

tion qui est ou devrait être connue par les pièces soumises à l'assemblée générale, bilan, compte de profits et pertes et autres communications orales et écrites (RO 14 p. 704 ; 18 p. 606 et suiv. ; 34 II p. 502). Dans le cas particulier, le Grand Conseil est représenté par une commission spéciale chargée de prendre connaissance de la gestion de la Banque en se faisant présenter tous les rapports et livres qu'elle estime utiles à l'éclairer. Les rapports du Conseil d'administration, des censeurs, du fondé de pouvoirs, tous les livres de la Banque, les bilans et les comptes de profits et pertes, étaient donc à la disposition de la commission, de sorte que les pertes annuelles dues aux crédits excessifs ou ouverts sans autorisation, au défaut de contrôle, à l'absence ou au retard de recours contre les cautions, ne sont plus en cause.

8. L'objet du litige se ramenant ainsi à « la perte subie par les demandeurs ensuite de l'affaire F. R. et autres affaires connexes de 1910 et 1916 », il faut éliminer du débat tout ce qui ne repose pas sur des faits déterminés. Les reproches généraux de mauvaise gestion, de contrôle défectueux, etc., ne suffisent pas à étayer la demande de dommages-intérêts. En revanche, sont importants les actes et omissions qui ont rendu possibles les fraudes de R.

## 72. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. November 1927

i. S. D. gegen B.

**Haftung des Arztes aus Auftrag für schuldhaftes Schädigung des Patienten (Röntgenverbrennung). Expertise, Stellung des Bundesgerichts. Aktienwidrigkeit ? Indizienbeweis, Anforderungen (Erw. 1).**

**Verschuldensfrage : Verletzung der Diligenzpflicht durch Nichteinsetzen eines (Zink-)Filters (Erw. 2).**

**Entschädigungsbemessung : Form der Kapitalabfindung für die Invaliditätsentschädigung. — Leichtes Verschulden des Verletzers schliesst die Zusprechung einer Genugtuungssumme nicht aus (Erw. 3).**

**Art. 99 und 43 OR : Herabsetzung der Ersatzpflicht ; Kriterien (Erw. 4).**

A. — Der 1868 geborene Kläger B. erkrankte im Frühjahr 1922 an einem Geschwür am Mundboden. Der behandelnde Arzt, Dr. F., vermutete Krebs. B. konsultierte deshalb einen Spezialisten für Mundkrankheiten, Dr. S., der am 1. April 1922 eine Excision vornahm und das herausgeschnittene Gewebestück dem Pathologischen Institut Z. zur Untersuchung einschickte. Am 5. April 1922 gab Dr. V., Assistent dieses Instituts, einen schriftlichen Bericht dahin ab, dass er das eingesandte Stückchen bereits für carcinomatös halte, dass er aber « zur endgültigen Sicherung der Diagnose » weitem Materials bedürfe.

In der Annahme, es handle sich um einen Mundbodenkrebs, schritt Dr. S. unter Mitwirkung von Dr. W., der die gleiche Auffassung hatte, am 8. April 1922 zur operativen Entfernung des Geschwürs. Das Operationspräparat wurde wiederum dem Pathologischen Institut eingeschickt, das sich in seinem erst am 11. Mai 1922 erstatteten Bericht dahin aussprach, dass die Diagnose Krebs nicht mehr aufrechterhalten werde.

Inzwischen hatte Dr. S. den Kläger — zwei Tage nach der Operation — an die Beklagte, Spezialistin

für Röntgenbehandlung, gewiesen zwecks Vornahme einer postoperativen Bestrahlung des « Plattenzellencarcinoms ».

Die am 10. April 1922 durchgeführte erste Bestrahlung hinterliess keinerlei nachteilige Spuren. Der Kläger wurde am 15. April 1922 als geheilt aus dem Krankenhaus entlassen und konnte seinen Geschäften wieder nachgehen.

Am 6. Mai 1922, vormittags, erfolgte auf Anraten des Dr. S. eine zweite Bestrahlung. Vor der Durchführung derselben machte die Beklagte Dr. S. — der den Kläger begleitet hatte — auf eine leichte Rötung am Kinn aufmerksam, in der sie ein von der ersten Bestrahlung herrührendes Röntgenerythem (leichte Hautschädigung) vermutete. Als Dr. S. darauf bestand, dass die Rötung durch die Operationsfistel verursacht sei, leitete sie die 47 Minuten dauernde Bestrahlung ein. Die Überwachung der Apparatur während dieser Zeit überliess sie der am 1. Mai 1922 in ihren Dienst getretenen, mit der Röntgenbehandlung nicht vertrauten Krankenschwester L. Sch., der sie vorher während 10 Minuten Instruktionen über die Ausübung der Kontrolle erteilt hatte. Die Beklagte selber hielt sich in dem nebenanliegenden Sprechzimmer auf, kam aber einige Male ins Röntgenkabinett zurück, um am Schaltapparat nachzusehen. Nach 25 Minuten will sie die Röntgendosismessung, die mit der sog. Holzknechtablette erfolgte, kontrolliert und die Tablette neu auf das Bestrahlungsfeld aufgelegt haben. Gemäss ihrer eigenen Aussage war diese Holzknechtablette am Schlusse der Bestrahlung im Verhältnis zur Bestrahlungszeit auffallend dunkel. Während sie behauptet, die Filter aus Zink und Aluminium selber eingesetzt zu haben, hat L. Sch. als Zeuge erklärt, dass sie dieselben auf Weisung und unter Kontrolle der Beklagten eingelegt und nach der Bestrahlung auch wieder entfernt habe.

Wenige Stunden nach dieser Bestrahlung trat beim

Kläger im Bestrahlungsgebiete eine starke, schmerzhafte Hautentzündung auf. Eine im Beisein der Beklagten von Dr. S. vorgenommene Rotlichtbestrahlung brachte ihm Linderung. Er verblieb vorerst noch in der Behandlung der Beklagten, die diese Erscheinungen als übermässige Hautreaktion und als vorübergehende Nebenwirkungen der Röntgenbestrahlung auffasste. Als sich sein Zustand immer mehr verschlimmerte, begab er sich am 4. Juli 1922 in die Behandlung des Dermatologen Dr. M. In der Folge entwickelte sich eine Kiefernekrose. Am 15. Dezember 1923 unterzog sich der Kläger in der Westdeutschen Kieferklinik in Düsseldorf einer Operation, die in der Entfernung des horizontalen linken Unterkieferastes bestand. Im März 1924 wurde er im Kantonsspital Zürich zwecks Entfernung des « noch bestehenden toten Knochens am Kinn » neuerdings operiert.

B. — I. Inzwischen hatte B. am 18. Juli 1922 gegen die Beklagte beim Bezirksgericht Zürich Klage auf Zahlung einer Entschädigung von 8000 Fr. nebst 5% Zins seit 20. Juli 1922 eingeleitet. Am 22. September 1923 reichte er eine zweite Klage ein, mit der er weitere 98,487 Fr. 40 Cts., bzw. — nach Reduktion in der Hauptverhandlung — 98,147 Fr. 40 Cts. nebst 5% Zins seit 6. Sept. 1923 forderte, also insgesamt 106,147 Fr. 40 Cts. nebst Zinsen. Die beiden Prozesse wurden vom Bezirksgericht Zürich am 29. April 1924 vereinigt.

Zur Begründung machte er im wesentlichen geltend: Die Beklagte hätte die zweite Bestrahlung mangels eines Krebsgeschwürs überhaupt nicht vornehmen sollen, jedenfalls aber angesichts der von ihr selber festgestellten Rötung am Kinn nicht so kurze Zeit (26 Tage) nach der ersten und unter allen Umständen nicht vor Eingang des zweiten Berichts des Pathologischen Institutes. Bei den Erklärungen des Dr. S. habe sie sich nicht beruhigen dürfen. Mit der Überwachung der Bestrahlung habe sie eine in der Röntgenbehandlung völlig uner-

fahrene Krankenschwester betraut. Ein besonders schweres Verschulden aber falle ihr aus dem Umstande zur Last, dass sie den Zinkfilter mit einem zweiten Aluminiumfilter verwechselt, oder den erstern überhaupt einzusetzen vergessen habe. Nur bei dieser Annahme sei eine so schwere Verbrennung denkbar. Für die schädigenden Folgen dieser kunstwidrigen und nachlässigen Behandlung hafte sie gemäss Art. 394 f., 328 f. und 41 OR.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, eventuell Herabsetzung der geforderten Entschädigung. Sie anerkannte, dass beim Kläger infolge der Bestrahlung eine Röntgenverbrennung entstanden sei, betritt aber, dass sie irgend ein Verschulden treffe. Zur Zeit der Vornahme der Bestrahlung hätten feste Grundsätze über die Dosierung nicht bestanden, ganz abgesehen davon, dass sich bei Krebsgeschwüren die Verbrennungsgefahr überhaupt nicht vermeiden lasse.

Dass die Kiefernekrose mit der Verbrennung in ursächlichem Zusammenhang stehe, werde bestritten. Diese Knochenerkrankung sei vielmehr auf eine Infektion anlässlich der Operationen zurückzuführen, denn sonst wäre sie innert 2-3 Wochen, und nicht erst 1½ Jahre nach der Bestrahlung aufgetreten.

II. Ein vom Instruktionsrichter des Bezirksgerichts Zürich erhobenes Gutachten von Dr. W., Vorsteher des Röntgeninstitutes des «Roten Kreuzes» in Z., kam zum Schlusse, dass es sich um eine Röntgenverbrennung dritten Grades handle. Übereinstimmend stellte auch der weitere Gerichtsexperte Prof. Dr. Sch., Direktor des Röntgeninstituts am Kantonsspital Z., in seinem Gutachten vom 9. August 1923 fest, dass eine typische Röntgenverbrennung vorliege, und zwar eine im unmittlerbaren Anschluss an die Bestrahlung aufgetretene sog. Frühschädigung. Die Überdosierung wurde nach Ansicht dieses Experten «nur durch das Fehlen oder vielleicht wahrscheinlicher durch das Verwechseln des Filters (sc. Zinkfilters)» möglich.

Auf Einwendungen der Beklagten hin beschloss das Gericht die Anordnung einer Begutachtung durch ein Expertenkollegium, bestehend aus Prof. Dr. I., Chirurg und Röntgenologe in B., Dr. L., Leiter des Röntgeninstitutes des Bürgerspitals B. und Dr. H., prakt. Röntgenarzt in B. In dem im Oktober 1925 erstatteten, einstimmigen Gutachten wird zunächst festgestellt, dass es sich um eine Röntgenverbrennung dritten Grades handle. Die ungewöhnlich heftige, schon am Bestrahlungstage foudroyant einsetzende Gewebereaktion («ganz vom Charakter der durch hohe Dosen weicher Strahlung erzeugten Röntgenverbrennung») lasse darauf schliessen und sei nur so erklärlich, dass der Zinkfilter aus Versehen nicht eingelegt oder mit einem zweiten Aluminiumfilter verwechselt worden sei. Der Zinkfilter habe den Zweck, die weniger durchdringenden, sog. weichen Röntgenstrahlen abzuhalten, welche die oberflächlichen Gewebeschichten schädigen, bevor genügend Anteile harter Strahlung in die Tiefe gelangen können, um dort auf das kranke Gewebe einzuwirken.

Dass die Beklagte eine gutartige Drüse (die Experten halten die Diagnose Krebs für unrichtig) mit Carcinomdosis bestrahlt habe, sei an sich fehlerhaft gewesen, doch könne ihr deswegen kein Vorwurf gemacht werden, weil sie nach dem Befunde von Dr. S. «unbedingt» habe annehmen müssen, dass die operativ entfernte Geschwulst eine bösartige gewesen sei. Nach heutiger Auffassung habe die zweite Bestrahlung (nach 26 Tagen) zu früh stattgefunden, im Jahre 1922 hätten jedoch hierüber noch keine festen Regeln bestanden. Die Kiefernekrose sei eine Folge der Bestrahlung; der schleppende Verlauf und die Abgrenzung der Nekrose sprächen eindeutig gegen eine Knocheninfektion.

C. — Das Bezirksgericht Zürich schützte durch Entscheid vom 27. April 1926 die Klage im vollen Umfange (106,487 Fr. 40 Cts. nebst Zinsen), von der Annahme ausgehend, dass die Beklagte ein schweres Verschulden treffe.

Mit Urteil vom 1. Juni 1927 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Entschädigung reduziert auf «68,616 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu 5% von 5289 Fr. 55 Cts. vom 1. Januar 1925 an, von 44,625 Fr. seit 1. Januar 1925, von 8000 Fr. seit 20. Juli 1922 und von 10,702 Fr. seit dem 2. September 1922.»

D. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt;

a) die B e k l a g t e mit den Begehren um gänzliche Abweisung der Klage, eventuell Herabsetzung der dem Kläger zugesprochenen Entschädigung; weiter eventuell wird ein Rückweisungsantrag gestellt;

b) der Kl ä g e r mit den Anträgen auf Gutheissung der Klage im vollen Umfange, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass das von den Parteien begründete Vertragsverhältnis, wonach die Beklagte die Röntgenbestrahlung des Klägers gegen Honorar übernommen hat, sich rechtlich als Auftrag qualifiziert. Entscheidend fällt in Betracht, dass es sich nicht um die Leistung von Diensten auf Zeit handelte, sondern um die Erfüllung einer einmaligen Aufgabe: um die Vornahme, wenn auch nicht einer einzigen, so doch einer beschränkten Anzahl von Bestrahlungen, wobei es zudem dem Kläger jederzeit freistand, den Arzt zu wechseln. Für die Frage der Verantwortlichkeit kommt es übrigens auf dasselbe hinaus, ob man das Verhältnis des Arztes zum Kranken als Auftrag oder im Sinne der frühern Gerichtspraxis (BGE 18 S. 340; 26 II 601; 34 II 36) als Dienstvertrag betrachtet, da der Beauftragte gemäss Art. 398 OR im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Dienstpflichtige haftet, also insbesondere auch für jedes Verschulden einzustehen hat (Art. 328 und 99 OR). Um ihre Vertragspflicht gehörig zu erfüllen, war demnach die Beklagte gehalten, bei der

Behandlung des Klägers so zu verfahren, wie es den allgemein anerkannten und zum Gemeingebrauch gewordenen Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft, und speziell dem damaligen Stande der Röntgentherapie und Röntgentechnik entsprach. Ihrem eigenen Verschulden steht dabei nach Art. 101 OR dasjenige des beigezogenen Hilfspersonals gleich.

Wie sie selber anerkennt, hat der Kläger als Folge der zweiten Bestrahlung vom 6. Mai 1922 eine Röntgenverbrennung dritten Grades erlitten. Die Vorinstanz erblickt — gestützt auf das Gutachten des Expertenkollegiums — die Ursache dieser Schädigung in der Nichtverwendung eines Zinkfilters bei der Bestrahlung, sei es, dass die Beklagte einen solchen einzusetzen überhaupt vergessen, oder ihn mit einem zweiten Aluminiumfilter verwechselt habe, wodurch die Überdosierung entstanden sei, die bei richtiger Filtrierung vermieden worden wäre. In dieser Annahme liegt eine auf prozessualer Beweiswürdigung beruhende tatsächliche Feststellung, an die das Bundesgericht nach Art. 81 OG gebunden ist. Die Überprüfung von Expertisen auf ihre Schlüssigkeit und Überzeugungskraft ist ausschliesslich Sache des kantonalen Richters; dem Bundesgericht steht eine Nachprüfung, abgesehen von Rechtsfragen und Rechtsauffassungen, die eine Expertise beherrschen können, nur hinsichtlich allfälliger Aktenwidrigkeiten eines von der kantonalen Instanz als ausschlaggebend erachteten Sachverständigen-Gutachtens zu. Eine Aktenwidrigkeit aber kann nur dann vorliegen, wenn eine Feststellung bestimmten Aktenstücken, die ihrerseits durch keine andern Aktenstücke entkräftet sind, widerspricht. Das ist hier nicht der Fall.

Wie die Beklagte zutreffend einwendet, sind allerdings die gerichtlichen Experten zu der Annahme, dass der Zinkfilter gefehlt habe, nicht auf Grund einer direkten Beweisführung, sondern bloss *per conclusionem* gelangt. Allein hieraus kann sie von Bundesrechts wegen nichts

gegen jene Feststellung herleiten. Denn die Gewissheit über den Eintritt einer Tatsache, die der Beweis dem Richter zu verschaffen bestimmt ist, darf nicht mit dem absoluten Ausschluss jeder andern Möglichkeit identifiziert werden. Es muss schon genügen, wenn der Richter in Fällen, wo ein direkter Beweis nicht geführt werden kann, die Überzeugung gewonnen hat, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für den behaupteten Kausalverlauf spricht, und dieser nach der Erfahrung des Lebens jede daneben an sich bestehende Möglichkeit eines andern Kausalverlaufes derart überwiegt, dass vernünftigerweise an eine andere Verursachung nicht wohl zu denken ist (BGE 45 II 97 f.). Hier aber nehmen die Experten die ungenügende Filtrierung nicht nur als mögliche Ursache an, sondern sie bezeichnen sie als die Ursache schlechthin, indem sie angesichts der Erscheinungen, wie sie sich unmittelbar nach der Bestrahlung gezeigt haben, eine andere Erklärung überhaupt nicht zu finden vermochten. Wenn daher das Obergericht auf ihren Befund abgestellt und die von der Beklagten eingelegten, abweichenden Privatgutachten von Dr. B. und Prof. J. als nicht beweiskräftig abgelehnt hat, so muss es hiebei für das Bundesgericht sein Bewenden haben.

Im weitern ist verbindlich festgestellt, dass die Kiefernekrose des Klägers eine Folge der Röntgenverbrennung war.

2. — Ist somit der Tatbestand eines objektiv mangelhaften, für die eingetretene Schädigung kausalen Bestrahlungsverfahrens gegeben, so bleibt noch zu prüfen, ob und inwieweit jener Fehler der Beklagten zum Verschulden anzurechnen sei. Hiebei ist davon auszugehen, dass die Beklagte bei Durchführung der Intensivbestrahlung — die sie auf Grund der von Dr. S. gestellten Diagnose Krebs vornehmen durfte — mit Rücksicht darauf, dass sich die Bestrahlungstechnik, wie die Experten ausführen, immer noch « im Gestalten » befindet und

noch wenig allgemein anerkannte Grundsätze bestehen, zur Aufbietung der grössten Sorgfalt verpflichtet war. Und es durfte auch der Kläger, gerade weil er sich einem Spezialisten anvertraut hatte, der Anspruch darauf erhob, dass seine Vorbildung und Erfahrung in der Handhabung der notwendigen Apparate alle Gewähr für eine richtige Durchführung der Bestrahlung biete, besondere Sorgfalt erwarten. Das Expertenkollegium, das sich mit der Schuldfrage ebenfalls befasst hat, verneint, dass sich die Beklagte eines Kunstfehlers oder einer Nachlässigkeit schuldig gemacht habe, und führt den Mangel des Zinkfilters auf ein blosses « Versehen » zurück. Damit wollten die Experten aber nicht jedes Verschulden schlechthin ausschliessen, sondern, wie sie im Ergänzungsgutachten ausdrücklich hervorheben, « dem Gerichte nur verständlich machen, wie sie den Grad des Verschuldens bemessen ». Sie nehmen also selber ein — freilich nur geringes — Verschulden an, da nach ihrer Auffassung Schädigungen, wie die vorliegende, durch das Einsetzen des Zinkfilters vermieden werden können. Handelt es sich nun zwar bei der Frage nach dem Vorliegen eines Verschuldens um eine Rechtsfrage, so darf doch der Richter die ihm von den Sachverständigen gegebene Wegleitung nicht ausser acht lassen. Die Experten allein sind in der Lage, zu beurteilen, welche Anforderungen eine Röntgenbestrahlung an den Arzt stellt, unter welchen Bedingungen sie vor sich geht und durchgeführt werden kann und was sich dabei erfahrungsgemäss mit oder ohne Schuld, oder mit grösserer oder kleinerer Schuld ereignen kann. Denn der Grad des Verschuldens lässt sich am besten daran prüfen, wie leicht oder wie schwierig es ist, einen Fehler zu vermeiden. Darüber, dass hier die Beklagte das zur Verhütung der Schädigung Erforderliche vermöge ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten zu leisten imstande war, kann ein Zweifel nicht bestehen, behauptet sie doch selber, den Zinkfilter eingesetzt zu haben. Es muss daher, in

Übereinstimmung mit der Vorinstanz, angenommen werden, dass sie ihre Diligenzpflicht verletzt hat.

Daraus folgt ihre grundsätzliche Haftung für den dem Kläger zugefügten Schaden.

3. — Hinsichtlich der Bemessung der Entschädigung kommt Folgendes in Betracht :

a) Die durch die Verbrennung verursachten Auslagen des Klägers für ärztliche Behandlung und Arzneien haben beide kantonalen Instanzen auf 5289 Fr. 55 Cts. bestimmt. Diesen Betrag hat die Beklagte zu ersetzen und gemäss der getroffenen Parteivereinbarung vom 1. Januar 1925 hinweg mit 5% zu verzinsen.

b) (Abweisung eines Forderungspostens von 1750 Fr. für Geschäftsspesen).

c) Inbezug auf die Festsetzung der Entschädigung für die vorübergehende Erwerbsunfähigkeit ist das Bundesgericht an die tatsächliche Feststellung im angefochtenen Urteil gebunden, dass der Kläger früher ein jährliches Einkommen von 7000 Fr. gehabt hat, und dass er in der Zeit vom 6. Mai 1922 bis Ende 1924 gänzlich arbeitsunfähig war. Auf Grund dieser Berechnungsfaktoren ergibt sich die vom Obergericht ermittelte Summe von 18,664 Fr.

d) Die dauernde Erwerbseinbusse des Klägers vom 1. Januar 1925 hinweg hat der Vorderrichter auf 60% geschätzt. Ob er von der Schätzung des Expertenkollegiums, die anfänglich auf 50%, nach einer zweiten Untersuchung des Klägers dann aber auf 75% lautete, abweichen durfte, ist wiederum eine Frage des kantonalen Beweisrechtes, zu deren Nachprüfung das Bundesgericht nicht zuständig ist.

Für die Zusprechung der Invaliditätsentschädigung hat die Vorinstanz mit Recht die Form der Kapitalabfindung gewählt. Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist in der Regel von der Rentenentschädigung überall da Umgang zu nehmen, wo, wie hier, die erfolgte Körperschädigung die Prognose für die Lebensdauer des Ver-

letzten, der Angehörige zu unterhalten hat, ungünstig gestaltet. Durch eine Kapitalabfindung wird der Kläger in die Möglichkeit versetzt, seine Existenz auch bei erheblich verminderter Erwerbsfähigkeit aufrechtzuhalten.

Ziffermässig berechnet das Obergericht den Schaden nach den Piccard'schen Tabellen durch Kapitalisierung der jährlichen Erwerbseinbusse von 4200 Fr. zu 4% auf 44,625 Fr., von welcher Summe es einen Abzug von 10% für die Vorteile der Kapitalabfindung macht. Angesichts der heutigen, veränderten Lage des Geldmarktes erscheint es jedoch angezeigt, der Kapitalisierung den höhern Zinsfuss von 4 1/2% zugrunde zu legen, wobei von einem Abstrich für jene Vorteile abzusehen ist. So berechnet ergibt sich eine Entschädigung von 42,966 Fr.

e) Die Genugtuungsberechtigung des Klägers im Sinne von Art. 47 OR lässt sich ernstlich nicht bestreiten. Der Umstand, dass das Verschulden der Beklagten kein schweres ist, schliesst grundsätzlich die Zusprechung eines Schmerzensgeldes nicht aus (vgl. BGE 33 II 587). Mit einer Summe von bloss 5000 Fr., bezw. 4500 Fr. (10% Abzug) wird indessen die Vorinstanz den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Laut Gutachten des Expertenkollegiums hat der Kläger während der jahrelangen Leidenszeit ausserordentlich heftige körperliche Schmerzen ausgestanden. Anderseits ist es begreiflich, dass er unter dem langwierigen, keine Aussicht auf Besserung bietenden Krankheitsverlauf auch seelisch schwer gelitten hat und unter seiner Verstümmelung heute noch leidet. In Anbetracht dessen rechtfertigt sich eine Genugtuungssumme in der Höhe von 15,000 Fr., wie sie ihm die erste Instanz zugesprochen hat.

4. — Der darnach sich ergebende Gesamtschadensbetrag von 81,919 Fr. 55 Cts. kann jedoch dem Kläger nicht voll zugebilligt werden. Gemäss Art. 43 OR, der

auch für das vertragliche Schadenersatzrecht gilt (Art. 99, Abs. 3 OR), ist die Entschädigung nach richterlichem Ermessen, unter Würdigung der Umstände und der Grösse des Verschuldens zu bestimmen. Damit bringt das Gesetz den Grundsatz zum Ausdruck, dass der Umfang der Haftung nach dem Grade der subjektiven Verfehlung abgestuft, also zwischen Schuld und Ersatzpflicht ein Gleichgewicht hergestellt werden soll. Leichtes und schweres Verschulden dürfen nicht die gleich schwere rechtliche Reaktion nach sich ziehen (vgl. BGE 32 II 465 ; 38 II 478 ; 52 II 456 f.).

Hievon ausgehend ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die der Beklagten als geringes Verschulden anzurechnende Pflichtverletzung einen unverhältnismässig grossen Schadenseintritt zur Folge gehabt hat, so dass eine etwaige Ermässigung der Ersatzpflicht geboten ist. Es mag als hart erscheinen, dass der Kläger einen Teil des Schadens an sich tragen muss. Allein die Beklagte darf billigerweise nicht schwerer belastet werden, als es der Grösse ihres Verschuldens entspricht.

Als haftungsmildernden Umstand hat sodann die Beklagte geltend gemacht, dass der Kläger als krebskranker Mann in seiner Gesundheit ernstlich bedroht war und daher nicht mehr mit einer normalen Lebensdauer rechnen konnte. Während die behandelnden Ärzte Dr. F. und Dr. W., wie auch nachträglich Dr. V. vom Pathologischen Institut Z., die von Dr. S. gestellte Diagnose Krebs bestätigt haben, hält sie das Expertenkollegium, gestützt auf den zweiten Bericht des genannten Instituts vom 11. Mai 1922, für unrichtig. Die Vorinstanz ist zum Schlusse gelangt, dass nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden könne, ob der Kläger im Frühjahr 1922 an einem Mundbodenkrebs gelitten habe. Diese Frage müsse heute als illiquid angesehen werden und neuer Begutachtung würde es am Material fehlen. Es bestehen somit auf jeden Fall Zweifel hinsichtlich der Existenz eines Carcinoms, wie andererseits auch darüber, ob der Kläger, unter der Voraussetzung,

dass es sich um ein solches handelte, durch die Operation, in Verbindung mit einer sachgemässen Bestrahlung, dauernd geheilt worden wäre. Und diese Zweifel müssen in ihrer rechtlichen Auswirkung der Beklagten zugute kommen.

Bei Berücksichtigung dieser Momente erscheint es als der Sachlage angemessen, an dem oben festgestellten Schadensbetrag von 81,919 Fr. 55 Cts. einen Abstrich von 20 % = 16,383 Fr. 90 Cts. zu machen und so die Entschädigung auf 65,535 Fr. 65 Cts. zu reduzieren. Angesichts der geringen Differenz zwischen diesem Betrage und der von der Vorinstanz errechneten Schadenersatzsumme von 68,616 Fr. 15 Cts. ist jedoch von einer Abänderung des angefochtenen Urteils Umgang zu nehmen, zumal der Kläger wohl Mühe haben wird, 40% seines früheren Einkommens zu verdienen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Beide Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 1927 wird im Sinne der Erwägungen bestätigt.

## V. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

73. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Dezember 1927 i. S. Gartenmann gegen Gartenmann.

Art. 58 OG. Haupturteil. Das Urteil, das von mehreren Rechtsbegehren nur über eines endgültig entscheidet, die andern aber zur Beweisergänzung an die erste Instanz zurückweist, ist kein Haupturteil.

*Aus dem Tatbestand :*

Die Klägerin machte gegenüber dem Kläger einen Erbreehtsanspruch geltend und verlangte von ihm überdies Lohn für die Führung seines Hauswesens. Das kan-