

### 90. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. November 1918

#### i. S. Schmidt gegen A.-G. Haaf.

**Mäklervertrag** bez. Verwertung geheimer Verfahren.  
— Abschluss eines bedingten Verwertungsvertrages genügt nicht für den Erwerb des Provisionsanspruches. Auch wenn der Bedingungseintritt vom Willen des Auftraggebers abhängt. Solange in dem Nichteintretenlassen nicht eine unlautere Handlung liegt. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn der Auftraggeber damit vertragliche Pflichten gegen Dritte verletzt.

A. — Laut Vertrag vom 7. Mai 1916, für eine weitere Dauer von 6 Monaten verlängert am 27. September 1916, verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger eine Provision von 10% des Erlöses zu bezahlen, wenn er ihr die Verwertung (mise en valeur) gewisser ihr gehöriger « Geheimverfahren und Patentverfahren » bekannt unter dem Namen « Plinatussches Verfahren » in England unter Beachtung bestimmter Mindestpreise durch Beibringung eines Käufers oder durch Gründung einer Gesellschaft oder auf irgend eine andere Weise, vermittele. Dem Kläger gelang es, in der Leeds Fireclay C° Ltd. in London einen Interessenten zu finden. Er setzte hievon die Beklagte in Kenntnis, deren Vertreter Dr. Mooser dann nach London reiste, worauf am 25. September 1916 zwischen der Beklagten und der englischen Gesellschaft ein « Memorandum einer Uebereinkunft » aufgestellt wurde. Danach kamen die Vertragsparteien überein, das Plinatussche Verfahren zu verkaufen bzw. zu kaufen, in der Meinung, dass die Leeds Fireclay C° eine Gesellschaft zur Ausbeutung des Verfahrens gründe. Der Beklagten wurden laut Vertrag sofort 2000 £ ausbezahlt, ferner war ein Betrag von 8000 £ bei einer Bank zu deponieren, der für den Fall, dass das Geschäft zur Ausführung gelange, ihr ausbezahlt werden sollte. Weiter wurde ihr die Ueberlassung von 30,000 £ Aktien der neuen mit 100,000 £ Aktienkapital zu gründenden Gesellschaft und ein ge-

wisser Prozent von ihrem Jahresumsatz versprochen, und endlich sicherte man dem Erfinder Plinatus und dem Vertreter der Beklagten Dr. Mooser gewisse weitere Vergünstigungen in Form einer Anstellung etc. zu. Die Beklagte ihrerseits verpflichtete sich, der Käuferin die zur Vorbereitung einer Demonstration des Verfahrens nötigen Angaben zu machen und hernach diese Demonstration in England vornehmen zu lassen. Darauf sollte es der Leeds Fireclay C° freistehen, zu erklären, ob sie das Resultat der Vorführung befriedige oder nicht und je nachdem der erwähnten Bank Auftrag zu geben, die deponierten 8000 £ der Beklagten oder ihr selbst gutzuschreiben.

In einem Memorandum einer Uebereinkunft verpflichtete sich Dr. Mooser unterm 28. September 1916 den vorerwähnten Vertrag zur Ausführung zu bringen oder die empfangenen 2000 £ zurückzugeben und die Vertragsgegnerin bis zum Höchstbetrag von 1000 £ für gehabte Auslagen zu entschädigen.

Mit Briefen vom 24. und 31. Oktober 1916 schrieb sodann die Beklagte dem Makler, seine Aufgabe sei bis auf weiteres erledigt. Dieser forderte darauf Zahlung der versprochenen Provision, nämlich 4000 £ (10% des Kaufpreises bestehend in den beiden Zahlungen der Leeds Fireclay C° von 2000 und 8000 £ und in den 30,000 £ Aktien der zu gründenden Gesellschaft), abzüglich 220 £, die er bereits erhalten hatte. Die Beklagte lehnte jedoch jede Zahlung ab. Die Verhandlungen mit der Käuferin des Verfahrens waren ins Stocken gekommen. Die Demonstration in England kam, da die Beklagte dieselbe nicht vornehmen wollte, nicht zu stande. Anfangs 1917 wurde dann eine Demonstration in Bern verabredet, die aber wiederum durch die Beklagte verunmöglicht wurde.

Im April 1917 wurde schliesslich der Vertrag zwischen der Beklagten und der Leeds Fireclay C° vom 25. September 1916 wieder aufgehoben.

B. — Am 8. März 1918 reichte Schmidt bei dem Handels-

gericht des Kantons Bern Klage gegen seine Auftraggeberin ein auf Zahlung einer durch das Gericht festzusetzenden Provision. Er ging davon aus, dass die vertraglich vorgesehene « Verwertung » der fraglichen Verfahren mit Abschluss des Vertrages vom 25. September 1916 eingetreten sei. Die Beklagte hat dies bestritten und den Standpunkt eingenommen, die Provision wäre nur verdient gewesen, wenn es zu einem Verkauf gekommen wäre.

C. — Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die fragliche Vereinbarung wäre nur dann als « Verwertung » im Sinne des Maklervertrages anzusehen, wenn sie der Beklagten unmittelbar nach der Unterzeichnung einen realisierbaren Anspruch auf Einbringung des geldwerten Nutzens aus der Erfindung gebracht hätte. Das sei nicht der Fall, denn vorerst hätte ja noch eine Gesellschaft gegründet werden sollen. Diese Gründung sei unterblieben, die Verwertung also nicht eingetreten. Man habe allerdings eingewendet, die Demonstration sei seitens der Beklagten in Treu und Glauben verletzender Weise verhindert worden, allein auch wenn man das annehmen wollte, so wäre eben dennoch die Voraussetzung der Verwertung, die Gesellschaftsgründung noch nicht erfüllt. Der Kläger habe übrigens selber seinen Provisionsanspruch als nichtbestehend angesehen, sonst hätte er nicht noch am 27. September 1916 von Dr. Mooser die Verlängerung der Provisionsabrede verlangt. Später habe er allerdings unter Hinweis auf die beiden Zahlungen der Leeds Fireclay C<sup>o</sup> an die Beklagte, bzw. die Bank in England, die Vereinbarung vom 25. September 1916 als festen Kaufvertrag hinzustellen gesucht, allein zu Unrecht. Entgegen der Ansicht des Klägers könnte schliesslich auch weder in den zitierten Briefen der Beklagten an ihn, vom 24. und 31. Oktober 1916, noch in der Anzahlung von 220 £ an die Provision eine Anerkennung seines Anspruches seitens der Beklagten gesehen werden.

D. — Hiegegen hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheissung

der Klage, eventuell Rückweisung der Akten zur Einvernahme eines Vertreters der Leeds Fireclay C<sup>o</sup>, Johnson.

Die Beklagte hat die Abweisung der Berufung beantragen lassen.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Laut Mäklervertrag hatte der Mäkler die Aufgabe, für die Beklagte die Verwertung der in Frage stehenden Verfahren zu vermitteln. Nach Art. 413 OR kann er daher seine Provision fordern, wenn, was er unter Hinweis auf den am 25. September 1916 zwischen der Beklagten und der Leeds Fireclay C<sup>o</sup> abgeschlossenen Vertrag behauptet, durch seine Vermittlung ein den im Mäklervertrag aufgestellten Bedingungen entsprechender Verwertungsvertrag zustande gekommen ist. Dabei ist jedoch unter Zustandekommen eines Vertrages nicht der bloss formelle Abschluss eines solchen zu verstehen, sondern nur ein Abschluss der den Vertrag im Sinne des angestrebten Zweckes — Verwertung der Verfahren — wirksam macht. Denn nicht für den Vertragsabschluss als solchen, sondern (und das ist im vorliegenden Falle in dem Verlangen nach Vermittlung einer Verwertungsmöglichkeit *expressis verbis* zum Ausdruck gelangt) für den Abschluss eines Vertrages, der im Hinblick auf den angestrebten Endzweck tauglich ist, will der Auftraggeber seine Provision zahlen. Nicht tauglich sind nun aber zum vornherein Verträge, deren Wirksamkeit durch irgendwelche Klauseln aufgeschoben ist, insbesondere also nicht suspensivbedingte Vereinbarungen. Sie sind nicht als « zustande gekommen » im Sinne des Gesetzes aufzufassen. Im vorliegenden Verträge nun findet sich nicht nur eine, sondern eine ganze Anzahl von Bedingungen, die seine Wirksamkeit gerade bezüglich des von der Beklagten angestrebten Endzweckes, der Erlangung eines Gegenwertes für die Abgabe der Verfahren, aufschieben. Einmal kann diese Wirksamkeit erst eintreten, wenn vorher die Demonstration des Verfahrens stattgefunden, sodann ist

eine weitere Voraussetzung, dass die Leeds Fireclay C<sup>o</sup> sich mit dem Ergebnis der Demonstration zufrieden erklärt, und endlich soll der überwiegende Teil der beklaglichen Entschädigung erst aus der Gründung einer die Verfahren verwertenden Gesellschaft fliessen. Der Kläger hat allerdings gestützt auf die beiden Zahlungen der Leeds Fireclay C<sup>o</sup> von 2000 und 8000 £ behauptet, die streitige Vereinbarung sei als definitiver Kauf zu betrachten, allein wie sich schon aus dem Gesagten, und sodann auch aus dem Umstand, dass ja die grössere Zahlung der Beklagten nur für den Fall des Eintrittes der zweiten Bedingung zukommen sollte, ergibt, entbehrt diese Behauptung jeder Grundlage. Auch die 2000 £ wurden natürlich nicht so sehr als Kaufpreis als vielmehr, wie die Vorinstanz mit Recht ausgeführt hat, zum Zwecke der Sicherung gegen einen Missbrauch der während der Unterhandlungen zu eröffnenden Geschäftsgeheimnisse bezahlt. Der Kläger hätte daher seine Provision nur fordern können, wenn er im Stande gewesen wäre, den Eintritt aller drei oben angeführten Bedingungen zu beweisen. Ein solcher Beweis fehlt nun aber im Prozess.

2. — Richtig ist zwar, dass an dem Nichteintritt der Bedingungen die Beklagte in erster Linie schuld ist, weil sie die Demonstration, von deren Vornahme die beiden andern Bedingungen abhingen, nicht vorgenommen hat. Allein das ändert an dem Gesagten nichts. Auch der Nichteintritt einer ganz im Belieben des Auftraggebers stehenden Bedingung lässt den Provisionsanspruch des Mäklers nicht zur Entstehung gelangen. Wie der Auftraggeber nach den Regeln des Auftrages, dem der Mäklervertrag im OR eingeordnet ist, jederzeit vom Vertrag zurücktreten kann, ohne mangels anderer Abmachung dem Mäkler irgendwelchen Entgelt zu schulden, so kann er auch bis zum letzten Momente den Eintritt der Vertragsperfektion, das Wirksamwerden des Vertrages, hindern. Das weiss der Mäkler zum voraus und richtet

danach seine Provisionsansprüche, die ja gewöhnlich so bemessen sind, dass die vergebliche Arbeit in den einen Fällen durch die anderen Fälle, in denen der Mäkler zum Ziele gelangt, ebenfalls gedeckt wird.

Von dem aufgestellten Grundsatz könnte nur abgewichen werden, wenn in der Verhinderung des Bedingungseintrittes seitens der Beklagten ein Treu und Glauben verletzendes Verhalten zu sehen wäre (Art. 156 OR). (Immerhin käme man auch dann noch nicht über den Nichteintritt der beiden anderen Bedingungen hinweg.) Ein solches Treu und Glauben verletzendes Verhalten ist nun aber der Beklagten nicht nachgewiesen worden. Es liegt insbesondere nicht schon darin, dass sie durch die Verweigerung der Demonstration zugleich ihren Vertrag mit der Leeds Fireclay C<sup>o</sup> verletzt hat. Denn einmal ist an sich nicht jede Vertragsverletzung als Treu und Glauben verletzend zu bezeichnen, und sodann hat sich ja die Beklagte nicht dem Kläger sondern einem Dritten gegenüber zur Vornahme der Demonstration verpflichtet.

Dagegen könnte sich der Kläger allerdings auf Art. 156 berufen, wenn die Beklagte ihm gegenüber durch die Nichtvornahme der Demonstration eine Unlauterkeit begangen hätte, wie das zum Beispiel dann zutreffen würde, wenn sie nur scheinbar den Vertrag nicht zum Abschluss gebracht hätte, um ihm die Provision nicht zahlen zu müssen. Für eine derartige Annahme ist nun aber ein Beweis nicht erbracht worden. Zwar lässt die Zeugendeposition Plinatus etwelche Zweifel aufkommen, ob die Demonstration nicht auch mit Rücksicht auf die Provisionsansprüche des Klägers unterlassen worden ist, und ferner ist auch zu berücksichtigen, dass, wie es scheint, die Verhandlungen zwischen Plinatus und der Leeds Fireclay C<sup>o</sup> fortgesetzt wurden. Allein sichere Anhaltspunkte für eine Unlauterkeit der Beklagten fehlen, die Vermutung ihrer Redlichkeit ist nicht erschüttert.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen unter Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts Bern vom 7. Juni 1918.

**91. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung  
vom 13. Dezember 1918**

**i. S. Officine Insubri gegen Werkzeugmaschinenfabrik Oerlikon.**

Rücktritt vom Kauf? Art. 109 OR. Inhalt des negativen Vertragsinteresses.

A. — Anfangs September 1915 trat der von der Firma Langen & Wolf in Mailand, der Rechtsvorgängerin der Klägerin, mit dem Ankauf von Drehbänken in der Schweiz beauftragte Ingenieur Armando Pesaro mit der Beklagten in Verbindung. Er unterhandelte am 5. September mit einem ihrer Prokuristen und unterbreitete diesem eine Bestellung von 30 Drehbänken, Model T, Schweizerfabrikat. Die Beklagte bestätigte die Bestellung mit Telegramm vom gleichen Tag und mit Schreiben vom 6. September. Der Preis ab Fabrik wurde auf 1500 Fr. oder total 45,000 Fr. festgesetzt. Sowohl im Telegramm wie im Schreiben ist Lieferung der ersten 15 Drehbänke im Dezember 1915 und der restierenden 15 im Januar 1916 versprochen, mit dem Unterschied, dass im Brief noch ein « environ » eingefügt ist. Auf der Rückseite desselben finden sich sodann eine Anzahl Kaufbedingungen, von denen im Prozess namentlich die Ziff. 12 von Bedeutung ist: « Si de notre propre fait un délai de livraison garanti est dépassé, le client ne pourra en aucun cas demander à titre d'indemnité plus que  $\frac{1}{2}\%$  du prix tout net pour chaque semaine de retard entière, ni en total de 3%, pourvu que les dommages subis par lui soient au moins

d'autant. Ni les indemnités d'autre nature ni l'annulation de la commande ne peuvent être exigées. » Die Klägerin erklärte sich mit der Bestätigung im allgemeinen einverstanden, wünschte aber, dass der Lieferungstermin noch genauer festgesetzt werde, und zwar derart, dass 15 Bänke spätestens am 15. Dezember und die restlichen 15 spätestens am 15. Januar abgeliefert werden müssen, ansonst der Vertrag ohne weiteres aufgehoben würde. Hierauf wollte die Beklagte jedoch nicht eintreten. Sie hielt daran fest, es sollen 15 Bänke im Laufe Dezember und 15 im Laufe des Januar expediert werden, ohne dass eine Verspätung ein Recht auf Annullierung des Vertrages gebe.

Am 21. Dezember 1915 berichtete die Beklagte auf Anfrage Pesaros an diesen, die ersten 15 Bänke könnten erst im April und die zweiten 15 erst April-Mai geliefert werden. Als Pesaro hierauf reklamierte, machte die Beklagte ihn unterm 23. Dezember darauf aufmerksam, er habe ja von Anfang an Kenntnis davon gehabt, dass sie die Drehbänke nicht selber anfertige und demgemäss von ihrem Lieferanten abhängig sei. Gegenüber dieser letzteren Feststellung protestierte Pesaro nicht, verwies aber auf die vereinbarten Lieferzeiten und erklärte, der Schaden werde sich bei Nichterfüllung auf mehrere Hunderttausend Lire belaufen. Am 4. Januar 1916 stellte der Anwalt der Klägerin fest, dass die Beklagte mit der Lieferung der ersten 15 Bänke im Verzug sei und erklärte sie für allen Schaden haftbar. Die Beklagte antwortete, sie sei von ihrem Lieferanten in so unverantwortlicher Weise im Stiche gelassen worden, dass sich die Ablieferung voraussichtlich bis im Mai bzw. Juni verzögern werde. Eine Schadenersatzforderung werde sie nicht anerkennen.

Nunmehr stellte der Anwalt der Klägerin am 13. Januar 1916 beim Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich das Gesuch um Ansetzung einer Nachfrist in Anwendung