

7. Fehlte es aber an einem auf Abschluß eines ernstgemeinten Kaufvertrages gerichteten Willen der Parteien, so entfällt damit der für den Eigentumswerb des Klägers geltend gemachte Rechtsgrund, und ist daher die Klage, abgesehen von der eventuell geltend gemachten, und nicht angefochtenen laufenden Forderung aus Darlehen, abzuweisen, das angefochtene Urteil also in allen Teilen zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen, und das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in allen Teilen bestätigt.

70. Urteil vom 23. September 1898 in Sachen Zürcher Kantonalkasse gegen A. Tennenbaum & Cie.

Check. — Fälschung von Checks durch einen Angestellten des Checkkunden. Haftung des Geschäftsherrn für den daraus dem bezogenen Bankier entstandenen Schaden. Die Gefahr der Fälschung trifft grundsätzlich den Bezogenen. Pflicht des Checkkunden zur sorgfältigen Aufbewahrung des Checkbuchs. Ausserkontraktliches Verschulden? — Art. 62 O.-R.

A. Durch Urteil vom 18. Februar 1898 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Die Beklagte ist verpflichtet, in dem ihr zugestellten Rechnungsauszug per 31. Dezember 1896 außer den nicht streitigen Posten die Belastung mit dem Check von 500 Fr. vom 2. Oktober 1896 anzuerkennen, im übrigen ist die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, es sei in Abänderung desselben die Klage nicht nur für einen Teil des erhobenen Anspruchs, sondern im vollen Umfange, wie der eingelegte Kontokorrentauszug es aufweise, gutzuheissen. Die Beklagte erklärte die Anschlußberufung mit dem Antrag, die Klage gänzlich zu verwerfen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die beklagte Firma A. Tennenbaum & Cie., Getreidehandlung in Zürich, stand seit 1887 mit der Klägerin in Geschäftsverbindung, und benutzte bei derselben einen Checkkonto. Sie erhielt für ihren Checkverkehr von der Klägerin jeweilen ein Checkheft, welches 100 gedruckte fortlaufend nummerierte Checkformulare enthielt. Am 30. September 1896 betrug die Checkdeckung 2680 Fr. 50 Cts. Am 1. Oktober stellte die Beklagte folgende drei Checks aus: Nr. 110,659 für das Lagerhaus Buchs im Betrage von 500 Fr.; Nr. 110,660 für E. Näf-Hatt in Zürich im Betrage von 1350 Fr., und Nr. 110,661 für Tobler-Finsler in Zürich im Betrage von 660 Fr., so daß das Checkbuch bis auf einen Restbetrag von 170 Fr. 50 Cts. ausgenutzt war. Freitags, den 2. Oktober 1896, verreiste der Chef und alleinige unbeschränkt haftende Gesellschafter der beklagten Firma, A. Tennenbaum, für mehrere Tage nach Preßburg. Der Prokurist Schaad war Freitag nachmittags an der Getreidebörse in Zürich festgehalten. Diese Abwesenheit seiner Vorgesetzten benützte der allein im Bureau anwesende 23jährige Commis Pfeilschmidt, um auf dem Formular Nr. 110,662 einen Check von 500 Fr., zahlbar an Tennenbaum & Cie. auszustellen, indem er die Unterschrift des Prokuristen Schaad fälschte. Am gleichen Tage erhob er den Betrag bei der Klägerin. Die Checkdeckung betrug damals noch 670 Fr. 50 Cts.; der Klägerin war nämlich von den drei am 1. Oktober ausgestellten Checks derjenige von 500 Fr. für das Lagerhaus Buchs noch nicht präsentiert worden. Dieser Fälschung folgte unmittelbar eine zweite. Ebenfalls auf dem Bureau der Beklagten stellte Pfeilschmidt unter Benutzung eines ihrer Wechselformulare eine angeblich von der Beklagten auf E. Müller zur Walzmühle Glarus gezogene und an die Klägerin indossierte Tratte im Betrage von 28,608 Fr. 45 Cts. per 30. November 1896 aus, indem er dabei die Unterschrift des Müller als Acceptanten und des Prokuristen Schaad als Trassanten und Indossanten fälschte, und überdies den Girostempel der Beklagten verwendete. Er übermachte den Wechsel am 2. Oktober der Klägerin mit einem die gefälschte Unterschrift des Schaad und den Firmendruck der Beklagten tragenden Begleitschreiben, worin die Klägerin gebeten

wurde, denselben zu diskontieren und vom Gegenwert 27,000 Fr. in bar auszuzahlen, den Rest dagegen im Checkkonto gutzuschreiben. Nachdem Pfeilschmidt des folgenden Tages bei der Klägerin telephonisch angefragt hatte, ob man das Geld bekommen könne, und zur Antwort erhalten hatte, dasselbe müsse per Check abgeholt werden, entnahm er dem Checkbuch das Formular Nr. 110,663, füllte dasselbe, unter Fälschung der Procuraunterschrift, Schaads, mit 27,000 Fr. „zahlbar an uns selbst“ aus, und wies diesen Check an der Kasse der Klägerin vor, worauf er den genannten Betrag ausbezahlt erhielt. An diesem Tage war der Procurist Schaad morgens 7 Uhr nach Solothurn verreist, und kehrte erst abends 6 Uhr zurück, so daß Pfeilschmidt den ganzen Tag allein auf dem Bureau gewesen war. Pfeilschmidt machte sich noch am gleichen Abend mit dem Gelde davon; er langte am 18. Oktober in New-York an, woselbst er am 25. November 1896 festgenommen wurde; er hatte aber von dem ertrogenen Gelde nichts mehr auf sich, und es war auch in der Folge hievon nichts mehr erhältlich. Nach erfolgter Auslieferung wurde Pfeilschmidt am 28. April 1897 von der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich wegen des begangenen Betruges zu 6 Jahren Zuchthaus verurteilt. Die Entdeckung des Betruges war am 24. Oktober 1896 erfolgt. Am 8. Oktober war Tennenbaum von seiner Reise nach Zürich zurückgekehrt, nachdem er am 6. Oktober sich telegraphisch nach Pfeilschmidt, von dem er Nachrichten erwartete, erkundigt, und von Schaad (auf Grund einer Nachfrage beim Logisgeber Pfeilschmidts) den Bericht erhalten hatte, derselbe solle in Genf sein, aber noch gleichen Tags zurückkehren. Beim Aufsprengen des Schreibpultes Pfeilschmidts zeigte es sich, daß dessen Handkaffe, die zur Bestreitung von Briefmarken und ähnlichen kleineren Ausgaben dienen sollte, leer war; Tennenbaum hatte vor seiner Abreise 50 Fr. in dieselbe gegeben, wußte aber nicht, wie viel er dem Pfeilschmidt für bisherige Ausgaben noch schulde, er meinte, es seien noch etwa 20 Fr. in den Händen Pfeilschmidts geblieben. Tennenbaum erklärte, da er im Bureau im übrigen alles in Ordnung gefunden, habe er sich beruhigt, zumal er der Meinung gewesen sei, Pfeilschmidt habe ihm nichts anstellen können. Am 24. Oktober fiel dem Tennenbaum, als er

zufällig im Checkbuch blätterte, der Coupon Nr. 110,663 auf, auf welchem Pfeilschmidt den Vermerk „2000 Fr. an uns selbst“ mit dem Datum vom 1. Oktober 1896 gesetzt, und den er mit dem von Tennenbaum zuletzt benutzten Coupon 110,661 am innern Rand zusammengeklebt hatte, um das Fehlen des weggerissenen Coupons Nr. 110,662 zu verdecken, welches Tennenbaum nun ebenfalls gewährte. Hiervon machte Tennenbaum der Klägerin sofort Mitteilung, worauf dann die Entdeckung des von Pfeilschmidt verübten Fälschungsbetruges, und auf die Anzeige der Klägerin hin die steckbriefliche Ausschreibung des Verbrechers erfolgte. Pfeilschmidt hatte bei seinem Dienst Eintritt bei der Beklagten, im Mai 1896, dieser ein durchaus günstiges Zeugnis seiner früheren Dienstherrn in seinem Heimatort Greiz vorgewiesen, bei denen er 3 Jahre Lehrling und 4 Jahre als Commis thätig gewesen; seither war er kurze Zeit, während des Winters 1895/96, in Zürich bei einem Agenten der Lebensversicherungsanstalt Teutonia als Acquisiteur angestellt gewesen. Erst in der Folge stellte sich heraus, daß jenes Zeugnis gefälscht war und Pfeilschmidt aus Greiz wegen einer zum Nachteil seiner früheren dortigen Prinzipale begangenen Wechselfälschung im Betrage von 3000 M. verfolgt wurde. Die Klägerin belastete die Beklagte mit dem von Pfeilschmidt betrügerischerweise erhobenen Beträgen von 500 Fr. und 27,000 Fr., und da die Beklagte sich dem widersetzte, reichte sie beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein, mit den Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, den ihr zugestellten Rechnungsauszug, abgeschlossen per 31. Dezember 1896, mit einem Saldo von 27,619 Fr. 80 Cts. zu Gunsten der Klägerin anzuerkennen.

2. Fragt es sich, ob die Beklagte der Klägerin Ersatz für die Zahlungen schulde, welche diese auf die gefälschten Checks hin einem unberechtigten Dritten geleistet hat, so ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, daß jene Zahlungen auf die Gefahr der Klägerin hin geschahen. Einer Anschauung, wonach der Schaden aus der Einlösung eines gefälschten Checks grundsätzlich nicht den einlösenden Bankier, sondern den Checkkunden treffen würde, steht die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis entgegen (vergl. insbesondere Cohn, in Endemanns Handb. des

H.-R., III, S. 1165, und Unger, Handeln auf fremde Gefahr, in Jherings Jahrb. für Dogmatik, Bd. XXXIII, S. 350), und es ließe sich eine solche Anschauung denn auch weder aus einer Gesetzesvorschrift, noch aus der Natur des Checkvertrages begründen. Ebenso ist im vorliegenden Falle keine Rede davon, daß die Beklagte die Gefahr einer Schädigung durch Einlösung gefälschter Checks etwa durch besondere Vereinbarung mit der Klägerin übernommen habe. Derartige spezielle Vereinbarungen pflegen zwar bei der Begründung des Checkvertrages zwischen dem Bankier und dem Checkkunden in mehrfacher Art vorzukommen (vergl. Meili, Rechtsgutachten in Sachen der Zürcher Kantonalbank gegen A. Tennenbaum & Cie., S. 17 f.), und auch die Klägerin hat seither bei Ausgabe von Checkbüchern Bestimmungen getroffen, welche sie gegen Nachteile aus mißbräuchlicher Verwendung der von ihr ausgegebenen Checkformulare schützen sollen. Allein es herrscht unter den Parteien kein Streit, daß bei Begründung des hier in Frage stehenden Checkvertrages solche Bestimmungen von Seite der Klägerin nicht aufgestellt worden waren, und daß überhaupt eine Vereinbarung darüber, wer den Schaden aus der Einlösung eines gefälschten Checks zu tragen habe, nicht getroffen worden ist.

3. Demnach kann der Rechtsgrund für die Erschappflicht der Beklagten in casu nur darin gefunden werden, daß diese den Schaden durch Verletzung einer der Klägerin gegenüber zu beobachtenden Rechtspflicht verursacht habe. Eine solche zur Verhütung eines Schadens der vorliegenden Art bestehende Rechtspflicht leitet die Klägerin zunächst aus der Natur des zwischen den Parteien begründeten Vertragsverhältnisses, des Checkvertrages, her, auf Grund welches Vertrages der Checkkunde dem Bankier gegenüber zur sorgfältigen Verwahrung des empfangenen Checkbuches verpflichtet sei, und die Vorinstanz stimmt dieser Auffassung bei, indem sie den Checkvertrag als eine Art Generalmandat betrachtet, das, als *bonæ fidei negotium*, dem Checkkunden wegen der mit einer ungehörigen Verwahrung der Checkformulare für den andern Vertragsteil verbundenen Gefahr die Anwendung aller thunlichen Sorgfalt in der Verwahrung der Blankette zur Pflicht mache. Als Mandat kann freilich der Checkvertrag kaum betrachtet

werden; denn ein Mandat erteilt der Checkkunde durch diesen Vertrag dem Bankier noch nicht, sondern jeweilen erst durch die einzelnen, auf Grund des Checkvertrages stattfindenden Zahlungsaufträge. Der Checkvertrag erscheint vielmehr (wie auch von Cohn und Meili in ihrem Gutachten zum vorliegenden Prozeß ausgeführt worden ist) als ein eigenartiger Vertrag des modernen Rechts, als ein *contractus sui generis*. Damit erweist sich jedoch der von der Vorinstanz gezogene Schluß, daß aus demselben den Checkkunden die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung des Checkbuches erwachse, nicht als hinfällig. Denn darin ist jedenfalls der Vorinstanz beizupflichten, daß dieser Vertrag ein *bonæ fidei negotium* ist, und somit die Parteien, auch ohne besondere Abrede, verpflichtet sind, denselben so zu halten, daß dabei jeder Teil auf die Interessen des andern insoweit Rücksicht nimmt, als Treu und Glauben im Verkehr es erfordern. Nun ist aber nicht zu bestreiten, daß die Ausgabe von Checkbüchern mit nummerierten Checkformularen an den Kunden die Gefahr des Bankiers, das Opfer einer Fälschung zu werden, erheblich vermehrt. Denn die Verwendung solcher Formulare bildet, neben der Unterschrift des Ausstellers, ein unterstützendes Moment für die Annahme des Bankiers, daß der Check aus der Hand seines Kunden stamme, und die Garantie der Richtigkeit wird noch erhöht durch die fortlaufende Nummerierung der Formulare, welche zur weitem Kontrolle des Bankiers dient: Es besteht hiernach kein Zweifel, daß der Bankier, welcher seinen Checkkunden ein solches Checkbuch ausgehändigt hat, ein erhebliches Interesse daran besitzt, daß dieses nicht in die Hände Unberechtigter gerate, die sich den durch die Verwendung einzelner Blätter hervorgerufenen Schein der Richtigkeit für Fälskate zu nütze machen könnten. Diesem Interesse ist der Checkkunde, welchem der Bankier ein Checkbuch ausgehändigt hat, nach den Grundsätzen über Treu und Glauben verpflichtet, Rechnung zu tragen, und demnach, auch ohne daß ihm die Pflicht hierzu besonders überbunden worden wäre, gehalten, die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt anzuwenden, um die Gelegenheit zu einer mißbräuchlichen Verwendung des Buches zu verhüten. Dem steht der Umstand, daß der Checkkunde an dem Checkbuch Eigentum erwirbt, nicht entgegen. Allerdings darf der Checkkunde

als Eigentümer über dasselbe verfügen, dasselbe also auch, wenn es ihm beliebt, vernichten, allein dies schließt nicht aus, daß er auf Grund der durch den Checkvertrag stillschweigend übernommenen Verpflichtung, dasselbe nicht in die Hände Unberufener geraten zu lassen, die es zum Schaden des Bankiers mißbrauchen könnten, diesem für sorgfältige Verwahrung des Buches einzustehen hat.

4. Im vorliegenden Fall hat aber die Beklagte die erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung ihres Checkbuches nicht beobachtet. Worin die Aufbewahrungspflicht des Checkkunden bestehe, und wie weit sie gehe, wird sich nicht allgemein, in abstrakter Weise bestimmen lassen. Jedenfalls muß gesagt werden, daß in casu der Chef der beklagten Firma, A. Tennenbaum, als er für mehrere Tage ins Ausland verreiste, das Checkbuch entweder hätte einschließen, oder dem Prokuristen übergeben sollen, und es ist der Vorinstanz beizutreten, wenn sie eine Fahrlässigkeit und Verletzung der der Klägerin nach dem Checkvertrage schuldigen Diligenz in der Verwahrung des Buches darin erblickt, daß der Chef der beklagten Firma diese notwendigen Vorsichtsmaßregeln unterließ, und das Heft, zwar nicht offen, aber in einer unverschlossenen Schublade, an einer dem Bureauangestellten Pfeilschmidt bekannten und ihm leicht zugänglichen Stelle liegen ließ. Tennenbaum mußte voraussehen, daß der Angestellte Pfeilschmidt während seiner Abwesenheit zeitweise allein auf dem Bureau sein werde, insbesondere während der Teilnahme des Prokuristen an der Getreidebörse am Freitag Nachmittag, und wenn er auch positiven Anhalt für einen Verdacht, daß Pfeilschmidt eine Fälschung begehen würde, nicht hatte, so muß ihm seine Sorglosigkeit immerhin zum Verschulden angerechnet werden; denn die Erfahrung lehrt eben, daß derartige Vergehen schon oft begangen worden sind, und der Umstand, daß Pfeilschmidt im Besitze günstiger Dienstzeugnisse war, bildet für Tennenbaum keine genügende Rechtfertigung, in diesen Angestellten ein unbedingtes Vertrauen zu setzen, der doch erst seit 5 Monaten in seinem Dienste stand, und kurz vorher aus dem Auslande hergereist war, und von dessen Vorleben er, außer jenen Zeugnissen, keinerlei Kenntnisse besaß. Immerhin kann das Verschulden der Beklagten nicht als ein schweres bezeichnet werden; da, wie

bemerkt, positive Verdachtsmomente gegenüber Pfeilschmidt für Tennenbaum nicht vorlagen, kann nicht gesagt werden, daß dringende Veranlassung, vor einer Fälschung auf der Hut zu sein, bestanden habe, und es würde daher zu weit gehen, der Beklagten den Vorwurf einer geradezu unentschuldbaren Leichtfertigkeit zu machen.

5. Da die Verwendung von Formularen aus dem Checkbuche der Beklagten ein wesentliches Mittel zur Herbeiführung der Täuschung bildete, durch welche die Klägerin zur Einlösung der gefälschten Checks veranlaßt wurde, und die Sorglosigkeit der Beklagten dem Fälscher die Gelegenheit, sich dieses Mittels zu bedienen, verschaffte, so ist der ursächliche Zusammenhang des der Beklagten zur Last fallenden schuldhaften Verhaltens mit der Schädigung der Klägerin hergestellt. Wenn das Vorhandensein eines Kausalzusammenhanges damit hat angezweifelt werden wollen, daß Pfeilschmidt, als ein überaus gewandter und entschlossener Verbrecher, sicherlich auch vor dem Aufsprengen eines soliden Schranke, um sich des Checkbuches zu bemächtigen, nicht zurückgeschreckt wäre, so ist dagegen zu bemerken, daß die Erwägung, Pfeilschmidt wäre wohl eines Einbruchs fähig gewesen, noch keineswegs zu der Annahme berechtigt, daß er auch wirklich auf diese Weise hätte vorgehen wollen, ganz abgesehen davon, daß die Supposition, alles übrige würde sich auch in diesem Falle in gleicher Weise zugetragen haben, nicht nur ganz willkürlich, sondern geradezu unwahrscheinlich wäre. Der (im Gutachten von Professor Meili angedeutete) Standpunkt, daß die Nichtverwahrung des Checkbuches für die Durchführung des von Pfeilschmidt geplanten Verbrechens nicht von entscheidender Bedeutung, und deshalb für die Schädigung der Klägerin nicht kausal im Rechtsinne gewesen sei, muß daher abgelehnt werden. Auch die von der Beklagten erhobene Einwendung, daß die Klägerin selbst, bei Einlösung der gefälschten Checks, culpos gehandelt habe, und deshalb die eingetretene Schädigung der Beklagten nicht zugerechnet werden könne, hält nicht Stich. Die Beklagte machte geltend, daß die Klägerin die gefälschte Unterschrift des Prokuristen Schaad auf den ihr von Pfeilschmidt präsentierten Checks nicht genügend geprüft habe, ansonst ihr nicht entgangen wäre, daß dieselbe von derjenigen im Unterschriftenschema, welches der Klägerin übergeben worden war,

erheblich abweiche. Nun ist zwar richtig, daß sich die Fälschkate von der in diesem Schema der Klägerin mitgetheilten Originalunterschrift des Schaad in einzelnen Buchstaben unterscheiden, allein die thatsächliche Feststellung der Vorinstanz, daß trotz dieser Verschiedenheiten im Detail zwischen Original und Fälschung eine täuschende Ähnlichkeit bestehe, erweist sich nach den Akten als durchaus zutreffend, und es ist der Klägerin und ihren Beamten daraus, daß sie die Fälschung nicht erkannt haben, um so weniger der Vorwurf einer Fahrlässigkeit daraus zu machen, als eine selbst bis ins kleinste Detail bewahrte Gleichförmigkeit bei den Schriftzügen einer und derselben Person erfahrungsgemäß nicht vorausgesetzt werden kann. Was sodann die Frage betrifft, ob die Klägerin den Angestellten Pfeilschmidt zur Empfangnahme des Geldes habe ermächtigt halten dürfen, obschon die Checks auf den Namen der Beklagten und nicht auf den Inhaber lauteten, und Pfeilschmidt offenbar auch nicht im Besitze einer schriftlichen Vollmacht war, so hat die Vorinstanz aus der Thatsache, daß die Beklagte dieses thatsächliche Moment gar nicht geltend machte, geschlossen, daß Pfeilschmidt schon in früheren Fällen derartige Geldeinzüge für sie unbeanstandet vorgenommen habe. Diese thatsächliche Annahme kann nicht als aktenwidrig bezeichnet werden, und ist daher für das Bundesgericht verbindlich. Ist aber von ihr auszugehen, so durfte die Klägerin den Pfeilschmidt in der That für ermächtigt ansehen, die Zahlungen für die Beklagte in Empfang zu nehmen. Der gegen die Klägerin weiterhin erhobene Vorwurf, daß sie auf die ungewöhnlich hohe Summe keine Rücksicht genommen, bezw. sich dadurch nicht zu besonderer Vorsicht veranlaßt gesehen habe, betrifft nur den zweiten Check. Um ein schweres Verschulden würde es sich in dieser Hinsicht keinesfalls handeln, sondern es könnte sich höchstens fragen, ob nicht hierin ein Umstand liege, der gemäß Art. 116 Abs. 2 O.-R. zu einer Reduktion des Schadenersatzes nach freiem richterlichen Ermessen führen müsse. Eine nähere Erörterung dieser Frage entfällt jedoch in casu deshalb, weil, wie unten noch dargethan werden wird, die Beklagte ohnehin der Klägerin für den Schaden aus der Erlösung dieses zweiten Checks nur in dem verhältnismäßig minimen Betrag von 170 Fr. 50 Cts. ersatzpflichtig zu erklären ist.

6. Gemäß dem in Art. 116 O.-R. für die Schadenshaftung aus kontraktlichem Verschulden aufgestellten Prinzip hat die Beklagte grundsätzlich den der Klägerin verursachten Schaden in dem Maße zu ersetzen, als derselbe als unmittelbare Folge des verträglichwidrigen Verhaltens nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge vorauszu sehen war. Eine Schadenersatzpflicht im weiteren Umfange müßte nach Absatz 3 dieser Gesetzesbestimmung in Frage kommen, wenn das Verschulden der Beklagten als ein schweres zu betrachten wäre; es ist jedoch bereits oben ausgeführt worden, daß dies nicht der Fall ist. Als voraussehbar im Sinne des Art. 116 cit. hat die Vorinstanz einen Schaden im Betrage der bei der Fälschung noch vorhandenen Checkdeckung angenommen und es ist ihr hierin beizutreten. Nach Art. 831 O.-R. darf ein Check nur ausgestellt werden, wenn der Aussteller über den angewiesenen Betrag bei dem Bezogenen sofort zu verfügen das Recht hat. Eine Verpflichtung der Klägerin zur Einlösung von Checks, welche den auf Checkkonto gewährten Kredit überstiegen, bestand hiernach, mangels abweichender Vereinbarung unter den Parteien, nicht, und die Beklagte konnte deshalb, da ihr über ihr effektives Kontokorrentguthaben hinaus ein weiterer Kredit auf Checkkonto nicht eröffnet war, mit Sicherheit davon ausgehen, daß die Klägerin die Checks, welche das vorhandene Guthaben überstiegen, nicht einlösen werde. Die Möglichkeit aber, daß es dem Angestellten Pfeilschmidt gelingen würde, mittels eines falschen Wechsels eine vermeintliche weitere Deckung zu schaffen, lag, wie die Vorinstanz mit Recht ausgeführt hat, so weit vom Bereich des erfahrungsmäßig Voraussehbaren ab, daß der Beklagten nicht entgegengehalten werden kann, sie hätte auch diese Möglichkeit in Betracht ziehen können.

Als Pfeilschmidt am 2. Oktober 1896 den ersten von ihm gefälschten Check, von 500 Fr., bei der Klägerin zur Zahlung präsentierte, wies der Checkkonto der Beklagten effektiv noch ein Guthaben von 670 Fr. 50 Cts. auf. Zwar hatte sie über ihr Checkguthaben durch die Ziehungen vom 1. Oktober sogar bis auf einen Restbetrag von 170 Fr. 50 Cts. verfügt gehabt, allein einer der am genannten Tage ausgestellten Checks im Betrage von 500 Fr. (auf das Lagerhaus in Buchs) war damals noch nicht

präsentiert worden, und mit dieser Eventualität hatte die Beklagte zu rechnen, da die Frist für die Präsentation dieses Checks zur Zahlung gemäß Art. 834 O.-R. fünf Tage dauerte. Bis zum Betrage von 670 Fr. 50 Cts. war also die Schädigung der Klägerin als Folge eines Mißbrauchs der unverwahrten Checkformulare voraussehbar, und es ist daher die Beklagte verpflichtet, der Klägerin den erlittenen Schaden in diesem Betrage zu vergüten. Der Umstand, daß ein Teil dieses Betrages, nämlich der Rest von 170 Fr. 50 Cts., erst auf den zweiten Check hin ausbezahlt worden ist, für welchen Pfeilschmidt vorher eine fiktive Deckung geschaffen hatte, vermag die Abweisung der Klage rückfichtlich dieses Restbetrages nicht zu rechtfertigen; denn daß zu der vorhandenen, wirklichen Deckung noch eine weit größere, fiktive hinzugefügt wurde, und daß der wirklich gedeckte Betrag zugleich mit einem noch weit größeren, nicht gedeckten erhoben wurde, kann daran, daß die thatsächlich eingetretene Schädigung auch mit Bezug auf diesen Restbetrag voraussehbar war, und daher in diesem Umfang von der Beklagten zu ersetzen ist, nichts ändern. Nach der Auffassung der Vorinstanz hätte Pfeilschmidt mit dem zweiten Check nur über die fiktive Deckung verfügt und die wirklich noch vorhandene intakt gelassen; allein für diese Rechnungsweise liegt nichts vor. Nur soweit keine Deckung wirklich da war, haftet die Beklagte nicht, soweit aber Deckung da war, bestand kein Grund, die Haftbarkeit aus dem durch Einlösung des zweiten Checks entstandenen Schaden zu verneinen.

8. Neben der Berufung auf die Verletzung vertraglicher Pflichten hat die Klägerin die erlittene Schädigung auch auf ein außerkontraftliches Verschulden der Beklagten zurückgeführt, indem sie geltend machte, die Beklagte habe sich bei der Anstellung Pfeilschmidts nicht gehörig vorgeesehen, und es dann auch an der nötigen Überwachung desselben fehlen lassen. Eine Pflicht zu sorgfältiger Auswahl ihrer Angestellten und zur Überwachung derselben während der Arbeitszeit würde jedoch Dritten gegenüber für die Beklagte nur bestanden haben, wenn die dienstlichen Verrichtungen, für welche die Anstellung erfolgte, mit einer Gefahr für Dritte verbunden gewesen wären, was sich in casu nicht behaupten läßt. Es ist daher der Vorinstanz beizustimmen, daß es

sich bei der Frage, ob es für die Beklagte vielleicht angezeigt gewesen wäre, vor der Anstellung Pfeilschmidts noch weitere Nachforschungen über seine Persönlichkeit und sein Vorleben anzustellen, lediglich um die Wahrung eigener Interessen der Beklagten handelte, und daß von einer Verpflichtung derselben, den Pfeilschmidt auf dem Bureau ständig zu überwachen, jedenfalls der Klägerin gegenüber nicht die Rede sein kann (abgesehen davon, daß eine derartige Überwachung unter den vorliegenden Verhältnissen nicht durchführbar gewesen wäre). Übrigens lautete das von Pfeilschmidt bei seiner Anstellung vorgewiesene Dienstzeugnis seiner Dienstherrn in Greiz, das sich auf eine mehrjährige Anstellung bei denselben bezog, günstig, und daß dieses Zeugnis gefälscht sei, konnte die Beklagte nicht annehmen.

9. Was sodann das Verhalten der Beklagten nach der Flucht Pfeilschmidts anbelangt, so ist allerdings zuzugeben, daß das Verschwinden desselben unter Mitnahme der Handkasse bei der Beklagten den Verdacht eines Mißbrauchs der unverschlossen geliebten Checkformulare hätte erwecken und sie veranlassen sollen, dieselben ungefümt nachzusehen, um allfälligen Fälschungen womöglich noch rechtzeitig auf die Spur zu kommen. Zur Anwendung dieser Diligenz war sie der Klägerin vertraglich, auf Grund des bestehenden Checkvertrages, verpflichtet. Allein das Verschulden, welches die Beklagte in dieser Richtung trifft, steht mit dem Eintritt der Schädigung der Klägerin nicht in ursächlichem Zusammenhang, sondern es kommt bei Beurteilung der vorliegenden Schadenersatzklage nur insoweit in Betracht, als es sich fragen muß, ob der einmal eingetretene Verlust nicht wenigstens teilweise wieder hätte eingebracht werden können. Ob dies aber bei rechtzeitiger Untersuchung des Checkbuchs der Fall gewesen wäre, läßt sich auch nur mit einiger Sicherheit nicht feststellen, wie es auch nicht möglich ist, den Betrag, welcher der Klägerin alsdann noch hätte gerettet werden können, annähernd zu bestimmen.

10. Während die Klägerin vor der kantonalen Instanz die Beklagte nur für eigenes Verschulden verantwortlich gemacht hat, hat sie sich in der heutigen Verhandlung vor Bundesgericht (in Anlehnung an die Ausführungen in dem Gutachten Prof. Vogt) auch auf Art. 62 O.-R. berufen. Es mag dahin gestellt blei-

ben, ob dieser Standpunkt in der bundesgerichtlichen Instanz noch habe eingenommen werden können, da derselbe jedenfalls materiell unbegründet ist. Eine Haftung der Beklagten aus Art. 62 D.-R. ist deshalb ausgeschlossen, weil nicht gesagt werden kann, ihr Angestellter Pfeilschmidt habe die Fälschungen in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen verursacht, denn die Ausstellung von Checks, wie überhaupt der Abschluß von Rechtsgeschäften, gehörte gar nicht zu den geschäftlichen Obliegenheiten dieses Angestellten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird dahin als begründet erklärt, daß die Beklagte verpflichtet ist, in dem ihr zugestellten Rechnungsauszug per 31. Dezember 1896 außer den nicht streitigen Posten die Belastung mit 670 Fr. 50 Cts. (d. h. 500 Fr. aus dem Check vom 2. Oktober 1896 und 170 Fr. 50 Cts. aus dem Check vom 3. gleichen Monats) anzuerkennen. Im übrigen wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 1898 bestätigt.

71. Urteil vom 24. September 1898 in Sachen Gloor gegen Tschann.

Werkvertrag. — Umfang der Rechtskraft, speziell der Civilurteile eines Kantons für die Gerichte eines andern Kantons. — Mängelrüge; Verspätung; Bedeutung einer vertraglichen Garantiefrist.

A. Mit Urteil vom 6. Juni 1898 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil lautete: Die Klage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage, die Klage sei gutzuheißen, immerhin in der Meinung, daß die Höhe der zuzusprechenden Entschädigung dem Ermessen des Bundesgerichtes anheimgestellt werde.

C. Die Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 21. August 1893 übernahm die Beklagte, damals unter der Firma Gebr. Kap. Tschann, gegenüber dem heutigen Kläger Gloor die Erstellung eines Backofens „nach neuestem, bestberühmtem System“ zum Preise von 840 Fr., zahlbar innert 2 Monaten nach Erstellung der Arbeit. Der Ofen war „pflichtgemäß mit größter Leistungsfähigkeit solid und sauber zu erstellen“; der Ersteller übernahm eine zweijährige Garantie von dessen Vollenzung an. Der Ofen wurde Anfangs Oktober 1893 fertig gestellt übergeben; gleichzeitig stellte die Beklagte Rechnung im Gesamtbetrage von 1048 Fr. 75 Cts. Am 16. Oktober 1893 beschwerte sich der Kläger über nicht richtiges Funktionieren des Ofens: Zu geringe Dampferzeugung und fehlenden Nachdruck, zu großen Holzverbrauch, darüber, daß der Zug, der das Kamin abschliesse, nicht zugemauert sei, weshalb die Hitze durch das Kamin verloren gehe, daß der Schieber nichts nütze, die Ware keine Farbe erhalte, daß der Ofen oben nicht vollständig zugedeckt sei, daß die Glüte herausgenommen werden müßten, sobald das Holz abgebrannt sei, ansonst der Ofenboden aufbrenne und die Ware unten schwarz werde, und daß sich endlich einige Platten unten am Ofen gelockt hätten. Anfangs November ließ die Beklagte den Ofen untersuchen und gab dem fehlerhaften Kamin die Schuld am unrichtigen Funktionieren; auf erneute Reklamationen vom 4. Dezember 1893 ließ sie verschiedene Reparaturen vornehmen, die am 27. Dezember 1893 beendet waren. Der Kläger gab nun zu, daß der Ofen etwas mehr Dampf erzeuge und weniger Holz brauche. Am 2. Februar 1894 zahlte er, ohne erneut zu reklamieren, 700 Fr.; den Mehrbetrag der Rechnung hielt er wegen Gegenforderung für Schadenersatz, Unkosten, Käufe und Gänge zurück und fügte bei, er behalte sich für den Fall der Entdeckung weiterer Mängel das Rückrecht vor. Die Beklagte protestierte erfolglos gegen jene Zurückbehaltung und klagte ihre Restforderung von 348 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1894 mit Klageschrift vom 5. Februar 1895 beim Bezirksgericht Zofingen ein. Erst am 28. Mai 1895, in seiner Klagebeantwortung, erhob der Kläger neuerdings Mängelrüge: Der Ofen funktioniere nicht richtig und müsse zum großen