

de la Société immobilière du Bouveret une somme de 175 603 fr. 45, soit une somme supérieure au montant de l'emprunt remboursable par priorité; celui-ci se trouve donc être entièrement remboursé; d'où il suit que Favre & Chalut et Pellarin qui l'avaient garanti sont libérés et que les conclusions prises contre eux par le Comptoir d'Escompte doivent être écartées.

3. — Quant aux conclusions prises contre Stettelmann, Lilla et Seinet, c'est avec raison que l'instance cantonale les a déclarées bien fondées. Le cautionnement du 21 novembre 1901 s'appliquait — jusqu'à concurrence de 300 000 fr. — à « toutes les avances faites ou à faire » par le Comptoir d'Escompte à la Société immobilière du Bouveret; jusqu'ici les cautions ont payé 123 035 fr. 90; en leur réclamant pour solde de compte 141 613 fr. 60, le Comptoir d'Escompte reste ainsi dans les limites de l'acte de cautionnement. Sans doute ce solde provient non seulement du prêt primitif de 300 000 fr., mais encore d'avances faites ultérieurement par le Comptoir d'Escompte. Mais ce que Stettelman et consorts ont promis de payer c'est le solde redû en fin de compte par la Société immobilière du Bouveret, et non pas le solde d'un emprunt déterminé, et rien ne prouve que, contrairement au texte formel de l'acte de cautionnement, le Comptoir d'Escompte se soit engagé envers les cautions à ne pas prêter à la Société une somme supérieure à 300 000 fr. Du moment donc qu'il est constant que le solde réclamé aux signataires de l'acte du 21 novembre 1901, même additionné aux paiements qu'ils ont déjà faits, ne dépasse pas 300 000 fr., et que d'ailleurs ce solde est réellement dû par la Société, ils sont tenus de le payer. Le Comptoir d'Escompte ne saurait donc être renvoyé à établir deux comptes distincts — l'un relatif au premier prêt de 300 000 fr., l'autre relatif aux prêts ultérieurs —, puisque, en tout état de cause, le solde de 141 613 fr. 60 qu'ils présenteraient ensemble au débit de la Société devrait être mise à la charge des cautions qui ont signé le premier acte de cautionnement.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours formé par Favre et Chalut est admis. Le recours formé par Stettelmann, Lilla et Seinet est écarté. En conséquence l'arrêt rendu par la Cour de Justice civile de Genève le 4 mars 1911 est réformé en ce sens que le Comptoir d'Escompte est débouté des conclusions qu'il a prises contre Favre & Chalut et Pellarin. L'arrêt de la Cour de justice civile est confirmé pour le surplus.

59. Urteil vom 18. Juli 1911 in Sachen

Biegler, Kl., Widerbfl. u. Ber.-Kl., gegen Schumacher,
Befl., Widerfl. u. Ber.-Befl.

Von einem Apotheker, der in einem Kanton mit freier ärztlicher Praxis ein « Medizin- und Naturheilinstitut » betreibt, mit einem patentierten Arzte abgeschlossener Vertrag, der nach seinem Wortlaute die Leistung von ärztlichen Diensten bezweckt, durch den aber im Grunde der Arzt seinen beruflichen Titel hergeben soll, um das Institut nach aussen als ein von Fachmännern nach wissenschaftlichen Grundsätzen betriebenes erscheinen zu lassen. Ungültigkeit dieses Vertrages nach dem (von Amtes wegen anzuwendenden) Art. 17 OR wegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit (Täuschung des Publikums und Missbrauch des ärztlichen Titels). Die « Fernbehandlung » als ungültige Vertragsleistung.

A. — Durch Urteil vom 8./27. März 1911 hat das Obergericht des Kantons Glarus in vorliegender Streitfrage erkannt: „I. Der zwischen den Parteien am 16. Oktober 1905 abgeschlossene Vertrag ist aufgehoben.

„II. Die beidseitigen Entschädigungsforderungen sind abgewiesen.“

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

Dispositiv II des obergerichtlichen Urteils die Entschädigungsforderung des Berufungsklägers Dr. Ziegler im Betrage von 5000 Fr. gutzuheissen.

Der Beklagte hat beantragt:

1. Es sei das Begehren des Klägers Dr. Ziegler vollständig abzuweisen.

2. Es sei in Abänderung von Dispositiv II des obergerichtlichen Urteils der Kläger pflichtig zu erklären, eine Entschädigung von 5000 Fr. zu bezahlen unter Vertragsaufhebung.

C. — In der heutigen Verhandlung haben die Parteien die gestellten Berufungsanträge erneuert und auf Abweisung der gegnerischen Begehren geschlossen. Der klägerische Vertreter hat daneben eventuell noch auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Beklagte und Widerkläger Schumacher ist Apotheker und betreibt schon seit Jahren, gestützt auf die Freigebung der ärztlichen Praxis im Kanton Glarus, in Niederurnen ein „Medizin- und Naturheilinstitut“. Am 16. Oktober 1905 schloß er mit dem Kläger und Widerbeklagten Dr. med. Ziegler, der vorher in Urnäsch als Inhaber einer Kuranstalt in Konkurs geraten war und sich dann in Niederurnen etabliert hatte, einen Vertrag folgenden Inhalts ab:

„1. Herr Dr. Ziegler erhält für die Behandlung ausländischer „Patienten vom 1. Januar 1906 an monatlich 100 Fr., d. h. „Herr Dr. Ziegler kommt jeden Tag in Dr. Schumachers Wohnung, notiert für die einzelnen Patienten Diagnose, ärztliche Anordnungen und Rezepte. Die Ausführung der Briefe, Zubereitung und Versandt der Arzneien besorgt Dr. Schumacher.“

Ziffer 2 sieht höhere Salärbeträge, als den genannten von monatlich 100 Fr., mit steigendem monatlichen Umsatz vor, und zwar, in verschiedenen Abstufungen, Beträge von 150 Fr. (bei einer Umsatzziffer von 1500 Fr.) bis zu 500 Fr. (bei einer solchen von 4000 Fr.).

„3. Alleiniger Inhaber und Geschäftsführer ist Dr. Schumacher.“

„4. Die Firma für das Ausland und die Schweiz lautet in

„Broschüren und Danfschreiben: Medizin- und Naturheilinstitut: „Dr. Schumacher, hydropath. Arzt und diplom. Apotheker; Dr. „Ziegler, eidgenöss. patent. prakt. Arzt.“

Die Ziffern 5 und 6 verbieten dem Kläger bis 1916 die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes im Ausland und im Kanton Glarus und die Betätigung in einem solchen.

Die Ziffer 7 verbietet dem Kläger, ihm zugewiesene Patienten, mit Ausnahme der im Kanton wohnenden, für eigene Rechnung zu behandeln, und räumt ihm anderseits das Recht ein, im Kanton Glarus für eigene Rechnung die Privatpraxis auszuüben. Die Kranken der übrigen Kantone sollen vom Kläger nach den Bedingungen des Vertrages für Rechnung des „Medizin- und Naturheilinstitutes“ behandelt werden.

„8. Der Kläger hat jederzeit in seiner Wohnung auf Wunsch des Beklagten die ihm von diesem zugewiesenen Kranken gründlich zu untersuchen.“

Die Ziffer 9 setzt für die Bemühungen, die dem Kläger nach Ziffer 7 und 8 obliegen, ein Monatsjalar von 100 Fr. fest und sieht wiederum einen Zuschlag vor, und zwar für den Fall, daß die Anzahl der Untersuchungen 50 monatlich übersteigt, von 2 Fr. für jede weitere Untersuchung, und falls das Honorar eines Patienten im Laufe der Zeit 100 Fr. übersteigt, 25 % von dem, was über die 100 Fr. an reinem Verdienst verbleibt.

Die Ziffer 10 stellt die Verbote der Ziffer 5 und 6 unter Konventionalstrafe.

Die Ziffern 11 und 12 regeln die Fälle der Krankenbesuche und Reisen zu Patienten; 13 regelt die Eventualität einer Erkrankung oder des Todes des Beklagten; 14 und 15 setzen die Vertragsdauer auf 10 Jahre fest und legen dem einseitig vom Vertrage Zurücktretenden eine Barzahlung von 5000 Fr. an den Vertragsgegner auf.

Im August 1909 kam es zwischen den Parteien zu Auseinandersetzungen, die in der Folge zum mannheiligen Prozesse führten. In diesem hat der Kläger das Begehren ans Recht gestellt, der Beklagte habe ihn wegen Vertragsbruchs (weil er den Vertrag am 13. August 1909 ohne stichhaltigen Grund einseitig aufgelöst habe) mit 5000 Fr. zu entschädigen. Der Beklagte hat unter Be-

streitung der Klage widerklageweise darauf angetragen, der Vertrag sei wegen vertragswidrigen Verhaltens des Klägers gerichtlich aufzuheben und der Kläger zur Bezahlung einer Entschädigung von 5000 Fr. an den Beklagten zu verhalten, alles unter Vorbehalt weiterer Rechte.

2. — Die Vorinstanz ist zu der Auffassung gekommen, daß der Vertrag, weil unsittlicher Natur, unter Art. 17 OR falle, und sie hat daher sowohl die Klage als die Widerklage abgewiesen. Vor allem ist die Richtigkeit dieses Standpunktes nachzuprüfen, wenn auch keine Partei ihn geltend gemacht hat, sondern beide den Vertrag als für sich verbindlich erachten. Denn die gesetzliche Vorschrift über die Ungültigkeit widerrechtlicher und unsittlicher Verträge will öffentliche Interessen schützen, und der Richter hat sie daher von Amteswegen anzuwenden (vergl. z. B. US 30 S. 416).

Soweit der Vertrag den Kläger zu bestimmten ärztlichen Diensten, also namentlich zu ärztlichen Untersuchungen und Anordnungen und zur Dispensierung von Arzneien, verpflichtet, enthält er — das später über die Fernbehandlung noch zu Bemerkende vorbehalten — an sich nichts unsittliches oder widerrechtliches. Dagegen fragt es sich, ob man es hierbei mit dem wirklichen und wesentlichen Inhalt der vom Kläger zu erfüllenden Vertragspflichten zu tun habe. Die Vorinstanz verneint dies, indem sie annimmt, die dem Kläger vertraglich obliegende Aufgabe habe im Grunde nicht in wissenschaftlich-medizinischen Funktionen, sondern darin bestanden, daß er dem „Heilinstitut“ des Beklagten seinen Namen und die wissenschaftliche Qualifikation habe geben müssen, um es nach außen zu decken; und hiefür seien in Wirklichkeit die vertraglichen Honoraranträge ausbedungen worden. Dieser Auffassung liegt eine richtige und jedenfalls nicht altemwidrige Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse zu Grunde: Die Vorinstanz beruft sich hauptsächlich auf die eigenen Ausführungen des Klägers in seiner schriftlichen Rechtsverörterung und in seinem mündlichen Vortrag, welche Ausführungen der Beklagte stillschweigend anerkannt habe. Sie stützt sich im weiteren auf die ebenfalls dem Akteninhalt entsprechende Feststellung, daß für das „Hauptgeschäft“, nämlich die Fernbehandlung der Patienten, in weitaus den meisten Fällen der Beklagte selbst die Diagnose und Rezeptierung besorgt habe.

Und endlich weist sie darauf hin, daß die zahlreichen, in auswärtigen Blättern und Zeitschriften erschienenen Reklameannoncen den Beklagten ebenfalls — fälschlicherweise — als „Dr.“ bezeichnen und als Leiter des Institutes „Dr. med. Ziegler, prakt. Arzt“ nennen. Hieraus — und übrigens noch aus andern Momenten, namentlich aus den versandten Broschüren mit ihren anatomischen Darstellungen und ihren Abbildungen wissenschaftlicher Apparate — tritt in der Tat mit Deutlichkeit das Bestreben zu Tage, das Heilinstitut des Beklagten nach außen als ein von Fachmännern nach wissenschaftlichen Grundsätzen betriebenes erscheinen zu lassen. Besteht nun aber nach all' dem die eigentliche Vertragsleistung des Klägers, der gegenüber die ihm aufgetragenen ärztlichen Funktionen in ihrer wirklichen Bedeutung ganz in den Hintergrund treten, darin, seinen Namen und den Titel eines patentierten Arztes dem Beklagten zur Verfügung zu stellen, um im Publikum jene irrtümliche Meinung zu erwecken, so ist auch in rechtlicher Beziehung mit der Vorinstanz anzunehmen, daß der Vertrag nach Art. 17 OR nicht geschützt werden darf. Eine solche Täuschung des Publikums, und zwar in Angelegenheiten, bei denen es sich um so wichtige Interessen des Getäuschten handelt, verstößt offensichtlich gegen das sittliche Gefühl, und ein Vertrag, bei dem die eine Partei darauf ausgeht, sich die für dieses unsittliche Verhalten notwendige Mitthilfe der Gegenpartei zu sichern, ist nicht nur mittelbar, nach seinem Zwecke und seinem ganzen Charakter, sondern nach dem Gegenstande der ausbedungenen und versprochenen Leistung selbst, unsittlich. Zudem ist diese Leistung auch eine widerrechtliche und der Vertrag also auch insofern nach Art. 17 OR des Rechtsschutzes unfähig: Denn indem der Kläger den ihm behördlich verliehenen Titel eines staatlich diplomierten Arztes zu einer Irreführung der ärztliche Hülfe suchenden Personen hergibt, mißbraucht er ihn und verletzt die mit dessen Führung verbundenen Rechtspflichten; der Titel wird nun nicht mehr seiner Bestimmung gemäß dazu benutzt, den Patienten erkennen zu lassen, daß der Arzt, an den er sich wendet und der ihn behandelt, wirkliche medizinische Studien gemacht und eine Prüfung bestanden hat und daher sein Vertrauen verdient, sondern im Gegenteil dazu, ihm dies bloß vorzutäuschen. Der Kläger ist sich denn auch des geschil-

berten Charakters seiner Handlungsweise bewußt gewesen, wie aus seiner im Prozesse gemachten Erklärung hervorgeht, er habe sich nur durch seine finanzielle Bedrängnis zur Übernahme der erniedrigenden Rolle herbeigelassen, die er nach dem Vertrage habe spielen müssen und durch die er die Achtung seiner Berufskollegen eingebüßt habe. Daß im Kanton Glarus die Ausübung des ärztlichen Berufes freigegeben ist, also nicht nur diplomierte Ärzte praktizieren können, ändert selbstverständlich an dem Gesagten nichts.

Der Vertrag hält auch insofern vor dem Art. 17 nicht stand als er die sogen. Kernbehandlung — also das „Hauptgeschäft“ und damit den wichtigsten Teil der im Vertrage normierten Beziehungen — regelt. Der Kläger wird ganz allgemein verpflichtet, auf die brieflichen Mitteilungen der Patienten hin seine Diagnose zu stellen, seine ärztlichen Anordnungen zu treffen und die Rezepte zu verschreiben, ohne daß ihm die Möglichkeit gewahrt bliebe, dies nach Gutfinden abzulehnen und eine persönliche Untersuchung des Patienten zu verlangen, wenn er eine solche — und es muß dies doch sicherlich bei einem fachmännisch gebildeten Arzte vielfach der Fall sein — nach seiner Überzeugung für geboten erachtet. In dieser weitgehenden Einschränkung seiner Selbständigkeit und eigenen Entschliebung bei der Berufsausübung, die den Verpflichteten häufig in Gewissenskonflikte führen muß, liegt ein entwürdigender Eingriff in die persönliche Freiheit, dessen Duldung nicht Gegenstand einer gültigen Vertragsleistung bilden kann.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen beider Parteien sind abgewiesen, und damit wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Glarus vom 8./27. März 1911 in allen Teilen bestätigt.

60. Urteil vom 18. Juli 1911 in Sachen

A.-G. Portland-Zementwerk Diedesheim-Neckarelz, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Zura-Zementfabriken A.-G.,
Bekl. u. Ver.-Bekl.

Handelsusance im Gebiete eines Kantons (hinsichtlich der Mängelrüge beim Verkaufe gebrauchter Maschinen). Ihr Bestand beurteilt sich nach dem betreffenden kant. Recht; ihre Bedeutung dagegen nach Bundesrecht (OR), und zwar kann sie danach nicht ein dem Gesetze derogierendes Gewohnheitsrecht, sondern lediglich ein Mittel der Vertragsauslegung bilden. Verneinung ihrer Aufnahme als Bestandteil des hier streitigen Vertrages.

A. — Durch Urteil vom 6. April 1911 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Die Klage ist abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt und begründet: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils der Klägerin das gestellte Klagebegehren zuzusprechen oder eventuell die Streitsache zur erforderlichen Beweiserhebung und Aktenergänzung an das Handelsgericht des Kantons Aargau zurückzuweisen.

C. — Die Beklagte hat in ihrer Berufungsantwort den Antrag auf Abweisung der Berufung gestellt und begründet:

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagte, Zura-Zementfabriken A.-G., in Aarau, hatte eine bisher von ihr verwendete Dorstener-Presse zum Verkauf ausgeschrieben und erteilte der Klägerin, der A.-G. Portland-Zementwerk Diedesheim-Neckarelz, auf ihre Anfrage am 7. Juli 1909 briefliche Auskunft über die Beschaffenheit und Funktion dieser Presse, wobei sie erklärte: Die Maschine habe sechs Jahre gearbeitet und sei in vollständig gebrauchsfähigem Zustande; vorhandene Reserveteile, wie ein Tisch und ein Bär, würden mitgegeben; der Preis werde auf 2500 Mk., Waggon verladen Aarau, gestellt, zahlbar daselbst bei Abnahme, wie es bei gebrauchten Maschinen