

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 etwelche 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 krebserkrankter 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 Erbrechtsanspruch geltend und verlangte von ihm überdies Lohn für die Führung seines Hauswesens. Das kan-

tonale Gericht hat die Sache hinsichtlich des Erbrechtsanspruches zur Beweisergänzung an die erste Instanz zurückgewiesen, die Lohnforderung aber abgelehnt. Auf die gegen die Abweisung der Lohnforderung erklärte Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Das angefochtene Urteil hat nur über das eine der beiden eingeklagten Rechtsbegehren entschieden, das andere aber zur Beweisergänzung an die erste Instanz zurückgewiesen. Ein solches Urteil ist kein Haupturteil, zu dessen Begriff nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erforderlich ist, dass es über den ganzen Rechtsstreit endgültig entscheide (BGE 30 II 479). Freilich betrachtet das Bundesgericht auch solche Urteile, die nur über einen Teil der mit der Klage geltend gemachten Begehren erkennen, dann als Haupturteil, wenn die nicht beurteilten Fragen im Laufe des Prozesses in ein besonderes Verfahren verwiesen worden sind (BGE 30 II 458 ; 41 II 696 E. 2 ; 46 II 218 E. 1). Allein diese Voraussetzung trifft hier nicht zu : für das noch nicht entschiedene Begehren ist lediglich eine Beweisergänzung im nämlichen Verfahren vorbehalten worden. Erst wenn die Vorinstanz (oder auch die erste Instanz, falls ihr Urteil über das zurückgewiesene Begehren nicht an die Vorinstanz weitergezogen werden sollte), über dieses Begehren endgültig entschieden haben wird, kann gegen das heute vorliegende Erkenntnis über das andere Begehren im Zusammenhang mit der ganzen Streitsache die Berufung an das Bundesgericht erklärt werden. Heute ist die Berufung verfrüht.

## VI. EISENBAHNHAFTPFLICHT

### RESPONSABILITÉ CIVILE DES CHEMINS DE FER

#### 74. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. November 1927

#### i. S. Elektrische Strassenbahn Zürich - Oerlikon - Seebach gegen Huber.

##### Eisenbahnhaftpflicht. Tramunfall.

Selbstverschulden eines Fussgängers, der ohne vorher Umschau zu halten das Geleise einer Strassenbahn betrat und infolgedessen von einem in langsamem Tempo daherfahrenden Tramwagen erfasst und zu Boden geworfen wurde (Erw. 1).

Teilweiser Ausschluss des Selbstverschuldens wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit (infolge Psychopathie) des Verunfallten (Erw. 2).

Bewertung der verminderten Zurechnungsfähigkeit bei der Schadensberechnung an Hand eines Expertengutachtens durch die kantonale Instanz. Stellung des Bundesgerichtes zu diesem Berechnungsmodus (Erw. 3).

EHG Art. 1 und 5.

##### *Aus dem Tatbestand.*

Am 6. Juli 1924 19.20 Uhr wurde Rudolf Huber, Bankkommis in Zürich, bei der Einmündung der Kanzleistrasse in die Zürcherstrasse in Oerlikon, als er das auf der Ostseite der Strasse liegende Tramgeleise überschreiten bzw. auf diesem Geleise nach dem vom Bahnhof Oerlikon her erwarteten Tramwagen Ausschau halten wollte, von einem von Zürich herkommenden Strassenbahnwagen erfasst und zu Fall gebracht, wobei er eine Gehirnerschütterung nebst einem Schädelbruch erlitt.

Die von Huber gegen die Strassenbahngesellschaft erhobene Klage auf vollen Ersatz des ihm durch den Unfall entstandenen Schadens wurde durch das Bundesgericht teilweise geschützt.