

ren den Eintritt des Schadens wenigstens begünstigt haben und daß anderseits das Verschulden der Beklagten kein schweres sei; aus diesen Gründen rechtfertige sich eine erhebliche Ermäßigung der Ersatzpflicht im Sinne von Art. 51 O.-R. Deshalb die Vorinstanz die von ihr gesprochene Summe nicht verzinslich erklärt, führt sie im Urteile nicht aus.

Dieser Argumentation der Vorinstanz kann nicht durchweg beigestimmt werden. Zunächst ist festzustellen, daß ein Witverschulden der Klägerin von den Beklagten selber nicht behauptet wird und auch offenbar nicht vorliegt. Ob aber ein Witverschulden Röhrenmunds oder seiner Angestellten angenommen werden kann — liegend besonders in der Verwendung der Klägerin, einer kleinen, schwächlichen Person, zu der betreffenden Arbeit — ist nicht so durchaus ausgeschlossen, wie die Vorinstanz annimmt, jedoch im vorliegenden Prozeß nicht weiter zu untersuchen. Immerhin ist ausschlaggebend, daß das Verschulden der Beklagten nicht als schweres bezeichnet werden kann, und von diesem Standpunkt aus muß gesagt werden, daß der von der Vorinstanz vorgenommene Abstrich von 7400 Fr., wenn er auch hoch erscheint, doch keine Rechtsgrundsätze verlegt. Eher könnte sich fragen, ob nicht die danach zugesprochene Summe von 6000 Fr. verzinslich zu erklären sei. Der Verzinsung kann wohl kaum mit Grund entgegengehalten werden, die Klägerin habe im Klagebegehren selber die Verzinsung nicht verlangt, denn sie hat hier Ersatz des (vollen) Schadens beansprucht, und zu diesem gehört gewiß auch der Zins. Doch ist die Ablehnung der Verzinsung wohl auch darauf zurückzuführen, daß eben am vollen Ersatz überhaupt ein Abzug gemacht wird, und von diesem Standpunkt aus kann es hiebei sein Bemerkendes haben. Von Zusprechung einer Rente anstatt eines Kapitals kann in der bundesgerichtlichen Instanz (auch abgesehen davon, daß ein bezüglicher Antrag nicht schon in der Berufungserklärung gestellt wurde) keine Rede sein, nachdem dieser Antrag vor dem kantonalen Richter nie gestellt und nie darüber verhandelt worden ist. Übrigens wäre mit Zusprechung einer Rente den Beklagten wohl kaum gedient, da die Rente selbstverständlich von ihnen sichergestellt werden mußte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Sowohl die Hauptberufung als auch die Anschlußberufung werden abgewiesen, und es ist somit das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 8. Juni 1901 in allen Teilen bestätigt.

54. Urteil vom 16. November 1901 in Sachen
Schweizerische Depeschenagentur gegen Jenny & Koffier.

Kauf. (Abtretung der Kundschaft und der Informationsquellen von seiten einer Depeschenagentur an eine andere). — Klage des Käufers auf Unverbindlicherklärung des Vertrages. — Kompetenz des Bundesgerichtes. Bedeutung einer Schiedsklausel im Vertrage. Anwendung eidgenössischen Rechtes. — Behaupteter wesentlicher Irrtum des Käufers, Art. 28 O.-R. Genehmigung des Vertrages durch den klagenden Käufer.

A. Durch Urteil vom 27. Juni 1901 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (II. Abteilung) erkannt:

1. Die Beweisbeschwerde der Beklagten ist abgewiesen.
2. Der Gerichtshof erklärt sich zur Beurteilung des vorliegenden Klagsbegehrens inkompetent, soweit dasselbe mit der spätern Auflösung des Vertrages vom 12. Dezember 1898 infolge Nichterfüllung desselben begründet wird.
3. Im übrigen ist die Klägerin mit ihrem Klagsbegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zusprechung der Klagebegehren. Eventuell, d. h. für den Fall, daß die ursprüngliche Gültigkeit des Vertrages oder dessen nachträgliche Genehmigung angenommen werden sollte, sei zu erkennen, es haben die ordentlichen Gerichte die Frage zu prüfen, ob der Vertrag vom 12. Dezember 1898 in dem Zeitpunkte, als die Beklagten die Klägerin vor den Schiedsrichter luden, für diese

noch verbindlich war, oder ob er nicht vielmehr durch Nichterfüllung der Beklagten seine Rechtsverbindlichkeit für die Klägerin damals schon verloren hatte, und es sei diese Frage im Sinne des Klageantrages zu beantworten.

C. In der heutigen Verhandlung haben beantragt: der Vertreter der Klägerin: die Berufung sei gutzuheißen; der Vertreter der Beklagten: die Berufung sei abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 12. Dezember 1898 traten die Beklagten, die Inhaber der „Agentur Berna“ in Bern, der Klägerin „ihre gesamte Kundschaft und ihre Informationsquellen“ ab « sans exception aucune », sowie den Titel „Agentur Berna,“ auf 1. Januar 1899. Von diesem Zeitpunkt an sollte die Agentur Berna alle Thätigkeit einstellen und die Firma Jenny & Rossier nur für die Liquidation weiter bestehen, die bis zum 30. März 1899 beendet sein sollte, bis zu welchem Datum auch die Eintragung im Handelsregister zu löschen war (Art. 1 des Vertrages). Art. 2 des Vertrages bestimmte: « Tous les contrats et engagements que MM. Jenny & Rossier pourraient avoir conclus avec des journaux seront transmis à l'Agence télégraphique suisse. Il en sera de même des contrats d'autre nature que l'Agence télégraphique suisse voudrait reprendre et notamment du contrat qui lie MM. Jenny & Rossier d'une part, M. Enderli d'autre part. Au moment même de la signature de la présente convention MM. Jenny & Rossier remettront à l'Agence télégraphique suisse la liste exacte et complète, certifiée par eux, de tous leurs contrats et engagements. Ils remettront en même temps une liste de tous leurs abonnés, à un titre quelconque, avec mention du prix payé par chacun d'eux et toutes indications propres à éclairer l'Agence sur la portée, l'étendue et la durée des engagements pris, dès la signature du présent contrat. MM. Jenny & Rossier s'interdisent de conclure aucune convention nouvelle; toutes les demandes d'abonnements qui pourraient parvenir de la part de journaux seront transmises par eux à l'Agence télégraphique suisse. » Art. 4 sah eine eventuelle Hinausschiebung des Austrittstermins um einen Monat, also auf 1. Februar 1899,

voraus. Die Klägerin ihrerseits versprach eine finanzielle Gegenleistung, die durch eine im Vertrag (Art. 6) näher bestimmte Ausrechnung auf Grund des Reinertrages der Abonnements der Agentur Berna festgestellt werden sollte und deren erste Rate von 20,000 Fr. auf 31. Januar 1899 fällig gestellt war. Endlich ist hervorzuheben Art. 10: « Toutes contestations relatives soit à la fixation du chiffre de l'indemnité, soit à l'interprétation du présent contrat, sont tranchées par voie d'arbitrage à frais communs. M. le professeur de Salis à Berne est désigné d'un commun accord comme arbitre.... » Unterzeichnet ist der Vertrag von Seiten der Klägerin durch H. Jent und E. Odier.

Zum Verständnis von Art. 2 dieses Vertrages ist zu bemerken, daß am 12. Juni 1894 zwischen J. Enderli in Zürich und der Telegraphenagentur Berna ein Kaufvertrag abgeschlossen worden war, laut welchem ersterer der letztern sein Telegraphenagentengeschäft um 5000 Fr. abtrat. Aus diesem Vertrage sind hervorzuheben folgende Bestimmungen: „Art. 5. Sollte neben der „Berna“ eine neue Schweizerische Telegraphenagentur gegründet werden, so verpflichtet sich Enderli, die Berna in ihrem Konkurrenzkampf thätlich zu unterstützen, insbesondere auf Wunsch letzterer während der ganzen Zeitdauer des Bestandes der neuen Agentur der Berna alle seine Zürcher-Meldungen, die sich als Telegramme nach außen eignen, gegen eine Entschädigung von 2 Fr. per Meldung zur Verfügung zu stellen, unter Vorbehalt der Art. 8 und 9. Art. 6. Herr Enderli verpflichtet sich, so lange die Agentur Berna besteht, keinerlei Konkurrenzgeschäft unter irgend welcher Form zur Bedienung der Schweiz. Zeitungen zu gründen oder zu betreiben oder sich an der Gründung oder am Betriebe eines solchen sich irgendwie zu betheiligen.“

Bald nach dem Abschluß des Vertrages vom 12. Dezember 1898 — nach seiner Aussage am 19. oder 20. Dezember — begab sich der Direktor der Klägerin, Ochsenbein, nach Zürich, um sich dort durch den Beklagten Jenny die von diesem verwahrten Verträge, Aufstellungen etc. der Agentur Berna, dem gedachten Vertrag entsprechend, auszuhändigen zu lassen. Dabei scheint es

zu Schwierigkeiten mit Bezug auf Art. 2 des Vertrages gekommen zu sein. Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien (Art. 26 der Klage und Art. 69 der Antwort) machte Jenny den Vorschlag, die Klägerin solle, damit Enderli auch ferner noch gebunden sei, den Namen „Berna“ noch in irgendwelcher Form fortbestehen lassen, und er stellte sich für den Fall einer scheinbar gesonderten Weiterführung der „Berna“ als salarierter Mitarbeiter zur Verfügung. Diese Verhandlungen scheinen vor dem 24. Dezember 1896 stattgefunden zu haben, da die Beklagten unter diesem Datum der Klägerin von der « offre particulière de M. Jenny » sprachen. Auf 1. Januar 1899 übernahm die Klägerin tatsächlich den ganzen Dienst der Agentur Berna, sowie einen Teil des Personals der letztern; mit Schreiben vom 30. Dezember 1898 teilte sie den Beklagten mit, daß sie alle von dieser bedienten Zeitungen avisiert habe, sie werde die von Jenny & Rossier eingegangenen Verpflichtungen skrupulös erfüllen. Am 9. Januar 1899 schrieb die Klägerin den Beklagten: « L'échéance fixée pour le premier versement que nous avons à vous faire n'étant plus éloignée, il convient que nous nous mettions complètement d'accord sur les difficultés que peut soulever notre contrat du 12 décembre 1898. Il en est une très importante sur laquelle nous avons déjà attiré votre attention et qui est relative au contrat Enderli. Nous avons expressément stipulé la cession de ce contrat qui était d'après nous de nature à nous garantir contre toute concurrence éventuelle de M. Enderli. Or, il résulte des termes mêmes de notre arrangement avec M. Enderli que celui-ci s'est engagé uniquement vis-à-vis de l'agence « Berna » et seulement pour la durée de celle-ci. Vous vous trouvez ainsi nous avoir vendu une chose qu'il vous était matériellement impossible de céder et nous sommes évidemment lésés par ce fait, car nous allons nous trouver dans cette situation singulière d'avoir consenti un sacrifice, pour rendre à M. Enderli sa liberté, ce que nous ne désirons pas faire, cela va sans dire, puisque cela était contraire à tous nos intérêts. Nous venons donc vous demander ce que vous comptez faire à cet égard. A notre avis, vous vous trouvez dans l'alternative suivante :

nous apporter un engagement formel de M. Enderli ou nous indemniser équitablement. Nous attendons vos déclarations avant de régler définitivement notre attitude, mais nous faisons dès maintenant toutes réserves sur la décision que nous aurons à prendre au sujet du premier versement de votre indemnité. » Die Beklagten antworteten am 10. gl. Mts. unter der Unterschrift « Jenny & Rossier » und auf Papier mit dem Briefkopf „Agentur Berna“ was folgt: « Nous avons reçu votre lettre du 9 et. Nous nous empressons de vous adresser ci-joint le contrat Enderli. Nous remarquons toutefois que vous ne l'avez jamais réclamé et que nous n'avons jamais refusé de vous le délivrer. Nous ajoutons de plus que d'autres obligations au sujet de cette pièce n'ont pas été contractées de la part de la « Berna » et nous déclarons vos assertions y relatives comme totalement erronées. Nous n'avons jamais prétendu que notre contrat avec Enderli était tel que toute concurrence éventuelle de sa part serait exclue. Ceci est une invention comme la fameuse histoire de la *Feuille d'avis de Vevey*. Il n'y a donc pas lieu pour nous d'entrer en matière sur la question que vous avez soulevée. » Durch Notifikation vom 30./31. Januar 1899, worin sie den Sinn des Vertrages vom 12. Dezember 1898 nach ihrer Auffassung darlegte, erklärte die Klägerin den Beklagten u. a., die sich aus Art. 6 des Vertrages der Beklagten mit Enderli ergebende Tatsache, daß das dem Enderli durch die „Berna“ auferlegte Konkurrenzverbot beschränkt sei für die Dauer des Bestehens der „Berna“, und die für die Vertragsunterhandlung der Klägerin mit den Beklagten von entscheidender Bedeutung habe sein müssen, sei ihr von diesen verschwiegen worden. Demgemäß liegen bei dem Vertrage vom 12. Dezember 1898 wesentliche Mängel des Vertragsabschlusses vor, die den Vertrag für die Schweiz. Depeschagentur unverbindlich machen. Auch aus diesem Grunde werde die Schweiz. Depeschagentur ihre finanziellen Gegenleistungen zurückbehalten.

„Die Depeschagentur ist zwar der Ansicht, daß die Unmöglichkeit für Jenny & Rossier, den Vertrag vom 12. Dezember 1898 seinem Sinn und Geiste nach zu erfüllen, durch den nun der Depeschagentur bekannt gewordenen Wortlaut des Ver-

trages der Berna mit Enderli vom 12. Juni 1894 hinlänglich festgestellt ist, und daß der Brief der H^H. Jenny & Kossler vom 10. Januar 1899 überdies eine deutliche Weigerung enthält, den Vertrag gehörig zu erfüllen. Für den Fall aber, daß aus irgend einem Grunde die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne des Art. 122 O.-R. als notwendig erscheinen sollte, wird hiermit den H^H. Jenny & Kossler eine Frist von 14 Tagen, seit der Zustellung dieser Notifikation, angesetzt, um die Schweiz. Depeschenagentur, hierfür vertreten durch ihren bevollmächtigten Anwalt Fürsprecher F. Zeerleder, Bubenberglplatz 9 in Bern, den Nachweis zu leisten, daß die der Agentur Berna gegen H. Enderli aus dem Vertrage vom 12. Juni 1894 zustehenden Rechte auf die Schweiz. Depeschenagentur übergegangen sind, widrigenfalls der Vertrag vom 12. Dezember 1898 auch aus diesem Gesichtspunkte aufgelöst sein wird.

„Für jeden Fall aber behält sich die Schweiz. Depeschenagentur alle ihre Schadenersatzansprüche aus dem Verhalten der H^H. Jenny & Kossler vor und wird solche nötigenfalls zur Kompensation mit allfälligen Forderungen derselben verstellen.

„Ebenso behält sich die Schweiz. Depeschenagentur das Recht auch nach dieser Notifikation noch vor, an dem Vertrage vom 12. Dezember 1898 festzuhalten und ihre Ansprüche aus diesem Vertrage unter Verzicht auf dessen Auflösung zu verfolgen, sowie ihre Schadenersatzansprüche einzuklagen.“

Am 30. Januar deponierte ferner die Klägerin die erste Rate der im Vertrage vom 12. Dezember 1898 stipulierten Zahlungen mit 20,000 Fr. auf dem Bureau Zeerleder, Stettler & Cie. in Bern zu Händen von Rechts. Am 3./4. Februar ließ sie den Beklagten eine zweite Notifikation zustellen folgenden Inhalts: „Mit Notifikation vom 30., zugestellt am 31. Januar 1899 hat die Schweiz. Depeschenagentur den H^H. Jenny & Kossler, Agentur Berna, kundgethan, weshalb sie die erste auf 31. Januar 1899 fällige Rate von 20,000 Fr. ihrer im Vertrage vom 12. Dezember 1898 vereinbarten finanziellen Gegenleistungen zurückzubehalten sich veranlaßt sieht; sie wird deshalb auch keine allfällig ihr vorgewiesene Wechsel der H^H. Jenny & Kossler einlösen. Unter Berufung auf die Ausführungen jener Notifikation

hat nun die Schweiz. Depeschenagentur am 30. Januar 1899 den Betrag von 20,000 Fr. in schweizerischen Banknoten zu Händen von Rechts im Advokatur-Sachwalter- und Notariatsbureau Zeerleder, Stettler & Cie. hinterlegt. Das genannte Bureau hat sich verpflichtet, den Betrag nach Erledigung der zwischen Parteien schwebenden Streitigkeiten auf erstes Begehren der zum Bezuge berechtigten Partei sofort auszuhändigen, so daß den H^H. Jenny & Kossler die Befriedigung ihres Anspruchs, sobald sie dessen Berechtigung werden nachgewiesen haben, gesichert ist. Die Pflicht zu dieser Vorleistung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 O.-R. wird verneint.“ Mit Notifikation vom 17./18. Februar endlich ließ die Klägerin den Beklagten eröffnen: „Mit Notifikation vom 30. Januar 1899 hat die Schweiz. Depeschenagentur den H^H. Jenny & Kossler, Agentur Berna, eine Nachfrist von 14 Tagen seit Zustellung jener Notifikation im Sinne des Art. 122 O.-R. angesetzt, um der Schweiz. Depeschenagentur, hierfür vertreten durch ihren bevollmächtigten Anwalt Fürsprecher F. Zeerleder, Bubenberglplatz 9 in Bern, den Nachweis zu leisten, daß die der Agentur Berna gegen Hrn. Enderli aus dem Vertrage vom 12. Juni 1894 zustehenden Rechte auf die Schweiz. Depeschenagentur übergegangen sind, mit der Androhung, daß in Ermangelung dieses Nachweises der Vertrag vom 12. Dezember 1898 auch aus diesem Gesichtspunkte aufgelöst sein werde.

„Jene Notifikation vom 30. Januar 1899 ist den Notifikanten am 31. Januar 1899 zugestellt worden. Die angesetzte Nachfrist ist also am 14. Februar 1899 abgelaufen. Es wird verneint, daß bis zu diesem Datum — und übrigens auch seither — an der in der Notifikation vom 30./31. Januar bezeichneten Stelle oder auch bei der Notifikantin direkt irgend welche Mitteilung der Notifikanten in verlangtem Sinne eingegangen sei.

„Demgemäß ist der Vertrag vom 12. Dezember 1898 — wenn überhaupt jemals gültig zu Stande gekommen — jedenfalls mit dem 15. Februar 1899 als aufgelöst zu betrachten.

„Gleichgültig, aus welchem Grunde nun der Vertrag vom 12. Dezember 1898 für die Schweiz. Depeschenagentur als unverbindlich zu betrachten sei, erklärt diese hiermit den H^H. Jenny & Kossler, daß sie bereit ist, die Wirkungen des Vertrages vom

12. Dezember 1898, soweit dieser bereits vollzogen worden, wieder rückgängig zu machen, der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes der Agentur Berna sich nicht zu widersetzen, und überhaupt die H. Jenny & Kossler von den durch sie im Vertrage vom 12. Dezember 1898 übernommenen Verpflichtungen zu entbinden, wie sie sich auch ihrerseits jeglicher Verpflichtung aus jenem Vertrage als entbunden betrachtet; die Schweiz. Depeschagentur ist insbesondere bereit, auf erstes Begehren der H. Jenny & Kossler mit diesen in Verbindung zu treten, um die Einzelheiten der Rückgängigmachung der Vertragswirkungen in einer Konferenz, die der Schweiz. Depeschagentur für die Regelung der Details unerlässlich erscheint, gültig zu vereinbaren und, soviel an ihr, den H. Jenny & Kossler die Wiederaufnahme ihres Geschäftsbetriebes zu ermöglichen. Bis diese unvermeidliche Auseinandersetzung erfolgt sein wird, wird die Schweiz. Depeschagentur die von ihr zu bedienenden übernommenen Zeitungen im Interesse dieser Zeitungen selbst sowohl als auch in dem der H. Jenny & Kossler zu bedienen fortfahren.

„Dabei bleiben die Schadenersatzansprüche der Schweiz. Depeschagentur ausdrücklich vorbehalten.“

Den Verkehr mit den bisher von der Berna bedienten Zeitungen setzte die Klägerin gleichwohl fort.

2. Mit Vorladung vom 17. März 1899 ließen die Beklagten die Klägerin auf den 25. gl. Monats vor den Schiedsrichter Prof. v. Salis laden zur Verhandlung über folgende Rechtsbegehren:

1. Der von der Beklagten an die Kläger zu zahlende Kaufpreis sei zu bestimmen auf 49,635 Fr. 60 Cts.

2. Es sei demgemäß die Beklagte zu verurteilen, den Klägern, und zwar jedem zur Hälfte, folgende Beträge zu bezahlen:

a) 20,000 Fr. mit Verzugszins à 5 % seit 31. Januar 1899.

b) 29,635 Fr. 60 Cts. in 23 Monatsraten von je 1288 Fr. 50 Cts. anlangend mit 28. Februar 1899, jede Rate zuzüglich 4 % Zins vom 1. Januar 1899 bis zu ihrer Fälligkeit und zuzüglich 5 % Verzugszins von der Rate und ihrem 4 % Zinszuwachs seit dem Tage ihrer Fälligkeit.

Die Klägerin ihrerseits ließ am 23. März 1899 den Beflag-

ten durch den Vicegerichtspräsidenten von Bern eine Ladung zustellen über das Rechtsbegehren:

„Es sei zu erkennen, der zwischen Parteien am 12. Dezember 1898 abgeschlossene Vertrag sei für die Klägerin unverbindlich und sie sei nicht schuldig, über die Interpretation dieses Vertrages und die daraus von den Beklagten hergeleiteten finanziellen Ansprüche sich auf ein schiedsgerichtliches Verfahren einzulassen.“

Daraufhin wurde das schiedsgerichtliche Verfahren bis zur Erledigung dieser Klage sistiert.

3. Zur Begründung der Klage hat die Klägerin in ihrer Klageschrift vom 12. Mai 1899, sowie heute vor Bundesgericht geltend gemacht: Sie habe beim Abschlusse des Vertrages vom 12. Dezember 1898 den Inhalt und die Tragweite des Vertrages zwischen den Beklagten und Enderli nicht gekannt; die Beklagten haben sie absichtlich nicht darüber unterrichtet. Ferner sei sie bis zum 10./11. Januar 1899 im Glauben gewesen, die Beklagten seien in der Lage und gewillt, sie gegen die Konkurrenz Enderlis, gestützt auf die Vertragsrechte gegenüber diesem, wirksam zu schützen. Die Klägerin habe sich sonach beim Vertragsabschlusse in einem — wesentlichen — Irrtum befunden, und die Beklagten haben diesen Irrtum befördert. Dieser Irrtum sei der Klägerin, resp. ihren autorisierten Organen, nicht vor dem 10. Januar 1899 zum Bewußtsein gelangt, indem die Klägerin erst damals vom Vertrage zwischen Enderli und den Beklagten in seinem ganzen Inhalte Kenntnis erhalten habe, und die Beklagten ihr erst durch ihren Brief vom 10. Januar 1899 eröffnet haben, daß sie ihre Verpflichtung aus der Klausel Enderli lediglich als Pflicht zur Übergabe der Vertragspapiere auffaßten, so daß die Klägerin in keinem Falle den Beklagten vor dem genannten Datum habe anzeigen können, daß sie wegen Irrtums den Vertrag nicht zu halten gedenke. Die sämtlichen vom Vertragsabschlusse an bis zu den Notifikationen vom 30. Januar, 3. Februar, 17./18. Februar 1899 gepflogenen Verhandlungen mit den Beklagten sodann seien von dem bloß zur laufenden Verwaltung, nicht aber zu so weittragenden Verfügungen, wie nachträgliche Genehmigung des Vertrages vom 12. Dezember 1898, zuständigen Direktor Ohsenbein ausgegangen und können also die Klä-

gerin nicht binden. Übrigens komme überhaupt keiner der nach dem Vertragsabschlusse von der Klägerin oder ihren Organen getroffenen Maßnahmen, ganz besonders auch nicht den erwähnten Notifikationen, die Natur konkludenter, den Vertrag genehmigender Handlungen zu.

Die Beklagten haben ihren Antrag auf Abweisung der Klage wie folgt begründet: Zunächst handle es sich lediglich um die vom Schiedsrichter zu würdigende Frage der Interpretation des Vertrages vom 12. Dezember 1898. In der That stehe einzig in Frage, ob die Beklagten als Inhaber der Agentur Berna ihren Verpflichtungen, die sie durch den Abschluß des erwähnten Vertrages gegenüber der Klägerschaft eingegangen, nachgekommen seien, speziell ob zu diesen Verpflichtungen auch der Nachweis gehöre, daß das von der Agentur Berna gegenüber Enderli laut Kaufvertrag vom 12. Juni 1894 ausgewirkte Konkurrenzverbot auch gegenüber der Klägerschaft in Geltung verbleibe oder ob es nicht genüge, daß die Agentur Berna ihre Rechte aus dem Vertrage mit Enderli gemäß Art. 2 des Vertrages vom 12. Dezember 1898 der Schweiz. Depeschagentur abgelreten habe und bereit sei, ihr jenen Vertrag zwecks gutfindender Wahrung ihrer Rechte gegen Enderli auszuhandigen. Dieser Punkt entziehe sich aber der Kognition der ordentlichen Gerichte, weil die Entscheidung der Frage, ob die Agentur der Berna den Vertrag vom 12. Dezember 1898 in vollem Umfange erfüllt habe, von der Auslegung dieses Vertrages abhänge, also in die Aufgabe des Schiedsrichters falle. Weiterhin haben die Beklagten das Vorhandensein der von der Klägerin behaupteten Mängel des Vertragsabschlusses bestritten und endlich geltend gemacht, wenn auch der Vertrag vom 12. Dezember 1898 anfänglich für die Klägerschaft aus den von ihr angegebenen Gründen unverbindlich gewesen sein sollte, so müßte in ihrem seitherigen Verhalten eine Genehmigung jenes Vertrages erblickt werden.

Die Vorinstanz hat die Klage, soweit sie sich überhaupt zu deren Beurteilung zuständig erklärt hat, aus dem von den Beklagten in letzter Linie geltend gemachten Grunde abgewiesen, ohne zu prüfen, ob die von der Klägerin behaupteten Vertragsmängel überhaupt vorliegen.

4. In rechtlicher Beziehung fragt es sich für das Bundesgericht zunächst, ob und inwieweit dessen Kompetenz zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache gegeben sei. Und zwar ist diese Frage nach zwei Richtungen zu prüfen: zu untersuchen ist einmal, wie weit die Streitsache überhaupt vor die ordentlichen Gerichte gehöre, und sodann, ob und inwieweit eidgenössisches Recht anwendbar ist. Nun geht das Klagebegehren in erster Linie auf Unverbindlichklärung eines Kaufvertrages, in dem u. a. auch eine Schiedsgerichtsklausel enthalten ist; in zweiter Linie, als Konsequenz des ersten Begehrens, wird mit der Klage verlangt, die Klägerin sei nicht pflichtig zu erklären, sich über die Interpretation dieses Vertrages und die daraus von den Beklagten hergeleiteten finanziellen Ansprüche auf das im Vertrage vorgesehene schiedsgerichtliche Verfahren einzulassen. Ob nun der ganze Vertrag und damit auch die darin enthaltene Schiedsgerichtsklausel gültig sei, ist nicht vom Schiedsrichter, sondern von den ordentlichen Gerichten zu prüfen. Denn der Schiedsrichter hat nach dem Vertrage selbst nur zu entscheiden über alle Streitigkeiten betreffend Festsetzung der Höhe der finanziellen Gegenleistungen der Klägerin, und über die Auslegung des Vertrages, — nicht aber über die Frage der Existenz, die Gültigkeit des Vertrages selbst. Diese Kompetenz könnte ihm denn auch nach allgemeinem Grundsatz gar nicht übertragen werden, da ja die Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel abhängig ist von der Gültigkeit des Vertrages selbst, und die Frage der Gültigkeit einer Kompromißklausel nur vom ordentlichen Richter endgültig entschieden werden kann (vergl. speziell Amtl. Samml. der bundesgerichtl. Entsch., Bd. VII, S. 705, Erw. 1). Dagegen gehören dann allerdings, wenn erkannt werden muß, der Vertrag sei gültig zu Stande gekommen, alle Auslegungsfragen vor den Schiedsrichter. Zu diesen Fragen gehört aber auch die, ob der Vertrag von der Klägerin wegen nicht gehöriger Erfüllung durch die Beklagten habe aufgehoben werden können; denn die Entscheidung hierüber hängt ab von der Tragweite der Verpflichtungen der Beklagten, ist eine Entscheidung über die Art und das Maß dieser Verpflichtungen, somit eine Frage der Auslegung des Vertrages. Die Kompetenz der ordentlichen Gerichte beschränkt sich daher auf die

Frage der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages und erstreckt sich nicht auf diejenige der späteren einseitigen Aufhebung desselben durch die Klägerin. Ist sonach die Kompetenz des Bundesgerichts insoweit gegeben, als es sich überhaupt um eine von den ordentlichen Gerichten zu entscheidende Frage handelt, so ergibt sich weiterhin, daß diese Kompetenz auch in der Richtung vorhanden ist, daß die Streitsache unter Anwendung eidgenössischen Privatrechts zu beurteilen ist. Denn zur Entscheidung steht, wie bemerkt, die Frage der Gültigkeit eines Kaufvertrages, der unzweifelhaft vom eidgenössischen Recht beherrscht wird.

5. Die Gültigkeit des Vertrages vom 12. Dezember 1898 wird von der Klägerin angefochten mit der Begründung, sie habe sich bei dessen Abschluß in einem wesentlichen, durch die Beklagten hervorgerufenen Irrtum befunden, indem sie der Meinung gewesen sei, das Konkurrenzverbot, das den Beklagten gegenüber Enderli zustand, werde auch auf sie übergehen, was nun aber tatsächlich nicht der Fall sei. Die Beklagten haben auch heute noch überhaupt bestritten, daß sie ihre vertraglichen Verpflichtungen bezüglich der Klausel Enderli nicht erfüllt hätten und nicht erfüllen könnten, und im übrigen das Vorhandensein der von der Klägerin behaupteten Willensmängel in Abrede gestellt; eventuell behaupten sie auch heute noch, die Klägerin habe den Vertrag nachträglich genehmigt. Da die Vorinstanz nur diesen letztern Standpunkt geprüft hat, empfiehlt es sich, auch hier zunächst dessen Berechtigung zu überprüfen, da bei Bejahung der Frage der Genehmigung die übrigen Fragen nicht zu entscheiden sind.

6. Nach Art. 28 O.-R. gilt ein wegen Irrtums, Betruges oder Furchterregung anfechtbarer Vertrag als genehmigt, wenn der anfechtungsberechtigte Teil binnen Jahresfrist — zu rechnen von der Entdeckung des Irrtums und Betruges an, und im Falle der Furcht von deren Beseitigung an — weder dem andern eröffnet, daß er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert. Danach ist ein wegen Willensmängel anfechtbarer, für den einen Teil unverbindlicher Vertrag als von Anfang an ungültig anzusehen; dagegen kann er konvalleszieren durch nur passives Verhalten des Anfechtungsberechtigten. Die Konvalleszenz kann aber auch erfolgen durch positive Handlungen des

Anfechtungsberechtigten, seien es ausdrückliche Willenserklärungen, seien es konkludente Handlungen. Diese Genehmigungshandlungen müssen stattfinden zu einer Zeit, in der der Anfechtungsberechtigte vom Willensmangel Kenntnis hat, und klar, deutlich sein. Als klarste und deutlichste Handlung, aus der Genehmigung gefolgert werden muß, ist die Erfüllung des Vertrages durch den Anfechtungsberechtigten und sein Beharren auf der Erfüllung durch den andern Teil zu bezeichnen. Im vorliegenden Falle ergibt sich nun folgendes: Nach der eigenen Darstellung der Klägerin in Verbindung mit der Aussage ihres Direktors (Ochsenbein) hatte dieser mit dem Beklagten Jenny eine Unterredung mit Bezug auf die Klausel Enderli schon am 19. oder 20. Dezember 1898. Schon zu diesem Zeitpunkte mußte also dem Direktor der Klägerin der angebliche Irrtum über diese Vertragsklausel bekannt sein. Die Klägerin hat nun in der Klage (Art. 27) selbst gesagt, die Parteien seien damals — zwischen dem 20. und 30. Dezember 1898 — darüber einig gewesen, „1. daß die Beklagten die Verpflichtung eingegangen seien, ihre Rechte gegen Enderli aus dem Vertrage vom 12. Juni 1894 der Klägerin zu übertragen; 2. daß diese Übertragung angesichts der Bestimmung des Art. 6 des Vertrages vom 12. Juni 1894 ohne Zustimmung Enderlis nicht stattfinden könne.“ Nichtsdestoweniger teilte die Klägerin den Beklagten durch Zuschrift vom 30. Dezember 1898 mit, daß sie alle von diesen bedienten Zeitungen avisiert habe, sie werde die von der Berna eingegangenen Verpflichtungen skrupulös erfüllen; und sie hat dann auch in der That auf 1. Januar 1899 den Geschäftsbetrieb übernommen. Ihren Standpunkt gegenüber den Beklagten hat sie (im Brief vom 9. Januar 1899) dahin präzisiert, die Beklagten haben ihr entweder eine Erklärung Enderlis beizubringen, nicht zu konkurrieren, oder sie haben sie zu entschädigen. Von der Androhung oder Ankündigung des Rücktrittes vom Vertrage wegen Unverbindlichkeit infolge Irrtums oder Betruges ist keine Rede. Schon hierin allein ist eine stillschweigende Genehmigung des Vertrages zu erblicken, vorbehaltlich der von der Klägerin erhobenen und unten zu besprechenden Einwendungen. Jedenfalls aber — auch wenn man nicht Kenntnis der Klägerin vom angeblichen Irrtum schon vor dem 1. Januar

1899 annehmen will — mußte sie hiervon Kenntnis erhalten (wie sie selbst zugiebt) durch den Brief der Beklagten vom 10. Januar 1899, mit welchem ihr der Vertrag der Beklagten mit Enderli übersandt wurde. Allein auch nach diesem Zeitpunkte war ihr Verhalten nicht derart, daß auf eine Nichtgenehmigung des Vertrages geschlossen werden mußte. Die Klägerin hat allerdings den Beklagten mit Notifikation vom 30./31. Januar 1899 angezeigt, der Vertrag leide an wesentlichen Mängeln, die ihn für die Klägerin unverbindlich machen. Sie hat jedoch hieraus nicht den Schluß gezogen, den Beklagten zu erklären, wegen Unverbindlichkeit des Vertrages trete sie zurück und sie führe das Geschäft, das sie schon übernommen hatte, nicht, oder nur vorläufig auf Rechnung der Beklagten, weiter; sondern sie hat nur erklärt, ihre finanziellen Gegenleistungen zurückzubehalten, und überdies den Beklagten eine Frist zur nachträglichen Vertragserfüllung gesetzt, und sich ihr „Festhalten“ an dem Vertrage ausdrücklich vorbehalten. Das durfte sie nun nicht thun; das eine schloß das andere aus. Entweder betrachtete die Klägerin den Vertrag wegen Irrtums als für sie unverbindlich — dann hatte sie alle hieraus entstehenden Folgen zu übernehmen und den Beklagten mitzuteilen; oder sie hielt an der Erfüllung des Vertrages fest — dann war aber die Erklärung der Unverbindlichkeit ungültig, weil gegen die eigenen Handlungen der Klägerin verstößend. An diesem Standpunkte hat die Klägerin durch ihre zweite Notifikation nichts geändert. Erst in der dritten Notifikation stellte sie sich auf den Boden, der Vertrag sei vollständig rückgängig zu machen. In diesem Zeitpunkte war es aber, nach der vorhergegangenen Übernahme des Geschäftes und dem Beharren auf der Erfüllung, zu spät, diesen Standpunkt einzunehmen; er widersprach den eigenen Handlungen und früheren Erklärungen der Klägerin, und durfte daher von ihr nach den Grundsätzen von Treu und Glauben jetzt nicht mehr eingenommen werden.

7. Die Klägerin macht nun freilich gegenüber der Annahme, in ihrem ganzen Verhalten schon vor dem 10. Januar 1899, speziell in der Übernahme des Geschäftes, liege eine Genehmigung, geltend: erstens sei Direktor Ochsenbein gar nicht zu so weitgehenden Handlungen befugt gewesen; und zweitens sei die Übernahme nur provisorisch und auf Rechnung der Beklagten erfolgt;

die Frage betreffend die Klausel Enderli sei auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Vertrages — 1. Januar 1899 — noch in suspenso gewesen. Zum ersten Standpunkt ist zunächst zu bemerken, daß er als in der bundesgerichtlichen Instanz neu vorgebracht und deshalb gemäß Art. 80 D.-G. ausgeschlossen erscheint. Seine Richtigkeit scheint übrigens auch aus materiellen Gründen sehr zweifelhaft; es kann doch kaum angenommen werden, daß nicht die kompetenten Organe der Klägerin selbst von diesen wichtigen Vorgängen Kenntnis gehabt hätten; überdies geht aus den Statuten der Klägerin vom 3. August 1894, wonach zur Verwaltung ein Verwaltungsrat (Art. 30), zur Führung der laufenden Geschäfte (Art. 40) ein Direktor bestellt ist, nicht ganz klar hervor, wie weit in dieser Sache die Kompetenz des Direktors ging. Daraus, daß die Klägerin in Art. 27 der Klage selbst von einem Einverständnis der „Parteien“ über die auf Seite 21 hiervor erwähnten Punkte spricht, scheint hervorzugehen, daß die Klägerin die Kenntnis des Direktors Ochsenbein sich selbst zur Kenntnis anrechnete. Es ist daher ohne weiteres davon auszugehen, daß die Kenntnis des Direktors auch Kenntnis der Klägerin selbst bedeutete, und daß durch die Handlungen jenes diese verpflichtet wurde. Für die Begründetheit des zweiten Standpunktes sodann liegt in den Akten gar nichts vor. Eine derartige provisorische Übernahme eines Geschäftes erscheint als etwas außergewöhnliches, anormales; und die Klägerin hätte jedenfalls, wenn sie die Übernahme so verstanden wissen wollte, einen Vorbehalt machen müssen. Eine provisorische Übernahme ist umso weniger anzunehmen, als im Vertrage selbst (Art. 4) eine eventuelle Verschiebung des Eintritts auf 1. Februar 1899 vorgesehen war; hiervon hätte die Klägerin gewiß Gebrauch gemacht, wenn sie die Übernahme nicht definitiv gewollt hätte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 27. Juni 1901 in allen Teilen bestätigt.