

espèce doit être examinée en regard de la convention conclue entre parties. Aussi est-ce à bon droit que l'instance cantonale a jugé le présent litige essentiellement d'après les conditions posées par la lettre du 11 juillet 1908 qui fait loi entre les parties.

3. — Ce contrat pose expressément la condition, pour qu'un droit à la provision prévue soit acquis, que le défendeur ait traité avec un client amené par le demandeur; la lettre du 11 juillet porte, en effet, ces mots: « si, dans l'avenir, j'arrive à traiter avec un client que vous m'aurez introduit, je vous paierai une commission de deux pour cent sur le prix de vente, mais il est bien entendu que je ne vous dois rien si vous ne réussissez pas ».

Cette condition a toujours été considérée comme essentielle par le Tribunal fédéral, en matière de courtage d'immeuble; le droit à la provision dépend de la conclusion d'un contrat de vente entre le propriétaire et un acheteur amené par le courtier (RO 27 II 472).

En l'espèce cette condition n'est pas réalisée, puisque le défendeur a vendu son immeuble à un tiers trouvé par lui.

4. — Le demandeur prétend, il est vrai, avoir reçu, en quelque sorte, pouvoir de vendre ou tout au moins avoir été en droit d'exiger que le premier amateur trouvé par lui soit préféré à tous autres; il déduit de là que le défendeur n'ayant pas respecté ce droit, il lui doit la provision convenue, fût-ce même à titre de dommages-intérêts pour inexécution de son obligation.

Pour que cette prétention fût admissible il faudrait, toute question de faits réservée, que le défendeur se fût obligé à contracter avec tout client amené par le demandeur; or cet engagement ne ressort ni de la convention, ni des pièces du dossier, ni de la loi. — L'instance cantonale a écarté pour des motifs de procédure, toute preuve tendant à établir par témoins l'existence d'autres obligations que celles découlant de la lettre du 11 juillet 1907; le demandeur n'a invoqué aucune autre pièce à cet égard; et la convention prouve au contraire que le propriétaire entendait conserver toute liberté et ne s'engager à payer la provision que si, un amateur lui

ayant été amené par le gérant, il se décidait à traiter avec lui. La lettre du 11 juillet 1907 porte, en effet, les phrases suivantes qui ne prêtent pas à double sens: « Je vous charge et vous autorise de chercher à vendre ma propriété... » — « Si, dans l'avenir, j'arrive à traiter, avec un client que vous m'aurez introduit... » — « En dehors de vos démarches, je conserve ma liberté de traiter directement si j'en ai l'occasion... » — Au reste, si même la convention n'était pas claire à cet égard et qu'on dût avoir recours aux principes généraux pour l'interpréter, la solution resterait la même. En effet, le Tribunal fédéral a déjà jugé à diverses reprises que le propriétaire, qui a autorisé un courtier à chercher un acquéreur pour son immeuble, conserve toute liberté et ne s'engage nullement à traiter avec tout client qui lui serait proposé (RO 27 II 473 et 21 pag. 497).

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté et le jugement attaqué confirmé en son entier.

86. Urteil vom 18. Dezember 1908

in Sachen *Haigly*, Kl. u. Ver.=Kl., gegen *Seiler et frères*,
Befl., Ver.=Befl. u. Anschl.=Ver.=Kl.

Werkvertrag (über Erstellung eines Führers für Zermatt). — Abschluss. Wesentliche und unwesentliche Vertragsbestimmungen. Zahlungsmodus. Art. 2 OR. — Nichterfüllung seitens des Bestellers; Schadenersatz. Art. 110 ff. OR.

A. Durch Urteil vom 23. April 1908 hat das Kantonsgericht des Kantons Valais erkannt:

Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt in dem Sinne, daß *H. Seiler und Brüder* an *H. Edmund Haigly* für gehabte Auslagen tausend Franken zu zahlen verpflichtet sind mit Zins seit der Klageanhebung.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und form-

richtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Zuspruch der Klage in vollem Umfange, d. h. auf Zuspruch einer Entschädigung von 5000 Fr. nebst Zins seit Anhebung der Klage.

Die Beklagten haben sich der Berufung rechtzeitig und formrichtig angeschlossen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Jahre 1905 traten die Beklagten mit dem Kläger in Unterhandlung behufs Herausgabe einer Reklamebrochure über das Bippertal und die Seilerschen Hotels in Zermatt und Umgebung. Den Text zu dieser Brochure sollte der Schriftsteller Jules Monod liefern. Am 26. Juni schrieb der Kläger den Beklagten:

« Nous avons étudié très sérieusement avec M. Jules Monod la proposition que vous nous avez faite dernièrement pour l'exécution de votre brochure sur « Zermatt et les Hôtels Seiler ».

» Me conformant à votre pensée j'ai cherché une combinaison qui conserve à cette brochure un aspect nouveau et soigné et je vous remets ci-joint une maquette qui n'a d'autre valeur que de vous présenter l'aspect général de ce qui serait exécuté.

» Cette maquette est un tiers plus grande que le format demandé.

» Voici quelles sont mes conditions pour l'exécution de ce travail:

» Fourniture d'une brochure de luxe entièrement exécutée en typographie, tirage 100 000 exemplaires, soit 25 000 de chacune des langues française, allemande, anglaise et italienne, 32 pages, format $11 \frac{1}{2} \times 17 \frac{1}{2}$ contenant 20 illustrations d'après épreuves photographiques fournies par vous-même.

» Sur les 32 pages sera imprimée une teinte de fond avec filet décoratif en blanc, ainsi que la place réservée pour les illustrations.

» Ces dernières seront imprimées en clichés Duplex et le texte sera tiré dans la même teinte, mais n'aura pas le même effet, attendu que les illustrations seront tirées sur fond blanc et le texte sur fond teinté.

» Le papier employé sera du papier couché de belle qualité, afin d'assurer une illustration de premier ordre.

» La couverture portera l'impression, à la première page et à la quatrième, d'une teinte de fond et de deux clichés autotypie en Duplex d'une teinte différente. Les pages 2 et 3 resteront sans impression.

» Le brochage sera fait avec une couverture dépassant les feuillets de l'intérieur.

» Pour la 4^e page de la couverture, je vous propose une carte panoramique de toute la vallée de la Viège à Zermatt, vue à 8000 mètres d'hauteur, avec les noms des localités, des sommets et des cols.

» Je vous envoie d'autre part le projet de ce panorama, ce projet n'est pas terminé, c'est pour vous en donner une idée et je le ferai terminer dès que j'aurai votre approbation. J'attire votre attention sur le fait, que cette aquarelle n'est pas encore fixée et qu'il faut éviter tout frottement, vous voudrez bien me la retourner bien emballée.

» Exécutées dans ces conditions, les 100 000 plaquettes en 4 langues, avec fourniture du manuscrit et des traductions, vous coûteraient 24 000 fr. Huit pages en plus, avec une illustration par page, même exécution que les 32 autres pages, coûteront 6000 fr. en plus.

» Quant à la carte d'excursions, je pensais qu'elle pourrait être remplacée par le panorama que je vous propose qui serait imprimé sur la dernière page de la couverture, et qui ne donne pas d'augmentation de frais, mais si vous tenez à la carte, 100 000 exemplaires de celle-ci, tirage en quatre couleurs, format 32×40 , pliés et collés à la fin de la brochure, coûteraient 10 000 fr. soit 10 centimes par exemplaire.

» Pour les conditions de paiement, je serais d'accord pour trois annuités, soit $\frac{1}{3}$ à l'apparition de la brochure, $\frac{1}{3}$ une année après et $\frac{1}{3}$ l'année suivante.

» La brochure paraîtrait en janvier 1906.

» Veuillez, je vous prie, me faire connaître votre décision afin que M. Monod puisse se rendre à Zermatt pour la confection de son manuscrit. »

Die Beflagten antworteten hierauf am 5. Juli:

« Nous vous accusons réception de votre lettre du 26 juin dont le contenu a eu toute notre attention.

» Ensuite de la visite que nous a faite M. Monod, nous nous sommes bien mis d'accord avec lui sur les détails d'exécution de la brochure et nous venons aujourd'hui vous confirmer les points principaux, qui sont :

» 1. Tirage de 100 000 exemplaires, soit 25 000 de chacune des langues allemande, française, anglaise et italienne.

» 2. Format 11 $\frac{1}{2}$ cm. avec 32 pages contenant 20 illustrations d'après clichés fournis par nous.

» 3. Sur la 4^e page de la couverture il sera imprimé une carte panoramique de toute la vallée, conformément à votre projet et avec indication des noms des endroits, sommités, cols, etc. les plus connus. En particulier, il faudra faire ressortir les lieux où se trouvent nos établissements, et si vous pouviez nous soumettre votre projet définitif, cela nous serait très agréable, car il y aura peut-être des adjonctions à faire.

» 4. Il ne sera ajoutée aucune carte d'excursion dans la brochure. Nous maintiendrons simplement telle quelle celle qui existe actuellement. Vous n'aurez donc pas à vous soucier de ce point.

» 5. Le coût des 100 000 brochures sera tout compris de 24 000 fr. payables $\frac{1}{3}$ à l'apparition de la brochure, $\frac{1}{3}$ une année après et le solde l'année suivante.

» 6. L'impression du texte et des illustrations se fera ainsi que vous le proposez, et nous sommes aussi d'accord sur le papier choisi.

» Ceci étant, nous recommandons l'exécution de ce travail à vos bons soins et demeurant bien à votre disposition pour tous renseignements dont vous auriez besoin à ce sujet, recevez, Monsieur, nos salutations empressées.

» A. Seiler et frères.

» La répartition des frais sur 3 ans grevant un peu fortement notre budget, il faudrait arriver à ce que les paiements soient échelonnés sur 5 ans. »

Die weiteren Unterhandlungen ergeben sich aus folgendem Briefwechsel:

Brief des Klägers vom 10. Juli:

« M. Jules Monod m'a transmis votre honorée lettre du 5 courant par laquelle vous me commandez 100 000 brochures en 4 langues, conformément à ma lettre du 26 juin. Je vous remercie de la dite commande et vous pouvez être assuré qu'elle aura tous mes soins. En ce qui concerne le paiement nous avons prévu qu'il se ferait en 3 annuités. Par votre post-scriptum vous témoignez le désir de le répartir sur 5 années. Je serais d'accord de le faire si vous consentez à payer 5 annuités de 5000 fr., la première étant comptée 60 jours après la première livraison des brochures, les autres à une année de distance. Si vous étiez d'accord de faire le paiement en 4 annuités, je ne modifierais pas mon prix et il y aurait alors 4 annuités de 6000 fr. aux mêmes conditions.

» Veuillez avoir l'obligeance de me confirmer le mode que vous préférez et, dans cette attente, etc. »

Brief des Klägers vom 19. Juli:

« J'ai l'honneur de vous confirmer ma lettre du 10 courant, concernant l'exécution de votre brochure. Il me serait agréable de connaître votre décision en ce qui concerne le payement des annuités (4 de 6000 fr. ou 5 de 5000 fr.), ceci vis-à-vis des dispositions que j'ai à prendre pour mener à bien ce travail.

» Je vous informe d'autre part que je vous soumettrai prochainement le panorama de la Vallée de la Viège terminé. »

Brief des Klägers vom 31. Juli:

« Je vous confirme mes lettres des 10 et 19 courant et mon télégramme du 24 courant, et vous serais bien obligé si vous pouviez m'envoyer le manuscrit de M. Monod et les photographies qui doivent paraître dans la brochure.

» Un travail semblable demande du temps pour être soigné convenablement. Vous ne m'avez pas fixé exactement la date de livraison. Le 31 janvier 1906 vous convient-il ? »
Brief der Beklagten vom 26. August:

« Nous possédons votre lettre du 31 juillet et venons aujourd'hui vous informer que vu les frais importants qui vont nous être occasionnés par la publicité que nous pensons faire à l'Exposition de Milan, nous nous voyons, après mûre réflexion, obligés d'ajourner l'exécution de la brochure de nos Hôtels.

» Il ne s'agit nullement d'un renvoi indéfini, car nous tenons à avoir cette brochure, mais comme il nous paraît encore plus indispensable de tirer l'an prochain une nouvelle édition de la carte d'excursions de Zermatt, nous ne voudrions pas faire à la fois deux dépenses si importantes.

» Nous espérons que ce renvoi ne vous dérangera pas trop et pour l'instant, veuillez recevoir, etc. »

Brief des Klägers vom 31. August:

« J'ai bien reçu votre honorée du 26 courant. Nous nous rendrons à Zermatt avec Monsieur Monod le jeudi 7 septembre pour vous parler au sujet de la brochure ; il nous sera facile de nous entendre. »

Brief der Beklagten vom 2. September:

« Nous recevons votre lettre du 31 août et vous dirons qu'il est absolument inutile que vous veniez nous causer maintenant au sujet de notre brochure, car nous sommes tout à fait décidés à ne rien faire avant l'an prochain, vu les dépenses importantes que nous avons déjà en perspective. »

Brief des Klägers vom 14. September:

« J'ai bien reçu votre honorée du 2 septembre concernant votre brochure sur Zermatt, que vous avez bien voulu me commettre par votre lettre du 5 juillet 1905.

» Comme tous les éléments en sont prêts : le papier commandé, le manuscrit écrit, le panorama achevé, il me serait très préjudiciable d'arrêter ainsi le travail. Mais étant données vos raisons qui sont d'ordre budgétaire, il

» y aurait possibilité de s'entendre et voici ce que je viens vous proposer pour entrer dans vos vues :

» Le travail suivrait son cours et vous serait livré dans le courant de 1906, au mois de juin si cela vous convient.
» Vous ne me payeriez rien dans le courant de l'année 1906, mais étant donnés les frais d'étude, de voyage et la confection du panorama que je dois payer immédiatement, je vous serais bien obligé si vous vouliez me couvrir de ces frais ascendant à 1000 fr. au 31 octobre a. c. Pour le montant total du travail des 100 000 brochures en 4 langues, les paiements en seraient ainsi établis :

» 8000 fr. au 1^{er} août 1907,

» » » 1908,

» » » 1909.

» La brochure paraissant en 1906, vous permettrait d'en faire une distribution à l'exposition de Milan, ce qui serait une réclame efficace et vous éviterait des frais de port.

» J'espère que ma proposition, qui tient compte de nos intérêts réciproques, vous conviendra et, dans l'attente de votre réponse, etc. »

Brief des Klägers vom 26. September:

« J'ai l'avantage de vous confirmer ma lettre du 14 courant et vous serais fort obligé de bien vouloir me faire savoir si vous êtes d'accord avec les conditions de paiement que je vous ai proposées pour votre brochure, soit 1000 fr. au 31 octobre 1905, 8000 fr. au 1^{er} août 1907, 8000 fr. au 1^{er} août 1908, et 8000 fr. au 1^{er} août 1909.

» Je me permets de vous rappeler qu'après plusieurs entrevues avec M. J. Monod et avec moi-même, vous m'avez donné, par votre lettre du 5 juillet 1905, l'ordre ferme de 100 000 brochures « Zermatt et les Hôtels Seiler » à faire en 4 langues. M. Monod vous a livré le manuscrit, écrit d'après vos indications, les vues ont été choisies, de mon côté j'ai commandé le papier spécial pour le tirage de la brochure ; j'ai procédé aux essais d'illustration et ai fait terminer le panorama adopté par vous pour le dos de la couverture ; le travail est donc entrepris et vous comprendrez que de discontinuer actuellement

» m'occasionnerait un fort préjudice et je suis persuadé qu'il
 » suffit de vous exposer cet état de choses pour obtenir de
 » vous l'acceptation définitive des termes de paiement pro-
 » posés, qui en me permettant de continuer cet important
 » travail tiennent compte de tous vos desiderata et dé-
 » grèvent votre budget pour 1906, ainsi que vous l'avez
 » demandé. Vous voudrez bien tenir compte qu'en renvoyant
 » les échéances de 1907 à 1909 et comme compensation, il
 » est juste que les premiers frais d'établissement de la bro-
 » chure soient réglés actuellement, car ces frais sont déjà
 » déboursés. J'espère ne pas trop vous demander, votre
 » grande entente des affaires comprendra ma démarche et
 » je vous prie de me dire si vous êtes d'accord avec les ter-
 » mes fixés ou si vous avez une autre proposition à me faire. »

Brief der Beflagten vom 5. Oktober :

« Nous possédons vos lettres des 14 et 26 septembre, en-
 » suite desquelles nous devons vous répéter que par suite
 » des dépenses que nous allons faire pour la réclame à l'ex-
 » position de Milan, il nous est tout à fait impossible de
 » mettre à exécution maintenant le projet de brochure dont
 » nous vous avons parlé. Il faut donc absolument renvoyer
 » cela à des temps meilleurs, d'autant plus que le manuscrit
 » préparé par M. Monod ne nous convient pas tout à fait.
 » Nous aurions en effet désiré qu'il ne restât pas dans les
 » lieux communs ordinaires, mais qu'il donnât à tout le texte
 » une note nouvelle, plus attrayante, plus moderne en un
 » mot. Le texte du manuscrit est vraiment de forme trop
 » courante et tel quel nous ne pourrions l'accepter.

« En résumé, nous préférons abandonner jusqu'à nouvel
 » avis notre projet de brochure, mais pour vous compenser
 » les frais que vous avez eus jusqu'à présent, nous vous char-
 » geons de l'exécution d'une autre réclame. »

Brief des Jules Monod an die Beflagten vom 17. Oktober
 (enthält ein Gesuch um billige Entschädigung sowie das Aner-
 bieten, den Text der Broschüre nach den Wünschen der Beflagten
 abzuändern).

Brief des Klägers vom 21. November :

« Sans réponse à la lettre que vous a adressée M. Monod

» en date du 17 octobre, j'ai l'honneur de vous informer que
 » je tirerai sur vous une traite de 2000 fr. au 30 courant,
 » pour m'indemniser des frais que j'ai dû faire pour votre
 » brochure, selon l'ordre que vous m'avez donné en date du
 » 5 juillet 1905, ordre que vous avez retiré ensuite, alors
 » que le travail était déjà en cours d'exécution. Vous com-
 » prenez qu'il ne m'est pas possible de faire autrement et
 » que je ne puis pas attendre une époque incertaine pour
 » reprendre le travail. Dans le montant de l'indemnité que
 » je vous demande, est comprise la participation de M. Monod
 » pour ses déplacement, frais de voyage et manuscrit.

» Si jamais une entente intervient pour suivre ultérieure-
 » ment à l'exécution du travail, le montant de cette indem-
 » nité viendrait en déduction du prix total de 24 000 fr. qui
 » avait été convenu pour la livraison des 100 000 brochures.
 » Si tel n'est pas le cas, il n'y aura plus aucun droit de part
 » ni d'autre.

» Si l'échéance du 30 courant ne vous convient pas, je
 » vous serais bien obligé de m'en informer, et dans cette
 » attente j'ai l'honneur de vous présenter, etc. »

Brief der Beflagten vom 24. November :

« Nous vous accusons réception de vos lettres du 17 oc-
 » tobre et 21 ct., ensuite desquelles nous vous dirons que
 » le manuscrit de M. Monod ne nous plaisant pas et n'ayant
 » par conséquent pas été accepté par nous, nous considé-
 » rons que ce point principale nous délie de tout engage-
 » ment envers vous. Nous n'avons donc pas l'intention de
 » donner suite à l'exécution de la brochure et nous refusons
 » à vous payer quoi que ce soit. Si vous faites une traite sur
 » nous au 30 ct., elle sera refusée. »

Hierauf erfolgte die Einleitung der vorliegenden Klage.

Der Kläger zerlegt die Klagsumme wie folgt:

Studium und Maquette	Fr. 200
Reisen und Manuskript	„ 800
Panorama des Wispertales	„ 500
Entgangener Gewinn	„ 2000
Verursachte Nachteile und Kosten	„ 1500

Fr. 5000

Im Laufe des Prozesses wurden, teils auf Anordnung des Gerichtes I. Instanz, teils auf Ersuchen der Parteien, von verschiedenen Sachverständigen Gutachten über die Höhe des dem Kläger entstandenen Schadens erstattet. Von diesen Gutachten sind hervorzuheben:

1. dasjenige von Emile Gétaz und Victor Pache, auf welches auch von der Vorinstanz abgestellt wird und welches folgenden Passus enthält:

« Si le prix de 24 000 fr. a été établi d'une façon conforme aux usages, nous estimons que le bénéfice normal de M. Haissly eût été d'environ 3600 fr., ce qui représente le 15 % »;

2. dasjenige von Fréd. Thévoz, welches sich über den mutmaßlichen Gewinn des Klägers folgendermaßen ausspricht:

« Le bénéfice net que M. Haissly aurait pu réaliser sur cette affaire, se montant à 24 000 fr., doit être fixé à 15 % de la somme totale.

» Les industries graphiques prélèvent généralement un bénéfice brut de 30 %, sur lequel il y a lieu de tenir compte d'une réduction de 15 % pour imprévus, accidents ou modifications en cours de route.

» L'importance de ce travail, la durée nécessairement longue de son exécution, plaçaient M. Haissly dans l'obligation de prendre toutes ses mesures pour éviter des pertes éventuelles. En fixant à 15 % son bénéfice net sur cette affaire, M. Haissly serait resté dans les limites habituelles de ce genre d'édition. Le bénéfice normal est donc fixé à 3600 fr. »

Zu ihrem, oben sub A mitgeteilten Urteil ist die Vorinstanz auf Grund der Erwägung gelangt, daß zwar wegen mangelnden Konsenses über den Zahlungsmodus ein Vertrag nicht zu Stande gekommen sei, daß aber der Kläger im guten Glauben habe sein können, der Brief der Beklagten vom 5. Juli 1905 enthalte die wesentlichen Elemente eines Vertrages oder könnte doch wenigstens zu einem rechtsverbindlichen Vertragsabschlusse führen. Dieser Umstand möge den Kläger bewogen haben, verschiedene Vorstudien zu machen, durch die ihm jedenfalls Kosten verursacht worden seien. Letztere seien folgendermaßen zu beziffern:

Studium und Rohmodell	Fr. 200
Panorama	" 300
Manuskript, Reisen	" 500
	<hr/>
	Fr. 1000

Dieser Betrag sei daher dem Kläger als Entschädigung zuzurechnen.

2. Es ist der Vorinstanz darin beizupflichten, daß die Frage, ob ein bestimmter Punkt zu den Haupt- oder zu den Nebenpunkten im Sinne von Art. 2 OR gehört, nicht identisch ist mit der Frage, ob derselbe zu den essentialia oder zu den accidentalia des betr. Vertragstypus gehört. Es kann daher insbesondere nicht ein für allemal gesagt werden, daß der Zahlungsmodus zu den Nebenpunkten, oder umgekehrt, daß er zu den wesentlichen Punkten des Kauf- oder Werkvertrages gehöre, sondern es ist stets zu untersuchen, welcher Grad von Wichtigkeit die Kontrahenten demselben im konkreten Falle beigemessen haben.

Wird von diesem Grundsatz ausgegangen, so ließe sich allerdings die Ansicht vertreten, daß die Einigung über den Zahlungsmodus im vorliegenden Falle einen wesentlichen Punkt des Vertragsabschlusses gebildet habe und daß daher beim Fehlen einer Einigung über den Zahlungsmodus ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen sei. Denn, wenn auch der Kläger jenem Punkte verhältnismäßig wenig Wichtigkeit beigemessen zu haben scheint, so zeigt doch das Verhalten der Beklagten, daß jedenfalls sie die Frage, wann und in welchen Raten der Werklohn fällig werde, als einen für sie wichtigen Punkt betrachteten.

3. Wichtig ist sodann auch, daß selbst bei der umgekehrten Annahme (wonach es sich bei der Festsetzung des Zahlungsmodus nur noch um die Einigung über einen Nebenpunkt gehandelt hätte) das Zustandekommen des Vertrages immerhin in Frage gestellt werden könnte. Denn, wie das Bundesgericht in dem von der Vorinstanz zitierten Urteil (NS 20 S. 521) ausgeführt hat, greift die Vermutung, daß nach Einigung über alle wesentlichen Punkte der Dissens über Nebenpunkte die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle, nach Art. 2 OR nur dann Platz, wenn sich die Parteien eine nachträgliche Vereinbarung über die Nebenpunkte vorbehalten haben; ist dagegen von den Parteien ein solcher Vorbehalt nicht getroffen worden, so gibt

obige Gesetzesbestimmung keine Möglichkeit, den mangelnden Konsens bezüglich der Nebenpunkte durch den Richter ergänzen zu lassen, und es ist ein Vertrag daher überhaupt nicht zum Abschluß gelangt.

4. Nach dem gesagten müßte im vorliegenden Falle mit der Vorinstanz die Perfektion des Vertrages verneint werden, sofern einerseits feststünde, daß eine Einigung über den Zahlungsmodus nicht zu Stande gekommen sei, andererseits aber anzunehmen wäre, entweder, es habe sich dabei um einen wesentlichen Punkt gehandelt, oder es sei ein Vorbehalt im Sinne von Art. 2 OR nicht getroffen worden. Es wäre also, wenn mit der Vorinstanz davon ausgegangen würde, daß niemals eine Einigung über den Zahlungsmodus zu Stande gekommen sei, zunächst die Frage zu prüfen, ob es sich hierbei um einen Haupt- oder nur um einen Nebenpunkt gehandelt habe, und sodann wäre, wenn diese Frage in letzterem Sinne entschieden würde, des weitern zu untersuchen, ob die Einigung über den Zahlungsmodus vorbehalten worden sei.

Indessen ergibt sich, daß eine Entscheidung dieser beiden Fragen im vorliegenden Falle nicht nötig, ja sogar nicht einmal möglich ist, und zwar deshalb, weil die Voraussetzung, unter der sie überhaupt erst gestellt werden könnten, nicht zutrifft. Entgegen der Annahme der Vorinstanz ist nämlich davon auszugehen, daß eine Einigung über den Zahlungsmodus in Wirklichkeit stattgefunden hat. Ist dem aber so, so kann einerseits ein Vorbehalt einer solchen Einigung nicht mehr in Frage kommen und entfällt andererseits auch die Untersuchung darüber, ob es sich dabei um die Einigung über einen wesentlichen Punkt, oder aber um die Einigung über einen Nebenpunkt gehandelt habe.

5. Daß über den Zahlungsmodus in Wirklichkeit eine Einigung zu Stande gekommen ist, ergibt sich zunächst in unzweideutiger Weise aus dem Briefe der Beklagten vom 5. Juli 1905, und zwar speziell aus dem Passus: « Le coût des 100 000 brochures sera, tout compris, de 24 000 fr., payables $\frac{1}{3}$ à l'apparition de la brochure, $\frac{1}{3}$ une année après et le solde l'année suivante. » Deutlicher und bestimmter als durch wörtliche Wiederholung dieser vom Kläger am 26. Juni schriftlich gestellten Offerte konnte die bedingungslose Annahme der letztern überhaupt nicht erklärt werden.

Derselbe Brief der Beklagten vom 5. Juli enthält nun allerdings jenes Postskriptum, auf welches sich die Beklagten heute berufen, um darzutun, daß eine Einigung über den Zahlungsmodus nicht zu Stande gekommen sei. Allein es ist klar, daß durch dieses der Annahme der klägerischen Offerte und natürlich auch der Unterschrift der Beklagten nachfolgende Postskriptum die im Texte des Briefes abgegebene Annahmeerklärung nicht widerufen, sondern lediglich der Wunsch einer Abänderung des bereits zu Stande gekommenen Vertrages ausgesprochen werden wollte. Hätten die Beklagten die Sache damals anders aufgefaßt, d. h. hätten sie die Zahlungsbedingungen des Klägers als unannehmbar zurückweisen wollen, so hätten sie doch im Texte des Briefes nicht ausdrücklich die Annahme dieser Zahlungsbedingungen erklärt; vielmehr hätten sie dann entweder ausdrücklich die Nichtannahme derselben erklärt oder aber sich darauf beschränkt, Gegenvorschläge zu machen. Wenn sie es vorgezogen haben, in einem und demselben Briefe die Annahme der klägerischen Zahlungsbedingungen zu erklären und eine Abänderung derselben vorzuschlagen, so müssen sie es sich gefallen lassen, daß dieses ihr Verhalten auf obige, einzig einen vernünftigen Sinn ergebende Weise interpretiert wird, d. h. daß dem im Postskriptum geäußerten Wunsche keine andere Bedeutung beigelegt wird, als wenn er z. B. einige Tage nach Absendung des die Annahme der klägerischen Offerte enthaltenden Briefes, oder gar erst nach Ablieferung des Werkes, im Momente der Fälligkeit der ersten Werklohnrate, geäußert worden wäre. Und da es in der Folge zu einer Abänderung des Vertrages in Bezug auf den Zahlungsmodus nicht gekommen ist, so ergibt sich daraus mit Notwendigkeit, daß es eben einfach bei den im Schreiben der Beklagten vom 5. Juli formulierten Bedingungen sein Bewenden hatte.

6. Ist nach dem gesagten über den Zahlungsmodus eine gültige Vereinbarung zu Stande gekommen, so folgt daraus ohne weiteres, daß der ganze Vertrag perfekt geworden ist. Denn die Beklagten haben keinen andern irgendwie erheblichen Punkt namhaft zu machen vermocht, bezüglich dessen Ende Juni oder Anfangs Juli Differenzen bestanden hätten.

Daß übrigens die Beklagten den Vertrag ursprünglich selber als zu Recht bestehend betrachteten, ergibt sich aus ihrem ganzen

Verhalten während des Sommers 1905. So zunächst, und zwar abgesehen von dem Passus betr. den Zahlungsmodus, aus dem Inhalte ihres Briefes vom 5. Juli, insbesondere aus den Worten: « nous nous sommes bien mis d'accord avec lui (sc. Monod) sur les détails de l'exécution, et nous venons aujourd'hui vous confirmer les points principaux », sowie aus den Worten: « Ceci étant, nous recommandons l'exécution de ce travail à vos bons soins et demeurons bien à votre disposition pour tous renseignements, etc. » So ferner aus dem Stillschweigen der Beklagten auf den Brief, in welchem der Kläger ihnen „die Bestellung“ dankte. Sodann überhaupt aus dem absoluten Stillschweigen der Beklagten vom 5. Juli bis zum 25. August, während sie doch darüber nicht im Zweifel sein konnten, daß der Kläger, wenn er die Arbeit, wie versprochen, bis Ende Januar 1906 vollenden wollte, diesen Zeitraum zur Inangriffnahme des Werkes und zur Bestellung der nötigen Materialien benutzen mußte. Desgleichen ferner aus dem Briefe vom 25. August, in welchem die Beklagten ausdrücklich bemerkten: « Il ne s'agit nullement d'un renvoi indéfini, car nous tenons à avoir cette brochure. »

Endlich fällt hier in Betracht, daß die Beklagten auch dann noch, als sie bereits versuchten, sich ganz vom Vertrage loszusagen, nämlich im November 1905, die Behauptung, es sei wegen mangelnden Konsenses über die Zahlungsbedingungen überhaupt kein Vertrag zu Stande gekommen, nicht aufgestellt haben, sondern daß sie damals nur der Ansicht waren, die angebliche Mangelhaftigkeit des Textes der Broschüre gestatte ihnen, vom Vertrage zurückzutreten (« nous délie de tout engagement envers vous »). Die Beklagten betrachteten also auch damals noch den Vertrag als zu Stande gekommen, jedoch vom Kläger nicht gehörig erfüllt; und erst im Prozesse vertraten sie die Auffassung, es sei der Vertrag überhaupt nie perfekt geworden.

7. Aus dem Bestehen des Vertrages, in Verbindung mit der Weigerung der Beklagten, denselben zu erfüllen, ergibt sich nach Art. 110 ff. OR ohne weiteres die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des dem Kläger durch die Nichterfüllung zugefügten Schadens, also zum Ersatz des Erfüllungsinteresses („positiven

Vertragsinteresses“), d. h. des Betrages, welchen der Kläger bei Ausführung des ihm bestellten Werkes verdient hätte.

Behufs Berechnung dieses Betrages ist davon auszugehen, daß der Kläger nach der Ansicht der Sachverständigen 15 % des Werklohnes, also 3600 Fr. netto verdient haben würde. Dabei ist indessen zunächst zu berücksichtigen, daß infolge der Nichtausführung des Werkes immerhin ein gewisser, wenn auch wohl nur verhältnismäßig kleiner Teil der eigenen Tätigkeit des Klägers in Wegfall gekommen ist, sodann aber auch, daß die beiden ersten Werklohnraten zur Deckung der dem Kläger erwachsenen Auslagen (nach der Ansicht der Sachverständigen 85 % von 24,000 Franken) verwendet worden wären, der Nettogewinn von 3600 Fr. dem Kläger als erst im Momente der Zahlung der letzten Werklohnrate, d. h. frühestens Ende Januar 1908 zugefallen wäre, während andererseits die Verzinslichkeit der Entschädigung mit dem Momente der Inverzugsetzung bzw. Klageerhebung beginnt. Aus diesen beiden Gründen erscheint eine Reduktion der Entschädigung auf 3000 Fr. gerechtfertigt.

Zu einer weiteren Reduktion der Entschädigung mit Rücksicht darauf, daß der Kläger in seinen Briefen vom 14. September und vom 21. November selber nicht mehr als 1000 Fr. bzw. 2000 Fr. verlangt habe, liegt kein begründeter Anlaß vor. Denn die in jenen beiden Briefen enthaltenen Vorschläge oder Forderungen hatten natürlich zur Voraussetzung, daß eine Verständigung zwischen den Parteien erzielt werde, sei es im Sinne einer späteren Ausführung des Werkes, sei es doch jedenfalls im Sinne der Vermeidung des Prozesses.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung wird dahin begründet erklärt, daß in Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagten zur Zahlung von 3000 Fr. nebst 5 % Zins seit Anhebung der Klage an den Kläger verurteilt werden. Die Anschlußberufung wird abgewiesen.