

Borgers, da sonst eine übermässige, mit dem Rechte der Persönlichkeit unvereinbare und darum gegen die guten Sitten verstossende Bindung einträte. Eine derartige die persönliche Unabhängigkeit übermässig einschränkende Bindung steht aber beim Darleiher ausser Frage; für ihn stellt das Darlehen ein blosses Geldgeschäft dar. Die Berufung des Klägers auf die zwingende beidseitige Kündigung bei Dienstvertrag und Gesellschaft ist unbehelflich; denn dort besteht im Gegensatz zum Darlehen für beide Teile ein Schutzbedürfnis gegen zu lange persönliche Bindung. Die von den Parteien getroffene Abmachung ist daher rechtlich zulässig.

5. — Wird die Rückzahlungspflicht des Borgers in der hier vorgesehenen Weise vom Geschäftsertrag abhängig gemacht, so hat im Streitfall nach allgemein anerkannter Auffassung der Richter die Zahlungszeit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach Billigkeit festzusetzen. Es fragt sich daher, ob nach den bisherigen Geschäftsergebnissen der Beklagten billigerweise und nach Treu und Glauben die ganze oder wenigstens die teilweise Rückzahlung der Darlehenssumme zugemutet werden könne.

Die Vorinstanz hat zur Abklärung dieser Frage ein Expertengutachten eingeholt, dessen Schlussfolgerungen sie kritisch gewürdigt und auf Grund verschiedener sachlicher und persönlicher Umstände auf Seiten der Beklagten teilweise berichtigt hat. Sie ist dabei zum Schlusse gekommen, dass unter Berücksichtigung aller Umstände und vom Gesichtspunkt der Billigkeit aus es der Beklagten jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung, d. h. bis zum 21. Februar 1950, nicht möglich gewesen sei, an das Darlehen des Klägers etwas abzuzahlen, so dass es an einer auch nur teilweisen Fälligkeit desselben fehle.

Soweit der Experte und die Vorinstanz sich bei ihren Darlegungen mit tatsächlichen Verhältnissen befassen, steht dem Bundesgericht eine Überprüfung nicht zu. Dass ihnen ein offensichtliches, in die Augen springendes Ver-

sehen unterlaufen wäre, lassen die Akten nicht erkennen; der Kläger behauptet auch selber nichts dergleichen. In rechtlicher Beziehung lässt sich gegen die auf sorgfältiger Abwägung sämtlicher in Betracht fallender Umstände beruhende Beurteilung der Vorinstanz nichts Stichhaltiges einwenden. Sie wird übrigens auch vom Kläger in der Berufungsschrift in keinem Punkte angefochten.

21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Mai 1950
i. S. Rosenstiel gegen Bernasconi.

Maklervertrag, Art. 412 OR.

Bedeutung der Nennung eines bestimmten Verkaufspreises (Erw. 1).
Frage der Aequivalenz zwischen erstrebtem und abgeschlossenem Geschäft bei Vorliegen einer Mindestlimite (Erw. 2).
Anspruch des Maklers auf reduzierte Provision bei Abschluss unter der Mindestlimite? (Erw. 3).
Kein Anspruch des Maklers bei Nichterreichung der Mindestlimite, selbst wenn seine Tätigkeit das abgeschlossene Geschäft gefördert hat (Erw. 4).

Courtage, art. 412 CO.

Portée de l'indication d'un prix de vente déterminé (consid. 1).
Question de l'équivalence entre l'affaire que le courtier avait mandat de faire aboutir et l'affaire réellement conclue lorsqu'une limite inférieure a été prévue (consid. 2).
Droit du courtier à un salaire réduit en cas de conclusion au-dessous du prix minimum? (consid. 3).
Pas de prétentions du courtier lorsque le prix minimum n'a pas été atteint, même si son activité a favorisé la conclusion de l'affaire (consid. 4).

Contratto di mediazione, art. 412 CO.

Portata dell'indicazione d'un prezzo di vendita determinato (consid. 1).
Questione dell'equivalenza tra il negozio che il mediatore aveva mandato di far riuscire e il negozio effettivamente concluso, allorchè è previsto un limite inferiore (consid. 2).
Diritto del mediatore a un salario ridotto in caso di conclusione al disotto del prezzo minimo? (consid. 3).
Nessuna pretesa del mediatore, allorchè il prezzo minimo non è stato raggiunto, anche se il suo intervento ha favorito la conclusione del negozio (consid. 4).

A. — Bernasconi war Eigentümer des Hotels « Bahnpost » in Zürich. Da er sich anfangs 1947 entschloss, dieses zu verkaufen, beauftragte er einen Bekannten, den Geflü-

gelhändler Cerini, gegen Zusicherung eines Entgelts, einen Käufer zu suchen. Cerini machte im Mai 1947 die Eheleute Maccione, welche in Zürich eine Wirtschaft betrieben und auf den Herbst 1947 einen andern Wirtschafts- oder Hotelbetrieb suchten, auf das Hotel « Bahnpost » aufmerksam.

Der Liegenschaftsvermittler Rosenstiel vernahm am 28. Mai 1947 in der Wirtschaft Macciones von dessen Frau, dass sie eine Liegenschaft zu kaufen suchten. Als er in der Folge erfuhr, dass das Hotel « Bahnpost » verkäuflich sei, suchte er am 17. Juni 1947 Bernasconi auf und bot ihm seine Mäklerdienste an. Im Verlaufe dieser Unterredung schrieb Rosenstiel auf die Rückseite einer Menu-Karte die folgende Erklärung, die er von Bernasconi unterzeichnen liess :

« Herr Paul Rosenstiel, Zürich.

Falls Herr Kornfein oder Maccione mein Haus zum Preise von Fr. 255,000.— kaufen sollte, erhalten Sie 2 % (zwei %) Provision. Auszahlung nach notarieller Beurkundung ».

Da Bernasconi die deutsche Sprache nicht gut versteht, liess er sich vor der Unterzeichnung die Erklärung durch seine Frau erläutern. Noch am gleichen Tage offerierte Rosenstiel die « Bahnpost » dem Maccione.

Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 18. Juli 1947 kauften die Eheleute Maccione das Hotel « Bahnpost ». Der Kaufpreis wurde im Vertrag mit Fr. 200,000.— angegeben. In Wirklichkeit wurden Fr. 247,000.— bezahlt, nämlich Fr. 200,000.— für die Liegenschaft und einen Teil des Inventars, und weitere Fr. 47,000.— für das in einer separaten Liste aufgeführte übrige Inventar.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangte Rosenstiel von Bernasconi eine Mäklerprovision von Fr. 4700.—.

Der Beklagte bestritt jede Schuldpflicht mit der Begründung, er habe laut Verpflichtungsschein vom 17. Juni 1947 dem Kläger lediglich eine Provision versprochen für den Fall, dass die Liegenschaft für Fr. 255,000.— verkauft werde. Diese Bedingung sei nicht erfüllt und daher keine Forderung entstanden.

C. — Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab. Es nahm an, dass der im Mäklerlohnversprechen des Beklagten vom 17. Juni 1947 genannte Verkaufspreis von Fr. 255,000 nicht bloss eine Wegleitung für den anzustrebenden Erlös dargestellt habe, sondern als eigentliche Bedingung aufzufassen sei.

Das Obergericht Zürich bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 9. September 1949.

D. — Gegen das Obergerichtsurteil ergriff der Kläger die Berufung an das Bundesgericht mit dem erneuten Antrag auf Schutz seiner Klage im vollen Umfang von Fr. 4700.—, eventuell im Betrage von Fr. 659.—, subeventuell in einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrag.

Der Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheids an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Parteien haben, wie nicht streitig ist, einen Mäklervertrag abgeschlossen. Ob es sich dabei um Nachweis-, Vermittlungs- oder Zuführungsmäkelei handelte, kann dahingestellt bleiben, da dies für die Entscheidung des vorliegenden Falles bedeutungslos ist. Das Schicksal der eingeklagten Mäklerlohnforderung hängt vielmehr von den dafür vereinbarten Voraussetzungen ab.

Die Nennung eines Preises im Mäklervertrag hat nun, wie die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben, im Zweifel bloss die Bedeutung einer Wegleitung, einer Umschreibung des anzustrebenden Ziels ; dass die Erzielung des im Vertrag genannten Preises als Mindestlimite zu verstehen sei, bei deren Nichterreicherung der Mäkler keinen Provisionsanspruch haben solle, ist vom Auftraggeber, hier also vom Beklagten, zu beweisen.

Auf Grund des Wortlautes des Vertrages und unter Berücksichtigung weiterer Umstände sind beide Vorinstanzen zum Ergebnis gelangt, im vorliegenden Fall sei der Provisionsanspruch des Klägers an die Bedingung geknüpft worden, dass ein Verkaufspreis von Fr. 255,000.— erzielt

werde. Diese Auslegung des Provisionsversprechens bindet das Bundesgericht; denn sie ist nicht bloss das Ergebnis einer Auslegung von Wortlaut und Sinn des Vertragstextes im Lichte allgemeiner Lebenserfahrung, sondern beruht zu einem wesentlichen Teil auf der Würdigung äusserer, auf dem Wege eines Beweisverfahrens ermittelter Umstände.

Ist aber die Vereinbarung der Parteien in der genannten Weise zu verstehen, so hat der Kläger keinen Provisionsanspruch, da die Liegenschaft samt Inventar nicht zu Fr. 255,000.—, sondern nur zu Fr. 247,000.— verkauft worden, die für die Entstehung einer Mäklerlohnforderung des Klägers gesetzte Bedingung also nicht erfüllt ist.

2. — Der Kläger behauptet nun, gleichwohl Anspruch auf die eingeklagte Provision zu haben, weil der tatsächlich abgeschlossene Kaufvertrag dem vertraglich vorausgesetzten nicht nur gleichwertig, sondern sogar noch vorteilhafter gewesen sei. In solchen Fällen gebühre dem Mäkler nach Lehre und Rechtsprechung aber die Provision gemäss Vertrag.

Bei der Entscheidung der Frage der Übereinstimmung des zustandekommenen Vertrages mit dem angestrebten Geschäft ist allerdings nach Treu und Glauben mehr auf den wirtschaftlichen, als auf den rechtlichen Erfolg abzustellen. Insbesondere darf der Auftraggeber sich nicht auf eine Nichterreicherung des Vertragspreises berufen, die er selber veranlasst hat, um eine Abweichung zwischen angestrebtem und abgeschlossenem Geschäft herbeizuführen und so den Mäkler um seinen Lohn zu prellen. Nach dem gleichen grundsätzlichen Gesichtspunkt kann eine materiell bedeutungslose Abweichung von einer vereinbarten Mindestlimite dem Mäkler nicht zum Nachteil gereichen.

Ein solcher Umgehungstatbestand liegt jedoch hier nicht vor. Die Vorinstanz stellt fest, dass der Beklagte den Verkauf zu dem vorgeschriebenen Preis nicht etwa selber vereitelt hat. Sie bezeichnet die vom Kläger in seiner

Noveneingabe aufgestellten Berechnungen, welche dartun sollen, dass der Beklagte den Staat um seinen Steueranspruch und den Kläger um seine Provision habe bringen wollen, als blosser Vermutungen, für welche irgendwelche konkreten Anhaltspunkte fehlen. Hierin liegt eine negative tatsächliche Feststellung auf Grund einer ausschliesslich dem Sachrichter zustehenden Würdigung der Sachlage. Andererseits besteht zwischen dem angestrebten und dem abgeschlossenen Kaufvertrag auch nicht bloss eine materiell bedeutungslose Preisdifferenz. Diese beträgt volle Fr. 8000.— und übersteigt sogar die in Frage stehende Mäklerprovision erheblich, nämlich um ca. Fr. 3000.—. Es kann daher nicht von einer rechtlichen oder wirtschaftlichen Äquivalenz zwischen vorgesehenem und tatsächlichem Kaufpreis gesprochen werden, und infolgedessen auch nicht von Identität zwischen angestrebtem und wirklich abgeschlossenem Geschäft.

Der Kläger versucht auch vor Bundesgericht wiederum darzutun, dass der wirkliche Kaufvertrag für den Beklagten sogar noch vorteilhafter gewesen sei, als ein Verkauf zu einem Kaufpreis von Fr. 255,000.— gewesen wäre. Er rechnet zu diesem Zwecke wie folgt: Bei einem Kaufpreis von Fr. 255,000.— hätte der Beklagte Fr. 5100.— Provision zahlen müssen, ferner eine Grundstückgewinnsteuer von Fr. 13,552.—, so dass ihm noch Fr. 236,348.— verblieben wären. Tatsächlich habe der Beklagte zu Fr. 200,000 verkauft und dazu «ausserkanzleisch» noch weitere Fr. 47,000.— erhalten. Diese Fr. 247,000.— wären ihm netto verblieben, da er weder Provision noch Grundstückgewinnsteuer hätte bezahlen müssen, wenn sein Plan geglückt wäre. Diese Rechnungsweise ist jedoch unzulässig. Massgebend ist allein, ob objektiv ein steuerbarer Gewinn vorlag oder nicht. War dies der Fall, so war die Steuer auf alle Fälle geschuldet, unabhängig davon, ob das Geschäft in einen Liegenschafts Kauf und einen Mobiliarkauf aufgespalten wurde und ohne Rücksicht darauf, ob eine falsche Beurkundung vorgenommen wurde oder nicht. Der

Abzug für die Grundstückgewinnsteuer muss daher bei beiden Berechnungen gemacht werden, nicht bloss bei der einen. War objektiv keine Steuer geschuldet, so darf umgekehrt bei keiner der beiden Berechnungen ein Abzug vorgenommen werden. Der Versuch des Klägers, die Identität, die wirtschaftliche Äquivalenz des angestrebten mit dem abgeschlossenen Geschäft nachzuweisen, ist deshalb untauglich.

3. — Für diesen Fall stellt der Kläger das Eventualbegehren auf Zuerkennung einer Provision von Fr. 659.—, mit der Begründung, es gebühre ihm auf alle Fälle die Differenz zwischen der vom Beklagten erzielten Ersparnis an Grundstückgewinnsteuer auf der einen Seite und dem vertraglich vereinbarten Maklerlohn auf der andern Seite. Dabei stützt er sich auf den Kommentar OSER-SCHÖNENBERGER, N. 16 zu Art. 413 OR, wo ausgeführt wird: « Kommt der Vertrag zustande unter einer Abweichung, welche immerhin den Betrag der ausbedungenen Provision nicht übertrifft, so ist selbst bei Vorschrift von Mindestbedingungen wenigstens der die Differenz übersteigende Betrag der Provision zu entrichten ». Die Berufung des Klägers auf diese Ausführungen geht jedoch schon deswegen fehl, weil es im vorliegenden Falle an der Voraussetzung gebricht, dass die ausbedungene Provision grösser ist als die Differenz zwischen vorgesehenem und tatsächlichem Kaufpreis. Denn diese Differenz beträgt hier Fr. 8000.—, ist also grösser als die vorgesehene Provision von Fr. 5100.—.

Der Kläger glaubt indessen gleichwohl einen reduzierten Provisionsanspruch errechnen zu können auf die folgende Weise: Wäre die « Bahnpost » zu Fr. 255,000.— verkauft worden, so hätte der Beklagte Fr. 13,552.— Grundstückgewinnsteuer bezahlen müssen, so dass ihm netto Fr. 241,448.— verblieben wären. Da für Fr. 247,000.— verkauft wurde, müsse der Beklagte Fr. 10,093.— Grundstückgewinnsteuer bezahlen, so dass er netto Fr. 236,907.— erhalte. Der tatsächlich geschlossene Kaufvertrag sei also

für den Beklagten wirtschaftlich um Fr. 4541.— ungünstiger als der beabsichtigte. Da die vertragliche Provision Fr. 5100.— betrage, ergebe sich eine Differenz von Fr. 659.— (recte: 559.—), und dieser Betrag stehe daher dem Kläger als Maklerlohn zu.

Auch diese Rechnung ist unhaltbar. Massgebend ist, ob zwischen dem als Bedingung für die Entstehung eines Provisionsanspruchs gesetzten Mindestpreis und dem tatsächlich erzielten Kaufpreis eine Differenz besteht, welche geringer ist als der Betrag, welcher bei Erfüllung der Bedingung als Provision hätte bezahlt werden müssen. Das ist aber nicht der Fall; denn die Kaufpreisdifferenz beträgt Fr. 8000.—. Die Frage, ob Steuern irgendwelcher Art bezahlt werden müssen und ob sie viel oder wenig betragen, hat damit überhaupt nichts zu tun und hat ausser Betracht zu bleiben. Die Ausführungen des Klägers laufen auf die Bestreitung der Vereinbarung einer wirklichen Limite als Bedingung und Voraussetzung der Entstehung eines Provisionsanspruches hinaus. Das ist unzulässig. Ob die vom Kläger verwendeten Steuerzahlen neue tatsächliche Vorbringen und daher vor Bundesgericht überhaupt nicht zulässig wären, braucht nicht geprüft zu werden.

4. — Schliesslich versucht der Kläger, die geltendgemachte Provisionsforderung noch zu retten durch die Behauptung, seine Tätigkeit, nicht diejenige Cerinis, sei für das Zustandekommen des Kaufvertrages mit Maccione ausschlaggebend gewesen, weshalb er allein Anspruch auf den Maklerlohn habe; mindestens aber habe er Anrecht auf eine reduzierte Provision. Welche Bedeutung die Tätigkeit des Klägers für das Zustandekommen des abgeschlossenen Kaufgeschäftes tatsächlich gehabt hat, ist jedoch belanglos. Entscheidend ist, dass der Kläger gemäss den getroffenen Vereinbarungen einen Lohnanspruch nur haben sollte bei Erzielung eines Kaufpreises von Fr. 255,000.—. Diese Bedingung ist nicht erfüllt, und infolgedessen hat der Kläger auf keinen Fall einen Anspruch auf Maklerlohn, weder auf den Lohn nach seinem Vertrag,

noch auf einen Teil davon. Eine andere Lösung wäre mit dem Sinne eines durch Erreichung eines bestimmten Kaufpreises bedingten Provisionsversprechens unvereinbar. Der Kläger kann darum auch keinen Anspruch auf einen Teil des allenfalls dem Cerini zukommenden Maklerlohns haben. Falls sein erfolgloses Bemühen, die ihm gesetzte Bedingung der Erreichung eines Kaufpreises von Fr. 255,000.— zu erfüllen, ungewollt und ohne Wissen Cerinis dazu beigetragen haben sollte, das von diesem ohne Bindung an eine Preislimite angebahnte Geschäft zu fördern, so vermag dies einen dem Kläger nach seinem Vertrag nicht zustehenden Provisionsanspruch nicht zur Entstehung zu bringen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts Zürich vom 9. September 1949 wird bestätigt.

22. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Mai 1950

i. S. Spelch gegen Milt.

Garagevertrag.

Hinterlegungsvertrag, nicht Stallwirtehaftung, bei Einstellung eines Motorfahrzeugs in einer Sammelgarage.

Gastwirtehaftung, nicht Stallwirtehaftung, bei Einstellung eines Motorfahrzeugs in der Hotelgarage durch einen Gast (Änderung der Rechtsprechung). Art. 472 ff., 487, 490 OR.

Contrat de garage d'un véhicule automobile.

Le remisage d'un véhicule automobile dans un garage au milieu d'autres voitures (garage collectif) constitue un *dépôt*; le garage ne répond pas comme un tenancier d'écuries.

Le remisage d'un véhicule automobile par un hôte dans un garage d'hôtel constitue un *dépôt d'hôtellerie* (Changement de jurisprudence). Art. 472 sv., 487, 490 CO.

Contratto concernente la consegna d'un veicolo ad un'autorimessa.

La consegna d'un autoveicolo ad un'autorimessa collettiva è un *deposito*; la responsabilità non è quella del padrone d'una stalla.

La consegna d'un autoveicolo fatta da un cliente ad un'autorimessa d'albergo è un *deposito d'albergo* (Cambiamento della giurisprudenza). Art. 472 e seg., 487, 490 CO.

A. — Der Beklagte Milt betreibt in Glarus eine Auto-reparaturwerkstätte mit Garage. In dieser hatte der mit dem Beklagten verwandte Kläger, Architekt Speich in Ennenda, sein Personenauto untergebracht. Aus Ersparnisgründen mietete er jedoch nicht eine Autoboxe, die Fr. 25.— im Monat gekostet hätte, sondern er begnügte sich mit irgendeinem gerade zur Verfügung stehenden Platz im Garageraum (sog. Sammelgarage). Dafür entrichtete er dem Beklagten eine Entschädigung von monatlich Fr. 15.—; für Tage, an denen er die Garage nicht benützte, wurde ihm ein entsprechender Abzug gewährt.

In der Nacht des 30. November 1947 entwendete ein gewisser Schärner, der weder mit dem Kläger noch mit dem Beklagten in irgendwelcher Beziehung stand, das Auto des Klägers aus der Garage des Beklagten, unternahm damit eine Strolchenfahrt und erlitt einen Unfall, bei dem das Auto erheblich beschädigt wurde.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangte der Kläger den Beklagten auf Ersatz des am Auto entstandenen Schadens, der sich nach seiner Darstellung auf Fr. 6142.50 beziffert. Er stützt seinen Anspruch auf die Vorschrift über die Haftung des Stallwirtes, Art. 490 OR, die nach der Rechtsprechung auch auf den Inhaber eines Garagebetriebes anwendbar sei; die Beschränkung der Haftung auf Fr. 1000.— gemäss Art. 490 Abs. 2 OR greife nicht Platz, da den Beklagten ein Verschulden treffe, weil der Garageraum gemäss der Darstellung des Schärners nicht abgeschlossen gewesen sei.

Der Beklagte lehnte jede Haftung ab. Er bestritt die Anwendbarkeit der Vorschrift von Art. 490 OR. Das Verhältnis der Parteien sei vielmehr als Mietvertrag zu betrachten; die ihm aus diesem obliegenden Verpflichtungen habe er erfüllt. Für die Entwendung des Wagens sei er nicht verantwortlich. Bei grundsätzlicher Anwendbarkeit von Art. 490 OR aber würde er gemäss dessen Abs. 2 nur bis zum Betrage von Fr. 1000.— haften, da ihn kein Verschulden treffe; insbesondere sei die Garage