

élevé de grief sérieux contre lui, et l'on arrive dès lors, comme la première instance, à rejeter l'action en responsabilité qui lui est intentée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé et le jugement de la Cour civile du canton de Vaud, du 3 juillet 1900, est confirmé.

75. Urteil vom 29. September 1900 in Sachen
Bünter-Zibung gegen Cubasch.

Dienstvertrag, Vertrag über freie Dienste (ärztliche Hilfeleistung), Art. 348 O.-R. — Beweislast für Schaden und für sachgemässe Behandlung; Haft des Arztes für seinen Assistenten (Art. 115 O.-R.).

A. Durch Urteil vom 30. Juni 1900 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden nid dem Wald erkannt:

Die Dispositive sub Ziff. 1 und 2 des kantonsgerichtlichen Urteils vom 11. April ds. Jz. seien vollinhaltlich bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und folgende Anträge gestellt:

1.

2. Es werde gänzliche Abänderung des obergerichtlichen Urteils angebeht in dem Sinne, daß die klägerische Forderung von 194 Fr. 60 Cts. abgewiesen und dem Widerkläger eine Entschädigung von 10,000 Fr. zugesprochen werde.

3. Im Sinne des § 82 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege werde Vervollständigung des Beweisverfahrens verlangt durch Erhebung einer medizinischen Fachexpertise und Abhörung der Zeugen des Beklagten und Widerklägers, hauptsächlich der Zeugen Witwe Christine Blättler, Obermatt, Hergiswyl, und Witwe Theresia Blättler, Arbeitslehrerin, Hergiswyl. Diese Zeugen hätten mit eigenen Augen

gesehen, daß der Assistent des Klägers und Widerbeklagten die Hebamme mit medizinischen Instrumenten frei und unbeaufsichtigt habe operieren lassen, deren Gebrauch nur Ärzten, niemals aber einer Hebamme gestattet sei.

4. Endlich behalte sich der Berufungskläger das Recht vor, ein außergerichtliches Gutachten des Hrn. Prof. Dr. Wyder zu den Akten zu legen, um die absolute Notwendigkeit einer gerichtlichen Expertise darzulegen.

C. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt des Berufungsklägers seine schriftlich gestellten Anträge. Der Anwalt des Berufungsbeklagten trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

2. Am 6. Februar 1899 ersuchte der Beklagte und Widerkläger den Kläger und Widerbeklagten, die ärztliche Behandlung seiner schwer kranken Frau, welche wenige Tage vorher niedergekommen war, zu übernehmen. Der Kläger lehnte aus verschiedenen Gründen, unter andern, weil er selbst leidend sei, ab, ließ es aber zu, daß sein Assistent Trascensky, an den sich der Beklagte nun wandte, die Behandlung übernahm. Diese Behandlung dauerte bis anfangs März, zu welcher Zeit Frau Bünter in Behandlung von Dr. Limacher in Luzern trat, und dem Assistenten des Klägers mit dem Ersuchen um Rechnungsstellung mitgeteilt wurde, man bedürfe seiner Dienste nicht mehr. Am 3. April gl. Jz. ist Frau Bünter gestorben. Da der Beklagte die vom Kläger gestellte Arztrechnung nicht bezahlte, und auf Betreibung Rechtsvorschlag erhob, leitete der Kläger am 11. August 1899 beim Kantonsgericht Nidwalden gegen ihn Klage ein mit dem Begehren, die Forderung des Klägers im Betrage von 194 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5% seit 10. April 1899 und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten sei gerichtlich zu schützen. Der Beklagte bestritt die Klage und forderte widerklageweise Schadenersatz im Betrage von 10,000 Fr., weil der Assistent des Klägers, für dessen ärztliche Handlungen der Kläger verantwortlich sei, durch fehlerhafte Behandlung den Tod der Patientin verschuldet habe. Gegenüber der Hauptklage machte er geltend: Die Kur der Frau Bünter sei

durch Trasczewsky allein ausgeführt worden. Er allein habe die Kranke besucht und untersucht. Da aber Trasczewsky kein patentierter Arzt sei, so habe er, indem er die Frau Bünter behandelte, das Gesetz vom 24. April 1854, wonach im Kanton Nidwalden bloß patentierte Ärzte den ärztlichen Beruf ausüben dürfen, verletzt und damit eine widerrechtliche Handlung begangen, aus der weder er noch sein Dienstherr Cubasch irgend welche Rechte herleiten können. Der Kläger habe aber auch selbständig eine widerrechtliche Handlung begangen, indem er einem nicht patentierten Arzte die alleinige Behandlung einer Kranken übertrug. Zur Widerklage führte er im wesentlichen aus: Da Trasczewsky kein patentierter Arzt sei, spreche die Vermutung dafür, daß seine Diagnose und Behandlung eine falsche gewesen sei. Die Vermutung sei auch richtig; Trasczewsky habe die Krankheit der Frau Bünter unter anderem für LungenSchwindsucht gehalten, während sie an dieser Krankheit nie gelitten habe. Über die Art der Behandlung sei hervorzuheben: Trasczewsky habe während vier oder fünf Tagen permanente Irrigationen verordnet, welche in einem Bauernhause nicht zweckmäßig durchgeführt werden können; die Kranke habe deshalb beständig im Wasser gelegen und habe Fröste gehabt. Auf Anordnung Trasczewsky habe sie wiederholt ins Freie gehen müssen, zu einer Zeit, wo solche Ausgänge schädlich gewesen seien. Ganz unnötigerweise habe Trasczewsky die Kranke während der Untersuchung längere Zeit abgedeckt gelassen; es sei kein Wunder, wenn die Kranke, welche infolge dieser Kur sehr schwach und angegriffen gewesen sei, schließlich eine Lungenentzündung bekommen habe. Vom 28. Februar an sei Trasczewsky nicht mehr gekommen, trotz schlechtem Zustand der Kranken; deshalb habe Dr. Limacher aus Luzern geholt werden müssen, welcher die Frau an einer Lungenentzündung leidend angetroffen habe. Die Behauptung, daß die Kranke an LungenSchwindsucht gestorben sei, werde bis zum Beweis des Gegenteils bestritten. Die erste Instanz hat nach durchgeführtem Zeugenbeweis die Hauptklage abzüglich eines Betrages von 6 Fr. gutgeheißen und die Widerklage abgewiesen. Das kantonale Obergericht hat das Urteil der ersten Instanz in der Hauptsache bestätigt.

3. Das zwischen dem Kläger und dem Beklagten in Bezug auf

die ärztliche Behandlung der Frau Bünter begründete Rechtsverhältnis ist nach eidgenössischem Obligationenrechte nicht, wie die kantonalen Gerichte annehmen, als Mandat, sondern gemäß Art. 348 D.-R. als Dienstvertrag (Vertrag über freie Dienste) zu behandeln. Daß in der That zwischen den Litiganten ein solches Vertragsverhältnis entstanden ist, unterliegt nach den beidseitigen Parteienbringen keinem Zweifel. Der Kläger stützt hierauf seine Klage, indem er für die dem Beklagten durch die ärztliche Behandlung seiner Ehefrau geleisteten Dienste das Honorar verlangt, und der Beklagte bezeichnet den Kläger selbst ausdrücklich als den Dienstherrn des behandelnden Assistenten Trasczewsky und macht ihn als solchen verantwortlich für die ärztlichen Handlungen desselben. Der Beklagte ist hienach, gemäß Art. 338 D.-R., zur Bezahlung der angemessenen Vergütung für die geleisteten Dienste an den Kläger verpflichtet, vorausgesetzt, daß dieser seinerseits die ihm aus dem Dienstvertrag erwachsenen Verpflichtungen gehörig erfüllt habe.

4. Um diese Verpflichtungen gehörig erfüllen zu können, war der Kläger gehalten, bei der Behandlung der Kranken so zu verfahren, wie es den allgemein anerkannten und zum Gemeingut gewordenen Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft entsprach (vgl. Aml. Samml. der Bundesger. Entsch., Bd. XVIII, S. 341, Erw. 4). Hat es der Kläger und Widerbeklagte an einer derart sachgemäßen Behandlung fehlen lassen, und ist infolgedessen der Tod der Patientin herbeigeführt worden, so ist er (abgesehen von den Grundsätzen des eidg. Obligationenrechts über Schadenshaftung wegen unerlaubter Handlungen) aus dem Dienstvertrag schadenersatzpflichtig geworden, sofern er nicht beweisen kann, daß ihn dabei kein Verschulden trifft. Die Beweislast dafür, daß infolge der Behandlung des Trasczewsky die Frau Bünter gestorben sei, sowie für den geltend gemachten Schaden trifft nach Art. 110 D.-R. den Beklagten und Widerkläger; sind diese Beweise erbracht, so hat der Kläger und Widerbeklagte die Behandlung zu rechtfertigen, d. h. darzuthun, daß ihn dabei kein Verschulden treffe. Dem Verschulden des Arztes steht aber gemäß Art. 115 D.-R. dasjenige seines Assistenten gleich.

5. Über die Frage nun, ob der Kläger und Widerbeklagte die

ärztliche Behandlung der Frau Bünter sachgemäß besorgt habe, bezw. habe besorgen lassen, stellen die kantonalen Instanzen fest, daß der vom Widerkläger angetretene Zeugenbeweis keinerlei belastende Momente zu Tage gefördert habe, indem den Ausfagen der Mutter und Schwester der Verstorbenen mit Rücksicht auf deren Verwandtschaft und auf die Depositionen anderer, durchaus unparteiischer Zeugen keine Beweisraft beizumessen sei. Die Würdigung der Zeugenaussagen in Hinsicht auf ihre Beweisraft gehört aber dem Prozeßrecht an und unterliegt daher der Überprüfung durch das Bundesgericht nicht, und was die Feststellung anbetrifft, daß der Zeugenbeweis keine, den Kläger und Widerbeklagten belastenden Momente zu Tage gefördert habe, so handelt es sich hier um eine tatsächliche Annahme des kantonalen Gerichts, die, weil nicht aktenwidrig und nicht auf einer bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses beruhend, für das Bundesgericht nach Art. 81 Org.-Ges. verbindlich ist. Allerdings sind nicht alle vom Beklagten und Widerkläger beantragten Beweiserhebungen vorgenommen worden. Die von ihm angerufene Expertise hat nicht stattgefunden, und die beiden in der Berufungserklärung genannten Zeugen Christine und Theresia Blättler sind über die dort genannten Thatsachen nicht abgehört worden. Allein abgesehen davon, daß diese Thatsachen für den dem Beklagten und Widerkläger nach dem oben Gesagten obliegenden Beweis nicht als erheblich erscheinen, handelt es sich hier um Beweisangebote, die der Beklagte und Widerkläger erst nachträglich gemacht hat, und auf die das kantonale Gericht auch deshalb nicht eingetreten ist, weil er sich über rechtmäßige Verhinderungsgründe, dieselben früher vorzubringen, nicht ausgewiesen habe. Dem diesfalls gestellten Aktenvervollständigungsbegehren kann somit schon deshalb nicht entsprochen werden, weil demselben eine, vom Bundesgericht nicht nachzuprüfende prozessuale Entscheidung des kantonalen Richters entgegensteht. Diese letztere Erwägung trifft auch hinsichtlich des Begehrens um Anordnung einer medizinischen Expertise zu. Die kantonalen Instanzen sprechen sich über die Erheblichkeit dieses Beweismittels nicht aus, dagegen konstatiert das Kantonsgericht, daß das in den Rechtschriften gestellte Begehren um Erhebung einer solchen

in der Hauptverhandlung nicht mehr aufrecht erhalten worden sei. Heute ist diese Feststellung vom Berufungskläger als unrichtig bezeichnet worden; ein Beweis dafür, daß sie aktenwidrig sei, ist jedoch nicht erbracht. Sie ist somit für das Bundesgericht verbindlich, und da die Frage, ob die Vorinstanzen berechtigt gewesen seien, aus dem angegebenen Grunde von der Erhebung der Expertise Umgang zu nehmen, dem kantonalen Prozeßrecht angehört, bezüglich dessen Anwendung das kantonale Urteil der Berufung nicht unterliegt, so erscheint auch dieses Aktenvervollständigungsbegehren als unstatthaft. Übrigens mag bemerkt werden, daß der dem Beklagten und Widerkläger obliegende Beweis, daß der Kläger und Widerbeklagte bezw. sein Assistent den Tod der Frau Bünter durch fehlerhafte Behandlung verursacht haben, selbst dann nicht als erbracht betrachtet werden könnte, wenn die vom Beklagten und Widerkläger aufgestellten Expertenfragen bejaht würden. Diese Expertenfragen lauten dahin: „Den Experten sind sämtliche Akten, namentlich die Fieberbüchlein vorzuweisen.

„a. Die Experten müssen bezeugen, es sei nicht zulässig und auch nicht gebräuchlich, daß ein Arzt die Kranken durch einen Assistenten, der kein ärztliches Diplom besitzt und der als regulärer Student nicht einmal praktische Semester durchgemacht und nie eidg. Prüfungen abgelegt hat, allein und unabhängig besuchen und untersuchen lasse.

„b. Daß Kindbettfieber, Blutvergiftung und LungenSchwindsucht schwere Krankheiten sind.

„c. Daß daher eine Behandlung und Untersuchung durch den Arzt selbst, namentlich wenn dieser daheim sei, um so notwendiger und angezeigt sei.

„d. Daß die permanente Irrigation in einem gewöhnlichen einfachen Bauernhause sich schwer richtig durchführen läßt und sich daher, unter solchen Verhältnissen, nicht anempfiehlt.

„e. Daß, im Falle von Kindbettfieber, in einem Bauernhause zwei oder drei tägliche Spülungen und Waschungen angezeigt sind.“

Zu den drei ersten Fragen ist zu bemerken, daß der Beklagte und Widerkläger seiner Beweispflicht damit nicht genügt, daß er darthut, daß die Behandlung durch einen nichtpatentierten Medici-

ziner stattgefunden habe. Er hat zu beweisen, daß die stattgefundene Behandlung wirklich fehlerhaft gewesen sei; hiezu reicht der Umstand, daß der behandelnde Assistent des Widerbeklagten das erforderliche Patent nicht besitzt, nicht aus, um so weniger, als die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich feststellt, daß die Behandlung unter der Aufsicht und der Kontrolle des Klägers selbst, also eines patentierten Arztes erfolgte. Und was die beiden letzten Fragen anbelangt, so ist klar, daß deren Bejahung nicht ohne weiteres den Schluß darauf rechtfertigen würde, daß die von Trascemsky vorgenommene Behandlung geradezu fehlerhaft gewesen sei, und noch weniger, daß sie den Tod der Frau Bünter herbeigeführt habe.

6. Ist somit auf Grund des von der kantonalen Instanz festgestellten Thatbestandes zu entscheiden, so kann die Widerklage weder als Vertrags- noch als Deliktssklage gutgeheißen werden. Auch in Beziehung auf die Hauptklage ist danach das angefochtene Urteil zu bestätigen. Daß sich eine Honorarforderung des Klägers nach Art. 17 O.-R. verbiete, kann auf Grund der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, daß die Behandlung durch den Assistenten des Klägers unter der Aufsicht und Kontrolle dieses letztern stattfand, in Verbindung mit der Thatsache, daß der Beklagte die ärztliche Hilfe des genannten Assistenten ausdrücklich und persönlich selbst verlangte, nicht behauptet werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Obergerichts des Kantons Unterwalden nid dem Wald in allen Teilen bestätigt.

76. Urteil vom 29. September 1900
in Sachen B. gegen K.

Klage aus Verlöbnißbruch. — Der Verlöbnißvertrag untersteht dem kantonalen Rechte (Art. 76 O.-R.); daran ist durch Art. 29 u. 30 eidg. Ehegesetz nichts geändert. — Wann ist der Verlöbnißbruch eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 ff. O.-R.?

A. Durch Urteil vom 30. Mai 1900 hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz erkannt:

Das Urteil des Bezirksgerichts March ist aufgehoben und das Begehren des Klägers des gänzlichen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger unter Einreichung einer begründenden Rechtschrift die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung seiner Klage.

Die Beklagte beantragt in der Beantwortungsschrift Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 23. Mai 1899 erklärten J. M. B., Landwirt, von und in Tuggen, geb. 28. November 1836 und Marie K., Seidenwinderin, von und in Reichenburg, geb. 8. September 1854, vor dem Civilstandsamte Tuggen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen und verlangten die Verkündung ihres Eheversprechens. Die Eheverkündung wurde am 26. Mai 1899 im schwyzerischen Amtsblatte publiziert (welche Publikation auch in Nr. 41 des March-Anzeigers vom 27. Mai 1899 reproduziert wurde). Zum Eheabschlusse kam es indes, obschon ein Einspruch nicht erfolgte, nicht. Am 8. Juni 1899 ließ der Bräutigam der Braut schreiben, daß er nächsten Samstag den 10. ds., nachmittags um 3 Uhr bei ihr eintreffen werde, um sie zur Berehelichung abzuholen; „sollte es Ihnen nicht dienen, bitte um umgehenden Bericht, ansonst er Sie zu Schadenersatz verpflichten würde.“ Die Braut telegraphierte hierauf am 10. Juni an den Bräutigam: „Heute nicht kommen.“ Hierauf schrieb der Civilstandsbeamte von Tuggen (August Weber) am 13. Juni 1899 im Auftrage des Bräutigams an die Braut: „Nachdem es Ihnen unangelegen war, auf die im Auftrage Ihres Bräutigams Meinrad