Zeit vom 11. September 1902 bis 7. Juni 1903 die relativ bedeutende Summe von 1500 Fr. gesandt haben, womit für einen Mann von der Stellung des Kemigi Wagner gewiß genügend gesorgt war, so daß ein Eintreten der Klägerin durchaus nicht im Interesse von Vogt und Freundschaft geboten war. Ob das Geld in anderer Weise — zur Bezahlung von Zehschulden u. dgl. — verwendet wurde, ist offenbar vollständig irrelevant; Vogt und Freundschaft hatten ihrer Pflicht Gemüße getan mit Übersendung gehöriger angemessener Subsistenzmittel. Des weitern fehlte auf Seite der Klägerin auch der Wille, die Verwendungen im Interesse der Beklagten zu machen; wie die Briefe der Klägerin zeigen, worin sie mehrfach von ihrer Nächstenliebe u. s. w. spricht, erfolgten ihre Verwendungen in liberalem Sinne, ohne die Absicht, dadurch die Beklagten verpflichten und deren Interessen wahren zu wollen. Sie mag diese Verwendungen auch in der Hoffnung, durch das Testament des Kemigi Wagner belohnt zu werden, gemacht haben, in welcher Hoffnung sie dann auch nicht getäuscht wurde; auch das läßt darauf schließen, daß sie nicht an einen Ersatz von Seiten der Beklagten dachte, die Verwendungen nicht in der Willensabsicht, die Beklagten zu verpflichten, vornahm. Endlich zeigt auch ihr Brief gleich nach dem Ableben des Kemigi Wagner das deutlich. Damit erledigen sich alle übrigen Einwendungen, auf die einzutreten nicht notwendig ist.

5. Aus der vorstehenden Erwägung folgt aber auch, daß die Anrufung von Art. 70 OR ebenfalls zu Unrecht erfolgt: eine Bereicherung der Beklagten aus dem Vermögen der Klägerin und ohne rechtmäßigen Grund liegt nicht vor; das schon deshalb nicht, weil die Klägerin ihre Aufwendungen für Kemigi Wagner in liberaler Absicht machte und weil die Beklagten pflichtgemäß die nötigen Subsistenzmittel gesandt haben und zu mehrerem nicht verpflichtet waren.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 28. September 1905 in allen Teilen bestätigt.

84. Urteil vom 1. Dezember 1905 in Sachen
Aktiengesellschaft Photos, Bess., W.-Kl. u. Ber.-Kl.,
gegen Aktiengesellschaft für Buntpapier- und Seimfabrikation,
Kl., W.-Bess. u. Ber.-Bess.

Kauf. — Vollmacht des Handelsangestellten, speziell zu einer
Schuldenerkennung. Art. 426 OR.

A. Durch Urteil vom 23. Juni 1905 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich über die Rechtsbegehren:

a) Der Klägerin: Es sei zu erkennen, die Beklagte habe der Klägerin 2766 Fr. 65 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 22. September 1904 zu bezahlen.

b) Der Antwort und Widerklage: Die Klage sei abzuweisen; die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verurteilen, an die Beklagte und Widerklägerin 23,023 Fr. 15 Cts. nebst 5 % Zins seit 22. September 1904 zu bezahlen.
erkannt:

Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 2203 Mk. 25 Pf. zu bezahlen, nebst 5 % Zins vom 22. September 1904 an. Die Widerklage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte und Widerklägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

I. Es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen und die Widerklage gutzuheißen...
eventuell:

II. es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen:

1. Zur Abnahme der Beweise dafür:

a) daß Thieme weder Prokurist ist noch eine General- oder Spezialvollmacht oder einen Auftrag oder Anweisung zur Anerkennung der klägerischen Forderung erhalten hatte und daß er den Brief d. d. 2. September 1904 auch nicht im Sinne einer Schuldenerkennung abgehen ließ;

b) daß Dr. Schmitz sofort, als er von jener Zuschrift Thiemes

Kenntnis erhielt, diesem Vorwürfe machte, daß er ohne Auftrag und Anweisung gehandelt habe und auch sofort den Aristophot anwies, keinerlei Zahlungen an die Klägerin zu machen;

c—e) (betreffen die Mängelrüge).

2. (betrifft die Mängel).

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten und Widerklägerin diese Berufungsanträge erneuert.

Der Vertreter der Klägerin und Widerbeklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Die Klägerin, welche sich u. a. speziell mit der sog. Varytage (Überfärbung des Postkartons) von Papier befaßt, stand mit der Beklagten — einer Aktiengesellschaft für photochemische Industrie und Zweiganstalt der Aktiengesellschaft Aristophot in Tauscha bei Leipzig — in Geschäftsverbindung. Die Grundlage des gegenwärtigen Prozesses bilden zwei Käufe von Postkartenkartons, deren Saldo die Klägerin einklagt. Das eine (von den Parteien „das erste“ genannte) Geschäft betrifft einen Abschluß über 50,000 Mk., zu 1 Mk. 65 Pf. per Kg. Hievon lieferte die Klägerin mit Faktur vom 19. Februar 1904 die eine Hälfte (25,000 Mk.) auf 56 Rollen verteilt, nachdem Probefendungen, Versuche der Beklagten mit diesen und eine Garantieerklärung der Klägerin für Haltbarkeit des Papiers vorangegangen waren. Nach Reklamation vom 16. März 1904 und weitem Proben sandte die Beklagte unter dem 24. März die intakt gebliebenen 26 Rollen der Klägerin zurück, während sie die bereits präparierten an die Aristophot spedierte und hiezum der Klägerin bemerkte, sie werde dem Leipzigerhaus sehr anempfehlen, den Karton möglichst so zu verwenden, daß keine Ausschußware entstehe, müsse sich aber vorbehalten, eventuelle Reklamationen an die Klägerin weiterzuleiten. Die Klägerin erkannte die Beklagte für die retournierten Rollen; sie übersandte der Beklagten sodann 5 Rollen aus den zweiten 25,000 Mk. behufs Vornahme von Proben, und am 25. April 1904 zwei nachpräparierte Rollen aus den 21 retournierten Stück. Die Beklagte sandte jedoch nach einigen Probeversuchen den unverbrauchten Rest dieser beiden

Sendungen zurück und wurde auch dafür von der Klägerin erkannt; die zweiten 25,000 Mk. hat sie nie bezogen. Das andere (von den Parteien „das zweite“ genannte) Geschäft beschlägt einen Posten von 17 Rollen Postkartenkarton, 7384 Mk. lang und 64 Cm. breit, zu 1 Mk. 50 Pf. per Kg., die am 18. Dezember 1903 gesandt wurden und deren Fakturabtrag 1747 Mk. 5 Pf. ausmacht. Die Beklagte versah den betreffenden Karton mit ihrer Bromsilberemulsion und lieferte ihn dann zu weiterer Verwendung der „Aristophot“. Diese stellte jedoch den Karton der Beklagten am 20. April 1904 zur Verfügung. Die Beklagte gab der Klägerin hievon am 27. gl. Mts. Kenntnis, wobei sie bemerkte, sie werde sich bemühen, die „Aristophot“ zur Verwertung des Kartons zu veranlassen, behalte sich aber vor, auf die Klägerin zurückzugreifen für den Fall, daß eine friedliche Auseinandersetzung scheitern sollte. Die Klägerin lehnte (mit Brief vom 29. April) jede Verantwortlichkeit ab. Der Kaufpreis für das zweite Geschäft wurde von der Beklagten im Laufe der ersten Hälfte des Jahres 1904 bezahlt; hinsichtlich des ersten Geschäftes bezahlte die Beklagte 4011 Mk., während die Retourwaren 3879 Mk. 97 Pf. ausmachten. Mit Schreiben vom 17. August 1904 teilte nun die Klägerin der Beklagten mit, sie erlaube sich, den ihr zukommenden Betrag von 2203 Mk. 5 Pf. per Sicht auf das Stammhaus der Beklagten, „Aristophot“, zu entnehmen, und bitte die Beklagte, ihr Stammhaus hievon zu avisieren. Die Beklagte antwortete am 19. gl. Mts.: „Wir empfangen ihr Wertes vom 17. ds. Mts. und teilen Ihnen in Erledigung desselben mit, daß wir unser Stammhaus veranlaßt haben, Ihnen den avisierten Betrag in bar resp. direkt einzusenden und ersuchen Sie daher, die Sichttratte nicht in Kurs zu setzen. Hochachtend Photos A.-G. i. A. (diese Worte mit Stempel) „R. Thieme.“ Thieme, der mit diesem Schreiben zum erstenmal in den Akten als Korrespondent auftritt, war Buchhalter der Beklagten; die früheren Schreiben waren jeweilen von Dr. Schmies, dem Prokuristen der Beklagten, unterzeichnet. Am 26. August 1904 schrieb sodann Thieme „per Photos A.-G.“ der Klägerin: „Bei der gegenwärtigen Revision unserer Bücher haben sich leider einige Unregelmäßigkeiten in den Buchungen unsererseits ergeben

„und bitten wir Sie deshalb, sich der Mühe unterziehen zu wollen „und uns einen vollständigen Auszug von allem Anfang an zu „übersenden, nach Nichtigstellung der Bücher werden wir Ihnen „dann sofort den Saldo überweisen.“ Und am 2. September 1904, wieder mit der Unterschrift „Photos A.-G. i. A.“: „Wir „haben Ihnen am geschrieben, daß Ihnen der Betrag Ihres „Guthabens direkt ab Taucha zugeht, sobald sich die Differenz „aufgeklärt hat. Wir haben nun die Angelegenheit geprüft und „den Nichtigbefund nach Leipzig gemeldet und gleichzeitig zur „Zahlung angewiesen. Heute nun nach Verlauf von kaum zwei „Tagen bringen Sie wieder die Avistierung einer Sichttratte. — „Wir ersuchen Sie daher nochmals, die Tratte nicht in Kurs zu „setzen und sich noch 2—3 Tage zu gehalten, bis Ihnen der „Betrag von Taucha direkt zugeht.“ Mit Schreiben vom 8. Oktober 1904 reklamierte die Klägerin bei der Beklagten, daß noch keine Zahlung erfolgt sei, und ersuchte die Beklagte, zu bestätigen, daß „1. Sie unsere Forderung für richtig anerkennen, daß also „auch unsere Drastierung von 2203 Mk. 5 Pf. auf die Gesellschaft Aristophot zu Recht besteht und daß Sie 2. die Gesellschaft Aristophot beauftragt haben, diesen Betrag (sowie überhaupt alle Beträge) an uns zu zahlen und daß 3. auf Grund „Ihres Auftrages bezüglich der Zahlung somit Taucha bei Leipzig „Erfüllungsort“ ist.“ Mit Brief vom 14. gl. Mts. antwortete „Photos A.-G. i. A. Thiene“: „.... teilen Ihnen „mit, daß unsere Notiz bezüglich der Richtigkeit einer konformen „Buchung nichts mehr als eine übliche Formsache ist, welche aber „mit der Fabrikation und der darin bestehenden Differenzen „effektiv nichts zu tun hat. Es geschah dies keinesfalls in dem „Sinne, daß auch damit die schwebenden Reklamationen, welche „sich seit zirka einem halben Jahre durch die sämtliche mit Ihnen „geführte Korrespondenz ziehen, ihren Abschluß finden sollten. „Wir wollen Sie unter anderm nur auf unsern Brief vom „27. April a. c. verweisen, Da nun unser Stammhaus auf „seinem Standpunkt beharrt, so sind selbstverständlich auch wir „gezwungen, uns schadlos zu halten und von dem ausbedungenen „Vorbehalt Gebrauch zu machen, umso mehr Sie sich verpflichteten „und selbst die Garantie für tadellose Lieferungen übernommen

„haben....“ Die Klägerin rief der Beklagten mit Brief vom 18. Oktober deren Schreiben vom 2. September in Erinnerung und bemerkte, sie müsse dieses Schreiben durchaus nicht als „übliche Formsache“, „sondern als ein in aller Form gegebenes Zahlungsversprechen“ ansehen; die von der Beklagten mit ihrem Schreiben vom 14. Oktober übersandte „Aufstellung der Schäden“ sandte die Klägerin zurück. Da Zahlung nicht erfolgte, klagt nun die Klägerin den Saldo von 2203 Mk. 5 Pf. nebst Verzugszins seit 22. September 1904 ein, indem sie sich in erster Linie auf die Anerkennung, die sie in den Schreiben der Beklagten vom 19. und 26. August und 2. September 1904 erblickt, stützt. Die Beklagte gründet ihren Klageabweisungsschluß darauf, in den angeführten Schreiben sei nur die Anerkennung der rechnerischen Richtigkeit der klägerischen Forderung zu erblicken, dagegen nicht eine Anerkennung der Schuldspflicht; zu einer solchen sei Thiene gar nicht befugt und nicht bevollmächtigt gewesen. Des weitern hat die Beklagte bezüglich beider Käufe den Wandelungsanspruch erhoben und damit einen Schadenersatzanspruch geltend gemacht. Die Vorinstanz hat in ihrem eingangs mitgeteilten Urteil die Klage in erster Linie aus dem Gesichtspunkte der Schuldanerkennung geschützt, des weitern aber auch die Mängelrüge der Beklagten teils als verspätet, teils als sachlich unbegründet zurückgewiesen.

2. (Anzuwendendes Recht, Kompetenz.)

3. Da die Klage in erster Linie auf eine Anerkennung der Schuldspflicht durch die Beklagte gestützt wird und bei Begründetheit dieses Standpunktes die Prüfung der materiellen Einreden der Beklagten wie überhaupt der materiellen Begründetheit der klägerischen Forderung überflüssig wird, ist zunächst dieses Klagefundament zu prüfen. Hierbei ist vorab zu untersuchen, welche Bedeutung den Schreiben der Beklagten vom 19. und 26. August und 2. September 1904 zukommt: ob sie, wie die Beklagte auch heute noch geltend macht, lediglich die Anerkennung der rechnerischen Richtigkeit der Buchauszüge bilden, oder aber, wie die Klägerin behauptet und die Vorinstanz angenommen hat, eine Anerkennung der Schuldspflicht. In diesem Punkte ist nun der Vorinstanz beizustimmen. Das Schreiben der Beklagten vom

19. August schon enthält keineswegs eine bloße Anerkennung, daß der Saldo zu Gunsten der Klägerin 2203 Mk. 5 Pf. ausmache, sondern es enthält die Antwort auf das Schreiben der Klägerin (vom 17. August), daß dieser Betrag in einer Tratte auf das Stammhaus in Taucha entnommen werde, und teilt mit, das Stammhaus sei angewiesen, direkt zu zahlen: einem solchen Schreiben kann unmöglich eine andere Auslegung als die, das Stammhaus sei angewiesen zu zahlen und damit werde die Schuld anerkannt, gegeben werden. Es wäre daher auch unerheblich, wenn die folgenden von Thieme aufgesetzten und unterzeichneten Schreiben diese Anerkennung zurückgenommen hätten; allein zum Überfluß ist das durchaus nicht der Fall, sondern sie enthalten, namentlich dasjenige vom 2. September, eine erneute Anerkennung der Schuld. Erst im Schreiben vom 14. Oktober wird dann ein anderer Standpunkt eingenommen; aber es ist klar, daß dieser die abgegebene Willenserklärung nicht zu entkräften vermochte. Ein Irrtum des Brieffschreibers Thieme über den Inhalt und die rechtliche Bedeutung seiner frühern Erklärungen wäre gegenüber der abgegebenen Willenserklärung irrelevant als bloßer Irrtum im Motiv; das Beweisangebot dafür, daß Thieme den Brief vom 2. September 1904 nicht im Sinne einer Schuldanerkennung habe abgeben lassen, ist daher nicht zu hören. Die Entscheidung des Rechtsstreites hängt sonach einzig davon ab, ob die Beklagte die Anerkennung Thiemes gegen sich gelten lassen müsse. Festgestellt ist nun erstens, daß Thieme Buchhalter, also Handlungsgehilfe, nicht Handlungsbevollmächtigter zum Betrieb des ganzen Geschäftes im Sinne des Art. 426 OR war. Es fragt sich daher, ob er entweder im Sinne dieses Artikels zur Regelung der Angelegenheit mit der Klägerin generell oder speziell bevollmächtigt war oder ob die Beklagte trotz Fehlens einer Vollmacht die Erklärungen Thiemes nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gegen sich gelten lassen müsse. Hierbei ist davon auszugehen, daß die Erteilung einer Vollmacht an keine Form gebunden ist und auch stillschweigend geschehen kann und unter Umständen aus dem Stillschweigen des Geschäftsherrn zu Rechts-handlungen des Angestellten auf Erteilung der Vollmacht zu schließen ist, so insbesondere wenn der Geschäftsherr es in einer Weise, die auf Vollmacht schließen läßt, geschehen läßt, daß

ein Angestellter sich einem Dritten gegenüber als Bevollmächtigter geriert. (Staub, Komm. z. HGB, 6. u. 7. Aufl., Bd. I, S. 217, Anm. 3; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I, S. 348 bei Anm. 15.) Im vorliegenden Falle ist von Bedeutung die Art und Weise, wie Thieme dazu gelangt ist, die Korrespondenz zu führen. Der Umstand, daß er in den fraglichen Briefen einen Stempel benützte und „im Auftrag“ der Beklagten, „per“ die Beklagte zeichnete, läßt darauf schließen, daß ihm die Korrespondenz überhaupt in gewissem Maße überlassen wurde, oder daß er doch wenigstens mit der Regelung der Angelegenheiten mit der Klägerin bevollmächtigt war, sei es zufolge eines Spezialauftrages, sei es zufolge allgemeiner Vollmacht. Freilich geben die Akten keinen genauen Aufschluß über das Anstellungsverhältnis des Thieme; es steht insbesondere nicht fest, ob er (was die Klägerin behauptet hatte) neben dem Prokuristen Dr. Schmies das einzige Bureaupersonal der Beklagten gebildet habe und sogar zu Abschlüssen bevollmächtigt sei. Verhalte es sich aber damit wie immer, so ist von größter Wichtigkeit, daß Thieme auch in seinem die frühern Erklärungen widerrufenden Briefe vom 14. Oktober — den er nach der nicht angefochtenen Feststellung der Vorinstanz zweifellos im Einverständnis mit dem Prokuristen Dr. Schmies geschrieben hat — durchaus nicht darauf abstellt, er wäre zu einer Schuldanerkennung nicht berechtigt gewesen; er sucht vielmehr seiner Erklärung lediglich eine andere Deutung zu geben. Unter diesen Umständen ist darauf zu schließen und mußte jedenfalls die Klägerin annehmen, daß Thieme Vollmacht zur Regelung im Sinne der Schuldanerkennung hatte. Die Klage ist daher aus diesem Gesichtspunkte gutzuheißen, und hieraus folgt ohne weiteres die Abweisung der Widerklage; die Beweisangebote der Beklagten erledigen sich hiemit von selbst als unerheblich.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 1905 in allen Teilen bestätigt.