

praxis des Bundesgerichts nach altem Recht zu beurteilen, wie es schon die Vorinstanz getan hat. Auch hier hat das Bundesgericht die — keineswegs aktenwidrigen — tatsächlichen Feststellungen und tatsächlichen Schlüsse der Vorinstanz zu Grunde zu legen. Danach unterliegt keinem Zweifel, dass der eigentliche Geschäftsinhaber der Firma « Küenzi & Cie », die Seele des Geschäftes, nämlich Uhlmann, sich lediglich deshalb mit einem « Küenzi » assoziiert hat, um unter der Flagge « Küenzi » den seit Jahrzehnten begründeten guten Ruf der Fabrikate der klägerischen Firma auszubeuten. Es kommt natürlich im Prozess auf die jetzige Zusammensetzung der Gesellschaft Küenzi & Cie an, nicht auf die Zusammensetzung der ersten Firma; zu Unrecht stellt die Beklagte auf diese erste Firma oder Gesellschaft ab, und damit fallen auch schon die heute zur Begründung der Berufung hauptsächlich vorgetragenen Argumente dahin. Im Zusammenhang mit der Verschiebung eines Strohmannes steht die Anbringung der Bezeichnung « Bern » auf den Fabrikaten der Beklagten und ferner die Preisunterbietung. Erstere ist unerlaubt. Letztere ist zwar an sich erlaubt; ja die Preisunterbietung ist ein notwendiges Mittel im Konkurrenzkampf; sie kann aber in Verbindung mit anderen Umständen ein Indiz für einen unlauteren Wettbewerb bilden. Endlich reiht sich hier an der Gebrauch einer Marke, die zum mindesten mit der Aufschrift « KUENZ
& CO
BERN » täuschend und irreführend ist, mag sich auch im übrigen die Marke vielleicht von derjenigen des Klägers genügend unterscheiden. Alle Voraussetzungen eines Eingriffs in Rechte des Klägers liegen also vor: tatsächliche Verwechslungen, besonderer Ruf der klägerischen Fabrikate, Ausbeutung dieses Rufes und zwar durch täuschende Mittel. Dem Kläger ist ein Individualrecht nicht nur an seiner Firma und an seinem Namen Küenzi zuzusprechen, sondern infolge der besonderen Umstände auch ein solches auf die Bezeichnung

« Küenzifabrikate ». Der Verkehr versteht unter diesen etwas ganz bestimmtes, individuelles, nicht beliebiges Fabrikat von einem beliebigen Küenzi. Ein Monopol gegen einen sitten- oder rechtsgemässen Wettbewerb aber, das natürlich nicht anzuerkennen wäre, wird für den Kläger dadurch nicht geschaffen. Die Klage ist somit auch unter diesem Gesichtspunkt begründet. Vergl. BGE 23 II 1755 ff., 37 II 376 f., sowie KOHLER, Der unlaut. Wettbewerb S. 108 f., 113 f., 279.

5. — Was endlich die Höhe des Schadens betrifft, so hat die Vorinstanz « nach freiem Ermessen in Würdigung der ganzen Sachlage » die dem Kläger gebührende Entschädigung auf 500 Fr. festgesetzt. Dieser Betrag, den der Kläger nicht anfecht, ist nicht übersetzt und es besteht kein Grund, davon abzugehen. . . .

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 27. November 1913 bestätigt.

26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. März 1914 i. S.
Asbi & Cie, Beklagte, gegen Danneberg & Quandt, Kläger.

Zustandekommen eines Vertrages durch Nichtbeantwortung eines Bestätigungsschreibens (Erw. 2). Voraussetzungen und Form des Rücktritts vom Verträge bei Erfüllungsverweigerung seitens des Gegenkontrahenten (Erw. 3). Berechnung des Erfüllungsinteresses bei berechtigtem Rücktritt von einem Verträge, mit dessen Ausführung bereits begonnen worden war. Berücksichtigung der beim Vertragsabschluss entstandenen Kosten (Erw. 4).

A. — Die Beklagte, die ihren Geschäftssitz im Kanton Luzern hat, beabsichtigte im Herbst 1908, verschiedene für den Betrieb ihres Geschäftes bestimmte Anlagen

erstellen zu lassen, und zwar durch die in Berlin domizillierte Klägerin. In Frage standen eine Holzrocknungs-, eine Leimwärm-, eine Luftheizungs- und eine Späne-transportanlage. Hievon hätte die Beklagte, nach der Darstellung der Klägerin, anlässlich eines Besuches ihres Teilhabers Hermann Aebi in Mannheim vom 6. November 1908 dem dortigen Vertreter der Klägerin, Ingenieur Volker, zunächst mündlich die Holzrocknungsanlage mit Niederdruckdampfkessel zum Preise von Mk. 6050. — bestellt; dagegen sollen die übrigen Anlagen am 12. November, anlässlich eines Besuches des Ingenieurs Volker in Luzern, bestellt worden sein, und zwar ebenfalls mündlich. Am 16. November « verdankte » die Klägerin der Beklagten schriftlich den « uns durch Herrn Volker gefl. erteilten Auftrag », den sie « in Notiz genommen » habe. Die Vertragsbedingungen resümierte sie, wie folgt :

Lieferung der Materialien: in ca. 5—8 Wochen.

Gesamtpreis: Mk. 18,300. —.

Zahlungsbedingungen: Mk. 1800. — nach Anlieferung in bar.

Auf dieses Bestätigungsschreiben antwortete die Beklagte zunächst überhaupt nicht. Dagegen fügte sie einer an Ingenieur Volker gerichteten Zuschrift vom 19. November, die sich auf verschiedene technische Details bezog, folgende Bemerkung bei :

« Wir haben heute Ihre gemachte Offerte durchgesehen » und finden, dass z. B. bei der Wärmeplattenanlage die » uns von Ihnen eingeräumte Preisermässigung von 7,5 % » nicht stattgefunden hat. Wir nehmen an, dass dies nur » ein Versehen von der Zentrale ist und ersuchen Sie, » die Sache nochmals nachzurechnen und uns den bez. » Betrag gutzuschreiben. »

Hierauf erhielt die Beklagte von Volker folgende, vom 21. November datierte Antwort :

« Was den Schlusssatz Ihres Wertes anbetrifft, so be- » merken wir ergebenst, dass die in unserer Liste N° 36

» früher eingesetzten Preise, über Leimwärmapparate, » etc., einen Nachlass nicht mehr gestatten. Dass wir » die Preise in Ihrem Kostenanschlag sehr niedrig ein- » gesetzt haben, ersehen Sie beispielsweise aus anliegen- » der Liste, über unsere Späneexhaustoren, Type M. E. » Sp. Es ist gänzlich ausgeschlossen, dass wir nachträg- » lich noch irgendwelchen Nachlass auf unsern Kosten- » anschlagspreisen gewähren können. »

Am 25. November schrieb die Beklagte der Klägerin am Schluss einer Postkarte, mit welcher sie einen « Kontrollapparat » bestellte: « Beantwortung Ihres letzten Briefes erfolgt nächstens. »

Am 28. November schrieb die Beklagte der Klägerin sodann folgendes :

« Wir teilen Ihnen mit, dass infolge der eingetretenen » kalten Witterung diesen Winter mit den Bauten für die » Anlagen nicht mehr begonnen werden kann. Wir wer- » den daher, um rationeller arbeiten zu können, mit den » Bauarbeiten im März oder April n. J. beginnen und » wollen Sie daher besorgt sein, dass sämtliche Mate- » rialien für alle Anlagen im Juli oder August abgerufen » werden können. Wir nehmen an, dass Ihnen diese » lange Lieferungsfrist nur angenehm sein kann.

» Ferner ersuchen wir Sie um die schriftliche Bestäti- » gung der mündlichen Abmachung mit Ihrem Herrn » Volker, dass auf allen Materialien der offerierten An- » lagen laut den Katalogpreisen 7 % eingeräumt wor- » den sei. »

In der Folge korrespondierten die Parteien noch wei- ter über die Rabattfrage, bis die Klägerin der Beklagten am 28. Dezember schrieb :

« Wir bestätigen den rechtzeitigen Eingang Ihrer gefl. » Zuschrift vom 18. d. Mts. und ersehen daraus, dass » Sie unbedingt noch einen Nachlass auf unsern Kosten- » anschlagspreisen erzielen wollen. Wir haben mit un- » serem Stammhause diesbezüglich nochmals Rücksprache » genommen, und wollen wir Ihnen, entgegenkommen-

» der Weise, auch auf die Preise der Leimwärmapparate
 » einen Rabatt von 7,5 % nachträglich noch einräumen;
 » mehr zu tun ist uns unmöglich. »

Unterdessen hatte die Klägerin mit der Ausführung der in Betracht kommenden Anlagen begonnen. Die Beklagte suchte jedoch deren Abnahme möglichst hinauszuschieben. Am 29. Mai 1909 schrieb sie der Klägerin:

« Leider müssen wir die Ausführung der Bauarbeiten,
 » sowie die Bestellung der Anlagen noch ca. 1—2 Jahre
 » hinausschieben, da einerseits bei der Bauausschreibung
 » von verschiedenen Seiten Einsprüche erhoben worden
 » sind und andererseits der Geschäftsgang bis jetzt ziemlich
 » flau war. Wir werden nicht ermangeln, Ihnen zu be-
 » richten sobald wir mit den diesbezüglichen Arbeiten
 » zu beginnen wünschen. »

Die Klägerin antwortete darauf, dass die Ausführung der Bestellung schon zu weit vorgeschritten sei, als dass die Lieferung ohne weiteres um 1—2 Jahre verschoben werden könnte; dagegen sei die Klägerin unter gewissen Bedingungen (die sie näher bezeichnen) bereit, solange zuzuwarten.

Die Beklagte stellte sich nun auf den Standpunkt, dass eine definitive Bestellung ihrerseits überhaupt noch nicht erfolgt sei, was sie in einem Schreiben vom 16. Juli 1909 damit begründete, dass sie s. Zt. die Perfektion der Bestellung von der Annahme eines Automobils an Zahlungsstatt abhängig gemacht habe.

Nachdem die Beklagte verschiedene Zuschriften eines von der Klägerin mit den weitem Verhandlungen beauftragten Berliner Anwaltes unbeantwortet gelassen hatte, schrieb ihr dieser Anwalt am 19. November 1909:

« Ich stelle Ihnen nunmehr eine Frist von drei Tagen
 » zur Erklärung, ob Sie die von Ihnen bestellten An-
 » lagen abnehmen oder nicht; geht von Ihnen inner-
 » halb dieser Frist eine Erklärung nicht ein, so nehme
 » ich an, dass Sie die Anlieferung der Anlagen nicht

» wünschen und werde ich Sie dann für alle der Firma
 » Danneberg & Quandt erwachsenen Schäden einschliess-
 » lich des entgangenen Gewinnes haftbar machen und
 » Klage erheben. »

Demgegenüber beharrte die Beklagte darauf, dass die Bestellung nicht perfekt geworden sei.

Infolge dieser Stellungnahme der Beklagten sind die in Betracht kommenden Anlagen nie geliefert worden.

Was die von der Beklagten behauptete Abmachung betr. Annahme eines Automobils an Zahlungsstatt betrifft, so befindet sich bei den Akten ein Schreiben des Ingenieurs Volker an die Beklagte, vom 13. November 1908, welches folgende Stelle enthält:

« Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass unser Herr
 » Danneberg den Renault-Wagen nicht verwenden kann,
 » da derselbe in den Abmessungen dem unsrigen gleich
 » ist, und hätte Herr Danneberg nur für einen längeren
 » Wagen Interesse. »

Eine Antwort der Beklagten auf dieses Schreiben befindet sich nicht bei den Akten.

B. — Durch Urteil vom 30. Oktober 1913 hat das Obergericht des Kantons Luzern über die von der Klägerin erhobene, von der Beklagten gänzlich bestrittene Schadenersatzforderung von 5766 Mk. 45 Pf. oder 7121 Fr. 55 Cts. nebst 5 % Zins seit 19. Januar 1910 erkannt:

Die Beklagten haben an die Klägerin zu bezahlen 2808 Mk 20 Pf. oder 3510 Fr. 10 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 19. Januar 1910.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Hauptberufung, die Klägerin dagegen die Anschlussberufung an das Bundesgericht ergriffen, und zwar die Beklagte mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage, die Klägerin mit dem Antrag, es sei die Urteilssumme auf 4364 Mk. 45 Pf. zu erhöhen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

..... 2. — In der Sache selbst ist der Vorinstanz zunächst darin beizustimmen, dass die Beklagte, wenn sie den Inhalt des klägerischen Bestätigungsschreibens vom 16. November 1908 nicht gelten lassen wollte, nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr (vgl. BGE 30 II S. 301 f. Erw. 3) verpflichtet war, der Klägerin ihren gegenteiligen Standpunkt unverzüglich mitzuteilen. Dies konnte von ihr umso mehr erwartet werden, als sie selber nicht etwa behauptet, mit der Klägerin überhaupt nichts vereinbart zu haben, sondern nur: es sei ausser dem von der Klägerin in ihrem Bestätigungsschreiben wiedergegebenen Vertragsinhalt noch ein Rabatt von 7 oder 7½ % auf den « Materialien » vereinbart worden, und die Klägerin habe sich bereit erklärt, ein Automobil an Zahlungsstatt anzunehmen. Nun enthält allerdings ein Brief der Beklagten vom 19. November 1908 an den Ingenieur Volker in Mannheim, mit welchem sie mündlich verhandelt hatte, die Bemerkung, die Beklagte habe « die gemachte Offerte durchgesehen » und « finde », dass « z. B. bei der Wärmeplattenanlage die eingeräumte Preisermässigung von 7½ % nicht stattgefunden » habe, was sie zu berichtigen bitte. Allein, abgesehen davon, dass diese Bemerkung nur beläufig, anlässlich der Besprechung verschiedener technischer Details erfolgte, fällt namentlich in Betracht, dass die Beklagte auf die kategorische Antwort Volkers, der mit Schreiben vom 21. November erklärte, ein weiterer Rabatt sei « gänzlich ausgeschlossen », nicht etwa replizierte, in diesem Fall betrachte sie die ganze Bestellung als nicht erfolgt, sondern dass sie im Gegenteil, mit Schreiben vom 28. November 1908, die Klägerin aufforderte, « dafür besorgt zu sein, dass sämtliche Materialien für alle Anlagen im Juli oder August abgerufen werden können. » Zwar enthielt auch diese Zuschrift vom

28. November am Schlusse noch eine Reklamation wegen des angeblich zugesicherten Rabatts von 7½ oder 7 %. Allein gerade dadurch, dass die Beklagte diese, übrigens auch in der Form nicht sehr energische Reklamation am Schlusse eines Briefes anbrachte, welcher eine ausdrückliche und vorbehaltlose Aufforderung zum Beginn der Ausführung enthielt, hat sie zu erkennen gegeben, oder doch bei der Klägerin den Glauben erweckt, dass sie, die Beklagte, den Vertrag trotz der über die Rabattfrage bestehenden Differenz schon jetzt als perfekt betrachte. Was aber die weitere Differenz, betreffend Annahme des Automobils an Zahlungsstatt betrifft, so ergibt sich aus den Akten, dass die Beklagte nicht nur die Erfüllung ihres bezüglichen Wunsches nicht zur Bedingung des Vertragsabschlusses gemacht, sondern dass sie diesen Punkt, nachdem Volker schon mit Schreiben vom 13. November die Annahme an Zahlungsstatt ausdrücklich verweigert hatte, bis zum 16. Juli 1909 überhaupt nicht mehr zur Sprache gebracht hat.

3. — Ist der Abschluss eines für beide Parteien verbindlichen Vertrages zu bejahen, so stellt sich die Klägerin weiter mit Recht auf den Standpunkt, dass sie die Beklagte in Verzug gesetzt habe und daher befugt gewesen sei, vom Vertrage zurückzutreten und Schadenersatz zu verlangen. Die Beklagte ist am 19. November 1909 durch den Berliner Vertreter der Klägerin ausdrücklich aufgefordert worden, binnen drei Tagen zu erklären, ob sie die bestellten Maschinen abnehme oder nicht, unter der Androhung, dass nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Klägerin « annehmen » werde, die Beklagte « wünsche die Anlieferung der Anlagen nicht », und dass sie sie « dann für alle der Firma Danneberg & Quandt erwachsenen Schäden einschliesslich des entgangenen Gewinns haftbar machen » werde. Indem nun die Beklagte diese Frist in der Tat unbenutzt ablaufen liess, hat sie sich nicht etwa nur in Annahme-, sondern

zugleich auch in Leistungsverzug versetzt, da ja nach dem Vertrage sofort nach Empfang der ersten Lieferung eine Anzahlung von 1800 Mk. zu leisten war. Darüber aber, dass die Klägerin mit dem unbenutzten Ablauf der Frist den Vertrag als aufgelöst betrachten werde, wie Art. 122 alt OR voraussetzte, konnte sich die Beklagte, trotzdem die Klägerin nicht ausdrücklich den « Rücktritt vom Vertrage » angedroht hatte, keiner Täuschung hingeben. Und endlich stand dem Rücktritt der Klägerin auch nicht etwa der Umstand entgegen, dass die Beklagte überhaupt den Abschluss des Vertrages bestritt. Der nicht säumige Kontrahent hat auch in diesem Falle ein schutzwürdiges Interesse daran, zu wissen, ob der Vertrag weiterhin für ihn verbindlich ist oder nicht, und es ist nicht einzusehen, warum die Ausübung des Rücktrittsrechts davon abhängig sein sollte, ob und wie der Gegner seine Erfüllungsverweigerung zu begründen für gut findet.

4. — Ist daher die Klägerin mit Recht vom Vertrage zurückgetreten, so hat ihr die Beklagte, deren Verhalten als ein schuldhaftes im Sinne des Art. 124 alt OR erscheint, das Erfüllungs- oder sog. positive Vertragsinteresse zu ersetzen. Vergl. BGE 19 S. 932; 26 II S. 130 ff Erw. 4 f.; 29 II S. 517.

Unter dem Titel des Erfüllungsinteresses macht nun die Klägerin ausser dem entgangenen Gewinn, den sie mit 1820 Mk. 20 Pf. = 10% des Werklohnes berechnet, noch verschiedene Schadensposten geltend, die sich unter zwei Gesichtspunkte subsumieren lassen. Einmal nämlich sind es finanzielle Opfer, die von der Klägerin zum Zwecke der Herbeiführung des Geschäftsabschlusses gebracht worden sind oder normalerweise gebracht werden mussten — so die Reisespesen des Ingenieurs Volker und die ihm angeblich geschuldete Abschlussprovision, sowie die Kosten der Baupläne —, und andererseits handelt es sich um Aufwendungen, die zum Zwecke der

Ausführung der Bestellung gemacht worden waren und nunmehr nutzlos geworden sind.

Was die erste dieser beiden Kategorien von Schadensfaktoren betrifft, so ist vor allem zu konstatieren, dass der Posten von 805 Mk. 35 Pf. Provision an Ingenieur Volker nicht ausgewiesen ist. Nicht nur hat nämlich Volker nach der verbindlichen tatsächlichen Feststellung des kantonalen Richters « die Provision noch nicht erhalten », sondern es fehlt auch der Beweis dafür, dass die Klägerin dem Genannten für den Vertragsabschluss mit der Beklagten eine Provision schuldet, da nämlich der Vertrag zwischen der Klägerin und Volker weder von dem zu seiner Edition aufgeforderten Volker, noch auch (was gewiss das nächstliegende gewesen wäre) von der Klägerin selber produziert worden ist. — Im übrigen könnte es scheinen, als ob die Klägerin, mit ihren Ersatzforderungen für zeichnerische Arbeiten, Abschlussprovision und Reisespesen, Ersatz ihres negativen Vertragsinteresses verlangen würde, was nach Art. 124 alt OR unzulässig wäre. Allein, genau genommen, handelt es sich dabei um den Ersatz eines Teils der allgemeinen Geschäftskosten, für welche der Kaufmann oder Fabrikant sich dadurch bezahlt zu machen pflegt, dass er zu den speziellen « Selbst- » oder « Herstellungskosten » (Materialanschaffungskosten und Arbeitslöhne) ausser dem eigentlichen Unternehmergewinn noch einen weitem Prozentsatz hinzuschlägt, — wodurch er es vermeidet, die anlässlich des Vertragsabschlusses entstandenen Unkosten in jedem einzelnen Falle besonders berechnen und dem betreffenden Kunden belasten zu müssen. Mit Rücksicht hierauf ist, auch bei der Berechnung des Erfüllungsinteresses im Falle des Rücktritts vom Vertrage, zu dem Nettogewinn, der mutmasslich erzielt worden wäre, ein dem verhältnismässigen Anteil an jenen allgemeinen Geschäftskosten entsprechender prozentualer Zuschlag zu machen, wogegen die Belastung des schadenersatzpflichtigen Kontrahenten

mit den speziell in seinem Fall entstandenen Unkosten zu unterbleiben hat.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Klägerin der Beklagten zwar nicht die speziell im Hinblick auf den Vertragsabschluss mit ihr entstandenen Reise- und Planzeichnungskosten, sowie die im konkreten Falle dem Ingenieur Volker angeblich bezahlte oder geschuldete Provision, wohl aber einen, ihren durchschnittlichen Unkosten in derartigen Fällen entsprechenden Prozentsatz des Werklohnes zu belasten befugt ist. Es rechtfertigt sich daher — im Anschluss an die von der I. Instanz eingeholte gerichtliche Expertise, wonach der mutmassliche « Gewinn » auf dem gesamten Werklohn 10—15 % betragen haben würde — der Klägerin unter dem Titel des entgangenen Gewinns insgesamt 15 %, statt der von der Vorinstanz zuerkannten 10 %, zuzusprechen, dagegen die von der Vorinstanz für Reise-spesen und zeichnerische Arbeiten zugesprochenen Beträge von 100 Fr. (sollte heissen 100 Mk.), 50 Mk. und 250 Mk. zu streichen — ein Resultat, das sich mit dem Grundsatz *judex ne ultra petita partium* durchaus verträgt, sofern nur der Klägerin alles in allem nicht mehr zugesprochen wird, als sie vor den kantonalen Instanzen verlangt hat, bzw. noch vor Bundesgericht verlangt.

Was die andere Kategorie von Schadensfaktoren betrifft, so handelt es sich dabei, wie bereits konstatiert, um Aufwendungen, welche die Klägerin zum Zwecke der Ausführung der Bestellung gemacht hat, und die nunmehr nutzlos geworden sind. Da die Beklagte grundsätzlich für sämtliche Folgen der Vertragsauflösung haftbar ist, hat sie der Klägerin auch für diese nutzlos gewordenen Aufwendungen Ersatz zu leisten. Sie ist dazu umso mehr verpflichtet, als sie, selbst wenn sie den abgeschlossenen Vertrag nicht halten wollte, der Klägerin wenigstens diese Auslagen dadurch hätte ersparen können, dass sie ihr ihre Absicht, den Vertrag überhaupt nicht gelten zu lassen, sofort mitgeteilt hätte.

Unter diesem Gesichtspunkte gebührt der Klägerin für folgende einzelnen Schadensmomente Ersatz:

Lagermiete für die zur Disposition der Beklagten gehaltenen zwei Niederdruckdampfkessel, eine Vorfeuerung und Rippenrohre, wozu es nach einer von der Vorinstanz nicht beanstandeten Zeugenaussage einer Lagerfläche von 30 m² à Mk. 5. — per m² bedurfte Mk. 150. —

Zinsverlust auf gekauftem, infolge der Hinhaltung durch die Beklagte erst viel später anderweitig verwendetem Material; nach der vom Bundesgericht nicht zu überprüfenden Schätzung der Vorinstanz . . . Mk. 100. —

(Im Text des Urteils zwar 100 Fr.; aus der Addition ist jedoch ersichtlich, dass die Schätzung auf 100 Mk. geht).

Abfindung eines Lieferanten der Klägerin für eine bereits bestellte, infolge des Verhaltens der Beklagten nicht bezogene Vorfeuerung Mk. 50. —

Abänderung eines bestellten und bereits bezogenen Dampfkessels, der nur nach Vornahme dieser Abänderung anderweitig verkauft werden konnte Mk. 98. —

Verlust auf den für die Beklagte erstellten Rippenrohren infolge zu langer Lagerung Mk. 240. —

zusammen Mk. 638. —

was, zu den 10 + 5 = 15 % des Werklohnes von 18,202 Mk. Mk. 2730.30

hinzugerechnet, ergibt Mk. 3368.30

oder, zu dem von der Beklagten nicht bemängelten Ansatz von 1 Fr. 25 Cts. per Mk. Fr. 4210.35

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In Abweisung der Hauptberufung und in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung wird das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass die der Klägerin von der Beklagten zu bezahlende Entschädigung von 2808 Mk. 20 Pf. oder 3510 Fr. 25 Cts. nebst 5 % Zins seit 19. Januar 1910, auf 3368 Mk. 30 Pf. oder 4210 Fr. 35 Cts., nebst Zins wie hievor, erhöht wird.

27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. März 1914
i. S. Schweizerische Bankgesellschaft, Beklagte, gegen
Geissmann, Kläger.

Kontokorrentvertrag: Widerrechtliche Erhebungen von Geldbeträgen durch einen Angestellten der einen Vertragspartei mittelst Verwendung gefälschter Quittungen seines Prinzipals. Frage der Haftbarkeit dieser Vertragspartei gegenüber der andern in vertraglicher und ausservertraglicher Beziehung. Anwendbarkeit der Art. 101 und 55 OR? Besteht eine Pflicht zur Prüfung der Rechnungsauszüge gegenüber dem Vertragsgegner, um ihn vor Schaden zu bewahren? Prüfung, ob der Prinzipal die erforderliche Sorgfalt in der Auswahl und der Ueberwachung seines Angestellten angewendet habe.

1. — Der Kläger Arthur Geissmann ist Inhaber einer Weinhandlung in Zürich. Er hatte früher das Geschäft zusammen mit einem Hermann Bloch betrieben, der aber dann auf den 1. Januar 1906 ausschied. Als Buchhalter des Geschäftes hatte Bloch im Februar 1904 einen Gustav Heinrich Bachmann angestellt und dieser behielt seine Stellung unter dem Kläger als alleinigem Firmainhaber bei. Seit 1907 stand der Kläger mit der Beklagten, der Schweizerischen Bankgesellschaft in Geschäftsverkehr, indem er ihr auf Rechnung eines ihm

eröffneten Kontokorrents Bareinzahlungen leistete und Kundenwechsel abtrat und andererseits Barbezüge machte und Checks zu Gunsten von Drittpersonen ausstellte. Die Barbeträge erhob in der Regel der Buchhalter Bachmann gegen Uebergabe einer vom Kläger unterzeichneten Quittung. Die Beklagte übermittelte dem Kläger halbjährlich einen Rechnungsauszug über den Verkehr und der Kläger sandte ihr jeweilen die zugehörige Richtigbefundsanzeige unterzeichnet zurück, das letztemal für den Auszug auf 31. Dezember 1912. Den Auszug auf den 30. Juni 1913 dagegen genehmigte er nicht, weil sich ergab, dass die Beträge zweier ihm als Geldbezüge belasteter Posten, 2500 Fr. vom 7. Januar 1913 und 500 Fr. vom 19. April 1913, ihm nicht zugekommen waren, sondern dass der Buchhalter Bachmann diese Beträge mittelst gefälschter Quittungen bei der Beklagten erhoben und für sich verwendet hatte. Dasselbe war der Fall hinsichtlich eines Betrages von 3000 Fr., den Bachmann am 5. Juli 1913 bei der Beklagten widerrechtlich erhob und von dessen Bezug der Kläger durch einen von ihm einverlangten Rechnungsauszug auf den 15. Juli 1913 erfuhr. In der Folge ergab eine Untersuchung der Schweizerischen Treuhandgesellschaft in Zürich, dass Bachmann im Laufe der Jahre durch 24 gefälschte Quittungen bei der Beklagten im ganzen 32,000 Fr. betrügerisch bezogen und überdies seinem Geschäftsherrn 2785 Fr. unterschlagen hatte. Bachmann hatte die Betrügereien auf dem Bankkonto in den Büchern des Klägers durch Additions- und andere Fälschungen in der Weise verdeckt, dass der Saldo des Bankkontos immer mit dem der Bank übereinstimmte

Der Kläger brach den Geschäftsverkehr mit der Beklagten ab und erhob den Rechnungssaldo. Mit der jetzigen, vorinstanzlich gutgeheissenen Klage verlangt er nun von der Beklagten Bezahlung der drei ihm am 7. Januar, 19. April und 5. Juli 1913 belasteten Beträge