

52 Säcke kann schon deswegen nicht in Frage kommen, weil die angefochtene Entschädigungsbemessung auf dem Wert des unbearbeiteten Kaffees (im Zustande, wie er eingelagert wurde) beruht und mangels jeden Nachweises hiefür nicht anzunehmen ist, dass der Kaffee durch die Verarbeitung trotz dem damit verbundenen «Schwund» an Wert eingebüsst habe. Und was die vom Kantonschemiker beanstandeten 721 Säcke betrifft, ist nach der für das Bundesgericht verbindlichen Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht sicher, dass sie zu dem der Klägerin zur Verfügung gestellten Kaffee gehört haben; auch ihr Wert kann daher nicht in Abzug gebracht werden.

b) Die Anrechnung eines Gewinns, welcher der Klägerin zufolge eines Mehrerlöses aus dem ohne ihre Kenntnis verwerteten Kaffee im Zeitpunkte der Verwertung, gegenüber dem Wert des Kaffees am Stichtage, zugekommen sein soll, auf ihren Schadenersatzanspruch ist mit dem Appellationsgericht ebenfalls abzulehnen. Es geht in der Tat nicht an, in dieser Weise den bei der unrechtmässigen Verwertung erzielten Preis mit demjenigen des Stichtages zu vergleichen, da nicht ohne weiteres angenommen werden kann, dass ohne das vertragswidrige Verhalten Reichens und der Beklagten, das ja eine wesentliche Verbesserung der finanziellen Situation Reichens zur Klägerin zur Folge gehabt hat, die Verwertung auch erst an dem von der Klägerin nach Entdeckung jenes Verhaltens als Stichtag gewählten Tage stattgefunden hätte; vielmehr lässt sich der Zeitpunkt der Verwertung für den — tatsächlich nicht eingetretenen — normalen Verlauf der Lagerliquidation, und damit der unter diesen Umständen erzielte Preis, mit Sicherheit schlechterdings nicht bestimmen.

c) Endlich liegt auch zu einer Herabsetzung des Entschädigungszuspruchs in Würdigung der gesamten Umstände des Falles, nach dem von der Beklagten in letzter Linie angerufenen «richterlichen Ermessen», kein Grund vor. Hiegegen spricht namentlich die unbestreitbar

grobfahrlässige Art der Vertragsverletzung der Beklagten.

Der Entscheid des Appellationsgerichts ist somit auch in quantitativer Hinsicht nicht zu beanstanden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und damit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 23. April 1917 in allen Teilen bestätigt.

85. Urteil der I. Zivilabteilung von 13. Oktober
i. S. Hofer, Beklagter, gegen Dummel, Kläger.

Mäklervertrag. Rechtliche Natur des Versprechens.
Bestimmung der Provision für Weiterverkauf von Bau-
landparzellen: Brutto- oder Nettoerlös?

A. — Durch Urteil vom 21. März 1917 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfragen:

« 1. Ist der Beklagte verpflichtet, an den Kläger » 2614 Fr. samt Zins zu 5% seit 5. Januar 1906, zu bezahlen?

» 2. Ist der Beklagte verpflichtet, anzuerkennen, dass » er bei einem allfälligen Verkaufe der Parzelle N° 7631 » im Schimmelquartier $\frac{1}{6}$ des Kaufpreises an den Kläger » zu bezahlen habe? »

erkannt:

« 1. Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 2614 Fr. » nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 1916 zu bezahlen.

» 2. Auf das zweite Rechtsbegehren wird nicht eingetreten. »

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Ab-

weisung der klägerischen Rechtsbegehren, ganz eventuell auf Reduktion der in Dispositiv 1 des obergerichtlichen Urteils zugesprochenen Summe, mit dem Beifügen, dass unter « Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren » auch verstanden sei die Abweisung des Rechtsbegehrens 1 bloss « zur Zeit, angebrachtermassen ». Der Berufungsschrift ist ein Rechtsgutachten des Herrn Prof. Dr. Hans Reichel in Zürich beigelegt.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Der Beklagte Hofer hatte im Jahre 1905 den Liegenschaftenhändler Wilhelm Otto in Zürich mit dem Verkauf seiner Liegenschaft an der Peterstrasse in Zürich beauftragt. Dabei wurde ein Kaufpreis von 395,000 Fr. in Aussicht genommen und eine Provision von 1% verabredet. Otto verkaufte nun, unter Mitwirkung des Klägers Dummel, die Liegenschaft um 400,000 Fr. an die Kommanditgesellschaft Stieger & C^{te}, bei der ein Otto Carpentier, Kaufmann in Zürich, als Kommanditär beteiligt war. Der Beklagte musste auf Rechnung des Kaufpreises zwei im Schimmelquartier in Zürich gelegene Parzellen Bauterrain, nämlich:

1. Kat. N° 6784 = 16 Aren 92,2 m² an der alten Schimmelstrasse;

2. Kat. N° 7631 = 6 Aren 3,4 m² an der Werdstrasse, übernehmen, deren Eigentümer Carpentier war. Die Fertigung erfolgte daher auf dessen Namen. Der Wert beider Parzellen wurde zu 30,000 Fr. veranschlagt.

Im Bestreben, sie zu verkaufen, schrieb der Beklagte am 22. Dezember 1905 an den Kläger:

« Für den Fall, dass es gelingt, das Land im Schimmelquartier Zürich III, welches ich von Herrn Carpentier, Zürich, gekauft habe, für mehr als 30,000 Fr. (Franken dreissigtausend) zu verkaufen, gleichgültig, ob der betr. Käufer mir durch Sie zugeführt worden sei oder nicht, beabsichtige ich Ihnen $\frac{1}{3}$ (einen Drittel)

» des die 30,000 Fr. übersteigenden Mehrpreises zu bezahlen, aber nur unter folgenden Bedingungen und » Modifikationen:

» 1. Es steht in meinem vollständigen freien Belieben, » ob ich überhaupt, und wann und an wen ich mein » Terrain im Schimmelquartier verkaufen will. Ich » habe also ganz freie Hand, auf eine Kaufsofferte einzutreten oder nicht.

» 2. Eine Absicht auf Auszahlung des oben erwähnten » $\frac{1}{3}$ des Mehrpreises über 30,000 Fr. habe ich auf alle » Fälle erst dann, wenn ich für den ganzen Kaufpreis, » also auch für den die 30,000 Fr. übersteigenden Betrag » vollständige Deckung in Händen habe. Die blossen » Tatsache der notariellischen Fertigung als solche sind » für mich noch ungenügend.

» 3. Sie anerkennen ausdrücklich, dass an dem oben » fixierten $\frac{1}{3}$ des Mehrerlöses über 30,000 Fr. Herr » Wilhelm Otto mit der Hälfte partizipiert, und ich » behalte mir das Recht vor, diese Hälfte zu Handen » des Herrn Otto von dem an sie abzuführenden Betrage » gleich bei der Ausführung abzuziehen.

» 4. Sie sind nicht berechtigt, diese von mir jetzt » beabsichtigte Auszahlung an Drittpersonen abzutreten » oder zu verpfänden. Im Falle der Zuwiderhandlung » wäre meine Leistung gänzlich verwirkt und wäre » ich zu keinerlei Zahlung an Sie resp. Ihre Zessionare » oder Pfandgläubiger verpflichtet.

» 5. Sollte ich das Terrain im Schimmelquartier überhaupt nicht oder nicht über 30,000 Fr. verkaufen » können, so haben Sie für allfällige von Ihnen aufgewandte Bemühungen keinerlei Ansprüche irgend » welcher Art an mich zu stellen. Diesfällige Bemühungen geschähen deshalb auf Ihr eigenes Risiko und » Ihre alleinigen Kosten.

» Wollen Sie mir gefl. bestätigen, dass Sie von diesen » meinen Absichten Notiz genommen haben und einem » eventuellen Verkaufe in diesem Sinne entgegensehen. »

Der Verkauf war indessen bis 1916 nicht möglich, weil das neue Tracé der linksufrigen Zürichseebahn noch nicht festgelegt war. Am 1. Februar 1916 wurde zwischen dem Beklagten und der Stadt Zürich als Käuferin ein Kaufvertrag gefertigt, wonach die erste der beiden Liegenschaften an diese zum Preis von 27 Fr. per m² = 45,689 Fr. 40 Cts. übergang. Davon wurden 25,689 Fr. 40 Cts. bar bezahlt, der Rest von 20,000 Fr. durch Uebergabe von 4 Obligationen auf die Stadt Zürich zu 5000 Fr., verzinslich zu 4¼ % und unkündbar bis 1922, geleistet. Es ergab sich also ein Mehrerlös von 15,689 Fr. 40 Cts. über die für beide Liegenschaften vom Beklagten bezahlten 30,000 Fr. hinaus. Von dieser Summe verlangt der Kläger mit der vorliegenden Klage das versprochene Sechstel, d. h. 2614 Fr. Die zweite Parzelle dagegen ist noch unverkauft. Der Kläger fordert nun gerichtliche Anerkennung der Pflicht des Beklagten, ihm bei einem allfälligen Verkauf den sechsten Teil des Kaufpreises zu bezahlen.

2. — Auf dieses letztere Begehren ist die Vorinstanz aus prozessualen Gründen nicht eingetreten, wobei es sein Bewenden hat. Ihr Entscheid entzieht sich umso mehr der Nachprüfung durch das Bundesgericht, als entgegen der Vorschrift des Art. 67 Abs. 3 OG der Streitwert dieses Begehrens in der Berufungserklärung nicht angegeben ist. In Betracht kommt also nur noch das Klagebegehren 1.

3. — Das Versprechen des Beklagten, das die Grundlage der Klageforderung bildet, wird in der Hauptsache von den Grundsätzen über den Mäklervertrag beherrscht. Es stellt sich, da der Kläger sich um den Verkauf der Liegenschaft bemühen, somit eine Mäklertätigkeit entfalten sollte, nicht als ein Schenkungsversprechen dar. Darin, dass dem Kläger eine Provision auf für den Fall zugesichert wurde, als seine Tätigkeit mit dem erzielten Erfolge in keinem Kausalzusammenhang stehen würde, liegt freilich eine Liberalität, was

zur Folge hat, dass nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Versprechen im Zweifel nicht ausdehnend, sondern einschränkend auszulegen ist; dagegen besteht kein Grund, es etwa als gegen die guten Sitten verstossend zu betrachten (vergl. REICHEL, Mäklerprovision S. 225).

4. — Frägt es sich nun, ob der Beklagte aus dieser dem Kläger gegenüber eingegangenen Verpflichtung die eingeklagte Provision schulde, so erschiene zwar, wenn man den Provisionschein rein wörtlich auslegen wollte, wie es die Vorinstanz getan hat, die Klage als begründet. Nach dem Wortlaut des Versprechens haben die beiden Agenten — der Kläger und Otto — zusammen Anspruch auf ein Drittel der Differenz zwischen 30,000 Franken und der Summe, welche den vereinbarten und bezahlten Verkaufspreis darstellt, m. a. W.: für die Berechnung des Anteils, den der Beklagte den Agenten schuldet, wäre der Bruttoerlös aus dem Verkaufe massgebend. Auf Grund der rein wörtlichen Interpretation ist es auch ohne Belang, wann die Grundstücke verkauft wurden: da der Beklagte eine Befristung nicht gesetzt hat, käme es nur auf die Tatsache des Verkaufes, nicht auf dessen Datum, an.

Allein, so wie die Umstände liegen, kann nicht angenommen werden, dass der Beklagte eine Verpflichtung in der Ausdehnung, wie sie der Wortlaut seiner Erklärung in sich schliesst, habe eingehen wollen. Denn er hätte damit die beiden Agenten an einem rein imaginären Gewinn beteiligt, indem er, wenn der Bruttoerlös den Betrag von 30,000 Fr. nur unerheblich überstieg, trotz des erzielten « Mehrpreises » faktisch einen Verlust erlitten hätte; ebenso würde sich der Gewinn in einen Verlust verwandelt haben, wenn — wie es tatsächlich der Fall war — der Beklagte den Mehrpreis erst nach einigen Jahren hätte erzielen können, weil inzwischen seine Auslagen für Verzinsung des Anlagekapitals weitergelaufen wären. Das wirtschaftliche Ergebnis des Verkaufes würde

also in der Hauptsache unberücksichtigt gelassen, wenn man mit der Vorinstanz unter dem « Mehrpreis » oder « Mehrerlös » einfach den Bruttoerlös verstehen wollte. Eine solche Folge kann aber unmöglich im Willen der Parteien, insbesondere des Beklagten, gelegen haben. Was er mit dem Abkommen vernünftigerweise bezweckte, war vielmehr, die beiden Agenten an einem allfälligen Gewinn aus dem Liegenschaftsverkaufe in der Weise zu beteiligen, dass er zwei Drittel davon für sich behielt und ein Drittel an sie abgab; keinesfalls kann es seine Meinung gewesen sein, ihnen eine Provision auch für den Fall zuzusichern, dass er selber beim Verkauf zu Verlust käme. Danach muss unter dem « Mehrerlös » nicht der Brutto-, sondern der Nettoerlös verstanden werden, wobei die Parteien wohl annahmen, dass der Mehrpreis über 30,000 Fr. hinaus ungefähr auch den Nettoerlös darstellen werde. Dieser Vertragswille, der sich vollends daraus ergibt, dass es sich um eine Liberalität des Beklagten handelte (die nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in billiger Weise, ohne Härte für den Versprechenden, zu interpretieren ist) war auch dem Kläger erkennbar; ja dieser konnte nach Treu und Glauben das Versprechen nicht anders auffassen.

5. — Nun ist nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanzen ein Nettoerlös hier überhaupt nicht erzielt worden, trotzdem der Bruttoerlös den Betrag von vollen 45,689 Fr. 40 Cts. erreicht. Denn zwischen der Abgabe des Provisionsversprechens und dem Verkaufe sind mehr als 10 Jahre verstrichen. Die Zinsen des Anlagekapitals von 30,000 Fr. allein machen nach der unbestrittenen Berechnung der ersten Instanz 13,651 Fr. 65 Cts. aus. Dazu kommen weiter die Verzinsung der einzelnen Zinnsannuitäten, die bei Ausrechnung des Betrages, auf den die Liegenschaften den Beklagten im Zeitpunkt des Verkaufes zu stehen gekommen sind, nach kaufmännischen Grundsätzen mitzubерücksichtigen ist, ferner die unbe-

strittenen Liegenschaftsteuern mit 530 Fr. und die Fertigungskosten mit 132 Fr. 50 Cts. abzüglich der in der Zwischenzeit aus den Grundstücken erzielten Einnahmen im Betrage von 2185 Fr. Zieht man ferner in Betracht, dass der Kaufpreis von 45,689 Fr. 40 Cts. beinahe zur Hälfte in zu $4\frac{1}{4}\%$ verzinslichen und bis 1922 unkündbaren Obligationen der Stadt Zürich bezahlt worden ist, deren Kurs im massgebenden Zeitpunkt nur 90 betrug, was entgegen der Auffassung der Vorinstanz bei Ermittlung des finanziellen Ergebnisses der Operation natürlich zu würdigen ist, so ist klar, dass von einem Reingewinn nicht die Rede sein konnte. Solange aber der Beklagte einen solchen aus dem Verkauf der beiden von Carpentier erworbenen Parzellen nicht erzielt hat, kann der vom Kläger erhobene Anspruch nach dem Gesagten nicht geschützt werden. Die vorliegende Klage ist deshalb mit der ersten Instanz « zur Zeit » abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt und damit, in Aufhebung des Urteils der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. März 1917, die Klage zur Zeit abgewiesen.

86. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. November 1917
i. S. Maurer, Kläger gegen Böttsch, Beklagten.

Art. 58 OR. Voraussetzungen der Ausdehnung der Haftung des Werkeigentümers auf Zugehørsachen.

A. — Durch Urteil vom 3. Juli 1917 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt die auf Zahlung einer Aversalsumme von 3533 Fr. 75 Cts. nebst 5% Zins seit 20. November 1916 gerichtete Klage abgewiesen.