8. Ist sonach die Klage im Prinzipie begründet, so bleibt nur noch zu erörtern, nach welchen Grundsätzen und wie hoch der Schaden zu bestimmen ist, in welchem Umfange also das Klagebegehren zuzusprechen ist. Die Vorinstanz hat hiefür abgestellt auf Art. 26 der definitiven Police. Allein wie in Erwägung 6 ausgeführt wurde, ist die Versicherung geschlossen worden zu französischen Konditionen; diese enthalten aber in dieser Beziehung andere Bestimmungen, als die deutsche Police der Beklagten. Aus dem oben in Erwägung 2 mitgeteilten Art. 12 der Allgemeinen Bedingungen der französischen Police der Beklagten, Abf. 3, geht nämlich hervor, daß die Ermittlung des Wertes der Güter in beschädigtem wie in unbeschädigtem Zustande dann exklusive Zoll zu erfolgen hat, wenn der Verkauf vor der Entrichtung des Zolles stattgefunden hat (vergl. hiezu auch: Weil, Des assurances maritimes, Nr. 351, S. 436 ff.); Art. 26 der deutschen Police dagegen enthält die zwingende Vorschrift, daß die Ware in allen Fällen inklusive Zoll zu schätzen ist. Art. 26 der deutschen Police stellt somit wiederum eine unzulässige, einseitige Abänderung des Vertrages dar und ist daher nicht verbindlich, so daß die Ermittlung des Schadens nicht auf Grund dieser Bestimmung stattzufinden hat, sondern die Ware unverzollt zu taxieren ist. Alsdann aber ist ohne weiteres die Prinzipalberechnung der Kläger zu Grunde zu legen, die auf den an sich auf ihre Richtigkeit nicht bestrittenen Ermittlungen der Sachverständigen beruht, und bedarf es, entgegen der Rechnungsweise der Vorinstanz, einer Umrechnung des Gesundwertes und des Minderwertes unter Hinzufügung des Eingangszolles nicht. Von diesem Standpunkte aus erscheint das Klagebegehren in dem Umfange, in dem es von der Vorinstanz zugesprochen wurde, begründet.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und es ist somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. April 1901 in allen Teilen bestätigt.

49. Urteil vom 4. Oktober 1901 in Sachen
Müller gegen Apotheker.

Maklervertrag (Vermittlung eines Liegenschaftskaufes oder -tausches).
Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes, Art. 405 O.-R.; Art. 231 eod. — Wann ist die Provision verdient?

A. Durch Urteil vom 17. Juni 1901 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt das die Klage abweisende erstinstanzliche Urteil bestätigt.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: In Aufhebung des angefochtenen Urteils sei der Beklagte zu verurteilen, an den Kläger den Betrag von 2000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 1901 zu bezahlen.

C. Der Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 4. Dezember 1900 stellte der Beklagte, Gastwirt Emil Apotheker von Basel-Augst in Riehen einen „Revers“ folgenden Inhalts aus: „Sollte ein notarieller Kauf- oder Tauschvertrag zwischen mir und Hrn. Emil Grismann in derart geschrieben werden, daß Hr. Grismann meine Liegenschaft zum Ochsen in Riehen gegen seine Liegenschaft in der Feldbergstraße Basel in Tausch nimmt, so bezahle ich an Hrn. Theodor Lauer, Mathäusstraße 20 in Basel, eine Vermittlungsgebühr von zweitausend Franken und zwar fällig beim Fertigung des Kauf- resp. Tauschvertrages.“ Bald nach Ausstellung dieses Scheines kam zwischen Grismann und Apotheker eine Einigung zu stande, wonach Grismann an Apotheker seine Liegenschaft in der Feldbergstraße in Basel zum Preise von 68,000 Fr., und Apotheker an Grismann sein Gasthaus zum Ochsen in Riehen zum Preise von 110,000 Fr. verkaufte, wobei die beidseitigen Kaufpreisforderungen, soweit sie sich deckten (und nicht durch Übernahme der Hypothekarschulden getilgt wurden), gegen einander aufgerechnet wurden. Die Vertragsurkunden wurden auf dem Bureau des

Notars Vichtenhahn in Basel geschrieben, doch fehlten zur Perfektion noch das Datum, sowie die Unterschriften des Notars und (auf dem den Verkauf des „Ochsen“ betreffenden Instrumente) der Ehefrau des Emil Apotheker. Infolge der Weigerung der letztern, ihre Einwilligung und Unterschrift zum Verkauf zu geben, scheiterte das Tauschgeschäft, da, nach übereinstimmender Angabe der Parteien, Emil Grismann nach dieser Weigerung nicht mehr auf der Ausführung des Tauschgeschäftes bestand. Theodor Lauer hat die ihm versprochene Vermittlungsgebühr von 2000 Fr. am 7. Dezember 1900 an den Glaser Roth und dieser hinwiederum am 9. Januar 1901 an den gegenwärtigen Kläger Johann Georg Müller in Basel abgetreten.

2. Letzterer erhob am 2. März 1901 Klage gegen Emil Apotheker mit dem Antrage: Es solle der Beklagte verurteilt werden, an den Kläger den Betrag von 2000 Fr., nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 1901 zu bezahlen, indem er ausführte: Der Tausch- resp. die beiden Kaufverträge seien durch Lauers Vermittlung abgeschlossen worden. Mit der Unterzeichnung der notariell ausfertigten Kaufverträge sei der Beklagte Schuldner des Theodor Lauer für die Summe von 2000 Fr. geworden. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, indem er im wesentlichen ausführte: Seine Ehefrau habe ihre zur Perfektion des Tauschgeschäftes nötige Unterschrift verweigert. Grismann habe nicht gefordert, daß der Beklagte die Frauenunterschrift gerichtlich ersetzen lasse, sondern im Einverständnis des Beklagten das Geschäft fallen lassen. Die Verträge seien weder datiert noch mit der Unterschrift des Notars versehen worden. Der Revers, den der Beklagte am 4. Dezember 1900, am Tage, bevor die Parteien zum ersten Male beim Notar erschienen seien, ausgestellt habe, sage, daß der Beklagte dem Theodor Lauer 2000 Fr. zahle, wenn ein notarieller Kauf- oder Tauschvertrag in der Art geschrieben werde, daß Grismann die Liegenschaft des Beklagten gegen seine Liegenschaft in Tausch nehme; fällig werden die 2000 Fr. bei der Fertigung des Tauschvertrages. Der Sinn dieses Reverses könne kein anderer sein, als der, daß der Beklagte dem Theodor Lauer 2000 Fr. Courtage zahle nach Fertigung des im Schein erwähnten Tauschvertrages. So habe der Beklagte

auch den Revers aufgefäkt. Nun sei aber weder ein notariatischer Tauschvertrag zu Stande gekommen, noch habe natürlich eine Fertigung stattgefunden. Die Forderung sei gar nicht existent geworden. Replikantisch brachte der Kläger wesentlich an: Unter den Parteien sei der Tausch, da man über alle Bedingungen einig gewesen sei, perfekt geworden; die Weigerung der Frau des Beklagten habe daran nichts ändern können. Daß die Parteien nachher wieder zurückgetreten seien, sei unerheblich; nicht die Existenz, sondern nur die Fälligkeit der Forderung sei an die Fertigung geknüpft worden. In der Duplik machte der Beklagte geltend: Die Verträge seien nicht perfekt geworden, da sie nicht die nötigen Unterschriften der Parteien und diejenigen des Notars tragen. Allerdings sei die Sache lediglich an der Weigerung der Ehefrau des Beklagten gescheitert, worauf beide Parteien das Geschäft haben fallen lassen. Die Werte beider Liegenschaften seien stark übersezt gewesen. Der Ochse sei bald darauf zu 95,000 Fr. verkauft worden. Der Courtier habe das Verhältnis gekannt und selbst den Revers abgefäkt und die Bedingung festgesetzt. Beklagter habe erst zahlen wollen, wenn er selbst Geld bekomme. Die Bedingung sei aber nicht eingetreten.

3. In der Begründung ihres Urteils — die von der Vorinstanz ohne weiteres zu der ihrigen gemacht wurde — führte die erste Instanz aus: Bedingung der Fälligkeit bezw. der Existenz der Klagesforderung sei nicht, wie dies aus dem Wortlaute des Scheines vom Dezember 1900 abgeleitet werden könnte, die Niederschrift der für das Tauschgeschäft erforderlichen Kaufverträge, sondern nach dem Sinne des Schuldversprechens die endgültige Perfektion des Kaufgeschäftes durch notariellen Vertrag. Ein solcher Vertrag liege aber nicht vor. Die Fälligkeit der Forderung könnte aber gleichwohl angenommen werden, wenn der Beklagte oder seine Ehefrau den Eintritt der für dieselbe gesetzten Bedingung verunmöglicht hätte. Nun habe allerdings die Ehefrau des Beklagten, für deren Verhalten der Beklagte verantwortlich wäre, durch die Verweigerung ihrer Unterschrift das Nichtzustandekommen des Tauschgeschäftes veranlaßt. Dieses Verhalten der beklagten Ehefrau bilde jedoch nicht die eigentliche Ursache des Hinfalles des Geschäftes; die eigentliche Ursache sei vielmehr

das Verhalten des Emil Grismann, der nach der Weigerung der Ehefrau des Beklagten nicht mehr auf der Haltung des noch nicht perfekt gewordenen Vertrages bestanden und das Geschäft habe fallen lassen.

4. Der eingeklagte Anspruch gründet sich auf einen Maklervertrag und ist daher, da die besondern Bestimmungen der Kantonalgesetze über Makler, Courtiers u. s. w. nicht in Frage stehen, gemäß Art. 405 D.-R. nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen. Daß die Provision für die Vermittlung eines Liegenschaftskaufes bezw. -tausches versprochen wurde, ändert, wie in der Praxis des Bundesgerichtes feststeht, nichts daran, daß der Maklerauftrag sich nach eidgenössischem Rechte beurteilt und daß also der streitige Anspruch selbst ein solcher eidgenössischer Rechts ist. Dagegen ist allerdings die Frage, ob der Liegenschafts Kauf oder -tausch, zu dessen Vermittlung die Provision versprochen wurde, zur Perfektion, zum rechtsgültigen Abschluß gelangt sei, eine solche des kantonalen Rechts, und da ja eben der Liegenschafts Kauf und -tausch gemäß Art. 231 Abs. 1 D.-R. dem kantonalen Rechte unterstehen und insoweit daher diese Frage für den Bestand der Provisionsforderung präjudiziell ist, entzieht sich die Überprüfung des kantonalen Entscheldes insoweit der Kognition des Bundesgerichtes.

5. Nun ist die Provision nach dem Wortlaute des Reverfes vom 4. Dezember 1900 versprochen für den Fall der notariellen Verschreibung des Kauf- oder Tauschvertrages und ist dieselbe zahlfällig gestellt mit der Fertigung des Vertrages. Demnach kann einem Zweifel wohl kaum unterliegen, daß, wie dies beim Maklervertrag die Regel bildet, das Recht des Maklers auf die Provision und die Verpflichtung des Auftraggebers zu deren Bezahlung durch den rechtsgültigen Abschluß des zu vermittelnden Vertrages bedingt sind; wenn im Provisionsheine von der notariellen Verschreibung des Vertrages die Rede ist, so erklärt sich dies einfach daraus, daß nach der Auffassung der Parteien (welche übrigens dem kantonalen Rechte — Art. 2 baselstädtisches Einführungs-gesetz zum Obligationenrecht — entspricht), zur Gültigkeit von Liegenschaftskäufen und dergleichen die notarialische Form erforderlich ist. Mit dem Augenblicke der Perfektion des

Vertrages werden Recht und Pflicht auf die Provision existent. Die Fertigung dagegen ist nicht mehr Bedingung der Entstehung der Provisionsforderung, sondern sie bezeichnet nur den Zeitpunkt der Fälligkeit dieser Forderung, die, wenn überhaupt, schon früher mit der rechtsgültigen notariellen Vollziehung des Vertrages zur Entstehung gelangte.

Demgemäß ist klar, daß, wenn nach der Perfektion des Vertragsschlusses die Parteien aus irgend welchem Grunde auf den Vertrag wieder verzichteten, den geschlossenen Vertrag nachträglich wieder aufhoben, dadurch das mit den Unterschriften erworbene Recht des Maklers auf die Provision nicht berührt werden konnte, sondern daß dieses, trotz der nachträglichen Wiederaufgabe des Vertrages, bestehen blieb. Dagegen ist ebenso festzuhalten, daß, wenn die Parteien vor der Perfektion des Vertrages auf dessen endgültigen Abschluß verzichteten, das Recht des Maklers auf die Provision gar nie zur Entstehung gelangte und der Makler zur Einforderung der Provision daher nicht berechtigt ist. Denn durch den Maklerauftrag bezw. das Versprechen einer Provision für den Fall des Vertragsabschlusses verpflichtet sich der Auftraggeber an und für sich nicht, den Vertrag, soviel an ihm, abzuschließen, er bleibt vielmehr frei, seinen Entschluß zu ändern und nachträglich ein Vertragsangebot, auch wenn es dem von ihm erteilten Auftrage durchaus entspricht, an sich als annehmbar, seine Ablehnung als geschäftlich nicht gerechtfertigt, erscheint, zurückzuweisen. Die Erteilung eines Maklerauftrages begründet also für den Auftraggeber keine Verpflichtung zum Vertragsabschlusse gegenüber dem Makler zu den auftragsmäßigen Bedingungen bezw. zum Abschlusse des Kauf- oder Tauschvertrages, und die Verpflichtung zur Zahlung der Maklerprovision wird nur dann existent, wenn die dafür gesetzte Bedingung in Erfüllung geht, also regelmäßig, und speziell im vorliegenden Falle, wenn der zu vermittelnde Vertrag zum Abschlusse gelangt ist.

6. Darnach ist denn in concreto die Maklerprovision nur dann verdient, wenn der Kauf- und Tauschvertrag zwischen dem Beklagten und Grismann, dessen Vermittlung dem Rechtsvorgänger des Klägers aufgetragen war, rechtsgültig zu Stande

gekommen war. Nun haben aber die Vorinstanzen ausgesprochen, daß die endgültige Perfektion des Kaufgeschäftes durch notariellen Vertrag nicht erfolgt sei. Die Vorinstanzen gehen dabei offenbar davon aus, daß für den Liegenschaftskauf- und Tauschvertrag nach dem kantonalen Rechte die notariatische Form als Solennitätsform erscheine, deren Beobachtung für dessen Gültigkeit unentbehrlich sei, und daß nun im vorliegenden Falle die notariatische Form nicht erfüllt sei, da die Notariatsurkunde des Datums und der Unterschrift des Notars und überdem, soweit es die Kaufurkunde über die Liegenschaft zum „Ochsen“ in Nießen anbelange, auch der Unterschrift der einen beteiligten Partei, der Ehefrau des Veräußerers, ermangle. Diese Entscheidung beruht ausschließlich auf der Anwendung des kantonalen Rechtes und entzieht sich also der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Das Bundesgericht muß vielmehr ohne weiteres mit den kantonalen Instanzen davon ausgehen, daß der Liegenschaftskauf- und Tauschvertrag wegen mangelnder Form nicht zur Perfektion gelangt ist, so daß die Parteien, speziell der Beklagte, an denselben rechtlich nicht gebunden waren. Ist aber hievon auszugehen, so war, wie oben ausgeführt, die Maklerprovision noch nicht verdient und es gelangte das Recht auf die Maklerprovision, wenn die Parteien aus irgend welchen Gründen auf den endgültigen bindenden Vertragsschluß durch Vollziehung der Notariatsurkunde verzichteten, überhaupt gar nicht zur Entstehung.

Die Klage ist daher mit den Vorinstanzen abzuweisen. Wenn die Vorinstanzen anzunehmen scheinen, die Klageforderung könnte als begründet erscheinen, wenn der Beklagte oder dessen Ehefrau die Vollziehung der notariatischen Verschreibung vereitelt hätten, und es komme daher darauf an, ob dies zutrefte, so erscheint dies nicht als richtig. Wenn einmal, wie nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanzen anzunehmen ist, feststeht, daß der Liegenschaftskauf- oder Tauschvertrag wegen mangelnder Form nicht zur Perfektion gelangt sei, so ist es gleichgültig, ob es auf den Willen des Beklagten bzw. seiner Ehefrau, oder aber auf denjenigen des Mitkontrahenten zurückzuführen ist, daß der Vertrag nicht durch spätere Erfüllung der gesetzlichen Form zur Perfektion gebracht wurde, denn eine Verpflichtung des Beklagten

zum Vertragsabschlusse, speziell gegenüber dem Rechtsvorgänger des Klägers, bestund, wie ausgeführt, nicht, und es kann ihm dieser, wenn er nachträglich auf den projektierten Vertragschluß verzichtete, doloses Verhalten keinesfalls vorwerfen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und es ist somit das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 17. Juni 1901 in allen Teilen bestätigt.

50. Urteil vom 11. Oktober 1901 in Sachen Schmid
gegen Rittmann.

Miete (unbeweglicher Sachen). — Gerichtliche Auflösung der Miete auf Begehren des Mieters nach Art. 277 O.-R.; Verbleiben des Mieters im Mietobjekte. Klage (des Cessionars des Vermieters) auf Zahlung des Mietzinses. Fortsetzung des alten Mietvertrages, oder stillschweigende Eingehung eines neuen Mietvertrages? Art. 290 O.-R. — Dauer der neuen Miete.

A. Durch Urteil vom 1. Juli 1901 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Beklagter wird zur Bezahlung von 1250 Fr. nebst 5 % Zins seit 31. März 1901 an Kläger verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage auf Abweisung der Klage.

C. Der Vertreter des Klägers stellt in seiner Rekursbeantwortung keinen Antrag, verweist indessen auf die Rechtschriften vor den kantonalen Instanzen und die Protokolle dieser Instanzen und bestreitet die Behauptungen des Berufungsklägers.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Rittmann hatte einen Teil der Liegenschaft Leonhardsgraben Nr. 8 in Basel, deren Eigentümer er ist, an einen Steinthal vermietet, dieser an Grifard, und dieser zuletzt an