

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Mai 1915

i. S. Wertenschlag, Beklagter, gegen Barlet, Kläger.

Oertliche Rechtsanwendung. Kriterien (Erw. 2). Kognition des Bundesgerichts (Erw. 2, 4 b und 5). — Auftrag, Stellvertretung und Ermächtigung. Nachträgliche Genehmigung der Stellvertretung, Art. 38 Abs. 1 OR (Erw. 3 und 4).

A. — Durch Urteil vom 26. Januar 1915 hat die II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern über das Klagebegehren :

« Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger 2546 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 13. Februar 1912 zu bezahlen, » erkannt :

« Dem Kläger ist sein Klagsbegehren im vollen Umfange zugesprochen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Aufhebung und auf Abweisung der Klage.

C. — Der Kläger hat in seiner Antwort beantragt :

1. Es sei auf die Berufung (wegen Anwendbarkeit englischen Rechtes) nicht einzutreten ;

2. Eventuell : Es sei in Bestätigung der Urteiles der Vorinstanz das Klagebegehren zuzusprechen.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Im Januar 1912 erkrankte Suzanne R... in London an Blinddarmentzündung. Der Beklagte war mit ihr in engeren Beziehungen gestanden, indem er sie gegenüber seinen Freunden Joe Rolando und Pierre Gandillon (nach deren Aussage) als Verlobte bezeichnete, im Prozesse dagegen von ihr als seiner Maitresse spricht. Spätestens am 13. Januar 1912 teilte Rolando dem Beklagten telegraphisch mit, Suzanne R... sei unwohl. Rolando und Gandillon haben als Zeugen erklärt, sie

hätten dem Beklagten Natur und Schwere der Erkrankung sowie die Notwendigkeit der Vornahme einer Operation mitgeteilt, worauf er sie angewiesen habe, sofort das Nötige zur Rettung der Patientin zu veranlassen, er stehe dafür gut. Die Vorinstanz hat indessen auf diese Zeugnisse nicht abgestellt, weil Rolando und Gandillon am Ausgang des Prozesses interessiert seien.

Suzanne R... wurde auf Anweisung Rolandos vom Kläger in Behandlung genommen und auf dessen Veranlassung schon am 14. Januar 1912 vom Chirurgen Dr. Clayton Greene operiert ; sie blieb sodann bis am 9. Februar 1912 in der Privatklinik des Dr. Roberts. Am 15. Januar 1912 hatte der Beklagte an Rolando telegraphiert : « Que devient Suze », ferner am nämlichen Abend, offenbar auf die Aufforderung, nach London zu kommen : « Suis affolé, impossibilité venir, consultez vite professeur, télégraphiez-moi », sodann am 16. Januar : « Maman très malade, deux vies en mains, réponse état Suzanne, viendrai dans 3 jours », endlich am 17. Januar 1912 : « Rassurez Suze, suis près d'elle, faites l'impossible pour la sauver ». Aus einem Briefe des Beklagten an Rolando vom 22. Januar 1912 ist hervorzuheben : « Il est évident que je ferai l'impossible pour subvenir aux dépenses de Suze, mais elle aussi bien que moi connaît ma situation. Sans compter les notes du chirurgien et docteur, je dois actuellement à Genève fr.... Mais tranquillise-toi, je t'enlève toute la responsabilité ... En ce qui concerne le professeur, dis-lui de patienter, car d'ici quelques jours tout s'arrangera. Donc laissez Suze aux soins du chirurgien jusqu'à son complet rétablissement.... Je n'ai pas encore écrit au chirurgien, en attendant dis-lui de bien soigner cette enfant. S'il faut une garantie auprès du chirurgien, je vous enverrai Sauwyer, mais surtout ne délaissez pas ma Suzanne adorée. P. S. Tranquillisez le chirurgien, car il ne perdra rien. »

Für die Behandlung der Suzanne R... sandte der Kläger

dem Beklagten Rechnung im Betrage von £ 100 sh 16. Dieser Betrag setzt sich aus folgenden Einzelansätzen zusammen :

Chirurgien.	52.10 £
Soins de médecin	24. 3 »
Maison de santé (4 semaines) .	21. 0 »
Chloroformiste	3. 3 »
	<hr/>
	100.16 £

Als die Bezahlung nicht erfolgte, erhob Dr. Barlet die vorliegende Klage, die von der Vorinstanz in vollem Umfange geschützt wurde.

2. — Es fragt sich in erster Linie, ob die Sache nach englischem oder nach schweizerischem Recht zu beurteilen sei. Die Vorinstanz spricht sich darüber nicht bestimmt aus ; sie hat tatsächlich schweizerisches Recht angewendet, die Frage aber offen gelassen, ob es als einheimisches oder als präsumptives englisches Recht anwendbar sei.

Dass die Parteien bei Begründung des Rechtsverhältnisses schweizerisches Recht deshalb im Auge gehabt haben müssen, weil sie sich im Prozess darauf berufen haben, lässt sich hier nicht sagen. Denn die Art, wie der Kläger in den Prozessschriften von der Rechtsanwendung spricht, gestattet diese Annahme nicht : er war über das anwendbare Recht im Zweifel und berief sich daher auf das schweizerische und das englische, während der Beklagte offenbar sein eigenes Recht, das schweizerische, als massgebend betrachtete. Ein bestimmter Parteiwille ist somit hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes nicht zu ermitteln ; jedenfalls rechtfertigt sich die Anwendung ausländischen Rechtes kraft des präsumptiven Parteiwillens und auch kraft der Eigenart des auszuliegenden Rechtsgeschäfts (Genehmigung der Vertretung) nicht. Bei dieser Sachlage ist auf das inländische Recht als *lex fori*, als Recht des urteilenden Gerichtes, abzustellen (vergl. auch BGE 40 II S. 485). Die Berufung ist

also zulässig und der Streit nach schweizerischem Obligationenrecht zu beurteilen.

3. — In der Sache selber ist zu prüfen, ob ein Rechtsgrund bestehe, demzufolge der Beklagte für die -- vom Kläger bezahlten -- Kosten der Operation der Suzanne R... und ihres Klinikaufenthaltes, sowie für die eigenen Leistungen des Klägers als behandelnden Arztes aufzukommen habe.

Die Vorinstanz hat dabei die Bestimmungen über den Auftrag und über die Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen. Aber auch wenn der Beklagte dem Rolando den Auftrag erteilt hätte, die Suzanne R... ärztlich behandeln und operieren zu lassen, so stünde dem Kläger als Unterbeauftragten ein Klagerecht gegen den Beklagten nicht zu. Artikel 399 OR gibt wohl dem Auftraggeber eine direkte Klage gegen den Unterbeauftragten, nicht aber diesem eine solche gegenüber dem Oberauftraggeber. Gleich würde es sich verhalten, wenn Rolando als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt hätte : eine nachträgliche Genehmigung dieser Geschäftsbesorgung durch den Beklagten als Geschäftsherrn würde dem Kläger noch kein Recht gegenüber dem Beklagten geben, weil der Kläger ein Dritter ist und ausserhalb des Obligationen-nexus steht. Die Vorinstanz beruft sich ferner auf die neue Bestimmung in Art. 396 Abs. 2 OR, wonach in dem Auftrage auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten ist, die zu seiner Ausführung gehören. Sie übersieht aber, dass unter Ermächtigung nicht notwendig Ermächtigung zur Handlung im Namen des Ermächtigenden, also Vollmacht zu direkter Vertretung, zu verstehen ist ; Ermächtigung kann auch Erteilung der Machtvollkommenheit zur indirekten Vertretung, also hier zur Beanspruchung der Dienste des Klägers durch Rolando in eigenem Namen, bedeuten. Die Streitfragen stellen sich richtigerweise wie folgt : War Rolando vom Beklagten bevollmächtigt, den Kläger beizuziehen ? Hat er als direkter Stellvertreter

des Beklagten, in dessen Namen, den Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen? Eventuell ist die fehlende Vollmacht durch nachträgliche Genehmigung der Stellvertretung durch den Beklagten ersetzt worden? Diese drei Fragen sind auf Grund der Art. 32 ff. OR zu lösen.

4. — a) Aus den Ausführungen der Vorinstanz ergibt sich, dass eine Vollmacht des Beklagten an Rolando, in seinem, des Beklagten, Namen mit dem Kläger einen Vertrag über ärztliche Behandlung der Suzanne R... abzuschliessen, nicht bewiesen ist. Die Vorinstanz hat die Aussagen des Rolando und des Gandillon, wonach der Beklagte eine solche Vollmacht tatsächlich erteilt hätte, nicht als genügend beweiskräftig angesehen. Diese Beweismwürdigung ist bundesrechtlich nicht anfechtbar und daher für das Bundesgericht verbindlich. Die eingelegten Urkunden (Telegramme und Briefe) weisen aber nur auf Aeusserungen des Beklagten hin, die nach Vornahme der Operation — der Hauptleistung, für welche der Kläger die Gegenleistung verlangt — erfolgt sind.

b) Die Vorinstanz nimmt als feststehend an, dass Rolando gegenüber dem Kläger im Namen des Beklagten aufgetreten sei, also als dessen direkter Stellvertreter den Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen habe. Diese Feststellung ist schon aus dem Grunde für das Bundesgericht verbindlich, weil für diesen Rechtsvorgang englisches Recht zur Anwendung kommt.

c) Fehlt es an einer Vollmacht des Beklagten an Rolando, so liegt dagegen eine nachträgliche Genehmigung der Stellvertretung und damit des Vertrages mit Dr. Barlet durch den Beklagten vor: die Aeusserung des Willens seitens des ohne Vollmacht Vertretenen, die Handlung des Vertreters so gelten zu lassen, wie wenn die Vollmacht zum voraus erteilt worden wäre. Der Genehmigungswille des Beklagten geht aus den Telegrammen und Briefen, die er nach erfolgter Operation an Rolando gerichtet hat und die, soweit wesentlich, in Erwägung 1 hievor wiedergegeben sind, unzweideutig her-

vor; insbesondere kann die Bitte des Beklagten an Rolando, dem Kläger zu sagen, er möge sich gedulden, in einigen Tagen werde alles geregelt werden, er werde nichts verlieren, schlechterdings nicht anders gedeutet werden denn als Ratifikation des Vorgehens des Rolando, als Genehmigung der Stellvertretung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 OR und als Uebernahme der Verpflichtungen aus dem von Rolando mit dem Kläger abgeschlossenen Verträge. Die Genehmigung kann sich an den Vertreter, wie an den Dritten richten; die Aeusserungen des Beklagten gegenüber Rolando genügen also; einer weiteren Mitteilung an den Kläger bedurfte es zur Gültigkeit der Genehmigung nicht. (Vergl. OSER, Komm. Anm. III 2 ad Art. 38.)

5. — Mithin muss der Beklagte für die Rechnung des Klägers aufkommen, soweit sie in Bezug auf die Höhe gerechtfertigt ist. Die Vorinstanz hat sie in quantitativer Hinsicht nicht beanstandet; sie führt aus, dass laut der von ihr angeordneten Expertise und den Zeugenaussagen weder das vom Chirurgen noch das vom Kläger verlangte Honorar für Londoner Verhältnisse übersetzt und die Ansätze auch im übrigen angemessene seien. Es handelt sich hier um eine dem englischen Recht unterstehende Präjudizialfrage, die sich der Kognition des Bundesgerichts entzieht. Folglich ist das Urteil der Vorinstanz im Dispositiv zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 26. Januar 1915 bestätigt.