

ce cas Reine Meyer eût omis l'indication essentielle à ce point de vue — soit celle de la date — et qu'elle eût mentionné une somme inférieure au montant de la dette prescrite.

Dans ces conditions, c'est avec raison que l'instance cantonale a jugé que la demanderesse n'a pas fait la preuve, qui lui incombait, d'une renonciation à la prescription.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et le jugement du Tribunal cantonal neuchâtelois est confirmé en son entier.

88. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Juli 1914 i. S.
Hotel Rosatsch A.-G., Beklagte, gegen Cantieni, Kläger.

Mäklervertrag: Rechtsanwendung in zeitlicher Beziehung. Fortdauer des konkreten Vertragsverhältnisses trotz erfolgter Abrechnung. Beweislast hinsichtlich des Umfangs der Verpflichtungen des Mäklers. Letztere gehen nicht auf Abschluss des erstrebten Vertrages durch den Mäkler. **Nachweisungs- und Vermittlungsmäkler.** Frage der Identität des beigebrachten Kaufliebhabers mit dem spätern Käufer. Ausschaltung des Vermittlungsmäklers bei den spätern Verhandlungen; Vermutung, dass seine bisherige Tätigkeit hinreichend wirksam gewesen sei. Recht des Auftraggebers, sonstwie für einen Käufer zu sorgen. Liegt in der Ersetzung der Tätigkeit des Vermittlungsmäklers durch eigene Tätigkeit des Auftraggebers eine Anerkennung der Verdienstlichkeit jener Tätigkeit?

1. — J. A. Bott, der Direktor der beklagten Gesellschaft, Hotel Rosatsch A. G., hat am 6. April 1911 dem Kläger mündlich den Auftrag erteilt, einen Käufer für das genannte Hotel zu suchen, und ihm eine Pro-

vision von 2 % der Verkaufssumme sowie Bezahlung der Publikationskosten versprochen. Bis Ende 1911 bemühte sich der Kläger erfolglos um einen Käufer. Am 31. Dezember d. J. stellte er der Beklagten für seine bisherigen Bemühungen und Auslagen Rechnung, setzte aber seine Tätigkeit im Sinne des erteilten Auftrags fort. Die Rechnung wurde am 27. März bezahlt und quittiert.

Inzwischen hatte sich Bott mit Rudolf Nater, Direktor der St. Moritzer Bank A.-G. in Beziehung gesetzt und mit ihm am 20. März 1912 einen « Optionsvertrag » abgeschlossen, wonach er Nater « unter dem Siegel strengster Diskretion » eine ausschliessliche Option zum Ankauf des Hotels für die Zeit bis zum 30. April 1912 erteilte. Sofern Nater bis dahin dem Abschlusse nahe Unterhandlungen beendet haben sollte, verlängerte sich die Optionsfrist um « 4 bis 6 » Wochen. Der Kaufpreis wurde auf 370,000 Fr., ohne Mobiliar, bestimmt und der St. Moritzerbank für den Fall eines Kaufabschlusses eine Vermittlungsprovision von 2 % genannter Summe zugesichert.

Anfang April 1912 trat, durch Inserate des Klägers aufmerksam geworden, Architekt R. Koller als Kaufliebhaber mit ihm in Unterhandlungen. Der Kläger wechselte nun mit Bott, der damals in England war, in der Sache verschiedene Telegramme. Bott wies dabei jeweilen auf die « Option » als ein Hindernis für einen sofortigen anderweitigen Abschluss hin. Am 7./8. April telegraphierte der Kläger, er glaube auf Grund von 380,000 Fr. fertig werden zu können. Am 19. April dagegen schrieb er, das Hotel sei wohl nur um 350,000 Franken zu verkaufen. Auf das Ansuchen des Klägers, den äussersten Preis anzugeben, nannte Bott am 24. April als solchen 380,000 Fr. (ohne Mobiliar). Der Kläger telegraphierte am 25. April zurück: Wenn das Hotel sofort angetreten werden könne, so sei ein Kauf ohne Mobiliar möglich; er erbitte Vollmacht.

Um diese Zeit setzte sich Bott wieder mit Nater in Verbindung. Am 25. April erhielt er von diesem ein Antworttelegramm des Inhalts: « Bedauere. Unmöglich. Besitze offene Option. (Bin in) Paris bis 20. Mai. Nennen Sie mir Käufer. Könnte Verständigung versuchen. »

In der Zeit zwischen dem 25. und 30. April fand auf dem Bureau des Klägers eine Konferenz zwischen diesem, Koller und Nater statt. Dabei bemerkte Nater gegenüber Koller, er werde das Hotel kaufen, wenn Koller nicht mit ihm vor Ablauf der Option unterhandle. Koller liess sich dann in der Tat in Unterhandlungen ein und schloss am 30. April mit Nater eine Vereinbarung ab, wonach ihm dieser, als « Inhaber der Option auf das Hotel Rosatsch », dieses um 380,000 Fr. verkaufte. Dabei wurde unter anderm bestimmt: Die Fertigung solle, wenn möglich direkt auf den Namen Kollers erfolgen, um doppelte Handänderungen zu vermeiden. Eventuell dem Kläger zu bezahlende Vermittlungsgebühren seien zu Lasten Kollers. Sollte Nater von Bott noch eine weitere Reduktion des Optionspreises von 370,000 Fr. erzielen, so komme Koller die Hälfte dieser Ersparnis zu gute. Auf jeden Fall solle der Kaufvertrag mit Bott in den nächsten zehn Tagen perfekt werden und alsdann ein definitiver Vertrag mit Koller abgeschlossen werden.

Nater wandte sich hierauf an Bott und offerierte ihm zunächst 360,000 Fr. Am 7. Mai schlossen die beiden, Bott als Vertreter der beklagten Gesellschaft, und Nater als solcher « einer neuen Gesellschaft, welche in St. Moritz als Käufer eingetragen wird », einen Verkaufsvertrag um 370,000 Fr. ab, mit Übergangstermin auf 20. Mai. Dabei übernahm Nater namens der St. Moritzer Bank die Garantie für die Bezahlung des Kaufpreises.

Am 18. Mai schloss die beklagte Gesellschaft, vertreten durch Bott, mit Koller zu Handen eines Konsortiums als Käufer einen Kauf um den Preis von 370,000

Franken ab, nachdem sich Koller hierüber mit Nater verständigt hatte. Dieser Vertrag wurde am 2. Juli 1912 von der Kommanditaktiengesellschaft K. Koller & C° als nunmehriger Käuferin und der beklagten Gesellschaft als Verkäuferin unterschrieben und am 26./27. Juli notariell verurkundet und gefertigt.

Im nunmehrigen Prozesse fordert der Kläger von der Beklagten die Provision von 2 % der Verkaufssumme von 370,000 Fr., also 7400 Fr., nebst Zins zu 5 % seit dem 2. Juli 1912 (Kaufabschluss). Die Vorinstanz hat ihm die Klageforderung zugesprochen, abzüglich der Posten in der Rechnung des Klägers vom 31. Dezember 1911, die als Deserviten für seine Mäkler-tätigkeit aufzufassen seien. Vor Bundesgericht verlangt die Beklagte gänzliche Abweisung der Klage. Der Kläger hat den Entscheid nicht angefochten.

2. — Die bundesgerichtliche Zuständigkeit ist gegeben.

Zur Anwendung kommt altes Recht, da der Mäklervertrag noch unter dessen Herrschaft abgeschlossen wurde und da über die Rechtswirkungen und die Erfüllung dieses Vertrages zu urteilen ist. Dass der Kaufvertrag, aus dessen Abschluss die Provision verlangt wird, dem neuen Rechte untersteht, tut nichts zur Sache, denn er fällt für die zwischen den Parteien streitigen Rechtsbeziehungen ausser Betracht.

3. — Mit Unrecht behauptet die Beklagte unter Berufung auf die Rechnungsstellung des Klägers vom 31. Dezember 1911 und die nachherige Begleichung der Rechnung, das Vertragsverhältnis sei Ende 1911 erloschen. Dem steht entgegen, dass der Kläger auch nach diesem Zeitpunkte seine Bemühungen zur Herbeiführung des Kaufes in vertraglicher Weise fortgesetzt und dass die Beklagte sich hiemit einverstanden erklärt hat, wie ihr weiterer Verkehr mit dem Kläger, namentlich der Depeschenwechsel vom April 1911, ausser Zweifel stellt.

4. — Seinem Inhalte nach ist der vorliegende, münd-

lich abgeschlossene Mäklervertrag insoweit unbestritten, als es sich um den Umfang des Mäklerlohnes und der zu vergütenden Auslagen handelt. Streit herrscht hingegen darüber, welche Tätigkeit der Kläger als Mäkler entfaltet haben müsse, um die bedungenen Leistungen beanspruchen zu können.

In dieser Beziehung lässt sich der vorinstanzlichen Auffassung nicht beistimmen: man müsse, weil die Beklagte eine Verpflichtung des Klägers zur Bewirkung des Vertragsabschlusses nicht bewiesen habe, annehmen, der Kläger habe mit der Zuführung eines Käufers und den Vorbereitungshandlungen zum Kaufabschluss seinen vertraglichen Obliegenheiten genügt. Dieser Standpunkt beruht auf einer unrichtigen Verteilung der Beweislast. Nicht die Beklagte als Auftraggeberin, sondern der Kläger als Beauftragter ist beweispflichtig; er muss dartun, dass er auftragsgemäss gehandelt habe und daher forderungsberechtigt sei, dass also ein Auftrag des Inhaltes vorgelegen habe und ausgeführt worden sei, wie er die Grundlage des eingeklagten Provisionsanspruches bildet.

Rechtsirrtümlich ist es auch, wenn die Vorinstanz aus dem Umstande, dass dem Kläger keine schriftliche Vollmacht zum Vertragsabschluss erteilt wurde, auf eine Einschränkung der dem Mäkler für gewöhnlich obliegenden Verpflichtungen schliesst. Dagegen ist andererseits zu sagen, dass im allgemeinen der Mäklervertrag überhaupt nicht auf den Abschluss des beabsichtigten Vertrages durch den Mäkler als Bevollmächtigten geht, sondern entweder auf Vermittlung dieses Vertrages oder dann bloss auf den Nachweis einer Gelegenheit zu dessen Abschluss (vgl. den nunmehrigen Art. 412 rev. OR und OSER, Kommentar zum OR, Art. 412 cit. Anm. 4). Dabei muss freilich das Zustandekommen des Vertrages stets auf die dem Mäkler obliegende Tätigkeit zurückzuführen sein.

5. — Würde es sich um einen blossen N a c h w e i-

s u n g s m ä k l e r handeln, so hätte der Kläger lediglich darzutun, dass er der Beklagten zuerst vom Kaufliebhaber und spätem Käufer Kenntnis verschafft habe. Dieser Nachweis ist zweifellos erbracht. Nach den Akten hat der Kläger durch seine Tätigkeit (Inserieren in Zeitungen) die Aufmerksamkeit Kollers auf die Kaufgelegenheit hingelenkt, sich mit ihm in Verbindung gesetzt und dem Vertreter der Beklagten, Bott, hierüber berichtet. Seine Nachweistätigkeit hat auch den erforderlichen Erfolg gehabt, indem der Kaufliebhaber tatsächlich Käufer geworden ist, nämlich durch den Vertrag, der — nach dem vorläufigen Abkommen vom 18. Mai 1912 — am 2. Juli d. J. zwischen der Beklagten und der Kommanditaktiengesellschaft Koller & C^{ie} abgeschlossen wurde, sowie durch die zugehörige notarielle Verurkundung und Fertigung vom 26./27. Juli d. J. Rechtlich ist zwar die Käuferin als Gesellschaft eine vom frühern Kaufliebhaber Koller verschiedene Person. Allein eine wesentliche Bedeutung kommt dem für die hier streitige Frage des Mäklerrechtes nicht zu, ob nämlich die Verschaffung des Kaufliebhabers dem Mäkler in Hinsicht auf den erzielten Kaufabschluss zum Verdienst anzurechnen sei. Entscheidend ist vielmehr, dass der Kaufliebhaber Koller die für den Kaufabschluss der genannten Gesellschaft massgebende Person war und dass es für die Beklagte, wie unbestritten, keinen Unterschied machte, ob sie das Hotel an Koller persönlich oder an die unter seinem Einfluss stehenden Gesellschaft veräusserte, die wohl nur zum Zwecke der Erwerbung des Hotels begründet wurde (vgl. auch Hans REICHEL, Die Mäklerprovision, S. 168, c. c.). Die Beklagte hat übrigens die geltend gemachte Provisionsforderung unter diesem Gesichtspunkte ausdrücklich nicht beanstandet.

6. — Hienach wäre die Klage gutzuheissen, sofern sich die vertraglichen Verpflichtungen des Klägers auf den Nachweis eines Käufers beschränkt haben. Dass

dem wirklich so gewesen sei, kann nach der Aktenlage freilich nicht ohne weiteres als erstellt gelten. Eine nähere Prüfung dieses Punktes erübrigt sich indessen, weil nämlich anderseits auf Grund der Akten a's ausgewiesen scheint, dass die vom Kläger für die Beklagte aufgewendete Tätigkeit die eines blossen Nachweisungs-mäklers übersteigt und als solche eines Vermittlungsmäklers angesehen werden muss, so dass der Kläger auch von diesem Gesichtspunkte aus provisionsberechtigt ist.

Aus seinem Depeschenwechsel mit Bott vom April 1912 geht nämlich hervor, dass der Kläger, nachdem er in Architekt Koller einen Kaufliebhaber aufspürte gemacht hatte, es nicht bei dieser Nachweisungs-tätigkeit bewenden liess, sondern sich daran machte, Koller zum Kaufabschlusse zu bestimmen. Dabei muss er es nach dem Inhalte dieser Korrespondenz so weit gebracht haben, dass Koller sich ernstlich für den Verkauf interessierte und einem Abschluss zu 380,000 Fr. (also zu noch 10,000 Fr. mehr als der spätere Verkaufspreis) geneigt war. Zwar hatte der Kläger in seinem Brief vom 19. April 1912 nur noch 350,000 Fr. als möglichen Erlös genannt. Allein als ihm nachher Bott als Verkaufspreis 380,000 Fr. angab, konnte er ihm dann am 25. April zurückberichten, dass ein Kauf (auf dieser Grundlage) möglich sei. Wenn ferner Bott nicht damals schon seinerseits den Verkauf beschleunigte, so geschah das lediglich deshalb, weil er sich durch die dem Nater erteilte Option gebunden sah. Dass aber diese Option die damalige Vermittlungstätigkeit des Klägers nicht wesentlich beeinträchtigte, beweist das Telegramm Naters an Bott vom 25. April, wonach jener sich bereit erklärte, mit dem ihm zu nennenden Käufer (also Koller) eine Verständigung zu versuchen. Für die Wirksamkeit der Bemühungen des Klägers spricht ferner, dass er zu der darauffolgenden Verständigungskonferenz zwischen Koller und Nater beigezogen wurde und dass Koller und

Nater sich hernach dazu veranlasst sahen, in ihre Vereinbarung vom 30. April eine besondere Bestimmung über die eventuelle Vermittlungsprovision des Klägers aufzunehmen. Nach dem allem hat also der Kläger in wesentlicher Weise motivierend auf den Kaufentschluss Kollers eingewirkt.

Freilich ist er dann bei den spätern Verhandlungen, namentlich bei den Verabredungen, die dem Kaufakte vom 2. Juli vorangingen, soweit ersichtlich, nicht mehr tätig gewesen, sondern von den Kaufparteien zu Gunsten Naters bei Seite geschoben worden, und es fragt sich, ob das einem Provisionsanspruch als Vermittlungsmäkler entgegenstehe. Die Frage muss aus doppeltem Grunde verneint werden :

a) Wenn auch grundsätzlich der die Provision beanspruchende Vermittlungsmäkler darzutun hat, dass seine Vermittlungstätigkeit für den Vertragsabschluss kausal gewesen ist, so darf man es doch mit diesem Nachweise, bei der Schwierigkeit und vielfachen Unmöglichkeit seiner strikten Erbringung, nicht zu streng nehmen, ansonst der Mäkler in häufigen Fällen um sein gutes Recht gebracht würde. Daher muss hier mit einer faktischen Vermutung ausgeholfen werden, in dem Sinne, dass, wenn der Mäkler Bemühungen entfaltet hat, die an sich geeignet sind, auf den Vertragsgegner bestimmend einzuwirken, angenommen werden darf, dass sie diese Wirkung auch tatsächlich entfaltet haben, es sollten denn gegenteilige Umstände diese Annahme ausschliessen (vgl. REICHEL, a. a. O. S. 175). Geht man hievon aus, so ist der dem Kläger obliegende Beweis als erstellt anzusehen : Wie oben ausgeführt, hatte der Kläger bei seiner Ausschaltung bereits mit Erfolg auf den Entschluss Kollers, das Hotel zu kaufen, hingearbeitet, namentlich auch was die Bereitwilligkeit Kollers anbelangt, einen Preis von der nachher bedungenen Höhe zu bezahlen. Die Beklagte bestreitet dies freilich und behauptet, erst eine nachträg-

liche Einwirkung Naters habe zum Vertrage geführt. Allein hiefür fehlt es in den Akten an jedem Anhaltspunkte. Aus ihnen ist vielmehr bloss zu entnehmen, dass Nater infolge der ihm erteilten Option einem frühern Abschlusse des Vertrages hindernd entgegentrat und dass Koller mit diesem Hindernis rechnen musste, um seinen Willen, in den Besitz des Hotels zu kommen, durchsetzen zu können. Demgemäss stehen auch weder der Optionsvertrag der Beklagten mit Nater, noch die Vereinbarung vom 30. April 1912 zwischen Nater und Koller noch der — unausgeführt gebliebene — Kaufvertrag der Beklagten mit Nater vom 7. Mai 1912 den Rechten des Klägers entgegen. Diese Zwischenakte beweisen allfällig nur, dass Bestrebungen obwalteten, Nater oder seiner Bank bei der Transaktion an Koller einen Gewinn, unter Umständen zum Nachtheile des Klägers, zu verschaffen oder dem Kaufliebhaber Koller den Erwerb zu verteuern oder zu erschweren; sie tun aber in keiner Weise dar, dass der Kaufentschluss Kollers nicht schon zur Zeit der Betätigung des Klägers und durch diese gereift sei.

b) Wollte man aber auch annehmen, der Kläger habe die ihm vertraglich obliegende Vermittlungstätigkeit nicht voll entfaltet, so wäre das doch lediglich darauf zurückzuführen, dass man ihn bei den späteren Unterhandlungen bei Seite schob, und hierauf könnte sich dann die Beklagte unter den gegebenen Umständen zur Bestreitung des Provisionsanspruches nicht berufen.

Zwar würden die Akten nicht dartun, dass die Beklagte den Kläger doloser Weise, lediglich um ihn um seine Provision zu bringen, umgangen hätte, in welchem Falle die Provision zum vornherein, nach Theorie und Praxis, geschuldet wäre. Erstellt ist vielmehr bloss, dass sich die Beklagte (durch ihren Vertreter Bott) auch noch anderswie um den Verkauf des Hotels bemühte, indem sie nämlich mit Nater in Verbindung trat. Dies war ihr aber unverwehrt, da ein bestehender Mäklervertrag den

Auftraggeber nicht verhindert, auf sonstige Weise einen Käufer zu gewinnen, oder einen andern Mäkler mit dem Verkaufe zu betrauen (vgl. REICHEL, a. a. O. S. 202 ff.).

Dagegen kann der Kläger mit Grund geltend machen, der Kauf sei nicht mit Nater oder einem andern Dritten, sondern mit dem von ihm als Kaufliebhaber zugeführten und schon auf den Abschluss hin bearbeiteten Koller zu Stande gekommen und die Beklagte habe zur Erreichung des Kaufabschlusses die vom Kläger angesprochene Tätigkeit — falls sie überhaupt nicht schon ausreichend war — lediglich fortzusetzen gebraucht. Eine solche Ausschaltung der Mäklertätigkeit durch eigenes Handeln des Auftraggebers muss, sofern kein dem Mäkler zum Tadel gereichender Grund dazu vorliegt, nach Treu und Glauben als eine Anerkennung dahin ausgelegt werden, dass die bisherigen Bemühungen des Mäklers hinreichend verdienstlich gewesen seien, um ihm den Provisionsanspruch zu sichern (vgl. REICHEL, a. a. O. S. 204). Dass aber hier die Beklagte einen berechtigten Anlass gehabt habe, den Kläger ohne Rücksicht auf die von ihm bereits angewendete Werbetätigkeit bei Seite zu schieben, behauptet sie selbst nicht und wird durch die Akten auch in keiner Weise ausgewiesen.

7. —

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden vom 18./19. Februar 1914 bestätigt.