

30. 11. 53
Mündet am
November 1953

I m N a m e n d e s V o l k e s

, Just.Ang.

In dem Rechtsstreit

Urkundsbeamter
Geschäftsstelle

des Transportunternehmers Hubert H. aus D.
über N.

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den
Minister für Arbeit, Soziales und Wiederaufbau in
D.,

Beklagten, Berufungskläger und
und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1953 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger und der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Dr. Weber, Dr. Wolany und Dr. Bayer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm, Westf. vom 11. Februar 1952 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Leiter des Gesundheitsamtes (Kreisarzt) in A [REDACTED] beantragte am 26. September 1934 bei dem Erbgesundheitsgericht in A [REDACTED] die Unfruchtbarmachung des am [REDACTED] 1917 geborenen Klägers, eines Bauernsohnes, mit der Begründung, dass dieser an schwerer erblicher körperlicher Missbildung leide. Er fügte seinem Antrag sein amtsärztliches Gutachten bei. Danach hätte sich der Kopf des Oberschenkelknochens rechts nicht in der Pfanne des Hüftgelenks, sondern ausserhalb derselben, und zwar hinten oben befunden, wo er deutlich zu fühlen gewesen sei. Er stellte die Diagnose: angeborene rechtsseitige Hüftgelenksverrenkung. Bei der Begründung der Diagnose wies er darauf hin, dass vor ihm ein Krüppelfacharzt den Kläger gelegentlich der Krüppelberatung untersucht und hierbei die gleiche Diagnose gestellt habe. Der Kreisarzt war damals preussischer Staatsbeamter.

Der Vater des Klägers, dem der Antrag zur Äusserung zugestellt wurde, schrieb dem Erbgesundheitsgericht am 11. Oktober 1934:

"Auf das dortige Schreiben vom 1.10. betreffend Unfruchtbarmachung meines Sohnes Hubert lehne ich hiermit ab.

Bei frühen Untersuchungen von Amts wegen durch Fachärzte und Kreisärzte wurde immer fest gestellt Hüftenverrenkung Knochenbruch, auf Grund dessen lehne ich das Vorgehn des Kreisarztes ab und lasse eine Röntgenaufnahme herstellen."

Das Erbgesundheitsgericht, dessen Ärztlichen Beisitzern die Akten zur Stellungnahme übersandt worden waren und die am 5. und 8. Oktober 1934 vermerkt hatten "keine

Bedenken", ordnete durch Beschluss vom 13. Oktober 1934 die Unfruchtbarmachung des Klägers mit der Begründung an, dass dieser nach dem ärztlichen Zeugnis an schwerer körperlicher Missbildung leide, also erbkrank im Sinne des § 1 Abs 2 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl I, 529) sei.

Diese Entscheidung wurde durch unbenutzten Ablauf der Beschwerdefrist rechtskräftig. Der Kläger wurde am 21. Januar 1935 unfruchtbar gemacht.

Im Jahre 1949 beantragte der Kläger auf Grund der Verordnung des Präsidenten des Zentral-Justizamtes für die britische Zone über die Wiederaufnahme von Verfahren in Erbgesundheitssachen vom 28. Juli 1947 (VOBl brZ 1947 S 110) die Wiederaufnahme des Verfahrens. Nach dem bei den Akten des Wiederaufnahmeverfahrens befindlichen ärztlichen Zeugnis ergab eine Röntgenaufnahme einwandfrei einen Zustand nach Oberschenkelhalsfraktur rechts. Der Oberschenkelkopf stand danach noch im Hüftgelenk, die Fraktur war wieder verheilt. Daraufhin wurde der Beschluss über die Unfruchtbarmachung aufgehoben.

Der Kläger behauptet, sein Hüftschaden sei dadurch entstanden, dass er in jungen Jahren von einem Tisch gefallen sei. Der Kreisarzt habe fahrlässig eine Röntgenaufnahme unterlassen, die ergeben haben würde, dass die Missbildung des Hüftgelenks auf einem Bruch des Oberschenkelhalses beruht habe, nicht aber angeboren und ererbt sei. Der Kreisarzt habe seine Amtspflicht ihm gegenüber verletzt und durch sein falsches Gutachten den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts verursacht, der zu seiner Unfruchtbarmachung geführt habe. Auch dieser Beschluss stelle eine



schwere Amtspflichtverletzung dar. Er habe infolge des Eingriffs starke Schmerzen erlitten, ein Dreivierteljahr lang zu Bett gelegen und dadurch Einbusse an Lohn erlitten, er leide noch unter den Nachwirkungen der Unfruchtbarmachung, habe nicht heiraten können und wolle sich nun einer Operation zur Wiederherstellung seiner Zeugungsfähigkeit unterziehen.

Der Kläger hat beantragt, das beklagte Land zur Zahlung von 180 DM Verdienstausschlag und eines Schmerzensgeldes, das er in Höhe von 3.000 DM für angemessen hält, zu verurteilen und festzustellen, dass das Land ihm auch allen weiteren Schaden zu ersetzen habe,

Das beklagte Land hat Klagabweisung beantragt. Es bestreitet, der rechte Beklagte zu sein. Eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Kreisarztes liege nicht vor. Die Klagforderung sei zu hoch. Ein Schadensersatzanspruch sei nach §§ 839 Abs 3 und 254 Abs 2 BGB ausgeschlossen, weil der Vater des Klägers als dessen gesetzlicher Vertreter gegen die Anordnung der Unfruchtbarmachung keine Beschwerde erhoben habe.

Das Landgericht hat das beklagte Land, unter Klagabweisung im übrigen, verurteilt, dem Kläger 3.000 DM Schmerzensgeld und 54 DM Verdienstausschlag zu zahlen, und es hat die Ersatzpflicht des beklagten Landes für allen weiteren Schaden festgestellt. Das Land hatte in entsprechender Anwendung des § 419 BGB, weil es einen Teil des preussischen Staatsvermögens übernommen habe. Der Kreisarzt habe seine Amtspflicht dem Kläger gegenüber fahrlässig verletzt und dadurch dessen Schaden verursacht. § 839 Abs 3 BGB sei nicht anwendbar. Ein etwaiges mitwirkendes Verschulden des

Vaters sei unerheblich und auch nicht dargetan.

Das Berufungsgericht hat der Berufung des beklagten Landes stattgebend die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, die Berufung des Landes zurückzuweisen. Das beklagte Land begehrt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs und der Revision bestehen keine Bedenken.

Es handelt sich bei dem hier geltend gemachten Anspruch nicht um eine Entschädigung wegen nationalsozialistischer Verfolgung. Unfruchtbarmachungen auf Grund des Erbgesundheitsgesetzes erfolgten nicht wegen der gegen den Nationalsozialismus gerichteten politischen Überzeugung der Betroffenen und nicht auf Grund der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung derselben. Das Bundesergänzungsgesetz zur Entschädigung für die Opfer nationalsozialistischer Verfolgung (BEG vom 18.9.1953, RGBI I 1387) ist somit nicht anzuwenden. Der Kläger hat zwar in der Klagschrift gesagt, er sei streng katholisch, und er hat sich als religiös Verfolgten bezeichnet. Es ist aber keinerlei Begründung dafür gegeben, dass sein Katholizismus der Grund für die Anwendung des Erbgesundheitsgesetzes gewesen sei. Landgericht und Berufungsgericht haben zu diesem Vorbringen des Klägers nicht Stellung genommen. Eine Rüge aus §§ 139, 286 ZPO ist in dieser Beziehung nicht erhoben worden.

II.

Zur Klagebegründung hat der Kläger eine Amtspflichtverletzung sowohl des Kreisarztes als der Erbgesundheitsrichter behauptet. Das Landgericht hat den Klageanspruch - von der teilweisen Abweisung des Anspruchs auf Entschädigung für Verdienstausschlag abgesehen - auf Grund einer Amtspflichtverletzung des Kreisarztes zugesprochen. Mit der Frage, ob der Anspruch auch aus Amtspflichtverletzung der Erbgesundheitsrichter begründet sei, hat es sich nicht befasst und brauchte es sich nicht zu befassen, weil der aus Amtspflichtverletzung der Richter hergeleitete Anspruch nicht über den aus Amtspflichtverletzung des Kreisarztes zugesprochenen Anspruch hinausgeht. Das Berufungsgericht hat die Klage schlechthin auf Grund der §§ 254 Abs 2, 278, 839 Abs 3 BGB abgewiesen, so dass damit über beide Klagegründe entschieden ist. Mit dieser Begründung lässt sich das angefochtene Urteil, wie sich aus Nachstehendem ergibt, nicht halten.

Das Berufungsgericht hat die Fragen, ob das beklagte Land der rechte Beklagte sei, ob dem Kreisarzt eine Amtspflicht dem Kläger gegenüber obgelegen habe, ob er diese schuldhaft verletzt und damit den Schaden des Klägers adäquat verursacht habe, nicht abschliessend entschieden, sondern auf sich beruhen lassen. Die Frage, ob die Erbgesundheitsrichter amtspflichtwidrig gehandelt haben, hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Es meint, der Klaganspruch scheitere jedenfalls daran, dass der Vater des Klägers als dessen gesetzlicher Vertreter es schuldhaft unterlassen habe, den Schaden abzuwenden.

1. Gegen den Antrag des Amtsarztes auf Unfruchtbar-

machung habe zwar kein Rechtsmittel im engeren Sinne und überhaupt kein Rechtsbehelf bestanden. Es habe aber die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts gegeben, der im vorliegenden Fall eine unmittelbare Folge des Antrags und des Gutachtens des Kreisarztes gewesen sei. Die Beschwerde habe nicht nur dazu gedient, den durch die Anordnung der Unfruchtbarmachung drohenden Schaden abzuwenden, sondern auch dazu, das Beschwerdegericht zu zwingen, den Antrag des Amtsarztes nochmals genau nachzuprüfen. Insofern müsse die Beschwerde gegen den Gerichtsbeschluss als ein Rechtsmittel angesehen werden, das sich unmittelbar auch gegen die beanstandete Amtshandlung des Kreisarztes gerichtet haben würde. Die Verpflichtung zur Einlegung des Rechtsmittels sei eine Verpflichtung des Verletzten gegenüber dem Schädiger gewesen, bei deren Erfüllung sich der Betroffene ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters gemäss § 278 BGB anrechnen lassen müsse.

Auch wenn man die sofortige Beschwerde nicht als ein unmittelbar gegen die beanstandete Amtshandlung des Kreisarztes gerichtetes Rechtsmittel anerkennen wolle, sei ein mitwirkendes Verschulden des Vaters gegeben. Dieser hätte durch sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts die aus diesem drohende Gefahr abwenden müssen. Die schuldhafte Unterlassung dieser Massnahme durch den Vater müsse der Kläger nach §§ 254 Abs 2, 278, 839 Abs 3 BGB gegen sich gelten lassen (BGHZ 1, 248 ff).

2. Die Revision macht demgegenüber geltend, der Schaden sei erst durch den Eingriff entstanden, durch den er unfruchtbar gemacht worden sei. Ursächlich sei dafür sowohl der Antrag des Kreisarztes als der Beschluss des Erbgesundheitsgerichts gewesen, auf dessen Richter § 839 Abs 2 BGB

keine Anwendung finde, weil deren Entscheidung kein "Urteil" sei. Das Berufungsgericht hätte eine Amtspflichtverletzung auch der Erbgesundheitsrichter feststellen müssen. Handlungen oder Unterlassungen des Klägers oder seines Vaters aus der Zeit bis zur tatsächlichen Unfruchtbarmachung könnten bestenfalls für die Entstehung des Schadens (§ 254 Abs 1 BGB) mitursächlich gewesen sein, nicht aber für die Abwendung oder Minderung des Schadens (§ 254 Abs 2 BGB). Wolle man in der Unterlassung eines Rechtsmittels durch den Vater ein für den Schaden mitursächliches Verhalten erblicken, so brauche der Kläger sich dieses Mitverschuldens nicht anrechnen zu lassen, denn eine selbständige Verpflichtung des Geschädigten, dem Schädiger zur Zeit der Entstehung des Schadens zum Nichteintritt der schadenstiftenden Ursache behilflich zu sein, bestehe nicht (BGHZ 1, 250).

Irrig sei auch die Auffassung des Berufungsgerichts - so meint die Revision - dass der Schadensersatzanspruch nach § 839 Abs 3 BGB entfalle. Diese Bestimmung regle allein einen besonderen Fall des mitwirkenden Verschuldens. Die Bedeutung mitwirkenden Verschuldens eines gesetzlichen Vertreters könne also hier keine andere sein als im Falle des § 254 BGB. Überdies habe der Antrag des Kreisarztes keinem Rechtsmittel unterlegen.

3. Die Rüge der Revision, dass das Berufungsgericht ein etwaiges Verschulden des Vaters bei der Nichteinlegung von Rechtsbehelfen dem Kläger nicht hätte anrechnen dürfen, ist unbegründet.

a) Das Reichsgericht hat zwar in ständiger Rechtsprechung, der sich der Senat angeschlossen hat, die Auf-

fassung vertreten, dass einem Geschädigten bei einer Klage aus unerlaubter Handlung hinsichtlich der Verursachung des Schadens mitursächliches Verschulden seines gesetzlichen Vertreters nicht nach §§ 254 Abs 1, 278 BGB anzurechnen sei (BGHZ 1, 248; vgl auch BGHZ 3, 46). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts findet ihre Grundlage darin, dass § 278 BGB die Anrechnung des Verschuldens Dritter nur insoweit zulässt, als der Schuldner sich dieser Personen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient hat, und dass eine Verbindlichkeit oder etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches zwischen Schädiger und Geschädigtem zur Zeit der fraglichen Handlungen bereits bestanden haben müsse. Deshalb ist in Fällen, in denen der Verletzte ein Minderjähriger, der Mitverursacher der Aufsichtspflichtige und die Mitursache eben die nicht gehörige Ausübung der Aufsicht war, dem Verletzten die Mitverursachung des Schadens durch den Aufsichtspflichtigen nicht angerechnet worden (RGZ 121, 114 [117]; 159, 283 [292]).

Um Mitverursachung in diesem Sinne handelt es sich im vorliegenden Fall aber nicht, sondern um Schadensabwendung nach § 254 Abs 2. Die behauptete Amtspflichtverletzung soll darin bestanden haben, dass der antragstellende Kreisarzt ohne hinreichende Untersuchung eine angeborene, vererbliche Hüftgelenksverrenkung angenommen und dass das Erbgesundheitsgericht seinen Beschluss gleichfalls ohne hinreichende Prüfung erlassen habe. Ist das richtig, dann haben der antragstellende Kreisarzt und das Gericht eine Lage geschaffen, aus der heraus dem Kläger Schaden drohte. Es ist anerkannt, dass, sobald eine unerlaubte Handlung begangen ist, auch schon vor Eintritt des Schadens Rechtsbeziehungen zwischen dem Schädiger und dem Bedrohten ge-

knüpft sind, welche in dem in Entstehung befindlichen Schuldverhältnis gewisse Sorgfaltspflichten des vom Schaden Bedrohten gegenüber dem Schädiger begründen können. Die Abwendung eines aus bereits begangener unerlaubter Handlung drohenden Schadens ist eine Verpflichtung des Bedrohten dem Schädiger gegenüber, welche die Anwendung des § 278 BGB auch ohne ein hinzutretendes besonderes Schuldverhältnis rechtfertigt (RGZ 62, 348 350; 141, 353 356). Um solche Abwendung drohenden Schadens handelt es sich hier bei der Geltendmachung von Rechtsmitteln gegenüber dem Kreisarzt und dem Erbgesundheitsgericht. Ein etwaiges Verschulden des Vaters bei der Erfüllung dieser Verpflichtung, drohenden Schaden abzuwenden, ist dem Kläger somit anzurechnen. Darin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen.

Für den Fall der Amtspflichtverletzung hat die Vorschrift des § 254 Abs 2 BGB in § 839 Abs 3 BGB eine besondere Ausgestaltung erfahren. Der Beamte kann dem Geschädigten die schuldhafte Versäumung eines Rechtsmittels als mitwirkendes Verschulden entgegenhalten. Das gilt aber nur dann, wenn die Abwendung des Schadens durch Gebrauch eines Rechtsmittels erfolgen konnte, das gegen die schädigende Handlung selbst gegeben war. § 839 Abs 3 BGB bezieht sich nicht auf den Fall, dass nur in einem selbständigen Verfahren die Abwendung oder Minderung des Schadens hätte erreicht werden können (RGZ 150, 323 328). Das Berufungsgericht ist mit Recht der Auffassung, dass hier die nach § 9 Erbgesundheitsgesetz mögliche sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts sich auch unmittelbar gegen die beanstandete Amtshandlung des Kreisarztes gerichtet hätte. Über dessen auf sein amtsärztliches Zeugnis gestützten Antrag entschied das Erbgesund-

heitsgericht. Eine Beschwerde gegen dessen dem Antrag stattgebende Entscheidung richtete sich also unmittelbar gegen die Amtshandlung des Kreisarztes selbst. Die Unterlassung der Beschwerde kann somit zum Verlust des Schadensersatzanspruchs nach § 839 Abs 3 BGB führen, sofern der Vater dabei schuldhaft gehandelt hat. Eine Abwägung des Grades der Verursachung und des beiderseitigen Verschuldens des Schädigers und dessen, der die Abwendung des Schadens verabsäumt hat, findet dabei nicht statt (RGZ 126, 82 [87]; 150, 323 [328]).

b) Es fragt sich also, ob der Vater des Klägers schuldhaft handelte, als er die Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts unterliess. Das Berufungsgericht hat diese Frage bejaht. Der Vater hätte nur nach Empfang des gerichtlichen Beschlusses schriftlich eine klare Darstellung der äusseren Krankheitsursachen, des Falles von einem Tisch, zu geben und dafür Zeugen zu benennen brauchen, um zu erreichen, dass das so ausreichend informierte Beschwerdegericht den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts aufhob. Der Vater habe gewusst, dass die Annahme des Kreisarztes und des Gerichts es liege eine angeborene Missbildung vor, falsch war. Es sei seine Pflicht gewesen, für volle Aufklärung des Beschwerdegerichts zu sorgen, nachdem er aus dem gerichtlichen Beschluss gesehen habe, dass seine kurze und wenig klare Eingabe vom 11. Oktober 1934, in der er von "Hüftverrenkung Knochenbruch" schrieb, nicht die richtige Wirkung gehabt hatte.

Die Revision macht demgegenüber geltend, das Berufungsgericht habe ein Verschulden des Vaters ohne Kenntnis seiner Persönlichkeit und ohne Berücksichtigung sei-

ner damaligen Verhältnisse bejaht. Der Vater sei ein kleiner Landwirt und Schwerbeschädigter des ersten Weltkriegs. Er habe elf eigene und ein Pflegekind zu betreuen gehabt. Die ungewandte Art seiner Eingabe an das Gericht hätte diesem Anlass geben müssen, den Kläger zu einer Äusserung über diese Sachlage aufzufordern (Verstoss gegen § 139 ZPO), um sich von der Persönlichkeit des Vaters unmittelbar ein Bild zu verschaffen.

Ob die Nichteinlegung eines Rechtsmittels schuldhaft ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Grundsätzlich ist, weil es sich bei der Abwendung drohenden Schadens um die Erfüllung einer dem Bedrohten dem Schädiger gegenüber obliegenden Pflicht handelt, darauf abzustellen, welches Maß an Sorgfalt der rechtsgeschäftliche Verkehr erfordert (§ 276 BGB). Das Reichsgericht hat es einer Bäuerin wegen ihres Bildungsgrades und ihrer Unerfahrenheit in rechtlichen Dingen nicht als Nachlässigkeit angerechnet, dass sie das Fehlen einer Hypothekeneintragung in einer ihr übersandten Grundbuchnachricht nicht erkannte (JW 1936, 1891). R. [REDACTED] hat in seiner Anmerkung zu diesem Urteil beanstandet, dass auf den persönlichen Bildungsgrad und die persönliche Unerfahrenheit abgestellt worden ist. Massgebend sei, was von einem Bauern und Grundbesitzer allgemein verlangt werden könne; auf seine eigene Unerfahrenheit und Torheit könne sich niemand berufen.

Inwieweit persönliche Verhältnisse berücksichtigt werden können, wenn es sich um das Maß der anzuwendenden Sorgfalt handelt, ob insbesondere dem Umstand Bedeutung beikommen kann, dass hier der Vater ein Schwerbeschädigter war, zahlreiche Kinder zu betreuen hatte und "mit dem Gesetz oder mit Behörden noch nicht in Konflikt gekommen

war", wie die Revision ausführt, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn man auf die Verhältnisse im engeren Verkehrskreis abstellt, dem der Vater angehörte, und auf das Maß an Umsicht und Sorgfalt, das danach gemäss dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger dieses Kreises zu erfordern ist (vgl. RGZ 126, 331 mit Nachweisen) lässt sich der Vorwurf der Fahrlässigkeit unter den gegebenen Verhältnissen nicht aufrechterhalten.

Der Vater konnte aus dem Beschluss des Erbgesundheitsgerichts vom 13. Oktober 1934 entnehmen, dass seine Eingabe vom 11. Oktober 1934 den Richtern vorgelegen hatte, denn die Beschlussbegründung enthält die Bemerkung, dass der Vater dem Antrag des Amtsarztes widersprochen habe. Es kann dem Vater nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er diesen Beschluss hinnahm, ohne ihn anzufechten. Er konnte als Laie wohl der Auffassung sein, die Tatsache eines Knochenbruchs stehe der Annahme nicht entgegen, dass doch schon eine vererbliche Missbildung angeboren gewesen sei. Er durfte davon ausgehen, dass das mit ärztlichen Beisitzern besetzte Erbgesundheitsgericht seine Behauptung eines Knochenbruchs schon berücksichtigt habe und dass er sich, weil er nichts Neues vorzubringen hatte, der Autorität des Gerichts fügen müsse. Das gilt umsomehr, als der nationalsozialistische Staat die Autorität seiner Behörden besonders betonte und als weithin die Befürchtung bestand, der Angriff gegen die Entscheidung einer nationalsozialistischen Behörde könne als Angriff gegen die Staatsführung und deren Massnahmen selbst angesehen werden. Hinzu kommt, dass über das Wesen der Erbkrankheiten weithin Unklarheit herrschte, die Unfruchtbarmachung aus eugenischen Gründen, als dem Wohl des Volkes dienend, aber stark propagiert wurde. Das Reichsge-

richt hat bei Entscheidung der Frage, ob ein anderweiter Ersatzanspruch nach § 839 Abs 1 Satz 2 durch Einlegung von Rechtsmitteln weiter hätte verfolgt werden müssen, ausgeführt, das Ansehen der staatlichen Gerichte fordere Achtung vor ihren Urteilssprüchen, und jedes gerichtliche Urteil dürfe den Anspruch erheben, wohl erwogen zu sein. Es hat dabei für die Frage des Verschuldens durch Nichteinlegung eines Rechtsmittels auf die persönlichen Verhältnisse und die Begründung des angefochtenen Urteils abgestellt (RGZ 150, 323 [329]; vgl auch S 14 des insoweit in BGHZ 10, 220 nicht abgedruckten Urteils III ZR 193/51 vom 9. Juli 1953).

Beachtet man das alles, dann kann dem Vater des Klägers, auch wenn man die von der Revision besonders hervorgehobenen Umstände ausser Betracht lässt, der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht gemacht werden. Die Vorschriften in §§ 254, 839 Abs 3 BGB stehen dem Klaganspruch somit nicht entgegen.

III.

Rechtfertigt die Begründung des Berufungsgerichts die Klagabweisung nicht, so bleibt zu prüfen, ob das angefochtene Urteil aus anderen Gründen aufrechterhalten werden kann (§ 563 ZPO).

1. Die Klagabweisung wäre dann gerechtfertigt, wenn das beklagte Land nicht der richtige Beklagte wäre. Das Berufungsgericht hat diese Frage offengelassen. Das Landgericht hat sie bejaht, Das Land habe einen Bruchteil des ehemaligen Preussen übernommen, denn es setze sich in seinem Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsvermögen ganz überwiegend aus ehemals preussischem Besitz zusammen. Eine entsprechende

Anwendung des § 419 BGB über die Schuldenhaftung des Vermögensübernehmers auf die Übernahme des preussischen Vermögens und die damit verbundene Schuldenhaftung des Landes entspreche der gesetzlichen Bestimmung des Art III KRG Nr 46 über die Auflösung des preussischen Staates und auch der deutschen Rechtsauffassung.

In seiner Berufungsschrift hat das Land geltend gemacht, die entsprechende Anwendung des § 419 BGB sei unzulässig. Das KRG Nr 46 habe kein unmittelbar geltendes Recht geschaffen, sondern nur Richtlinien gegeben. Die in Art 135 Abs 5 des Grundgesetzes in Aussicht genommene Regelung der Rechtsnachfolge nach nicht mehr bestehenden Ländern sei noch nicht getroffen worden.

a) Der Senat hat sich in seiner Entscheidung BGHZ 8, 169 mit der Frage befasst, ob ein nach 1945 neu gebildetes Land - damals Niedersachsen - für Amtspflichtverletzungen haftet, die vor seiner Gründung in seinem späteren Geltungsbereich von Beamten der preussischen und der Reichsjustizverwaltung begangen worden waren. Er hat diese Frage unter dem Gesichtspunkt der Funktionsnachfolge bejaht.

Die Erwägungen jener Entscheidung des Senats treffen auch hinsichtlich einer etwaigen Amtspflichtverletzung des Kreisarztes zu. Dieser war preussischer Staatsbeamter. Seine Aufgaben waren auf das beklagte Land übergegangen; sie wurden nach dessen Gründung von dem staatlichen Gesundheitsamt in A [REDACTED] wahrgenommen. Auch hier liegt eine Nachfolge des Landes in die Funktionen einer früheren preussischen Behörde vor, die seine Haftung für die Folgen einer etwaigen Amtspflichtverletzung des früheren preussischen Kreisarztes begründet.

b) Die mit der Übernahme der Funktion des Kreisarztes durch das staatliche Gesundheitsamt in A [REDACTED] begründete Haftung des beklagten Landes ist nicht etwa dadurch weggefallen, dass das staatliche Gesundheitsamt aufgrund des Gesetzes über die Eingliederung der staatlichen Sonderbehörden in die Kreis- und Stadtverwaltungen vom 30. April 1948 (GVBl Nordrh-Westf 1948, 180) in die Kreisverwaltung A [REDACTED] eingegliedert worden ist.

Nach § 5 dieses Gesetzes übernehmen die Kreise die Kosten der Verwaltung und die unentgeltliche Nutzung der zum Vermögen der eingegliederten Sonderbehörden gehörigen Gegenstände; nach § 6 tragen sie die persönlichen und sachlichen Kosten der eingegliederten Dienststellen. Mit diesem Gesetz wurde eine endgültige Regelung der vermögens- und haftungsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Land und den Kreisen noch nicht getroffen. § 3 spricht ausdrücklich von der Übernahme der Aufgaben durch die Kreise "bis zu einer endgültigen Regelung". § 5 überträgt nur die unentgeltliche Nutzung des Vermögens, nicht das Vermögen selbst. Durch Erlass vom 24. September 1947 (nicht veröffentlicht) und vom 8. Dezember 1949 (MinBl NHRWf 1950, 29) wurden die Pensionskosten für die aufgrund des Gesetzes in den Kommunaldienst übernommenen Staatsbeamten anteilig nach den bei ihnen abgeleisteten Dienstjahren auf Land und Kreis verteilt. Das zeigt, dass eine allgemeine Nachfolge des Kreises in die Verbindlichkeiten des Landes durch das Gesetz nicht angeordnet werden sollte. Aber selbst wenn dies beabsichtigt gewesen wäre, würde das Land sich Dritten gegenüber nicht auf diese Weise von seinen Verbindlichkeiten haben befreien können. Die Folge der Übernahme von Vermögensteilen des Landes auf die Kreise könnte nur die

sein, dass diese neben dem Lande zu haften hätten. Das Land würde dadurch von seiner Schuld nicht befreit werden, wie aus dem Rechtsgrundsatz herzuleiten ist, der in § 419 BGB seinen Ausdruck gefunden hat. Das beklagte Land hat sich auf dieses Eingliederungsgesetz auch nicht berufen.

c) Der Senat hat in seiner angeführten Entscheidung BGHZ 8, 169 [181] ausgeführt, dass der aus der Funktionsnachfolge sich ergebenden Übernahme der Verbindlichkeiten des alten Funktionsträgers Schranken gesetzt sein könnten. Es könnten sich Schwierigkeiten dadurch ergeben, dass die Veränderung der Ländergrenzen unter Umständen zu einer Aufteilung der Verbindlichkeiten in verschiedene räumliche und funktionelle Haftungssphären führen würde. Solche Schwierigkeiten bestehen hier nicht, wo es sich um ein Geschehen in ein und demselben Kreis handelt und räumlich wie funktionell dieselbe Haftungssphäre in Frage steht.

Der Senat hat weiter ausgeführt, der sich aus der Funktionsnachfolge ergebende Haftungsübergang müsse hinsichtlich der Art und Höhe der Verbindlichkeiten auf das zumutbare Maß beschränkt bleiben. Zweifelhaft sei insbesondere, ob aus dem Gedanken der Funktionsnachfolge auch eine Übernahme solcher Verbindlichkeiten gerechtfertigt wäre, die aus reinen, völlig aus dem Rahmen der normalen behördlichen Funktionen fallenden Unrechtshandlungen erwachsen seien. Auch ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

d) Eine Bestätigung der Auffassung, dass die jetzigen Länder und deren öffentlich-rechtliche Körperschaften für die Fehler haften, die bei der Unfruchtbarmachung eines in Wahrheit nicht Erbkranken von den früheren Behörden in ihrem Gebiet begangen worden sind, kann in der Verordnung

des Präsidenten des Zentral-Justizamts für die britische Zonse über die Wiederaufnahme des Verfahrens in Erbgesundheitsachen vom 28. Juli 1947 (VOBl BrZ 1947, 10) gesehen werden. Dort sind Kosten für die Wiederherstellung der Fruchtbarkeit nach erfolgreich durchgeführtem Wiederaufnahmeverfahren in gewissem Umfange den örtlich zuständigen Krankenkassen, Kreisen, Fürsorgeverbänden und Ländern aufgebürdet worden.

Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klageabweisung kann nach alledem nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, dass das Land hinsichtlich der etwaigen Amtspflichtverletzung des Kreisarztes nicht der richtige Beklagte sei.

2. „Da nach Lage der Sache etwa begangene Amtspflichtverletzungen nur auf Fahrlässigkeit beruhen würden, weil für vorsätzliches Handeln keinerlei Anhalt vorliegt, kann ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung nur geltend gemacht werden, wenn der Kläger nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 Abs 1 Satz 2 BGB).

a) Für seinen angeblichen Verdienstausschlag wegen Arbeitsunfähigkeit zufolge Durchführung der Unfruchtbarmachung hätte der Kläger möglicherweise wenigstens zum Teil Ersatz erlangen können, wenn er auf Grund der 6. Ausführungsverordnung zum Erbgesundheitsgesetz vom 23. Dezember 1936 (RGBl I, 1149) sich vom Landkreis die dort vorgesehene angemessene Unterstützung hätte auszahlen lassen. Es kann aber weder vom Kläger noch von seinem Vater angenommen werden, dass sie Kenntnis von dieser erst längst nach der Unfruchtbarmachung erlassenen Ausführungsverordnung erlangt haben. Wenn sie diese Ersatzmöglichkeit ver-

säumten, so kann daraus nicht der Vorwurf hergeleitet werden, sie hätten dabei schuldhaft gehandelt. Aber nur wenn das der Fall wäre, könnte die Klage insoweit abgewiesen werden (§ 839 Abs 1 Satz 2 BGB).

b) An wen der Kläger sich hinsichtlich seines Anspruchs auf Schmerzensgeld anderweit hätte halten können, ist nicht ersichtlich. Sein Vater hat, wie eingangs dargelegt, nicht fahrlässig gehandelt, als er es unterliess, Beschwerde gegen den Beschluss des Erbgesundheitsgerichts einzulegen. Eine Verletzung seiner Pflicht zur Personenfürsorge nach §§ 1627, 1630, 1664 BGB liegt somit nicht vor. Den Arzt des städtischen Krankenhauses in A [REDACTED], der die Unfruchtbarmachung durchführte, trifft daran kein Verschulden. Er ist durch den rechtskräftigen Beschluss des Erbgesundheitsgerichts gedeckt, dem er nachzukommen hatte (Art 5 der 1. Ausführungsverordnung vom 5. Dezember 1933 (RGBl I, 1021)).

c) Ein als anderweite Ersatzmöglichkeit denkbarer Aufopferungsanspruch, wie er sich gewohnheitsrechtlich gemäss dem in § 75 EinlALR enthaltenen Rechtsgrundsatz entwickelt hat, ist hier nicht gegeben. Die Entschädigung für das besondere Opfer zum Wohle des Gemeinwesens, das die Unfruchtbargemachten durch die Duldung ihrer Unfruchtbarmachung brachten, ist durch das Erbgesundheitsgesetz und seine Ausführungsverordnungen geregelt. Dort ist die Kostentragung für den ärztlichen Eingriff, die anschließende ärztliche Behandlung und den Ersatz für Verdienstausschlag geordnet (§ 13 Abs 2 ErbGesG, Art 7 der 1. AVO vom 5. 12. 1933 - RGBl I, 1021 -, Art 9 der 3. AVO vom 25. 2. 1935 - RGBl I, 289 -, 6. AVO vom 23. 12. 1936 - RGBl I, 1149). Ein Aufopferungsanspruch besteht aber nur

dann, wenn es an der gesetzlichen Regelung einer Entschädigung für ein gebrachtes Opfer fehlt.

3. Die Klage kann, soweit sie auf Feststellung gerichtet ist, nicht etwa mit der Begründung abgewiesen werden, dass eine Feststellungsklage aus Amtshaftung nicht gerechtfertigt sei, ehe nicht die Höhe dessen feststehe, was der Geschädigte nicht in anderer Weise erlangen könne (RGZ 137, 20; 145, 68). Die vom Kläger beabsichtigte Wiederherstellung seiner Zeugungsfähigkeit wird voraussichtlich mit Schmerzen verbunden sein. Dafür sehen die Verordnung über die Wiederaufnahme von Verfahren in Erbgesundheitsachen und die in ihr für anwendbar erklärten Bestimmungen des Erbgesundheitsgesetzes und seiner Ausführungsverordnungen keinen Ersatz durch die dort genannten Kostenträger vor. Der Kläger kann sich deshalb insoweit nur an das beklagte Land halten. Die Höhe des Schmerzensgeldes lässt sich naturgemäß jetzt vor dem Eingriff noch nicht beziffern.

Das nach § 256 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung der Verpflichtung des beklagten Landes, allen weiteren Schaden zu ersetzen, ergibt sich schon daraus, dass dem Kläger nicht zuzumuten ist, sich dem Eingriff auf Wiederherstellung seiner Zeugungsfähigkeit zu unterziehen, ehe nicht festgestellt ist, dass er vom beklagten Land vollen Schadensersatz zu bekommen hat. Auch insoweit es sich um den Feststellungsantrag handelt, lässt sich die Klageabweisung somit nicht halten.

4. Der Anspruch auf Schmerzensgeld und auf Ersatz des Verdienstaufalles im Zusammenhang mit der Unfruchtbarmachung ist vom Kläger schlüssig begründet worden, die Klage kann insoweit nicht als unschlüssig abgewiesen werden. Ob der

Anspruch der Höhe nach begründet ist, ist hier nicht zu entscheiden. Das klageabweisende Berufungsurteil kann also auch hinsichtlich dieses Teils der Klageforderung nicht aufrecht erhalten werden.

IV.

Da die Begründung des Berufungsurteils die Klageabweisung nicht rechtfertigt, das beklagte Land der richtige Beklagte ist und das angefochtene Urteil auch nicht aufgrund der Bestimmung des § 839 Abs 1 Satz 2 BGB, § 256 oder hinsichtlich der Höhe der vom Landgericht zuerkannten Beträge aufrecht erhalten werden kann, ist weiter zu prüfen, wie die vom Berufungsgericht offengelassenen Fragen zu beantworten sind, nämlich die Frage, ob die behauptete Amtspflichtverletzung den Schaden adäquat verursacht hat, ob dem Kreisarzt eine Amtspflicht dem Kläger gegenüber oblag, ob er diese verletzt hat und ob er dabei schuldhaft handelte.

1. a) Der Kreisarzt fügte seinem Antrag auf Unfruchtbarmachung sein amtsärztliches Gutachten bei. Die darin gestellte Diagnose bildete die Grundlage für den die Unfruchtbarmachung des Klägers anordnenden Beschluss des Erbgesundheitsgerichts. Damit war - für den Kreisarzt erkennbar - von vornherein zu rechnen. Das Gutachten ist für die Anordnung der Unfruchtbarmachung adäquat ursächlich gewesen und es wurde auch für die sich daraus ergebende weitere Schadensfolge mitursächlich. Dieser ursächliche Zusammenhang wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass durch das Gutachten des Kreisarztes zunächst eine "Zwischensache", hier der Anordnungsbeschluss des Erbgesundheitsgerichts, gesetzt worden ist, ohne die der Erfolg

Unfruchtbarmachung nicht eingetreten wäre. Diese "Zwischenursache" lag nämlich "nicht jenseits aller Erfahrung und ausserhalb jeder vernünftigen Berechnung". Sie war vielmehr die durchaus naheliegende Folge der Diagnose des Kreisarztes. In diesem Sinne hat der Senat hinsichtlich des Gutachtens eines nicht beamteten Facharztes, das zu einer un gerechtfertigten Unfruchtbarmachung geführt hatte, bereits in seinem nicht abgedruckten Urteil III ZR 198/50 vom 13. Dezember 1951 S 37 unter Bezugnahme auf RGZ 142, 383 [388] entschieden. Davon abzugehen besteht kein Anlass. Insbesondere ist es für die Frage der adäquaten Verursachung nicht von Bedeutung, ob der Kreisarzt, worauf sich das beklagte Land in seiner Berufungsbegründung berufen hat, im Verfahren vor dem Erbgesundheitsgericht als Antragsteller die Stellung einer Partei hatte. Entscheidend ist, dass sein amtsärztliches Gutachten die Grundlage der Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts bilden konnte, für das naturgemäss das Gutachten eines Amtsarztes von wesentlicher Bedeutung war.

b) Dem Kläger kann nicht entgegengehalten werden, dass sein eigenes Verschulden mindestens mitursächlich für den Schadenseintritt gewesen sei (§ 254 Abs 1 BGB), etwa deshalb, weil er es unterlassen habe, den Kreisarzt bei dessen Untersuchung darauf hinzuweisen, dass er einmal einen Knochenbruch erlitten hatte. Einmal steht nicht fest, ob der Kläger überhaupt Kenntnis von dem "in jungen Jahren" erlittenen Knochenbruch hatte, zum anderen war von ihm als einem 16-jährigen Bauernburschen nicht zu erwarten, dass er den Zusammenhang zwischen einem Knochenbruch und der Deformierung des Hüftgelenks, wie sie bei ihm in Erscheinung trat, erkennen konnte.

Ein etwaiges Verschulden des Vaters, das darin liegen könnte, dass er seinen Sohn nicht zur ärztlichen Unter-

suchung begleitete und den Kreisarzt somit nicht über den Unfall seines Sohnes unterrichtete, würde der Kläger sich nicht anrechnen lassen müssen. Es würde sich dabei um die mitwirkende Verursachung des Schadens in einem Zeitpunkt handeln, in dem die beanstandete Amtshandlung des Arztes noch nicht erfolgt war. In diesem Zeitpunkt bestand nach dem oben Ausgeführten (II 3 a) noch keine Verpflichtung des Klägers dem Arzt gegenüber, sodass eine Anwendung des § 278 BGB nicht in Frage kommt.

2. a) Das Landgericht hat seine Ansicht, dass die Pflicht nach gründlicher Untersuchung ein sorgfältiges Gutachten zu erstatten, dem Kreisarzt als Amtspflicht dem Kläger gegenüber obgelegen habe, mit dem Hinweis darauf begründet, dass die Untersuchung und das Gutachten auch die Wahrnehmung der Interessen des Klägers bezweckt hätten.

Das Land hat dagegen in der Berufungsbegründung ausgeführt, das Erbgesundheitsgesetz gehe davon aus, dass derjenige, dessen Unfruchtbarmachung zum Nutzen der Volksgesundheit notwendig sei, in den meisten Fällen selbst die nötige Einsicht aufbringen müsse, seine Unfruchtbarmachung zu beantragen. Nur wo das nicht geschehe, sei dem beamteten Arzt ein Antragsrecht eingeräumt und zwar im Interesse der Allgemeinheit. Der antragstellende Kreisarzt habe in keiner Weise im Interesse der Unfruchtbarzumachenden zu handeln gehabt. Solche Amtspflichten, die einem Beamten zwar nach aussen, aber unmittelbar im öffentlichen Interesse auferlegt seien, ständen im Gegensatz zu den auf § 839 BGB fallenden Amtspflichten Dritten gegenüber.

Das Berufungsgericht hat demgegenüber ausgeführt, der Kreisarzt habe die Unfruchtbarmachung nur bei Erbkranken

zu beantragen gehabt. Er habe diese Schranke überschritten, indem er die Unfruchtbarmachung des nicht erbkranken Klägers beantragt habe. Dadurch habe er objektiv eine Rechtsverletzung begangen, die gleichzeitig eine pflichtwidrige Amtshandlung gegenüber dem Kläger gewesen sei.

Die zweifellos im öffentlichen Interesse dem Kreisarzt auferlegte Pflicht, Anträge auf Unfruchtbarmachung Erbkranker zu stellen, und, wenn er dem Antrag ein Gutachten beifügte, dieses nach sorgfältiger Untersuchung gewissenhaft zu begründen, erschöpfte sich nicht in der Wahrung öffentlicher Interessen. Die Erfüllung dieser Pflicht wirkte sich vielmehr ganz unmittelbar gegen den Dritten selbst aus und berührte dessen Interessen auf das Stärkste. Die Dinge liegen ähnlich wie in dem vom Senat entschiedenen Fall. BGHZ 2, 209, in dem ein Bürgermeister sich über die Richtlinien hinweggesetzt hatte, nach denen Asoziale zur Einlieferung in ein Konzentrationslager auszuwählen waren. Auch in diesem Falle geschah die Auswahl und Einweisung im öffentlichen Interesse. Gleichwohl hat der Senat die Verhaftung eines Mannes, der nicht unter diese Richtlinien fiel, als Verletzung der diesem gegenüber bestehenden Amtspflicht angesehen.

3. Da der Kläger, wie im Wiederaufnahmeverfahren festgestellt worden ist, nicht an einer angeborenen erblichen Hüftgelenksverrenkung gelitten hat und somit unstreitig nicht erbkrank im Sinne des Erbgesundheitsgesetzes war, verletzte der Kreisarzt objektiv die Amtspflicht dem Kläger gegenüber, indem er die Unfruchtbarmachung eines Nicht-Erbkranken aufgrund einer falschen Diagnose beantragte.

4. Zu prüfen bleibt nunmehr, ob der Kreisarzt bei Stellung seiner Diagnose schuldhaft gehandelt hat. Das Landge-

richt sieht mit Billigung des Berufungsgerichts eine Fahrlässigkeit des Kreisarztes darin, dass dieser eine Röntgenuntersuchung unterlassen und sich damit begnügt habe, die Hüfte des Klägers abzufühlen und daraufhin als körperlichen Befund festzustellen, dass der Kopf des Oberschenkelknochens sich nicht in der Pfanne des Hüftgelenks, sondern ausserhalb derselben und zwar hinten oben befinde, wo er deutlich zu fühlen sei. Diese Fahrlässigkeit des Kreisarztes finde keine Entschuldigung darin, dass der Krüppelarzt vorher die gleiche Diagnose gestellt habe, denn nur das Gutachten des Kreisarztes sei für das Gericht massgebend gewesen.

Das beklagte Land hat in der Berufungsbegründung geltend gemacht, dass eine Röntgenuntersuchung nach dem vorausgegangenen Untersuchungsbefund des Krüppelarztes und dem eigenen Untersuchungsbefund des Kreisarztes nicht mehr notwendig gewesen sei. Für die Entscheidung dieser Frage ist von ausschlaggebender Bedeutung, in welcher Art der Krüppelfacharzt den Kläger untersucht hat und was dem Kreisarzt darüber bekannt war. Wenn der Krüppelfacharzt etwa eine Röntgenaufnahme gemacht hatte und diese dem Kreisarzt ein Bild zeigte, das mit dem Ergebnis seiner Beführung der Hüfte in Einklang stand, dann durfte ihm eine eigene Röntgenuntersuchung möglicherweise entbehrlich erscheinen. Aus der Röntgenaufnahme im November 1949 vor dem Wiederaufnahmeverfahren, nach der der Oberschenkelkopf im Hüftgelenk stand, lässt sich möglicherweise noch nicht folgern, dass die Feststellung von 1934, der Oberschenkelkopf sei ausserhalb der Pfanne des Hüftgelenks zu fühlen, falsch war. Es wäre denkbar, dass der Kopf im Laufe der Jahre in die Pfanne zurückgeglitten ist. Dann würde aus der Unterschiedlichkeit der

Befunde von 1934 und 1949 nichts zum Nachteil des Kreisarztes zu folgern sein. Es kommt insofern also entscheidend darauf an, ob die Untersuchungsmethode des Kreisarztes in Verbindung mit der Untersuchung des Klägers durch den Krüppelfacharzt den Anforderungen genüge, die an die Sorgfaltspflicht des Kreisarztes zu stellen sind. Dazu ist erforderlich zu wissen, worin die Untersuchung durch den Krüppelfacharzt bestanden hatte, ob darnach die Diagnose vertretbar war, dass eine Hüftgelenksverrenkung vorliege und ob angesichts des Untersuchungsergebnisses, wenn es sorgfältig gewonnen war, weiter die Annahme vertretbar war, dass die Hüftgelenksverrenkung angeboren sei. Eine solche Annahme könnte möglicherweise dann fahrlässig gewesen sein, wenn ein vom Krüppelfacharzt etwa gefertigtes Röntgenbild bei sorgfältiger Prüfung einen Hinweis auf das Vorliegen eines Bruches gab.

Würde der Kreisarzt, nach dem Ergebnis der noch erforderlichen Aufklärung, in der Untersuchungsmethode und im Ergebnis des Krüppelfacharztes eine hinreichende Unterlage für seine Diagnose habe finden dürfen, dann würde ihm daraus, dass er von einer angeborenen Hüftgelenksverrenkung ausgehend auf eine Erbkrankheit schloss, möglicherweise kein Vorwurf zu machen sein. Im Wiederaufnahmeverfahren vor dem Erbgesundheitsgericht ist nämlich ein Gutachten des leitenden Arztes der orthopädischen Klinik des städt. Krankenhauses, Prof. Dr. B. [REDACTED], vom 18. Oktober 1949 beigezogen worden. Darnach scheint dieser für die hier in Frage kommende erste Zeit nach dem Erlass des Erbgesundheitsgesetzes ein Verschulden verneinen zu wollen, wenn ein Arzt, von der Annahme ausgehend, es liege eine angeborene Hüftgelenksverrenkung vor, deren Ererbtheit und Vererblichkeit annahm. Auch diese Frage bedarf noch der

Klärung. Dabei wird insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen sein, dass in der Familie des Klägers Fälle von Hüftgelenksverrenkungen nicht festgestellt worden waren, wie das amtsärztliche Gutachten vom 20. September 1934 erkennen lässt.

Dass die Zustimmung der beisitzenden Ärzte zum Antrag des Kreisarztes diesen nicht zu entlasten vermag, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, indem es darauf hingewiesen hat, dass diese Ärzte aufgrund der Akten eine angeborene Hüftgelenksverrenkung als Tatsache vorausgesetzt hätten.

Zur Beantwortung der Frage, ob der Kreisarzt bei Erstattung seines Gutachtens und bei Stellung seines Antrages fahrlässig gehandelt hat, bedarf es somit noch weiterer Aufklärung.

Soweit die Klage auf Amtspflichtverletzung des Kreisarztes gestützt wird, ist die Klageabweisung nach Vorstehendem beim gegenwärtigen Sachstand nicht gerechtfertigt. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klageabweisung kann aber auch nicht hinsichtlich des zweiten Klagegrundes, der angeblichen Amtspflichtverletzung der Erbgesundheitsrichter, aufrechterhalten werden. Es handelt sich um einen einheitlichen, unter beiden Gesichtspunkten nach Wesen und Umfang gleichartigen Anspruch, dessen Abweisung nicht gerechtfertigt ist, solange die Möglichkeit besteht, dass sich die Klage aus einem der Klagegründe als gerechtfertigt erweist. Diese Möglichkeit ist hinsichtlich der Amtspflichtverletzung des Kreisarztes, wie aus Vorstehendem ersichtlich, nicht ausgeschlossen. Das angefochtene Urteil muss deshalb auf die Revision hin aufgehoben werden (§ 564 Abs 1 ZPO).

V.

Nach § 565 Abs 3 Nr 1 ZPO ist nunmehr zu prüfen, ob die Sache etwa dahin entscheidungsreif ist, dass dem Klageantrag ganz oder zum Teil stattgegeben werden könnte.

1. Soweit die Klage auf Amtspflichtverletzung des Kreisarztes gestützt ist, gilt hier dasselbe, was oben zu der Frage ausgeführt ist, ob die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klageabweisung aufrechterhalten werden könne. Es fehlt auch hier an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen, die die Annahme rechtfertigen könnten, dass der Kreisarzt bei Erstattung seines Gutachtens schuldhaft gehandelt habe.

2. Auch hinsichtlich des zweiten Klagegrundes, der behaupteten Amtspflichtverletzung der Erbgesundheitsrichter, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif. Ob die sonstigen Voraussetzungen einer Verurteilung des beklagten Landes aus diesem Klagegrund gegeben sind, braucht hier nicht erörtert zu werden. Es fehlt jedenfalls an hinreichenden Feststellungen, die es rechtfertigen könnten, ein Verschulden der Erbgesundheitsrichter zu bejahen.

a) Ein Verschulden der Erbgesundheitsrichter würde möglicherweise darin liegen können, dass sie die Eingabe des Vaters des Klägers vom 11. Oktober 1934, in der gesagt wurde, früher sei immer "Hüftenverrenkung Knochenbruch" festgestellt worden, nicht zum Anlass nehmen, weitere Ermittlungen anzustellen zur Klärung der Frage, ob tatsächlich eine angeborene Hüftgelenksverrenkung vorlag, wie der Kreisarzt angenommen hatte, und nicht etwa eine durch äussere Einwirkung verursachte Deformierung des Hüftgelenks.

Die Bemerkung in den Gründen des Beschlusses vom 13. Oktober 1934, der gesetzliche Vertreter habe dem Antrag auf Unfruchtbarmachung widersprochen, spricht dafür, dass die Eingabe des Vaters vom 11. Oktober 1934, die nach dem Eingangsstempel am 13. Oktober 1934 bei Gericht eingegangen war, bei der Beschlussfassung vom gleichen Tage den Erbgesundheitsrichtern vorgelegen hatte. Eine andere Erklärung des Vaters, die als Widerspruch hätte angesehen werden können, ist nach den Akten des Erbgesundheitsgerichts nicht abgegeben worden. Andererseits war nach diesen Akten (Bl 7) Termin zur Beschlussfassung schon auf den 12. Oktober anberaumt und auf der Eingabe des Vaters befindet sich eine anscheinend vom Vorsitzenden des Erbgesundheitsgerichts, L. [REDACTED], geschriebene Verfügung vom 16. Oktober 1934, dass diese Eingabe zu den Akten zu nehmen sei ("z.d.A."). Es ist also auch möglich, dass die Richter, als sie ihren Beschluss fassten und unterzeichneten, die Eingabe des Vaters nicht kannten. Dann würde jedenfalls den beisitzenden Ärzten deren Nichtbeachtung nicht vorzuwerfen sein, denn als sie die Akten am 5. und 8. Oktober 1934 einsahen (Bl 7), lag die Eingabe des Vaters noch nicht vor.

b) Ein Verschulden des Vorsitzenden des Erbgesundheitsgerichts könnte aber selbst dann vorliegen, wenn ihm die Eingabe des Vaters erst nach der Beschlussfassung zu Gesicht gekommen sein sollte, worauf seine Verfügung vom 16. Oktober "z.d.A." hindeuten könnte. Es hätten ihm dann beim Lesen der Eingabe Zweifel kommen sollen, ob die Annahme einer angeborenen Hüftgelenksverrenkung richtig sei, und ein solcher Zweifel hätte ihm Anlass geben müssen, diese Frage noch einmal mit den Beisitzern

des Erbgesundheitsgerichts zu erörtern. Eine Überprüfung ihres Beschlusses vom 13. Oktober wäre dann Pflicht der Richter gewesen, denn es oblag dem Gericht, sogar ein schon rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren von Amtswegen wieder aufzunehmen, wenn sich Umstände ergaben, die eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts erforderten (§ 12 Abs 2 Erbgesundheitsgesetz).

c) Möglich wäre es freilich auch, dass die Richter des Erbgesundheitsgerichts bei ihrer Beschlussfassung die Eingabe des Vaters sorgsam geprüft haben und dass sie beachtliche Gründe hatten, trotzdem an dem amtsärztlichen Gutachten festzuhalten. Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn dem Gericht etwa Unterlagen über eine gründliche Untersuchung des Klägers durch den Krüppelfacharzt vorgelegen haben. Alles das ist ungeklärt.

Bei dem gegenwärtigen Sachstand ist demnach eine Entscheidung der Frage noch nicht möglich, ob die Erbgesundheitsrichter der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens trifft. Die Parteien haben noch keine Gelegenheit gehabt, hierzu nähere Ausführungen zu machen.

Da die Sache hinsichtlich keines der beiden Klagegründe zur Endentscheidung reif ist, ist sie nach § 565 Abs 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu überlassen.

VI.

Kommt das Berufungsgericht nach anderweiter Verhandlung zu dem Ergebnis, dass ein Verschulden des Kreisarztes

zu bejahen ist, dann kommt es auf den zweiten Klagegrund nicht mehr an. Verneint es ein Verschulden des Kreisarztes, dann wird das Berufungsgericht zu den Fragen Stellung nehmen müssen, die der Senat bei seiner Entscheidung nach § 565 Abs 3 Nr 1 ZPO offen lassen konnte. Es wird zu entscheiden haben, ob das beklagte Land hinsichtlich des aus Amtspflichtverletzung der Erbgesundheitsrichter hergeleiteten Klagegrundes im Rechtsstreit richtig vertreten ist, ob es also genügt, dass der Sozialminister als gesetzlicher Vertreter des beklagten Landes aufgetreten ist. Falls das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass das beklagte Land hinsichtlich des zweiten Klagegrundes durch den zuständigen Generalstaatsanwalt vertreten sein müsste, so steht dem nichts entgegen, dass dieser dem vom Sozialminister bestellten Prozessbevollmächtigten auch seinerseits Vollmacht erteilt und dessen bisherige Prozessführung genehmigt (vgl. Stein-Jonas ZPO 17. Aufl. § 18 Anm III 10; Preussisches Gesetz vom 14. März 1885 - GS S 65 - und AV PrJMin vom 23. März 1885 - PrJMinBl S 119 - ; ferner Stein-Jonas aaO § 56 Anm I 3 und RGZ 126, 263).

Lässt sich ein vom Berufungsgericht etwa angenommener Mangel in der Vertretung des Landes auf diese Weise nicht beheben, so wird zu prüfen sein, ob das landgerichtliche Urteil deshalb aufzuheben ist, weil das Landgericht die Frage der gesetzlichen Vertretung des Landes hinsichtlich des zweiten Klagegrundes nicht von Amts wegen geprüft und es entgegen § 139 Abs 2 ZPO unterlassen hat, auf Herbeiführung ordnungsmässiger Vertretung des Landes hinzuwirken, gegebenenfalls die Klagezustellung an den Generalstaatsanwalt anzuregen.

Das Berufungsgericht wird sich weiter mit der Frage zu befassen haben, ob die Verantwortlichkeit der Erbgesundheitsrichter etwa nach § 839 Abs 2 Satz 1 BGB deshalb entfällt, weil ihr Beschluss als "Urteil in einer Rechts-sache" anzusehen ist. Anhaltspunkte zur Beantwortung dieser Frage kann die Entscheidung des erkennenden Senats vom 21. Mai 1953 (BGHZ 10, 55) geben. Hinsichtlich der Haftung des beklagten Landes für etwaige Amtspflichtverletzungen der Erbgesundheitsrichter sei auf die schon erwähnte Entscheidung des Senats BGHZ 8, 169 über die sog. Funktionsnachfolge hingewiesen.

Dr. Geiger

Dr. Pagendarm

Dr. Weber

Dr. Wolany

Dr. Beyer