

Dokument	AJP 2021 S. 828
Autor	Vito Roberto, Jennifer Zbinden
Titel	Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_605/2019 vom 27. Mai 2020, A. gegen B., Anwaltshaftung bei einem Arzthaftungsprozess.
Urteilsbesprechung	4A_605/2019
Seiten	828-832
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Arnold F. Rusch
Frühere Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

AJP 2021 S. 828

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

2. Privatrecht / Droit privé
2.7. Schuldrecht – allgemein / Droit des obligations – en général
2.7.3. Haftpflichtrecht / Responsabilité civile
BGer [4A_605/2019](#): Anwaltshaftung

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil [4A_605/2019](#) vom [27. Mai 2020](#), A. gegen B., Anwaltshaftung bei einem Arzthaftungsprozess.

Vito Roberto *



* Vito Roberto, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Direktor des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (IRP-HSG).

Jennifer Zbinden **



Das Bundesgericht bejahte im vorliegenden Entscheid die Haftung eines Rechtsanwalts aufgrund unsorgfältiger Mandatsführung in einem Arzthaftungsprozess. Um zu diesem Resultat zu gelangen, hatte das Bundesgericht gleich doppelt von einer hypothetischen Annahme auszugehen: Einerseits musste es den hypothetischen Gesundheitszustand des Geschädigten bei erfolgter Behandlung und andererseits den hypothetischen Prozessausgang bei sorgfältiger Prozessführung beurteilen. Diese Entscheidbesprechung zeigt die Schwierigkeit einer solchen doppelten hypothetischen Annahme auf und ordnet diese zugleich dogmatisch ein.

I. Sachverhalt

Ein Patient erlitt während einer Operation im Spital einen Hirninfarkt. Die leitende Radiologin des Spitals hatte den Infarkt nicht entdeckt, weshalb dieser auch nicht behandelt wurde. Der Hirninfarkt führte zu einer rechtsseitigen Lähmung sowie einer Beeinträchtigung der Sprechfähigkeit und weiterer im Alltag erforderlicher Fähigkeiten. Der geschädigte Patient machte am Bezirksgericht Hinwil einen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch gegen das Spital geltend.

Zur Abklärung, ob ein Behandlungsfehler und eine natürliche Kausalität zum Hirninfarkt vorlagen, holte das Gericht ein Gutachten ein. Den Parteien wurde anschliessend eine Frist zur Stellungnahme angesetzt. Der Rechtsanwalt des Geschädigten verpasste jedoch diese Frist. Der Geschädigte beauftragte daraufhin einen neuen Rechtsanwalt mit der Wahrung seiner Interessen. Die Klage gegen das Spital wurde mangels Nachweises der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden vom Bezirksgericht Hinwil, vom Obergericht Zürich sowie vom Bundesgericht abgewiesen.¹

Der Geschädigte erhob daraufhin beim Regionalgericht Bern-Mittelland Teilklage auf Zahlung von CHF 30'000 gegen seinen ehemaligen Rechtsanwalt, welcher es verpasst hatte, Ergänzungsfragen zum Gutachten zu stellen, und somit die Gutachter nicht darauf hingewiesen hatte, dass diese von einem falschen Kausalitätsbegriff ausgegangen waren. Nach Ansicht des Geschädigten hätten die Gerichte bei einem Hinweis, wie die Kausalität im Arzthaftungsprozess richtigerweise festzustellen ist, die Kausalität der Pflichtverletzung und somit auch den Schadenersatzanspruch des Geschädigten bejaht.

Das Regionalgericht Bern-Mittelland teilte diese Ansicht des Geschädigten und hiess die Klage gegen seinen ehemaligen Rechtsanwalt gut. Sowohl das Obergericht des Kantons Bern als auch das Bundesgericht wiesen die Berufung bzw. Beschwerde gegen diesen Entscheid ab.

II. Wesentliche Erwägungen des Bundesgerichts

Die Erwägungen des Bundesgerichts sind umfangreich, da zur Beurteilung der Klage gegen den ehemaligen Rechtsanwalt auch der Verlauf des Arzthaftungsverfahrens gegen das Spital von Bedeutung war. Nachfolgend werden nur die für die vorliegende Entscheidungsbesprechung relevanten Erwägungen zusammengefasst.

Entscheidend war zunächst die Frage, ob das Gutachten im Arzthaftungsverfahren tatsächlich von einem falschen Kausalitätsbegriff ausging, d.h. insofern mangelhaft war. Das Bundesgericht stellte fest, das Gutachten beantworte nur die Frage, wie hoch die Wahrscheinlichkeit gewesen wäre, dass der Geschädigte bei richtiger Behandlung eine leichte bis gar keine Beeinträchtigung erlitten hätte, also wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines «guten Resultats» gewesen wäre (E. 3.1). Die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden sei jedoch nicht nur zu bejahen, wenn ohne Pflichtverletzung ein «guter» Gesundheitszustand

** Jennifer Zbinden, M.A. HSG in Rechtswissenschaft, Gerichtsschreiberin i.V., Kantonsgericht Glarus.

¹ Vgl. BGer, [4A 516/2012](#), 8.2.2013.

habe erwartet werden dürfen, sondern bereits dann, wenn ohne Pflichtverletzung ein «besserer» Gesundheitszustand eingetreten wäre (E. 5.6). Indem sich das Gutachten zu die-

AJP 2021 S. 828, 829

ser zweiten Wahrscheinlichkeit nicht äusserte, beantwortete es die für diese Kausalität im vorliegenden Fall relevante Frage nicht, weshalb es nach Auffassung des Bundesgerichts mangelhaft war (E. 5.6.3).

Sodann prüfte das Bundesgericht, ob bei Anwendung des richtigen Kausalitätsbegriffs das Spital im Ursprungsprozess gegenüber dem Geschädigten aufgrund der unterlassenen Behandlung schadenersatzpflichtig geworden wäre. Der Schadenersatzanspruch umfasse die finanzielle Differenz zwischen den Kosten, die aufgrund des tatsächlichen Gesundheitszustands des Geschädigten resultierten, und den hypothetischen Kosten, welche mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nach erfolgter (sachgerechter) Behandlung angefallen wären. Das Bundesgericht hatte somit den tatsächlichen Gesundheitszustand des Geschädigten (ohne Behandlung) mit dem hypothetischen Gesundheitszustand zu vergleichen, in dem der Geschädigte sich nach Durchführung der Behandlung befände (E. 5.6). Die Vorinstanz ging davon aus, der Gesundheitszustand des Geschädigten wäre bei Vornahme der Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besser gewesen als sein tatsächlicher Zustand ohne Behandlung. Das Bundesgericht bezeichnete diese Einschätzung als «*jedenfalls nicht willkürlich*» (E. 7.2). Bei Anwendung des richtigen Kausalitätsbegriffs wäre das Spital daher im Ursprungsprozess dem Geschädigten gegenüber schadenersatzpflichtig geworden.

Basierend auf diesen Überlegungen hatte das Bundesgericht schliesslich zu entscheiden, ob der verlorene Arzthaftungsprozess auf eine kausale Pflichtverletzung des ehemaligen Rechtsanwalts des Geschädigten zurückzuführen ist (vgl. E. 5.7 und E. 5.9). Das Bundesgericht führte diesbezüglich aus, der ehemalige Rechtsanwalt hätte durch das Stellen der Ergänzungsfragen dafür sorgen müssen, dass seitens des Gutachters die juristisch relevanten Fragen beantwortet werden; also nicht bloss, ob bei richtiger Behandlung (fast) keine Beschwerden, sondern auch, ob bei richtiger Behandlung leichtere Beschwerden eingetreten wären. Weil er das versäumt habe, habe den Einwänden des neuen Rechtsanwalts gegen den dem Gutachten zugrundeliegenden Kausalitätsbegriff im Arzthaftungsprozess nicht gefolgt werden können. Insofern bejahte das Bundesgericht das Vorliegen einer kausalen Pflichtverletzung des ehemaligen Rechtsanwalts, weshalb dieser seinem früheren Mandanten gegenüber haftpflichtig wurde.

III. Anmerkungen

A. Anwaltshaftungen für ärztliche Fehler

Missglückt ein medizinischer Eingriff, klagen enttäuschte Patienten immer häufiger gegen den sie behandelnden Arzt bzw. das Spital, was das Haftungsrisiko im Bereich der Gesundheitsversorgung erhöht.² Auch bei Anwälten besteht vermehrt die Gefahr, von ihren Mandanten belangt zu werden,³ was sich etwa in der leicht gestiegenen Anzahl von Anwaltshaftungsprozessen am Bundesgericht niederschlägt.⁴ Da Arzthaftungen oftmals schwierige rechtliche Fragen aufwerfen, besteht gerade bei diesen Verfahren ein

² Vgl. Jean-Claude Werz, Die Berufshaftpflichtversicherung für Ärzte – Funktion, Umfang, Sonderfragen, in: Hardy Landolt/Bernhard Stehle (Hrsg.), Arzthaftpflicht 2019, Zürich 2019, 203 ff., 204; Walter Fellmann, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, [HAVE 2016, 95 ff.](#), 95; Thomas Müller, Die Haftung des Anwaltes – ausgewählte Aspekte, [Anwaltsrevue 2015, 459 ff.](#), 459; Thomas Koller, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil [4C.316/2001](#) vom 7.2.2002 in Sachen A.P. c. M. (nicht publiziert), [AJP 2003, 713 ff.](#), 715; Christa Kissling/Raphael Lanz, Die Sorgfaltspflicht der Anwältinnen und Anwälte in der Praxis, [recht 1997, 203 ff.](#), 203. Dies sieht man auch an den steigenden Haftpflichtprämien für Ärzte, vgl. Christoph Müller, Die medizinische Berufshaftpflichtversicherung zwischen Gesetzgebung und Versicherungsmarkt, [AJP 2007, 329 ff.](#), 329; Matthias Schnyder, Überblick über den Deckungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, [Anwaltsrevue 2007, 151 ff.](#), 151 m.w.H.

³ Vgl. zur Haftung des Anwaltes etwa Fellmann (FN 2), 95 f.; T. Müller (FN 2), 459; Hans Peter Walter/Markus Schmid, Unvorsichtige Führung eines Anwaltsmandats – Anwaltshaftung, in: Stephan Weber/Peter Münch (Hrsg.), Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. A., Basel 2015, 947 ff., 950; Koller (FN 2), [AJP 2003, 715](#); Walter Fellmann/Thierry Luterbacher, Die Haftung des Anwaltes für falsche Schadenberechnung, [HAVE 2003 \(Sonderheft\), 35 ff.](#), 60; Fabio Schlüchter, Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug praktischer Fragen der Haftpflichtversicherung, [AJP 1997, 1359 ff.](#), 1359, 1367. Daniel Summermatter/Christoph Gerber, Grundfragen des Anwaltshaftungsprozesses, [HAVE 2017, 3 ff.](#), 4, sprechen dagegen davon, dass die Zahl der Haftungsklagen seit einigen Jahren mehr oder weniger konstant bleiben würde bzw. sogar leicht rückläufig sei.

⁴ Eine Suche auf der Bundesgerichtsseite ergibt, dass in den Jahren 2016–2020 acht Anwaltshaftungsfälle vom Bundesgericht beurteilt worden sind, während es in den Jahren 2011–2015 vier und in den Jahren 2006–2010 und 2001–2005 nur je drei waren.

erhöhtes Risiko der in diesen Verfahren involvierten Anwälte, wegen mangelhafter Prozessführung belangt zu werden.

Eine der Schwierigkeiten bei der Entscheidung in Arzt- und Anwaltshaftungsprozessen liegt darin, dass bei diesen Sachverhalten hypothetische Geschehnisse besonders unsicher sind. Bei Arzthaftungsprozessen geht es um die Wahrscheinlichkeit, dass sich der gesundheitliche Zustand des Patienten bei fehlerfreier ärztlicher Behandlung verbessert hätte;⁵ bei der Anwaltshaftung ist zu beurteilen, wie die Ge-

AJP 2021 S. 828, 830

richte im Erstprozess den Fall entschieden hätten, wenn der Anwalt seine Sorgfaltspflichten nicht verletzt hätte.⁶

B. Verdoppelung der hypothetischen Annahmen

Im vorliegenden Urteil kumulieren sich diese beiden hypothetischen Fragestellungen: Hätte sich, erstens, der Gesundheitszustand des Patienten bei sachgerechter Behandlung verbessert? Und wäre, zweitens, der Erstprozess bei sachgerechter Prozessführung für den Geschädigten vorteilhafter ausgegangen?

Bei Arzthaftungsprozessen hat der Geschädigte nachzuweisen, dass seine Gesundheitsbeeinträchtigung auf eine Sorgfaltswidrigkeit des behandelnden Arztes zurückzuführen ist.⁷ Dieser Nachweis ist jedoch mit der Unsicherheit behaftet, dass die genaue Ursache einer Gesundheitsbeeinträchtigung, die Wirkungen einer Behandlung und der Einfluss von Drittursachen oftmals unklar sind. Es lässt sich deshalb nicht mit Sicherheit ermitteln, wie sich der Gesundheitszustand des Patienten bei pflichtgemässer Behandlung entwickelt hätte.⁸ Der Kausalitätsnachweis ist entsprechend schwierig.⁹ Auch der Nachweis eines Behandlungsfehlers des Arztes kann mit Unsicherheiten behaftet sein und ist in der Regel nur durch Einholen eines medizinischen Gutachtens zu erbringen.¹⁰

Entsprechende Schwierigkeiten stellten sich auch im vorliegenden Fall. Zwar lag eine Studie zum Krankheitsverlauf von Hirninfarkten nach erfolgter Behandlung vor; sie basiert allerdings bloss auf 57 untersuchten Patienten, wodurch ihre Aussagekraft erheblich geschmälert ist.¹¹ Ob solche Studien geeignet sind, den rechtlich erforderlichen Nachweis der Kausalität zu erbringen, ist fraglich.

Die natürliche Kausalität ist im Haftpflichtrecht nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachzuweisen. Aufgrund der notorischen Beweisschwierigkeiten hat die Rechtsprechung das erforderliche Beweismass für die natürliche Kausalität auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt.¹² Zudem bestehen nach der Rechtsprechung bei Arzthaftungsprozessen verschiedene Vermutungen zugunsten des Geschädigten. So hat das Bundesgericht in einem Leitsatz aus dem Jahr 1994 entschieden, bei Erkennbarkeit möglicher negativer Auswirkungen einer Behandlung begründe der Eintritt solcher Auswirkungen die tatsächliche Vermutung, der Arzt habe seine Sorgfaltspflicht verletzt.¹³ In einem anderen Entscheid aus dem Jahr 2004 hat das Bundesgericht entschieden, dass ein vom Arzt verschuldeter Dokumentationsmangel eine Herabsetzung des Beweismasses für den Geschädigten rechtfertige.¹⁴ Das Obergericht des Kantons Zürich

⁵ Vgl. OGer ZH, 17.11.1988, E. 7a, in: [SJZ 1989, 119 ff.](#), 121; vgl. Regina E. Aebi-Müller/Walter Fellmann/Thomas Gächter/Bernhard Rütsche/Brigitte Tag, *Arztrecht*, Bern 2016, § 7 N 66 ff. So auch im vorliegenden Urteil, vgl. BGer, [4A 605/2019](#), 27.5.2020, E. 5.6.

⁶ Vgl. BGer, [4A 659/2018](#), 15.7.2019, E. 3.1.3; BGer, [4A 49/2016](#), 9.6.2015, E. 4.2; Michael Kull, *Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten*, Zürich 2000, 115 f.; T. Müller (FN 2), 463; Markus Schmid, *Klippen des Haftpflichtprozesses wegen Anwaltsfehlern, insbesondere Schaden und Kausalzusammenhang*, in: Stephan Weber/Walter Fellmann (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2017*, Zürich/Basel/Genf 2017, 67 ff., 67 f.; Summermatter/Gerber (FN 3), 7; Walter/Schmid (FN 3), 972.

⁷ Vgl. Wolfgang Wiegand, *Der Arztvertrag, insbesondere Haftung des Arztes*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Arzt und Recht*, Bern 1985, 81 ff., 110.

⁸ Vgl. Wiegand (FN 7), 107; Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag (FN 5), § 7 N 68.

⁹ S. auch Wiegand (FN 7), 109; Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag (FN 5), § 7 N 68.

¹⁰ Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag (FN 5), § 7 N 31.

¹¹ Vgl. BGer, [4A 605/2019](#), 27.5.2020, E. 3.1 und E. 7.3.

¹² Vgl. [BGE 133 III 462 E. 4.4.2](#) m.w.H.; [BGE 113 Ib 420 E. 3](#) m.w.H.; BGer, [4A 521/2011](#), 5.3.2012, E. 3.2.1 m.w.H.; BGer, [4A 48/2010](#), 9.7.2010, E. 7.1 m.w.H. So auch im vorliegenden Entscheid, vgl. BGer, [4A 605/2019](#), 27.5.2020, E. 5.5.1.

¹³ [BGE 120 II 248 E. 2c](#). Relativiert in BGer, [4C.53/2000](#), 13.6.2000, E. 2b und 2c. Offengelassen, ob die Vermutung greife, in [BGE 133 III 121 E. 3.4](#); BGer, [4A 216/2016](#), 26.9.2016, E. 3.4; BGer, [4A 137/2015](#), 19.8.2015, E. 6.3.1.

¹⁴ BGer, [4C.378/1999](#), 23.11.2004, E. 6.3. Kritisch hierzu Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag (FN 5), § 7 N 49 ff.

ging in einem Entscheid aus dem Jahr 1988 sogar davon aus, dass der Kausalzusammenhang zu vermuten ist, wenn «*der Nachweis des Kausalzusammenhanges gerade wegen der begangenen Pflichtverletzung nicht möglich ist [...] sowie [...] die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass die Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal war*».¹⁵ Zudem trifft den Arzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Mitwirkungsobliegenheit beim Nachweis negativer Tatsachen.¹⁶

Führt ein Anwalt einen Arzthaftungsprozess nicht mit der erforderlichen Sorgfalt, stellt sich in einem Prozess gegen ihn die Frage, wie der Arzthaftungsprozess ohne Sorgfaltspflichtverletzung des Anwalts ausgefallen wäre.¹⁷ Die Sorgfaltspflichtverletzung, die Kausalität und der Schaden sind vom Geschädigten nachzuweisen.¹⁸ Dabei stellt sich ebenso wie bei einem Arzthaftungsprozess die Schwierigkeit, dass hypothetische Geschehensabläufe zu eruieren

AJP 2021 S. 828, 831

sind, welche sich in der Realität gerade nicht ereignet haben und somit nicht direkt bewiesen oder festgestellt werden können.

Im vorliegenden Fall war zu prüfen, wie die Gerichte die Arzthaftungsklage entschieden hätten, wenn der Anwalt des Geschädigten auf den falschen Kausalitätsbegriff des Gutachtens hingewiesen und die sachgerechten Ergänzungsfragen gestellt hätte. Da der Anwalt dies unterliess, bleibt unklar, wie die Gerichte bei sorgfältigem Handeln des ehemaligen Rechtsanwaltes entschieden hätten. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Gerichte im Arzthaftungsprozess die Mangelhaftigkeit des Gutachtens selbst nicht bemerkten.¹⁹

In Verfahren wie dem vorliegenden, bei welchem ein erfolgloser Arzthaftungsprozess die Grundlage für einen Anwaltshaftungsprozess darstellt, hat ein Gericht somit in zweifacher Hinsicht hypothetische Geschehnisse zu beurteilen: einerseits die hypothetische Gesundheitsentwicklung und andererseits den hypothetischen Prozessausgang. Diese doppelte Hypothese führt zu einem erheblichen aleatorischen Element. Denn es lässt sich kaum mit der notwendigen Sicherheit beantworten, was gewesen wäre, wenn sowohl der Arzt als auch der Anwalt pflichtgemäss gehandelt hätten.

Bedeutsam sind deshalb Beweislastverteilung, Beweismass und Beweiserleichterungen. Je nach deren Verteilung und Ausgestaltung können sie den Prozessausgang massgeblich beeinflussen.

C. Rechtmässiges Alternativverhalten oder hypothetische Kausalität?

Für die dogmatisch Interessierten ist noch auf die rechtliche Einordnung der behandelten Thematik einzugehen. Die Frage, was passiert wäre, wenn der Arzt bzw. der Anwalt richtig gehandelt hätte, wird vom Bundesgericht bei der «*hypothetischen Kausalität*» eingeordnet.²⁰ In Betracht kommt freilich auch das «*rechtmässige Alternativverhalten*».

Der Begriff «*rechtmässiges Alternativverhalten*» bezeichnet den Einwand, dass der Schaden auch bei rechtmässigem Verhalten des Schädigers eingetreten wäre.²¹ Es wird somit bestritten, dass die Pflichtverletzung des Schädigers für den Schadenseintritt von Relevanz sei.²²

¹⁵ OGer ZH, 17.11.1988, E. 7b, in: [SJZ 1989, 119 ff.](#), 122.

¹⁶ BGer, [4C.53/2000](#), 13.6.2000, E. 2c mit Verweis auf [BGE 119 II 305 E. 1b/aa](#); Hardy Landolt, Medizinalhaftung – Aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung, [HAVE 2009, 329 ff.](#), 345.

¹⁷ Vgl. BGer, [4A 659/2018](#), 15.7.2019, E. 3.1.3; BGer, [4A 49/2016](#), 9.6.2015, E. 4.2; Kull (FN 6), 115 f.; T. Müller (FN 2), 463; Schmid (FN 6), 67 f.; Summermatter/Gerber (FN 3), 7; Walter/Schmid (FN 3), 972.

¹⁸ Vgl. Summermatter/Gerber (FN 3), 5; Walter Fellmann, Die Haftung des Anwaltes, in: Walter Fellmann/Claire Huguenin Jacobs/Tomas Poledna/Jörg Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, 185 ff., 187 m.w.H.

¹⁹ Vgl. BGer, [4A 605/2019](#), 27.5.2020, E. 5.7.

²⁰ Vgl. BGer, [4A 605/2019](#), 27.5.2020, E. 5.5.2.

²¹ Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, [Art. 41–61 OR](#), 4. A., Bern 2013 (zit. BK-Brehm), [Art. 41 OR](#) N 149h; BSK [OR](#) I-Kessler, Art. 41 N 29a, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK [OR](#) I-Verfasser); Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2020, N 2951c; Landolt (FN 16), 334; Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, Aussservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 765; Vito Roberto, Schadensrecht, Basel 1997, 60; Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020, N 21.07; Bernhard Studhalter, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Zürich 1995, 171.

²² Rey/Wildhaber (FN 21), N 765; Studhalter (FN 21), 171.

Die «*hypothetische Kausalität*» bezeichnet dagegen die Situation, wenn ein Schaden durch eine primäre rechtswidrige Handlung eintritt, dieser jedoch aufgrund einer sekundären rechtswidrigen «*Reserveursache*» ohnehin entstanden wäre.²³ Gelegentlich verwendet man (in gleichem oder ähnlichem Sinne) auch die Begriffe «*überholende Kausalität*» oder «*Doppelkausalität*».²⁴

Der Unterschied der beiden Konzepte wird in der Lehre teilweise darin gesehen, dass sich beim rechtmässigen Alternativverhalten die Hypothese auf ein *gleichzeitiges* alternatives Verhalten bezieht, während es bei der hypothetischen Kausalität um eine *zeitlich spätere* Reserveursache geht.²⁵ Sachgerecht wäre jedoch die Unterscheidung, dass bei der hypothetischen Kausalität die hypothetische Schädigung infolge eines Drittrisikos (Zufall, Verhalten eines Dritten oder Umstände beim Geschädigten) eintritt; wohingegen beim rechtmässigen Alternativverhalten die hypothetische Schädigung Folge eines eigenen alternativen Verhaltens des Schädigers ist.²⁶ Das rechtmässige Alternativverhalten ist daher der Rechtswidrigkeit, nicht der Kausalität zuzuordnen. Auch die hypothetische Kausalität ist (trotz des Begriffs) nicht bei der Kausalität einzuordnen, sondern gehört zur Schadensberechnung bzw. zur wertenden Schadenszurechnung.²⁷

Sowohl bei der diskutierten Arzt- als auch bei der Anwaltshaftung handelt es sich infolgedessen um eine Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens und nicht der hypothetischen Kausalität. Denn das Bundesgericht hatte abzuklären, ob die Beeinträchtigung des Gesundheitszustands

AJP 2021 S. 828, 832

des Geschädigten auch bei pflichtgemässer Behandlung durch den Arzt (= alternatives Verhalten des Schädigers) eingetreten wäre. Auch bei der Frage nach der Haftung des ehemaligen Rechtsanwalts des Geschädigten war zu klären, ob der negative Prozessausgang auch bei sorgfältiger Prozessführung durch den Anwalt (= alternatives Verhalten des Schädigers) eingetreten wäre. In beiden Fällen war dagegen nicht strittig, ob die Beeinträchtigung des Gesundheitszustands des Geschädigten bzw. der negative Prozessausgang durch Zufall, Verhalten einer Drittperson oder Umstände beim Geschädigten ohnehin eingetreten wäre.

²³ BK-Brehm (FN 21), [Art. 41 OR](#) N 149; Roberto (FN 21), 58; Schwenzer/Fountoulakis (FN 21), N 21.04.

²⁴ BSK [OR](#) I-Kessler (FN 21), Art. 41 N 26 f.

²⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (FN 21), N 2951c; vgl. auch Christoph B. Bühler, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016, 61 ff., 67.

²⁶ [BGE 122 III 229 E. 5a/aa](#); Roberto (FN 21), 61 m.w.H.; Rolf H. Weber/Susan Emmenegger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, [Art. 97–109 OR](#), 2. A., Bern 2020, [Art. 97 OR](#) N 406 m.w.H.

²⁷ Roberto (FN 21), 62; Schwenzer/Fountoulakis (FN 21), 21.05; Studhalter (FN 21), 37; vgl. auch Lukas Wyss, Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität, [SJZ 1997, 313 ff.](#), 322.