

den Beklagten eventuell erhobenen Schadenersatzanspruchs und zur Ermittlung des Gesamtverlustes der Firma Kugler & C^{ie} an den kantonalen Richter zurückgewiesen wird.

20. Urteil der II. Zivilabteilung vom 31. März 1916

i. S. der Zahnärztlichen Gesellschaft der Stadt Bern und des Dr. Jost, Kläger, gegen Th. Kutzli und H. Schneider, Beklagte.

Art. 41, 48 und 49 O.R. Klage von Berufsgenossen gegen einen Zahnarzt und dessen Assistenten, weil letzterer ohne Patent den Zahnarztberuf ausübte. Prüfung, ob eine Vermögensschädigung nach Art. 41, unlauterer Wettbewerb oder eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse vorliege und ob ein Anspruch auf Urteilsveröffentlichung bestehe.

1. — Der (Zivil)Beklagte Hans Schneider ist diplomierter Zahnarzt und übt in Bern seinen Beruf aus. Im Jahre 1912 ist bei ihm der (Zivil)Beklagte Kutzli, der kein Patent als Zahnarzt besitzt, auf Grund eines mündlichen Anstellungsvertrages als « Zahnarztassistent » in Dienst getreten und hat in der Folge, wie übrigens schon bei seinem frühern Prinzipal, Zahnarzt Gerster, die zur Berufstätigkeit eines Zahnarztes gehörenden Arbeiten (Plombieren, Zahnziehen usw.) selbständig in einem besondern Zimmer und mit einem besondern Instrumentarium besorgt. Auf Anzeige der Zivilkläger, der Zahnärztlichen Gesellschaft der Stadt Bern und des Dr. Wilhelm Jost, Zahnarzt in Bern, ist gegen die Beklagten eine Strafuntersuchung eingeleitet worden wegen Zuwiderhandlung gegen das bernische Gesetz über die Ausübung der medizinischen Berufsarten vom 14. März 1865 und die Verordnung des bernischen Regierungsrates betreffend die Assistenten und Stellvertreter der Aerzte, Zahnärzte und Tierärzte vom 15. August 1911. Es führte dies oberinstanzlich zu einem Urteil der I. Strafkammer

des bernischen Obergerichts vom 23. Oktober 1915, wonach der Angeschuldigte Kutzli wegen unbefugter Ausübung des Zahnarztberufes zu einer Polizeibusse von 15 Fr. und der Angeschuldigte Schneider wegen Gehülfenschaft bei genanntem Delikte zu einer solchen von 10 Fr. verurteilt, die Zivilparteien aber mit ihren sämtlichen Zivilanträgen abgewiesen wurden.

Dieses Urteil fechten nunmehr die Berufungskläger vor Bundesgericht im Zivilpunkte an mit den Anträgen: 1. Die Angeschuldigten zur Bezahlung einer Entschädigung von je 4000 Fr. eventuell einer geringern Summe an jeden von ihnen zu verhalten; 2. die Veröffentlichung des Urteils anzuordnen und 3. die Angeschuldigten zur Einstellung ihres gesetzwidrigen Geschäftsgebahrens zu verpflichten. (Folgt Rückweisungsantrag.)

2. — Die Kläger machen in erster Linie geltend, dass sie durch die gesetzlich unzulässige Berufsausübung des Beklagten Kutzli materiell geschädigt worden seien. Mit der Vorinstanz und auf Grund ihrer bundesrechtlich unanfechtbaren Würdigung kann aber der behauptete Vermögensschaden nicht als nachgewiesen gelten und zwar auch dann nicht, wenn auf die den Schadensnachweis erleichternde Bestimmung des Art. 42 Abs. 2 OR und die Auslegung abgestellt wird, die ihr das Bundesgericht in seinem von den Klägern angerufenen Entscheide in Sachen Fabrique de Chocolat Villars gegen Egli und Konsorten (EB 40 II N° 61, bes. auf S. 355) gegeben hat: Danach nämlich muss sich der Schluss, der aus den für eine Schädigung sprechenden Anhaltspunkten auf den wirklichen Eintritt des Schadens gezogen wird, « mit einer gewissen Ueberzeugungsgewalt aufdrängen ». Hier dagegen liegen die Verhältnisse eher so, dass die als schädigend bezeichnete Handlungsweise der Beklagten nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu keiner solchen Schädigung führt. Denn es lässt sich nicht annehmen, dass, falls der Beklagte Kutzli die ihm zur Last gelegte Berufstätigkeit als Angestellter des Beklagten Schneider

nicht ausgeübt hätte, dann der aus dieser Tätigkeit erzielte Gewinn dem Kläger Dr. Jost oder jenen von dessen Kollegen zugefallen wäre, deren angebliche Ersatzansprüche von der andern Klagpartei, der Zahnärztlichen Gesellschaft der Stadt Bern als Zessionarin geltend gemacht werden. Vielmehr hätte alsdann der Beklagte Schneider die Arbeit, die er tatsächlich durch Kutzli ausführen liess, entweder selbst besorgt oder durch einen andern (diplomierten) Zahnarzt als Angestellten besorgen lassen und sich nicht dazu verstanden, die zu ihm gekommenen, sonst von Kutzli bedienten Patienten abzuweisen und damit den durch ihre Behandlung erzielbaren Gewinn seinen Berufskollegen zuzuhalten. Um annehmen zu können, dass die Kläger von einer Nichtbetätigung Kutzlis bei Schneider profitiert hätten, müssten besondere Gründe dafür dargetan sein, so etwa, dass das Atelier Schneider gerade wegen aussergewöhnlicher Eignung Kutzlis eine grössere Kundschaft als sonst gehabt und dass sich daher ohne die Betätigung Kutzlis die Verteilung der Kundschaft unter die verschiedenen Konkurrenten anders gestaltet hätte. Solches behaupten aber die Kläger nicht. Dazu kommt der von der Vorinstanz hervorgehobene Umstand, dass von den 30 Zahnärzten der Stadt Bern nur zehn (Dr. Jost und neun als Zedenten der Zahnärztlichen Gesellschaft) wegen angeblicher Schädigung Ansprüche erheben und daher noch nachgewiesen sein müsste, dass, soweit eine Schädigung von Berufskollegen überhaupt eingetreten ist, sie gerade diese zehn betroffen habe. Auch hiefür fehlt es aber an jeglichem Anhaltspunkte.

3. — Mit Unrecht glauben die Kläger ihre Geldforderungen noch auf den Art. 49 OR stützen zu können. Dadurch, dass jemand einen Beruf ausübt, ohne im Besitze des gesetzlich erforderlichen Patentes zu sein, fügt er den patentierten Berufsangehörigen keine « Verletzung der persönlichen Verhältnisse » im Sinne des Art. 49 zu, oder doch höchstens dann, wenn ausnahmsweise Verum-

ständungen die unerlaubte Berufsausübung als eine eigentliche Missachtung der Berufsgenossen in ihrer Persönlichkeit erscheinen lassen, so etwa, wenn schwindelhaftes oder sonst anstössiges Gebahren oder völlige Unzulänglichkeit des Betreffenden auf das Ansehen und die Standesehre des Berufes zurückwirkt. Solches behaupten die Kläger hier selbst nicht und in der Tat ergibt sich denn auch aus den Akten, dass der Beklagte Kutzli sich zur Ausübung seines Berufes nach Kenntnissen und Charakter durchaus eignet und dass die Gesetzesverletzung, die er und durch Verwendung seiner Dienste der Beklagte Schneider begangen haben, subjektiv in gewissem Umfange entschuldbar ist. Die Rechtsfrage, ob Angestellte wie Kutzli patentpflichtig seien, war nämlich noch ungenügend abgeklärt und die Beklagten konnten von Zweifeln an der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens dadurch abgehalten werden, dass die Behörden den Beklagten Kutzli seinen Beruf Jahre lang unbeanstandet ausüben liessen. Von einer Verletzung berechtigter Gefühle und des sittlichen Empfindens, wie es der Art. 49 voraussetzt, kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein, und von einem daraus entspringenden Anspruch auf Geldzahlung um so weniger, als insofern die zugefügte Verletzung noch subjektiv und objektiv das Merkmal « besonderer Schwere » aufweisen müsste.

4. — Mit dem Gesagten steht auch die Unbegründetheit des Begehrens um Urteilsveröffentlichung fest, indem es sich weder darum handeln kann, eine Vermögensschädigung auszugleichen oder für die Zukunft zu verhindern, noch darum, einen Genugtuungsanspruch durch Bekanntgebung des Urteils zu erfüllen.

5. — Abzuweisen ist endlich auch das Begehren, die Beklagten zur Einstellung ihres gegen das Medizinalgesetz verstossenden Geschäftsgebahrens zu verhalten. Soweit es sich auf die Art. 41 und 49 OR stützt, folgt seine Unbegründetheit von selbst daraus, dass die Beklagten die Kläger weder vermögensrechtlich geschädigt

noch in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt haben. Soweit es sich aber auf den Art. 48 OR gründet, mag zwar dahingestellt bleiben, ob den patentierten Angehörigen eines Berufes überhaupt kein privatrechtlicher Anspruch darauf zustehen könne, einer nicht patentierten Person die Berufsausübung zu untersagen, wie das die Vorinstanz annimmt. Jedenfalls trifft der Art. 48 hier schon deshalb nicht zu, weil nach den obigen Ausführungen die Kläger durch die Verwendung Kutzlis als Angestellten des Beklagten Schneider nicht, wie behauptet, wegen Kundenentzuges « in ihrer Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht » wurden, da Schneider die von Kutzli verrichtete Arbeit selbst besorgen oder durch andere hätte besorgen lassen können.

6. — (Rückweisungsfrage.)

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

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 23. Oktober 1915 in allen Teilen bestätigt.

**21. Arrêt de la 1^{re} section civile du 7 avril 1916
dans la cause Comptoir d'escompte contre Huguenin.**

Compte de crédit cautionné jusqu'à concurrence d'une somme déterminée; faillite du débiteur; paiement par la caution du montant cautionné; intervention du créancier dans la faillite du débiteur pour la créance totale; demande de subrogation de la caution pour la somme payée par elle; clause du contrat prévoyant renonciation à la subrogation; mais clause immorale en tant qu'autorisant le créancier à se faire payer deux fois la même somme, une première fois par la caution, une seconde fois dans la faillite du débiteur; demande de subrogation admise.

En 1907, le Comptoir d'escompte de Genève a ouvert un compte de crédit à la Société anonyme « La Barque ».

Suivant acte du 5 octobre 1907, Fréd. Huguenin et fils, N. Monnier et J. Baumann se sont portés cautions solidaires, jusqu'à concurrence de 30,000 fr., plus intérêts et accessoires, pour le remboursement des avances faites et à faire par le Comptoir d'escompte à la Société La Barque, « renonçant — porte l'acte — dès maintenant à toute subrogation et concours à raison de notre cautionnement lors même que nous en aurions payé le montant partiel ou intégral aussi longtemps que le Comptoir ne sera pas entièrement désintéressé de sa créance en capital, intérêts et accessoires... »

Frédéric Huguenin étant décédé, Emile Huguenin s'est substitué, d'accord entre les parties, à la maison Fréd. Huguenin et fils dans le cautionnement.

En 1913, la Société La Barque est tombée en faillite. Le Comptoir d'escompte a invité Huguenin à régler le cautionnement, soit la somme de 30,000 fr., plus intérêts et accessoires, au total 32,587 fr. 50. Cette somme a été payée par Huguenin (17,587 fr. 50) et Baumann (15,000 francs) en différents versements effectués entre le 14 août 1913 et le 2 mai 1914. Le 21 août 1914 Baumann a déclaré céder et déléguer en toute propriété à Huguenin la créance qu'il possédait contre La Barque par le fait de la subrogation ensuite de paiement du cautionnement: « par suite de la cession M. Emile Huguenin aura le droit de se faire subroger par le Comptoir d'escompte au passif de la masse en faillite à concurrence de la somme de 32,787 fr. 50 ».

Le 17 décembre 1913 le Comptoir d'escompte est intervenu dans la faillite de la Société pour le montant total de sa créance (y compris les sommes payées par les cautions) soit 98,965 fr. Le 30 décembre 1914 il a reçu une première répartition de 15 %.

En juillet et août 1914, Huguenin a réclamé au Comptoir d'escompte la restitution de l'acte de cautionnement, la subrogation à concurrence de 32,587 fr. 50 sur le montant de sa production à la faillite et le rembour-