

Quant au compte, il n'est pas discuté, sauf en ce qui concerne la fourniture de nouvelles tiges commandées par le défendeur pour remédier aux défauts des assortiments. Dès l'instant que ces défauts sont imputables au maître de l'ouvrage (art. 369 CO), c'est aussi lui qui doit supporter le coût des pièces destinées à les corriger.

Le rejet des conclusions libératoires du défendeur entraîne le rejet de ses conclusions reconventionnelles.

Les demandeurs n'ayant pas recouru au Tribunal fédéral, leur réclamation de dommages-intérêts est devenue caduque.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

**11. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Februar 1926
i. S. Florin gegen Schweizer. Wagonsfabrik Schlieren.**

Mäklervertrag. OR Art. 413. Klausel, dass die Mäklerprovision « bei der notariellen Fertigung fällig werde ». Es ist anzunehmen, dass mit der Fertigung die Grundbucheintragung gemeint ist. Kein Anspruch auf Provision, wenn der Käufer sich weigert, den Kaufvertrag zu halten, und man dem Verkäufer nicht wohl zumuten kann, dessen Erfüllung zu erzwingen.

A. — Die Beklagte hat am 7. Dezember 1923 mit dem Kläger und Gustav Dummel in Zürich einen Mäklervertrag abgeschlossen durch Ausstellung folgenden « Provisionsscheins »: « Die unterzeichnete Firma Schweiz. Wagonsfabrik in Schlieren verpflichtet sich, an die Herren Gustav Dummel und L. Florin in Zürich für Vermittlung des Verkaufs des Gutes « Sonnenberg » in Unterengstringen eine Provision von 2 % in bar zu bezahlen, fällig bei der notariellen Fertigung. Ein allfälliger Mehrerlös über 560,000 Fr. wird zwischen

der Verkäuferin und den Vermittlern zur Hälfte geteilt unbeschadet der 2 %-igen Provision. »

In der Folge hat der Kläger der Beklagten eine damals in Freiburg i. Br. wohnhafte Frau Dr. Meyer als Kaufliebhaberin zugeführt. Am 9. Januar 1924 sind zwei Kaufverträge zwischen der Beklagten und Frau Meyer abgeschlossen worden: ein notariell beurkundeter Kaufvertrag über die Liegenschaften um 300,000 Fr., zahlbar durch Übernahme der aufhaftenden Pfandschulden, und ein schriftlich ausgefertigter und von beiden Parteien unterzeichneter Kaufvertrag über das tote landwirtschaftliche Inventar um 260,000 Fr., « zahlbar spätestens in bar bis zur notariellen Fertigung der Liegenschaft zum Sonnenberg ». Die Übernahme der Kaufobjekte war auf den 1. April 1924 in Aussicht genommen.

Als das Notariat und Grundbuchamt Höngg die Parteien auf den 31. März 1924 zur grundbuchamtlichen Eintragung des Kaufvertrages einlud, erschien die Käuferin nicht. Sie liess der Beklagten am 23. April 1924 durch ihren Vertreter mitteilen, sie sei ausser Stande, die finanziellen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag zu erfüllen. Mit Zuschrift vom 4. Juni 1924 setzte der Anwalt der Beklagten der Frau Meyer gemäss Art. 107 OR Nachfrist bis zum 24. Juni 1924 an, um gemäss der ihr vom Notariat Höngg übermittelten erneuten Vorladung « bei der notariellen Fertigung zu erscheinen oder sich in genügender Weise vertreten zu lassen, um die Fertigung gemäss Vertrag zu vollziehen », unter Wahrung aller aus der Nichterfüllung des Vertrages durch Frau Meyer der Beklagten erwachsenden Schadenersatzansprüche. Frau Meyer blieb wiederum aus, worauf die Beklagte auf die Erfüllung des Vertrags verzichtete.

Inzwischen hatte Frau Meyer dem Kläger den Auftrag erteilt, das Gut für sie weiter zu verkaufen. Der Kläger setzte sich mit einem Amerikaner in Verbindung, der

am 11. Juli 1924 ein Angebot von 400,000 Fr. und später ein solches von 500,000 Fr. machte. Von beiden Offerten gab der Kläger sowohl der Frau Meyer als der Beklagten Kenntnis. Diese antwortete auf die erste Mitteilung, sie könne sich nicht entschliessen, das Gut um diesen Preis zu verkaufen, und betrachte die Angelegenheit gegenüber dem Kläger als endgültig erledigt; auf die zweite Anzeige: das Gut sei nunmehr verkauft (an Ingenieur Züblin um 400,000 Fr.).

B. — Unter Berufung darauf, dass dieser Verkauf ohne sein Zutun zustande gekommen sei, verweigerte die Beklagte dem Kläger die Zahlung der beanspruchten Provision. Der Kläger hat sich mit seinem Gesellschafter Dummel am 15. August dahin verständigt, dass jeder der Beiden berechtigt sein solle, seinen hälftigen Provisionsanteil selbständig geltend zu machen. Gestützt auf diese Vereinbarung hat der Kläger die vorliegende Klage angehoben, mit dem Begehren, die Beklagte habe ihm als Provision und Gewinnanteil 10,800 Fr. nebst 6 % Zins seit 20. Juli 1924 zu bezahlen. In der Replik hat er diese Forderung auf 5600 Fr. (1% vom Gesamtverkaufspreis Meyer von 560,000 Fr.) herabgesetzt.

C. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, weil der infolge der Vermittlertätigkeit des Klägers mit Frau Meyer abgeschlossene Kaufvertrag von der Käuferin nicht erfüllt worden sei, und die notarielle Fertigung, worunter die Eintragung des Kaufvertrags in das Grundbuch zu verstehen sei, ohne jegliches Verschulden der Beklagten nicht habe stattfinden können.

D. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen.

E. — Gegen das Urteil des zürcherischen Obergerichts vom 10. November 1925 hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Massgebend für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites ist einzig der zwischen den Parteien am 7. Dezember 1923 abgeschlossene Vertrag, und insbesondere die Bestimmung, dass die Mäklerprovision « bei der notariellen Fertigung fällig werde ». Es fragt sich, welchen Vorgang die Parteien mit dieser juristisch ungenauen Ausdrucksweise im Auge gehabt haben. Hierbei ist davon auszugehen, dass die kantonalen Instanzen ohne weiteres annehmen, unter « Fertigung » sei entsprechend dem landesüblichen Zürcher Sprachgebrauch, der sich auch seit Inkrafttreten des ZGB fortgesetzt habe, derjenige Akt zu verstehen, durch den bei Liegenschaftskäufen der Eigentumsübergang auf den Käufer bewerkstelligt wird, also nach dem neuen Recht die amtliche Eintragung in das Grundbuch, und nicht, wie der Kläger geltend macht, die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags. Diese Annahme liegt umso näher, als unter dem alten Recht die unter der Bezeichnung « Fertigung » in einer Reihe von Kantonen vorgeschriebene behördliche Mitwirkung bei der Eigentumsübertragung an Liegenschaften das notwendige Perfektionsmittel für den dinglichen Erwerb bildete, und speziell im Kanton Zürich die Fertigung sich durch notariellen Eintrag in das Grundprotokoll vollzog (Zürch. PG § 117/8). Zudem ist in dem am 9. Januar 1924 abgeschlossenen und beurkundeten Kaufvertrag mit Frau Meyer über die Liegenschaften der Ausdruck « Fertigung » durch Beifügung in Klammer: « Eigentumsübertragung » ausdrücklich in diesem Sinne verdeutlicht. Auch der Umstand, dass im Provisionsschein von « notarieller » Fertigung die Rede ist, spricht nicht für die klägerische Auffassung, weil im Kanton Zürich, wie früher die Fertigung, so jetzt die Grundbuchführung den Notaren übertragen ist, und aus der Klausel in dem ebenfalls am 9. Januar 1924 abgeschlossenen Vertrag

über das tote Inventar, der Kaufpreis sei « spätestens bis zur notariellen Fertigung der Liegenschaft zahlbar », sowie aus der Aufforderung zum Erscheinen bei der « notariellen Fertigung », die der beklagtische Anwalt am 4. Juni 1924 (also vor Ausbruch des vorliegenden Streites) an die Käuferin gerichtet hat, zwingend hervorgeht, dass jedenfalls die Beklagte unter jenem Ausdruck nichts anderes verstanden hat, als den Grundbucheintrag. Es wäre denn auch kaum verständlich, dass die Parteien eine besondere Bestimmung über die Fälligkeit des Mäklerlohns in den Provisionsschein aufgenommen hätten, wenn sie nicht eine materielle Abweichung von der gesetzlichen Ordnung (OR 413) gewollt hätten, wonach der Mäklerlohn verdient ist, sobald der abzuschliessende Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist.

Ob im übrigen der Sinn der Klausel: « fällig bei der notariellen Fertigung » der sei, dass nach der Meinung der Parteien ein Provisionsanspruch überhaupt erst dann entstehen solle, wenn die Fertigung des Kaufvertrages stattgefunden habe (und auch der Kaufpreis von 260,000 Fr. für das Inventar bezahlt sei), oder der, dass der Provisionsanspruch zwar schon mit dem Abschluss des Vertrages entstehe, die Provision aber erst nach der Fertigung zur Zahlung fällig werde, kann dahingestellt bleiben; denn nach dem Gesagten hat der Kläger im Provisionsschein sich jedenfalls damit einverstanden erklärt, dass er einen Anspruch auf den Mäklerlohn nicht schon nach der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags über die Liegenschaften, sondern erst nach dem Grundbucheintrag, d. h. *in concreto* nach der Übertragung des Eigentums an den Liegenschaften und nach der Zahlung des Kaufpreises für das Inventar, geltend zu machen berechtigt sein solle, dass also ein etwa früher schon entstandener Provisionsanspruch dahinfallen solle, wenn aus einem, von der

Beklagten nicht zu vertretenden Grunde die Fertigung des Vertrags und die Bezahlung der 260,000 Fr. durch die Käuferin unterbleiben sollten. Mit Rücksicht darauf, dass die beiden Kaufverträge ein wirtschaftliches Ganzes bilden, ergab es sich aus den Verhältnissen von selbst, dass der gesamte Erfüllungsakt bei der « notariellen Fertigung » stattfinden solle.

2. — Nun steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Fertigung deswegen nicht erfolgt ist, weil die Käuferin des Gutes die Erfüllung des Kaufvertrages verweigert hat, und dass die Beklagte nach erfolgloser Fristansetzung definitiv vom Vertrag zurückgetreten ist, sodass die Fertigung überhaupt nicht mehr stattfinden kann, ohne dass die Beklagte die Nichterfüllung des Vertrags irgendwie verschuldet hat. Wie schon die erste Instanz zutreffend ausgeführt hat, konnte der Beklagten nicht zugemutet werden, die Übertragung des Eigentums an den Liegenschaften gegenüber der Käuferin zu erzwingen, ohne zugleich die Erfüllung der Gegenleistungen erlangen zu können.

3. — Ebenso ist unerheblich, dass der Kläger der Beklagten nachträglich noch andere Kaufofferten unterbreitet hat, weil er hiezu keinen Auftrag hatte; zudem wäre die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, einen Vertrag mit dem neuen Käufer abzuschliessen, sondern es hätte ihr freigestanden, das Angebot anzunehmen oder nicht. Endlich liegt nichts dafür vor, dass der Kaufvertrag, den die Beklagte dann mit Ingenieur Züblin abgeschlossen hat, auch nur indirekt durch die Vermittlung des Klägers zustande gekommen sei.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 1925 bestätigt.