Geld führt, wenn das jeweilige Haftungssystem dies erlaubt. In Konstellationen, in denen der endgültige Ausgang der Ereignisse noch ungewiss ist, sollten *sedes materiae* die Regeln zum Ersatz immaterieller Schäden sein, anders als bei Anwendung der Grundsätze zur *perte de chance*.

4. Vorüberlegung zur deliktischen Haftung

Während der Ausgangspunkt im Vertragsrecht die vertraglich geschuldete Leistung (in den Beispielsfällen: die Behandlungsleistung und mit ihr die vertraglich geschuldete Wahrnehmung einer Chance) und die Folgen ihrer Verletzung sind, besteht der Ausgangspunkt des Deliktsrechts in vielen Rechtsordnungen in der Beeinträchtigung eines deliktisch geschützten Interesses. In den besprochenen Fällen aus der Schweiz, Australien und den USA ist dies die Verletzung der Gesundheit bzw. des Lebens der Patienten, im belgischen Fall die Verletzung des Eigentums an dem Pferd.

5. Zweigliedriger Einsatz der Differenzmethode in Verbindung mit Regeln zur alternativen Kausalität auch im Deliktsrecht

Auch im Deliktsrecht könnte die Lösung der Kausalitätsprobleme über eine Differenzbetrachtung in zwei Schritten erfolgen, wiederum in Verbindung mit Regeln zur alternativen Kausalität.

In den *Principles of European Tort Law*⁷⁷ wird für das außervertragliche Haftungsrecht in diesem Sinne vorgeschlagen, das Problem unaufklärbarer Kausalverläufe statt über den Ansatz der *perte de chance* mit Hilfe von Regeln zur alternativen Kausalität zu lösen. Art.2:101 der *Principles* knüpft die Haftung – wie das deutsche und im Ergebnis auch das schweizerische Recht – daran, dass ein deliktisch geschütztes Gut (Leben, geistige oder körperliche Unversehrtheit, Menschenwürde, Freiheit, dingliche Rechte und unter Umständen auch ein reines Vermögensinteresse) beeinträchtigt ist. Des Weiteren halten die *Principles*, in Übereinstimmung mit sämtlichen europäischen Haftungsrechten, fest, dass eine Aktivität dann als Ursache eines Schadens anzusehen ist, wenn der Schaden ohne diese Aktivität nicht eingetreten wäre (Art.3:101, *conditio sine qua non*).

Kommen nun, wie in den Fällen, welche den Gegenstand unserer Betrachtungen bilden, mehrere Aktivitäten als Ursachen des Schadens in Betracht, von denen „jede einzelne in der Lage gewesen [wäre], den Schaden herbeizuführen, ist es jedoch ungewiss, welche von ihnen den Schaden tatsächlich verursacht hat, so wird jede Aktivität entsprechend der Wahrscheinlichkeit ihrer Ursächlichkeit für

⁷⁷ Vgl. Fn.2.

den Schaden als Ursache angesehen“ (Art. 3:103 Abs. 1). Bei mehreren geeigneten alternativen Ursachen und Unklarheit über die tatsächlichen Verursachungsverhältnisse erfolgt eine Zurechnung in Höhe der jeweiligen Verursachungswahrscheinlichkeit. Dies gilt nach Art. 3:106 der Principles auch dann, wenn eine der möglichen Ursachen – wie in den hier besprochenen Fällen – aus der Sphäre des Opfers stammt⁷⁸.

Die Principles of European Tort Law erklären somit nicht die *perte de chance* selbst zum Schaden, sondern wählen einen konservativeren Ansatz, der sich am traditionellen Rechtsgüterschutz durch Deliktsrecht orientiert. Gleichzeitig erlaubt es dieser Ansatz jedoch, in Konstellationen nicht vollständig aufklärbarer Kausalität vom Grundsatz des „alles oder nichts“ abzuweichen und Schäden nach Verursachungswahrscheinlichkeiten zuzurechnen, vorausgesetzt, die Wahrscheinlichkeit war hinreichend konkret.

Das Konzept der *perte de chance* und die Zurechnung nach den Grundsätzen der alternativen Kausalität sind somit oft funktionsäquivalent⁷⁹. Sie sind im Bereich der deliktischen Haftung jedoch wiederum nicht deckungsgleich, da für eine deliktische Haftung immer die Beeinträchtigung eines deliktisch geschützten Gutes Voraussetzung ist. Fälle, in denen noch Ungewissheit darüber herrscht, ob sich ein Risiko einer Schädigung tatsächlich in einer Rechtsgutverletzung niederschlagen wird, können damit zwar nach den Grundsätzen zur *perte de chance* zu einer Haftung führen⁸⁰, nicht aber bei einer Lösung über die Regeln alternativer Kausalität⁸¹.

In den Konstellationen, welche den Gegenstand der besprochenen Entscheidungen bilden, würde der vorgeschlagene Weg jeweils zu einer anteiligen Haftung führen können: Im US-amerikanischen Fall verlor der Patient sein Leben, im schweizerischen und im australischen Fall liegt jeweils eine Verletzung der Gesundheit der Patienten vor, im belgischen Fall die Verletzung des Eigentums am Pferd. Damit sind jeweils deliktisch geschützte Güter beeinträchtigt.

Die Pflichtverletzung des Arztes war in dem belgischen Fall mit einer Wahrscheinlichkeit von 80 % Ursache für das Verenden des Pferdes; im US-amerikani-

⁷⁸ Art. 3:106 der Tort Principles bestimmt: „Der Geschädigte hat seinen Schaden entsprechend der Wahrscheinlichkeit selbst zu tragen, dass der Schaden möglicherweise von einer Aktivität, einem Ereignis oder anderen Umständen in seiner eigenen Sphäre verursacht wurde“; dazu Kadner Graziano, in: Winiger et al. (Fn. 3), 6b/28 (435–436), 6c/28 (445–447).

⁷⁹ Siehe zu dieser „Funktionsäquivalenz“ Jaap Spier, in: European Group on Tort Law (Fn. 2), Art. 3:106 Rn. 7 ff., 13; siehe zuvor bereits Franz Bydliński, Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadensersatzrechts, in: Irmgard Griss/Georg Kathrein/Helmut Koziol (Hg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, 2006, 37, 42 f.; Koziol (Fn. 19) 10.29.2, 8; Mäsch (Fn. 3) 161; Jansen, OJLSt. 19 (1999), 271, 283; Kadner Graziano (Fn. 54) 10.28.3 ff., 10.28.17.

⁸⁰ Siehe oben, IV.2.

⁸¹ Der hier vorgeschlagene Lösungsweg findet sich etwa in einem Urteil des Österreichischen Obersten Gerichtshof (OGH) aus dem Jahre 1995, OGH (4. Senat) 7.11.1995, Juristische Blätter (JBl) 1996, 181; dazu z.B. Helmut Koziol, Schadensersatz für verlorene Chancen, ZBJV 2001, 889 ff., insbes. 909 ff.; Mäsch (Fn. 3) 161: „(...) das Ergebnis dieser Rechtsprechung (kommt) im Arzthaftungsrecht der Haftung für eine verlorene Chance sehr nahe, zumal dann, wenn die Höhe des Abschlags in der Schadensersatzsumme sich nach der Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden richtet“.

schen Fall lag die Wahrscheinlichkeit einer Kausalität zwischen der Fehldiagnose und dem Tod des Patienten bei 37,5%. Nach den Grundsätzen alternativer Kausalität, wie sie sich etwa in den Art. 3:103 und 3:106 der Principles of European Tort Law finden, würde in dem belgischen Fall mithin i.H.v. 80% des Schadens, im US-amerikanischen Fall im Umfang von 37,5% gehaftet. Im australischen und eventuell auch im schweizerischen Fall blieben die Verursachungsverhältnisse dagegen offenbar weitgehend spekulativ, so dass ein Ersatz auch nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsweg ausschiede.

Da keineswegs alle Vertragsverletzungen auch deliktisch relevant sind, kommt Ersatz entgangener Chancen über das Deliktsrecht, wie dargelegt, nur unter engeren Voraussetzungen in Betracht als bei der Vertragshaftung. Dies wird letztlich dem Umstand gerecht, dass Parteien eines Vertrages den Schutzgegenstand rechtlicher Beziehungen selbst definieren, während das Deliktsrecht einen (relativ) festen Bestand an Rechtsgütern und Interessen schützt.

IX. Résumé und Ausblick

1. In einer Reihe von Rechtsordnungen wird dem „alles oder nichts“-Prinzip bei Zweifeln über natürliche Kausalverläufe heute seine Schärfe genommen und kann eine oft als gerechter angesehene Schadensteilung nach Verursachungswahrscheinlichkeiten erreicht werden. Der Rechtsvergleich zeigt, dass Rechtsordnungen, die den Schritt hin zu anteiligem Ersatz getan haben, keineswegs Schleusen geöffnet, die Kontrolle verloren und ihre Schadensrechtssysteme grundlegend umgestaltet haben. Man denke nur an das englische Recht, das die Suche nach Grenzen der Haftung (den limits of liability) traditionell besonders betont, den Ersatz von lost chances aber in vielen Fallgruppen anerkennt. Nicht zuletzt die Lösungen in den UNIDROIT-Principles (für Vertragsfälle), die in der internationalen Handelsrechtspraxis eine zunehmende Rolle spielen, sowie in den Principles of European Tort Law (die Gleiches für die außervertragliche Haftung verdienen), sollten Anlass geben, die ablehnende Haltung in denjenigen Rechtsordnungen zu überdenken, die in den hier behandelten Konstellationen Ersatz bislang ausschließen.

Es gilt zudem zu bedenken, dass die ganz überwiegende Mehrzahl von Autoren, die zu dieser Frage in letzter Zeit ausführlicher Stellung genommen haben, anteiligen Ersatz in Konstellationen wie den besprochenen nachdrücklich befürwortet⁸².

⁸² Siehe für die Schweiz die Nachweise im besprochenen Urteil des BG, Erw. 4.3, sowie Müller, ZBJV 2007, 862, 865 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum Meinungsstand in der Schweiz; siehe unlängst zudem L. Hirsch (Fn. 10) 249, 275 ff., sowie A. Hirsch (Fn. 54) 289 ff. mit der Schlussfolgerung: «la théorie absolue de la causalité, du «tout ou rien», est dépassée. La théorie de la causalité partielle (et de l'indemnité proportionnelle à la causalité) est préférable». Aus der deutschen Kommentarliteratur stellvertretend Reiner Schulze, in: Handkommentar-BGB, 6. Auflage, Baden-Baden, 2009, vor §§ 249–253, Rn. 11; Mäsch (Fn. 3) m.w.N.; Gerhard Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Gutachten A, 2006; Faure/Bruggeman (Fn. 46) 105 ff.; Schiemann (Fn. 64) 187 ff.; weitere Nachweise bei Kadner Graziano (Fn. 3) 1009 Fn. 1; für die in der Literatur seltenen Gegenstimmen siehe z.B. Philippe Ducor, in: Chappuis/Winiger (Fn. 3), 179, 210 ff.

2. Nach dem Konzept der *perte de chance* besteht der Schaden bereits im Verlust der Chance auf einen günstigeren Ausgang der Ereignisse selbst. Das Konzept hilft so über Schwierigkeiten beim Kausalitätsnachweis hinweg und begrenzt den Umfang des Ersatzes zugleich auf das Maß der verlorenen Chance. Nicht zuletzt macht das Konzept der *perte de chance* den Anspruch allerdings auch unabhängig vom endgültigen Ausgang der Ereignisse.

3. Die Vorstellung, für *perte de chance* auch in Konstellationen zu haften, in denen noch nicht feststeht, ob z.B. ein Patient infolge der Pflichtverletzung eines Arztes tatsächlich einen Schaden an Gesundheit oder Leben erleiden wird, bereitet in vielen Rechtsordnungen aus gutem Grund Schwierigkeiten⁸³. In England war es eine solche Konstellation, in der das House of Lords im Fall *Gregg v. Scott* Ersatz für *loss of a chance* für die Arzthaftung mit knapper Mehrheit ablehnte, während die englische Rechtsprechung in anderen Fallgruppen Ersatz für *loss of a chance* gewährt. Auch im besprochenen australischen Fall *Tabet v. Gett* äußerte der High Court kein Verständnis dafür, Ersatz für verlorene Chancen selbst dann zu gewähren, wenn der endgültige Ausgang der Ereignisse noch offen ist⁸⁴.

4. In den besprochenen Fällen hatten die Patienten in der Schweiz, den USA und Australien sowie der Pferdehalter in Belgien dagegen definitiv Beeinträchtigungen an rechtlich geschützten Gütern erlitten. Der negative Ausgang der Ereignisse stand mithin jeweils fest und es stellte sich die Frage, ob trotz nicht aufklärbarer Kausalität (anteilig) zu haften ist. Die besprochenen Fälle betrafen mithin Konstellationen von Verursachungszweifeln hervorgerufen durch denjenigen, der sich auf diese Zweifel berief⁸⁵.

5. Eine Lösung für solche Konstellationen kann zum einen im Einsatz der Grundsätze zur *perte de chance* liegen, so wie dies der belgische Kassationshof und der Supreme Judicial Court of Massachusetts entschieden haben.

Funktional oft vergleichbare Ergebnisse ließen sich jedenfalls im deutschen und schweizerischen Haftungsrecht durch einen Einsatz einer *zweigliedrigen Differenzmethode* in Verbindung mit den Grundsätzen zur *alternativen Kausalität* erzielen. Auch nach dieser Lösung wird gehaftet im Umfang der Verursachungswahrscheinlichkeit, allerdings erst dann, wenn das geschützte Gut tatsächlich beeinträchtigt ist. Die Argumente, die für einen Ersatz für verlorene Chancen sprechen, lassen sich auch für diesen Ansatz anführen. Einzelne Kritikpunkte, die gegen die Entschädigung für *perte de chance* sprechen (so insbes., dass für teilweise verlorene Chancen selbst dann zu haften ist, wenn sich der Verlust der Chance noch gar

⁸³ Aufgrund der langen Verfahrensdauer stand im englischen Fall *Gregg v. Scott* zum Zeitpunkt der Entscheidung des House of Lords sogar fest, dass der Patient sein Leben infolge des Diagnosefehlers nicht verlieren wird. Es überrascht nicht, dass es drei der fünf Lordrichter schwer fiel, bei einer solchen Lage der Dinge Ersatz für *loss of a chance* zu gewähren. Auch z.B. der australische High Court schloss für solche Konstellationen Ersatz von vornherein aus.

⁸⁴ (Fn. ****), *Gummow ACJ*, Ziff. 15 ff.; *Kiefel J.*, Ziff. 110: "nowhere is it suggested that the requirement for damage itself can be dispensed with. Liability based upon breach of duty of care without proven loss or harm will not suffice".

⁸⁵ Oben, IV.1.

nicht in einem negativen Ausgang der Ereignisse niedergeschlagen hat), lassen sich mit Hilfe der vorgeschlagenen Lösung vermeiden.

6. Bei der Vertragshaftung sprechen in den besprochenen Fallkonstellationen gute Argumente für eine Haftung im Umfang der Verursachungswahrscheinlichkeit. Im Deliktsrecht erscheint eine anteilige Haftung – die Schädigung eines deliktisch geschützten Gutes vorausgesetzt – aus den genannten Gründen ebenfalls erwägenswert. Als Vorbild könnten die Regelungen zur alternativen Kausalität in den Principles of European Tort Law dienen.

aufgespießt

„No. 198. Extrakt aus einer Verfügung an den ausserordentlichen Regierungsbevollmächtigten bei der Universität zu Berlin, wegen der von der juristischen Fakultät über das Europäische Völkerrecht zu haltenden Vorlesungen. Vom 8. August 1824. – Ungern vermisst das Ministerium unter den Lektionen der juristischen Fakultät eine Vorlesung über das Völkerrecht, welche besonders geeignet scheint, durch die praktische Entwicklung der Formen, durch welche die civilisierten Nationen der neueren Zeit ihren Verkehr gegen die Ueberschreitungen der rohen Macht und Leidenschaften gesichert haben, die Studierenden von leeren Abstraktionen und Ueberspannungen in politischen Dingen zurückzuführen, und sie gründlich zu belehren, wie sich die sämtlichen Verhältnisse zu einander allmählich aus den Kämpfen von Jahrhunderten, und aus der am Ende immer siegreichen Macht der wahren Gerechtigkeit und Billigkeit zu einem positiven System herausgebildet haben, das in der Natur seine Entstehung, seine Festigkeit und Dauer hat, und gegen welchen alle Theorien vergebens kämpfen werden, die nur auf vorübergehende Stimmungen der Völker und Individuen gegründet sind. Das Ministerium erwartet daher von der juristischen Fakultät der königlichen Friedrich-Wilhelms Universität vertrauensvoll, daß sie künftig auch das Völkerrecht in den Kreis ihrer Vorlesungen ziehen, und dadurch dem desfallsigen bisherigen Bedürfnisse abhelfen werde. – Berlin, den 8. August 1824. Ministerium der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten.“

(Johann Friedrich Wilhelm Koch, *Die Preussischen Universitäten*, Bd. II, 1840, 187 – freundlicher Hinweis von Ingo von Münch, Hamburg)