

im Sinne des Art. 167 gleichzustellen wäre. Allein abgesehen davon, dass auch eine Neuerung den Beklagten nicht legitimieren würde, sich auf Art. 167 zu berufen, ist eine solche gemäss Art. 116 Abs OR nicht zu vermuten. Aus dem Briefe Friedmanns an den Beklagten vom 13. September 1928 geht eindeutig hervor, dass der Schuldner keine neue Forderung begründen, sondern nur die alte Schuld anerkennen wollte. Auch die Tatsache, dass Warmund anlässlich dieser Abtretung oder Anweisung auf die Rechnungen den Vermerk setzte: « Betrag erhalten durch Abtretung an Eisenberg » spricht durchaus nicht für eine Novation. In Wirklichkeit stellt dieser Vermerk gar keine echte Quittung, d. h. eine Bescheinigung der Erfüllung einer Verbindlichkeit dar, sondern lediglich eine Bescheinigung des ursprünglichen Gläubigers, dass der Schuldner ihm gegenüber entlassen sei, ohne jede Änderung am Bestand der ursprünglichen Forderung.

Welcher der Parteien nun das Recht auf die deponierte Summe — mit Abzug der 57 Fr. 80 Cts. zustehe, muss sich, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, nach dem Datum des Rechtserwerbes gegenüber Warmund entscheiden, und die Klägerin hat demnach das ältere Recht und den Vorrang.

3. — Der Beklagte und Berufungskläger hat behauptet, bei der hier vertretenen Auffassung laufe Friedmann Gefahr, zweimal zahlen zu müssen, nämlich einmal an die Klägerin auf Grund der zeitlich vorangehenden Zession und ausserdem an den Beklagten gestützt auf das von ihm gutgläubig abgegebene Zahlungsverprechen. Damit will der Beklagte die Ansicht des Obergerichtes widerlegen, er werde sich endgültig an Warmund halten müssen, der ihn betrogen habe. Es kann ihm jedoch nicht beigespflichtet werden und er wird sich in der Tat nur an Warmund halten können, denn es steht nunmehr fest — ob prozessual rechtskräftig auch gegenüber Friedmann, kann dahingestellt bleiben — dass er am 13. September kein selbständiges Schuldversprechen abgegeben, sondern lediglich

die alte Schuld gegenüber dem Beklagten als bestehend anerkannt hat, deren Zuständigkeit dann nachträglich durch die Klägerin streitig gemacht worden ist. Von dieser alten Schuld ist Friedmann gemäss Art. 168 OR durch die Hinterlegung befreit worden, und die Befreiung ist endgültig, weil im vorliegenden Prozess die Feststellungsklage der Klägerin und ebenso ihr Begehren um Herausgabe der hinterlegten 6748 Fr. geschützt werden muss.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 2. Mai 1930 wird bestätigt.

**64. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 4 novembre 1930
dans la cause James Widmer-Feller contre Vuille.**

Constitue un jugement au fond rendu en dernière instance cantonale, le jugement qui n'est pas susceptible d'un recours ordinaire, mais seulement d'un pourvoi en cassation (consid. 1). L'infraction à une loi de police cantonale constitue un acte objectivement illicite au sens de l'art. 41 CO (consid. 2).

Commet un acte illicite celui qui consent à traiter un malade alors qu'il doit se rendre compte qu'il ne possède pas les connaissances nécessaires.

Se rend coupable d'imprudence celui qui, connaissant la maladie grave dont il est atteint, se confie aux soins d'une personne qu'il sait dépourvue de tout diplôme médical (consid. 2).

A. — Dame Rosa Widmer-Feller tient à Neuchâtel depuis 1924 une pension pour malades. Elle les soigne par toute sorte de moyens empiriques tels que maillots, bains, vésicatoires, emplâtres, sels physiologiques, poudres d'herbages, vin dans lequel ont infusé certaines herbes. Dame Widmer ne possède aucun diplôme médical quelconque. Le 29 janvier 1929, elle a été condamnée par le Tribunal de police de Neuchâtel à une amende de 300 fr. pour exercice illégal de la médecine.

S'étant porté partie civile, Emile Vuille a obtenu du même tribunal, par jugement du 18 septembre 1930, une indemnité de 5000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 23 janvier 1929, en réparation du dommage que lui a causé un séjour de plus de cinq mois dans la pension Widmer.

Le tribunal considère que le traitement appliqué par la défenderesse au demandeur a gravement empiré l'état de sa santé (il était atteint d'une ostéite d'origine tuberculeuse) et lui a causé un dommage considérable en l'obligeant à suivre un traitement long et coûteux. La défenderesse a commis un acte illicite, mais le demandeur a consenti à créer le dommage qu'il subit, en sorte que les fautes des deux parties apparaissent comme sensiblement égales.

B. — La défenderesse a recouru contre ce jugement au Tribunal fédéral. Elle demande le rejet des conclusions civiles.

L'intimé conclut à la confirmation du prononcé attaqué.

Extrait des motifs :

1. — Le recours est recevable, car le jugement du Tribunal de police de Neuchâtel, en tant qu'il porte sur les conclusions civiles du demandeur, ne peut pas faire l'objet, d'après le droit cantonal (art. 172 cpp), d'un recours ordinaire, assimilable au recours en réforme, mais seulement d'un pourvoi en cassation. On est donc bien en présence d'un jugement au fond rendu en dernière instance cantonale, art. 58 OJF.

2. — La défenderesse reconnaît avoir commis un acte illégal, mais prétend qu'il n'est pas illicite, au sens de l'art. 41 CO. Cette thèse doit être rejetée.

Le Tribunal fédéral a déjà jugé (RO 31 II p. 627, c. 3) que l'infraction à une loi de police édictée pour protéger la santé des personnes, et c'est le cas de la loi neuchâteloise sur l'exercice des professions médicales, implique, en règle générale, un acte illicite à l'égard de celui qui, par suite de cette infraction, est atteint dans sa santé. La

doctrine partage cette manière de voir (OSER, 2^e éd. p. 280, notes 10 et sv. sur art. 41 CO; VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 326 ch. II). L'art. 41 renferme une règle générale qui trouve son complément dans les divers principes établis par le droit écrit et non écrit. Du moment donc que le juge pénal a déclaré d'une façon qui lie le Tribunal fédéral (v. TUHR, op. cit. p. 346, ch. II) que la recourante avait enfreint la loi cantonale dont le but est de protéger la santé des individus, et partant aussi celle de l'intimé, il est acquis au débat que Dame Widmer a commis un acte objectivement illicite qui l'oblige à dédommager Vuille, si une faute lui est imputable et si, entre l'acte illicite et le préjudice, il existe un lien adéquat de causalité.

La recourante conteste avoir commis une faute, en alléguant qu'elle était au bénéfice d'une autorisation tacite de la part de l'autorité, que le traitement appliqué était susceptible de donner de bons résultats et que l'inefficacité de ce traitement ne saurait lui être imputée à faute.

Ces allégations ne sont pas fondées.

Le médecin cantonal, loin d'avoir autorisé la recourante à exercer son activité, lui a recommandé expressément, dans sa lettre du 15 juillet 1926, de prendre l'avis d'un médecin avant de « soumettre » ses pensionnaires « à un traitement médical », la loi n'autorisant pas les personnes qui ne possèdent aucun diplôme agréé par l'Etat « à soigner les malades ». La recourante devait donc se borner à accueillir les malades dans sa pension et à les soigner suivant les prescriptions médicales. Elle n'avait pas le droit d'appliquer à l'intimé le traitement qu'elle estimait propre à le guérir, mais aurait dû consulter un médecin sur le cas et la méthode curative. En ne le faisant pas, elle a commis une faute qui engage sa responsabilité. Elle a aggravé cette faute en continuant à appliquer au malade des traitements variés que n'indiquait aucun diagnostic, et cela bien que l'état de l'intimé ne s'améliorât en aucune façon. Si elle avait prêté l'attention voulue, elle n'aurait

pas manqué de s'apercevoir de l'inefficacité de ses méthodes. Ce défaut d'attention doit également être retenu à sa charge. L'insuccès de son entreprise, qu'elle est coupable de n'avoir pas constaté, aurait dû tout au moins l'engager à recourir après coup à un médecin, sinon à inviter l'intimé à se faire soigner dans une clinique autorisée par l'Etat. En ne prenant aucune des mesures commandées par les circonstances, elle a fait preuve de négligence, car elle aurait dû se rendre compte qu'elle ne possédait pas les connaissances nécessaires pour traiter ce malade et elle aurait pu et dû prévoir le résultat négatif de ses moyens prétendument curatifs (cf. VON TUHR, op. cit. p. 341 et sv. ch. II). La recourante est enfin coupable d'avoir, dans un entretien avec l'intimé, confirmé celui-ci dans l'idée qu'elle pourrait le guérir.

Quant au lien de causalité entre les actes et omissions illicites de la recourante et l'aggravation de la maladie de l'intimé, il est constaté par le juge neuchâtelois de manière à lier le Tribunal fédéral. Le jugement attaqué est net à cet égard. « Il est certain, dit-il, que le traitement qui a été appliqué à Vuille à la pension de l'Evoles a gravement empiré l'état de sa santé et lui a, de ce fait, causé un gros dommage en le privant pendant longtemps de la possibilité de travailler et en l'obligeant à un traitement long et coûteux. » Cette constatation n'est pas contredite par les pièces du dossier. Elle s'appuie au contraire sur les déclarations des médecins qui ont examiné l'intimé avant et après son séjour à la pension de la recourante. Le Dr Grosjean, en particulier, qui avait radiographié le pied de Vuille au mois de février 1928 et qui l'a examiné de nouveau au mois d'août, estime que le traitement appliqué par Dame Widmer a été « inefficace, souvent même allant à fin contraire », et il ajoute que la recourante, « ne connaissant rien à la médecine ni à la tuberculose en particulier, a laissé s'aggraver le cas sans s'en apercevoir ». Elle a donc causé cette aggravation et ne peut, comme on vient de l'exposer, se retrancher derrière son ignorance,

puisqu'elle aurait dû se rendre compte de son incapacité.

On ne saurait cependant mettre tout le dommage à la charge de la recourante. Si, contrairement à ce que le tribunal de police a admis, on ne peut dire que l'intimé ait consenti à la lésion — il s'est rendu dans la pension de la recourante dans l'espoir de guérir — on doit néanmoins lui imputer un acte de grave imprudence. Connaissant le mal dont il était atteint et sachant que la recourante ne possédait aucun diplôme médical quelconque, il est coupable de s'être confié aveuglement à ses soins — et ce fait, dont il est responsable, a contribué à créer le dommage (art. 44 CO) — au lieu de suivre les conseils du médecin qu'il avait consulté. Cette faute concurrente est au moins aussi grave que celle de la recourante. La répartition des responsabilités opérée par le Tribunal de police peut donc être maintenue ...

65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. November 1930 i. S. Walliser Kantonalbank gegen Michlig & Konsorten.

Auslegung einer Sicherheitsleistungserklärung, für die Geschäftsführung eines provisorisch angestellten Bankagenten solidarisch jegliche Verantwortung übernehmen zu wollen und bereit zu sein, die von der Bank verlangten Garantien zu Gunsten des betreffenden Agenten zu leisten. (Erw. 1.)
Abgrenzung des Garantievertrages gemäss Art. 111 OR von der Bürgschaft. (Erw. 2 und 3.)
Auslegung von Art. 493 OR betr. Angabe des Haftungsbetrages bei der Verbürgung. (Erw. 4.)

A. — Oscar Walpen war während vierzehn Jahren Leiter der Kreisagentur Brig der Walliser Kantonalbank. Infolge starker anderweitiger Inanspruchnahme überliess er jedoch die Besorgung der Bankgeschäfte in der Hauptsache seinem Angestellten Adolf Eister. Im Frühjahr 1925 wurde er zum Staatsrat des Kantons Wallis gewählt, was ihn zwang, sein Amt eines Bankagenturleiters auf Ende April 1925 niederzulegen. Hierbei empfahl er der