entier, le demandeur Caraly n'a touché en 1900 aucune indemnité pour incapacité permanente; il a au contraire repris son travail habituel après sa guérison et a reçu dans la suite les avancements mentionnés plus haut. Si donc au point de vue médical pur, Caraly a pu être considéré comme ayant subi une diminution dans sa capacité de travail par le fait de l'accident de 1900, il n'en a pas été ainsi au point de vue de sa capacité de travail économique, et il a pu être considéré après cet accident comme un homme en pleine possession de ses aptitudes professionnelles. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la diminution de capacité permanente constatée par les experts chez le demandeur a son origine dans l'accident de 1907 uniquement et que c'est sur cette base que l'indemnité allouée à Caraly doit être calculée.

4. — Il n'y a pas lieu non plus de calculer de diminution pour cas fortuit, ainsi que le demande la Compagnie recourante. Cette diminution n'est en effet pas prévue dans la loi sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer. Enfin la diminution provenant du fait du remplacement d'une rente par un versement capital et que la Cour de Justice civile a fixée à 10 % paraît équitable, en égard de toutes les circonstances de la cause. Il n'y a donc aucune raison pour réformer en tout ou en partie l'arrêt dont est recours.

5. — Enfin le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour examiner l'application qui a été faite en l'espèce des art. 106 et 113 de la loi de procédure civile genevoise soit d'une disposition légale cantonale, en allouant à Caraly une somme de 300 fr. en considération du travail fourni par son mandataire en la présente cause.

Pour ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour de Justice civile de Genève du 4 mai 1912 est confirmé.

---

6. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb. — Responsabilité civile des fabricants.

38. Urteil vom 20. März 1912 in Sachen Müller, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Maschinenfabrik Burckhardt A.-G., Bekl. u. Ber.-Bekl.

Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Haftpflichtkläger die Duldung einer, zur Verminderung des Schadens bestimmten **Operation** *zugemutet werden kann.*

A. — Der im Jahre 1875 geborene Kläger arbeitete bei der Beklagten, welche der Fabrikhaftpflicht untersteht, als Schlosser mit 4 Fr. 50 Cts. Taglohn. Am 30. Dezember 1910 zog er sich bei der Versetzung eines schweren Schmelzkessels einen Leistenbruch zu. Die Parteien sind darüber einig, daß dieses Vorkommnis als ein Betriebsunfall zu betrachten ist, gehen aber darin auseinander, daß die Beklagte nur die Kosten der, ihres Erachtens vorzunehmenden Bruchoperation und der Heilung, sowie eine Entschädigung für Lohnausfall während der Heilungsdauer zahlen will, während der Kläger, unter Bestreitung seiner Pflicht zur Duldung der Operation, eine Entschädigung für dauernde Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit beansprucht. Für den Fall der Nichtvornahme der Operation wird die dauernde Erwerbseinbuße des Klägers von beiden Parteien unter Zugrundelegung einer Invalidität von 10 % auf 2335 Fr. berechnet, wobei bloß noch die Höhe des für Zufall abzuziehenden Betrages streitig ist.

Über die Erfolgsaussichten einer Operation, sowie das damit verbundene Risiko, haben sich die von der ersten Instanz mit der Begutachtung dieser Punkte betrauten Ärzte Prof. de Quervain und Dr. E. Hagenbach folgendermaßen ausgesprochen:

Dr. Hagenbach: Er (der Begutachter) würde „keinen Moment zögern", den Kläger „mit Äther zu narkotisieren". Übrigens könne bei einem einigermaßen nervenstarken Manne die allgemeine

Narkose bei einer Bruchoperation durch die lokale Anästhesierung ersetzt werden. Die Operation an sich sei kein so großer Eingriff, daß er für ein Herz, das an schwere Arbeit gewohnt sei, gefährlich sein könne. Die Operation eines einfachen, reponiblen, kleinen Leistenbruches, wie er beim Kläger vorhanden sei, könne heutzutage nicht als gefährlich bezeichnet werden. Die Gefahr setze sich zusammen aus den Narkosezufällen und aus der Möglichkeit einer Infektion (Blutvergiftung) oder einer Gerunselverschleppung (Embolie). Für Äthernarkosen werde auf 8—10,000 Narkosen ein Todesfall berechnet, wobei alle Fälle (alte Leute und Schwerkranke) mitgezählt seien. Nehme man nur gesunde, jugendliche Individuen, so stelle sich die Sache noch wesentlich günstiger. Außerdem könne die Narkosengefahr im vorliegenden Falle ganz ausgeschaltet werden, da eine einfache Leistenhernie vollkommen schmerzlos mit der absolut gefahrlosen Lokalanästhesie operiert werden könne. Die Gefahr lebensgefährlicher Infektionen sei heutzutage nach sogenannten aseptischen Operationen nicht mehr vorhanden. Eine Emboliegefahr bestehe fast ausschließlich bei allgemein durch lange Krankheit, schlechte Ernährung oder Blutverluste geschwächten Individuen. Es sei somit für den Kläger nach menschlichem Ermessen ein gefahrloser Verlauf zu erwarten. Erfahrungsgemäß komme auch nach einwandfreier Operation bei 4—5 % der Bruchoperierten ein sogenanntes Rezidiv (Rückfall) vor. Hiebei seien aber auch große Brüche mitgerechnet. Je kleiner, je frischer ein Bruch und je besser die Sehnen und Muskeln, um so größer sei die Aussicht auf Dauerheilung. Dies treffe beim Kläger zu, so daß man auch in dieser Hinsicht (sorgfältigste Operationstechnik vorausgesetzt) eine günstige Prognose stellen dürfe. Eine absolute Garantie der Dauerheilung könne aber vernünftigerweise von keinem Operateur übernommen werden, da stets mit einigen ungewissen Faktoren gerechnet werden müsse (Fadeneiterung, Husten nach der Operation, Unruhe des Patienten, unerwartet schlaffe Beschaffenheit der tiefen Bauchwandschichten usw.). Für den Kläger sei also die Operation „ungefährlich und aussichtsvoll".

Prof. de Quervain: Soweit es sich ganz allgemein (ohne Untersuchung des Klägers) sagen lasse, sei die Lebensgefahr bei Bruchoperationen, schwere Fälle und Patienten höhern Alters in-

begriffen, auf ungefähr ½ % zu berechnen. Berücksichtige man, daß durch die in den meisten Fällen heutzutage mögliche Vermeidung der Allgemeinnarkose die Gefahr noch vermindert werde, so könne sie gegenwärtig für einen frischen, demnach kleinen Bruch eines jungen Menschen von guter Konstitution auf etwa ¼ % veranschlagt werden. Die Rezidivstatistik ergebe, wenn man alle Fälle, auch die schwersten, mitrechne, etwa 90 % Radikalheilung. Statistiken, die sich nur auf kleine Hernien junger, kräftiger Individuen bezögen, gebe es zur Stunde nicht; doch lasse sich aus den gemachten Erfahrungen der Schluß ziehen, daß unter diesen Umständen die Aussicht auf Radikalheilung zum mindesten 95 % betrage. Die Operation könne deshalb „ohne weiteres empfohlen werden".

B. — Durch Urteil vom 16. Januar 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt:

1. Die Beklagte wird bei ihrer Anerkennung behaftet, dem Kläger, falls er sich operieren läßt, die Kosten der Bruchoperation und der Heilung, sowie den Lohnausfall bis zur Wiedererlangung der vollen Erwerbsfähigkeit zu ersetzen.

2. Die Beklagte wird ferner verurteilt, vom 17. Januar 1911 an dem Kläger bis zum Tage der Operation, längstens aber bis zum Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils, eine Entschädigung von 36 Rappen pro Arbeitstag zu leisten.

3. Dem Kläger wird für den Fall, daß die Bruchoperation nicht die gänzliche und bleibende Heilung von seinem Bruchleiden zur Folge hat, das Recht der Nachklage nach Maßgabe von Art. 8 Abs. 1 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorbehalten.

4. Mit seiner Mehrforderung wird der Kläger abgewiesen.

5. (Kosten.)

Dieses Urteil beruht auf der Erwägung, daß dem Kläger die Duldung der in Frage stehenden Operation wohl zugemutet werden könne. Die erste Instanz (das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt) hatte in ihrem Urteil vom 1. Dezember 1911 den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und die Beklagte zur Zahlung von 1968 Fr. nebst Zins verurteilt, wobei sie folgendermaßen rechnete:

Dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit = 10 % des

1350 Fr. betragenden Jahresverdienstes = 135 Fr. per Jahr, kapitalisiert nach Soldan, Tabelle III.	Fr.	2335
Abzug für Zufall, 20 %	„	467
Beitrag an die Kosten der Anschaffung und Reparatur von Bruchbändern.	„	100
zusammen	Fr.	1968

Gegen dieses Urteil hatten beide Parteien die Appellation ergriffen, die Beklagte mit dem Antrag auf Abweisung der Klage — verbunden mit der in Dispositiv 1 erwähnten bedingten Anerkennung —, der Kläger mit dem Antrag, es sei die Entschädigung auf 2001 Fr. nebst Zins zu erhöhen.

C. — Gegen das, den Parteien am 31. Januar 1912 zugestellte Urteil des Appellationsgerichts hat der Kläger am 19. Februar unter Beilegung einer Rechtsschrift und unter Wiederaufnahme seines vor Appellationsgericht gestellten Antrages die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Die Beklagte hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des appellationsgerichtlichen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Voraussetzungen der Berufung sind gegeben, insbesondere auch hinsichtlich des Streitwertes, da noch vor der letzten kantonalen Instanz ein Betrag von 2000 Fr. streitig war, womit dem in Art. 59 des revidierten Organisationsgesetzes aufgestellten Erfordernis Genüge geleistet ist. Die in Dispositiv 1 des appellationsgerichtlichen Urteils erwähnte Erklärung der Beklagten, dem Kläger, falls er sich operieren lasse, die Kosten der Operation und der Heilung, sowie den Lohnausfall bezahlen zu wollen, ist — als bloß bedingte Anerkennung — für die Berechnung des Streitwertes unmaßgeblich.

2. — Für die Beantwortung der Frage, ob dem Kläger die Duldung der sogenannten Radikaloperation seines Bruches zugemutet werden könne, kommen wesentlich zwei Gesichtspunkte in Betracht: einerseits die Rücksicht auf das unveräußerliche Recht des Individuums, über seinen Körper und dessen Integrität zu verfügen, anderseits die Pflicht des Geschädigten, nicht durch eigenes fehlerhaftes Verhalten, insbesondere durch eine schuldhafte Unterlassung, den entstandenen Schaden zu vergrößern. Dabei ist es unerheblich, ob in letzterer Beziehung, im Falle der Vergrößerung des Schadens infolge Unterlassung einer durch die Umstände gebotenen Maßregel, von einem eigentlichen Mitverschulden im Sinne des Art. 5 FHG, bezw. 51 OR alter Fassung, oder aber bloß von einem, den Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Schaden unterbrechenden Moment (Art. 44 OR neuer Fassung scheint eher auf diesem Boden zu stehen) gesprochen wird; denn in beiden Fällen sind gegen einander abzuwägen: einerseits jenes Recht des Individuums, über seinen Körper zu verfügen, anderseits das Interesse des Haftpflichtigen an möglichster Verringerung des Schadens, und auf Grund beider Auffassungen ist im einzelnen Falle jeweilen zu untersuchen, ob die in Betracht kommende Maßregel nach den Umständen und nach der Regel des Lebens vom Geschädigten erwartet werden konnte, und ob daher ihre Unterlassung schuldhaft war.

Bei der Untersuchung dieser Frage ist das Bundesgericht in seinen bisherigen Entscheidungen über die Verpflichtung zur Duldung einer Operation davon ausgegangen, daß das Recht, über den eigenen Körper zu verfügen, zwar kein absolutes sei, sondern nur innerhalb der durch die Rechtsordnung und die Sittlichkeit gebotenen Schranken bestehe, und daß somit der Haftpflichtige nicht für Schadensmomente verantwortlich gemacht werden dürfe, die der Verletzte durch einen ungefährlichen operativen Eingriff leicht hätte vermeiden können, — daß aber anderseits dem Verletzten nicht zuzumuten sei, sich im Interesse des Haftpflichtigen einer lebensgefährlichen oder wenig Aussicht auf Erfolg bietenden Operation zu unterziehen. Vergl. BGE **18** S. 238 ff. Erw. 3, **21** S. 653, **28** II S. 222 f., **33** II S. 44 f. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des deutschen Reichsversicherungsamtes, das die Verpflichtung zur Duldung von Operationen schlechtweg verneint (vergl. Handbuch der Unfallversicherung, S. 149) steht also die schweizerische Praxis (ähnlich wie diejenige des deutschen Reichsgerichts in Haftpflichtsachen: vergl. Eger, Reichshaftpflichtgesetz, S. 66 f.) grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß zwar unter Umständen ein indirekter psychischer Zwang zur Duldung einer Operation zulässig ist — denn es erscheint in der Tat als ein

indirekter Zwang, wenn der Zuspruch eines verhältnismäßig beträchtlichen Kapitals von der Duldung einer Operation abhängig gemacht wird —, daß es jedoch mit den Voraussetzungen eines solchen Zwanges streng zu nehmen ist, eben weil dabei ein Eingriff in das Recht des Menschen auf Achtung seiner Leiblichkeit in Frage steht.

3. — Auf der Grundlage dieser Praxis, von der abzugehen kein Anlaß vorhanden ist, sind im vorliegenden Falle gegen einander abzuwägen: auf der einen Seite der mit der Operation bezweckte vermögensrechtliche Vorteil, bezw. der Grad der zu erwartenden Besserung der Erwerbsfähigkeit des Klägers; ferner die mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit, daß die Operation den gewünschten Erfolg haben würde; auf der andern Seite: die, auch durch eine Narkose nie ganz zu vermeidenden Schmerzen oder doch Beschwerden, sodann die nachteiligen Folgen der Narkose als solcher, die mutmaßlichen Einwirkungen des operativen Eingriffs auf andere, nicht direkt beteiligte Organe, namentlich aber die mehr oder minder große Lebensgefahr, der sich der Kläger auszusetzen hätte, sowie dessen Furcht vor einem möglicherweise tötlichen Ausgang, — ein allerdings bloß subjektives Moment, das aber seinerseits eine Vergrößerung der objektiven Gefahr bewirken könnte.

Nach den von der ersten Instanz eingeholten, auch dem Urteil der zweiten Instanz zu Grunde gelegten Gutachten der Ärzte Prof. de Quervain und Dr. Hagenbach ist nun zwar als wahrscheinlich oder doch möglich anzunehmen, daß der Kläger mittels Lokalanästhesie, also ohne Allgemeinnarkose, operiert werden könnte, und daß er daher einerseits im Momente der Operation keine oder nur geringe Schmerzen empfinden, anderseits aber auch den bekannten Gefahren der Äther- oder Chloroformnarkose nicht ausgesetzt würde. Indessen fällt hiebei in Betracht, daß die Lokalanästhesie sogar nach Dr. Hagenbach, der die Operation empfiehlt, einen „einigermaßen nervenstarken Mann" voraussetzt. Darüber aber, ob der Kläger dieses Requisit erfülle, sprechen sich weder die Experten, noch die beiden Vorinstanzen aus, während der Vertreter des Klägers vor der ersten Instanz ausdrücklich behauptet hatte, dieser sei ängstlich und „furchtbar nervös" — eine Behauptung, über deren Bestreitung das Protokoll keinen Vermerk enthält. Es ist daher immerhin mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der Kläger, um die Operation zu bestehen, sich einer Allgemeinnarkose unterziehen müßte, wobei zu beachten ist, daß nach dem Experten Dr. Hagenbach auf 8—10,000 Äthernarkosen ein Todesfall kommt. Sodann besteht, wie die Erfahrung lehrt, und wie im vorliegenden Falle speziell der Experte Dr. Hagenbach feststellt, außer dem mit der Narkose verbundenen Risiko noch die doppelte Gefahr einer Embolie einerseits und einer Infektion anderseits, — ganz abgesehen von allerhand Zufälligkeiten, die für den Operierten verhängnisvoll werden können (nach Dr. Hagenbach: Fadeneiterung, Husten nach der Operation, Unruhe des Patienten, schlaffe Beschaffenheit der tiefen Bauchwandschichten usw.). Die allgemeine Lebensgefahr bei Bruchoperationen ist nun vom Experten Prof. de Quervain auf ½ %, bezw., wenn man nur die günstigeren Fälle berücksichtigt (zu denen derjenige des Klägers gehöre), auf ¼ % geschätzt worden. Auf 400 Bruchoperationen von der Art derjenigen, der sich der Kläger unterziehen müßte, kommt somit immerhin ein Todesfall. Anderseits betragen die Aussichten auf Radikalerfolg nach Prof. de Quervain sogar in günstigen Fällen nur zirka 95 %, womit die Erklärung Dr. Hagenbachs übereinstimmt, daß erfahrungsgemäß auch bei einwandfreier Operationstechnik 4—5 % der Bruchoperierten einen Rückfall erleiden. Allerdings ist nach demselben Experten das Risiko eines solchen Rückfalls geringer, wenn es sich um einen frischen Bruch handelt, was beim Kläger der Fall sei. Allein es ist zu beachten, daß diese letztere Feststellung (daß es sich beim Kläger um einen frischen Bruch handle) vom 5. September 1911 datiert und also schon zur Zeit der zweitinstanzlichen Beurteilung des Falles nicht mehr zutraf.

Wird mit allen diesen Gefahren und Nachteilen der Operation der Vorteil verglichen, der durch sie erreicht werden will, so ist ein gewisses Mißverhältnis unverkennbar. Wie zahlreiche andere Bruchleidende, so ist auch der Kläger nur in einzelnen, einen besondern Kraftaufwand erfordernden Bewegungen des Rumpfes behindert, und es kann dieser körperliche Defekt, der normalerweise mit keinerlei Schmerzen verbunden ist, durch das Tragen eines

einfachen Bruchbandes nahezu ganz behoben werden, wie denn auch der Kläger bereit ist, sich mit einer Entschädigung zu begnügen, die auf der Annahme einer bloß 10%igen Invalidität beruht. Es ist daher durchaus begreiflich und kann dem Kläger weder als Schikane noch als Unvernunft angerechnet werden, daß er sich — gleich wie übrigens erfahrungsgemäß noch viele andere Bruchleidende — zur Abwendung eines solchen, relativ geringen Schadens den mit der Operation verbundenen Gefahren und Beschwerden nicht aussetzen will. Alsdann aber kann ihm dies nach dem Gesagten auch im Interesse der Beklagten nicht zugemutet werden.

4. — Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich ohne weiteres die grundsätzliche Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Dabei ist insbesondere mit der ersten Instanz von dem Betrag der mutmaßlichen Erwerbseinbuße (2335 Fr.) ein Abzug für Zufall zu machen, anderseits aber der Beklagten ein angemessener Beitrag an die Kosten der Anschaffung und Reparatur von Bruchbändern aufzuerlegen. Da es sich nun hiebei nicht um eine mathematisch genaue Schadensberechnung, sondern, wie bei jeder Abschätzung zukünftigen Schadens, um eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, bezw. um eine Taxation nach freiem richterlichem Ermessen handelt, so ist die dem Kläger zukommende Entschädigung auf den runden Betrag von 2000 Fr., nebst Zins vom Tage nach dem Unfall an, festzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

In Gutheißung der Berufung und in Aufhebung des angefochtenen Urteils wird die Beklagte zur Bezahlung von 2000 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 31. Dezember 1910 an den Kläger verurteilt.

---

39. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juni 1912 in Sachen Boß, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Krebs, Kl. u. Ber.-Bekl.

Art. 6 FHG: *Ist der Verletzte, der früher regelmässig den Beruf eines Fuhrknechtes ausgeübt hat, nur vorübergehend zur Zeit des Unfalles als Handlanger um niedrigern Lohn tätig gewesen und ist die Rückkehr zum früheren Beruf in sicherer Aussicht gestanden, so ist der Berechnung der dauernden Erwerbseinbusse der Lohn, den der Verletzte als Fuhrknecht erhalten hätte, zu Grunde zu legen.*

Art. 81 OG: *Die Feststellungen über die Körperbeschaffenheit des Verletzten nach dem Unfall, die Art der Arbeit, die er* **mit dieser Körperbeschaffenheit** *noch verrichten kann und zu verrichten Gelegenheit haben wird, und über den Verdienst, den er* **damit** *voraussichtlich zu erzielen imstande ist, sind solche tatsächlicher Natur. Die Schätzung der Erwerbseinbusse auf Grund dieser Feststellungen ist im wesentlichen eine tatsächliche* **Schlussfolgerung.**

A. — Der Kläger erhob gegen den Beklagten Klage auf Zahlung einer Haftpflichtentschädigung von 5400 Fr. abzüglich des „auf Rechnung Bezahlten". Das Amtsgericht Bern hieß die Klage im Betrage von 1550 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 9. Februar 1909 gut.

Auf die Appellation des Klägers hat der Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, durch Urteil vom 23. Januar 1912 erkannt:

„In Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils wird dem Kläger „das Klagebegehren grundsätzlich zugesprochen und demgemäß der „Beklagte dem Kläger gegenüber zu einer Entschädigung von noch „3000 Fr. nebst Zins hievon zu 5 % seit 31. August 1909 „verurteilt."

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte unter Beilegung einer begründenden Rechtsschrift die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, es sei die Klage abzuweisen, soweit sie den Betrag von 1550 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 9. September 1909, oder allenfalls denjenigen von 2500 Fr. übersteige, eventuell sei die Sache zur Einvernahme der Experten über den