

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. Fernbehandlung — 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 Entscheidung 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.

Dennoch 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. Ber.-Kl., gegen Jura-Zementfabriken A.-G., Bekl. u. Ber.-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, Jura-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 dafelbst bei Abnahme, wie es bei gebrauchten Maschinen

üblich sei. Am 24. August 1909 kam dann die Beklagte, einen frühern von der Klägerin nicht beantworteten Brief bestätigend, auf ihre Offerte zurück, wobei sie schrieb: Wie bei gebrauchten Maschinen üblich, müßte die Presse in Marau kontrolliert, abgenommen und bezahlt werden. Mit Postkarte vom 23. Oktober fragte die Klägerin wiederum an, ob die Presse noch abzugeben sei, was die Beklagte durch Zuschrift vom 25. Oktober bejahte mit der Erklärung: Sie offeriere sie, solange frei, komplett nebst dem dazu verwendeten, speziell erstellten Dampfkessel „zu äußerst 2500 Mk., verzollt und franko auf Ihre Bahnstation, zahlbar vor Abfuhr, wie bei gebrauchten Maschinen üblich“. Die Klägerin telegraphierte darauf am 4. November: „Übernehmen angebotene Presse. Brief unterwegs.“ In dem vom gleichen Tage datierten Bestätigungsbrief erklärt die Klägerin: Sie übernehme die angebotene Presse zum offerierten Preise von 2500 Mk., verzollt und franko Station Neckarelz, und bitte, sie baldmöglichst mit dem dazu verwendeten, speziell erstellten Dampfkessel sowie den „dort habenden Reserveteilen, wie ein Tisch und ein Bär“, gemäß Schreiben der Beklagten vom 7. Juli, an die klägerische Adresse abgehen zu lassen; sie sehe dem Versandtabis entgegen und werde obigen Betrag sofort übersenden lassen. Am 11. November bestätigte die Beklagte den Empfang des Kaufpreises und machte Mitteilung von der erfolgten Versendung der Maschine. Am 20. November beschwerte sich die Klägerin wegen mangelnder Gebrauchsfähigkeit der Presse und stellte sie zur Verfügung; auch seien die weiter mitverkauften Reserveteile, wie ein Tisch und ein Bär, der Maschine nicht beigegeben gewesen. Die Beklagte antwortete am 23. November, daß die Maschine freilich gebrauchsfähig sei und daß sie ihr statt des sehr abgenutzten Tisches und Bärs eine Reservewelle und eine neue, einfachere Vorschubvorrichtung als Ersatzstücke beigelegt habe.

Im darauffolgenden Prozesse hat die Klägerin folgende Klagebegehren gestellt:

1. Der Kaufvertrag sei als aufgehoben zu erklären.
2. Die Beklagte habe der Klägerin zu bezahlen:
 - a) 2500 Mk. nebst Zins zu 5 % seit dem 11. November 1909 oder den entsprechenden Betrag in Schweizerwährung;

b) 83 Mk. nebst Zins seit der Zustellung der Klage oder den entsprechenden Betrag in Schweizerwährung. Mit dieser Forderung wird Vergütung der Unkosten verlangt, die der Klägerin durch die von einem Ingenieur vorgenommene Untersuchung der Maschine entstanden seien.

3. Die Beklagte habe die Maschine nebst Zugehör zurückzunehmen. Die Klägerin, wird hiezu erklärt, sei nach der rechtskräftigen Erledigung des Streites zur sofortigen Herausgabe bereit.

2. — Die Vorinstanz hat, entsprechend dem Antrage der Beklagten, auf Abweisung der Klage erkannt. Sie geht davon aus, es bestehe im Kanton Aargau beim Handel mit gebrauchten Maschinen die Übung, daß, wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas gegenteiliges vereinbaren, ohne Mängelrügerecht gehandelt werde, oder daß doch — wie diese Übung an anderer Stelle in weniger weit gehendem Sinne umschrieben wird — ein Mängelrügerecht über die Versendung des Kaufgegenstandes und die Bezahlung des Kaufpreises hinaus nicht bestehe. Hier nun hätten die Parteien die fragliche Übung vertraglich nicht wegbedungen, sie vielmehr dem Vertragsverhältnis deutlich zu Grunde gelegt, und die Klage müsse daher schon von diesem Gesichtspunkte aus, und ohne daß auf die Bemängelung der Kaufsache einzutreten wäre, abgewiesen werden. Daß, wie die Klägerin noch geltend mache, versprochene Ersatzteile nicht geliefert worden seien, könne nicht zur Grundlage der Vertragsaufhebung gemacht werden, da es sich hier um bloße Zubehörden der Maschine handle. Und ebenso könne die Beklagte nicht zur nachträglichen Lieferung dieser Teile verhalten werden, indem ein Klagebegehren auf Nachlieferung fehle und die Klägerin durch die Unterlassung rechtzeitiger Prüfung der Lieferung darauf verzichtet habe, die gelieferten Ersatzteile als nicht identisch mit den versprochenen zu bemängeln.

3. — Den Bestand der erwähnten Übung hat das Bundesgericht nicht zu untersuchen, sondern sich in dieser Beziehung ohne weiteres an die Auffassung der Vorinstanz zu halten, da es sich bei der Feststellung, ob eine derartige Übung innerhalb eines Kantonsgebietes im Verkehr tatsächlich gelte, nicht um die Anwendung objektiver Normen des Bundesrechtes handelt. Wohl aber kommt Bundesrecht in Betracht, soweit es sich fragt, welche rechtliche Be-

deutung den Handelsufancen im Verhältnis zu den den nämlichen Gegenstand regelnden Vorschriften des schweizerischen Obligationenrechtes beizulegen sei. In dieser Hinsicht ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, daß solche Ufancen niemals die Natur eines den Vorschriften des geschriebenen Rechts derogierenden Gewohnheitsrechtes zu erlangen vermögen, sondern vom Richter stets nur als Mittel für die Auslegung des Parteiwillens beigezogen werden können (vergl. US 14 S. 475, 23 I S. 770, 24 II S. 640). Inwieweit es nun angehe, aus der Tatsache der allgemeinen Beobachtung einer solchen Übung im betreffenden Geltungsgebiete eine Vermutung dafür herzuleiten, daß in diesem Gebiete wohnende Parteien beim Vertragsschlusse willens seien, ihr Vertragsverhältnis im Sinne dieser Übung zu ordnen, ist hier nicht zu prüfen. Denn die eine Partei wohnt hier außerhalb des kantonalen Geltungsbereichs der Übung, ja sogar außerhalb der Schweiz, und es fehlt auch sonst jeder Anhaltspunkt für die Annahme, daß sie schon vor und unabhängig von dem streitigen Geschäfte aus besonderem Grunde (etwa infolge früherer Geschäfte dieser Art mit Kantonsbewohnern) vom Bestande der Übung Kenntnis gehabt hätte, und daß ihr also der Wille zugemutet werden könne, sich derselben beim jetzigen Vertragsabschlusse stillschweigend zu unterziehen. Somit kann die Übung hier nur auf dem Wege Vertragsinhalt geworden sein, daß die Klägerin sie der Beklagten vor der Eingehung des Vertrages bekannt gegeben und diese sie als Bestandteil des Vertrages angenommen hat. Solches ist aber, entgegen der Behauptung der Beklagten und der Auffassung der Vorinstanz, nicht geschehen: Zunächst ergibt es sich nicht aus den beiden Briefen der Beklagten vom 7. Juli und 25. Oktober 1909, worin diese sich ausbedungen hat, daß die Maschine an ihrem Wohnort Marau und vor der Abfuhr bezahlt werde, „wie bei gebrauchten Maschinen üblich“. Daraus ist für eine vertragliche Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über das Rügerecht nichts zu entnehmen. Es wird nicht gesagt, daß ein allfälliger Mangel vor der Versendung in Marau zu rügen sei, noch viel weniger, daß die Unterlassung, dies zu tun, zur Verwirkung des Rügerechts führe. Eher läßt sich auf den noch angeführten Brief der Beklagten vom 25. August hinweisen, worin

gefordert wird, daß die Maschine in Marau „kontrolliert, abgenommen und bezahlt“ werden müsse. Hiemit mag eine Verpflichtung der Klägerin ausbedungen worden sein, die Maschine in Marau zu untersuchen und allfällige Mängel vor der Versendung zu rügen, woran die Beklagte in der Tat, wie die Vorinstanz hervorhebt, ein gewichtiges Interesse haben konnte angesichts der vertraglich zu ihren Lasten fallenden, großen Transportkosten, die sie im Falle berechtigter Nichtabnahme der Maschine nutzlos auszugeben hätte. Dagegen konnte die Beklagte nicht voraussetzen, ihrer Erklärung vom 25. August müsse auch noch entnommen werden, daß die Klägerin, wenn sie die von ihr geforderte Untersuchung und Rüge unterlasse, damit nicht allein der Beklagten für den ihr hieraus erwachsenden Schaden einzustehen habe, sondern ein Rügerecht überhaupt nicht mehr ausüben könne. Wollte die Beklagte wirklich einen so weitgehenden Nachteil androhen, so hätte sie sich darüber ausdrücklich und klar aussprechen sollen.

4. — Nach dem Gesagten ist somit die vorinstanzliche Auffassung, die Klägerin habe ihr Rügerecht wegen Nichtuntersuchung der Maschine am Versendungsort untergehen lassen, rechtsirrtümlich, und da ferner die Beanstandung der Maschine, die am 20. November 1909, also etwa 10 Tage nach der Versendung, erfolgte, den gesetzlichen Anforderungen (Art. 246 und 248 OR) genügt, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Fall an die Vorinstanz zu neuer Behandlung zurückzuweisen, damit sie nach Vornahme der erforderlichen Beweiserhebung sachlich über den Wandelungs- und allfälligen Preisminderungsanspruch der Klägerin entscheide. Welche Bedeutung für die Erledigung der Streitfrage der Anstand wegen Nichtlieferung von Zubehörden zu der verkauften Maschine hat, braucht nach dem Gesagten derzeit vom Bundesgericht nicht geprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheißen, daß das angefochtene Urteil des aargauischen Handelsgerichts vom 6. April 1911 aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.