

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Dezember 1930 aufgehoben und die Klage geschützt.

**34. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Mai 1931**  
i. S. Thoma gegen Dr. X.

Verantwortlichkeit des Arztes bei Tod zweier Kinder infolge Diphtherie.

Ablehnung der Anwendung des kantonalen Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes auf den Arzt der obligatorischen Krankenkasse (Erw. 1).

Verschulden bei falscher Diagnose und Unterlassung weiterer Untersuchungsmethoden und der Serumeinspritzung (Erw. 3).

Kausalzusammenhang : Anforderungen an den Beweis. Es genügt eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Patienten bei pflichtgemäsem Verhalten des Arztes gerettet worden wären (Erw. 4).

A. -- In der ersten Hälfte Juli 1927 erkrankte das 1916 geborene Kind Maria des Klägers. Die Eltern riefen den Beklagten, welcher Arzt der obligatorischen Krankenkasse für den obern Teil des Kreises Sur Tasna war, zu dem Z. gehört. Er stellte bei seinem ersten Besuch am 15. Juli 1927 eine Streptokokkenangina mit einem Halsabszess fest, den er sofort und nachher wiederholt öffnete. In der Folge erkrankten nacheinander auch die andern vier Kinder des Klägers. Am 17. August 1927, als Maria noch in Behandlung war, bezeichnete der Beklagte den Zustand der 1917 geborenen Elisabeth auf dem sogenannten Krankenzettel ebenfalls als Angina. Am gleichen Tag wurde er zu dem damals achtjährigen Knaben Meinrad, genannt Meini gerufen, der mit einer starken Erkältung zu Hause war, und er stellte dort auf dem an Stelle einer Krankengeschichte geführten Krankenzettel, einem Notizpapierchen, wiederum eine « Angina nach Bad, in Spon-

dra », sowie eine « Herzdilatation von Nicotin » fest. Am 26. oder 27. August musste sich die älteste Tochter des Klägers, Domenika, geboren 1910, in's Bett legen. Dr. X., der sie am 28. August besuchte, schrieb auf den Krankenzettel : « Pharyngitis, Tonsillitis ». Am 29. August 1927 endlich musste man ihn zu dem damals 13 Jahre alten Sohn Gion rufen, der ebenfalls erkrankt war. Über die Diagnose enthält der Krankenzettel überhaupt keine Angabe ; die Behandlung geschah auf Pfröpfchenangina.

Am 1. September 1927 wurde eine Untersuchung der Patienten Domenika und Meini durch Dr. Berger, den leitenden Arzt des Spitals in Schuls veranlasst. Nach der Darstellung des Klägers soll sich der Beklagte zuerst dagegen gesträubt haben ; nach seinen Angaben hingegen soll er es selbst gewesen sein, der angesichts des gefährlichen Zustandes der jungen Domenika die Konsultation eines andern Arztes gewünscht habe ; nur gegen Dr. Ammann, den Krankenkassenarzt des untern Teiles von Sur Tasna habe er Einwendungen erhoben. Bei Domenika erkannte Dr. Berger sofort eine Diphtherie ; in seinem an Dr. Lichtenhahn, den Präsidenten der bündnerischen Ärztegesellschaft gerichteten Brief vom 26. Januar 1928 heisst es : « Die Diagnose auf Diphtherie stellte ich anlässlich des von der Familie Thoma verlangten Consiliums beim Mädchen sofort rein klinisch. Ein mikroskopisches Präparat, im Sprechzimmer des Kollegen X. mit gewöhnlicher Farblösung hergestellt, zeigte verdächtige Bazillen. » In seiner Zeugenaussage hat Dr. Berger bestätigt, dass er sich schon am 1. September geweigert habe, sich der Diagnose des Beklagten anzuschliessen : « Ich habe Herrn Dr. X. Stäbchen gezeigt. Im Präparat waren selbstverständlich mehrere vorhanden. Niemals habe ich gesagt, dass bei Domenika Diphtherie als zufälliger bakteriologischer Nebenbefund vorhanden sei. Ich schloss mich der Diagnose des Herrn Dr. X. nicht an. »

Von seinem Befund gab Dr. Berger den Eltern Thoma nicht unverzüglich Kenntnis. Er ordnete aber die sofort-

tige Überführung der Kinder Domenika und Meini in das Absonderungshaus des Spitals Schuls an, wo Domenika noch am 1. September und Meini am andern Tag eine Einspritzung von Diphtherieserum erhielten. Nachdem ebenfalls noch am 1. September eine neue mikroskopische Untersuchung eine einwandfreie positive Färbung auf Diphtheriebazillen ergeben hatte, wurden die Eltern Thoma benachrichtigt, und es wurde in den Krankengeschichten bemerkt: Bei Domenika: « Auf beiden Tonsillen (Mandeln) und weichem Gaumen weissgraue Beläge, die sich abstreichen lassen, Diphtheriebazillen im Ausstrich positiv » und bei Meini: « Tonsillen vergrössert, mit flächenhaftem Belag. Im direkten Ausstrich Diphtheriebazillen. Ein Teil des Genossenen fliesst aus der Nase heraus. (Spätere Bemerkung des Experten dazu: Also Lähmung des Gaumensegels.) » Dr. Berger sandte ebenfalls noch am 1. September Rachenabstriche an das hygienische Institut der Universität Zürich. Dieses konstatierte am 3. September 1927 Diphtheriebazillen in beiden Fällen, ebenso bei nachträglichen Untersuchungen am 23. September, und 3. Oktober 1927.

Am 27. September 1927 starb der Knabe Meini im Spital in Schuls. Am 8. Oktober 1927 starb auch seine Schwester Domenika. Als Todesursache wurden bei Meini « Diphtherie, Sepsis, akute Nierenentzündung, Gaumensegellähmung » und bei Domenika « Diphtherie, Nephritis, beidseitige Lungenentzündung, Herzbeutelentzündung » in den Krankengeschichten erwähnt. Die Leiche Meinrads wurde einer Sektion unterworfen.

Am 2. September 1927 sandte der Beklagte Rachenabstriche auch von den drei andern erkrankten Kindern an das Hygienische Institut der Universität Zürich. In einem später, am 10. Juni 1929 dem Kreisamt in Fetan erstatteten Bericht des Institutes heisst es: « Alle drei Patienten hatten Diphtheriebazillen; der positive Befund konnte aber erst am 2. Tage festgestellt und mitgeteilt werden. » Die bakteriologischen Untersuchungen wurden

dann bis an das Jahr 1928 hinein wiederholt. Die drei Kinder kamen in Behandlung Dr. Amman's, den die Krankenkasse auf Begehren des Klägers an Stelle des Beklagten nach dem Tode Domenika's bezeichnet hatte. Dieser war genötigt, dem Kinde Maria am 16. Dezember 1927 bei einem Rückfall ebenfalls eine Serumeinspritzung zu machen. Der Knabe Gion musste am 5. September auch in das Spital in Schuls verbracht werden, wo Dr. Berger die Diagnose auf « Diphtherie, Nephritis, Lymphadenitis colli » stellte und wo er erst am 15. November 1927 als geheilt entlassen wurde.

B. — Am 14. September 1928 hat Johann Thoma Klage gegen Dr. X. erhoben und das Rechtsbegehren gestellt (übersetzt):

« Das Gericht wolle erkennen, dass der Beklagte dem Kläger für Schaden, Schmerzensgeld und Genugtung den Betrag von 10,000 Fr. oder einen Betrag nach richterlichem Ermessen zu vergüten hat. »

C. — Durch Urteil vom 18. März 1930 hat das Tribunal Districtual En in Schuls nach Einholung eines Gutachtens von Prof. Dr. Feer in Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Nachdem der Kläger gegen diesen Entscheid an das Kantonsgericht von Graubünden appelliert hatte, hat dieses das Urteil des Kreisgerichtes am 30. September, 1. Oktober und 9. Dezember 1930 bestätigt.

E. — Gegen dieses Erkenntnis des Kantonsgerichtes hat der Kläger rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, die Klage sei gutzuheissen.

F. — ....

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Der Kreis Sur Tasna hat auf Grund von Art. 2 KUVG und in Ausübung einer ihm durch das kantonale Krankenversicherungsgesetz vom 8. April 1923 delegierten Befugnis die Krankenversicherung für die ganze Bevölkerung obligatorisch erklärt. Die obligatorische

Krankenkasse von Sur Tasna ist eine anerkannte Krankenkasse im Sinne des Art. 1 KUVG. Sie hat auf Grund von Art. 16 KUVG mit dem Beklagten einen Vertrag abgeschlossen und ihm die ausschliessliche Behandlung ihrer im obern Teil des Kreises wohnhaften Mitglieder anvertraut. Daraus, dass die öffentlichen und obligatorischen Kassen nach Art. 16 Abs. 2 KUVG in wenig bevölkerten Gebirgsgegenden mit geringer Wegsamkeit den Beitritt anderer Ärzte zu solchen Verträgen ausschliessen dürfen und dass der Kläger im vorliegenden Fall, als er nachträglich Dr. Ammann in Ardez beziehen wollte, einer ausdrücklichen Erlaubnis der Kassenorgane bedurfte, ist zu schliessen, dass er bei der Erkrankung seiner Kinder genötigt war, sich an Dr. X. zu wenden, wenn er von der Versicherung Gebrauch machen und den Nutzen seiner Prämienzahlung ziehen wollte. Es stellt sich daher die Frage, ob die Verantwortlichkeit des Beklagten gegenüber dem Kläger nicht nach dem Gesetz zu beurteilen gewesen wäre, das der Kanton Graubünden am 16. November 1902 gestützt auf Art. 61 Abs. 1 OR über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten des Kantons, der Kreise, Gemeinden und andern öffentlichen Korporationen erlassen hat und das in Art. 4 eine Haftung der genannten Funktionäre für ihre amtlichen Verrichtungen nur vorsieht, wenn ihnen eine Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt und wenn der Geschädigte es nicht unterlassen hat, alle zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel zur Vermeidung des Schadens anzuwenden. Die Sache braucht jedoch nicht zur Abklärung dieser Frage an die Vorinstanz zurückgewiesen zu werden, sondern es kann darauf eingetreten werden, denn das Bundesgericht ist an einen Entscheid des Kantonsgerichtes, dass das kantonale Verantwortlichkeitsgesetz auf diesen Fall nicht anwendbar sein wolle, gebunden, und der Schluss auf einen solchen Entscheid darf hier füglich aus dem Umstand gezogen werden, dass das Kantonsgericht den Fall ohne Umschweife nach Obligationenrecht behandelt

hat, zumal auch die Parteien, insbesondere der Beklagte, weder vor den kantonalen Gerichten, noch vor Bundesgericht einen andern Standpunkt eingenommen haben.

Es wäre übrigens noch zuerst zu prüfen gewesen, ob die Kantone ihre Spezialnormen über die Beamtenverantwortlichkeit nach Bundesrecht überhaupt auf die Kassenärzte ausdehnen dürfen, mit andern Worten, es wäre der Umfang des in Art. 61 Abs. 1 OR enthaltenen Vorbehaltes zugunsten des kantonalen Rechtes zu bestimmen gewesen, und diese Frage wäre für die erste präjudiziell und vom Bundesgericht selbst zu lösen gewesen. Im Entscheid der I. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1923 i. S. Dubuis c. de Torrenté ist über Art. 61 Abs. 1 OR zwar ausgeführt worden: « Le législateur fédéral n'a évidemment pas entendu limiter en quoi que ce soit le champ d'application du droit cantonal »; diese allgemeine Erwägung bedarf jedoch insofern einer Einschränkung, als es den Kantonen, auch abgesehen von Art. 61 Abs. 2, sowohl nach Art. 59 ZGB, als nach Art. 61 Abs. 1 OR nicht zusteht, beliebige Personen bezüglich der Haftung dem kantonalen Recht zu unterwerfen, sondern nur die öffentlichen Beamten bei ihren amtlichen Verrichtungen, und als darin eben eine Beschränkung der Kantone liegt, welche im Streitfalle durch das Bundesgericht von Amtes wegen und unter Anwendung von Bundesrecht zu prüfen ist. Dabei müsste man wohl unter Übertragung der Grundsätze, die das Bundesgericht in seinem Urteil i. S. Dr. Pozzi c. Commune d'Orsières vom 22. Februar 1928 aufgestellt hat (BGE 54 II S. 120, besonders S. 124) zum Ergebnis gelangen, dass auch das Verhältnis zwischen dem Arzt einer obligatorischen öffentlichen Krankenkasse und dem Patienten, hier dessen gesetzlichem Vertreter, ein privatrechtliches im Sinne der bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung sei und dass es infolgedessen den Kantonen nicht zustehe, ihre dem Bundeszivilrecht derogierenden Verantwortlichkeitsgesetze darauf anzuwenden.

2. — Nach der für das Bundesgericht verbindlichen

Feststellung der kantonalen Gerichte leitet der Kläger die eingeklagten Ansprüche ausschliesslich aus dem Tod der Kinder Domenika und Meini ab. Da somit kein Schadenersatz wegen der Krankheit der Kinder Maria, Elisabeth und Gion im Streite liegt, braucht das Verhalten des Beklagten bei der Behandlung dieser Kinder nur insoweit untersucht zu werden, als es für den Hinschied ihrer Geschwister, sei es in der Richtung des Verschuldens, sei es des Kausalzusammenhangs, von Bedeutung sein könnte.

3. — Der Beklagte besuchte Meinrad Thoma zum ersten Mal am 17. August 1927, Domenika am 28. August 1927. Nach der hinsichtlich dieser beiden Patienten vom Beklagten nicht bestrittenen Darstellung des Klägers wurde er schon nach den ersten Krankheitssymptomen gerufen, die sich bei Meini am 15. und bei Domenika am 26. oder 27. August gezeigt hatten. Seine Diagnose, die laut den Krankzetteln bei Meini auf Angina, bei Domenika auf Pharyngitis und Tonsillitis ging, war in beiden Fällen unrichtig; Dr. Berger stellte schon am 1. September am Bette Domenika's Diphtherie fest, und dieser Befund wurde ihm bestätigt durch die mikroskopische Untersuchung bei Dr. X. am 1. September, sowie, auch hinsichtlich Meinrad's, durch die Prüfung nach Einlieferung im Spital und den Bericht des Hygienischen Instituts der Universität Zürich. Der Experte hat in Übereinstimmung damit ausgeführt, dass Meini und Domenika schon in Z. an echter Diphtherie erkrankt waren. Beide kantonalen Instanzen haben sich dem angeschlossen, so dass eine unangefochtene und für das Bundesgericht verbindliche tatsächliche Feststellung vorliegt (Art. 81 OG), des Inhalts, dass die beiden Kinder, als der Beklagte gerufen wurde, an Diphtherie erkrankt waren und nachher an deren Folgen gestorben sind.

In der Unrichtigkeit der Diagnose liegt jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes für sich allein kein Verschulden. Die medizinische wie die menschliche Wissenschaft überhaupt ist nicht so vollkommen, dass bei gewissenhafter Untersuchung durch den Fach-

mann ein Irrtum, d. h. hier eine Fehldiagnose, schlechthin ausgeschlossen wäre. Was man dagegen vom Arzte verlangen kann und muss, ist eben diese gewissenhafte, aufmerksame Untersuchung, unter Anwendung aller Regeln der Kunst und des gegenwärtigen Standes der Wissenschaft, und die Anordnung einer Behandlung, welche der so gefundenen Diagnose entspricht (vgl. BGE 34 II S. 32 ff.; 53 II S. 300). Es fragt sich daher, ob dem Beklagten eine Nachlässigkeit bei der Stellung der Diagnose und ein Nichtwissen von Dingen zum Vorwurf gemacht werden muss, die der Arzt notwendig wissen muss.

Diese Frage des Verschuldens ist Rechtsfrage; die Pflichten des Arztes sind die eines Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Patienten, und ihre Verbindlichkeit gründet sich auf das Gesetz. Das Bundesgericht ist daher an die Entscheidung des kantonalen Richters darüber nicht gebunden, sondern kann sie überprüfen. Dagegen ist es so gut wie der kantonale Richter gezwungen, die technischen Kenntnisse des Sachverständigen zur Entscheidung der Schuldfrage heranzuziehen. Im vorliegenden Fall ist der Experte, Prof. Feer, von der richtigen Auffassung ausgegangen, dass die Unrichtigkeit der Diagnose an sich kein Verschulden des Arztes darstellt; denn er hat ausgeführt, dass die Fälle angeblicher falscher Diagnosen aus früherer Zeit nicht gegen den Beklagten ausgespielt werden dürfen, da « einzelne solcher Irrtümer jedem Arzt unterlaufen können, ohne dass man ihn dafür verantwortlich machen kann ». Trotzdem hat es der Experte als einen Fehler bezeichnet, « dass Dr. X. nie an Diphtherie gedacht hat », und zwar konnte der Experte unter einem Fehler hier nur einen schuldhaften Fehler verstehen, denn der Vorwurf ist gegen das Verhalten des Beklagten gerichtet, dessen Verantwortlichkeit der Experte in diesem Zusammenhang ausdrücklich zur Diskussion gestellt hat, während die bloss objektive Unrichtigkeit der Diagnose bereits feststand und übrigens nie bestritten wurde. Die Bejahung der Schuldfrage beruht auf der Feststellung des Experten,

dass die Kinder schon während der Behandlung durch Dr. X. diphtherische Belege, jedenfalls in der letzten Zeit, gehabt haben müssen, einer Feststellung, die der Sachverständige im Anschluss an die von Dr. Berger ermittelten Tatsachen und gestützt auf seine eigene langjährige Erfahrung gemacht hat und die im Einklang steht mit dem Brief des Beklagten an Dr. Lichtenhahn vom 19. Januar 1928, wonach jener im Halse Domenika's « produktive, weissglänzende, gelatinöse, leicht abwischbare und sehr rasch nachwachsende Beläge auf den Tonsillen, die jeder Behandlung trotzen, gefunden hatte »; dieses weissglänzende und gelatinöse Verhalten hat der Experte als einen für Diphtherie typischen Befund bezeichnet, der bei Pfröpfchenangina nie vorkommt; nur die leichte Abwischbarkeit sei bei Diphtherie ungewöhnlich und scheine den Beklagten irreführt zu haben. Die falsche Diagnose bei Meini und Domenika kann daher — wenn man, wie es sich aufdrängt, die Hypothese einer ungenügenden und daher nachlässigen Halsuntersuchung ausser Betracht lässt — nur daher rühren, dass der Beklagte die Beläge zwar bemerkte, aber trotzdem die Diagnose auf Diphtherie nicht stellen oder auch nur in Betracht ziehen zu müssen glaubte. Dann hat er ein Nichterkennen an den Tag gelegt, das ihm zum Verschulden gereicht, besonders im Falle der Domenika, die ein für Diphtherie typisches Symptom aufwies. Der Umstand, dass er in seiner Gegend seit Jahren keinen Diphtheriefall mehr beobachtet hatte, vermag ihn entgegen der Auffassung des Experten von diesem Vorwurf nicht zu entschuldigen und kann ihn nicht einmal wesentlich mildern, denn wenn der Schluss auf Diphtherie sich gestützt auf einen typischen Befund am konkreten Objekt aufdrängte, dürften die mehr oder weniger zufälligen Beobachtungen eines Arztes in einem verhältnismässig kleinen Umkreis und während einer verhältnismässig kurzen Zeit keine entscheidende Rolle spielen, und dass die Diphtherie eine Krankheit sei, bei der die genaue Kenntnis der Anzeichen dem Arzt in unsern

Gegenden überhaupt nicht zugemutet werden könne, wenn er nicht gerade eine besondere Erfahrung und Ausbildung besitze, ist mit Recht nicht behauptet worden.

Ein Verschulden des Arztes besteht aber auch darin, dass er die Diagnose vollendet, bevor er alle gebotenen Untersuchungsmethoden angewandt hat (BGE 34 II S. 40). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte weder selbst eine bakteriologische Untersuchung durchgeführt — Dr. Berger konnte am 1. September eine solche im Sprechzimmer vornehmen — noch eine solche durch eine hierfür besonders eingerichtete Anstalt durchführen lassen. Nun war aber die Erkrankung beider Kinder ernst; der Experte bezeichnet den Zustand Meini's als « offenbar schwer », der Beklagte selbst schrieb an Dr. Lichtenhahn: « Am 17. August erkrankte Meini sehr heftig », und nach seiner eigenen Darstellung muss auch der Fall Domenika's so gewesen sein, dass er die Beiziehung eines andern Arztes wünschte. « In jedem Falle, wo das Krankheitsbild aber ernst ist », schreibt der Experte, « oder wo wiederholte Fälle in einer Familie vorgekommen sind, ist eine bakteriologische Untersuchung angezeigt, und zwar kulturell, was dem praktischen Arzt weniger Mühe und mehr Sicherheit bringt, als die mikroskopische Probe. Nach Z. wird in der Regel in drei, spätestens vier Tagen der telephonische Bericht des Hygieneinstitutes Zürich eintreffen können. » Angesichts des Zustandes der Kinder und des Umstandes, dass es das dritte und vierte der in verdächtiger Weise erkrankten Kinder waren, musste sich die Anordnung der bakteriologischen Untersuchung demnach als unerlässlich erweisen. Damit stimmt der Bericht Dr. Berger's an Dr. Lichtenhahn überein: « Unvorsichtig war es unzweifelhaft, dass er auf wiederholte Vorstellungen der Eltern Thoma hin, die stets von Diphtherie redeten, sich nicht zu einem Abstrich entschliessen konnte. Es sind in längerem Zwischenraum vier Kinder erkrankt an Angina, und von einem sagte er mir selber, es hätte eine innere Halsmuskellähmung. Das hätte ihn wohl veranlassen sollen, sich

durch Abstrich wenigstens zu sichern.» Daraus geht auch hervor, dass die Eltern der Kinder ihrerseits Diphtherieverdacht hatten und dass aber der Beklagte mit einer wahren Hartnäckigkeit diesen Verdacht ablehnte und gleichzeitig die gebotene Untersuchung unterliess.

Das Kreisgericht hatte kein gesondertes Verschulden darin erblickt, dass der Beklagte seine Behandlung ausschliesslich auf der unrichtigen Diagnose aufbaute. Dem ist jedoch das Kantonsgericht im vorliegenden Fall mit Recht nicht gefolgt; denn der Experte hat ausgeführt, dass das Heilmittel der Diphtherie, das Antidiphtherieserum, schon bei blossem Verdacht prophylaktisch angewandt werden müsse: «Angezeigt sind Injektionen bei ernstlicher Erkrankung, die nicht wie Diphtherie aussieht, aber es vielleicht sein könnte». Nach dem Gutachten ist die Einspritzung sogar geboten, bevor das Resultat der bakteriologischen Untersuchung eintrifft. Diese Behandlung ist unschädlich: «Der Experte hat bei ca. 3000 gespritzten Diphtheriepatienten noch nie dauernde nachteilige Folgen gesehen.» Die einzige Kontraindikation, Überempfindlichkeit wegen früherer Einspritzungen, war bei den Kindern Thoma nicht vorhanden, und die vom Beklagten angerufene Konstitution der Kinder fiel nach der Ansicht des Sachverständigen nicht als hindernd in Betracht. Der Beklagte war auch nicht etwa ein grundsätzlicher Gegner der Serumbehandlung, abgesehen davon, dass er in einem solchen Fall dann die Pflicht gehabt hätte, die Eltern über seine von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung aufzuklären, zumal diese ihn ja nicht vollständig frei hatten wählen können.

Der Experte hat allerdings bemerkt, dass keine Berufspflicht zur Anwendung des Serums bestehe. Das konnte jedoch nur heissen, entweder dass der Arzt nicht gezwungen werden könne, gegen sein Gewissen eine bestimmte Behandlung einzuschlagen (was hier nicht zutrifft, und was er allenfalls hätte sagen müssen), oder dass keine sanitäts- polizeiliche, öffentlich-rechtliche Pflicht solcher Art be-

stehe. Es konnte aber nicht heissen, dass es im Belieben des Arztes stehe, die Einspritzung anzuwenden oder nicht, ohne sich durch eine Unterlassung verantwortlich gegenüber dem Patient zu machen. Der Experte hat denn auch selber beigefügt: «Der Experte kennt keinen namhaften Autor, der die Nützlichkeit des Serums bezweifelt. Es gilt allgemein als Pflicht des Arztes in ernsthaften Fällen, die wie Diphtherie aussehen, Diphtherieserum zu spritzen, ohne den Befund des Hygieneinstitutes abzuwarten. Die Nichtanwendung des Serums bei Meini und Domenika muss als Kunstfehler bezeichnet werden.»

Ein Verschulden des Beklagten liegt hingegen nicht darin, dass er die Isolierung oder gar Evakuierung der Kinder Maria und Elisabeth bei ihrer Erkrankung nicht befohlen hatte; denn nach dem Gutachten waren die an diesen Mädchen beobachteten Erscheinungen nicht beweisend für Diphtherie, «und eine Pflicht bei einfacher Angina, zu isolieren, oder wenn dies möglich ist, den Kranken zu evakuieren, kann nicht aufgestellt werden»; überdies war der Ehefrau des Klägers als Hebamme die ansteckende Natur auch der Angina bekannt, so dass sie von sich aus immerhin dafür sorgen konnte, dass die Gesunden nicht oft und nicht nahe mit den Kranken in Berührung kamen. Meinrad allerdings hätte vom Beklagten isoliert werden sollen; allein dieser Fehler ist im Gegensatz zur Unterlassung der prophylaktischen Einspritzung lediglich die Konsequenz der falschen Diagnose. Der Sachverständige bezweifelt überdies — zwar nicht die Nützlichkeit einer Isolierung Meini's —, aber dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass Domenika dann nicht erkrankt wäre: «Die Ansteckung kann von Diphtheriekranken ausgehen, bevor die Krankheit Symptome macht, bezw. erkennbar wird. Sie kann auch durch Gesunde übermittelt werden, die häufig sogenannte Bazillenträger sind, ferner durch Gegenstände in der Wohnung.»

4. — Es bleibt ferner zu entscheiden, ob das erwähnte

Verhalten des Beklagten für den Verlust der beiden Kinder kausal gewesen sei. Diese Frage ist entgegen der Auffassung des Experten durch den Richter auf Grund der Beweisergebnisse zu beantworten, und zwar hat nach OG Art. 81 auch das Bundesgericht in freier Überprüfung insoweit darauf einzutreten, als das Vorliegen des Kausalzusammenhanges Rechtsfrage ist. Nach seiner Praxis fällt nämlich nicht jede Bedingung, ohne die der eingetretene Erfolg nicht denkbar ist, als Ursache in Betracht, und es genügt somit nicht die Tatsache irgend eines natürlichen Zusammenhanges, sondern die Tatsache ist nur dann Ursache eines Erfolges (im Rechtssinne), wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, und daher der Eintritt dieses Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint (vgl. BGE 33 II S. 571; 57 II S. 38 ff. und die dort zit. Literatur und Judikatur). Das hindert natürlich nicht, dass sich der Richter auch hiebei der technischen Kenntnisse des Experten bedient, soweit seine rechtliche Tätigkeit an empyrische Voraussetzungen geknüpft ist. Aber auch, ob die Vorinstanz an den vom Geschädigten zu führenden Beweis einen richtigen Masstab angelegt habe, ist vom Bundesgericht nachzuprüfen (vgl. das unveröffentlichte Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Dezember 1928 i. S. Walser gegen Manhart und Weiss, Berufung S. 198 ff.). In dem Urteil vom 23. November 1927 i. S. D. gegen B. (BGE 53 II S. 426) ist hierüber ausgeführt worden: « 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 kein direkter Beweis 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 Verlaufes derart überwiegt, dass vernünftigerweise an eine andere Ursache nicht wohl zu denken ist (BGE 45 II S. 97 ff.). » Die ausführlichen Erwägungen in dem schon genannten Entscheid i. S. Walser gegen Manhart verdienen in diesem Zusammenhang die Veröffentlichung: « Es hiesse.... die Anforderungen an den Nachweis des Kausalzusammenhanges offenbar überspannen wenn man trotz der dringenden Wahrscheinlichkeit, die beinahe an Gewissheit grenzen dürfte, dass die Seuche durch das Verhalten des Beklagten auf das klägerische Vieh übertragen wurde, den Beweis dafür nicht als rechtsgenügend erbracht betrachten wollte. Erfahrungsgemäss ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der haftungsbegründenden Tatsache und dem Schadenserfolge selten derart klar erkennbar, dass die Möglichkeit, dass der Schaden auch sonst eingetreten wäre, mit absoluter Sicherheit von der Hand gewiesen werden kann, und es hat das Bundesgericht mit Rücksicht hierauf wiederholt erklärt, dass dem Geschädigten nicht zugemutet werden könne, den Kausalitätsbeweis stets in zwingender Weise zu erbringen, vielmehr in der Regel den Nachweis, dass nach dem ordentlichen Gang der Dinge der Schaden aller Wahrscheinlichkeit nach auf die betreffende Ursache zurückzuführen sei, als hinreichend angesehen werden müsse (vgl. spez. BGE 42 II S. 258; 47 II S. 293; 48 II S. 150 ff.; VON TUHR OR I S. 83/84) ».

Diese Grundsätze über die Anforderungen an den Kausalitätsbeweis und an die rechtliche Qualität des ursächlichen Zusammenhanges sind im vorliegenden Fall auf die Kausalität der Unterlassung anzuwenden; denn um pflichtwidrige Unterlassungen handelt es sich beim Verhalten des Beklagten. Dabei ist davon auszugehen, dass auch der Kausalzusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem Erfolg dann gegeben ist, wenn das pflichtgemässe Handeln nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens geeignet gewesen

wäre, den Erfolg zu vermeiden (BGE 29 II S. 303 ; 50 II S. 387 ; Arnold GmÜR, Der Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes S. 80).

Nach dieser Richtung hat im vorliegenden Fall der Experte das Antidiphtherieserum in verschiedenen Wendungen als ein « wirksames Mittel », ein « hervorragendes Mittel », ein « ausgezeichnetes Heilmittel », als ein « fast immer heilkräftiges Mittel » als ein Mittel bezeichnet, « das die weitaus meisten Fälle zur Heilung bringt. » Damit stimmen die Statistik und die Erfahrungen des Richters überein. Nach der im Gutachten wiedergegebenen Statistik Deyche's waren bei einer Beobachtung von 78,028 Fällen von den am ersten Tag mit Serum behandelten nur 4,3 % tödlich, von den erst am 6. Tag mit Serum geimpften dagegen schon 31,3 %. Nach der Ausführung der Experten war daher bei Meinrad, dem die Einspritzung erst am 15. Tag gemacht wurde, nichts mehr zu erwarten ; bei Domenika, bei der sie frühestens am 6. Tag gemacht wurde, war es « schon sehr spät, aber doch zu einer Zeit, wo noch ein Erfolg zu erhoffen war ». Die Einwendung, in welchem Augenblick denn die Unterlassung der Injektion bei den Kindern zum entscheidenden Fehler geworden sei, kann nicht gehört werden ; denn nach dem Expertenbericht lässt der Eintrittsbefund des Spitals Schuls mit Sicherheit feststellen, dass die diphtherischen Beläge schon in Z. vorhanden gewesen sind, d. h. schon während der Behandlung von Dr. X. Wenn dieser es übrigens in einer vom Experten wiederholt getadelten Weise unterlassen hat, eine ordentliche Krankengeschichte zu führen, darf dem Kläger daraus kein Nachteil entstehen.

Die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Heilung beider Fälle bei Anwendung des Serums wäre nach dem Gesagten nur noch dann ausgeschlossen, wenn entweder die Krankheit bei den verstorbenen Kindern in einer aussergewöhnlich heftigen Form aufgetreten wäre oder wenn die beiden Patienten wegen ihrer Konstitution nur

ungenügenden Widerstand geleistet hätten. Beide Eventualitäten werden durch den Experten von der Hand gewiesen : « Nun waren die Fälle ... nicht besonders schwer, so dass für sie die Hauptwirkung des Serums hätte zutreffen können, dass bei frühzeitiger Anwendung im Allgemeinen leichte Fälle leicht bleiben und mittelschwere nicht ganz schwer werden. » « Die lange Dauer der Krankheit bei den verstorbenen Kindern spricht für eine gute Widerstandskraft ihres Organismus ... es war keine für den Verlauf der Diphtherie nachteilige konstitutionelle Disposition vorhanden. »

Zusammenfassend ist daher zu erkennen, dass die Kinder Meinrad und Domenika bei Vermeidung der dem Beklagten zur Last gelegten Fehler nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens sehr wahrscheinlich hätten gerettet werden können. Damit ist die Haftung des Beklagten gegeben.

Wenn der Experte und (gestützt auf seine das richterliche Gebiet beschlagenden Ausführungen) auch die Vorinstanzen zu einem andern Resultat gelangt sind, beruht dies auf einer Verkennung des rechtlich erheblichen und rechtlich genügenden Kausalzusammenhanges und des Umfanges der Beweislast des Geschädigten. Der Experte hat in seinem Hauptbericht ausgeführt : « Nach dem oben Ausgeführten wären möglicherweise auch ohne die Fehler von Dr. X die Fälle von Meini und Domenika tödlich verlaufen », und in seinen Ergänzungsantworten hat er geschrieben : « Eine Krankheit ist eben kein einfaches Rechenexempel ... Man kann statistisch an grossen Zahlenreihen feststellen, dass von einer gewissen Krankheit mit oder ohne Behandlung in einer gewissen Periode z. B. 20 % der Fälle gestorben sind. Es wäre aber unrichtig, beim einzelnen Fall zu sagen, dass eine Wahrscheinlichkeit zu heilen 80 % betrug ». « Es kann tatsächlich nicht gesagt werden, dass Meini und Domenika am ersten Behandlungstag mit aller Wahrscheinlichkeit hätten gerettet werden können, aber die Möglichkeit der Heilung lag vor ».

« Aber über die Feststellung von Möglichkeiten kommt man hier nicht hinaus. Es wäre falsch zu sagen, dass die Nichtanwendung des Serums den Tod verschuldet hat, es wäre aber auch falsch zu sagen, dass die Serumanwendung im Beginn der Behandlung sicher gerettet hätte ». « Die Möglichkeit kann nur in einer Statistik von sehr vielen Fällen als Durchschnitt berechnet werden ».

In Wirklichkeit hatte man jedoch vom Experten gar nicht verlangt, dass er in Prozenten angebe, wie gross die Heilungswahrscheinlichkeit bei den beiden Kindern gewesen wäre, oder dass er sich kategorisch für eine der beiden Möglichkeiten, Sicherheit der Heilung oder Unerheblichkeit des Heilmittels, entscheide; denn ein solches Ansinnen wäre ja von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus gar nicht zu erfüllen gewesen. Eine solche absolute Sicherheit des ursächlichen Ablaufes bei Anwendung des Heilmittels im konkreten Fall konnte denn auch nach dem oben Gesagten nicht Gegenstand der Beweislast des Geschädigten sein. Die Aufgabe des Experten war erfüllt, wenn er, was er tatsächlich auch getan hat, an Hand seiner und anderer Erfahrung in andern Fällen, deren Bedingungen dem gegebenen ungefähr entsprechen, und an Hand der zahlenmässigen Erfassung der Erfahrung durch eine zuverlässige und ausgedehnte Statistik sich wenigstens für eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, abgeleitet eben aus der allgemeinen Erfahrung, entschied. Da er diese hohe Wahrscheinlichkeit nun bejaht hat, muss das allerdings entgegen seiner Ansicht für die Verantwortlichkeit des Beklagten auch genügen; denn die gegenteilige Lösung wäre eine unhaltbare Überspannung der Beweislast zu Lasten des Geschädigten, wie das Bundesgericht in den zitierten Fällen schon erkannt hat, und die Verantwortlichmachung des Arztes bei nachgewiesener Pflichtverletzung durch Unterlassungen würde schliesslich immer im Ergebnis an einem Beweisnotstand scheitern. Es ist nämlich zu beachten, dass eine Unterlassung als ein Urteil über ein nicht erfolgtes Tun als

solche nicht dem natürlichen Geschehen angehört, den Zustand der Aussenwelt nicht verändert (VON TUHR OR I S. 80, GMÜR, a.a.O., S. 85), so dass der Beweis der Kausalität einer Unterlassung überhaupt nie mit der Sicherheit, z. B. durch Wahrnehmungen, erbracht werden kann, wie bei positiven Handlungen, sondern stets auf die Erfahrung aus andern Fällen zurückgegriffen werden muss. Die Entscheidung, dass auch eine hohe Wahrscheinlichkeit genügt, wäre übrigens nur bedenklich, wenn damit das Verschulden des Arztes präsumiert würde (ähnlich EBERMAYER, Der Arzt im Recht S. 103), was aber nach Erwägung 3 oben nicht der Fall ist.

5. — (Quantitativ.)

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichtes von Graubünden vom 30. September, 1. Oktober und 9. Dezember 1930 wird aufgehoben und der Beklagte wird unter teilweisem Schutz der Klage verpflichtet, dem Kläger 3000 Fr. zu bezahlen.

## VI. VERSICHERUNGSVERTRAG

### CONTRAT D'ASSURANCE

**35. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 26 février 1931  
dans la cause Banque Populaire Suisse contre Hoirs Leemann.**

1. L'art. 85 LCA n'est qu'un complément de l'art. 83 et ne doit être appliqué que lorsqu'il s'agit d'interpréter les désignations génériques d'héritiers ou d'ayants cause prévues audit article (consid. 1).
2. Les art. 76 sq. LCA sont applicables à toute assurance de personne (consid. 2).
3. Lorsque des « héritiers » non mentionnés à l'art. 85 LCA ne peuvent recueillir le bénéfice de l'assurance parce qu'ils ont