

### 30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. April 1917

i. S. Linder, Kläger und Berufungskläger  
gegen v. Reding, Beklagter und Berufungsbeklagter.

**Auslobung.** Schon unter dem a O R dem Bundesrechte unterstehend. — Wettbewerb unter den schweizerischen Künstlern zur Erstellung eines Nationaldenkmals. Nachträgliche Ersetzung eines der zur engern Konkurrenz ausgewählten Entwürfe durch einen andern, weil das Preisgericht fand, der Wettbewerber, ein Architekt, habe sich der Mithilfe eines ausländischen Bildhauers bedient und sein Entwurf habe mehr bildhauerischen als architektonischen Charakter. Schadenersatzklage des betreffenden Bewerbers. Prüfung, inwiefern das Preisgericht zur Beurteilung der in Betracht kommenden künstlerischen und rechtlichen Fragen zuständig und sein Befund ein endgültiger gewesen sei. Bedeutung unrichtiger Protokollirung seiner Verhandlungen. Seine Stellung zum Initiativkomitee als der auslobenden Behörde. Frage der Haftbarkeit des Präsidenten dieses Komitees, des allein ins Recht gefassten Beklagten.

1. — Im Oktober 1908 unterbreitete das Initiativkomitee für die Erstellung eines Nationaldenkmals in Schwyz, welchem Komitee der Beklagte, Landammann Rudolf v. Reding in Schwyz, als Präsident nebst neunzehn andern Mitgliedern aus diesem Kanton angehörten, den schweizerischen Künstlern ein von der eidg. Kunstkommission entworfenes und vom Bundesrat genehmigtes Wettbewerbprogramm. Danach wurde beabsichtigt, « dem Ruhme des Heldenzeitalters der Schweiz ein Denkmal zu weihen », und « zu diesem Zwecke unter den schweizerischen Künstlern ein Wettbewerb eröffnet ». Den Bewerbern sollte « für den Gegenstand der Darstellung die grösste Freiheit gelassen » werden. Zur « Beurteilung der Entwürfe » sollte ein Preisgericht zuständig sein, bestehend aus dem Beklagten, als Präsidenten, und sechs weiteren Mitgliedern, nämlich den Architekten Prof. Dr. Bluntschli

in Zürich und Prof. Dr. Moser in Karlsruhe, den Bildhauern James Vibert in Genf und Giuseppe Chiattoni in Lugano, dem Maler Charles Giron in Morges und dem Erziehungsrat D. Bomer in Schwyz. Im weitern wurde erklärt : Der Wettbewerb sei ein zweifacher. Für die erste, allgemeine Eingabe, die eine Ideenkonkurrenz sei, würden nur Entwürfe in ungefärbtem Gips im Massstab  $\frac{1}{20}$  der Ausführungsgrösse verlangt. Die Entwürfe dürften keinen Namen tragen, sondern nur mit einem Motto versehen sein und ein das gleiche Motto tragender Briefumschlag habe den Namen des Bewerbers zu enthalten. Die Urheber der fünf besten Entwürfe würden zu einem zweiten beschränkten Wettbewerb zugezogen, diese Entwürfe aber unter sich nicht klassifiziert. Es folgen dann nähere Angaben über die beim zweiten Wettbewerb in zuhaltenden Grössenmasse und endlich wird bestimmt, dass, wenn keiner der Entwürfe dieses Wettbewerbes zur Ausführung gelange, jeder der Bewerber eine Entschädigung von 5000 Fr. erhalte, dass aber, wenn ein Entwurf zur Ausführung empfohlen werde, dessen Urheber diese Entschädigung nicht bekomme.

Zum ersten Wettbewerb sandte auch der Kläger, Architekt Hans Eduard Linder, von Basel, wohnhaft in Berlin, einen Entwurf ein, mit dem Motto : « So schwört es laut mit unserm Schweizerschwert : Der Freiheit Treu im Leben und im Tod ! » Der Entwurf enthält eine Darstellung des Rütlichschwurs durch drei Kolossalfiguren, mit einem Steinschwert in der Mitte, wobei die Gruppe von einer Reihe Blutbuchen und architektonischen Anlagen umrahmt und umgeben ist.

Anfang August 1909 trat das Preisgericht in Schwyz zur Beurteilung der eingegangenen Entwürfe zusammen. Aus 104 solcher wurden 12 ausgeschieden und einer eingehenden Prüfung unterzogen. Darunter befand sich als N° 45 der Entwurf des Klägers, der wie folgt beurteilt wurde : « Diese Arbeit zeichnet sich durch ihre Originalität und durch einen ausserordentlichen Stim-

mungsgehalt aus. Die drei Figuren sind vorzüglich charakterisiert und gut architektonisch gedachte, aufs äusserste vereinfachte Bildhauerarbeiten. Sie können in der Umrahmung von starken Blutbuchen einen wuchtigen Eindruck hervorbringen. — Das Steinschwert in der Mitte wirkt nicht gut; es würde eher durch einen einfachen Altarstein zu ersetzen sein. Einige Mitglieder des Preisgerichts zweifeln an der Möglichkeit der vollen Wirkung wegen des zu nahen Standpunktes der Beschauer und weil nirgends ein Gesamtüberblick möglich sei. Ueberdies weist ein Mitglied darauf hin, dass der Rütli-schwur für das Nationaldenkmal in Schwyz nicht das geeignetste Hauptmotiv abgeben könnte. »

Der schriftliche Bericht vom 5. August 1909, den das Preisgericht über seine Verhandlungen abgefasst hat und der von allen seinen Mitgliedern unterzeichnet ist, enthält im Wortlaut die obige Würdigung des klägerischen Entwurfes als Bestandteil der Beurteilung der 12 näher geprüften Entwürfe und erklärt dann in Anschluss hieran :

« Aus diesen 12 Arbeiten wurden durch Abstimmung diejenigen Projekte ausgeschieden, deren Urheber zum zweiten Wettbewerbe eingeladen werden sollen. — Es entfielen auf N° 1 : 4 Stimmen

» N° 9 : 7 »

» N° 15 : 7 »

» N° 76 : 5 » und

» N° 79 : 6 »

« Die Oeffnung der Briefumschläge ergab die nachstehenden Namen :

» Verfasser von N° 1 : J. G. Utinger, Luzern-Breslau.

» Verfasser von N° 9 : Architekt Otto Zollinger und Bildhauer Toni Schrödter, Zürich.

» Verfasser von N° 15 : Bildhauer Eduard Zimmermann, Stans-München.

» Verfasser von N° 76 : Bildhauer A. Karl Angst, Paris.

« Verfasser von N° 79 : Bildhauer Dr Richard Kissling, Zürich. »

» Das Preisgericht empfiehlt diese Künstler zur Einladung zum zweiten Wettbewerb für das Nationaldenkmal. »

Wie aus den Akten, namentlich den Zeugenaussagen der Preisrichter und der unten erwähnten Eingabe des Initiativkomitees vom 28. Oktober 1909 sich ergibt, haben sich die Verhandlungen und Beschlussfassungen des Preisgerichts tatsächlich anders zugetragen : Unter den fünf Entwürfen, deren Urheber zum zweiten Wettbewerb zugelassen werden sollten, befand sich die N° 1 nicht, sondern statt ihrer die N° 45, die mit 4 gegen 3 Stimmen ausgewählt worden war. Nachdem dann die Briefumschläge der fünf ausgewählten Entwürfe eröffnet und die Namen dieser fünf Wettbewerber bekannt geworden waren, wobei als Urheber des Entwurfes N° 45 « Ed. Linder, Dipl. Architekt B. D. A. » ermittelt wurde, erhoben sich gegen die Zulassung dieses Entwurfes Bedenken. Das Preisgericht fragte sich nämlich, ob und inwieweit der Entwurf mehr bildhauerischen als architektonischen Charakter habe, und ob daher nicht die Urheberschaft des Klägers als Architekten zweifelhaft und die schweizerische Staatsangehörigkeit eines andern bildhauerischen Urhebers oder Miturhebers unsicher sei. Infolgedessen ersuchte das Preisgericht durch Telegramm vom 4. August 1909 den Kläger um eine Erklärung darüber, wer die plastische Skizze zu seinem Entwurfe gemacht habe. Gleichen Tages erhielt es die telegraphische Antwort, das Modell habe nach den Entwürfen, Angaben und Korrekturen des Klägers der von ihm engagierte Bildhauer Max Fichte in Berlin gemacht. Darauf schied das Preisgericht den Entwurf des Klägers aus den fünf in Vorschlag gebrachten wieder aus, in der Annahme, dass er wegen der Mitarbeiterschaft des ausländischen Bildhauers Fichte disqualifiziert sei, und es ersetzte ihn

durch den von J. G. Utinger herrührenden Entwurf N° 1.

Mit Telegramm vom 6. August anerbote der Kläger dem Preisgericht noch Beweise für seine Urheberchaft der Gesamtidee, erhielt aber vom Beklagten am 10. August den Bescheid: Das Preisgericht zweifle nicht, dass die Gesamtidee des Entwurfes vom Kläger stamme und dass der mitarbeitende Künstler unselbständig und als Gehülfe des Klägers gewirkt habe. Es sei aber von der ursprünglichen Absicht, das Projekt N° 45 zum engern Wettbewerb zuzulassen, deshalb abgekommen, weil der Verfasser Architekt sei und eine allfällige Ausführung der vorgelegten Idee mehr in das Gebiet der Bildhauerei als in das der Architektur fallen würde. Ohne die Mitwirkung eines ganz hervorragenden Bildhauers, der mit der Zeit wohl die künstlerische Hauptpersönlichkeit werden würde halte das Preisgericht eine befriedigende Ausführung der drei Kolossalfiguren für undenkbar. Und sodann sei der Künstler, der am Entwurfe mitgearbeitet habe, nicht Schweizer.

In einer Eingabe vom 28. Oktober 1909 an das eidg. Departement des Innern, die durch eine Beschwerde des Klägers veranlasst wurde, billigte das Initiativkomitee die Auffassung des Preisgerichtes, wobei es, von dessen Bericht vom 5. August 1909 abweichend, den Hergang in der angegebenen Weise richtig darstellte.

Im nunmehrigen Prozesse-belangt der Kläger den Beklagten als Präsidenten des Initiativkomitees — das, wie unbestritten, rechtlich eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR bildet — auf Bezahlung von 5000 Fr. samt Zins zu 5% seit Ende August 1909. Er macht, unter Berufung auf die Bestimmungen über die Auslobung geltend, sein Entwurf sei vom Preisgericht als einer der fünf besten erklärt worden und der Kläger habe daher Anspruch auf die ausgesetzte Belohnung, bestehend in der Zulassung zum engern Wettbewerb und deren weiteren Folgen, erlangt, sofern er Schweizerbürger und Urheber

des Entwurfes N° 45 sei, was beides zutreffe. Seine Urheberschaft im besondern sei vom Beklagten in dessen Briefe vom 10. August 1909 zugegeben worden, der Kläger trete aber dafür noch Beweis an, indem er sich auf Fichtes eigene Erklärung berufe, ferner auf das Zeugnis der Professoren Bruno Schmitz in Berlin-Charlottenburg und Bluntschli in Zürich, auf seine Skizzen, die mit seinem Modell und seinem zeichnerischen Entwurfe zu vergleichen seien, auf das sonstige Material und das Sachverständnis des Richters oder zu befragender Experten. Die nachträgliche Ausschliessung des Klägers vom engern Wettbewerb habe ihm die Möglichkeit benommen, entweder mit der Ausführung des Denkmals betraut zu werden und damit einen die Klagsumme weit übersteigenden Gewinn zu machen oder dann den Betrag von 5000 Fr. zu erhalten, der jedem der nicht mit der Ausführung beauftragten Teilnehmer am zweiten Wettbewerb zugesichert worden sei. Ferner wäre der noch unbekannte Kläger namentlich im ersten, aber auch im zweiten Falle zu künstlerischem Ansehen und damit auch wirtschaftlich in eine günstigere Stellung gelangt. Für den ihm so zugefügten Schaden habe er Anspruch auf Ersatz.

Die beiden kantonalen Instanzen haben die Klage als unbegründet abgewiesen. Das Bezirksgericht führt aus: Die Motive, von denen sich das Preisgericht bei der Beurteilung, Zulassung oder Wegweisung der einzelnen Entwürfe habe leiten lassen, seien der richterlichen Ueberprüfung entzogen und das Preisgericht allein, nicht das Initiativkomitee oder dessen Präsident habe die Verantwortung für seinen Entscheid zu tragen. Bei dieser Sachlage könne von der Anordnung des verlangten Augenscheines und der Expertise Umgang genommen werden. — Das Kantonsgericht verwirft zwar die Rechtsauffassung der ersten Instanz und hält dafür, der Kläger könnte an sich zur Begründung der eingeklagten Forderung den Nachweis erbringen, dass die nachträgliche Disqualifika-

tion wegen mangelnder Urheberschaft ungerechtfertigt gewesen sei. Nun habe er aber den Beweisbescheid des Bezirksgerichts — gemeint ist die oben erwähnte Urteils-erwägung betreffend die Ablehnung des Augenscheines und der Expertise — nicht gültig, nach Vorschrift von Art. 108 (recte 427) ZPO, durch Stellung eines dahinzielenden Begehrens rekurriert und damit seinem Entschädigungsbegehren die Grundlage entzogen.

Vor Bundesgericht erneuert der Kläger sein Rechtsbegehren.

2. — Zu Unrecht hat der Beklagte die Zuständigkeit des Bundesgerichts mit der Behauptung bestritten, der Wettbewerb, aus dem der Kläger die eingeklagte Schadenersatzforderung herleite, habe vor dem Inkrafttreten des rev. OR stattgefunden und beurteile sich daher nach kantonalem Recht. Freilich enthält das frühere OR, im Gegensatz zum revidierten, noch keine Bestimmungen über Preisausschreiben und Auslobung. Allein daraus folgt nicht, dass es diese Rechtsinstitute dem kantonalen Recht habe überlassen wollen. Ein ausdrücklicher Vorbehalt in diesem Sinne fehlt im aOR. Jenen Schluss aber lediglich aus dem Stillschweigen des Gesetzes zu ziehen, also bloss daraus, dass es keine Bestimmungen über Preisausschreiben und Auslobung aufstellt, vermag sich aus sachlichen Erwägungen nicht zu rechtfertigen. Man hat es bei diesen Rechtsinstituten mit keinen materiellen Verhältnissen obligationenrechtlichen Inhaltes zu tun, deren besonderer Charakter hätte dazu führen können, sie von der bundesgesetzlichen Regelung auszunehmen, vielmehr mit Spezialnormen über die Art der Begründung obligationenrechtlicher Beziehungen, welche Normen für diese Beziehungen überhaupt gelten, dem allgemeinen Teil des OR angehören und den darin aufgestellten Vorschriften über das Zustandekommen vertraglicher Gebundenheit sich einfügen. Wenn das aOR hierüber nichts Ausdrückliches bestimmt hat, so kann

das nur in der Meinung geschehen sein, es dem Richter zu überlassen, die fraglichen Normen in Uebereinstimmung mit den zugehörigen Bestimmungen des OR und unter Berücksichtigung der Doktrin von sich aus zu finden.

3. — Schon vor der kantonalen Oberinstanz hat der Beklagte die von ihm erhobene Einrede der Streitgenossenschaft fallen lassen und damit zugegeben, dass er, soweit die eingeklagte Schadenersatzforderung dem Kläger zusteht, für deren vollen Betrag als Schuldner zu gelten habe. Und zwar bezieht sich das nicht nur auf die der Forderung in erster Linie gegebene Begründung, wonach der Beklagte als Präsident des Initiativkomitees — rechtlich einer einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 OR, — belangt wird, sondern auch auf den eventuellen Standpunkt, wonach der Beklagte in der Sache auf eigene Faust gehandelt hätte und so als *falsus procurator* haftbar geworden wäre. Für das Bundesgericht fällt hiernach in diesen Beziehungen eine Prüfung des Streitverhältnisses ausser Betracht.

4. — Was die Hauptbegründung der Klageforderung anlangt, so hat man es beim fraglichen Wettbewerbe, an dem sich der Kläger mitbeteiligte, mit einer Auslobung nach Art. 8 rev. OR zu tun. Zu entscheiden ist, ob das Preisgericht durch das von ihm eingeschlagene Verfahren gegen die Bestimmungen des Wettbewerbsprogrammes verstossen und den Kläger dadurch geschädigt habe und ob das Initiativkomitee für einen allfälligen Schaden aufkommen müsse, in welchem Falle nach Erwägung 3 von selbst auch die Haftbarkeit des Beklagten als Präsident dieses Komitees zu bejahen wäre.

5. — Eine Haftbarkeit des Beklagten ist vorerst und zwar mangels einer Schädigung des Klägers insoweit zu verneinen, als sich der Kläger darauf beruft, dass das Preisgericht in seinem Bericht vom 5. August 1909 seine Verhandlungen und Beschlüsse betreffend

die Auswahl der fünf zum engern Wettbewerb zuzulassenden Entwürfe unrichtig wiedergegeben hat, deshalb nämlich, weil darin die anfängliche Zulassung des klägerischen Entwurfes N° 45 und dessen nachträgliche Ersetzung durch den Entwurf N° 1 unerwähnt geblieben ist und so der Leser zu der Meinung veranlasst wurde, der Entwurf des Klägers sei nicht als einer der fünf besten bezeichnet gewesen, sondern statt seiner von Anfang an der Entwurf N° 1. Diese unzutreffende, weil lückenhafte Verurkundung, auf die der Kläger grosses Gewicht legt, hat ihm tatsächlich gar nicht zum Nachteil gereicht, sobald man sie bei der Entscheidung des Falles bei Seite lässt und diesen auf Grund der Verhandlungen und Beschlüsse beurteilt, wie sie anerkanntermassen in Wirklichkeit erfolgt sind, und auf dieser Grundlage prüft, ob der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch bestehe oder nicht. Rechtlich könnte die mangelhafte Protokollierung des Sachverhaltes höchstens insofern Bedeutung haben, als daraus auf eine Befangenheit und Parteilichkeit des Preisgerichtes und zwar bei allen seinen sieben Mitgliedern, die den Bericht sämtlich unterzeichnet haben, geschlossen werden wollte, in der Meinung, die sachliche Richtigkeit seiner Verfügung anzuzweifeln. Allein so weit geht auch der Kläger nicht und in der Tat fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten für eine solche Annahme. Jene Unvollständigkeit des schriftlichen Berichts, die freilich formell zu bemängeln ist, lässt sich sachlich dadurch erklären, dass es dem Preisgericht bei seinem Berichte nur darum zu tun gewesen sein mag, die endgültigen Ergebnisse seiner Verhandlungen schriftlich niederzulegen, also hier die endgültig als die fünf besten ausgewählten Entwürfe anzugeben. Demgemäss spricht sich der Bericht auch nicht darüber aus, auf welche Weise (mit welchem Stimmenverhältnis u.s.w.) jene sieben der zwölf eingehend beurteilten Entwürfe eliminiert worden sind.

6. — Prüft man die Sache auf Grund des wirklichen

Herganges, so steht zunächst fest, dass das Preisgericht den Entwurf des Klägers als einen der fünf besten ausgewählt hat, und der Kläger hat insofern Anspruch auf Zulassung zum engern Konkurrenz erlangt.

Er behauptet nun: Von den drei Bedingungen für die Zulassung zum engern Wettbewerbe, nämlich dass der Bewerber ein schweizerischer Künstler, dass er Urheber des eingesandten Entwurfes sei und dass dieser zu den fünf besten gehöre, habe das Preisgericht nur die letztere, die objektive Qualität des Entwurfes zu beurteilen gehabt. Es sei daher nicht befugt gewesen, nachdem mit der Eröffnung der Briefumschläge die Namen der Bewerber, und damit auch der des Klägers, bekannt geworden waren, auf die Wahl seines Entwurfes zurückzukommen. Es habe die Anonymität der Entwürfe zu wahren, die Entwürfe losgelöst von jeder persönlichen Beziehung zu beurteilen gehabt, und was es nach Oeffnung der Umschläge beschlossen habe, sei formwidrig und nichtig.

Damit wird aber die Zuständigkeit des Preisgerichtes zu eng bestimmt. Die « Beurteilung der Entwürfe », die das Wettbewerbsprogramm als die Aufgabe des Preisgerichtes bezeichnet, erstreckt sich allerdings nur auf die Fragen ästhetischer und künstlerisch technischer Natur, die mit den Voraussetzungen für die Zulassung eines Bewerbers zum engern Wettbewerb zusammenhängen, nicht auch auf alle sonstigen tatsächlichen und rechtlichen Fragen, die sich gleichzeitig darbieten können (etwa die Rechtsfrage, in welchem Zeitpunkte ein Bewerber das Schweizerbürgerrecht erworben haben müsse, um noch als « schweizerischer Künstler » im Sinne des Wettbewerbsprogrammes zu gelten, wie es sich im Falle von Doppelbürgerrechten verhalte u.s.w.). Dagegen muss das Preisgericht jene erstern Fragen vollständig und allseitig beurteilen können, denn es hat als sachverständige Instanz in diesen Dingen zu amten und

es können daher nicht einzelne Punkte, deren Beurteilung ebenfalls Fachkunde in Kunstsachen voraussetzt, seiner Beurteilung entzogen und derjenigen des nicht als hinreichend sachverständig zu erachtenden Initiativkomitees unterstellt sein. Derartige in das Gebiet der Aesthetik und der künstlerischen Technik einschlagende Fragen können aber nicht nur zu lösen sein, solange der Entwurf als solcher, ohne Kenntnis des Bewerbers, auf seinen Wert zu beurteilen ist, sondern auch nachher, wenn es sich fragt, ob der bekannt gewordene Bewerber als zulassungsberechtigter Urheber im Sinne der Preisausschreibung anzuerkennen sei. Mit Unrecht macht daher der Kläger geltend, das Preisgericht habe mit der Auswahl der fünf besten Entwürfe seine Aufgabe vollendet gehabt. Vielmehr hatte es nach Eröffnung der Briefumschläge gegebenenfalls weiter zu prüfen, ob erst jetzt entdeckbare Gründe künstlerischer Natur vorlägen, die gegen die Zulassung eines der fünf Konkurrenten zum engern Wettbewerb sprächen.

Zu einer solchen Prüfung musste sich nun in der Tat das Preisgericht nach der Eröffnung des den Namen des Klägers enthaltenden Briefumschlages veranlasst sehen: Es stellte sich heraus, dass der Kläger Architekt sei und dies führte das Preisgericht — und zwar gerade vermöge seiner besondern Fachkenntnisse — dazu, die Frage aufzuwerfen, ob er als Architekt Urheber im eigentlichen Sinne der inmitten des Denkmalentwurfes angebrachten drei Kolossalfiguren sei. Die Antwort hierauf hing wiederum von der Prüfung weiterer Fragen ab: davon, ob der künstlerische Wert und Zweck des klägerischen Entwurfes — wie aller andern dieser Entwürfe — in der vom Bewerber gegebenen allgemeinen Idee für sich allein liege oder ob auch die Ausführung, wie sie die eingereichten Darstellungen und Pläne nebst zugehörigem Modell enthielt, für die Beurteilung wesentlich sei und, bejahendenfalls, welche Bedeutung den im Entwürfe enthaltenen drei Kolossalfiguren als Bestand-

teil des ganzen Werkes und im Verhältnis zu ihm zu komme. Das Preisgericht ist auf die Würdigung aller dieser Punkte eingetreten und musste es tun, um zu seiner Auffassung zu gelangen, dass die dargestellten Kolossalfiguren nicht architektonischen, sondern wesentlich bildhauerischen Charakter hätten und dass derjenige, der sie im Modelle ausgeführt hatte, nicht als blosser, zu handwerksmässigen und mechanischen Vorkehren beigezogener Gehilfe gelten könne, sondern in erheblichem Umfange Miturheber des Entwurfes sei. In allen diesen Beziehungen hat sich also das Preisgericht in n e r h a l b seiner Zuständigkeit gehalten, wie sie sich aus dem Wettbewerbsprogramm und der Natur seiner Aufgabe ergeben hat.

Keine Sachverständigenfrage hat freilich das Preisgericht insoweit behandelt, als es den Ersteller des Modells der drei Kolossalfiguren in der Person des Bildhauers Fichte ermittelte und dessen deutsche S t a a t s - a n g e h ö r i g k e i t feststellte. Ferner hat das Preisgericht nicht ausschliesslich eine künstlerische, sondern gleichzeitig auf eine rechtliche Würdigung vorgenommen, wenn es zur Auffassung gelangte, die künstlerisch als wesentlich anzusehende M i t a r b e i t eines Ausländers ziehe nach dem Inhalt der Wettbewerbsbedingungen die Disqualifikation des betreffenden, an sich zum engern Wettbewerbe zuzulassenden Entwurfes nach sich. Und endlich muss es formell als ein unrichtiges Verfahren und als eine Kompetenzüberschreitung gelten, wenn das Preisgericht den Entwurf des Klägers, nachdem er sich ihm als zur Zulassung ungeeignet erwiesen hatte, wieder ausgeschaltet und vorbehaltslos durch den Entwurf N° 1 ersetzt hat. Statt dessen hätte es den Entwurf des Klägers unter Hinweis auf den als vorhanden angesehenen Grund zu seiner Disqualifikation als, objektiv betrachtet, einen der fünf besten unter den ausgewählten beibehalten, ihm aber den Entwurf N° 1 als allfälligen Ersatz und als den in erster Linie nach ihm

zur Auswahl geeigneten zur Seite setzen sollen, es dem Initiativkomitee anheimstellend, auf Grund der ihm unterbreiteten künstlerischen Würdigung beider Entwürfe und der sachverständigen Ansichtsäusserung über die Bedeutung der Mitarbeit Fichtes am klägerischen Entwurfe den endgültigen Entscheid zu treffen. — Allein in keiner dieser Beziehungen hat der Kläger eine wirkliche Schädigung seiner Interessen erlitten. Was den Hauptpunkt, jene selbständige Ausschaltung und Ersetzung des klägerischen Entwurfes durch einen andern anlangt, so hat das Initiativkomitee als das zuständige Organ hievon später Kenntnis erhalten und gestützt hierauf inhaltlich der Auffassung des Preisgerichts zugestimmt, somit den Entwurf des Klägers als disqualifiziert erklärt und dafür den Entwurf N° 1 zum engern Wettbewerb zugelassen. In Wirklichkeit ist also der Kläger im Ergebnis gleichgestellt worden, wie wenn das Preisgericht, entsprechend seiner Aufgabe, bloss als vorschlagende Instanz gehandelt hätte, in welchem Falle es ja, um zu seinem Vorschlage gelangen zu können, jene mit seiner Fachkunde nicht zusammenhängenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen ebenfalls nicht hätte umgehen können. Uebrigens ist, und zwar mit Recht, unbestritten geblieben, dass diese Fragen richtig gelöst wurden, dass also Fichte das Modell tatsächlich gefertigt hat, dass er ein Deutscher ist und dass infolgedessen der Kläger keinen Anspruch auf Zulassung zum engern Wettbewerb erlangt hat, sobald die Bestätigung des Fichte als künstlerisch wesentliche Mitarbeit am Entwurf des Klägers angesehen werden muss.

7. — Was nun den letztern Punkt anbetrifft, so ist anzunehmen, dass das Preisgericht, indem es ihn einer sachverständigen Prüfung unterzog, nicht nur, wie schon oben ausgeführt, innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit gehandelt hat, sondern dass sein Befund hierüber für das Initiativkomitee und im jetzigen Prozess für den Richter massgebend sein muss. Als Bedingung

des Wettbewerbes wurde aufgestellt, dass die Entwürfe von einem Preisgericht zu beurteilen seien, und dessen Mitglieder wurden einzeln aufgezählt. Damit ist kundgegeben worden, dass beide Teile, der Auslobende und der Bewerber, dieses Preisgericht als unparteiische und sachverständige Instanz gelten zu lassen und dessen Beurteilung der Entwürfe in ästhetischer und künstlerisch-technischer Hinsicht als endgültig anzuerkennen haben. Eine spätere gerichtliche Anfechtung dieser Beurteilung ist daher ausgeschlossen, wenigstens sofern sie sich nicht als offensichtlich unrichtig und unhaltbar erweist. Dies lässt sich aber hier nicht sagen und wird durch die Ausführungen des Klägers nicht dargetan. Namentlich kann er mit seinen Haupteinwendungen nicht durchdringen, Gegenstand des ersten, allgemeinen Wettbewerbs, auf den sich der streitige Entwurf bezieht, sei nur die Idee als solche für das zu errichtende Denkmal, nicht deren körperliche Ausführung, und ferner habe die Figurengruppe in Wirklichkeit architektonischen und nicht bildhauerischen Charakter. Wenn das Preisgericht in beiden Punkten gegenteiliger Auffassung ist und besonders davon ausgeht, dass auch eine bloss allgemeine Idee, um Gegenstand des Wettbewerbes zu bilden, der äussern Darstellung und Formgebung bedürfe und dass ihr Wert davon mitbedingt sei, so lässt sich dieser Auffassung sachliche Bedeutung gewiss nicht absprechen. Auch aus dem vom Kläger angerufenen Schreiben des Beklagten vom 10. August 1909 erhellt in Wirklichkeit nichts Gegenteiliges; wenn es auch sagt, dass die Gesamtidee vom Kläger stamme und Fichte als dessen unselbständiger Gehilfe gearbeitet habe, so hebt es doch andererseits den bildhauerischen Charakter der Gruppe des Entwurfes und die deutsche Nationalität des Verfertigers dieser Gruppe als Hinderungsgrund für die Zulassung des Entwurfes hervor. Mit den bisherigen Ausführungen ist endlich auch dargetan, dass der vom Kläger verlangte gerichtliche Expertenbeweis, der eine Nach-

prüfung der künstlerischen Auffassung des Preisgerichts auf ihre Richtigkeit bezweckt, nicht bewilligt werden kann. Damit erübrigt es sich, auf den Standpunkt der Vorinstanz einzutreten, wonach diese Beweisergänzung schon aus formell-prozessualischen Gründen abgelehnt wurde.

8. — Soweit die Klage auf eine Haftung des Beklagten als *falsus procurator* gestützt wird, fehlt ihr eine aktenmässige Grundlage und sie ist denn auch in dieser Beziehung heute ausdrücklich nicht mehr aufrecht erhalten worden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 24./26. Oktober 1916 bestätigt.

31. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. April 1917  
i. S. Affolter, Kläger und Berufungskläger,  
gegen Elise Müller und Konsorten, Beklagte und  
Berufungsbeklagte.

Körperliche Schädigung (Verletzung eines Auges) die ein Knabe einem andern mit einem als Spielzeug dienenden Gewehrchen zufügte. Haftbarkeit des Schädigers und eines andern Spielgenossen nach Art. 50 aOR. Dieser setzt Zurechnungsfähigkeit des Schädigers voraus. Bössartigkeit nicht kausal bei fehlender Einsicht. — Ersatzpflicht aus Art. 58 aOR? — Belangung der Ehefrau, in deren Haushalt sich der Unfall ereignete, auf Grund von Art. 61 aOR. Einreden der mangelnden Passivlegitimation und der Verjährung. Zwischen dem aus Art. 50 aOR (Art. 41 rev. OR) und dem wegen Verpflichtung zur häuslichen Aufsicht Haftbaren besteht keine eigentliche Solidarität; Bedeutung für die Unterbrechung der Verjährung. Die Verjährungsfrist für den Tatbestand des Art. 333 ZGB ist die einjährige für die unerlaubten Handlungen (Art. 69 aOR und 60 rev. OR) geblieben. — Aufsichtspflicht des Vaters, der sich beruflich von zu Hause entfernen muss.

A. — Am 17. Februar 1911 begaben sich die beiden Knaben Johann Affolter und Robert Mösch (jener im Januar 1903, dieser im Mai 1904 geboren) in das Haus des Müller-Labhardt, dessen Sohn Heinrich (geboren im Januar 1906) mit ihnen bekannt war. Der Vater Müller war als Reisender in seinem Beruf abwesend und dessen Frau zur Post gegangen. Die Knaben Affolter und Mösch wurden von der Magd Ida Butiger empfangen und mit Heinrich Müller ohne besondere Aufsicht sich selbst überlassen. Der letztere besass ein Kindergewehr mit zugehörigen hölzernen, vorn mit einer Gummideckung versehenem Bolzen und einer Sprungfeder als Triebkraft. Er selbst konnte das Gewehr als solches nicht handhaben, da die Feder an seine Kräfte zu hohe Anforderungen stellte. Es diente ihm als durchaus