87. Urteil vom 23. Dezember 1908 in Sachen
Ferdinand Kahn & Söhne, Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Aktienbrauerei Sternenberg, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Maklervertrag. — Inhalt; Beweiswürdigung; Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz; verspätete Berufungsanträge. — Entstehung des Provisionsanspruches; Vermittlungstätigkeit. — Art. 176 OR. Eine arglistige Verhinderung oder Unterbrechung der Tätigkeit des Maklers durch den Auftraggeber liegt nicht schon dann vor, wenn dieser den Kauf mit den ihm von jenem zugeführten Käufer nicht abschliesst.

A. Durch Urteil vom 27. Oktober 1908 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in Sachen der heutigen Parteien erkannt:

Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger innert Frist die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Begehren: es aufzuheben und die Beklagte zur Bezahlung von 4500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 27. September 1907 an Kläger zu verurteilen.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Kläger diesen Berufungsantrag erneuert und eventuell verlangt, die Sache zur Beweisergänzung (Abhörnung der nicht einvernommenen Zeugen) und neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte, Aktienbrauerei zum Sternenberg, gab den Klägern Ferdinand Kahn & Sohn (nunmehr Ferdinand Kahn & Söhne), Sensalen in Zürich, am 15. August 1907 den Auftrag zum Verkaufe des ihr gehörenden, an Eugen Barbe verpachteten Hotel du Nord in Basel und versprach ihnen dabei ein Honorar von $1\frac{1}{2}\%$ der Kaufsumme, wenn sie den Kauf „irgendwie“ vermitteln. Die Kläger setzten sich in der Folge mit einem Meister-Bühler, auf den sie die Beklagte selbst aufmerksam gemacht hatte, in Verbindung, und suchten ihn zum Kaufe des Hotels

zu bewegen. Unter Vermittlung der Kläger kam dann eine mündliche Einigung dahin zu Stande, daß das Hotel um 440,000 Fr. an Meister verkauft werden solle, wenn der Pächter Barbe von dem ihm zustehenden Vorkaufsrecht — von dem Meister und die Kläger von Anfang an Kenntnis erhalten hatten — keinen Gebrauch mache. Dabei ermäßigten die Kläger, um den Kaufabschluß zu erleichtern, die bedungene Provision auf den festen Betrag von 3000 Fr. Man verständigte sich, daß der Kauf am 24. September 1907 auf dem Notariatsbureau K. notarialisch gefertigt werden solle. Am 23. September erhielt die Beklagte von Meister die Mitteilung, daß er unvorhergesehener Umstände halber am 24. September nicht kommen könne, dagegen am 25. morgens in Basel eintreffen werde. Am 24. September verkaufte dann die Beklagte das Hotel um 450,000 Fr. an Barbe und teilte dies den Klägern gleichen Tages telegraphisch mit.

Im April 1908 reichten die Kläger die vorliegende, von den beiden kantonalen Instanzen abgewiesene Schadenersatzklage ein, womit sie die Bezahlung von 4500 Fr. Provision samt Zins seit 27. September 1907 verlangen mit der Begründung: Der Kauf mit Barbe sei, wenn auch nur indirekt, auf ihre Vermittlungstätigkeit zurückzuführen, und es sei überhaupt von Anfang an beabsichtigt gewesen, mit Meister nur zu unterhandeln, um den Kauf an Barbe zu Stande zu bringen. Zudem habe die Beklagte den Klägern mündlich noch zugesagt, die Provision auch für den Fall eines Kaufes an Barbe zu bezahlen. In der Replik machten die Kläger ferner geltend, daß eventuell anzunehmen sei, die Beklagte habe den Kaufabschluß mit Meister wider Treu und Glauben verhindert und es könne die Provision nach Art. 176 OR dennoch gefordert werden.

2. Die Behauptung der Kläger, die Beklagte habe ihnen, in Erweiterung des Provisionsversprechens vom 15. August 1907, nachher noch mündlich die Provision auch für den Fall zugesagt, daß Barbe das Hotel kaufe, wird von der Vorinstanz als nicht erwiesen angesehen. Es handelt sich hierbei um eine Frage der Beweiswürdigung, deren Lösung das Bundesgericht nicht nachprüfen kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Vorinstanz nicht alle der für die genannte Behauptung angerufenen Zeugen

abgehört hat. Sie hat hiermit nicht Bundesrecht verletzt, sondern in Anwendung des kantonalen Beweisrechtes bestimmte Beweismittel als für die Feststellung des Sachverhaltes unerheblich von der Beweisaufnahme ausgeschlossen. Übrigens ist ein schriftlicher Berufungsantrag auf Abhörung der fraglichen zwei Zeugen (Meister und Bär) nicht gestellt worden und wäre der erst in der heutigen Verhandlung in diesem Sinne gestellte Antrag verspätet.

3. Prüft man die Klage bloß auf Grund des Provisionsversprechens vom 15. August 1907, so fällt in Betracht, daß die Kläger nur mit Meister, nicht auch mit Barbe unterhandelt haben und daß nicht Meister sondern Barbe das Hotel gekauft hat. Infolgedessen liegt eine Vermittlertätigkeit, für die ein Anspruch auf Maklerlohn bestände, nicht vor: denn einerseits haben die von den Klägern gegenüber Meister unternommenen Schritte, wonach sie ihn zum Kaufe zu bewegen versuchten, den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt. Andererseits aber können diese Unterhandlungen mit Meister nicht auch gegenüber Barbe und für den Kaufabschluß mit ihm als Vermittlertätigkeit eines Maklers im Rechtssinne gelten. Denn dazu gehört, daß der Makler auf die Partei, mit der der Vertrag zu Stande kommt, als solcher eingewirkt und die Absicht und das Bewußtsein gehabt habe, sie zum Abschlusse zu bestimmen. Es genügt also nicht, wenn diese Einwirkung gegenüber einer andern Person als dem nachherigen Käufer ausgeübt wurde und wenn das dann, ohne weiteres Zutun des Maklers, zur Folge hatte, dem Käufer Kenntnis von der Kaufsgelegenheit zu verschaffen oder ihn zum Kaufe anzuspornen (vergl. Bolze, Reichsgerichtliche Entscheidungen 6 Nr. 94). Mag hier auch jene Einwirkung auf die andere Person ein entferntes Glied in der Kausalkette bilden, die auf den Abschluß des Kaufes hinführte, so liegt darin doch kein Kausalzusammenhang im Rechtssinne, d. h. derart, daß das Vorgehen des Maklers ihm als Vermittlungstätigkeit angerechnet werden könnte; sondern es handelt sich um eine bloße Reflexwirkung seiner Tätigkeit, aus deren Wirkung er keine Rechtsansprüche auf Entgelt gegenüber seinem Auftraggeber ableiten kann. Daran ändert auch nichts, wenn, wie hier behauptet wird, der Auftraggeber und der Makler sich von Anfang an bewußt gewesen sind, daß die Maklertätigkeit gegenüber

der einen Person (hier gegenüber Meister) den späteren Käufer (hier Barbe) zum Kaufe stimulieren werde. Der Makler muß eben in all solchen Fällen mit der Möglichkeit rechnen, durch das Dazwischentreten eines dritten Kaufliebhabers, auf den sich seine Vermittlungstätigkeit nicht erstreckt hat, den Gewinn aus dieser zu verlieren. Mit Unrecht berufen sich endlich die Kläger gegenüber dem gesagten auf die Fassung des Provisionscheines, der ihnen Anspruch auf Provision einräumt, wenn sie den Kauf „irgendwie“ vermitteln. Danach will nicht etwa erklärt werden, für die Entstehung des Provisionsanspruchs sei im vorliegenden Falle unnötig, daß die Vermittlungstätigkeit im Sinne einer Einwirkung gerade auf den Käufer erfolge, sondern nur gesagt werden, daß es auf das Quantum der Vermittlertätigkeit nicht ankomme und irgendwelche Mitwirkung der Kläger, die für das Zustandekommen des Vertrages erheblich ist, genüge.

4. Eventuell geben die Kläger zu, daß ihre Bemühungen nicht zu einem Kaufe, nämlich dem von ihnen angestrebten mit Meister, geführt haben, behaupten sie aber, die Beklagte habe diesen Kaufabschluß durch den Verkauf an Barbe wider Treu und Glauben verhindert und es könne deshalb nach Art. 176 OR die Provision dennoch gefordert werden. Dieser Standpunkt ist indessen rechtsirrtümlich. Er verstößt gegen den bundesrechtlich (vergl. z. B. US 27 II S. 474 und Entscheid i. S. Cherpillod gegen Bonny vom 4. Dez. 1908*) anerkannten Satz, daß der Auftraggeber frei ist, ob er dem beigebrachten Käufer verkaufen wolle oder nicht. Der Mandant macht also nur von dieser Freiheit Gebrauch und handelt nicht bösgläubig im Sinne von Art. 176 OR, wenn er das Objekt an einen Dritten veräußert, namentlich wenn dies, wie hier, zu einem höhern Preise geschieht. Freilich hat sich das Bundesgericht andererseits schon dahin ausgesprochen (US 26 II S. 350 und 578), daß der Promittent die Tätigkeit des Maklers nicht arglistig verhindern oder unterbrechen dürfe, und erklärt, daß, wenn das geschehe, die Provision kraft eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der in Art. 176 OR in spezieller Weise zum Ausdruck komme, dennoch geschuldet werde. Allein jene Urteile hatten jeweils nicht die Fälle vorliegender Art im Auge, wo der Auf-

* Oben Nr. 85 S. 710 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

traggeber vom Kaufabschluß mit dem beigebrachten Käufer absteht, sondern Fälle, wo er diesem wirklich verkauft, dagegen die Vermittlertätigkeit des Maklers ausgeschaltet und sie durch die eines andern ersetzt oder einzig weiter unterhandelt hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts von Basel-Stadt in allen Teilen bestätigt.

88. Urteil vom 30. Dezember 1908 in Sachen

**Viehzuchtgenossenschaft Volketswil, Kl. u. Ver.=Kl., gegen
Bühler, Bekl. u. Ver.=Bekl.**

Kauf (eines Zuchtstiers). — Wandelungsklage (wegen mangelnder Zeugungsfähigkeit). Anwendbarkeit eidg. Rechts. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Art. 246 OR. Garantiefrist. Unzulässigkeit neuer Beweismittel vor Bundesgericht. Art. 80 OG.

A. Durch Urteil vom 4. September 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage, eventuell Rückweisung der Akten zur Abnahme der offerierten Beweise.

C. Der Beklagte hat Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte verkaufte der Klägerin Anfangs Juni 1907 einen Zuchtstier „Sultan“ und übergab ihr denselben am 11. Juni. Die Beklagte ließ dem Stier vom 11. Juni 1907 bis Mitte Februar 1908 in 185 Malen 56 Kühe oder Kinder zuführen, erzielte aber niemals eine Befruchtung.

Am 9. Februar 1908 teilte sie dies dem Beklagten mit. Derselbe erklärte sich bereit, den Stier zurückzunehmen, wenn die Klägerin bei ihm einen andern Stier kaufe und man über den Preis des letztern einig werde. Eine solche Einigung kam jedoch nicht zu Stande.

Die Klägerin verlangt nun wegen mangelnder Zuchtfähigkeit des Stieres Zurücknahme desselben und Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises von 1355 Fr. nebst Zins, sowie Ersatz des von ihr verwendeten Futtermittels (14 Fr. per Woche).

Der Beklagte bestreitet das Vorhandensein des behaupteten Mangels und erhebt gegenüber der Mängelrüge die Einrede der Verspätung. Er beruft sich auf einen Garantieschein, den er der Klägerin am 11. Juni 1907 ausgestellt habe und in welchem er die Zuchtfähigkeit des Stieres nur für eine Dauer von 28 Tagen garantiert habe. Er produziert eine Abschrift dieses Garantiescheines.

Die Klägerin beruft sich ihrerseits auf einen Brief vom 4. Juni 1907, in welchem sie die Zuchtfähigkeit des Stieres ausbedungen habe.

2. Daß die vorliegende Streitsache nach eidgenössischem Recht zu entscheiden ist, wird von beiden Parteien anerkannt und ist auch sonst nicht zu bezweifeln, da feststehendermaßen das Konkordat über die Viehhauptmängel, welchem der Kanton Zürich beigetreten ist, auf den Mangel der Zeugungsfähigkeit bei Stieren sich nicht bezieht. Vergl. US 23 S. 1820 Erw. 2.

3. In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die Klage sogar bei Vorhandensein des von der Klägerin behaupteten Mangels nur dann gutgeheißen werden kann, wenn eine rechtzeitige Mängelrüge stattgefunden hat. Denn einerseits kann in dem Verhalten des Beklagten eine Anerkennung des Mangels nicht erblickt werden, da der Beklagte sich nur unter der Bedingung zur Zurücknahme des Stieres bereit erklärt hatte, daß die Parteien über den Verkauf eines andern Stieres, also auch über dessen Preis, einig würden, eine Voraussetzung, welche sich nicht erfüllt hat, und andererseits erscheint der Standpunkt der Klägerin, daß Art. 246 OR bei vertraglich zugesicherten Eigenschaften nicht Platz greife, unbegründet. Die angeführte Gesetzesbestimmung statuiert, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (vergl. US 22 S. 138, 24 II S. 602 und dortige Zitate), ganz allgemein die Pflicht des Käufers zur Prüfung der Sache, ohne Unterschied, ob es sich um Mängel handelt, für welche der Verkäufer schon von Gesetzes wegen haftet, oder um das Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften. Übrigens wäre zu sagen, daß im vorliegenden Falle der