

BGE 47 II 192 erklärte das Bundesgericht ohne nähere Begründung die abstrakte Schadensberechnung auf Grund der Differenz zwischen Vertrags- und Verkäuflichkeitspreis als zulässig. In BGE 49 II 84 ff. wurde die Frage dann einlässlich untersucht und die erwähnte Auslegung bestätigt. Dabei ging das Gericht davon aus, dass als Marktpreis der Preis zu verstehen sei, der infolge regelmässiger Geschäftsabschlüsse für eine Ware bestimmter Gattung und Art an einem bestimmten Handelsplatz zu bestimmter Zeit erzielt werde. Einen Nachweis für tatsächlich erfolgte Abschlüsse erklärte das Gericht indessen als nicht erforderlich; denn da die abstrakte Schadensberechnung nur eine vereinfachte Formel für die Ermittlung des entgangenen Gewinns darstelle, so genüge beim Verzug des Verkäufers die Verkäuflichkeit (wie beim Verzuge des Käufers die Käuflichkeit) der Ware. Die abstrakte Berechnungsweise auszuschliessen, wenn für die kritische Zeit effektive Käufe und Verkäufe nicht nachweisbar seien, könne nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, da sonst Abs. 3 von Art. 191 OR gerade in den Fällen versagen würde, wo das Erfüllungsinteresse des Käufers gegenüber dem vertragsbrüchigen Verkäufer am grössten sei, nämlich bei besonders starkem Ansteigen der Preise nach dem Vertragsabschluss.

Unter Berufung auf diesen Entscheid hat das Handelsgericht Zürich im Jahre 1946 die abstrakte Schadensberechnung zugelassen in einem Falle, wo von einem eigentlichen Marktpreis nicht gesprochen werden konnte, wo aber nach den Umständen die Verkäuflichkeit angenommen werden durfte (ZR 46 Nr. 120). Das Bundesgericht hat diesen Entscheid bestätigt, da die rechtlichen Ausgangspunkte und die Berechnungsweise der Schadensermittlung nicht zu beanstanden seien (Urteil vom 18. Dezember 1946 i.S. Matter-Fischli AG. c. Gebrüder Nauer).

b) Von den durch die Rechtsprechung im dargelegten Sinn umschriebenen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der abstrakten Schadensberechnung abzuweichen, besteht

kein Anlass. Es ist somit jeweils nach den gegebenen Umständen zu prüfen, ob zur Erfüllungszeit am Ort der geschuldeten Leistung ein eigentlicher Marktpreis oder wenigstens die Verkäuflichkeit zu einem nach objektiven Gesichtspunkten feststellbaren üblichen Preis bestanden habe. Dabei wäre letzteres nicht schon dann auszuschliessen, wenn für jenen Zeitpunkt keine Abschlüsse über Waren der streitigen Art nachgewiesen sind. Es können frühere Abschlüsse die Marktlage dauernd bestimmt haben, sofern Kaufs- oder Verkaufsangebote für den massgebenden Zeitpunkt bestanden. Dagegen wäre ein Marktpreis im weiteren Sinne dann zu verneinen, wenn es zwar zu gelegentlichen Abschlüssen gekommen ist, aber zu Preisen, die von den besonderen, beim Käufer oder Verkäufer vorhandenen persönlichen Umständen abhängen.

**75. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Oktober 1952
i. S. Prohaus A.-G. gegen Jules E. Meier A.-G.**

Formzwang im Grundstücksverkehr (Art. 216 OR, 657 ZGB).
Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag, enthaltend eine Provisionsabrede für den Fall des Weiterverkaufs. Formbedürftigkeit verneint.

De la forme en matière de transferts immobiliers (art. 216 CO et 657 CC).

Convention accessoire au contrat de vente et stipulant le paiement d'une commission en cas de revente. Sa validité n'est pas subordonnée à l'observation d'une forme particulière.

Osservanza della forma in materia di trapassi immobiliari (art. 216 CO, 657 CC).

Convenzione supplementare al contratto di vendita, la quale prevede il pagamento d'una commissione in caso di rivendita. La sua validità non è subordinata all'osservanza d'una forma speciale.

A. — Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 7. März 1950 kaufte die Beklagte von der Klägerin für Überbauungszwecke die Liegenschaften Kat.-Nr. 964 und 1112 an der Culmannstrasse/Fliederstrasse in Zürich zum

Preise von Fr. 130,000.—. In Ziffer 7 der « weiteren Bestimmungen » wahrten sich beide Parteien das Recht zu entschädigungslosem Rücktritt vom Vertrage für den Fall, dass die auf den Kaufgrundstücken und einer Reihe von Nachbarparzellen geplante Überbauung scheitern sollte. Unter der gegenteiligen Voraussetzung versprach die Beklagte in einer vom gleichen Tage datierten, aber nicht öffentlich beurkundeten schriftlichen « Vereinbarung », der Klägerin bei sämtlichen Neubauten folgende Arbeiten zu übertragen :

- a) die Erstvermietung gegen ein festes Honorar von 4 % der Nettojahresmietzinsen, das auch bei direkter Vermietung durch die Beklagte ohne Mitwirkung der Klägerin zu zahlen war ;
- b) die Verwaltung bis zum Verkauf gegen eine Vergütung von 3 % aller Zahlungen der Mieter ;
- c) den Alleinverkauf zu den von der Bauherrin festgesetzten Preisen gegen eine Verkaufsprovision von 1 ½ % des Kaufpreises, unter Zusicherung einer Provision von 1 % des Kaufpreises für den Fall eines direkten Verkaufs durch die Beklagte ohne Mitwirkung der Klägerin.

B. — Die vorgesehene Überbauung kam zustande. Bereits am 28. Dezember 1950 verkaufte die Beklagte drei von insgesamt sechs Häusern der Turintra A.-G., wobei sie sich auf Grund eines Werkvertrages zur Fertigstellung der damals erst begonnenen Bauten verpflichtete. Die mit der « Vereinbarung » vom 7. März 1950 übernommenen Obliegenheiten wurden von der Beklagten mit gewissen Änderungen der Turintra A.-G. auferlegt. Die Erstvermietung der Häuser erfolgte dann abmachungsgemäss durch die Klägerin, die von der Turintra A.-G. auch einen Verwaltungsauftrag erhielt. Gegenüber der Beklagten stellte sich jedoch die Klägerin auf den Standpunkt, der Hausverkauf an die Turintra A.-G. sei provisionspflichtig. Die Beklagte wandte ein, sie habe das Alleinverkaufsrecht und die Provisions-

garantie zugunsten der Klägerin der Turintra A.-G. überbunden. Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien führten nicht zum Ziel.

C. — Daraufhin belangte die Klägerin im Dezember 1951 die Beklagte auf Bezahlung der garantierten Provision von 1 % auf dem von der Turintra A.-G. erlegten Landpreis zuzüglich Baukostensumme, im Betrage von Fr. 18,400.— nebst 5 % Zins ab 18. Juli 1951. Die Beklagte widersetzte sich und machte in erster Linie die Formnichtigkeit der Provisionszusicherung geltend.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 3. April 1952 ab.

D. — Die Klägerin legte Berufung an das Bundesgericht ein. Sie beantragt Gutheissung der Klage. Die Beklagte schliesst auf Bestätigung des kantonalen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Nach Art. 216 OR bedürfen Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Dasselbe gilt gemäss Art. 657 ZGB allgemein für Verträge auf Eigentumsübertragung an Grundstücken. In der vorgeschriebenen Form haben die Parteien am 7. März 1950 einen Vertrag über Veräusserung und Erwerb der nachträglich überbauten Liegenschaften an der Culmannstrasse/Fliederstrasse in Zürich geschlossen. Streitig ist, ob das in der « Vereinbarung » vom 7. März 1950 gesondert festgelegte Provisionsversprechen, auf das sich die Klage stützt, nach Entstehung und Inhalt zum Kaufvertrag gehörte und deswegen mit diesem hätte öffentlich beurkundet werden müssen. Die Vorinstanz bejaht das.

2. — Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 OR). Damit ist der notwendige Vertragsinhalt umschrieben. Provisionsabreden im Hinblick auf einen Weiterver-

kauf der Sache zählen an sich nicht dazu. Hievon geht grundsätzlich auch die Vorinstanz aus. Sie spricht aber der « Vereinbarung » vom 7. März 1950 den selbständigen Charakter ab und sieht darin « eine Erschwerung der Vertragspflichten der Käuferin durch indirekte Erhöhung des Kaufpreises ». Träfe das zu, so wäre allerdings der Formzwang gegeben. Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich aber hier nicht um eine verbindliche Tatsachenfeststellung, sondern um die vom Bundesgericht frei überprüfbare Auslegung der Verträge und Parteiäusserungen.

a) Gewiss stehen Kaufvertrag und « Vereinbarung » vom 7. März 1950 in engem Zusammenhang. Was hiezu die Vorinstanz ausführt, ist richtig, rechtfertigt aber nicht die gezogene Folgerung, es müsse die Provisionsabrede « als ein Bestandteil des Kaufvertrages betrachtet werden, mit dem sie ein untrennbares Ganzes bildet ». Das Handelsgericht weist auf die eigenen Zugeständnisse der Klägerin hin, sie habe der Beklagten die beiden Grundstücke nur mit Rücksicht auf die ihr in der Zusatzvereinbarung zugesicherten Verdienstmöglichkeiten so billig verkauft, wie es geschehen sei; die Beklagte habe durch Zusicherung dieser Verdienstmöglichkeiten Bargeldaufwendungen beim Abschluss des Kaufvertrages ersparen wollen; die Zusicherung der Verkaufsprovision auch bei Direktverkauf zeige, dass die Beklagte der Klägerin unter allen Umständen neben dem Kaufpreis noch etwas habe zukommen lassen wollen. Allein diese Angaben beleuchten lediglich die Beweggründe zum Vertragsschluss. Sie beweisen nur, dass sich die Klägerin durch die erwähnten Zusicherungen bestimmen liess, zum Kaufvertrag, so wie er lautet, Hand zu bieten. Deswegen wird die Einigung über solche Zusicherungen noch nicht zur blossen Nebenabrede innerhalb des Kaufvertrages. Die Tatsache, dass der Abschluss eines formlosen Vertrages zur Bedingung für den Abschluss eines anderen formbedürftigen Vertrages gemacht wird, hindert nicht, dass jener für sich besteht, und erlaubt noch keines-

wegs die Annahme, er unterliege den für diesen massgeblichen Formerfordernissen.

b) Die von der Vorinstanz herangezogene, der in der Schweiz herrschenden Lehre folgende Rechtsprechung geht dahin, dass der Formzwang beim Grundstückskauf ausser den essentialia negotii auch « sämtliche im Einzelfall wesentlichen Vertragsbestimmungen » erfasse, wobei als wesentlich jene Vertragspunkte gelten, « die den Parteien gleich wichtig sind wie die essentialia, von denen also anzunehmen ist, ... dass eine Partei den Vertrag ohne Einigung darüber nicht abschliessen würde oder nicht abgeschlossen hätte » (BGE 68 II 233/4). Indessen bezieht sich diese Darlegung des Wesentlichen eben auf « Vertragspunkte », d.h. auf Bestimmungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht auf sonstige (obwohl für die Bildung des Abschlusswillens ausschlaggebende) Übereinkünfte. Das zitierte Präjudiz hat denn auch, mit der Zusicherung einer in gewisser Weise beschränkten Gesamtüberbauung des teilweise verkauften Landes, eine wirkliche « Nebenabrede » zum Gegenstand, welche die rechtliche Situation der Kaufsache beeinflusste und dergestalt unmittelbar den Geschäftsinhalt betraf.

Vorliegend aber stellt die « Vereinbarung » vom 7. März 1950 ein selbständiges, aus Mäklervertrag (lit. a und c) und Auftrag (lit. b) zusammengesetztes Abkommen dar. Dass es von der Verwirklichung der auf den Kaufgrundstücken vorgesehenen Überbauung abhängig gemacht war, ändert nichts daran. Die darin von der Beklagten versprochenen Leistungen bedeuten keine Erhöhung des Kaufpreises; sie sind nicht Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums, sondern Entgelt für die von der Klägerin zu erbringenden Dienste. Darum dürfte es, wie die Berufung zutreffend bemerkt, in der Tat niemandem einfallen, für die Berechnung der Handänderungs- und Grundstücksgewinnsteuer jene (künftigen und der Höhe nach gänzlich ungewissen) Leistungen der Beklagten einzubeziehen. Dass die Beklagte die Provisionen gemäss lit. a und c der « Ver-

einbarung» auch bei direkter Vermietung oder direktem Verkauf zu schulden erklärte, führt nicht zu abweichender Würdigung. Derartige Garantien sind in sogenannten « Alleinverkaufs-Verträgen » üblich und sollen den Mäkler davor schützen, dass er Mühe und Auslagen umsonst auf sich nehme.

c) Denkbar wäre freilich, dass die « Vereinbarung » vom 7. März 1950 nicht ernst gemeint war, sondern einzig zur Verschleierung einer Erhöhung des verurkundeten Kaufpreises diene. Aber es fehlt jeder Anhalt dafür, dass die Parteien diese Absicht hegten. Dann ist auch belanglos, dass anfänglich die Bestimmungen der « Vereinbarung » in den Kaufvertrag eingefügt waren und ungeklärt blieb, weshalb sie hinterher abgetrennt wurden. Zweifellos hätten die Parteien es beim ursprünglichen Entwurf belassen und dadurch die öffentliche Beurkundung auf die Provisionszusicherungen ausdehnen können. Jedoch stand ihnen angesichts der Verschiedenheit der Gegenstände frei, die Einhaltung der gesetzlichen Form auf das sachlich Notwendige zu beschränken. Es ist nicht so, dass eine irgendwie in Aussicht genommene (Neben-) Abrede bei der öffentlichen Beurkundung einfach übergangen worden wäre, was als Indiz für den Willen, sie vom Vertragsinhalt schliesslich doch auszunehmen, gedeutet werden könnte. Vielmehr haben die Parteien die Regelung der Mäkler- und Auftragstätigkeit der Klägerin bewusst ausgeschieden, um sie « in Ergänzung zu dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag » am nämlichen Tage in der « Vereinbarung » niederzulegen, und damit dargetan, dass sie diese als eigenen, daher formlos gültigen und bindenden Vertrag verstanden.

3. — Ist nach dem Gesagten die « Vereinbarung » vom 7. März 1950 wirksam, so entfällt die Frage, ob die Geltendmachung des angeblichen Formmangels durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich sei. Dagegen wird nun zu den übrigen, bisher nicht erörterten Einreden der Beklagten im Tatsächlichen und Rechtlichen Stellung zu nehmen sein. Damit die Vorinstanz das nachhole, ist der Prozess an sie zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

In Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1952 i. S. Modern A.-G. gegen Meyer.

Dienstvertrag.

Entlassung aus wichtigen Gründen. Rechtsnatur des Anspruchs des zu Unrecht Entlassenen.

Contrat de travail.

Résiliation pour de justes motifs. Nature juridique de la prétention de celui qui a été congédié sans droit.

Contratto di lavoro.

Resiliazione per cause gravi. Natura giuridica della pretesa di chi è stato licenziato a torto.

6. — ... a) Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts hatte der ohne wichtige Grund entlassene Dienstpflichtige keinen Erfüllungsanspruch, sondern vielmehr bloss einen Schadenersatzanspruch in der Höhe des Erfüllungsinteresses. Denn — so wurde gesagt — durch sein Vorgehen habe der Dienstherr das Dienstverhältnis tatsächlich aufgehoben, ohne dass die Möglichkeit bestünde, es wieder aufleben zu lassen. Bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs des Entlassenen sei nach den Grundsätzen über die Folgen der Nichterfüllung (Art. 97 ff. OR) auch ein allfälliges Mitverschulden des Dienstpflichtigen (Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 43/44 OR) zu berücksichtigen, und ferner habe sich dieser in analoger Anwendung von Art. 332 OR den anderweitig erworbenen oder versäumten Verdienst anrechnen zu lassen (BGE 49 II 349).

In der Folge gab das Bundesgericht jedoch diese Betrachtungsweise auf und nahm gestützt auf die Entste-