

die erbrochenen Kisten nur von einem Manne gewaltsam hätten geöffnet werden können und daß die Kubik bloß ein kleines Paket mit sich fortgenommen habe), kann die Beklagte mit ihrem gegenteiligen Standpunkt einer Mittäterschaft der Kubik vor Bundesgericht nicht aufkommen, weil sie weder auf einer Aktenwidrigkeit noch auf einer sonstigen Verletzung bundesrechtlicher Beweisnormen beruht, wie denn auch ein solcher Mangel gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheide gar nicht geltend gemacht worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 18. Januar 1910 in allen Teilen bestätigt.

31. Urteil vom 7. Mai 1910 in Sachen Mory, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Gurtner, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Vertragliche Verpflichtung der Hoteliers eines Fremdenortes gegenüber einem die Stelle des « Kurarztes » an dem Orte übernehmenden Arzte, jedweden Versuch eines andern Arztes, dort die Praxis auszuüben, « entschieden abzulehnen ». Unanfechtbarkeit dieser Verpflichtung nach Art. 17 OR. Nachweis ihrer Verletzung. Schadenersatzanspruch des Arztes.

A. — Durch Urteil vom 26. November 1909 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Dem Kläger ist sein erstes Klagsbegehren zugesprochen und „es wird der daherige Entschädigungsbetrag, den ihm der Beklagte „zu bezahlen hat, festgesetzt auf 3000 Fr. nebst Zins davon zu „5% seit 3. Februar 1905.“

B. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger hat den Antrag gestellt: Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils der zugesprochene Entschädigungsbetrag auf 5000 Fr. eventuell auf einen gerichtlich zu bestimmenden Betrag zu erhöhen.

Der Beklagte hat beantragt: Es sei in Abänderung des an-

gefochtenen Urteils die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell die gesprochene Entschädigung angemessen herabzusetzen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat jeder der Parteivertreter den von seiner Partei gestellten Berufungsantrag erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger, der Arzt Dr. E. Mory, hat am 1. Juni 1902 mit dem Beklagten Emil Gurtner, dem Eigentümer und Leiter des Grand Hotels Abelboden, und mit vier andern Hoteliers dieses Kurortes einen Vertrag abgeschlossen, wonach er mit dem genannten Tage die Stelle eines Kurarztes in Abelboden zu übernehmen hatte und sich verpflichtete, in jeder Beziehung seine ganze Kraft einzusetzen und für das Gedeihen des Ortes nach bestem Wissen und Können beizutragen. Andererseits verpflichteten sich die Vertragsgegner solidarisch zu bestimmten Leistungen an den Kläger (einer „Miet“- und einer „Bar“-Entschädigung von je 600 Fr. jährlich und freier Verpflegung), sowie in Ziffer 4 des Vertrages zu folgendem: „Die unterzeichneten Hoteliers und Pensionshalter „verpflichten sich jeder einzeln, jedweden Versuch eines andern Arztes, „in Abelboden Praxis auszuüben, entschieden abzulehnen.“ Der Vertrag sollte vorläufig für ein Jahr und jeweilen für ein ferneres Jahr gelten, falls er nicht auf den 1. Januar gekündigt würde. Der Kläger trat die Stelle an und wurde in der Folge auch als Gemeindefeindarzt gewählt. Daneben war er Präsident eines von ihm gegründeten Verkehrsvereins, dem sämtliche Hoteliers des Ortes angehörten. Nach Neujahr 1903 verlangte er beim Verkehrsverein, daß sein Vertragsverhältnis als Kurarzt um die drei folgenden Jahre verlängert werde, und am 28. Januar 1903 beschloß der Verein, in Abwesenheit des Beklagten, diesem Begehren entsprechend, den Kläger „unter den bisherigen Bedingungen“ bis auf 1. Juni 1906 zu bestätigen. Dagegen wurde der Kläger in seiner Stellung als Gemeindefeindarzt im Herbst 1903 durch Dr. Schär ersetzt.

Mit der vorliegenden, im Oktober 1905 eingereichten Klage macht nunmehr der Kläger geltend, der Beklagte habe die Ziffer 4 des Vertrages vom 1. Juni 1902 verletzt, indem er den Gemeindefeindarzt Dr. Schär von seiner Etablierung an systematisch protegiert und namentlich die Patienten seines Hotels immer mehr und mit

der Zeit ausschließlich diesem Arzte zugewiesen habe. Infolgedessen habe der Kläger einen unmittelbaren Schaden von 7000 Fr. erlitten, wozu noch ein mittelbarer von 2000 Fr. komme, indem er durch das Verhalten des Beklagten bei den Leitern und Kurgästen der andern Hotels in seinem Berufe als Kurarzt beeinträchtigt worden sei.

2. — . . . (Bejahung der Passivlegitimation des Beklagten, auf Grund seiner persönlichen Verpflichtung aus dem Vertrage vom 1. Juni 1902, sowie als Mitglied der Verkehrsvereins, gemäß dessen Beschluß vom 28. Januar 1903.)

3. — Nach dem Wortlaut der streitigen Vertragsbestimmung verpflichteten sich die Hoteliers, „jedweden Versuch eines andern Arztes, in Adelsboden Praxis auszuüben, entschieden abzulehnen“. Sie erklären damit nicht, einen solchen Versuch geradezu verhindern und einem andern Arzt die Etablierung verunmöglichen zu wollen, wie denn auch nicht ersichtlich ist, auf welche Weise und mit welchen Mitteln sie das vermocht hätten. Vielmehr wollen sie sich nur verpflichten, keinem andern Arzt bei seinem Bestreben, sich in Adelsboden niederzulassen und daselbst eine Praxis zu erwerben, durch Empfehlung usw. Vorschub zu leisten, und namentlich, keinem solchen als Haus- und Hotelarzt eine Vertrauensstellung einzuräumen. Im weiteren Sinne will denn auch der Kläger die Bestimmung nicht aufgefaßt wissen.

4. — So verstanden, ist die vom Beklagten eingegangene Verpflichtung nicht nach Art. 17 OR ungültig: Zum vornherein enthält sie keine unmögliche Leistung. Denn es läßt sich nicht einsehen, welches tatsächliche Hindernis dem Beklagten bei Erfüllung dieser Verpflichtung entgegengestanden wäre. Ebenjowenig enthält sie eine widerrechtliche Leistung: Es besteht kein Gebot oder Verbot der allgemeinen Rechtsordnung, dem das versprochene Verhalten zuwiderliefe. Endlich kann die streitige Verpflichtung auch nicht als unsittlich gelten: Der Beklagte hat, wie die übrigen Hoteliers, den Kläger als Kurarzt bestellt und damit gegenüber ihm als Arzt sein Vertrauen bekundet. Wenn er sich verpflichtete, diesem Vertrauen gemäß zu handeln, den Kläger in der eingeräumten Stellung als Kurarzt anzuerkennen, die Patienten an ihn zu weisen und keinen andern Arzt statt seiner zu empfehlen, so liegt da-

rin nichts unsittliches, wie denn auch Verträge, wodurch einem Arzt eine bestimmte Praxis als Kur-, Anstalts-, Krankenkassenarzt usw. eingeräumt wird, allgemein üblich sind.

5. — Bei der Frage, ob der Beklagte sein Versprechen verletzt habe, ist von der auf eine Reihe von Zeugenaussagen gestützten Feststellung der Vorinstanz auszugehen, daß der Beklagte seit dem Jahre 1904 tatsächlich Dr. Schär gegenüber dem Kläger bevorzugt hat; und es kann sich nur fragen, ob der Beklagte sein Verhalten als vertraglich zulässig zu rechtfertigen vermöge. Dazu genügt es nach dem Gesagten nicht schon, daß Dr. Schär dem Beklagten persönlich sympathischer sein mochte, als der Kläger. Sodann läßt sich nach den Akten auch nicht sagen, der Beklagte habe Grund gehabt, die persönliche Fähigkeit und Tüchtigkeit des Klägers zu beanstanden. Daß der Kläger seine ärztlichen Funktionen im Hotel der Beklagten nicht mit der beim Vertragsschlusse vorausgesetzten Gewissenhaftigkeit versehen habe, ist ebenfalls nicht dargetan. Erstellt ist in dieser Beziehung nur ein vereinzelter und nicht gerade bedeutender Fall wo der Kläger einem ärztlichen Rufe nicht mit der wünschbaren Eile Folge leistete. Ebenso hat der Verkehr des Klägers mit den Kurgästen zu keinen hinreichenden Ausfektionen Anlaß gegeben, indem sich die in dieser Hinsicht erhobenen Anschuldigungen als übertrieben oder als ganz unbegründet herausgestellt haben. Das Benehmen des Klägers außerhalb des Hotels aber, im besonderen im Verkehr mit den Dorfbewohnern (seine Anstände mit Hari „zum Schlegeli“ und Pfarrer Jöhner), hat auf seine Vertragsbeziehungen zum Beklagten und seine Stellung als Hotelarzt keinen Einfluß gehabt, und dieser Punkt ist daher nur hinsichtlich der Frage von Bedeutung, ob die Einnahmen des Klägers auch aus andern, vom Beklagten nicht zu verantwortenden Ursachen zurückgegangen seien. Endlich können auch die Vorwürfe wegen des frühern Verhaltens des Klägers in Thun, wegen seiner Ehescheidungsangelegenheit und wegen des Verhältnisses, das er in Adelsboden mit Frau von R. unterhielt, nicht als Gründe angeführt werden, wegen deren der Beklagte an seine Verpflichtung, den Kläger als Kurarzt anzuerkennen und zu empfehlen, nicht mehr gebunden gewesen wäre. Übrigens waren dem Beklagten beim Vertragsschlusse die persönlichen Verhältnisse des

Klägers bekannt. Mit Unrecht sieht der Beklagte den Vorentscheid deshalb als sittenwidrig an, weil er die Zeugin Frau Meschlmann, die über das Verhältnis des Klägers zu Frau von R. ausgesagt hatte, nicht erwähne. Da Frau Meschlmann mit dem Kläger im Prozesse gestanden hatte, konnte ihr Zeugnis wegen Befangtheit außer Betracht bleiben, und inhaltlich ist es zudem nicht geeignet, darzutun, daß der Kläger sich als Kurarzt unmöglich gemacht habe.

6. — Die begangene Vertragsverletzung hat für den Kläger eine Vermögensschädigung zur Folge gehabt. Auf Grund der auf eine Expertise gestützten Feststellungen der Vorinstanz ist anzunehmen, daß die Einnahmen des Klägers im Hotel des Beklagten (im Gegensatz zu denen in den andern Hotels) nach der Etablierung Dr. Schärz in Adelsboden in auffallendem Maße zurückgegangen sind und zuletzt ganz aufgehört haben, daß die Ursache in der Protektion Dr. Schärz durch den Beklagten liegt, und daß Dr. Schärz beim Beklagten 5000 Fr. — der Gewinn aus Selbstdispendation inbegriffen — verdient hat. Mit Recht hält aber die Vorinstanz dafür, daß der aus der Vertragsverletzung herrührende Schaden sich nicht auf diese vollen 5000 Fr. belaufe, da der Beklagte die Konkurrenz Dr. Schärz nicht hätte gänzlich ausschließen können und da ferner die Mindereinnahmen des Klägers zu einem geringern Teile auch seinem persönlichen Verhalten zuzuschreiben seien. Wenn das Obergericht den ersten dieser Reduktionsgründe mit 1500 Fr. und den zweiten mit 500 Fr. veranschlagt, so scheint diese Schätzung der Sachlage in allen Beziehungen angemessen zu sein, und jedenfalls läßt sie sich vom bundesrechtlichen Standpunkte aus weder als zu hoch, noch als zu tief gegriffen bemängeln. Von einer Verpflichtung zur Ersetzung des indirekten Schadens endlich, den der Kläger durch Beeinträchtigung seines Ansehens als Kurarzt bei den andern Hoteliers erlitten haben will, kann nach den Akten keine Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die beiden Berufungen werden abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 26. November 1909 wird in allen Teilen bestätigt.

32. Urteil vom 7. Mai 1910

in Sachen **Aktienbrauerei zum Gurten**, Bess. u. Ber.-Kl.,
gegen **Zumbach-Grosz**, Kl. u. Ber.-Bess.

Untermiete (Art. 285 OR): Schadenersatzpflicht des Untervermieters, welcher dem Untermieter den Gebrauch der Mietsache nicht einräumt, weil ihm selbst die Mietsache vom Eigentümer unberechtigterweise nicht überlassen wird. Mangelnder Entlastungsbeweis (Art. 274 u. 110 OR) — Unmöglichkeit der Erfüllung (Art. 145 Abs. 1 OR)? Entschädigungsbemessung.

A. — Durch Urteil vom 17. November 1909 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„1. Die Parteien sind mit ihren Beweisbeschwerden abgewiesen.
„2. Dem Kläger ist sein Klagsbegehren grundsätzlich zugesprochen, und die Entschädigung, die die Beklagte ihm zu bezahlen hat, bestimmt auf 1000 Fr. nebst Zins à 5 % seit 4. April 1908.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt:

1. Die verlangte Beweisvervollständigung sei zuzulassen.
2. Es seien in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils die Rechtsbegehren des Klägers im ganzen oder einem größern Umfang abzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten die gestellten Berufungsanträge wieder aufgenommen. Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die beklagte Aktienbrauerei zum Gurten in Wabern hatte im Jahre 1906 von Frau Wirz-Bargezi in Solothurn das Restaurant Viktoria daselbst gemietet und es für die Zeit bis zum 1. November 1907 dem Albert Wäger in Untermiete gegeben. Durch Vertrag vom 9. September 1907 räumte sie mit Zustimmung der Eigentümerin die Untermiete für die Zeit vom 1. November 1907 bis zum 31. März 1909 zu einem jährlichen Zins