

**PERTE D' UNE CHANCE - VERLORENE ODER VERTANE CHANCE?
ANMERKUNGEN ZU BGE 133 III 462 FF. UND WEITEREN URTEILEN DES BUNDESGERICHTS IM
JAHR 2007 (4C.234/2006 , 4C.49/2007 UND 4A_227/2007)**

Hardy Landolt *

**** HAVE 2008 Seite 68 ****

1. Einleitung

Die "perte d' une chance" ist wörtlich übersetzt eine verlorene Chance. Nach dem Fremdwörterduden ist eine Chance eine "günstige Gelegenheit", "Möglichkeit, etwas Bestimmtes zu erreichen" oder die "Aussicht auf Erfolg". Dem von einem haftungsbegründenden Ereignis Betroffenen werden je nach dem Ausmass der Verletzungsfolgen verschiedene günstige Gelegenheiten genommen. Diese Gelegenheiten können *monetären Charakter* haben; eine erwerbliche Arbeitsunfähigkeit beispielsweise beeinträchtigt die Aussicht auf ein normales Einkommen. Denkbar ist auch, dass nicht monetäre Gelegenheiten beeinträchtigt werden. So wird der Wunsch, geheilt zu werden, nachhaltig gestört, wenn eine Operation misslingt. Die misslungene Heilung stellt dabei nicht nur eine Vereitelung eines Wunsches dar, sondern führt oft auch zu einem eigentlichen Personenschaden.

2. Haftungsrechtliche Qualifikation von verletzungsbedingt vereitelten Gelegenheiten

2.1. Vereitelte Chance und Schaden

Die Einordnung einer verletzungsbedingten Vereitelung von Gelegenheiten in das Haftungssystem betrifft zahlreiche Problemkreise:

Zunächst fragt sich, ob eine *vereitelte Chance Schadencharakter* hat. Schaden ist ein *unfreiwilliger geldwerter Nachteil*, der als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eintritt. Ob und inwieweit ein solcher Nachteil in Zukunft eintritt, ist vom Geschädigten nachzuweisen. Beim zukünftigen Einkommensausfall ist auch zu berücksichtigen, ob das wirtschaftliche Fortkommen erschwert wird ¹.

Die zukünftigen erwerblichen Chancen sind vielfältig und reichen vom Erhalt des bisherigen Erwerbseinkommens bis hin zu einem höheren Erwerbseinkommen infolge einer Berufskarriere. Diese Erwerbschancen

**** HAVE 2008 Seite 69 ****

sind - sowohl im Validitäts- als auch im Invaliditätsfall - vielfältigen Störungen ausgesetzt. Die Festlegung und Abgrenzung des zukünftigen Erwerbsausfall- bzw. Erschwerungsschadens von unverbindlichen Erwerbschancen ist eine Herausforderung für sich ².

Ist ein Schaden nachgewiesen, ist dieser dahingehend zu qualifizieren, ob er unter Art. 46 oder Art. 47 OR fällt. Liegt zum Beispiel bei vereitelten Heiratsaussichten ein *materieller oder ein immaterieller Personenschaden* vor? Die ältere Rechtsprechung bejahte bei weiblichen Geschädigten einen materiellen Personenschaden ³. Die derzeit favorisierte Meinung erblickt in vereitelten Heiratsaussichten einen immateriellen Personenschaden, der bei der Genugtuungsberechnung zu berücksichtigen ist ⁴.

2.2. Vereitelte Chance und Kausalität

Die vereitelte Chance, so sie denn zu einem Schaden führt, muss rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses sein. Dies ist der Fall, wenn die fragliche Chance ohne das haftungsbegründende Ereignis noch bestünde bzw. nur allein wegen des Eintritts des haftungsbegründenden Ereignisses dahingefallen ist. Des Weiteren muss das Dahinfallen der fraglichen Chance eine übliche bzw.

adäquate Folge des haftungsbegründenden Ereignisses sein, damit eine Haftung gerechtfertigt ist.

3. Schadens- und Kausalbeweis

Chancen sind wesensmässig unsicher. Man hofft auf ihre zukünftige Realisierung und weiss vielleicht um ihre statistische Wahrscheinlichkeit für alle anderen. Doch ob sie bei einem selbst eintritt, ist ungewiss. Ungewiss ist aber oft noch vielmehr, ob das haftungsbegründende Ereignis die Chance rechtserheblich vereitelt hat. Der Verletzte, der sich um seine Chancen in der Zukunft beraubt fühlt, muss einen doppelten Beweis führen: den *Schadens- und den Kausalbeweis*. Misslingen beide oder einer der beiden, erhält er nichts. Er hat seine Chance, den Richter zu überzeugen, nicht genutzt.

Für beide Beweise gilt nach der Rechtsprechung das *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*. Der Richter muss nicht sicher sein, sondern es genügt, wenn er anhand der Beweismittel mehr überzeugt ist vom Vorhandensein der Chance und davon, dass das haftungsbegründende Ereignis diese reelle Chance vereitelt hat. Hat der Richter diese Überzeugung gewonnen, schadet es dem Geschädigten nicht, wenn er die vereitelte Gelegenheit nicht ziffermässig quantifizieren kann. Der Richter darf in diesem Fall den monetären Wert nach seinem Ermessen schätzen⁵. Fehlt dem Richter diese Überzeugung, hat der Geschädigte Pech. Er hält mangels misslungenem Schadens- und/oder Kausalbeweis keinen Schadenersatz zugesprochen.

4. Alles-oder-Nichts oder lieber "es bitzeli"?

Dieses *Alles-oder-Nichts* ist hart, aber beweisrechtlich folgerichtig. Der Beweis ist geleistet oder eben nicht; nur im ersten Fall tritt die Rechtsfolge ein. Ein bisschen Rechtsfolge, z.B. ein bisschen gebüsst oder verheiratet, gibt es normalerweise nicht. Die Vertreter der Theorie der "perte d' une chance"⁶ sind anderer Meinung. Sie propagieren die Auffassung, dass *Schadenersatz nach Massgabe der Wahrscheinlichkeitsquote* zuzusprechen ist.

Diese Theorie hat vom Bundesgericht unlängst eine Abfuhr erlitten. In BGE 133 III 462 ff. hatten die Lausanner Richter einen Spitalhaftungsfall zu beurteilen. Der nachmalig Geschädigte litt an einer Hirnhautentzündung und begab sich notfallmässig ins Spital, wo die Diagnose einer Grippe gestellt und dem Patienten Schmerzmittel verschrieben wurden. Diese brachten keine Linderung. Der Geschädigte musste erneut notfallmässig ins Spital. Dieses Mal erhielt er Antibiotika. Er fiel alsbald ins Koma und erwachte Monate später mit einem Gehörschaden. Die Vorinstanz⁷ verneinte eine Haftung. Die Verwaltungsrichter liessen die auch gutachterlich umstrittene Frage der Sorgfaltspflichtverletzung (Diagnose- und Behandlungsfehler) letztlich offen und verneinten die natürliche Kausalität, weil auch bei recht- bzw. frühzeitiger Gabe der Antibiotika ein hohes Ohnehinrisiko für Folgeschäden bestanden habe.

Der Geschädigte wollte eventualiter Schadenersatz für die durch die verspätete Medikamentenvergabe erfolgte Erhöhung des Risikos. Die Verwaltungsrichter verneinten einen anteilmässigen Schadenersatz. Das Bundesgericht erachtete diese zum kantonalen Staatshaftungsrecht vertretene Auffassung als nicht willkürlich, nicht zuletzt deshalb, weil die Theorie der "perte d' une chance" umstritten sei und bislang weder ein

**** HAVE 2008 Seite 70 ****

höchstrichterliches noch ein kantonales Urteil vorliege, das trotz verneintem natürlichem Kausalzusammenhang Schadenersatz zugesprochen habe⁸.

5. Schadenersatz für die Vereitelung nicht überwiegend wahrscheinlicher Chancen

Die Befürworter der Theorie der "perte d' une chance" verweisen auf ein Urteil des Zürcher Obergerichts vom 17.11.1988⁹ bzw. des Zürcher Kassationsgerichts vom 30.10.1989¹⁰. Das Zürcher Obergericht qualifizierte bei einem Krebskranken die Genesungs- bzw. Überlebenswahrscheinlichkeit bei rechtzeitiger Behandlung mit 60%, kürzte aber den Schadenersatz wegen des Ohnehinrisikos, trotz rechtzeitiger Behandlung am Krebs zu sterben, um 40%. Das Bundesgericht meint, dieses Urteil sei kein Anwendungsfall der "perte d' une chance"¹¹; die überwiegende Lehre ist anderer Meinung, wertet dieses Präjudiz aber als einen Einzelfallentscheid¹². Das Bundesgericht hat immerhin klargestellt, dass voller Schadenersatz dann geschuldet wird, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass das haftungsbegründende Ereignis zu einer Körperverletzung geführt hat, bloss 60% beträgt¹³.

Der Entscheid, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, wird in der Regel nicht gestützt auf statistische Erfahrungswerte gefällt, sondern ist mehr oder minder zufällig, weil er vom *subjektiven Empfinden* des Richters beeinflusst wird. *Warum soll ein Geschädigter vollen Schadenersatz erhalten, obwohl feststeht, dass ein Schaden nicht sicher, sondern nur eher anzunehmen ist als das Gegenteil?* Das Bundesgericht

beantwortet diese berechtigte Frage im Referenzurteil nicht. Die ablehnende Meinung des Bundesgerichts orientiert sich zu stark am Beweisrecht. Haftpflichtrechtlich sollte der Geschädigte nicht überentschädigt werden. Entsprechend ist Ersatz für den konkreten Schadens zuzusprechen und nur für diesen. Die von den Lausanner Richtern vertretene Auffassung begünstigt letztlich die Geschädigten, die den Tatsachenrichter davon überzeugt haben, eher einen Schaden erlitten zu haben als nicht. Alle anderen gehen leer aus, obwohl sie u.U. eine bestimmte Schadenswahrscheinlichkeit bewiesen haben. Diese Ausgangslage ist unbefriedigend und kann nicht der Weisheit letzter Schluss sein.

Dass *quotenmässiger Schadenersatz* zugesprochen werden kann, ist dem ausservertraglichen Deliktsrecht nicht neu oder sogar fremd¹⁴. Eine prinzipielle Unzulässigkeit der "perte d' une chance" ist deshalb qualifiziert zu begründen. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist eine *wahrscheinlichkeitsorientierte Schadenersatzzusprechung* entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung geltendes Recht. Der bereits erwähnte *Ersatz des immateriellen Personenschadens infolge vereitelter Heiratsaussichten* ist nur ein Beispiel für eine "perte d' une chance", wenn man bedenkt, dass die Heiratswahrscheinlichkeit nur bei den 20- bis 29-jährigen Frauen bzw. 20- bis 39-jährigen Männern über 50%¹⁵ liegt. Im Hinblick auf die bald die 50% übersteigende Scheidungswahrscheinlichkeit wird deshalb kein überwiegend wahrscheinlicher immaterieller Nachteil, sondern eine immaterielle "perte d' une chance" entschädigt, wenn vereitelte Heiratschancen bei der Genugtuungsberechnung berücksichtigt werden.

Der *Erschwerungsschaden* ist schliesslich bestes Beispiel nicht nur für die Ersatzfähigkeit materieller Personenschäden, die nicht überwiegend wahrscheinlich sind, sondern auch eine wahrscheinlichkeitsorientierte Schadenersatzzusprechung. Der mutmasslich erwerbstätig gewesene Verletzte kann nicht nur Ersatz für den von ihm nachgewiesenen überwiegend wahrscheinlichen Lohn- oder Gewinnausfall (Erwerbsausfallschaden) fordern, sondern wird auch für die Gefährdung des zukünftigen Invalidenerwerbseinkommens durch konjunkturelle Faktoren entschädigt, die erfahrungsgemäss Personen mit eingeschränkter Erwerbsfähigkeit treffen (Erschwerungsschaden)¹⁶.

Das Bundesgericht hat unlängst einem selbständigerwerbenden Taxifahrer mit dem Hinweis auf die Nichtersatzfähigkeit der "perte d' une chance" Ersatz für den nicht überwiegend wahrscheinlichen Erwerbsausfall verweigert¹⁷, einem anderen selbständigerwerbenden Taxifahrer, der bis zum Unfall als unselbständigerwerbender Elektriker tätig war, einen Erschwerungsschaden von 10% zugesprochen, weil er infolge Hals- und Rückenschmerzen vermehrt pausieren und Ruhetage einlegen muss¹⁸. Wäre das Bundesgericht im letzteren Fall überzeugt gewesen, dass die Erholungszeiten überwiegend wahrscheinlich einen zukünftigen Erwerbsausfall zur Folge haben würden, hätte es diesen bei der Berechnung des zukünftigen Personenschadens berücksichtigen, umgekehrt aber wie im ersten Fall jedweden Schadenersatz verweigern

**** HAVE 2008 Seite 71 ****

müssen. Es hat aber trotzdem im Umfang der von ihm ermessensweise bewerteten Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Erwerbsausfalls Schadenersatz in Form des Erschwerungsschadens gewährt.

Der *Erschwerungsschaden* ist letztlich nichts anderes als ein *Anwendungsfall der "perte d' une chance"*. Der Geschädigte erhält nämlich Ersatz für einen nicht überwiegend wahrscheinlichen zukünftigen Erwerbsausfallschaden nach Massgabe der vom Gericht festgelegten Wahrscheinlichkeitsquote. Es ist bezeichnend, dass die Erschwerungsquoten praxismässig nie über 50% liegen¹⁹ - dann nämlich läge ein (zukünftiger) Erwerbsausfallschaden vor. Die neuere Rechtsprechung bejaht sogar die Ersatzfähigkeit von Erschwerungsschäden unterhalb von 10%²⁰.

Der Erschwerungsschaden unterscheidet sich von den Fällen vereitelter Heilungschancen. Bei Letzteren ist - wie im fraglichen Referenzentscheid BGE 133 III 462 ff. - oft die *überwiegende Kausalitätswahrscheinlichkeit* nicht gegeben bzw. umstritten. Bei der Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens demgegenüber ist die *überwiegende Kausalitätswahrscheinlichkeit* gegeben, nicht aber die *überwiegende Schadenswahrscheinlichkeit*. Es ist letztlich kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum der Geschädigte im einen, nicht aber im anderen Fall quotenmässigen Schadenersatz erhalten soll. Beide Konstellationen zeichnen sich dadurch aus, dass der Geschädigte den Kausalitäts- und Schadensbeweis, der zum Erhalt vollen Schadenersatzes berechtigten würde, mithin den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht erbracht hat.

Eine wahrscheinlichkeitsorientierte Schadenersatzzusprechung ist nicht zuletzt im Hinblick auf Art. 43 und 44 OR gerechtfertigt. Das Bundesgericht hat unlängst in einem Arzthaftpflichtfall eine im Zusammenhang mit einer konstitutionellen Prädisposition von der Tessiner Vorinstanz vorgenommene Reduktion des Schadenersatzes

um 70% nicht beanstandet²¹. Der beigezogene Gutachter war der Meinung, dass der Vorzustand mit einer Wahrscheinlichkeit von 60%-80% ohnehin zu einem Erwerbsausfall geführt hätte. Das Tatsachengericht stellte auf diese Wahrscheinlichkeitsquote ab und sprach dem verletzten Kläger - obwohl er den überwiegenden Kausalitätsbeweis nicht erbracht hatte - vollen Schadenersatz zu, kürzte diesen aber um 70%²². Das Bundesgericht gab zu dieser Reduktion seinen Segen²³. Im Ergebnis erhielt der verletzte Kläger im Umfang der von ihm mit Hilfe des Gutachters nachgewiesenen Wahrscheinlichkeitsquote von 30% Ersatz für den Erwerbsausfallschaden.

Was bleibt, ist Irritation: Mit Urteilen vom 12.6.2007²⁴ und 26.9.2007²⁵ lehnt das Bundesgericht die "perte d' une chance" als Rechtsfigur explizit ab, spricht aber in demselben Zeitraum mit Urteilen vom 16.2.2007²⁶ und vom 28.8.2007²⁷ Schadenersatz zu, obwohl die Wahrscheinlichkeit (eines zukünftigen Personenschadens) unter 50% lag. Das Bundesgericht hat die Chance, die sich ihm im Jahr 2007 eröffnet hat, vertan, sich eingehend darüber zu äussern, ob und inwieweit verlorene Chancen zu Schadenersatz berechtigen. Es bleibt ein Trost: Die im Jahr 2007 vertane Chance ist nicht verloren. Hoffentlich nutzen die Lausanner Richter diese Chance, uns Irritierten zu sagen, wie es nun wirklich um die verlorenen Chancen steht. Interessant wäre insbesondere zu erfahren, warum quotenmässig Schadenersatz bei einem misslungenen Schadensbeweis, nicht aber bei einem misslungenen Kausalitätsbeweis zugesprochen werden kann, und wie es sich schadenersatzrechtlich mit den verlorenen immateriellen Chancen verhält.

Fussnoten:

* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen.

¹ Vgl. Art. 46 Abs. 1 OR.

² Siehe z.B. LANDOLT, ZH-K, N 1221 ff. und 1278 ff. zu Art. 46 OR.

³ Die ältere Rechtsprechung qualifizierte bei weiblichen Geschädigten - nicht aber bei männlichen Geschädigten (BGE 35 II 405 E. 5) - verringerte Heiratsaussichten als Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Der ökonomische Nachteil liege darin, dass durch eine Heirat die wirtschaftliche Situation verbessert werde (BGE 100 II 298 E. 4b, 81 II 512 E. 2b und 33 II 124 sowie Urteil des Bundesgerichts 4C.108/2003 vom 1. Juli 2003 = HAVE 2004, 214 (Bemerkungen von HANSJÖRG STEINER) E. 3.2).

⁴ Siehe z.B. LANDOLT, ZH-K, N 174 und 189 zu Art. 47 OR.

⁵ Vgl. Art. 42 Abs. 2 OR.

⁶ Siehe die Hinweise bei MÜLLER, Hat die "perte d'une chance" in der Schweiz noch eine Chance? BGE 133 III 462, ZBJV 2007, 862 ff.

⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kt. Freiburg vom 12. Februar 2006 (1A 02 39) = RFJ 2007, 31 ff.

⁸ Vgl. BGE 133 III 462 E. 4.2 ff.

⁹ ZR 1989, 209.

¹⁰ ZR 1989, 216.

¹¹ Vgl. BGE 133 III 462 E. 4.3.

¹² So z.B. DUPONT, Dommage vers une nouvelle definition?, SJ 2003 II, 471 ff., 476.

¹³ Vgl. BGE 133 III 462 E. 4.3.

¹⁴ Vgl. Art. 43 und 44 OR.

¹⁵ Weiterführend < <http://www.bfs.admin.ch>>.

¹⁶ Weiterführend z.B. LANDOLT, ZH-K, N 1210 ff. zu Art. 46 OR.

¹⁷ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_227/2007 vom 26. September 2007 E. 3.5.

¹⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.234/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4.2 f.

¹⁹ Siehe z.B. die Hinweise bei LANDOLT, ZH-K, N 1242 ff. zu Art. 46 OR.

²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.108/2003 (Fn. 3), E. 4 (8%).

²¹ Vgl. Urteil 4C.49/2007 vom 28. August 2007 E. 5.6.

²² Vgl. Urteil 4C.49/2007 vom 28. August 2007 E. 5.2.2.

²³ Vgl. Urteil 4C.49/2007 vom 28. August 2007 E. 5.2.3 ff.

²⁴ BGE 133 III 462 ff.

²⁵ Urteil 4A_227/2007.

²⁶ Urteil 4C.234/2006.

²⁷ Urteil 4C.49/2007.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.