

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird insofern für begründet erklärt, als die Entschädigungssumme, die die Beklagte der Klägerin zu bezahlen hat, auf 7000 Fr. herabgesetzt wird.

### III. Obligationenrecht. — Code des obligations.

148. Urteil vom 3. Juli 1897 in Sachen  
Kneubühler gegen Schumacher.

A. Mit Urteil vom 6. April 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt: Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 3704 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 10. November 1896 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage:

Es sei die Klage gänzlich, eventuell zur Zeit abzuweisen.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an; dabei bestreitet er die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Behandlung der Streitfache, indessen ohne Begründung und ohne einen bestimmten diesbezüglichen Antrag zu stellen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Vertrag vom 18. Juli 1896 beauftragte der heutige Beklagte, E. Kneubühler, einen M. Bucher, sowie den heutigen Kläger J. Schumacher mit dem Verkaufe seines Bauareals an der Hohlstraße in Zürich I, gegen (schriftliche) Zusicherung einer Provision von 1 % der Kaufsumme, sowie der Hälfte des Mehrerlöses über 3 Fr. 20 Cts. per □', zahlbar bei der kanzleischen Fertigung. Der Kläger Schumacher fand infolge seiner Bemühungen einen Käufer in der Person des Consumvereins Zürich, der das Land zu 3 Fr. 40 per □' zu kaufen bereit

war. Inzwischen, am 18. September 1896, hatte jedoch die Nordostbahngesellschaft behufs Erweiterung des Güterbahnhofes das Expropriationsverfahren eingeleitet; sie beanspruchte von dem Lande des Beklagten 1069 m<sup>2</sup> gleich 11,877 □', so daß dem Consumverein nur der Rest des Landes, 4067 m<sup>2</sup> gleich 45,184 □' zugestimmt werden konnte; die Fertigung erfolgte am 7. November 1896. Für den zu expropriierenden Teil offerierte die Nordostbahn dem Beklagten 8 Fr. per m<sup>2</sup>, während er 3 Fr. 40 Cts. per □' verlangte; gegen den den Preis auf 14 Fr. per m<sup>2</sup> festsetzenden Entscheid der Schätzungskommission rekurrirten beide Parteien an das Bundesgericht, wo das Verfahren heute pendent ist. Am 1. November 1896 stellte der Kläger, welchem Bucher seine Ansprüche an den Beklagten abgetreten hatte, dem Beklagten Abrechnung, wobei er verlangte: von 45,184 □' die Hälfte des 3 Fr. 20 Cts. übersteigenden Mehrerlöses, 20 Cts. per □', gleich 4518 Fr. 40 Cts., plus 1 % der Kaufsumme (153,625 Fr. 60 Cts.), gleich 1536 Fr. 25 Cts., zusammen 6054 Fr. 65 Cts. Hieran bezahlte der Beklagte 2350 Fr. Da er sich weigerte, den Restbetrag von 3704 Fr. zu entrichten, erhob der Kläger Klage auf Bezahlung desselben nebst Zins zu 5 % seit 10. November 1896. Er behauptete, der Beklagte habe zur Zeit der Ausstellung des Provisionscheines von der bevorstehenden Expropriation Kenntnis gehabt, und nahm den Standpunkt ein, die Provision wie der Gewinnanteil seien für den verkauften Teil verdient auch jetzt, wo nur ein Teil des Landes des Beklagten zu einem 3 Fr. 20 Cts. per □' übersteigenden Preise verkauft worden sei; überdies habe der Beklagte dadurch, daß er dem Kläger schon 2350 Fr., also 813 Fr. 75 Cts. mehr als die Provision von 1 % der Kaufsumme betrage, bezahlt habe, seine Pflicht zur Bezahlung des Gewinnanteiles anerkannt. Der Beklagte bestritt, Kenntnis von dem bevorstehenden der Expropriation gehabt zu haben, und machte demgemäß geltend, das Provisionsversprechen habe sich auf das ganze Land und nicht auf einen beliebigen Teil bezogen; bezüglich des Gewinnanteiles sei es als ein suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft anzusehen; die Bedingung, der es unterstellt sei, sei infolge der Intervention der Nordostbahn wenigstens zur Zeit noch nicht

eingetreten und daher die Klage wenigstens zur Zeit abzuweisen. Die Mehrzahlung über 1 % des Kaufpreises habe er entrichtet, weil er der Meinung gewesen sei, er erhalte für das ganze Land einen Durchschnittspreis von über 3 Fr. 40 Cts. per □; übrigens seien die Parteien auch noch in anderweitigen Rechtsbeziehungen zu einander gestanden.

Die erste Instanz (das Bezirksgericht Zürich, II. Abteilung) nahm an, der Beklagte habe zur Zeit der Ausstellung des Provisionsscheines Kunde von der bevorstehenden Expropriation gehabt; es erachtete die Klage aber auch für den Fall der entgegengesetzten Annahme als begründet, indem es davon ausging, der Kläger habe den ihm erteilten Auftrag völlig pflichtgemäß ausgeführt und dürfe nun durch einen Zufall, als welchen sich die Expropriation darstelle, nicht Schaden leiden. Die zweite Instanz, an welche der Beklagte appellierte, begründete ihr sub Fakt. A mitgeteiltes Urteil damit, der Provisionsschein habe nicht die Meinung gehabt, es solle ein Mehrerlös nur dann in Berechnung fallen, wenn der ganze Komplex verkauft werde; vielmehr müsse angenommen werden, ein Mehrerlös sei jeweilen nach der Größe des einmal verkauften Landes zu berechnen. Dieser Parteiliche gehe insbesondere aus dem Verhalten des Beklagten nach der Einleitung des Schätzungsverfahrens hervor, indem er es habe geschehen lassen, daß der Kläger Kaufunterhandlungen bezüglich des verbleibenden Landes weitergeführt habe; sonach komme bei der Berechnung der Provision und des Gewinnanteils lediglich der Verkauf an den Konsumverein in Betracht, und seine hier die Provision überschreitende Zahlungspflicht habe der Beklagte auch durch die Thatsache weiterer, die Provision überschreitender Zahlungen anerkannt.

2. Der Kläger hat, freilich ohne Begründung, die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Behandlung der vorliegenden Streitfache bestritten; allein mit Unrecht. Zweifelhaft könnte sie höchstens mit Bezug auf das anzuwendende Recht sein; diesbezüglich aber ist zu sagen: Wie das Bundesgericht mehrfach auszusprechen Gelegenheit hatte (vgl. insbesondere den Entscheid in Sachen Triffchi c. Blinde, Amtl. Samml. XXI, S. 1242, Erw. 3, und den neuesten diesbezüglichen Entscheid vom 21. Mai 1897 in Sachen

Bodemer c. Weltert), ist der Auftrag — und auf diesen, nicht auf den durch denselben vermittelten Kaufvertrag stützt sich ja die Klage — durch das eidgenössische Obligationenrecht geregelt, ohne Rücksicht darauf, ob dessen Gegenstand in der Herbeiführung eines nach eidgenössischem oder kantonalem Rechte zu beurteilenden Rechtsgeschäftes bestehe. Auch folgt nicht etwa aus Art. 405, Abs. 2 D.-R. die Inkompetenz des Bundesgerichtes, da der Kanton Zürich keine speziellen privatrechtlichen Bestimmungen über Liegenschaftsvermittler besitzt, in Ermangelung solcher besondert Bestimmungen aber eben das eidg. D.-R. Platz greift, und jener Vorbehalt überdies mehr ein solcher zu Gunsten öffentlich-rechtlicher Vorschriften der Kantone ist (vgl. Solban, Le code fédéral des obligations et le droit cantonal, p. 161; Schneider und Fick, Komm. zum Obligationenrecht, große Ausgabe, Art. 405, Anm. 1).

3. Zur Sache selbst übergehend, qualifiziert sich die Klage, wie bemerkt, als Klage aus Auftrag zur Vermittlung eines Liegenschaftskaufes, also als Klage aus Maklervertrag, und zwar stellt das Provisionsversprechen in seinem ganzen Inhalte das Versprechen der Gegenleistung des Mandanten für die Ausführung des Auftrages dar. Die Auffassung des Beklagten, es handle sich betreffend die Gewinnbeteiligung um eine societates, eine Partizipationsgesellschaft, ist durchaus gekünstelt und unhaltbar; denn es fehlt bei den Parteien der Gesellschaftswille, und es mangelt insbesondere von Seite des Beklagten eine gesellschaftliche Leistung; es ist der Kläger allein, der den angeblichen Gesellschaftszweck bewirken soll. Das Versprechen der Gewinnbeteiligung ist vielmehr lediglich ein Zuschlag zum Versprechen der gewöhnlichen Provision, ähnlich wie das Versprechen der Gewinnbeteiligung, der Lantieme, des Dienstnehmers in Dienstverträgen nur eine Erweiterung der Leistung des Dienstherrn enthält und aus dem Dienstvertrage keinen Gesellschaftsvertrag schafft (vgl. Staub, Komm. zum d. S.-G.-B., Art. 57, § 8, S. 103). Was nun weiterhin die Auslegung des Provisionsscheines betrifft, so kann den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz nicht beigegeben werden; ihre Auslegung widerspricht vielmehr dem Wortlaute des Provisionsscheines, wo nirgends von einem bloß teilweisen Verkaufe des Grundstückes

des Beklagten die Rede ist, wie auch der Natur der Sache, indem im Zweifel unter dem Bauareal, ohne daß eine Einschränkung beigelegt wird, gewiß die ganze Liegenschaft verstanden werden muß, zumal, da andernfalls der Beklagte einen Gewinnanteil vielleicht für einen Teil hätte zahlen müssen, ohne daß das ganze einen Gewinn über 3 Fr. 20 Cts. per □' hinaus ergeben hätte. Anders wäre die Urkunde zu interpretieren, wenn nachgewiesen wäre, daß der Beklagte zur Zeit der Ausstellung derselben von der bevorstehenden Expropriation Kenntnis hatte, allein ein solcher Beweis ist nach der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz nicht geleistet. Eine Rückweisung der Akten zur Abnahme desselben — die übrigens von keiner Seite beantragt ist — erscheint indessen als überflüssig, da das Bundesgericht trotz der abweichenden Interpretation des Provisionscheines zur Bestätigung des angefochtenen Urteils gelangt. Ausschlaggebend ist nämlich, wie der Vorderrichter im weitem offenbar auch annimmt, das Verhalten des Beklagten nach der Einleitung des Schätzungsverfahrens. Durch diese wurde der zu expropriierende Teil extra commercium gestellt; vom Momente der Einleitung an konnte sich daher der Auftrag nicht mehr auf diesen Teil des Landes beziehen, da dessen Erfüllung bezüglich dieses Teils dem Kläger unmöglich geworden war. Die Expropriation steht nun rechtlich in solchen Fällen durchaus dem Zufalle gleich; durch dieselbe konnte somit der Anspruch des Klägers auf den Reingewinn für den Teil, dessen Verkauf er weiterhin vermittelte, nicht aufgehoben werden, sofern der Beklagte den Auftrag nicht vor dem Verkaufe dieses Teiles widerrief; die Forderung des Beklagten auf Ausführung des Auftrages erlosch bezüglich des zu expropriierenden Teiles, dagegen blieb sie — und demgemäß auch die Gegenforderung des Klägers — bestehen bezüglich des verbleibenden Landes, da es sich hier um eine teilbare Forderung handelt. Darin nun, daß der Beklagte, wie er es ja jederzeit hätte thun können (Art. 402 D.-R.), sofern er das als seinen Interessen entsprechend hielt, den Auftrag nicht gekündigt hat, liegt seinerseits eine Anerkennung des Anspruches des Klägers auf den Reingewinn betreffend das überhaupt noch verkäufliche Land. Diese Anerkennung hat der Beklagte insbesondere noch bestätigt durch die Thatsache der Fertigung, bezw. dadurch, daß er damals

keinen Vorbehalt betreffend den Gewinnanteil machte, während auf seine, die Provision von 1 % übersteigenden Zahlungen kein allzu großes Gewicht gelegt werden darf, da es immerhin möglich ist, daß die Parteien noch in anderweitigem geschäftlichem Verkehr stunden und aus den bei den Akten liegenden Quittungen nicht hervorgeht, daß sie sich gerade auf das fragliche Vermittlungsgeschäft bezogen.

Nach dem Gesagten muß die Berufung abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und demgemäß das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. April 1897 in allen Teilen bestätigt.

149. Urteil vom 9. Juli 1897

in Sachen

Spar- und Leihkasse Bern gegen Berner.

A. Durch Urteil vom 19. November / 17. Dezember 1896 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Die klägerische Spar- und Leihkasse Bern ist mit dem Rechtsbegehren ihrer Vorlage abgewiesen.

2. Der Beklagte F. A. Berner ist mit dem Rechtsbegehren seiner Widerklage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Die Klägerin beantragt, in Abänderung desselben das in der Vorlage enthaltene erste Rechtsbegehren zuzusprechen. Der Antrag des Beklagten geht dahin, es sei Dispositiv 2 und 3 des angefochtenen Urteils dahin abzuändern, daß die Widerklage gutgeheißen werde. In der heutigen Hauptverhandlung erneuern die Parteienwälte diese Anträge, indem sie zugleich auf Abweisung der Berufung ihrer Gegenpartei antragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Aktiengesellschaft Papierfabrik Worblaufen stand seit 1880 mit dem Papierhändler F. Zuber in Bern in Geschäfts-