

«Folgenschwere Gastroenteritis» Falllösung im Privatrecht

Caroline von Graffenried*

Der nachfolgende Fall wurde im Frühlingsemester 2016 im Auftrag und mit Hilfe von Prof. Dr. Thomas Koller¹ konzipiert und als Falllösung im Privatrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern gestellt.² Die Aufgabenstellung wurde am Montag, 14. März 2016, publiziert. Für die Bearbeitung des Falles auf fünfzehn Seiten hatten die Studierenden drei Wochen Zeit.³ Die entsprechende Lösungsskizze diente als Korrekturhilfe und wurde den Studierenden nach Eröffnung der Noten und Zustellung der korrigierten Arbeiten zur Verfügung gestellt.

A. Aufgabenstellung

Die am 24. Juni 2011 geborene Lara Gasser befand sich vom 18. Juli 2011 bis am 14. Januar 2013 in Behandlung bei Kinderarzt Dr. med. Fred Windel.

In der Nacht vom Mittwoch, 9. Januar 2013, auf den Donnerstag, 10. Januar 2013, litt das damals einhalbjährige Mädchen an starkem Durchfall, Erbrechen und Fieber. Ihre (alleinerziehende) Mutter, Greta Gasser, rief am darauffolgenden Morgen in der Praxis von Dr. Windel an. Ans Telefon ging die Praxisassistentin, Frau Hanna Hässig. Greta Gasser schilderte Frau Hässig die Ereignisse der letzten Nacht und fragte, was sie tun solle. Diese antwortete knapp, Magen-Darm-Beschwerden kämen bei Kleinkindern oft vor und böten grundsätzlich keinen Anlass zur Sorge, zumal solche Erkrankungen nach 2–4 Tagen spontan wieder abheilen. Frau Hässig riet Frau Gasser, dem Kind nur leichtverdauliche Kost, wie etwa Zwieback, Bananenbrei, Karottenbrei oder Bouillon zu verabreichen und es mit leicht gesüssten Getränken zum Trinken zu animieren. Bestimmt werde es Lara bald besser gehen. Als die besorgte Mutter nachfragte, ob denn nicht ein Termin bei Dr. Windel möglich sei, gab die überarbeitete Frau Hässig gereizt zur Antwort, eine ärztliche Untersuchung sei zum jetzigen Zeitpunkt nicht nötig. Dr. Windel sei an diesem Morgen mit ernsthafteren Fällen sehr beschäftigt und am Donnerstagnachmittag sei ja bekanntermassen Ärztesonntag. Sie könne nach dem Wochenende (d.h. am

Montag, 14. Januar 2013) wieder anrufen, wenn es Lara bis dann nicht besser gehe. Dr. Windel wurde von Frau Hässig nicht über das Telefongespräch informiert.

* MLaw, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, Abteilung Prof. Dr. Thomas Koller.

- 1 Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Ich danke Herrn Prof. Koller herzlich für die wertvollen Ratschläge und Korrekturen bei der Konzeption der Aufgabenstellung und beim Verfassen der Lösungsskizze.
- 2 Gemäss Art. 15 Abs. 1 des Reglements über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Studienreglement RW [RSL RW]) vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014, müssen Studierende während des Hauptstudiums (welches zusammen mit dem Einführungsstudium das Bachelorstudium bildet) eine sog. Bachelorarbeit verfassen. Diese setzt sich gemäss Art. 15 Abs. 2 RSL RW zusammen aus einer Falllösung aus den Gebieten des Privat- oder Wirtschaftsrechts sowie einer Falllösung aus den Gebieten des öffentlichen Rechts oder des Strafrechts.
- 3 Vgl. Art. 15 Abs. 3 RSL RW. Betreffend Umfang und Anforderungen an die Falllösung siehe Art. 15 Abs. 4 RSL RW i.V.m. den Richtlinien der Rechtswissenschaftlichen Fakultät über die Anforderungen an Umfang und Form der Falllösungen vom 16. August 2012 (Stand 2. Oktober 2015), abrufbar unter: http://www.ziv.unibe.ch/studium/falloesungen_bachelorarbeit/laufendes_semester/index_ger.html (zuletzt besucht am 26.5.2016).

Entgegen der Annahme von Frau Hässig verschlechterte sich der Zustand von Lara Gasser am darauffolgenden Tag. Das ohnehin schon hohe Fieber stieg noch mehr und das Kind wirkte insgesamt matt und abgeschlagen. Zudem verweigerte es zunehmend das Essen und Trinken, da es noch immer nichts bei sich behalten konnte. Unglücklicherweise war Frau Gasser aber aufgrund der forschen Art von Frau Hässig zu gehemmt, um noch vor dem Wochenende erneut in der Praxis anzurufen. Obwohl das Mädchen zunehmend apathischer wurde, ging Frau Gasser davon aus, dass sie bis am Montag zuwarten könne.

Am Morgen des 14. Januar 2013 wurde Lara Gasser schliesslich bewusstlos und litt an Krampferscheinungen. Die Mutter fuhr mit dem Kind zur Arztpraxis. Dr. Windel, der bisher keine Kenntnis von der Magen-Darm-Erkrankung von Lara Gasser hatte, war bei seiner Ankunft völlig schockiert über den Zustand seiner jungen Patientin. Schon nach wenigen Fragen an die Mutter und einer kurzen Untersuchung erkannte er, dass das Mädchen an einer massiven Dehydration, d.h. an einem massiven Flüssigkeitsmangel des Körpers, litt. Sofort leitete er die nötigen Massnahmen (Infusion und Hospitalisierung) ein, wodurch Lara in letzter Minute vor dem Tod gerettet werden konnte.

Der Flüssigkeitsmangel blieb indes nicht folgenlos. Aufgrund der Dehydration wurde das Kind am Hirn schwer und irreversibel geschädigt, musste mehrere Wochen im Spital verbringen und ist seither pflegebedürftig. Nach einigen Monaten zeigte sich auch, dass es wachstumsgestört ist und sein Leben im Rollstuhl verbringen wird.

Ein medizinisches Gutachten ergab, dass Lara an einer – bei Erwachsenen wie bei Kindern gelegentlich vorkommenden – viral verursachten Gastroenteritis (umgangssprachlich Magen-Darm-Grippe) litt. Die Hirnschädigung ist auf die massive Dehydration zurückzuführen, die aufgrund des starken Durchfalls und Erbrechens bzw. der nicht ausreichenden ausgleichenden Flüssigkeitszufuhr entstanden ist. Ab Flüssigkeitsverlusten von 10% des Körpergewichts kann es zu einem Schock und zu einer dauerhaften Schädigung oder zum Tod des Patienten kommen. Die Dehydration ist die wichtigste Komplikation im Zusammenhang mit Durchfallerkrankungen wie im vorliegenden Fall. Speziell Säuglinge und Kleinkinder sind besonders und schneller als Erwachsene dehydrationsgefährdet. Der Flüssigkeitsverlust muss

deshalb unbedingt ausgeglichen werden und im Falle von heftigen Durchfallerkrankungen wie im vorliegenden Fall ist eine ärztliche Untersuchung und Kontrolle des Krankheitsverlaufs notwendig.

In der Folge wandte sich Greta Gasser an ihre gute Bekannte Renée Radicher, die soeben das Anwaltspatent im zweiten Anlauf erworben und danach umgehend eine Anwaltskanzlei (ohne Personal und ohne grosse Infrastruktur) eröffnet hatte. Die forsche Junganwältin machte gegenüber Dr. Windel eine hohe Schadenersatzforderung geltend, welche dieser bestritt. Dr. Windel zog, unterstützt von seiner Berufshaftpflichtversicherung, ebenfalls einen Anwalt bei, und zwar seinen Schulfreund Hans Kefeli, einen graubärtigen Patriarchen alter Schule, der nicht viel von Frauen als Juristinnen hält. Während Monaten verhandelten die Parteien erfolglos, wobei diese Verhandlungen wegen der Animositäten zwischen der jungen Anwältin und dem alten Fürsprecher stark erschwert wurden. Hans Kefeli liess immer wieder (auch gegenüber Greta Gasser) durchblicken, dass er die fachlichen Qualitäten von Renée Radicher als sehr niedrig, seine eigenen aber sehr hoch einschätzte, was die Anwältin bisweilen fast zur Weissglut trieb.

Am 21. Januar 2015 reichte die Anwältin im Namen von Greta Gasser bei der zuständigen Schlichtungsbehörde ein Schlichtungsgesuch ein. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren vom 23. März 2015 erhob sie für Greta Gasser am 15. Mai 2015 beim erstinstanzlichen Gericht Klage gegen Dr. Windel. Sie beantragte (unter Berücksichtigung der zugesprochenen Leistungen der Sozialversicherer) Schadenersatz für deren Tochter von total CHF 800 000.–. Eigene Einbussen von Greta Gasser machte sie nicht geltend.

Hans Kefeli beantragte in der Klageantwort namens seines Klienten Abweisung der Klage. In erster Linie bestritt er die Aktivlegitimation von Greta Gasser, da nicht sie, sondern deren Tochter, Lara Gasser, Patientin von Dr. Windel gewesen sei. Zudem stellte sich der Anwalt auf den Standpunkt, dass sein Klient nicht für das Verhalten seiner Praxisassistentin einzustehen habe.

Am 8. Dezember 2015 wies das Gericht die Klage mangels Aktivlegitimation ab. Das nur knapp begründete Urteil ging der Anwältin von Greta Gasser am 9. Dezember 2015 zu. Renée Radicher wollte ihrer Klientin die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage

nicht verderben und orientierte sie daher erst am 4. Januar 2016 schriftlich über den unglücklichen Prozessausgang. Greta Gasser war schockiert und reagierte während mehrerer Tage nicht. Schliesslich wandte sie sich am 14. Januar 2016 doch an ihre Bekannte und fragte, ob man nicht etwas gegen diesen Entscheid unternehmen könne. Diese meinte, dazu sei es nun zu spät; Greta Gasser hätte halt früher reagieren müssen. Aber man könne ja eine neue Klage einreichen, und zwar im Namen von Tochter Lara. Greta Gasser hatte jedoch schon seit einiger Zeit Zweifel an den fachlichen Fähigkeiten ihrer Anwältin, und das ungünstige Urteil schien die von Hans Kefeli zielgerichtet gesäten Zweifel nur zu deutlich zu bestätigen. Daher entzog sie der Anwältin das Mandat und wandte sich am 11. März 2016 an die erfahrene Anwältin Dr. Sonja Sommer, die zum einen den Ruf hat, sich von männlichen Gegenanwälten nicht so leicht ins Bockshorn jagen zu lassen, und zum andern dafür bekannt ist, dass sie von den beruflichen Fähigkeiten der neuen Anwaltsgeneration generell nicht sehr viel hält (denn – so ihr Standpunkt – früher, da hätte man anders als heute an der Uni noch was gelernt!). Frau Dr. Sommer meinte bereits bei der ersten Besprechung gegenüber ihrer neuen Klientin, die Voranwältin habe wohl nicht gerade gut gearbeitet. Dass die Voranwältin die Klage im Namen der Mutter eingereicht habe, leuchte ihr ein, und die Verneinung der Aktivlegitimation durch das erstinstanzliche Gericht sei fragwürdig. Es wäre daher wahrscheinlich klug gewesen, den Entscheid weiterzuziehen.

Frau Dr. Sommer übernimmt nicht nur den Haftpflichtfall gegen Dr. Windel, sondern will auch (mit Zustimmung ihrer neuen Klientin) durch eine Praktikantin/einen Praktikanten prüfen lassen, ob man die Voranwältin für die Kosten des ersten Prozesses haftbar machen könne.

Am Dienstag, 15. März 2016 beauftragt Sie Frau Dr. Sommer, bei der Sie das Anwaltspraktikum absolvieren, mit der Abklärung der Frage, ob die frühere Anwältin von Greta Gasser für die Kosten des verlorenen Prozesses einzustehen hat.

Hinweise:

- Gehen Sie davon aus, dass Lara Gasser ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist und dass im Prozess zwischen Greta Gasser und Dr. Windel

die Schadenhöhe nicht umstritten war. Ebenso wenig ist zu bezweifeln, dass das Verhalten von Hanna Hässig sorgfaltswidrig ist. Der Sorgfaltsverstoss wird denn von Hans Kefeli auch nicht bestritten. Schliesslich steht auch ein Mitverschulden der Mutter nicht zur Debatte, das schadenersatzmindernd oder gar kausalitätsunterbrechend hätte wirken können. Diese Annahme erfolgt hier zur Vereinfachung der Aufgabe. Das Bundesgericht würde es wohl anders sehen, was indessen zu einer aus relational-feministischer Sicht kritisierten Privilegierung männlich konnotierter Verhaltensmuster führen würde (vgl. SUSAN EMMENEGGER, Feministische Kritik des Vertragsrechts, Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Diss. Freiburg i.Ue. 1999, S. 122).

- Gehen Sie davon aus, dass eine Klage gegen Dr. Windel aus Deliktsrecht zu riskant gewesen wäre, da diesem mit grösster Wahrscheinlichkeit der Entlastungsbeweis gemäss Art. 55 OR gelungen wäre (die Arztgehilfin ist beruflich bestens qualifiziert und hatte klare Anweisungen von Dr. Windel, was sie tun durfte und was nicht). Diese Annahme erfolgt zur Vereinfachung der Aufgabenstellung, könnte aber durchaus realistisch sein. Gehen Sie zudem auch davon aus, dass eine Deliktssklage gegen die Arztgehilfin sinnlos gewesen wäre, da Frau Hässig über kein nennenswertes Vermögen verfügt. Sie können mit andern Worten im Rahmen dieser Falllösung davon ausgehen, dass es der Anwältin nicht zum Vorwurf gereicht, dass sie nicht eine Deliktssklage im Namen von Lara Gasser erhoben hat.
- Gehen Sie davon aus, dass Greta Gasser aus dem verlorenen Prozess Kosten entstanden sind (Gerichtskosten und Anwaltskosten der Gegenseite), deren Höhe hier nicht zur Debatte steht.
- Nicht zu prüfen ist, ob Greta Gasser ihrer früheren Anwältin das Honorar schuldet. Auch diese Frage wäre interessant, soll hier aber weggelassen werden.
- Ebenfalls nicht zu prüfen ist, ob die frühere Anwältin allenfalls dafür haftet, dass wegen eines Anwaltsfehlers Dr. Windel für den medizinischen Vorfall überhaupt nicht mehr ins Recht gefasst werden kann.

B. Lösungsskizze

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen der Anwältin (Renée Radicher) und ihrer Klientin (Greta Gasser) ist als Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Renée Radicher hat dann für die Kosten des verlorenen Prozesses einzustehen, wenn die Klientin beweist, dass ihr aufgrund einer unsorgfältigen Ausführung des Anwaltsmandats ein Schaden entstanden ist. Das Verschulden von Renée Radicher wird dabei vermutet (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR).

Um die Frage der Haftung von Renée Radicher gegenüber ihrer Klientin zu beantworten, muss vorfrageweise das Verhältnis zwischen Greta Gasser und Dr. Windel näher betrachtet werden.

II. Das Verhältnis zwischen Greta Gasser und Dr. Windel

1. Aktivlegitimation von Greta Gasser

Korrekturhinweis: *Bezüglich der Arzthaftung ist der Sachverhalt sehr eng an BGE 116 II 519 angelegt. Diesen Entscheid sollten die Studierenden entdecken. Die Frage, ob die Aktivlegitimation der Mutter (bezüglich des Schadenersatzanspruchs der Tochter) gegeben ist, wird dort allerdings nicht abgehandelt.*

Bei der Aktivlegitimation handelt es sich um die materielle Berechtigung der klagenden Partei, das

eingeklagte Recht geltend zu machen.⁴ Hans Kefeli bestreitet die Aktivlegitimation von Greta Gasser mit der Begründung, nicht sie, sondern die Tochter Lara Gasser sei die Patientin von Dr. Windel. Letzteres trifft zwar in der Tat zu; es stellt sich indes die Frage, ob Greta Gasser nicht dennoch materiell berechtigt ist, gegen Dr. Windel vorzugehen. Dazu müsste Greta Gasser Inhaberin des (allfälligen) Schadenersatzanspruches ihrer Tochter sein.

Gemäss Aufgabenstellung sind deliktische Ansprüche nicht zu prüfen. In Frage steht demnach einzig eine vertragliche Haftung des Arztes. Gemäss Sachverhalt befand sich Lara Gasser vom 18. Juli 2011 bis am 14. Januar 2013 in Behandlung bei Dr. Windel. Während dieser Zeit liegt ein ärztlicher Behandlungsvertrag über die medizinische Betreuung von Lara Gasser vor. Dieser ist ebenfalls als *Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR* zu qualifizieren.⁵ Dass in casu von einem vertraglichen Verhältnis ausgegangen werden muss, ist nicht zu bezweifeln. Fraglich ist allerdings, wer aus diesem Vertragsverhältnis Schadenersatzansprüche geltend machen kann.

Vorab ist in casu eine sog. *Prozessstandschaft* zu prüfen. Darunter wird die Befugnis einer Person verstanden, den Prozess anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten in eigenem Namen zu führen. Es liegt damit kein Fall der Stellvertretung vor. Vielmehr wird die Aktivlegitimation ausnahmsweise einer anderen, als der materiell berechtigten Person zugewiesen. Es kommt mithin zu einem Auseinanderfallen der Sachlegitimation des eigentlich Berechtigten und der Prozessführungsbefugnis.⁶

Die Prozessstandschaft bedarf immer einer gesetzlichen Grundlage; sie ist also nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig. Die gewillkürte Prozessstandschaft ist dem schweizerischen Recht unbekannt.⁷ Demnach bedarf es auch im Verhältnis Eltern und Kind einer gesetzlichen Sondervorschrift, die eine Prozessstandschaft vorsieht. Die frühere Praxis erblickte solche Sondervorschriften nur im Eheschutz- und Scheidungsverfahren, nämlich in Art. 133 Abs. 1 und Art. 176 Abs. 3 ZGB, die vorliegend nicht einschlägig sind.⁸ Noch 2009 hat das Bundesgericht dies in einem nichtpublizierten Entscheid bestätigt.⁹ Ohne grosse Begründung hat das Bundesgericht aber später die gängige Praxis geändert und in einem Entscheid von 2010 gestützt auf Art. 318 Abs. 1 ZGB eine Prozessstandschaft der Eltern für alle vermögensrechtlichen Fragen (*«toutes*

⁴ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 28 N 105.

⁵ Auftragsrecht findet insbesondere Anwendung auf die Dienstleistungen der freien Berufe (artes liberales) und stellt gemäss Art. 394 Abs. 2 OR ein Sammelbecken für alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge dar, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus (wie z.B. Arbeits- oder Werkvertrag) unterliegen. Vgl. etwa HONSELL, 315 f., 324 f.

⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 25; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 67; SUTTER-SOMM, N 192; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N 42.

⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 26; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 67; SUTTER-SOMM, N 193; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N 47.

⁸ SUTTER-SOMM, N 193.

⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 5A_104/2009 vom 19. März 2009 E. 2.2.

les questions de nature pécuniaire») statuiert.¹⁰ Zwar betraf der Entscheid Unterhaltsbeiträge und nicht, wie in casu, eine Schadenersatzforderung. Letztere kann aber durchaus auch als Angelegenheit vermögensrechtlicher Natur qualifiziert werden.¹¹ Insofern könnte die Aktivlegitimation von Greta Gasser über eine Prozessstandschaft (gestützt auf Art. 318 Abs. 1 ZGB) begründet werden. Die Aktivlegitimation der Tochter bliebe – entsprechend dem genannten Urteil – neben derjenigen der Mutter bestehen.¹²

Der Entscheid des Bundesgerichts, der eine «(alles) umfassende Prozessstandschaft»¹³ der Eltern im Bereich des Kindesvermögensrechts vorsieht, kann indes wohl (noch) nicht als gefestigte Rechtsprechung betrachtet werden. Er wird denn auch in der Lehre z.T. kritisiert. Insbesondere wird beanstandet, dass das Urteil von 2010 jenem von 2009 bezüglich der Frage der Prozessstandschaft diametral widerspricht, das Bundesgericht seine Praxisänderung aber dennoch nicht begründet.¹⁴ Nach SUTTER-SOMM ist noch abzuwarten, wie das Bundesgericht diese beiden bezüglich der Kernaussage zur Prozessstandschaft nicht in Einklang zu bringenden Entscheide behandeln wird.¹⁵

Insofern scheint das Vorliegen der Aktivlegitimation von Greta Gasser gestützt auf eine Prozessstandschaft wenigstens fragwürdig. Es ist deshalb zu prüfen, ob ihre Sachlegitimation allenfalls auch dann gegeben ist, wenn eine Prozessstandschaft verneint würde. Ob Greta Gasser zur Klage auf Ersatz für den Schaden ihrer Tochter in eigenem Namen berechtigt ist, beurteilt sich diesfalls danach, ob sie im Behandlungsvertrag Parteistellung innehat oder nicht. Hier sind zwei Varianten denkbar:

a) Zum einen könnte davon ausgegangen werden, dass Greta Gasser und Dr. Windel einen *Vertrag zugunsten Dritter* (Art. 112 OR) über die ärztliche Betreuung von Lara Gasser abgeschlossen haben.

Beim Vertrag zugunsten Dritter handelt es sich um einen Schuldvertrag, bei dem sich der Schuldner gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, die Leistung an einen Dritten zu erbringen. Dabei schliesst der Gläubiger (Promissar/Stipulant/Versprechensempfänger) den Vertrag in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ab. Der Dritte, der die versprochene Leistung des Schuldners (Promittent/Versprechender) erhal-

ten soll, ist also am Vertrag zugunsten Dritter nicht als Partei beteiligt. Er ist aber gemäss Art. 112 Abs. 1 OR berechtigt, die Drittleistung, d.h. die Leistung, die der Schuldner zu seinen Gunsten erbringen soll, entgegenzunehmen (unechter Vertrag zugunsten Dritter) oder diese gemäss Art. 112 Abs. 2 OR, d.h. wenn es der Willensmeinung der Parteien oder einer entsprechenden Verkehrsübung entspricht, direkt vom Schuldner zu fordern (echter Vertrag zugunsten Dritter).¹⁶

Der Vertrag zugunsten Dritter stellt keinen eigenen Vertragstypus dar; vielmehr können nahezu alle schuldrechtlichen Verträge zugunsten eines

-
- 10 BGE 136 III 365 E. 2.2 S. 368, übersetzt in Pra 100 (2011) Nr. 17.
 - 11 Vgl. etwa MAZAN STEPHAN, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 243 N 2 zum verwandten Begriff der *vermögensrechtlichen Streitigkeit*: Ob ein Streitgegenstand vermögensrechtlicher Natur ist oder nicht, liege nicht immer auf der Hand. Nach der Rechtsprechung sei in Zweifelsfällen ausschlaggebend, ob «letztlich und überwiegend vermögenswerte Interessen verfolgt werden» (m.H.a. BGE 118 II 528 E. 2c S. 531 und BGE 116 II 379 E. 2a S. 380). Wenn eine Geldforderung geltend gemacht wird, liege stets eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor.
 - 12 Der Wortlaut des Entscheides impliziert, dass sowohl die Tochter als auch die Mutter zur Klage berechtigt sind. Zu beachten ist, dass bei der allgemeinen Definition der Prozessstandschaft jeweils davon ausgegangen wird, dass das Gesetz in bestimmten Konstellationen aus Gründen des materiellen Rechts die Prozessführungsbefugnis dem Träger des strittigen Rechts *entzieht* und sie einem Dritten zuweist, der in besonderer Beziehung zum Streitgegenstand steht. So ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 67; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, N 25. Ähnlich auch SUTTER-SOMM, N 192. Massgeblich dürfte im vorliegenden Kontext allerdings die bundesgerichtlich festgelegte Ausformung sein.
 - 13 HERZIG, 161 f.
 - 14 Siehe SUTTER-SOMM, N 193; HERZIG, 161 ff., der davon ausgeht, dass das Bundesgericht in BGE 136 III 365 das Urteil 5A_104/2009 vom 19. März 2009 gar nicht erwähnt habe. Siehe aber BGE 136 III 365 E. 2.2 S. 367.
 - 15 SUTTER-SOMM, N 193 a.E. In BGE 142 III 78 musste es infolge Volljährigkeit des Kindes nicht Stellung beziehen.
 - 16 Siehe BK-WEBER, Art. 112 N 1 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGER, N 3872 ff.; BERGER, N 2261 ff.; SCHWENZER, N 86.01 ff.; CR OR I-TEVINI/DU PASQUIER, Art. 112 N 1 ff.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 1 ff.

Dritten ausgestaltet werden.¹⁷ Es wäre also durchaus denkbar, dass Greta Gasser mit Dr. Windel einen Auftrag zugunsten ihrer Tochter abgeschlossen hat. Auszugehen wäre von einer stillschweigenden Vereinbarung zwischen dem Arzt und der Mutter, der Tochter ein selbständiges Forderungsrecht auf die Primärleistung (d.h. auf ein sorgfältiges Tätigwerden nach den Regeln der ärztlichen Kunst) einzuräumen und damit von einem echten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR). Wird ein Vertrag zugunsten Dritter angenommen, ist die Mutter als Promissarin Vertragspartnerin des Arztes; der Auftrag wird in ihrem Namen und auf ihre Rechnung abgeschlossen. Die Honorarforderung von Dr. Windel richtet sich also gegen Greta Gasser.

Bei Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten Dritter hat der Dritte nicht nur Anspruch auf die Primärleistung. Nach h.L. steht ihm vielmehr bei Vorliegen aller Voraussetzungen der vertraglichen Haftung, d.h. im Falle einer (Dritt-)Schädi-

gung, die aufgrund einer vom Promittenten zu verantwortenden Vertragsverletzung des echten Vertrages zugunsten Dritter verursacht worden ist, auch ein selbständiger, vertraglicher Anspruch auf Schadenersatz gegen denselben zu. Dies gilt auch dann, wenn Promittent und Promissar dies nicht ausdrücklich vereinbart haben.¹⁸ Neben dem Dritten hat aber auch der Promissar einen Schadenersatzanspruch zugunsten des Dritten. Der Promissar kann dementsprechend den Schaden für den Dritten geltend machen. Die Drittleistungspflicht des Promittenten besteht nämlich nicht nur gegenüber dem Dritten, sondern auch gegenüber dem Promissar.¹⁹ Daraus schliesst die h.L., dass dem Promissar neben dem Dritten ein unabhängiger, vertraglicher Anspruch auf Schadenersatz zugunsten des Dritten zusteht, wenn der Promittent seine Drittleistungspflicht verletzt hat und alle anderen Haftungsvoraussetzungen vorliegen. Der Promissar und der Dritte verfügen also beide je über eine selbständige Schadenersatzforderung gegen den Promittenten. Freilich hat der Promittent den Schaden aber nur einmal zu ersetzen.²⁰ Wird also in casu von einem echten Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen, ist die Aktivlegitimation von Greta Gasser zu bejahen. Sie ist diesfalls (neben ihrer Tochter) als Anspruchsinhaberin berechtigt, die Schadenersatzforderung zugunsten ihrer Tochter geltend zu machen.

Korrekturhinweis: Wird nicht von einem echten, sondern von einem unechten Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen, ist die Aktivlegitimation von Greta Gasser ebenfalls gegeben. Nach h.L. kann bei Vorliegen eines unechten Vertrages zugunsten Dritter der Promissar den Schaden des Dritten beim Promittenten einfordern.²¹ Strittig ist, auf welche Rechtsgrundlage sich dieser Anspruch stützt. Diskutiert wird insbesondere, ob es sich um einen Anwendungsfall der Drittschadensliquidation handelt.²²

b) In casu ist aber durchaus auch eine Alternativlösung denkbar. So könnte ebenso ein *Stellvertretungsverhältnis* vorliegen. Es kann also auch davon ausgegangen werden, dass Greta Gasser als *gesetzliche Vertreterin* von Lara (Art. 304 Abs. 1 ZGB) den Vertrag mit Dr. Windel vertretungsweise für ihre Tochter abgeschlossen hat. Als Stellvertreterin würde Greta Gasser in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, d.h. auf Rech-

17 BK-WEBER, Art. 112 N 15; BK-BECKER, Art. 112 N 8; BUCHER, 475; KRAUSKOPF, N 12, 27, 1100; SCHWENZER, N 86.02; BERGER, N 2262.

18 BK-WEBER, Art. 112 N 119; CERUTTI, N 180 ff.; KRAUSKOPF, N 1543 ff.; BERGER, N 2285; SCHWENZER, N 86.25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3895; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 15b; BÄRTSCHI, 249; BUCHER, 480; BGE 83 II 277 E. 2 S. 281.

19 Siehe etwa KRAUSKOPF, N 1366 ff.; VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. Auflage, Zürich 1974, 239, 250. Zwischen dem Promissar und dem Dritten entsteht dabei aber keine Solidargläubigerschaft, da der Promissar nur Leistung an den Dritten verlangen darf. BK-BECKER, Art. 112 N 27; KRAUSKOPF, N 1421 ff.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 15a.

20 BUCHER, 480; KRAUSKOPF, N 1375 ff.; ENGEL, 424; CR CO I-TEVINI/DU PASQUIER, Art. 112 N 18; BÄRTSCHI, 249; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3895; CERUTTI, N 181. Z.T. sind Ausnahmen zu diesem Grundsatz vorgeesehen. So wird ein Schadenersatzanspruch des Promissar z.T. dann verneint, wenn dieser kein Schutzinteresse hat. So KRAUSKOPF, N 1381 ff. In casu ist aber ein Schutzinteresse der Mutter bezüglich ihrer Tochter sicherlich gegeben.

21 Siehe etwa KRAUSKOPF, N 871 ff.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 13; CERUTTI, N 120; ENGEL, 424; BK-BECKER, Art. 112 N 23.

22 Vgl. etwa CERUTTI, N 121 m.w.H.; KRAUSKOPF, N 871; BK-WEBER, Art. 112 N 146.

nung ihrer Tochter handeln. Wird von einer Stellvertretung ausgegangen, ist nicht Greta Gasser, sondern Lara Gasser Vertragspartnerin von Dr. Windel. Die Gegenforderung des Arztes würde sich diesfalls gegen Lara Gasser richten und nur diese wäre Inhaberin einer Forderung gegen Dr. Windel. Dementsprechend wäre auch bloss Lara Gasser allein berechtigt, im Falle einer Vertragsverletzung Schadenersatz von Dr. Windel zu verlangen. Wird also von einer Stellvertretung ausgegangen, so muss (falls man eine Prozessstandschaft ablehnt) die Aktivlegitimation von Greta Gasser verneint werden, da diesfalls nicht sie, sondern nur ihre Tochter Anspruchsinhaberin wäre.

Korrekturhinweis: Auf den ersten Blick könnte schliesslich noch eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht gezogen werden.²³ In casu erübrigt sich indes die Frage nach der Anwendbarkeit dieser (in der Schweiz ohnehin umstrittenen) Figur. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter soll dem Dritten im Schadensfalle lediglich einen Ersatzanspruch verschaffen. Er soll ihm nicht einen Anspruch auf die Primärleistung einräumen. Anspruch auf die Primärleistung hat einzig der Gläubiger. Insofern ist das Konstrukt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hier nicht zielführend, soll doch die Primärleistung (medizinische Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst) Lara und nicht Greta Gasser zustehen.

In der Praxis ist zuweilen nicht einfach zu ermitteln, ob ein Vertrag zugunsten Dritter oder eine Stellvertretung vorliegt. Dies gilt auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – Eltern für ihre Kinder einen ärztlichen Behandlungsvertrag abschliessen. Hier sind grundsätzlich beide Varianten denkbar. Die wohl h.L. und Rechtsprechung gehen bei der medizinischen Betreuung und Behandlung von unmündigen und urteilsunfähigen Kindern im Zweifel von einem (echten) Vertrag zugunsten Dritter aus.²⁴ Dabei wird insbesondere auf die Sicht des Schuldners abgestellt: Durfte dieser darauf vertrauen, die Gegenleistung von der Person zu erhalten, mit der er verhandelt hat, ist von einem Vertrag zugunsten Dritter auszugehen. Muss er sich hingegen an die Person halten, die in den Genuss seiner Leistungen kommt, handelt es sich um eine Stellvertretung. Da der Arzt bei der Behandlung von urteilsunfähigen Kindern einzig mit den Eltern verhandelt und diese gegenüber ihren Kindern unterhaltspflichtig sind,

wird er die Gegenleistung von den Eltern erwarten dürfen.²⁵ Zum Abschluss solcher Verträge sind diese auch im Rahmen der Wahrnehmung der elterlichen Sorge gegenüber dem Kind verpflichtet.²⁶ In casu ist demnach eher von einem Vertrag zugunsten Dritter, denn von einer Stellvertretung auszugehen.

Korrekturhinweis: Es ist nicht falsch und spielt für die Bewertung grundsätzlich keine Rolle, wenn von einem Stellvertretungsverhältnis ausgegangen wird. Dies wird insbesondere in der medizinrechtlichen Literatur z.T. so vertreten. Im Zusammenhang mit der Anwaltschaft kann denn auch in der Klageerhebung im Namen der Mutter ein Sorgfaltsverstoss gesehen werden (siehe unten III 1). Die Annahme einer Stellvertretung muss aber gut begründet werden und es muss erkannt werden, dass die Qualifizierung strittig ist.

Bezüglich der Aktivlegitimation kann demnach folgendes festgehalten werden: Anspruchsberechtigt ist nach dem oben Ausgeführten in jedem Fall Lara Gasser selbst. Dies gilt sowohl dann, wenn man mit BGE 136 III 365 von einer Prozessstandschaft ausgeht, bleibt doch die Aktivlegitimation der Tochter entsprechend diesem Entscheid – der hier mithin in der Form der richterlichen Rechtsfortbildung die für eine Prozessstandschaft erforderliche gesetzliche Grundlage schafft – neben jener der Mutter bestehen, als auch dann, wenn von einem von ihrer Mutter mit dem Arzt abgeschlossenen echten Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen wird, und

²³ Siehe zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3910 ff.; SCHWENZER, N 87.01 ff.; BUCHER, 484 f.; SIEGRIST SAMUEL, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997.

²⁴ SCHWENZER, N 86.02, 86.05, 86.11 f.; ENGEL, 423; BK-FELLMANN, Art. 400 N 112; KRAUSKOPF, N 76 f.; BGE 116 II 519 E. 2a S. 520: «Das Obergericht (...) nimmt einen Vertrag zugunsten Dritter an und unterstellt diesen dem Auftragsrecht. Zu Recht kritisieren die Parteien diese Rechtsauffassung und Subsumtion nicht.» A.M. etwa FELLMANN, Arzt, 114 m.w.H., der von einem Stellvertretungsverhältnis ausgeht.

²⁵ SCHWENZER, N 86.12; KRAUSKOPF, N 76 f.

²⁶ SCHWENZER INGBORG, Gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern für unmündige Kinder – Notwendigkeit oder Relikt patriarchalischer Familienstruktur?, in: Gauch Peter/Schmid Jörg/Steinauer Paul-Henri/Tercier Pierre/Werro Franz (Hrsg.), Familie und Recht, Festschrift für Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, 679 ff., 679.

schliesslich auch dann wenn die Mutter als gesetzliche Vertreterin von Lara qualifiziert wird. Greta Gasser ist demgegenüber nur dann anspruchsberechtigt, wenn von einer Prozessstandschaft oder von einem echten Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen wird. Der Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts ist damit, wie Frau Dr. Sommer ja bereits vermutet hat, in der Tat mindestens fragwürdig. Zwar ist es grundsätzlich nicht falsch, ein Stellvertretungsverhältnis anzunehmen. Es ist aber davon auszugehen, dass das zweitinstanzliche Gericht den Entscheid der ersten Instanz in diesem Punkt nicht bestätigt hätte, d.h. mit der h.L. und v.a. mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Vertrag zugunsten Dritter, allenfalls gestützt auf BGE 136 III 365 eine Prozessstandschaft, angenommen und die Aktivlegitimation von Greta Gasser bejaht hätte. Diesfalls hätte sich die Frage nach den Prozesschancen von Greta Gasser gestellt. Es muss also geprüft werden, ob Dr. Windel aus seinem Behandlungsvertrag mit Greta Gasser haftbar wird.

2. Haftung von Dr. Windel

Der Arzt haftet dann aus dem Behandlungsvertrag, wenn die Voraussetzungen der auftragsrechtlichen Haftung gemäss Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR erfüllt sind. Es muss demnach ein Schaden im Rechtssinne vorliegen, der aufgrund einer Vertragsverletzung des Beauftragten entstanden ist. Der Beauftragte muss die Vertragsverletzung zudem zu verantworten haben, d.h. es muss ein Verschulden vorliegen oder der Beauftragte hat gemäss Art. 101 OR für seine Hilfsperson einzustehen. Der Beweis des Schadens, der Vertragsverletzung und der Kausalität obliegt dabei dem Auftraggeber. Die Verantwortlichkeit des Beauftragten wird vermutet.

Die Schadensproblematik ist vorliegend nicht zu erörtern, ist doch gemäss Hinweis in der Fragestel-

lung davon auszugehen, dass Lara Gasser ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist. Ebenfalls nicht zu prüfen ist, ob eine Vertragsverletzung vorliegt, da – ebenfalls gemäss Hinweis in der Fragestellung – von einem sorgfaltswidrigen Verhalten von Frau Hässig ausgegangen werden darf. Schliesslich ist auch nicht zu untersuchen, ob das Verhalten von Greta Gasser schadenersatzmindernd oder gar kausalitätsunterbrechend war. Die Haftungsvoraussetzungen Schaden, Vertragsverletzung und Kausalität werden denn von Hans Kefeli im Haftungsprozess von Dr. Windel auch nicht bestritten. Der Anwalt bestreitet die Haftung seines Klienten aber, weil dieser nicht für das Verhalten seiner Praxisassistentin einzustehen habe. In casu ist also zu prüfen, ob Dr. Windel das Verhalten von Hanna Hässig zu vertreten hat, war es doch sie und nicht Dr. Windel, die Greta Gasser am Telefon beraten hat.

Der Arzt muss dann für das Verhalten seiner Praxisassistentin einstehen, wenn die Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR gegeben sind.²⁷ Zunächst ist also erforderlich, dass Hanna Hässig *Hilfsperson* von Dr. Windel ist. Hilfsperson i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR ist jede Person, die mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer Schuldpflicht tätig wird. Als Beispiele nennt die Bestimmung auch den Arbeitnehmer.²⁸ Als Praxisassistentin und damit Angestellte des Arztes ist Hanna Hässig zweifelsohne Hilfsperson von Dr. Windel.

Des Weiteren verlangt Art. 101 Abs. 1 OR, dass die Hilfsperson *in Erfüllung einer Schuldpflicht, einer Obliegenheit oder bei der Ausübung eines Rechts* aus einem Schuldverhältnis tätig wird.²⁹ In casu liegt ein Vertrag über die ärztliche Betreuung (Behandlungsvertrag) von Lara Gasser, und damit ein vertragliches Schuldverhältnis vor. Zu den Pflichten im ärztlichen Behandlungsvertrag gehören nach wohl allgemeiner Auffassung auch die telefonische Auskunft und gegebenenfalls die Vereinbarung eines Untersuchungs- oder Behandlungstermins. Für die Bedienung des Telefons setzen Ärzte Praxisassistenten/-innen als Hilfspersonen ein. Frau Hässig wird also in Erfüllung einer Schuldpflicht tätig, wenn sie Frau Gasser telefonisch Auskunft erteilt. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn von einem Vertrag zugunsten Dritter ausgegangen wird und damit das Schuldverhältnis nicht unbedingt zwischen der Geschädigten und dem Geschäftsherrn besteht: Der

²⁷ Siehe zur Hilfspersonenhaftung insgesamt etwa SCHWENZER, N 23.01 ff. Der Beizug einer Hilfsperson für die Unterstützung des Leistungshandelns ist auch im ärztlichen Behandlungsvertrag zulässig. Dabei sind aber Leistungen nicht delegierbar, die ärztliches Fachwissen voraussetzen. So hat der Arzt etwa schwierige Injektionen, Infusionen oder Blutentnahmen selbst vorzunehmen. FELLMANN, Arzt, 119 m.w.H.

²⁸ Statt vieler SCHWENZER, N 23.04.

²⁹ Siehe dazu statt vieler SCHWENZER, N 23.07.

Promittent haftet auch bei der Erfüllung einer Dritt-leistungspflicht nach Art. 101 OR.³⁰

Die Hilfsperson muss den Schaden gemäss Art. 101 Abs. 1 OR *in Ausübung ihrer Verrichtungen* und nicht bloss bei Gelegenheit verursacht haben. Erforderlich ist ein sog. *funktionaler Zusammenhang* in dem Sinne, dass die schädigende Handlung zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt.³¹ Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die schädigende Handlung (die falsche telefonische Auskunft) liegt im Bereich der Tätigkeiten einer Praxisassistentin und begründet eine Verletzung der auftragsrechtlichen Pflichten. Der Schaden wird deshalb von Frau Hässig nicht bloss bei Gelegenheit der Verrichtung verursacht. Es spielt dabei auch keine Rolle, dass Frau Hässig ihre Kompetenzen als Praxisassistentin überschreitet.

Erforderlich ist schliesslich die sog. *hypothetische Vorwerfbarkeit*. Dies bedeutet, dass der Geschäftsherr für das Verhalten der Hilfsperson nur einstehen muss, wenn die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner auch dann vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte.³² Diese Voraussetzung ist in casu ebenfalls erfüllt. Gemäss Hinweis in der Fragestellung ist davon auszugehen, dass das Verhalten von Hanna Hässig sorgfaltswidrig ist. Hätte Dr. Windel selbst Frau Gasser in der Weise beraten, wie seine Praxisassistentin das getan hat, wäre ihm dieses Verhalten vorzuwerfen.

Damit sind alle Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung gemäss Art. 101 Abs. 1 OR erfüllt. Dr. Windel hat für das Verhalten von Frau Hässig einzustehen. Da die anderen Haftungsvoraussetzungen der vertraglichen Haftung gemäss der Hinweise in der Fragestellung erfüllt sind, haftet Dr. Windel aus dem Behandlungsvertrag, d.h. aus Auftrag (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR) für den Schaden von Lara Gasser.

III. Schadenersatzanspruch von Greta Gasser gegen Renée Radicher

Beim Verhältnis zwischen der Rechtsanwältin Renée Radicher und ihrer Klientin Greta Gasser handelt es sich, wie eingangs erwähnt, um einen einfachen Auftrag i.S. der Art. 394 ff. OR. Am Bestehen des Auftragsverhältnisses ist nicht zu zweifeln.³³

Fraglich ist indes, ob die Voraussetzungen der vertraglichen Haftung (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR) erfüllt sind, d.h. ob die Anwältin ihre Pflichten aus dem Auftrag verletzt hat (Vertragsverletzung) und der Klientin deshalb (Kausalzusammenhang) ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist und ob die Anwältin diesen Umstand zu verantworten hat (Verschulden).

Gemäss Hinweis in der Fragestellung ist davon auszugehen, dass Greta Gasser aus dem verlorenen Prozess Kosten (Gerichtskosten und Anwaltskosten der Gegenseite) entstanden sind. Greta Gasser ist damit ein Schaden im Rechtssinne, d.h. eine unfreiwillige Vermögenseinbusse im Sinne der Differenztheorie, entstanden. Die Schadensproblematik steht damit ausser Frage. Zu prüfen ist indes, ob die drei anderen Elemente der Haftung gegeben sind, d.h. ob Renée Radicher eine Vertragsverletzung angelastet werden kann, diese kausal für den Greta Gasser entstandenen Schaden ist und ob die Anwältin dies zu verantworten hat, oder ob sie allenfalls beweisen kann, dass sie kein Verschulden trifft (Beweis des Gegenteils).

1. Vertragsverletzung

Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR schuldet der Beauftragte die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts.³⁴ Er hat nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen, muss dem Auftraggeber aber einen Schaden ersetzen, der durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags entstanden ist.³⁵ Sorgfalt bedeutet die zweck-

³⁰ Vgl. KRAUSKOPF, N 908; BGE 116 II 519 E. 3c S. 522.

³¹ SCHWENZER, N 23.09; BGE 92 II 15 E. 3 S. 18.

³² SCHWENZER, N 23.10; BGE 119 II 337 E. 3c aa S. 338.

³³ Es ist davon auszugehen, dass Greta Gasser und nicht ihre Tochter (etwa aus Stellvertretung) Partei des Anwaltsvertrages mit Renée Radicher ist. Ihre Parteistellung wird denn auch nicht bestritten und sie ist die aus dem Anwaltsvertrag Geschädigte.

³⁴ In Art. 398 Abs. 2 OR liegt das inhaltliche Grundprinzip der Haftung, Abs. 1, der auf Art. 321e OR verweist kommt nur untergeordnete Bedeutung zu. Aus dem Verweis auf das Arbeitsrecht ergibt sich aber die Pflicht des Beauftragten zu einem berufsspezifischen Durchschnittsverhalten. Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 22 f. Siehe dazu auch BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 480; HONSELL, 327.

³⁵ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 24; WALTER/SCHMID, N 20.26.

gerechte, zweckmässige und erfolgsbezogene Verfolgung der Vertragsziele. Handelt der Beauftragte unsorgfältig, liegt eine Vertragsverletzung vor.³⁶

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Sorgfalts- oder Treueverstoss vorliegt, muss die Tätigkeit des Beauftragten stets im Lichte des berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens betrachtet werden. Es ist also ein abstrakter Sorgfaltsmassstab anzulegen. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Art und Schwierigkeit der zu verrichtenden Arbeit und die dazu erforderliche Fachkenntnis des Beauftragten (Regeln der Kunst).³⁷ In casu stehen mehrere und je nach der rechtlichen Einordnung des Sachverhaltes unterschiedliche Sorgfaltspflichtverletzungen im Raum:

Zunächst ist fraglich, ob es überhaupt angezeigt war, Klage gegen Dr. Windel zu erheben. Wären die Chancen im Prozess zu obsiegen sehr gering, könnte schon allein in der Klageerhebung beim erstinstanzlichen Gericht ein Sorgfaltsverstoss der Anwältin gesehen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Anwältin ihrer Klientin die Risiken zu verlieren nicht deutlich vor Augen führt.³⁸ Nach dem oben Ausgeführten war eine Haftung von Dr. Windel aber wahrscheinlich, sind doch die Haftungsvoraussetzungen erfüllt. In der Klageerhebung gegen Dr. Windel kann also kein Sorgfaltsverstoss gesehen werden.

Es stellt sich aber die Frage, ob es richtig war, die Klage (nur) im Namen von Greta Gasser zu erheben. Wie oben erörtert, kann in dieser Konstellation durchaus von einer – durch das Bundesgericht eingeführten – Prozessstandschaft oder von einem echten Vertrag zugunsten von Lara Gasser ausgegangen werden. Sonja Sommer liegt damit richtig in der Annahme, dass die Voranwältin richtigerweise im Namen der Mutter geklagt hat. Fragwürdig ist diesbezüglich nicht das Vorgehen von Renée Radicher, sondern der Entscheid des erstinstanzlichen Ge-

richts, der sowohl der h.L. als auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht. Indes ist Folgendes zu beachten: Die Aktivlegitimation von Lara wäre sowohl bei Annahme eines echten Vertrages zugunsten Dritter, als auch bei der Qualifikation des obligatorischen Verhältnisses als Stellvertretung und schliesslich auch bei einer Prozessstandschaft³⁹ gegeben. Greta Gasser wäre demnach also besser beraten gewesen, wenn ihre Anwältin die Klage im Namen des Kindes, oder ggf. im Namen beider denkbaren Klägerinnen (d.h. in aktiver Streitgenossenschaft) erhoben hätte. Die Aktivlegitimation hätte vom erstinstanzlichen Gericht bei diesen denkbaren Lösungen nicht zur Gänze verneint werden können. Bei der Frage von Sorgfaltsverstössen von Anwälten wird z.T. auf den sog. «Grundsatz des sichersten Wegs» verwiesen. Demnach hat der Anwalt, wenn mehrere Massnahmen in Betracht fallen, die gefahrloseste zu treffen und von mehreren denkbaren Wegen, den erstrebten Erfolg zu erreichen, ist jener einzuschlagen, auf dem das Ziel am sichersten zu erreichen ist.⁴⁰ In casu wäre der sicherste Weg eine Klage im Namen der Tochter gewesen. Dementsprechend könnte schon die Klageerhebung im Namen von Greta Gasser als Sorgfaltsverstoss der Anwältin qualifiziert werden.

Ferner muss geprüft werden, ob in der unterlassenen Berufung ein Sorgfaltsverstoss der Anwältin liegt. Nach dem oben Ausgeführten gehen h.L. und bundesgerichtliche Rechtsprechung eher von einem Vertrag zugunsten Dritter, denn von einem Stellvertretungsverhältnis aus, wenn ein Vertrag mit einem Arzt über die ärztliche Betreuung von urteilsunfähigen Kindern abgeschlossen wird. Es wäre also wahrscheinlich gewesen, dass das zweitinstanzliche Gericht die Aktivlegitimation von Greta Gasser in Übereinstimmung mit der h.L. und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bejaht hätte. Allenfalls hätte sich die Zweitinstanz auch auf BGE 136 III 365 gestützt und eine Prozessstandschaft angenommen. Ferner ist auch die Haftung von Dr. Windel wahrscheinlich. Den Entscheid weiterzuziehen, wäre damit – wie Dr. Sommer ebenfalls bereits vermutet hat – angezeigt gewesen.

Für eine Berufung ist es nun (d.h. im März 2016) freilich zu spät. Beim Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts handelt es sich um einen Endentscheid. Dieser ist gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO anfechtbar. Die Berufung muss dabei nach Art. 311

³⁶ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 24 f.

³⁷ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 27.

³⁸ FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1347 f.

³⁹ Das Bundesgericht belässt die Legitimation der Tochter auch bei Annahme einer Prozessstandschaft – entgegen der Definition des Instituts durch einen Teil der zivilprozessualen Lehre – unverändert. Siehe Fn. 9.

⁴⁰ WALTER/SCHMID, N 20.53. Kritisch FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1343.

Abs. 1 ZPO bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet eingereicht werden. Das (knapp begründete) Urteil des erstinstanzlichen Gerichts wurde Renée Radicher am 9. Dezember 2015 zugestellt. Die Frist begann am 10. Dezember 2015 zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich endet sie am 8. Januar 2016. Gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO stehen gerichtliche Fristen aber vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar still. Die Frist endet damit erst am 24. Januar 2016. Da es sich um einen Sonntag handelt, hätte Renée Radicher noch bis zum 25. Januar 2016 Berufung einlegen können (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Dies tat sie aber nicht. Sie hat ihrer Mandantin am 14. Januar 2016 sogar noch mitgeteilt, dass es nun zu spät sei, um etwas gegen das Urteil zu unternehmen. Sie hat damit den Stillstand der Frist über die Weihnachtsfeiertage nicht beachtet. Darin liegt ebenfalls ein Sorgfaltsverstoss. Der Anwalt muss bei der Ausübung seines Mandats besondere Vorsicht bei der Einhaltung der prozessualen Vorschriften walten lassen. Die Kenntnis und Einhaltung von Verwirkungs- und Verjährungsfristen gehört sogar zu den elementarsten Regeln des Anwaltsberufes.⁴¹

Gemäss Sachverhalt hat die Anwältin nach dem erstinstanzlichen Urteil zudem ganze 26 Tage zugewartet, ehe sie ihre Klientin über den Entscheid des Gerichts informierte. Aus der Treuepflicht des Beauftragten gegenüber seinem Klienten ergeben sich diverse Neben- und Nebenleistungspflichten. Im Anwaltsvertrag ist eine der wichtigsten Nebenpflichten die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht. Der Anwalt muss den Klienten rechtzeitig über alles orientieren, von dem er annehmen muss, dass es dessen Entschluss und damit den Inhalt des Vertragsverhältnisses ändern könnte.⁴² Dies hat Renée Radicher nicht getan. Hierin kann eine Verletzung einer sich aus der Treuepflicht des Anwalts ergebenden Nebenpflicht gesehen werden, die bei Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen zu einer Schadenersatzpflicht des Beauftragten führen kann.

Es kann damit festgehalten werden, dass mehrfache Sorgfalts- bzw. Treuepflichtverletzungen der Anwältin vorliegen, die schon in der Nichtbeachtung des Gebots des sichersten Weges gesehen werden können, sicherlich aber in der nicht rechtzeitig erfolgten Benachrichtigung von Greta Gasser über

den Ausgang des erstinstanzlichen Urteils und in der unterlassenen Berufung. Das Erfordernis der Vertragsverletzung ist damit erfüllt.

2. Kausalzusammenhang

Eine Haftung von Renée Radicher ist nur dann gegeben, wenn zwischen der Vertragsverletzung und dem bei Greta Gasser eingetretenen Schaden sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Liegt die Vertragsverletzung in einem Unterlassen, stellt sich die Frage nach dem sog. hypothetischen Kausalverlauf. Demnach muss geprüft werden, ob der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre.⁴³ Die Kausalität ist dann nicht gegeben, wenn der Schädiger glaubhaft machen kann, dass der Schaden auch bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten wäre.⁴⁴

In Anwaltshaftungsfällen wie dem vorliegenden ist freilich oft schwierig zu beurteilen, wie die Angelegenheit bei sorgfältigem Vorgehen des Anwalts ausgegangen wäre. So ist etwa oft nicht zweifelsfrei feststellbar, ob der Klient bei rechtzeitiger Benachrichtigung und richtiger Aufklärung über gewisse Umstände Klage hätte erheben wollen bzw. ob er den Entscheid hätte weiterziehen wollen und falls ja, ob der Anwalt im Prozess obsiegt hätte.⁴⁵

In casu liegt die Pflichtverletzung der Anwältin primär in der späten Orientierung von Greta Gasser über die Ergebnisse des erstinstanzlichen Urteils und in der unterlassenen Berufung. Bezüglich Ersterem kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass Greta Gasser bei richtiger Aufklärung die Weisung erteilt hätte, den Entscheid rechtzeitig weiterzuziehen, d.h.

⁴¹ FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1344 ff., 1351; Urteil des Bundesgerichts 4A_464/2008 vom 22. Dezember 2008 E. 3.4.

⁴² FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1150 ff., insbesondere N 1165.

⁴³ BK-FELLMANN, Art. 398 N 457 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1360 f.; BGE 124 III 155 E. 3d S. 165. Das sonst bei der Beurteilung der Adäquanz typische Werturteil kommt dabei bereits bei der Feststellung dieses hypothetischen Zusammenhanges zum Tragen. LUTERBACHER, 29 f.

⁴⁴ SCHWENZER, N 21.07.

⁴⁵ FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1363.

Berufung einzulegen, was zu diesem Zeitpunkt ja noch möglich gewesen wäre. Dies bedeutet aber für sich allein noch nicht, dass der Kausalzusammenhang vorliegt. Vielmehr stellt sich die Frage, ob eine Berufung dieses Ausmass an Erfolgchancen gehabt hätte, dass sie den Schaden von Greta Gasser mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Dabei ist zu beachten, dass ein Anwalt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen hat, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Vielmehr haben grundsätzlich die Parteien das Prozessrisiko zu tragen. Sie können es nicht auf die Verantwortlichkeit des Anwalts verlagern.⁴⁶

Hätte Renée Radicher den Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts weitergezogen, kann davon ausgegangen werden, dass die Aktivlegitimation von Greta Gasser bejaht worden wäre, ist doch nach der h.L. und bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Verhältnis zwischen Dr. Windel und Greta Gasser von einem Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR) auszugehen. Auch wenn sich das zweitinstanzliche Gericht auf BGE 136 III 365 gestützt hätte, wäre die Aktivlegitimation von Greta Gasser zu bejahen gewesen. Bei der Frage der Haftung des Arztes kann gemäss Fragestellung davon ausgegangen werden, dass die Haftungsvoraussetzungen Schaden, Vertragsverletzung und Kausalität gegeben sind. Da nach dem oben Ausgeführten die Voraussetzungen der Hilfspersonenhaftung ohne grosse Begründungsnot bejaht werden können, ist auch davon auszugehen, dass Dr. Windel die Vertragsverletzung zu verantworten hat. Die Prozesschancen von Greta

Gasser waren also als sehr gut einzustufen. Es kann angenommen werden, dass die Klientin bei Vornahme der gebotenen Handlung (d.h. der rechtzeitigen Berufung) im Prozess obsiegt hätte und der Schaden (Gerichtskosten und Anwaltskosten) damit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht entstanden wäre (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Demnach kann ein Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden bejaht werden.

Der Kausalzusammenhang liegt umso mehr vor, wenn bereits in der Klageerhebung im Namen der Mutter, anstatt im Namen des Kindes ein Sorgfaltsverstoss der Anwältin gesehen wird. Hätte die Anwältin das Gebot des sichersten Weges eingehalten und im Namen von Lara Gasser geklagt, hätte das erstinstanzliche Gericht die Aktivlegitimation bejahen müssen, ist doch die Aktivlegitimation des Kindes sowohl bei Annahme einer Prozessstandschaft⁴⁷ und eines echten Vertrages zugunsten Dritter (Art. 112 OR) als auch bei Annahme einer Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) gegeben. Bezüglich der weiteren Prozesschancen ist auf das Gesagte zu verweisen.

3. Verschulden

Es ist nun abschliessend zu prüfen, ob Renée Radicher die vorgeworfene Vertragsverletzung auch verschuldet hat, d.h. ob ihr fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann.⁴⁸ Verschulden bedeutet dabei die Missachtung eines objektivierten Sorgfaltsmassstabs.⁴⁹ Es kommt also nicht auf die subjektiven Fähigkeiten des Beauftragten an, sondern auf jene eines sorgfältigen und vernünftigen Menschen des jeweiligen Berufszweigs.⁵⁰

Renée Radicher erwarb ihr Anwaltspatent erst im zweiten Anlauf und führt eine Anwaltskanzlei ohne Personal und ohne grosse Infrastruktur. Diese Umstände ermöglichen aber nach dem Gesagten keine Exkulpation, da die Fahrlässigkeit nicht an individuellen Fähigkeiten, sondern an den Fähigkeiten eines durchschnittlichen Anwalts gemessen wird. Ein Verschulden von Renée Radicher kann damit bejaht werden.

IV. Fazit

Insgesamt kann eine Haftung von Renée Radicher aus ihrem mit Greta Gasser geschlossenen Auftrag

⁴⁶ BGE 127 III 357 E. 1b S. 359; BGE 134 III 534 E. 3.2.2 S. 537. Vgl. auch LUTERBACHER, 35.

⁴⁷ Siehe oben Fn. 9.

⁴⁸ Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass die Anwältin ihre Mandantin vorsätzlich schädigen wollte.

⁴⁹ BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 464. Der Begriff der Sorgfalt betrifft also nicht nur die Vertragsverletzung, sondern auch das Verschulden. Hier umschreibt er den Fahrlässigkeitsmassstab. FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1369; WALTER/SCHMID, N 20.61.

⁵⁰ POLL JENS, Die Haftung der freien Berufe am Beispiel des Rechtsanwalts, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen Rechtskreises und des Common Law, Diss. Berlin 1992, 86.

bejaht werden (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Die Anwältin hat damit für die Kosten des verlorenen Prozesses einzustehen.

Korrekturhinweis: Das gegenteilige Ergebnis ist auch vertretbar, muss aber gut begründet werden.

C. Literatur

- BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich/Basel/Genf 2009.
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Band IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), Bern 1945; zit.: BK-BECKER.
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.
- CERUTTI ROMEO, Der Untervertrag, Diss. Fribourg 1990.
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du CO, 2. Auflage, Bern 1997.
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Bern 1992; zit.: BK-FELLMANN.
- FELLMANN WALTER, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 103 ff.; zit.: FELLMANN, Arzt.
- FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, Bern 2010; zit.: FELLMANN, Anwaltsrecht.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 10. Auflage, Zürich 2014.
- HERZIG CHRISTOPHE A., Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Festschrift für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Auflage, Basel u.a. 2015; zit.: BSK OR I-VERFASSER.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010.
- KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Fribourg 2000.
- LUTERBACHER THIERRY, Haftung und Versicherung von Dienstleistern, in: recht, Studienheft 7/2008.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012.
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, Bern 2010.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2012.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016; zit.: VERFASSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Auflage, Basel u.a. 2012; zit.: CR CO-VERFASSER.
- WALTER HANS PETER/SCHMID MARKUS, Unvorsichtige Führung eines Anwaltsmandats – Anwalts haftung, in: Münch Peter/Weber Stephan (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. Auflage, Basel 2015.
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband: Beziehungen zu dritten Personen (Art. 110–113 OR), Bern 2002; zit.: BK-WEBER.