

deresse. Tout d'abord les évaluations qui précèdent sont basées sur l'admission d'un gain régulier de la demanderesse de 1 fr. 50 c. par jour au moment de son accident. Or, s'il est établi que dame Rochat pouvait gagner 1 fr. 50 c. par jour, l'instance cantonale constate en revanche qu'il n'est pas démontré quel était son gain annuel moyen. En l'absence de preuve contraire, il paraît très vraisemblable qu'elle ne s'occupait pas d'une manière régulière et permanente du polissage des écuelles, mais que son temps était en partie accaparé par d'autres travaux domestiques ou agricoles. De ce chef son gain moyen annuel était probablement inférieur à 450 fr. En ce qui concerne la perte de gain future, il faut en outre tenir compte des infirmités qui, avec l'âge, auraient pu influencer sur la capacité de travail de la demanderesse, des chances de chômage de l'industrie horlogère et enfin de l'avantage de recevoir une indemnité en capital plutôt que sous forme de rente. Tenant compte de ces diverses considérations, le Tribunal, fixant *ex aequo et bono* l'indemnité due à la demanderesse, arrête le montant de celle-ci à 2000 fr.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours des frères Golay est écarté ; celui de dame Rochat-Meylan est en revanche déclaré fondé et le jugement de la Cour civile vaudoise, du 1^{er} juin 1900, est réformé en ce sens que l'indemnité due par les défendeurs à la demanderesse est fixée à 2000 fr.

72. Urteil vom 22. September 1900 in Sachen Brupbacher gegen Ulrich.

Maklervertrag. Wann ist die Provision verdient? — Arglist des Promittenten? — Entsteht ein Anspruch auf einen Teil der Provision, wenn mehrere Makler thätig waren?

A. Durch Urteil vom 10. Mai 1900 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag: Der Beklagte sei zu verpflichten, an den Kläger 2050 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 5. Mai 1899 zu bezahlen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert und begründet der Vertreter des Klägers diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der heutige Beklagte, H. Ulrich, welcher seine, an der Bahnhofstrasse Nr. 47 in Zürich gelegene Liegenschaft zu verkaufen wünschte, trat zu diesem Zwecke im März 1899 mit dem Kläger, Liegenschaftsagenten Brupbacher-Grau, in Verbindung, damit dieser den Kauf vermittele. Laut Brief des Beklagten an den Kläger vom 20. März 1899 übersandte jener diesem zu diesem Zwecke einen Situationsplan der Liegenschaft; gleichzeitig teilte er ihm mit, er habe sich entschlossen, den Maximalpreis auf 440,000 Fr. herabzusetzen, und gab ihm einige weitere Auskunft über allfällige Käufer und die Verhältnisse einiger Anstöszer; er drückte dabei die Hoffnung aus, es dürfte dem Kläger „gelingen, einen Geschäftsabschluss zu Stande zu bringen.“ Der Kläger antwortete ihm gleichen Tags, er werde sich im Interesse des Beklagten bemühen, und am 13. April schrieb er, er stehe mit Gebrüder Löb in Unterhandlungen. Am 2. Mai 1899 erhielt der Beklagte von Rechtsagent J. G. Arnold in Zürich einen Brief folgenden Inhalts: „Wie ich vernommen, beabsichtigen Sie

„nun doch Ihre Liegenschaft zu verkaufen zum Preis von 400,000 Fr. Ich erlaube mir nun neuerdings die Anfrage, ob und wie äußerst Sie mir Ihre Liegenschaft käuflich überlassen würden“ etc. Der Beklagte antwortete noch am 2. Mai, es sei durchaus unrichtig, daß er irgend jemanden seine Liegenschaft zum Preise von 400,000 Fr. angeboten habe; der geforderte Preis habe sich zwischen 440,000 und 420,000 Fr. gehalten. Er fügte bei: „Für alles weitere wenden Sie sich an meinen Agenten Ph. Schenika, Münsterhof 16.“ Arnold wandte sich nun an diesen Agenten, und schon am 3. Mai 1899 kam durch dessen Vermittlung der schriftliche Kaufvertrag um den Preis von 410,000 Fr. zu Stande. Festgestellt ist, daß Arnold schon im März 1899 von einem gewissen Rutschmann von der Absicht des Beklagten, seine Liegenschaft zu verkaufen, unterrichtet worden war und daß er seinen Brief vom 2. Mai 1899 an den Beklagten geschrieben hat, nachdem der Kläger einige Tage vorher eine Unterredung über den Kauf mit ihm gehabt hatte. Mit Brief vom 3. Mai 1899 teilte der Beklagte — der in der Folge dem Schenika 4100 Fr. Provision bezahlte — dem Kläger mit, daß er seine Liegenschaft zu dem von ihm verlangten Preise verkauft habe und deshalb seinen Auftrag zurückziehe, indem er ihm für seine Bemühungen bestens danke. Der Kläger verlangte jedoch, daß ihm der Beklagte eine Provision von 1 % des Kaufpreises zahle und erhob, da Verhandlungen zwischen den Parteien zu keinem Resultate führten, die vorliegende Klage, in der er ursprünglich 4100 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 5. Mai 1899 verlangte; vor zweiter Instanz hat er indessen (nachdem die erste Instanz die Klage im Betrage von 1025 Fr. gutgeheißen hatte) nur noch die Zusprechung von $\frac{1}{2}$ % der Provision beansprucht, also 2050 Fr. samt Zins zu 5 % vom angegebenen Datum an.

2. Der von den Parteien abgeschlossene Mäklervertrag ist nach dem Inhalte der zwischen ihnen gewechselten Korrespondenz dahin gegangen, daß der Kläger den Kaufabschluß betreffend die Liegenschaft des Beklagten herbeizuführen habe. Thatsächlich nun hat der Kläger sich zwar mit verschiedenen Personen, die er für kauf lustig hielt, in Verbindung gesetzt, und er hat auch eine Unterredung mit demjenigen, der nachher wirklich Käufer geworden ist,

gehabt; allein der Kaufabschluß, der Konsens der Kontrahenten über die essentialia des Kaufgeschäftes, ist festgestelltermäßen nicht durch den Kläger, sondern durch einen andern Agenten, Schenika, an den der Beklagte den kauf lustigen Arnold gewiesen hatte, herbeigeführt worden. Es fragt sich daher, ob der Kläger unter diesen Umständen Anspruch auf Mäklergebühr besitze. Nach schweiz. O.-R., Art. 405, kommen für den Mäklervertrag, besondere Bestimmungen der kantonalen Gesetze vorbehalten, die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung. Danach ist aber konkret, aus dem speziellen Vertrag und subsidiär aus allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, durch welche Thätigkeit die Mäklergebühr verdient ist. Da vorliegend spezielle Vertragsbestimmungen nicht vorhanden sind, haben die allgemeinen den Mäklervertrag beherrschenden Grundsätze Platz zu greifen. Hiernach hat der Mäkler dann auf Lohn (Provision) Anspruch, wenn er den beabsichtigten Endzweck, zu dem der Mäklervertrag abgeschlossen wurde, herbeigeführt hat; vorliegend also dann, wenn der Kaufabschluß auf seine Thätigkeit zurückzuführen ist, mit ihr in ursächlichem Zusammenhang steht (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 1895, i. S. Fritsch gegen Blinde, Amtl. Samml., Bd. XXI, S. 1242 Erw. 4). Diese Voraussetzung des Anspruches auf die Provision ist nun vom Kläger nicht erfüllt worden. Zwar wird anzunehmen sein — obgleich das nicht mit absoluter Gewißheit festgestellt ist — daß der Brief des kauf lustigen Arnold auf die Unterredung, die er einige Tage vorher mit dem Kläger hatte, zurückzuführen ist. Hat so der Kläger zwar eine Bedingung zu dem nachherigen Abschlusse des Kaufvertrages gesetzt, so hat doch seine Thätigkeit hier ein Ende gefunden und sind die weiteren, entscheidenden Bedingungen ohne sein Zutun gesetzt worden; es ist m. a. W., wie die Vorinstanz ausführt, der Kaufzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und dem nachherigen Kaufabschlusse unterbrochen worden. Unter diesen Umständen aber kann nach dem oben gesagten von einem Ansprüche auf Provision keine Rede sein, wenn derselbe nicht aus dem Gesichtspunkte der Arglist begründet erklärt werden muß, oder wenn er nicht als Teilungsanspruch gutzuheißen ist.

3. Was nun zunächst die Arglist des Promittenten betrifft, so

ist allerdings richtig, daß die Provision dann geschuldet wird, wenn der Promittent arglistig die Thätigkeit des Maklers gehindert oder unterbrochen hat (s. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juni 1900 i. S. Ducolomb gegen Fischer, Amtl. Samml., Bd. XXVI, 2. Teil, S. 350); es ist dies ein aus allgemeinen Erwägungen hergeleiteter Rechtsgrundsatz, der in Art. 176 O.-R. in einer speziellen Anwendung zum Ausdruck kommt. Hätte daher vorliegend der Beklagte den kauflustigen Arnold an Scheniza gewiesen, obschon er wußte, daß Arnold ihm durch den Kläger zugeführt war, und mit der Absicht, den Kläger seines Provisionsanspruches zu berauben, so bestünde der Anspruch des Klägers. Allein jenes Wissen des Beklagten von der Unterredung Arnolds mit dem Kläger wird von der Vorinstanz ausdrücklich verneint; und da es sich hierbei um eine tatsächliche Feststellung handelt, die jedenfalls nicht aktenwidrig ist, ist das Bundesgericht hieran gebunden; damit fällt aber die Annahme einer Arglist ohne weiteres dahin. Übrigens darf wohl angenommen werden, daß der Kläger selber diesen Standpunkt nicht für sehr aussichtsreich hielt, da er sonst doch wohl auch vor zweiter Instanz nicht nur die halbe, sondern die ganze Provision gefordert hätte.

4. Zu erörtern bleibt demnach nur noch die Frage, ob der Kläger einen Teil der Provision verlangen kann. Die erste Instanz hat dies im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 1894 in Sachen Fournaise gegen Perrotet (Amtl. Samml., Bd. XX, S. 1131 ff.) bejaht, die zweite Instanz dagegen hält einen solchen Teilungsanspruch nicht für begründet. Es folgt nun im allgemeinen schon aus den in Erw. 2 niedergelegten Grundsätzen, daß ein Anspruch auf Teilung der Provision im Falle des selbständigen Wirkens mehrerer Makler nicht besteht (vgl. auch Entw. I des deutschen B.-G.-B. § 580 und Motive dazu, Bd. II, S. 512; ferner deutsches B.-G.-B. § 652). Allein auch aus Erwägungen wirtschaftlicher Natur, aus der Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse des Lebens, ergibt sich, daß es richtiger ist und dem Wesen des Maklervertrages mehr entspricht, eine Teilung des Provisionsanspruches beim selbständigen Handeln mehrerer Makler nicht eintreten zu lassen. Dadurch wird der Eifer der Makler, im Interesse des Auftraggebers zu handeln, wesentlich erhöht, da alsdann auch ihr eigenes

ökonomisches Interesse sie zu intensiver Thätigkeit treibt; während andernfalls — wenn jeder Makler, der irgendwie thätig gewesen ist, einen Teil der Provision fordern könnte — der Eifer der Makler gelähmt würde und zudem unlautern Machenschaften zwischen ihnen die Thüre geöffnet wäre. Diese Auffassung entspricht aber auch insofern dem Wesen des Maklervertrages, als sie dem aleatorischen Moment, das in ihm enthalten ist, Rechnung trägt: vielen erfolglosen Bemühungen steht im Falle des Gelingens der Vermittlung eines Geschäftes ein Lohn gegenüber, der im Verhältnisse zur aufgewendeten Arbeit und Mühe meist als ein unverhältnismäßig hoher bezeichnet werden darf. Endlich ist nicht zu übersehen, daß sich jeder Makler den Ersatz seiner Aufwendungen und einen geringen Entgelt für seine Bemühungen durch ausdrückliche Vereinbarung versprechen lassen kann und daß ihm auf diesem Wege ein Schutz gegen Benachteiligung ermöglicht ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai 1900 in allen Teilen bestätigt.

73. Urteil vom 28. September 1900 in Sachen Häderli & Cie. gegen Binkert-Siegwart.

Werkvertrag (Arbeits- und Lieferungsvertrag über einen Wellenbock). — Unbrauchbares Werk, Art. 358 Abs. 1 O.-R. Ist die Unbrauchbarkeit wesentlich auf die Bestellung zurückzuführen und hat der Unternehmer der Bestellung gemäss geliefert? — Hat der Besteller weder ein Heimschlagsrecht noch einen Schadenersatzanspruch nach dieser Bestimmung? Pflicht des Unternehmers, dem Besteller Rat zu erteilen. Thatsächliche Feststellungen, Art. 81 Org.-Ges. Schadenersatz wegen Verzuges.

A. Durch Urteil vom 18. Juni 1900 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, und beantragt: