

nach Art. 50 Jahrlässigkeit genügt, um zum Schadenersatz zu verpflichten, so schließt das nicht aus, daß der Anspruch ein Deliktanspruch sei. Zu diesen Erwägungen über die rechtliche Natur des Anspruches gesellt sich die weitere über das Solidarverhältnis, die schon von der Vorinstanz eingehend gewürdigt worden ist. Es sei dem von der Vorinstanz ausgeführten nur beigelegt, daß auch das französische Gesetz über die Gesellschaften vom 24. Juli 1867, das dem Aktienrecht des Obligationenrechts ebenso sehr zum Vorbild diene, wie die deutsche Aktiennovelle, in Art. 42 die solidarische Haftbarkeit der Gründer vorsieht. Einzig diese entspricht denn auch der Natur dieser Haftung, da eine Teilung der einheitlichen Tat der mehreren Täter nicht wohl denkbar ist. Aus dem Stillschweigen bezüglich der Solidarität in Art. 671 entgegen Art. 673 und 674, ist daher mit der Vorinstanz darauf zu schließen, daß das Gesetz ohne weiteres auf Art. 671 Art. 60 angewendet wissen will, und das erklärt sich wiederum nur daraus, daß es die Haftung aus Art. 671 als Haftung aus unerlaubter Handlung betrachtet. Aus Art. 675 endlich läßt sich nicht etwa ein Argument gegen die Deliktatur des fraglichen Anspruches herleiten. Die dort normierte ausdrückliche Zustimmung des geschädigten Aktionärs zum Dechargebeschluß der Aktiengesellschaft ist nichts anderes als ein Fall von ausdrücklichem Verzicht auf den Schadenersatzanspruch; es wird damit nur der Anspruch des Aktionärs abhängig gemacht von der Forteristenz des Anspruches der Gesellschaft, der ja auch der Schaden primär entstanden ist. Das schließt aber die Deliktatur des Anspruches nicht aus, da ja auch der Anspruch der Gesellschaft gegen den Gründer deliktischen Charakter hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen, und es ist damit das Urteil der ersten Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1905 in allen Teilen bestätigt.

39. Urteil vom 5. Mai 1906
in Sachen **Sollberger**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Rössinger, Kl. u. Ber.-Bekl.

Form der Berufung: Angabe, inwieweit das Urteil angefochten wird, Art. 67 Abs. 2 OG. — **Zulässigkeit:** Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts. Bedeutung des Handelsgebrauchs gegenüber dem OR. — **Kauf; Abschluss?** Spezialvollmacht dazu. Genehmigung, Art. 47 OR; Art. 1 eod.

A. Durch Urteil vom 25. Januar 1906 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau über die Rechtsbegehren

der Klage: „Es sei der Beklagte schuldig und zu verurteilen, seine Bestellung an den Kläger vom 5. Mai 1905 zu halten und demgemäß sei er pflichtig, die Sendung vom 11. August gemäß den dahерigen Fakturen aus dem Lagerhaus in Zofingen in Empfang zu nehmen und den dahерigen Betrag mit 1430 Fr. 30 Cts. eventuell d. h. bei Rückgabe des Fasses „S K C Nr. 3951 mit 1415 Fr. 40 Cts. auf 15. November 1905 samt Zins à 5% seit dort mit Zugug der Lagerpfesen zu bezahlen“;

der Antwort: „Die Klage sei abzuweisen“,
erkannt:

Der Beklagte wird schuldig erklärt, seine Bestellung an den Kläger vom 5. Mai 1905 folgenden Inhalts: „Circa 2000 Liter Cognac Teilliard 46/7° à 145 Fr. die 100 Liter, franco Bahnhof Zofingen in rundem Faß von 60—65 Liter inbegriffen, zahlbar in 90 Tagen netto und lieferbar bis 6. Mai 1906 auf successiven Abruf; die erste Lieferung von 12 Faß von 60—65 Liter und ein Faß von 300—350 Liter Cognac courant 42° à 100 Fr. die 100 Liter ohne Faß, ab Genf lieferbar in der Zeit vom 10. bis 15. August 1905“ zu halten und demgemäß die Sendung vom 11. August gemäß den dahерigen Fakturen in Klagebeilagen 3 und 4 aus dem Lagerhaus in Zofingen in Empfang zu nehmen und den bezüglichen Betrag von 1430 Fr. 30 Cts., eventuell d. h. bei Rückgabe des Fasses S K C Nr. 3951 mit 1415 Fr.

40 Cts. auf 15. November 1905 samt Zins à 5 % seit dort mit Zugang der Lagerkosten zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. Der Kläger und Berufungsbeklagte hat in seiner Antwort beantragt: Es sei auf die gegnerische Berufung nicht einzutreten, eventuell sei dieselbe abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Prozesse liegt im wesentlichen folgender Tatbestand zu Grunde:

Der Kläger offerierte dem Beklagten am 5. April 1905 schriftlich Cognac und erneuerte diese Offerte mit Brief vom 1. Mai, indem er dem Beklagten schrieb: wie ihm sein Reisender, der den Beklagten inzwischen besucht habe, mitteile, wünsche der Beklagte folgende Muster zu erhalten:

I. Cognac bon courant 46/7⁰ à 145 Fr. per 100 Liter,

II. Cognac Teilliard 47/8⁰ à 150 Fr. per 100 Liter,

bei einem Bezuge je nach Bedarf von 2000—3000 Liter per Jahr; die zwei Muster werde der Beklagte mit gleicher Post erhalten, und es würde den Kläger freuen, wenn der Beklagte seinen Bedarf bei ihm decken wolle. Am 5. Mai besuchte der Reisende des Klägers den Beklagten und traf denselben persönlich, sowie seine beiden Söhne, deren einer, Ernst Sollberger, im Bureau Korrespondenz und Buchhaltung und deren anderer, Robert Sollberger, die Reisen und den Keller besorgt. Nach Beginn der Verhandlungen über die zu machende Bestellung ging der Beklagte hinaus und die Söhne bestellten dann allein zirka 2000 Liter Cognac Teilliard 46/7⁰ zu 145 Fr. per 100 Liter.

Tags darauf schrieb der Kläger dem Beklagten, er bestätige ihm der Ordnung halber den ihm durch den Reisenden übermittelten Auftrag von „zirka 2000 Liter Cognac Teilliard 46/7⁰ à 145 Fr. die 100 Liter franco Bahnhof Zofingen, in rundem Faß von 60—65 Liter inbegriffen, zahlbar in 90 Tagen netto und lieferbar von heute bis 6. Mai 1906 auf Ihre successiven Ab-rufe.“

Er fügte bei, der Reisende teile ihm zugleich mit, daß der Be-

klagte die erste Lieferung von 12 Faß à 60 bis 65 Liter der angegebenen Sorte, sowie außerdem ein Faß von 300—350 Liter „Cognac courant à 100 Fr. per 100 Liter ohne Faß ab Genf am 10./15. August“ zu erhalten wünsche, und es sei bei ihm davon „bestens dankend Notiz genommen“.

Diesen Brief will der Sohn Ernst Sollberger in Empfang genommen und ungelesen in ein Fach geworfen haben; er trägt jedoch von der Hand des Sohnes Sollberger den üblichen Vermerk auf dem Rücken: „1905 Genf 6. Mai Köffinger“.

Am 11. August sandte der Kläger Faktura über „12 Faß netto 772 Liter Cognac Teilliard à 145 Fr. die 100 Liter, Gebinde inbegriffen“, Fr. 1119 40 sowie über „296 Liter Cognac courant à 100 Fr.

die 100 Liter“ „ 296 —
und 1 Faß à 5 Fr. l'h^o“ „ 14 90

Zusammen Fr. 1430 30

Am 12. August ließ der Beklagte dem Kläger durch seinen Sohn Ernst schreiben: „Mitsolgend erhalten Sie Faktura über „fraglichen Cognac retour, indem ich nichts von einer Cognacbestellung weiß, und daher auch keinen annehmen werde. Dies „zur gefl. Notiz. sig. per R. Sollberger-König: E. Sollberger.“ Hierauf erfolgte die vorliegende, vorinstanzlich gutgeheißene Klage.

2. Der Berufungsbeklagte begründet seinen Nichtintretensschluß sowohl damit, daß der Berufungskläger in seiner Berufungserklärung nicht angegeben habe, inwieweit er die Motive des handelsgerichtlichen Urteils anfechte, was doch nach Art. 67 Abs. 2 OG notwendig sei, als auch damit, daß „die vorwürfige Rechtsfrage nicht gestützt auf das im Obligationenrecht zu Grunde „gelegte Handelsgesetz, sondern gestützt auf den unter unsern „Kaufleuten allgemein geltenden Handelsgebrauch“ entschieden worden sei und entschieden werden müsse. Demgegenüber genügt es, darauf hinzuweisen, daß Art. 67 Abs. 2 OG sich selbstverständlich nur auf das Dispositiv und nicht auch auf die Motive des angefochtenen Urteils bezieht, sowie daß der Handelsgebrauch, soweit das Gesetz nicht besonders auf denselben verweist, höchstens als der im Zweifel anzunehmende Parteilille, nicht dagegen als selbständige Rechtsquelle außerhalb des Gesetzes in Betracht

kommt; soweit aber das Gesetz auf den Handelsgebrauch verweist, bedeutet die Verletzung desselben zugleich eine Verletzung des Gesetzes.

3. In der Sache selbst ist der Vorinstanz aus den von ihr angegebenen Gründen sowohl darin beizustimmen, daß die Söhne des Beklagten am 5. Mai 1905 dem Reisenden des Klägers die streitige Bestellung aufgegeben haben, als auch darin, daß dieselben von ihrem Vater nicht generell zu Bestellungen dieser Art bevollmächtigt waren.

Was die von der Vorinstanz nicht erörterte Frage betrifft, ob der Beklagte seine Söhne nicht speziell zum Abschluß des am 5. Mai 1905 vom Reisenden des Klägers proponierten Geschäftes bevollmächtigt habe, so sprechen für Bejahung dieser Frage die folgenden Erwägungen. Wie die Söhne des Beklagten in ihrer mündlichen Einvernahme selber zugegeben haben, war ihr Vater beim Beginn der Besprechung mit dem Reisenden des Klägers anwesend, und wie sich aus der vorhergehenden Korrespondenz über die Muster ergibt, hatte der Beklagte den Kläger zur Stellung einer Offerte eingeladen, indem er ihm die von ihm gewünschte Ware und den in Aussicht genommenen Preis genau fixierte. Der Beklagte wußte also, daß bei der Unterredung mit dem Reisenden eine solche Bestellung, wie er sie in seiner Einladung zur Offerte umschrieben hatte, oder doch eine ähnliche Bestellung (tatsächlich scheint eine kleine Differenz zwischen der am 5. Mai aufgegebenen Bestellung und der Offerte vom 1. Mai zu bestehen) in Frage sei, und der Reisende des Klägers mußte daraus, daß der Beklagte, ohne die von ihm gewünschte Offerte abgelehnt zu haben, während der Verhandlungen wegging, nachdem er noch sein Einverständnis mit der Qualität der Muster erklärt hatte, den Schluß ziehen, der Beklagte habe damit seine Söhne stillschweigend bevollmächtigt, die Verhandlungen zu Ende zu führen. Der Beklagte seinerseits mußte sich dessen bewußt sein, daß der Reisende unter diesen Umständen sein Einverständnis mit dem Geschäft annehmen werde.

4. Wollte aber auch aus obigem Verhalten des Beklagten der Schluß auf die Erteilung einer Spezialvollmacht nicht oder doch nicht bezüglich der ganzen Bestellung gezogen werden (die

Söhne haben nämlich außer den 2000 Liter à 145 Fr. noch 300—350 Liter à 1 Fr. bestellt, von welcher letzterer Sorte in der Korrespondenz nicht die Rede gewesen war), so wäre die Klage dennoch gutzuheißen, und zwar aus dem von der Vorinstanz angeführten Grunde, daß der Beklagte die von seinen Söhnen aufgebene Bestellung nachträglich stillschweigend genehmigt hat. Auch in dieser Beziehung sind die bereits namhaft gemachten Momente (Einladung zur Stellung einer Offerte und anfängliche Gegenwart des Beklagten bei den Unterhandlungen) von Wichtigkeit. Denn dadurch, daß er seine Söhne widerspruchslos über eine von ihm selbst verlangte Offerte des Klägers weiter verhandeln ließ, hat er doch jedenfalls wesentlich dazu beigetragen, im Vertreter des Klägers den Glauben an sein Einverständnis zu erwecken. Er war daher nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr zum allermindesten verpflichtet, auf den Bestätigungsbrief des Klägers vom 6. Mai zu antworten, wenn er mit der Bestellung trotz seinem am 5. Mai beobachteten Verhalten nicht einverstanden war. Vergl. im übrigen Tsay, Willenserklärung S. 23, sowie US 30 II S. 301 f. Erw. 3.

5. Die Berufung des Beklagten auf Art. 47 OR, wonach Stillschweigen auf die Aufforderung, sich über den Geschäftsabchluß eines Unbevollmächtigten auszusprechen, als Nichtgenehmigung gelte, ist unstichhaltig. Denn die angeführte Gesetzesbestimmung betrifft nur solche Fälle, wo gerade aus der Aufforderung zur Abgabe einer Erklärung ersichtlich ist, daß der Gegenkontrahent nicht auf den bloßen Vertragsabchluß mit dem Vertreter hin seine Dispositionen treffen will, so daß er also im Fall der Nichtbeantwortung seiner Anfrage keine Gefahr läuft, während in casu ein gewöhnliches Bestätigungsschreiben vorliegt, aus welchem der Beklagte ersehen mußte, daß der Kläger, außer im Falle ausdrücklicher Ablehnung seitens des Beklagten, den mit dessen Söhnen abgeschlossenen Vertrag im Vertrauen auf die Vollmacht der Söhne erfüllen werde. Abgesehen davon ist es auch sehr fraglich, ob Art. 47 Abs. 2 OR wirklich, wie der Beklagte annimmt, eine ausdrückliche Erklärung verlangt; denn grundsätzlich (vergl. Art. 1 OR) kann jede Willensäußerung sowohl eine ausdrückliche als eine stillschweigende sein.

6. Steht somit fest, daß unter den obwaltenden Umständen das Stillschweigen des Beklagten auf den Bestätigungsbrief des Klägers von diesem im Sinne des Einverständnisses mit der streitigen Bestellung aufgefaßt werden mußte, so bleibt nur noch zu untersuchen, ob die mangelnde Kenntnis des Beklagten von jenem Bestätigungsschreiben der Relevanz seines Stillschweigens entgegenstehe. Da indessen das mehrerwähnte Bestätigungsschreiben unbestrittenermaßen an die Adresse des Beklagten aufgegeben worden war, im Geschäftslokal desselben eingetroffen ist und daselbst vom Sohn und Angestellten des Beklagten in Empfang genommen wurde, so kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, daß er den Inhalt desselben nicht gekannt habe. Denn es ist Sache des Geschäftsinhabers, dafür zu sorgen, daß Geschäftsbriefe, die in seinem Geschäftslokal abgegeben werden, zu seiner eigenen Kenntnis oder doch zur Kenntnis einer Person gelangen, welche zu deren Öffnung sowie zu deren Beantwortung oder Nichtbeantwortung gehörig bevollmächtigt ist. Im vorliegenden Falle ist unbestritten, daß der Sohn Ernst, welcher den Bestätigungsbrief des Klägers in Empfang genommen, gelesen und rubriziert hat, hiezu bevollmächtigt war. Wäre er es aber auch nicht gewesen, so würde, wie bereits angedeutet, schon der Umstand genügen, daß der betreffende Brief im Geschäftslokal des Beklagten abgegeben und von einer der Post gegenüber zur Entgegennahme legitimierten Person in Empfang genommen worden ist. Diese Empfangnahme ist dem Beklagten, wie jede Empfangnahme, als Kenntnisnahme anzurechnen (vergl. Entsch. v. MDXG 23 Nr. 25 S. 75), und zwar kann er auch nicht etwa zum Gegenbeweis zugelassen werden, daß er trotz dem Empfang des Briefes von diesem keine Kenntnis erhalten habe, denn er muß sich sein Verhalten ja nicht aus dem Grunde als Willensäußerung anrechnen lassen, weil daraus auf seinen internen Willen geschlossen würde, sondern deshalb, weil es darauf ankommt, was sich nach der Erfahrung des Verkehrs aus seinem Verhalten als Willensäußerung ergibt, m. a. W. auf was der Gegenkontrahent vernünftigerweise bauen mußte. Daß dies der Standpunkt des schweizerischen Obligationenrechtes ist, ergibt sich deutlich aus dessen Art. 1; eine Diskrepanz zwischen Wille und Willensäußerung wird nur ausnahmsweise, so nament-

lich im Falle des „wesentlichen Irrtums“, und übrigens auch da nur unter gewissen Kautelen (s. Art. 23 OR) berücksichtigt. Ein solcher Ausnahmefall liegt aber hier nicht vor.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Argau vom 25. Januar 1906 bestätigt.

40. Arrêt du 11 mai 1906, dans la cause *Teutonia*, déf. et rec.,
contre *Kaltenrieder*, dem. et int.

Assurance-accident. — Notion de l'accident. Rapport de causalité entre l'accident et la mort; fardeau de la preuve. La probabilité suffit pour établir le rapport de causalité. Constatation de fait. — Avis donné tardivement à l'assureur. — Maladie considérée comme cause concomitante de la mort. — Prétendue négligence grave de l'accusé.

A. — Le 22 août 1896 Gottlieb Kaltenrieder, agriculteur, alors à Chiètres, a conclu un contrat d'assurance contre les accidents auprès de « La Teutonia » à Leipzig; cette société devait, en cas de mort par accident, payer à ses héritiers la somme de 6000 francs.

B. — Le 5 août 1904 Gottlieb Kaltenrieder, qui avait transporté son domicile à Estavayer-le-Lac, était occupé à charger sur son char des sacs de ciment; au cours de cette opération, il fut victime d'un accident et mourut, le lendemain 6 août, vers la fin de l'après-midi. L'arrêt dont est recours expose ainsi cet événement: « Il n'est pas douteux que la cause de la mort de Kaltenrieder provient du choc qu'il reçut en chargeant les sacs de ciment, le 5 août 1904. Il est établi, en effet, qu'à un moment donné, occupé à porter des sacs de ciment de 50 kg., du magasin Gattoni à son char, Kaltenrieder laissa échapper un sac qui lui tomba contre le ventre; que, immédiatement, il se plaignait de douleurs au ventre, dut s'asseoir et cesser son travail; et qu'enfin ayant