

Die Unterlassung der Fristansetzung hatte zur Folge, dass dem Kläger stets nur das ordentliche Recht des Käufers auf Realerfüllung, auf Lieferung des gekauften Garnes, zustand und dass er daher nicht auf die nachträgliche Lieferung verzichten und statt dessen einen Schadenersatzanspruch geltend machen konnte, weder — wie es sein Wille zu sein scheint — einen Anspruch auf Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (Leistung des positiven Vertragsinteresses), noch einen Schadenersatzanspruch auf Grund einer Vertragsrücktrittserklärung (Leistung des negativen Vertragsinteresses). Das Recht auf Schadenersatz in der einen und der andern Form setzt laut Art. 107 OR die vorherige, erfolglos gebliebene Ansetzung einer Frist zur Realerfüllung voraus. Die auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme gerichtete Klage ist somit abzuweisen. Ein solcher Anspruch des Klägers ist nicht entstanden und kann auch nicht mehr entstehen, nachdem infolge des bundesrätlichen Ausführverbotes vom 20. Oktober 1915 der Kaufvertrag nach übereinstimmender Annahme der Parteien dahingefallen ist, womit die spätere Ansetzung einer Erfüllungsfrist unmöglich wurde.

Der Standpunkt der Vorinstanz, dass der Kläger wegen Unterlassung eines Deckungskaufes nicht schadenersatzberechtigt sei und deshalb mit seiner Klage abgewiesen werden müsse, braucht nach diesen Ausführungen nicht mehr geprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. März 1916 bestätigt.

37. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Juni 1916
i. S. Hellfritz, Kläger und Berufungskläger
gegen Schrämlli-Bucher, Beklagten u. Berufungsbeklagten.

Unfall eines Angestellten bei einer Arbeit, die er für seinen Geschäftsherrn bei einem Dritten verrichtete. Konkurrenz der Ansprüche, die der Verletzte gegen die Versicherungsgesellschaft, bei der der Geschäftsherr seine Angestellten gegen Unfall versichert hatte, und gegen jenen Dritten aus Art. 67 aOR geltend macht. Wirkung der teilweisen Befriedigung des einen Anspruches auf den andern. — Inwiefern ist der Verletzte verpflichtet, sich einer die Invalidität vermindernenden Operation zu unterziehen? Kein Ersatz für Kosten der Operation und der zugehörigen Spitalbehandlung bei Nichtvornahme der Operation.

1. — Der Kläger Hellfritz arbeitete am 21. Mai 1909 als Angestellter des Gärtners Fritz Dové in Luzern im Garten der Villa des Beklagten Schrämlli. Als er sich hiebei auf einen hervorstehenden Stein der Gartenmauer stützen wollte, kam er zu Fall und verletzte sich am rechten Knie. Für den daraus entstandenen Schaden belangte er zunächst seinen Arbeitgeber Dové auf Ersatz, wurde aber mit seiner Klage von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen. Hernach klagte er die « Unfall- und Haftpflichtversicherung A.-G. Zürich » ein, bei der Dové seine Arbeiter gegen Unfall versichert hatte. In diesem Prozesse hat die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Luzern, durch Urteil vom 20. Januar 1916 die Versicherungsgesellschaft verhalten, dem Kläger eine Halbjahresrente von 14 Fr. 16 Cts. für dauernde Invalidität und einen Restanzbetrag von 78 Fr. 75 Cts. für vorübergehende Arbeitsunfähigkeit zu bezahlen. Inzwischen hatte der Kläger auch den heutigen Beklagten auf Schadenersatz belangt und zwar aus Art. 67 aOR und auf Bezahlung von 2500 Fr. samt Zins zu 5% vom Tage des Unfalls an. Das Obergericht hat diese Klage zweitinstanzlich

durch Urteil vom 16. Februar 1916 abgewiesen. Es hält zwar den Art. 67 für anwendbar und verwirft eine vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede. Dagegen kommt es von nachstehenden Erwägungen aus zur Abweisung der Klage: Der Kläger sei für die Folgen der vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit durch die Versicherungsgesellschaft «Zürich» auf Grund des gegen sie erlassenen Urteils voll gedeckt worden, für die Folgen der — von den Experten auf 8-10% geschätzten — dauernden Invalidität zwar nur zu einem Teil; doch müsse er den in dieser Beziehung noch vorhandenen Vermögensschaden an sich tragen, weil er sich geweigert habe, eine gefahrlose und bloss örtliche Anästhesie erfordernde Operation vornehmen zu lassen, durch die er vollständige Heilung von allen Unfallfolgen hätte erlangen können.

Diesem Urteile gegenüber erneuert der Kläger vor Bundesgericht seinen Klageantrag.

2. — Die Forderung, die der Kläger gegen die Unfallversicherungsgesellschaft auf Grund des zwischen dieser und seinem Arbeitgeber abgeschlossenen Versicherungsvertrages erhoben hatte, und die Forderung, die er nunmehr gegen den Beklagten auf Grund von Art. 67 aOR geltend macht, stehen im Verhältnis der **A n s p r u c h s k o n k u r r e n z**. Sie werden aus einem verschiedenen Rechtsgrunde hergeleitet, sind aber beide auf Ersatz des nämlichen Schadens gerichtet, der dem Kläger aus seinem Unfälle entstanden ist. In dem Umfange, als dieser Schaden durch Befriedigung des gegen die Versicherungsgesellschaft gerichteten Anspruches ausgeglichen wurde, ist damit auch der Entschädigungsanspruch gegen den Beklagten quantitativ vermindert worden und insoweit besteht dieser Anspruch nur für den noch ungedeckten Schaden fort. Zum mindesten muss das Gesagte gelten, wenn man mitberücksichtigt, dass der Kläger nach unbestrittener Feststellung der Vorinstanz andie Versicherungsleistungen seines Arbeitgebers nicht beigetragen hat und daher keine persönlichen Aufwendungen hat

machen müssen, um einen Ersatzanspruch gegen die Versicherungsgesellschaft zu erlangen.

3. — Wie der Kläger nicht in Abrede stellt, ist er von der Versicherungsgesellschaft für die Folgen der vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit voll entschädigt worden und es fällt daher zunächst in dieser Beziehung eine Schadloshaltung durch den Beklagten ausser Betracht.

Die von der Versicherungsgesellschaft für bleibende Invalidität ausgerichtete Entschädigung deckt freilich den betreffenden Schader nicht ganz. Allein die Vorinstanz erklärt auf Grund der gerichtsarztlichen Expertise, der Kläger hätte durch eine gefahrlose Operation vollständige Heilung von allen weiteren Unfallfolgen erlangen können. Diese Würdigung ist in tatsächlicher Beziehung für das Bundesgericht massgebend. Mit Unrecht namentlich glaubt der Kläger auf die Möglichkeit von Komplikationen hinweisen zu sollen, die die Operation nach sich ziehen könnte. Dem widerspricht die von der Vorinstanz festgestellte Gefahlosigkeit der Operation. Beizufügen ist, dass die letztere nach den Experten auch keine Narkose erfordert, sondern unter Bewirkung einer Lokalanästhesie ausgeführt werden kann.

Die Behauptung des Klägers, die Vorinstanz sei von Amtes wegen auf den vorliegenden Grund für den Ausschluss der Entschädigungspflicht eingetreter, hält vor den Akten nicht Stand. Im angefochtenen Urteil wird ausdrücklich erklärt, dass der Beklagte sich im Appellationsverfahren zu seiner Entlastung auf die Nichtvornahme der Operation berufen habe. Ob solches in diesem Stadium des Rechtsstreites noch zulässig gewesen sei, ist eine vom Bundesgericht nicht nachzuprüfende Frage des kantonalen Prozessrechtes. Wie es mit einer Berücksichtigung dieses Entlastungsgrundes von Amtes wegen sich verhalte, kann dahingestellt bleiben.

Die Praxis des Bundesgerichtes in Haftpflichtsachen hat sich nun dahin ausgesprochen, dass dem Haftpflicht-

kläger im Verhältnis zum Haftpflichtigen die Duldung einer Operation zu zuzumuten sei, die mit keinen Gefahren und besonders Schmerzen verbunden ist und den Vorteil einer wesentlichen Verminderung der vorhandenen Invalidität bietet, und dass also der Haftpflichtige im Falle der Nichtduldung der Operation für jene Quote der Invalidität, die durch sie hätte beseitigt werden können, nicht einzustehen habe (vergl. BGE 32 II S. 238 Erw. 2 und dortige Zitate, sowie Praxis III N° 38). Diese Judikatur muss auch für die dem ordentlichen Zivilrecht unterstehenden Fälle der ausservertraglichen Schadenersatzpflicht wegen Körperverletzung gelten. Stützt sie sich doch, was die in Frage stehende Rechtspflicht des Verletzten zur Minderung des eingetretenen Schadens anlangt, auf die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln der Art. 51 aOR und Art. 44 rev. OR.

Wie nicht bestritten, hat der Kläger es gegenüber der Versicherungsgesellschaft abgelehnt, sich der fraglichen Operation zu unterziehen, und er stellt sich auch gegenüber dem Beklagten im jetzigen Prozess auf den nämlichen Standpunkt. Auch der Beklagte kann sich daher darauf berufen, dass bei Vornahme der Operation völlige Heilung zu erzielen gewesen wäre, und kann aus diesem Grunde seine Ersatzpflicht für bleibende Invalidität des gänzlichen in Abrede stellen. Freilich behauptet der Kläger noch, er habe sich besonders auch deshalb der Operation nicht unterzogen, weil die Versicherungsgesellschaft sich geweigert habe, für irgend welche schädlichen Folgen der Operation aufzukommen. Diese Behauptung ist aber unerheblich, denn nach der obigen Feststellung der Vorinstanz war mit solchen Folgen im Ernste nicht zu rechnen, was dem Kläger durch die ärztlichen Befunde bekannt sein musste. Er hatte sich also der Operation auf Grund des objektiven Tatbestandes zu unterziehen, unabhängig von jenen behaupteten Erklärungen der Versicherungsgesellschaft, durch die diese anderseits einer möglichen Haftbarkeit sich nicht entziehen konnte. Die

weitere Behauptung, die Gesellschaft habe sich « nicht anboten », für die Kosten der Operation aufzukommen, widerlegt sich durch den vom Kläger selbst eingelegten Brief des Vertreters der Gesellschaft vom 1. September 1915. Dass sich übrigens auch der jetzige Beklagte, nicht nur die Gesellschaft, in den erwähnten Beziehungen ablehnend verhalten habe, wird vom Kläger nicht behauptet.

4. — Endlich lässt sich auch das in der Berufungsbeurteilung nebenbei gestellte Eventualbehaupten nicht gutheissen, womit Zusprechung wenigstens des Betrages der Kosten verlangt wird, die durch eine Operation und die sich daran anschliessende Spitalbehandlung entstanden wären. Freilich hätte der Beklagte diese Kosten bei Vornahme der Operation zu zahlen gehabt und er erspart sich nun deren Auslage. Allein es handelt sich dabei um keine Leistung, die dem Kläger als Entschädigung für verminderte Arbeitsfähigkeit zukommen sollte, sondern um eine Leistung, womit der Beklagte mithelfen hätte, den vorhandenen Grad der Arbeitsunfähigkeit herabzusetzen oder gänzlich zu beseitigen. Diese Mithilfe, die Erfüllung der dem Beklagten obliegenden Leistungspflicht, ist aber vom Kläger selbst dadurch verunmöglicht worden, dass er sich der Operation nicht unterzog. Infolge dessen können keine Unkosten wegen Vornahme der Operation und für Spitalbehandlung mehr entstehen. Nur auf den Ersatz solcher aber war die hier fragliche Verpflichtung gerichtet, die als bedingte und nur so lange bestand, bis der Kläger die Duldung der Operation rechtsverbindlich ablehnte.

5. — Auf die andern Streitfragen, namentlich die der Anwendbarkeit des Art. 67 aOR, braucht nach diesen Ausführungen nicht mehr eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 16. Febr. 1916 bestätigt.