

erforderliche Instruktion nicht erteilt; dadurch habe sie den für die Klägerin ungünstigen Prozeßausgang verschuldet. Demgegenüber ist zu bemerken: Die Beklagte hat von Anfang an und stets gegenüber der Klägerin bestimmt die — im nunmehrigen Prozeß als berechtigt befundene — Auffassung vertreten, daß das Mobiliar Imbachs mit Wanzen behaftet sei und dies als Grund für ihre Verweigerung des Einzuges angegeben. Damit hat sie die Klägerin über ihren Rechtsstandpunkt als Vermieterin genügend aufgeklärt und es war Sache der Klägerin, ihrerseits die zur Wahrung ihrer Rechte erforderlichen Erhebungen zu machen. Zu einer besondern Auskunftserteilung und einer Mithilfe in Hinsicht auf den von der Klägerin gegen Imbach zu bestehenden Prozeß konnte die Klägerin kraft Bundeszivilrechtes nicht verhalten sein, sondern eine allfällige Verpflichtung ließe sich nur aus den Bestimmungen des bernischen Prozeßrechtes über die Streitverkündung und deren Wirkungen ableiten, in welcher Beziehung das Bundesgericht das Streitverhältnis nicht nachzuprüfen hat. In Wirklichkeit ist übrigens die Beklagte der Klägerin durch Übersendung eines Zeugenverzeichnisses an die Hand gegangen. Aus dem Gesagten ergibt sich auch die Unbegründetheit des in der Berufungsinanz gestellten Begehrens um nachträgliche Abhörnung des Dr. Maisch als Zeugen, der die mangelhafte Prozeßinstruktion hätte bekunden sollen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 13. Juni 1912 in allen Teilen bestätigt.

92. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Oktober 1912  
in Sachen Gebrüder Frey, Kl. u. Ber.-Kl., gegen  
Parfümerie- & Seifenfabrik in Hochdorf, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 459 OR (426 aOR): *Vertragsabschluss durch den Prokuristen einer Aktiengesellschaft ohne Ermächtigung des Verwaltungsrates. — Die Beweiskraft der Aussage eines Zeugen, der eine Rückgriffsklage zu gewärtigen hat, bestimmt das kantonale Recht. — Inwiefern gilt Stillschweigen als Annahme eines Vertragsangebotes? Unter welchen Voraussetzungen liegt ein inhaltlich genügendes Vertragsangebot vor?*

A. — Durch Urteil vom 8. März 1912 hat das Obergericht des Kantons Luzern in vorliegender Streitfache erkannt: „Die Beklagte sei gehalten, an die Kläger zu bezahlen 150 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 24. September 1908; mit der Mehrforderung seien die Kläger abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger durch ihren Anwalt vor den kantonalen Instanzen gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, das angefochtene Urteil sei in dem Sinne abzuändern, daß den Berufungsklägern die ganze eingeklagte Summe von 4080 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 24. September 1908 zuzusprechen sei.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Kläger den gestellten Berufungsantrag erneuert und eventuell noch beantragt, es seien die Kopierbücher der Gegenpartei aus den Jahren 1907 und 1908 zu den Akten zu erheben.

Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Kläger, Gebrüder Frey, Inhaber einer lithographischen Anstalt in Zürich, belangen im vorliegenden Rechtsstreite die Beklagte, die Parfümerie- und Seifenfabrik in Hochdorf, auf Bezahlung einer Entschädigung wegen Vertragsbruches von 4080 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 24. September 1908 (Adung vor den Friedensrichter). Nach ihren Angaben hat ihr Reisender B. Krahnfeld die Beklagte am 11. Dezember 1907 besucht und

damals zu Handen der Kläger von der Beklagten auf Grund eines vorgelegten Entwurfes den Auftrag zur Erstellung eines Reklamespiels erhalten. In einem an die Kläger gerichteten Schreiben Krahnfelds vom 11. Dezember berichtet dieser: Die Idee des genannten Entwurfes habe der Beklagten gefallen; das Spiel solle aber größer und eleganter sein, der Preis 8—10 Ets. per Stück. Die Auflage solle 100,000 Stück betragen, die Lieferung so bald als möglich erfolgen und als Bedingung werde gestellt, daß die Kläger im nächsten Jahr keiner schweizerischen Seifenfabrik ein Spiel liefere. Krahnfeld habe sich durch Handschlag verpflichtet, die erwähnte Bedingung zu halten und auch in den nächsten 8—14 Tagen, bis zu welchem Zeitpunkt die letzten definitiven Abmachungen getroffen sein würden, keine Seifenfabrik zu besuchen. Selbstverständlich sei ihm durch diesen Handschlag auch der Auftrag erteilt. Man erwarte täglich und stündlich die neuen Packungen (für die Fabrikate der Beklagten) und stelle dann von jeder, die im Spiel verwendet (abgebildet) werden solle, den Klägern ein Original zur Verfügung.

Am 13. Dezember 1907 schrieben die Kläger der Beklagten: Sie bestätigten ihr hiemit die getroffene Abmachung und verpflichteten sich danach, im nächsten Jahr keiner andern Seifenfabrik ein Reklamespiel zu liefern, wie übrigens in den nächsten 14 Tagen, bis zum Empfange der endgültigen Instruktion der Beklagten über die Ausführung, Herr Krahnfeld keiner schweizerischen Seifenfabrik einen Besuch abstatten werde. Dagegen garantiere die Beklagte den definitiven Auftrag auf eine Mindestauflage von 100,000 Spielen nach einem für sie zu erstellenden Entwurf, im Format von ungefähr 37 × 51 cm und in der Preislage von zirka 8—10 Ets. per Stück. Die genau kalkulierten Preise würden die Kläger der Beklagten bei der Vorlage des zweiten Entwurfes mitteilen. Am 25. Januar 1908 richteten die Kläger an die Beklagte ein weiteres Schreiben folgenden Inhalts: „Wir beehren uns, Ihnen mit Gegenwärtigem den neuen Entwurf zu den uns gütigst in Auftrag gegebenen Reklamespielen zu übermachen. — Sie werden selbst konstatieren, daß unser Künstler Mühe und Arbeit nicht gescheut hat, für Sie etwas durchaus Originelles und Gebiegenes zu vollbringen. —

„Wir bitten noch um gest. genaue Festlegung der Spielregeln und Aufgabe derselben an unsern Vertreter, Herrn Krahnfeld.  
 „— Umstehend geben wir Ihnen noch die äußersten bezüglichen Preise auf:

„Auflage	100,000	200,000 Exemplare
„per Exemplar à	9,3	7,9 Ets.

„Die Ausführung geschieht in fünffarbigen Drucke, unter Verwendung einer weißen, zweckdienlichen, bessern Papierqualität, Format 39 × 51 cm. Wir gewärtigen gerne Ihre gefälligen Rückäußerungen und zeichnen . . . .“

Mit Brief vom 4. März fragten die Kläger an, ob ihr Vertreter in den nächsten Tagen zur Entgegennahme der letzten Instruktionen über die Ausführung des in Auftrag gegebenen Reklamespiels bei der Beklagten vorsprechen dürfe; es wäre den Klägern sehr angenehm, wenn die Angelegenheit noch diese Woche erledigt werden könnte, namentlich auch wegen den technischen Dispositionen, die die Kläger infolge anderer umfangreicher Ordres mit beschränkter Lieferfrist zu treffen hätten. Auf dies antwortete die Beklagte durch Brief vom 6. März: Vorderhand habe es noch keinen Zweck, den Vertreter der Kläger zu ihr zu beordern. Es fehlten noch einige Packungen, die die Beklagte zu Reklamezwecken verwenden wolle und bevor sie diese besitze, könne sie die Gelegenheit unmöglich ins Reine bringen. Sie bitte daher um kurze Zeit Geduld. Am 2. April fragten die Kläger an, ob die Beklagte die neuesten Packungen nunmehr besitze, so daß die Kläger den der Beklagten unterbreiteten Entwurf fertig erstellen und mit der definitiven Ausführung beginnen könnten. Als sie hierauf ohne Antwort blieben, stellten die Kläger am 10. April die Anfrage, ob jemand von ihrer Firma in der Angelegenheit bei ihnen vorsprechen dürfe. Auf dies gab die Beklagte am 11. April den Bescheid: Die erwähnten Packungen seien noch nicht fertiggestellt, es werde dies aber, wie die Beklagte bestimmt hoffe, in den nächsten 14 Tagen der Fall sein und die Beklagte werde die Kläger alsdann auf dem Laufenden halten. Eine erneute Anfrage vom 29. April in betreff der fraglichen Packungen beantwortete die Beklagte am 2. Mai wiederum dahin, daß sie den Klägern nach deren Fertigstellung sofort Bericht geben werde.

Am 27. Mai 1908 ersuchten die Kläger um Auskunft, ob die Angelegenheit betreffend das Reklamespiel nun in den nächsten Tagen erledigt, resp. endgültig besprochen werden könnte und erhielt am 30. Mai den Bericht: Die Beklagte könne in der Sache noch nichts Definitives „an die Hand geben“ und bitte die Kläger, in 8 Tagen nochmals auf die Angelegenheit zurückzukommen, indem die Beklagte hoffe, dann endgültig Bescheid geben zu können. Am 6. Juni ersuchten die Kläger um Auskunft, ob sie nunmehr mit der Lithographie des Spiels beginnen könnten und bemerkten, daß sie der Einladung der Beklagten zur Besprechung der letzten Änderungen am Entwurfe gewärtig seien. Mit Schreiben vom 11. Juni antwortete ihnen nunmehr die Beklagte: Es werde ihr leider im Laufe dieses Geschäftsjahres nicht mehr möglich sein, von der Offerte der Kläger, das Reklamespiel betreffend, Gebrauch zu machen; sie würde erst in den Monaten September—Oktober einen definitiven Bescheid geben können und stelle es unter diesen Umständen den Klägern anheim, ihren Entwurf inzwischen andererseits zu verwerten. Demgegenüber machten die Kläger im darauffolgenden Brief vom 13. Juni unter Berufung auf die bisherigen Unterhandlungen geltend, die Beklagte habe ihnen schon am 13. Dezember 1907 einen endgültigen Auftrag zur Erstellung des Reklamespiels erteilt, welche Auffassung durch die Reiserapporte des klägerischen Vertreters und durch die eigenen Briefe der Beklagten bekräftigt werde. In der nachfolgenden Korrespondenz hielten die Parteien an ihren sich widerstreitenden Auffassungen fest.

Der schon erwähnten Klage wegen Vertragsbruches hat die Beklagte einmal entgegengehalten, sie habe deshalb nicht verpflichtet werden können, weil das Geschäft nicht ihrem Verwaltungsrat zur Genehmigung unterbreitet worden sei, und sodann sei es zu keinem wirklichen Vertragsabschlusse gekommen. Die kantonalen Instanzen haben den letztern Standpunkt geschützt, immerhin aber den Klägern eine Entschädigung — das Bezirksgericht von 250 Fr., das Obergericht von 150 Fr. — für Arbeiten und Umtriebe zugesprochen, die ihnen bei der Ausführung der zwei Entwürfe des fraglichen Reklamespiels entstanden seien.

2. — Laut den Akten ist Dr. Walter Urech, der für die Be-

klage mit der Klägerin unterhandelt und die Korrespondenzen unterzeichnet hat, Prokurist der Beklagten. Nach Art. 459 OR (426 aOR) durfte ihn also die Beklagte als ermächtigt ansehen, den beabsichtigten Vertrag abzuschließen, da dessen Eingehung eine Rechts handlung darstellt, die der Zweck des Geschäftes der Beklagten mit sich bringen kann und da auch nicht etwa behauptet wird, Dr. Urech besitze bloß Kollektivprokura. Ob die Sache dem Verwaltungsrate zur Genehmigung hätte vorgelegt werden sollen, ist eine die internen Rechtsbeziehungen der beklagten Gesellschaft betreffende Frage und eine Unterlassung in dieser Hinsicht könnte im Verhältnis nach außen der Verbindlichkeit der von Dr. Urech vorgenommenen Rechts handlungen keinen Abbruch tun.

3. — Die Kläger machen in erster Linie geltend, sie hätten den behaupteten Vertrag schon am 11. Dezember 1907 durch ihren Vertreter Krahnfeld mündlich mit der Beklagten abgeschlossen, und sie berufen sich hiefür vor allem auf die Aussagen Krahnfelds. Nun spricht aber die Vorinstanz seinem Zeugnis — und damit auch seinem schriftlichen Berichte an die Klägerin vom 11. Dezember 1907 über seine mündlichen Verhandlungen mit der Beklagten — gestützt auf den § 175 lit. b der luzernischen ZPD die Beweis kraft ab, mit der Begründung, Krahnfeld könnte auf Rückzahlung der erhaltenen Provision belangt werden, wenn der Richter das Zustandekommen eines Vertrages verneine und er habe also ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Prozesses. Die Lösung dieser dem kantonalen Prozeßrechte unterstehenden Beweisrechtsfrage ist vom Bundesgericht nicht auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen und es kann sich daher allein noch fragen, ob die Kläger den ihnen obliegenden Beweis des Zustandekommens eines Vertrages aus der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz zu erbringen vermögen.

In dieser Hinsicht kommt zunächst der Brief der Kläger vom 13. Dezember 1907 in Betracht, worin sie die mit Krahnfeld „getroffene Abmachung bestätigen“ und deren Inhalt eingehend wiedergeben. Da die Beklagte zugibt, vorher mündlich mit Krahnfeld in der Sache unterhandelt zu haben, scheint es auffällig, daß sie auf diesen Brief stillgeschwiegen hat, wenn sie wirklich der Meinung gewesen ist, daß eine vertragliche Bindung

noch nicht bestehe. Denn die Gegenpartei beruft sich in ihrem Schreiben auf einen bereits erfolgten Vertragsabschluß und sie gibt auch den Inhalt des behaupteten Vertrages des näheren an. Freilich wird dieser Inhalt noch insoweit unbestimmt gelassen, als der Entwurf für das fragliche Reklamespiel, der den frühern, nicht angenommenen, ersetzen und auf Grund dessen die Erstellung der Spiele erfolgen soll, noch nicht vorliegt, sondern erst noch auszuarbeiten und von der Beklagten zu genehmigen ist und als insolgedessen das Format und der Preis nur annähernd angegeben werden können. Allein dabei handelt es sich doch wohl nur um Nebenpunkte, die nach der für solche Geschäfte geltenden Verkehrsübung eine vertragliche Willenseinigung nicht ausschließen, sondern bei der Ausführung des Vertrages näher geregelt werden sollen. Ist dem aber so, so hätte die Beklagte allen Grund gehabt, in Hinsicht auf die schon geführten Vertragsunterhandlungen, die, wie die Erstellung des ersten Entwurfes darthut, weit fortgeschritten waren, ihre Auffassung, daß eine bindende Einigung noch nicht bestehe, gegenüber den Klägern zum Ausdruck zu bringen; mußte sie doch aus dem Schreiben ersehen, daß die Kläger ihrerseits, gestützt auf den Bericht ihres Vertreters, den Vertrag als perfekt betrachteten. Wenn die Beklagte statt dessen die briefliche Äußerung der Kläger von der „getroffenen Abmachung“ unbeantwortet ließ, so muß ihrem Stillschweigen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr die Bedeutung einer Annahmeerklärung beigelegt werden; dies besonders, wenn man mitberücksichtigt, daß die Beklagte sich auch nachher Monate lang gegen die Behauptung einer vertraglichen Bindung nicht verwahrt hat, trotzdem die Kläger später noch wiederholt ihre Auffassung hierüber kundgegeben und sich namentlich in ihrem Schreiben vom 25. Januar neuerdings ausdrücklich auf einen erteilten Auftrag berufen haben. (Vergl. *US* 30 II S. 301 02; *D s e r*, Kommentar zum *OR* S. 23 unter c.)

Wollte man indessen nicht so weit gehen, so müßte man doch unter allen Umständen den Vertrag als auf Grund des Briefes vom 25. Januar 1908 zu Stande gekommen ansehen. In diesem Schreiben wird nunmehr der Vertragsinhalt, soweit er früher noch unbestimmt gelassen war, genau präzisirt: einmal durch den

Hinweis auf den beigelegten neuen Entwurf, nach dem die Spiele zu erstellen seien, und sodann durch die ziffermäßige Bezeichnung von Preis und Format und die näheren Angaben über die Art des Drucks und das zu verwendende Papier. Hieran ändert auch nichts, daß gleichzeitig von einer kleinern Auflage mit höherem und einer größern mit geringerem Preise gesprochen wird: es handelt sich deshalb nicht etwa um eine doppelte, alternativ gestellte Vertragsofferte, so, daß ein Abschluß nur durch eine ausdrückliche Erklärung der Beklagten darüber, für welche davon sie sich entscheiden wolle, zu Stande kommen könnte. Vielmehr soll damit die Beklagte die Möglichkeit erhalten, nachher auf Grund des abgeschlossenen Vertrages zu bestimmen, ob sie das größere oder das kleinere der zu den betreffenden Bedingungen lieferbaren Quanta beziehen wolle. Man hat es also auch hier mit einer lediglich die spätere Ausführung des Vertrages betreffenden Unbestimmtheit zu tun. Das gleiche gilt ferner, sofern auf dem Entwurfe noch die Spielregeln anzubringen und Abbildungen von Verpackungen, die die Beklagte für ihre Fabrikate einführen wollte, einzuzeichnen waren. Diese weitem Vorkehrungen sollten, wie nicht bestritten, in den vorgeschriebenen Preisen inbegriffen sein und es fehlte also nur noch die genaue Weisung der Beklagten, wie in dieser Beziehung der Spielentwurf zu ergänzen sei. Nach all dem konnte also die Beklagte aus dem Inhalte des Briefes vom 25. Januar 1908 deutlich entnehmen, daß die Kläger darin alle für den Vertrag wesentlichen Punkte bestimmt formulierten und im weitem mußte sie, wie schon erwähnt, daraus — und schon aus dem Schreiben vom 13. Dezember 1907 — ersehen, daß sich die Kläger im Besitze eines durch ihren Reisenden vermittelten festen Auftrages glaubten. Angesichts dessen hatte sie noch mehr als früher allen Anlaß, ihre abweichende Auffassung durch eine deutliche Gegenäußerung den Klägern kund zu geben. Statt dies zu tun, schweigt sie wiederum still und als sie dann von den Klägern mit Brief vom 4. März, neuerdings unter Verweisung auf den erteilten Auftrag, angefragt wird, ob nun ihr Vertreter bei ihr die letzten Instruktionen entgegennehmen könne, verneint sie dies lediglich deshalb, weil ihr noch einige Packungen fehlten, also nach dem Gesagten aus einem Grunde, der das Vorhanden-

sein einer vertraglichen Verbindung voraussetzt und sich auf die Vollziehung des Vertrages bezieht. Wenn sie dabei noch bemerkt, vor dem Empfange der fehlenden Packungen könne sie „die Angelegenheit unmöglich ins Reine bringen“, so kann mit den letztern Worten unter den gegebenen Umständen nicht ihre Mitwirkung zum Abschluß des Vertrages gemeint sein, sondern einzig die Erteilung der für die Vertragsvollziehung noch erforderlichen Weisungen. Durch ihr ganzes Verhalten hat sie der gegnerischen Auffassung, daß eine vertragliche Abmachung vorliege, zugestimmt und sie muß diese Auffassung um so mehr nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen, als sie sich auch später noch wiederholt einzig auf das Fehlen der fraglichen Packungen berufen und sich erst im Juni auf den Standpunkt gestellt hat, es habe sich bloß um eine für sie unverbindliche Offerte gehandelt.

4. — Nachdem sich die Beklagte in der Folge unter Bestreitung ihrer vertraglichen Gebundenheit geweigert hat, zur Ausführung des Vertrages Hand zu bieten, ist die von den Klägern behauptete Schadenersatzpflicht wegen Vertragsbruchs im Grundsatz gegeben. Für die Prüfung, ob und in welcher Höhe die einzelnen geltend gemachten Erfasansprüche begründet seien, dürften zwar die Akten, besonders das Expertengutachten, die erforderlichen Anhaltspunkte größtenteils bieten. Immerhin ist dies doch nicht in allen Beziehungen der Fall, namentlich nicht, was die für den Provisionsanspruch von 930 Fr. wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse betrifft, und es rechtfertigt sich daher, die Sache zur Festsetzung der zuzusprechenden Entschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des luzernischen Obergerichts vom 8. März 1912 im Grundsatz gutgeheißen und die Sache zur Schadensfestsetzung im Sinne von Erw. 4 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

93. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Oktober 1912  
in Sachen **Münch**, Kl. und Ber.-Kl., gegen **Off**,  
Befl. und Ber.-Befl.

*Lizenzvertrag über Ausführung von Deckenkonstruktionen nach patentiertem System mit Konkurrenzverbot und Konventionalstrafe. Gültigkeit des Vertrages: keine unzulässige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit. Ueberschreitung des Konkurrenzverbotes durch den Lizenznehmer durch Ausführung von Bauten in « Konkurrenzsystemen »? Tat- und Rechtsfrage. Rückweisung an die Vorinstanz zur Anordnung einer neuen Expertise. — Voraussetzungen der Rückweisung nach Art. 82 OG.*

Das Bundesgericht hat  
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Mit Urteil vom 22. April 1912 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage:

„Ist die klägerische Forderung von 5000 Fr. nebst Zins zu „5 % seit dem 28. Juli 1906 gerichtlich zu schützen?“  
erkannt:

Die Rechtsfrage wird verneinend entschieden.

B. — Gegen dieses den Parteien am 6. Mai 1912 zugestellte Urteil hat der Kläger innert Frist die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen, es sei die Klage in vollem Umfange zu schützen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diese Anträge erneuert und den weiteren Eventualantrag gestellt, es sei die Sache gemäß Art. 82 OG zur Verbollständigung des Tatbestandes durch Neuvornahme oder Ergänzung der Expertise an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen. Der Vertreter des Beklagten hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt. Eventuell hat er auf Rückweisung der Sache an die kantonalen Instanzen angetragen, zur Ergänzung der Expertise darüber, ob die vom Beklagten ausgeführten Deckenkonstruktionen als vertragswidrige Ausführungen in Konkurrenzsystemen zum System des Klägers zu betrachten seien; ganz eventuell zur Beweiserhebung über Preis und Konkurrenzfähigkeit des Systems Münch; —