

spruch auf die vertragliche Leistung gemäss Art. 332 OR oder aber auf Schadenersatz, d. h. das Erfüllungsinteresse erwachsen sei, da beide Rechtsauffassungen im vorliegenden Falle zum selben Resultate führen. Dieser Ansicht ist dann beizutreten, wenn — was das Bundesgericht in seinem Entscheide i. S. Apollo & Régina S. A. c. Ladoux vom 20. Juni 1927 (BGE 53 II S. 248) verneint, im (ungedruckten) Entscheide vom 29. September 1927 i. S. Schiess c. Felder jedoch bejaht hat — auch im Falle des Art. 332 OR das den Kläger an seiner Entlassung treffende Mitverschulden — an dessen Vorhandensein hier nicht zu zweifeln ist — bei der Bemessung des klägerischen Anspruches mit berücksichtigt werden kann. Bei wörtlicher Auslegung des Art. 332 OR müsste diese Frage verneint werden; denn dieser sieht eine Reduktion der dem Dienstpflichtigen vertraglich zustehenden Lohnforderung nur insofern vor, als der Dienstpflichtige sich anrechnen lassen muss, was er infolge Unterbleibens seiner Dienstleistung erspart, oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Eine solche Interpretation würde nun aber gerade im Hinblick auf die Frage der Möglichkeit einer Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens des Dienstpflichtigen zu Unbilligkeiten führen, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Wenn hier dem Dienstpflichtigen, trotzdem er seinerseits nicht zu erfüllen braucht, ein Anspruch auf die Gegenleistung und nicht auf Schadenersatz zuerkannt wurde, so geschah dies, um ihn dadurch prozessual besser zu stellen und insbesondere, um ihm so auch für eine solche Forderung (da diese bei derartiger Betrachtungsweise nach wie vor eine Lohnforderung darstellt) gemäss Art. 219 SchKG das Konkursprivileg erster Klasse zu sichern (vgl. auch den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des OR, Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905, vom 1. Juni 1909; Bundesblatt 1909 III S. 747 h). Eine weitergehende Begünstigung — die in keiner Weise gerecht-

fertigt wäre — war aber zweifellos nicht bezweckt. Es ist daher offenbar lediglich einem Versehen zuzuschreiben, wenn der Gesetzgeber in Art. 332 OR eine Reduktion des vertraglichen Lohnanspruches nur im Falle anderweitigen Verdienstes, sowie von infolge Unterbleibens der Dienstleistung vom Dienstnehmer gemachten Ersparnissen vorgesehen, die Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens jedoch unerwähnt gelassen hat. Die analoge Anwendung des Art. 44 Abs. 1 OR drängt sich daher geradezu auf.

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Mai 1931 i. S.

Dr. Engi gegen Ruff.

Widerruf eines Mäklervertrages durch den Auftraggeber. Duldung weiterer Bemühungen des Mäklers? Der Provisionsanspruch für die Bemühungen bis zum Widerruf bleibt gewahrt. Ursächlicher Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages. Kenntnis des Auftraggebers, dass ihm der Gegenkontrahent durch den Mäkler zugeführt worden ist? OR Art. 412 Abs. 2 und 404.

A. — Bei einer telephonischen Unterredung vom 29. November 1929 versprach der Beklagte, Otto Ruff, Metzger in Zürich, dem Kläger, Dr. Engi, Advokat in Davos, eine Provision von 5000 Fr., wenn er ihm einen zahlungsfähigen Käufer für sein in Davos gelegenes Grundstück, genannt Haus Schwabe, zuführe. In zwei Briefen vom gleichen Tag bestätigte Ruff das Provisionsversprechen und setzte die Verkaufsbedingungen im Einzelnen fest. Der Kläger, der Sekretär des Grundeigentümerverbandes von Davos ist, hatte schon einen Anwärter in Aussicht. Er gab dem Beklagten am 14. Dezember 1929, ohne den Namen dieses Bögli zu nennen, Kenntnis von dessen Angebot von 250,000 Fr. und sandte ihm gleichzeitig einen Provisionschein zur Unterzeichnung. Der Beklagte antwortete am 17. Dezember, er hoffe, dass

es dem Kläger gelingen werde, eine Offerte von mindestens 280,000 Fr. von seinem Interessenten zu erlangen, und er sandte gleichzeitig den unterzeichneten Provisionsschein zurück, der folgenden Wortlaut hat :

« A. — Der Unterzeichnete bestätigt, Herrn Dr. A. Engi eine Provision von 5000 Fr. auszuzahlen für den Fall, dass dieser ihm einen solventen Käufer für seine Liegenschaft in Davos (früheres Haus Schwabe) zuführt, mit dem der Unterzeichnete einen Kaufvertrag abschliesst.

B. — Sofern die Liegenschaft an einen solchen von Herrn Dr. A. Engi zugeführten Käufer zu einem höhern Preise als 250,000 Fr. verkauft wird, zahlt Herr Otto Ruff an Herrn Dr. Engi noch eine Mehrprovision von zehn Prozent des über 250,000 Fr. hinaus erlangten Mehrpreises.

C. — Die Provision ist fällig bei der kanzeleischen Fertigung. »

Am 10. Januar 1930 schrieb der Kläger dem Beklagten, er habe dem Interessenten die Gründe dargelegt, warum der Verkäufer auf einen raschen Entschluss drängen müsse, doch sei jener, dessen Namen er immer noch verschwie, noch in Unterhandlungen zur Beschaffung billigeren Geldes. Er, der Kläger, frage an, ob sich der Beklagte noch einige Tage gedulden wolle : « Um eine klare Situation zu schaffen, möchte ich vielleicht den Weg vorschlagen, dass wir eine zehntägige befristete verbindliche Verkaufsofferte des Objektes zum Preise von 260,000 Fr. gegen Barzahlung und Hypothekübernahme machen. Sollte dann diese Frist unbenützt verstreichen, so würden wir das Geschäft ad acta legen. » Am 11. Januar 1930 schrieb der Beklagte dem Kläger : « Nachdem Sie mir bis heute weder schriftlich noch telephonisch meine letzte Anfrage beantworten konnten, ersuche ich Sie hiemit höflich, um ein verbindliches Angebot Ihres Interessenten bis Mittwoch den 15. Januar 1930 abends 5 Uhr. Da ich nicht weiss, ob ich schon andern Tags zu einem eventuellen Kaufabschluss nach Davos kommen könnte, muss ich mir von Ihrem Interessenten zugleich ein Reugeld

von mindestens 20,000 Fr. für den Fall ausbedingen, dass dieser nach dem 15. Januar 1930 von seiner verbindlichen Offerte zurückzutreten wünscht. Insofern ich bis zum 15. Januar 1930 abends 5 Uhr nicht im Besitze Ihrer verbindlichen Offerte sein sollte, würde ich mich veranlasst sehen, mich von weiteren Unterhandlungen zurückzuziehen und Sie zu bitten, weitere Bemühungen zu unterlassen. » Durch Brief vom 14. Januar 1930 an den Kläger willigte der Beklagte in eine Erstreckung der dem ihm unbekanntem Anwärter eingeräumten Frist bis 20. Januar 1930 abends 5 Uhr ein, « obwohl die ganze Verkaufsangelegenheit des frühern Hauses Schwabe in Davos bereits schon zu lange hinausgezögert worden ist », und er machte seinerseits gleichzeitig eine verbindliche Verkaufsofferte zum Preis von 260,000 Fr., zahlbar durch Übernahme der I. Hypothek von rund 46,000 Fr. und des Restes in bar. Dr. Engi übermittelte dieses Angebot dem Bögli ; dieser erwiderte ihm jedoch am 19. Januar 1930, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, innert der Frist das nötige Kapital aufzutreiben : « Ich bin daher gezwungen, von diesem Handel zurückzutreten. Es ist möglich, dass ich später, insofern das Objekt noch käuflich ist, wieder auf diesen Handel zurückkomme. » Engi teilte diese Antwort dem Beklagten mit und fügte bei : « Ich möchte mir deshalb vorbehalten, Ihnen doch nochmals in nächster Zeit eine verbindliche und präzisierete Kaufsofferte zu unterbreiten. Es wird dann an Ihnen sein, zu entscheiden, ob Sie eventuell doch darauf eintreten können. Vorläufig müssen wir also die Angelegenheit fallen lassen, jedoch hoffe ich auch meinerseits bestens, dass Sie nicht sofort zu so weitgehenden Bindungen genötigt sind, die einen Verkauf verunmöglichen würden. »

Am 13. Mai 1930 verkaufte der Beklagte dem Bögli die Liegenschaft, und zwar nach dem Vertrag um 146,000 Franken. Es scheint jedoch, dass der Beklagte und der Käufer zu einer Abgabenhinterziehung Hand geboten haben, denn der Grundbuchführer hat auf ihre Angaben nicht

abgestellt und die Handänderungsgebühr von 238,000 Franken erhoben.

Eine Aufforderung des Klägers an den Beklagten, ihm die Provision von 5000 Fr. zu bezahlen, blieb erfolglos, da der Beklagte sich darauf berief, dass der Kläger die Sache ad acta gelegt habe und dass er, der Beklagte, mit Bögli durch Vermittlung eines Architekten Gabarel in Verbindung getreten sei.

B. — Am 27. Oktober 1930 hat Dr. Engi gegen Otto Ruff Klage auf Bezahlung der 5000 Fr. nebst 5% Zins seit 16. Mai 1930 und der Betreibungskosten erhoben.

C. — Durch Urteil vom 18. Dezember 1930 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Gegen diesen Entscheid hat der Kläger rechtzeitig und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag auf Gutheissung der Klage gestellt.

E. —

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach Art. 412 Abs. 2 OR steht der Mäklervertrag — um einen solchen handelt es sich in diesem Streitfall — im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag. Es gilt daher auch für ihn der Erlöschungsgrund des jederzeitigen Widerrufs durch die eine oder andere Vertragspartei nach Art. 404 Abs. 1 OR (OSER, Kommentar, Ziff. 5 zu Art. 412, BECKER, Kommentar, Note 22 zu Art. 412 OR.). Mit Recht hat nun die Vorinstanz angenommen, der Beklagte habe in seinem Brief vom 11. Januar 1930 den Widerruf ausgesprochen für den Fall, dass er bis zum 15. Januar 1930 abends 5 Uhr nicht im Besitze einer verbindlichen Offerte sei. Die Worte : « ... so würde ich mich veranlasst sehen, mich von weiteren Verhandlungen zurückzuziehen und Sie zu bitten, weitere Bemühungen zu unterlassen » können nicht anders verstanden werden. Der Umstand, dass der Widerruf vorerst nicht ausgesprochen, sondern an eine Bedingung und

diese an eine Frist geknüpft wurde, schadet nicht (OSER, Kommentar, Ziff. 1 c zu Art. 404 OR), und der Beklagte war auch nicht gehalten, nach dem Ausfall der Bedingung den Widerruf noch ausdrücklich zu erklären. Durch das Schreiben des Beklagten vom 14. Januar wurde sodann lediglich die Frist erstreckt, die Widerrufungserklärung im Übrigen aber inhaltlich nicht berührt. Freilich war der Vorschlag, dem Interessenten Bögli eine Frist anzusetzen, vom Kläger ausgegangen, und diesem musste nicht daran gelegen sein, auch seinen Auftrag und damit die Provisionsberechtigung betagen zu lassen. Allein der Beklagte war eben, wie es seinem Widerrufsrecht entsprach, in seinem Brief vom 11. Januar 1930 nach verschiedenen Richtungen über den Vorschlag des Klägers hinausgegangen ; statt selbst eine Offerte zu machen und zu befristen, forderte er zur Einreichung eines Angebotes innert der Frist auf, und statt nur die Unterhandlungen mit dem in Frage stehenden, zaudernden Anwärter abgebrochen, wollte er auch den Mäklervertrag aufgelöst und alle weiteren Bemühungen, einen Käufer zu finden, eingestellt wissen, wie es denn auch in dem weiteren Brief vom 14. Januar 1930 heisst : « Die ganze Verkaufsangelegenheit des frühern Hauses Schwabe ist bereits schon zu lange hinausgezögert worden ». Von einer unrichtigen Auslegung seiner Schreiben kann daher nicht gesprochen werden.

Wenn der Mäkler seine Bemühungen nach Ablauf der ihm von Anfang an gesetzten Frist fortsetzt, und wenn sich der Auftraggeber dies bewusst gefallen lässt, willigt dieser in den Wegfall der zeitlichen Schranke ein und hat die Provision zu entrichten, wenn er mit dem zugeführten Käufer abschliesst. (REICHEL, Die Mäklerprovision S. 26.) Das muss auch gelten, wenn der Mäkler zwar nicht nach Ablauf einer ihm gesetzten Frist, aber nach dem Widerruf durch den Auftraggeber seine Tätigkeit fortführt, wenn dieser das duldet und wenn es zum Abschluss kommt : Dann muss hierin eben die Eingehung eines neuen, inhaltlich übereinstimmenden Mäklervertrages erblickt werden

(REICHEL, a.a.O., S. 219). Allein im vorliegenden Fall fehlt es an dem Beweise, dass der Kläger seine Bemühungen nach dem 20. Januar 1930 nicht eingestellt habe. Aus dem Umstande, dass der Beklagte nach der Bescheinigung der Telephonverwaltung am 4. Februar 1930 nachmittags ein telephonisches Gespräch mit Davos Nr. 750, der Nummer des Klägers gehabt hat, geht nicht hervor, über was die beiden gesprochen haben. Die Behauptung, dass der Kläger noch wiederholt mit Bögli unterhandelt habe, ist erst vor Bundesgericht aufgestellt worden und kann daher mit Rücksicht auf Art. 80 OG nicht gehört werden, abgesehen davon, dass es auch an der Substantiierung und dem Beweis fehlt, Ruff habe von diesen Bemühungen gewusst und sie geduldet.

2. — Der Widerruf hat nur zur Folge, dass der Auftrag für die Zukunft keine Rechtswirkungen mehr auslöst (BECKER, Kommentar, Note 3 zu Art. 404 OR). Das heisst, auf die Mäklerprovision angewendet, dass der Mäkler für seine spätere Tätigkeit eine Vergütung auch nicht verlangen kann, wenn sie von Erfolg gekrönt ist (REICHEL S. 215). Der Provisionsanspruch aus den bis zum Widerruf vollzogenen Bemühungen bleibt dagegen gewahrt, auch wenn der Erfolg erst nach dem Widerruf eingetreten ist. (Vgl. REICHEL S. 217, welcher Passus der Vorinstanz entgangen ist und nicht etwa mit den Ausführungen desselben Autors auf S. 24/25 im Widerspruch steht.) Hier ist also eine Unterscheidung gerechtfertigt von dem Fall, wo der Provisionsanspruch vertraglich davon abhängig gemacht ist, dass der erstrebte Vertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossen wird; dort fällt, wie das Bundesgericht am 9. Juni 1900 i.S. Ducolomb gegen Fischer (BGE 26 II S. 349) erkannt hat, die Provisionsverpflichtung allerdings durch den Zeitablauf weg, auch wenn der spätere Erfolg durch die frühern Bemühungen herbeigeführt worden ist, « denn es ist begreiflich, dass sehr oft der Auftraggeber ein Interesse nicht bloss daran hat, dass der Vertrag überhaupt, sondern auch

daran, dass er bald zum Abschluss kommt ». (REICHEL S. 24 ff. ebenso für diesen Fall BECKER, Kommentar Note 2 zu Art. 413.) Die Unterscheidung ist deshalb geboten, weil der Mäkler, der vertraglich in eine Befristung einwilligt, damit auch vertraglich das Risiko übernimmt, bis zum festgesetzten Zeitpunkt nicht zum Ziele zu kommen. Das ist das Risiko jeder Eingehung einer Bedingung. Der Mäkler dagegen, der kraft seiner Zustimmung an keine Frist gebunden ist, darf nicht um die Früchte seiner in Ausführung des Auftrages vollzogenen Bemühungen gebracht werden, auch wenn der ihm gegenüber einseitig erklärte Widerruf nicht zur Unzeit erfolgt ist. (Vgl. JACUSIEL, Das Recht der Agenten und Mäkler, Heft 2 S. 81 ff., 83, 160, und die dort zit. deutsche Judikatur, STAUDINGER, Kommentar 1929 II 3. Teil S. 1040 Note II a, ROSPATT, in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, 1901 S. 546 ff. und für die Schweiz OSER, Kommentar Ziff. 5 zu Art. 412, ferner EIGENMANN, Der Mäklervertrag S. 105, der auch im Falle der vertraglichen Befristung die Provision gewähren will, und FINOCCHIARO, Il contratto di mediazione S. 129 ff., Nr. 80.)

3. — Nach dem Gesagten hängt das Schicksal der Klage davon ab, ob zwischen den vor dem Widerruf entfalteten Bemühungen des Klägers und dem am 13. Mai 1930 zu stande gekommenen Liegenschafts Kaufvertrag mit Bögli ein Kausalzusammenhang besteht. Der Beweis dafür liegt dem Kläger ob; doch hat er nach dem vom Bundesgericht ausgesprochenen Grundsatz die tatsächliche Vermutung für sich, dass wenn er Bemühungen entfaltet hat, die an sich geeignet sind, auf den Vertragsgegner bestimmend einzuwirken, angenommen werden darf, dass sie diese Wirkung auch tatsächlich gehabt haben, es sollten denn gegenteilige Umstände diese Annahme ausschliessen (BGE 40 II S. 531). Im vorliegenden Fall steht nun ausser Zweifel, dass die Unterhandlungen, in die Ruff nach dem 20. Januar 1930 durch Vermittlung

Gabarels mit Bögli getreten ist, auf die Initiative Bögli's zurückzuführen sind. Dieser war dieselbe Person, die Dr. Engi als Interessent im Auge gehabt hatte, und mit dem er unterhandelt hatte. Er nahm nun einfach die Besprechungen hinter dem Rücken Dr. Engi's und unmittelbar mit dem Verkäufer wieder auf, die vor dem 20. Januar 1930 noch zu keinem Ergebnis geführt hatten, hatte er doch selbst vorher erklärt: « Es ist möglich, dass ich später, insofern das Objekt noch käuflich ist, wieder auf diesen Handel zurückkomme », und hatte doch der Kläger diese Absicht des Bögli dem Beklagten zur Kenntnis gebracht. Der Zusammenhang ist daher ohne Weiteres gegeben. Die Unterbrechung während einiger Wochen und das Dazwischenkommen des Architekten Gabarel stehen ihm nicht entgegen, denn wie das Bundesgericht in einem ähnlichen Fall in seinem (unveröffentlichten) Urteil vom 8. Oktober 1929 i. S. Lang gegen Eigenmann erkannt hat, ist der Maklerlohn nicht nur dann verdient, wenn der Entschluss des Vertragsgegners zum Vertragsabschluss ausschliesslich auf die Tätigkeit des Maklers zurückzuführen ist; es genügt, wenn ein Motiv, das der Makler durch auftragsgemässe Tätigkeit hat pflanzen helfen, für die Abschlussbereitschaft des Vertragsgegners mitbestimmend war. (REICHEL S. 160 ff.) Infolgedessen ist auch nicht notwendig, dass der Zusammenhang ein unmittelbarer sei; eine Unterbrechung schadet nicht, sofern nur der psychologische Zusammenhang gewahrt geblieben ist. Es geht insbesondere nicht an, die Zeit der Verhandlungen in zwei Perioden zu teilen, weil zur Zeit des Widerrufs noch keine Einigung über den Preis zu stande gekommen war. Schon in seinem Erkenntnis i. S. Rossier gegen Rusillon und Degrange vom 21. Januar 1910 (BGE 36 II S. 10 ff.) hatte das Bundesgericht ausgeführt: « Il n'est point nécessaire qu'ils aient participé jusqu'au bout aux tractations du vendeur et de l'acheteur. Au reste, ceux-ci ont toujours le dernier mot... il ne s'agissait plus que des derniers marchandages sur le prix, auxquels

des tiers, des représentants, même le notaire-stipulateur, peuvent être mêlés, sans que les droits du courtier en soient diminués si la vente apparaît comme le résultat de son travail. » Hier hatte Bögli bereits einen Preis von 250,000 Fr. als annehmbar erklärt und nur noch das Geld beschaffen wollen, der Beklagte hat ihm das Objekt dann um 246,000 Fr. verkauft. Wenn der Beklagte, der dem Gabarel als dem Vertreter Bögli's nichts schuldete, dem Bögli 4/5 der dem Kläger geschuldeten Provision von 5000 Fr. entrichtete, weil er annahm, dass er dem Kläger keine Provision zu zahlen habe, hat er den Nachteil selbst zu verantworten.

Unter diesen Umständen braucht nicht mehr untersucht zu werden, ob der Widerruf des Auftrages durch den Beklagten zur Unzeit erfolgte oder nicht. Dagegen wird nun auch der Sinn der Worte klar, welche der Kläger am 20. Januar 1930 an den Beklagten richtete: Er wollte sich in höflicher Form die Provisionsberechtigung vorbehalten, für den Fall, dass der Vertrag auf Grund seiner Bemühungen doch noch zu stande kommen sollte.

4. — Es ist bestritten, ob der Auftraggeber beim Maklervertrag im Augenblick, wo er den Kaufvertrag abschliesst, Kenntnis davon haben muss, dass der Gegenkontrahent vom Makler zugeführt worden ist, oder ob die Provision auch geschuldet ist, wenn ihm dies nicht bekannt ist. (Vgl. einerseits SCHNEIDER & FICK, Note 22 zu Art. 413 OR und die dort zit. kantonalen Entscheide, andererseits OSER, Kommentar, Ziff. 2 a gamma zu Art. 413 OR.) Die Streitfrage braucht jedoch nicht gelöst zu werden, weil der Beklagte im vorliegenden Fall laut dem vorinstanzlichen Protokoll ausdrücklich zugegeben hat, dass er auf dem Notariat in Davos erfahren habe, dass Bögli auch mit dem Kläger unterhandelt habe. Es versteht sich, dass die Bekanntgabe des bisherigen versteckten Interessenten auch durch diesen selbst geschehen kann (SCHNEIDER & FICK, Note 24 zu Art. 413 OR.).

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 pflichtgemäßem 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-

drà », 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 sofor-