Urteilskopf

90 II 92

13. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Mai 1964 i.S. Diethelm gegen Schaeppi & Söhne.
Regeste (de):
Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR).

1. Der Mäkler, der zum Abschluss des Vertrags mit dem Dritten nur durch den Nachweis der Gelegenheit hiezu beigetragen hat, kann den Mäklerlohn nur beanspruchen, wenn er beweist, dass seine Aufgabe sich auf diesen Nachweis beschränkte. (Erw. 2, 3).

2. Umkehr der Beweislast wegen Bestehens einer Übung, wonach sich der Mäkler im Liegenschaftenhandel mangels anderer Abrede nur um den Nachweis einer Gelegenheit zu bemühen hat? Voraussetzungen, unter denen eine solche Übung beachtlich wäre. (Erw. 4).

3. Inhalt der Abmachungen der Parteien. Notwendigkeit einer Einigung darüber, welche Tätigkeit (Nachweis einer Gelegenheitoder Vermittlung des Vertragsabschlusses) der Mäkler entfalten muss, um den Lohn zu verdienen. Äusserung des Willens durch schlüssiges Verhalten. Möglichkeit, nach Leistung des Nachweises einer Gelegenheit zu vereinbaren, dass der versprochene Lohn, falls der Vertrag mit dem Dritten zustande kommt, als Entgelt für diesen Nachweis zu zahlen sei. (Erw. 5-8).

4. Herabsetzung des Mäklerlohns nach Art. 417 OR? (Erw.11).

Regeste (fr):
Courtage (Art. 412 sv. CO).

1. S'il n'a contribué à la conclusion du contrat avec le tiers qu'en indiquant l'occasion de conclure, le courtier n'a droit à un salaire que s'il prouve que son mandat se limitait à cette indication (consid. 2 et 3).

2. Le fardeau de la preuve est-il modifié s'il existe un usage dans le commerce d'immeubles selon lequel le courtier, faute d'une convention contraire, n'a qu'à indiquer l'occasion de conclure? Conditions dans lesquelles un tel usage pourrait prévaloir (consid. 4).

3. Contenu de la convention qui lie les parties. Nécessité d'un accord sur l'activité que le courtier doit déployer pour mériter son salaire (indiquer une occasion de conclure ou servir d'intermédiaire dans la conclusion du contrat). Expression de la volonté par une attitude concluante. Possibilité de convenir, après l'indication de l'occasion de conclure, que le salaire promis récompensera cette indication si le contrat avec le tiers vient à chef (consid. 5 à 8).

4. Réduction du salaire du courtier selon l'art. 417 CO? (consid.11).

Regesto (it):
Contratto di mediazione (art. 412 sgg. CO).

1. Il mediatore che ha contribuito alla conclusione del contratto con il terzo, soltanto indicando l'occasione di conchiudere, può pretendere una mercede solo se prova che il suo mandato si limitava a questa indicazione (consid. 2 e 3).

2. L'onere della prova è modificato da un uso del commercio immobiliare secondo cui il mediatore, in mancanza di patto contrario, ha solo da indicare l'occasione di conchiudere? Condizioni alle quali siffatto uso potrebbe

prevalere (consid. 4).

3. Contenuto dei patti conclusi fra le parti. Necessità di un accordo sull'attività che il mediatore deve esplicare per meritare la mercede (indicazione di una occasione per conchiudere o prestazione quale intermediario nella conclusione di un contratto). Espressione della volontà mediante comportamento concludente. Possibilità di convenire, successivamente all'indicazione dell'occasione di conchiudere, che la mercede promessa ricompenserà questa indicazione qualora il contratto con il terzo sarà perfezionato (consid. 5 a 8).

4. Riduzione della mercede secondo l'art. 417 CO? (consid.11).

Sachverhalt ab Seite 93

BGE 90 II 92 S. 93

A.- Diethelm meldete sich im Jahre 1958 bei der Firma Schaeppi Grundstücke (heute: Schaeppi & Söhne) in Zürich als Interessent für den Kauf einer Liegenschaft am Zürichsee, vorzugsweise am rechten Ufer. In der Folge zeigte ihm diese Firma verschiedene Liegenschaften, die

BGE 90 II 92 S. 94

ihm nicht passten. Am 15. Juni 1961 teilte ihr Prokurist Bergsma ihm auf der Rückfahrt von einer Besichtigung in Horgen mit, in Küsnacht sei eine sehr schöne Liegenschaft zu verkaufen, doch habe in diesem Falle der Käufer die Provision von 3% zu zahlen. Diethelm erklärte sich damit einverstanden. Hierauf fuhr Bergsma mit ihm nach Küsnacht. Dort zeigte er ihm die Liegenschaft und stellte ihn dem Eigentümer Dr. Brunner vor, mit dem die beiden sich eine Viertelstunde unterhielten. Von Diethelm am 22. Juni 1961 telephonisch ersucht, die Kaufsverhandlungen mit Dr. Brunner zu führen, antwortete Bergsma, er könne dies nicht tun, weil Dr. Brunner mit dem Käufer persönlich zu verhandeln wünsche. Diethelm wandte sich hierauf an Dr. Brunner und konnte durch längere Verhandlungen erreichen, dass dieser ihm am 22. Dezember 1961 ein Baugrundstück von 2921 m2 zum Preise von Fr. 1'022,350. - (Fr. 350.– pro m2) verkaufte.

B.- Die Klage, mit welcher die Firma Schaeppi & Söhne von Diethelm einen Mäklerlohn von 3% der Kaufsumme oder Fr. 30'670.50 nebst 5% Zins seit 12. März 1962 forderte, wurde vom Bezirksgericht Zürich für den Betrag von Fr. 20'447.– nebst Zins geschützt. Das Obergericht des Kantons Zürich, an das beide Parteien appellierten, hat sie mit Urteil vom 22. November 1963 im vollen Betrage gutgeheissen.

C.- Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen, eventuell den Mäklerlohn nach Art. 417 OR herabzusetzen. Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler nach Art. 412 Abs. 1 OR den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln. Der Mäklerlohn ist nach Art. 413 Abs. 1 OR verdient, sobald

BGE 90 II 92 S. 95

der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist. Im vorliegenden Falle ist nicht streitig, dass die Klägerin dem Beklagten auf Grund eines Provisionsversprechens die Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine seinen Wünschen entsprechende Liegenschaft nachgewiesen hat und dass der Vertrag zwischen dem Beklagten und Dr. Brunner infolge dieses Nachweises (und der darauf folgenden Verhandlungen) zustande gekommen ist. Anderseits steht fest, dass die Klägerin auf den Entschluss Dr. Brunners, die Liegenschaft dem Beklagten zu verkaufen, nicht eingewirkt, sondern die Führung der Verhandlungen mit Dr. Brunner ganz dem Beklagten überlassen und somit den Vertragsabschluss im Sinne von Art. 412/413 OR nicht vermittelt hat. Der Prozessausgang hängt also davon ab, ob der Nachweis der Kaufgelegenheit zusammen mit dem darauf zurückzuführenden Vertragsabschluss genügt, um den Anspruch der Klägerin auf einen Mäklerlohn zu begründen, oder ob hiefür ausserdem erforderlich gewesen wäre, dass die Klägerin den Abschluss des Kaufvertrages im angegebenen Sinne vermittelt hätte.

2. Für sich allein genommen, könnte Art. 413 Abs. 1 OR nach seinem Wortlaut bedeuten, mangels einer abweichenden Vereinbarung der Parteien, wie sie nach Art. 19 OR vorbehalten bleibt, sei der Mäklerlohn beim Zustandekommen des Vertrags infolge der Tätigkeit des Mäklers stets verdient, gleichgültig, ob dieser nur die Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachgewiesen oder ihn vermittelt habe. Wäre die erwähnte Bestimmung in diesem Sinne auszulegen, so hätte der Auftraggeber, der geltend machen will, er schulde den Lohn nur bei Vermittlung des Vertragsabschlusses, eine dahingehende Vereinbarung nachzuweisen. Im Falle des Misslingens dieses Beweises hätte er den Lohn auch dann zu zahlen, wenn der Mäkler nur durch den Nachweis der Gelegenheit dazu beitrug, dass der Vertrag zustande kam. Diese Auffassung vertreten der Sache nach BECKER (N. 5 zu Art. 412 OR) und GAUTSCHI

BGE 90 II 92 S. 96

(N. 3 c der Vorbem. zu Art. 412 ff. OR, S. 95/96, und N. 1a zu Art. 412 OR, S. 101/102; vgl. auch N. 15 b S. 142/143). Art. 413 OR ist jedoch im Zusammenhang mit Art. 412 OR zu lesen. Diese Bestimmung, die den Begriff des Mäklervertrags umschreibt, unterscheidet wie § 652 des deutschen BGB, dem der schweizerische Gesetzgeber bei Erlass von Art. 412 ff. OR im wesentlichen gefolgt ist (BBl 1909 III 753), zwei Grundformen der Mäklerei: die Nachweis- und die Vermittlungsmäklerei. Auf diese beiden Vertragsarten nimmt Art. 413 OR Bezug, indem er bestimmt, der Mäklerlohn sei verdient, sobald der Vertrag "infolge des Nachweises oder der Vermittlung" des Mäklers zustande gekommen ist. Je nachdem, ob Nachweis- oder Vermittlungsmäklerei vereinbart wurde, muss folglich der Vertragsabschluss dem Nachweis oder der Vermittlung des Mäklers zu verdanken sein, wenn dieser Anspruch auf den Lohn haben soll. Entsprechendes gilt, wenn dem Mäkler eine zwischen dem blossen Nachweis und der Vermittlung liegende Tätigkeit (z.B. das Zuführen eines Interessenten) aufgetragen wurde. Der Mäklerlohn wird also nur geschuldet, wenn das Zustandekommen des Vertrags darauf zurückzuführen ist, dass der Mäkler eine Tätigkeit von der Art, wie sie vereinbart wurde, entfaltet hat (in diesem Sinne REICHEL, Die Mäklerprovision, München 1913, S. 122/123; OSER/SCHÖNENBERGER

N. 21 zu Art. 413 in Verbindung mit N. 13-18 zu Art. 412 OR; STAUDINGER, 11. Aufl. 1958, N. 1 und 35 Abs. 1 zu § 652 BGB; RGR-KOMMENTAR, 11. Aufl. 1959, N. 5 zu § 652 und N. 1 S. 668 zu § 653 BGB). Eine gesetzliche Auslegungsregel, wonach mangels einer abweichenden Vereinbarung blosse Nachweis- oder Zuführungsmäklerei als abgemacht zu gelten hätte, besteht nicht. Will der Mäkler den Lohn fordern, obwohl er den Vertragsabschluss nicht vermittelt, sondern nur die Gelegenheit dazu nachgewiesen oder seinem Auftraggeber den Vertragspartner zugeführt hat, so obliegt ihm folglich

BGE 90 II 92 S. 97

nach Art. 8 ZGB der Beweis, dass sich seine Aufgabe auf den Nachweis oder das Zuführen beschränkte, m.a.W. dass ihm der Lohn für diese Art der Mäklertätigkeit versprochen war. Diese Verteilung der Beweislast entspricht nicht nur der aus Art. 412 und 413 OR sich ergebenden Regelung der Voraussetzungen des Anspruchs auf den Mäklerlohn, sondern wird auch dadurch gerechtfertigt, dass der Mäkler in der Regel ein Berufsmann ist, der wenigstens in den Grundlinien auch die rechtliche Seite seiner Tätigkeit kennen soll, so dass eher ihm als dem Auftraggeber zuzumuten ist, die Frage der Art seiner Aufgabe zur Sprache zu bringen und sich (z.B. durch ein Bestätigungsschreiben) den Beweis der getroffenen Abmachungen zu sichern.

3. Zu Unrecht glaubt GAUTSCHI (N. 3 c der Vorbem. zu Art. 412 ff. OR), seine abweichende Ansicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts stützen zu können. In BGE 84 II 521 ff. hat das Bundesgericht zwar u.a. erklärt, der Lohnanspruch des Mäklers unterliege einer einzigen Bedingung: dass das Geschäft dank der Tätigkeit des Mäklers abgeschlossen wird; der Auftraggeber schulde den vereinbarten Lohn grundsätzlich infolge der Tatsache, dass er aus dem Ergebnis der Tätigkeit des Mäklers Nutzen zieht (S. 525); der Mäkler verpflichte sich nicht zu bestimmten, im voraus festgelegten Handlungen, sondern zur Ausübung einer Tätigkeit, die auf ein bestimmtes Ziel, nämlich darauf gerichtet ist, dem Auftraggeber einen Interessenten anzugeben oder die Verhandlungen als Vermittler zu führen; es stehe dem Mäkler frei, seine Tätigkeit nach seinem Gutfinden einzurichten und die ihm geeignet scheinenden Mittel zu verwenden (S. 527). In jenem Falle war aber nicht zu entscheiden, ob die Tätigkeit, die der Mäkler entfaltet hatte, ihrer Art nach geeignet sei, den Lohnanspruch zu begründen. Vielmehr war unbestritten, dass der Mäklerlohn grundsätzlich schon dann geschuldet war, wenn der Vertragsabschluss mit dem Angebot, das der Mäkler dem Käufer gemacht hatte,

BGE 90 II 92 S. 98

zusammenhing. Streitig war ausser diesem Zusammenhang nur, welche Folgen die Tatsache habe, dass der Mäkler dem Auftraggeber von diesem (ihm gegenüber abgelehnten) Angebot keine Kenntnis gegeben hatte. Die wiedergegebenen Erwägungen dienten lediglich dazu, die Auffassung zu widerlegen, dass der Lohnanspruch des Mäklers von der Genehmigung seiner Handlungen durch den Auftraggeber abhänge und dass der Mäkler diesen in jedem Falle über alle von ihm unternommenen Schritte zu unterrichten habe. Der Nachweis eines Interessenten und die Führung der Verhandlungen wurden in diesen Erwägungen nicht gleichgestellt, sondern als zwei verschiedene Aufgaben erwähnt. Aus dem angeführten Entscheide lässt sich daher nicht ableiten, nach der Auffassung des Bundesgerichts sei der Mäklerlohn mangels einer abweichenden Vereinbarung ohne Rücksicht auf die Art der Tätigkeit des Mäklers immer dann geschuldet, wenn zwischen dieser Tätigkeit und dem Vertragsabschluss mit dem Dritten ein (psychologischer) Kausalzusammenhang besteht. Ebensowenig erlauben die andern von GAUTSCHI (a.a.O.) angerufenen Bundesgerichtsurteile (BGE 36 II 15/16,BGE 46 II 394ff.,BGE 57 II 194,BGE 62 II 343f.,BGE 69 II 106ff.,BGE 72 II 89und 422,BGE 76 II 149und 382, BGE 87 II 141) einen solchen Schluss. AusBGE 40 II 527Erw. 4 ff.,BGE 69 II 107undBGE 72 II 89ergibt

sich im Gegenteil, dass das Bundesgericht schon bisher von der Annahme ausgegangen ist, der Anspruch auf den Mäklerlohn hänge davon ab, dass der Vertrag mit dem Dritten infolge einer Tätigkeit des Mäklers von der Art, wie sie vereinbart worden war, zustande gekommen ist. a) Im FalleBGE 40 II 527ff. war streitig, welche Tätigkeit der Kläger als Mäkler entfaltet haben müsse, um den vereinbarten Lohn beanspruchen zu können. Die Vorinstanz hatte angenommen, der Kläger habe mit der Zuführung eines Käufers (und gewissen Vorbereitungshandlungen zum Kaufabschluss) seinen vertraglichen Obliegenheiten genügt, weil die Beklagte eine Verpflichtung des Käufers zur Bewirkung des Vertragsabschlusses nicht

bewiesen habe. Das Bundesgericht erklärte, dieser Standpunkt beruhe auf einer unrichtigen Verteilung der Beweislast; nicht die Beklagte als Auftraggeberin, sondern der Kläger als Beauftragter sei beweispflichtig; er müsse dartun, dass er auftragsgemäss gehandelt habe und daher forderungsberechtigt sei, dass also ein Auftrag des Inhalts vorgelegen habe und ausgeführt worden sei, wie er die Grundlage des eingeklagten Provisionsanspruchs bildet (S. 528). Es kam zum Schlusse, die Klage wäre gutzuheissen, wenn sich die vertraglichen Pflichten des Klägers auf den Nachweis eines Käufers beschränkt hätten; dass es sich so verhalten habe, sei freilich nicht erstellt; eine nähere Prüfung dieses Punktes erübrige sich indessen, weil aus den Akten hervorgehe, dass die Tätigkeit des Klägers diejenige eines blossen Nachweismäklers übersteige und als solche eines Vermittlungsmäklers angesehen werden müsse, so dass der Kläger auch von diesem Gesichtspunkt aus provisionsberechtigt sei (S. 529 f.). In diesen Erwägungen kommt klar zum Ausdruck, dass der Mäkler den Lohn beanspruchen kann, wenn er in der vereinbarten Weise zum Zustandekommen des Vertrags beigetragen hat, und dass ihm der Beweis hiefür obliegt. Dass der Entscheid auf Grund von Art. 405 aoR ergangen ist, schmälert seine präjudizielle Bedeutung nicht; denn die im Bundesgesetz vom 30. März 1911 getroffene, dem BGB entnommene Regelung des Mäklervertrags (Art. 412 ff. OR) brachte im entscheidenden Punkte der Sache nach nichts Neues, sondern hielt nur die Unterscheidung der verschiedenen Arten der Mäklertätigkeit fest, die sich schon bei der Anwendung von Art. 405 aoR durchgesetzt hatte (vgl. neben dem erwähnten Entscheide HAFNER, Das schweiz. OR, 2. Aufl. 1905, N. 2 zu Art. 392). b) InBGE 69 II 107untersuchte das Bundesgericht in erster Linie, welches der Inhalt des streitigen Mäklervertrags sei. Es erachtete als verbindlich festgestellt, dass der Mäklerlohn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien "schon dann verdient sein solle, wenn der Mäkler

der Beklagten einen Interessenten auch nur ‚zuführe' und sie mit diesem dann zum Abschluss komme", billigte den von der Vorinstanz hieraus gezogenen Schluss, dass es sich beim streitigen Vertrag nicht um Vermittlungsmäklerei handle, stimmte der Vorinstanz auch darin zu, dass der Mäkler der Beklagten ihren Vertragspartner zugeführt habe, und bestätigte deshalb das angefochtene Urteil. Hätte es angenommen, auf die Art der Tätigkeit des Mäklers komme grundsätzlich nichts an, sondern wesentlich sei nur, dass sie Erfolg habe, so hätte es keine Erwägungen darüber anzustellen brauchen, dass entsprechend der Behauptung des Klägers nicht Vermittlungs-, sondern Zuführungsmäklerei vereinbart worden war und dass der Mäkler die hieraus sich ergebenden Pflichten erfüllte. c) InBGE 72 II 89entschied das Bundesgericht, die Klage wäre selbst beim Vorliegen eines Mäklervertrags abzuweisen, weil zwischen der Tätigkeit des Klägers und dem Zustandekommen des Kaufvertrags kein Kausalzusammenhang bestehe. Zur Begründung führte es u.a. aus, wenn man im Interesse des Klägers annehme, seine einzige Aufgabe habe darin bestanden, dem Auftraggeber einen Interessenten zu nennen, so habe er zu beweisen, dass er als erster den spätern Käufer als Interessenten bezeichnete und dass diese Angabe zum

Zustandekommen des Vertrags beitrug. Diese Erwägung bestätigt, dass das Bundesgericht das Zustandekommen des Vertrags infolge des vom Mäkler geleisteten Nachweises für die Begründung des Anspruchs auf den Mäklerlohn schon bisher nur genügen liess, wenn sich die Obliegenheiten des Mäklers auf diesen Nachweis beschränkten.

4. Im Anschluss an die zutreffende Erwägung, dass die Umschreibung der Aufgabe des Mäklers Sache der Parteivereinbarung sei, führt die Vorinstanz aus, beim Fehlen einer Abmachung über diesen Punkt sei "im Liegenschaftenhandel im Zweifel schon die Nennung eines ernsthaften Käufers bezw. die Zuführung eines solchen

BGE 90 II 92 S. 101

zur Vertragserfüllung ausreichend, vorausgesetzt dass... der Kaufsabschluss erzielt wird (BECKER Art. 412 N. 9, ZR 41 Nr. 34)." Da sich dieser Grundsatz nicht aus dem Gesetz ableiten lässt (vgl. Erw. 2 hievor), kann sich höchstens fragen, ob eine Übung des Inhalts bestehe, dass sich der Mäkler im Liegenschaftenhandel mangels anderer Abrede nur um Nachweis einer Gelegenheit zu bemühen habe. Das angefochtene Urteil stellt jedoch das Vorhandensein einer solchen Übung nicht klar fest. Auf jeden Fall kann in der wiedergegebenen Erwägung der Vorinstanz, die auf eine Stelle eines im Jahre 1934 erschienen Kommentars und auf ein zürcherisches Urteil aus dem Jahre 1939 abstellt, nicht die klare Feststellung des heutigen Bestandes einer Übung, wie sie in Frage steht, erblickt werden. Zudem könnte eine solche Verkehrssitte, da das Gesetz in diesem Punkte nicht auf eine Übung oder einen Ortsgebrauch verweist (Art. 5 Abs. 2 ZGB), im vorliegenden Falle nur zur Geltung kommen, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend (durch schlüssiges Verhalten) zum Bestandteil des Vertrags gemacht worden wäre oder als Hilfsmittel für die Auslegung der Parteierklärungen nach dem Vertrauensprinzip in Betracht käme (vgl. BGE 86 II 257 mit Hinweisen; LIVER N. 78/79 zu Art. 5 ZGB; MERZ N. 140 ff. zu Art. 2 ZGB). Dies hätte u.a. zur Voraussetzung, dass der Beklagte sie kannte (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 18 zu Art. 412 OR, wonach die Art der Obliegenheiten des Mäklers "von einer bekannten Übung" abhängen kann) oder dass er doch mindestens mit ihrem Bestehen rechnen musste (vgl. MERZ a.a.O. N. 142/143). Dass diese Voraussetzung erfüllt sei, ist nicht dargetan. Demnach kann nicht angenommen werden, mit Rücksicht auf eine für die Parteien massgebende Übung, wonach der Mäkler mangels anderer Abrede nur Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen hätte, obliege dem Beklagten der Beweis, dass er sich die Vermittlung des Vertragsabschlusses ausbedungen habe. Vielmehr

BGE 90 II 92 S. 102

bleibt es bei dem aus der gesetzlichen Regelung sich ergebenden Schluss, dass es Sache der Klägerin ist, darzutun, dass ihre Aufgabe sich auf den Nachweis beschränkte, den sie geleistet hat.

5. Als der Beklagte der Klägerin am 15. Juni 1961 für den Fall, dass der Kauf der Liegenschaft in Küsnacht zustande kommen sollte, eine Provision von 3% versprach, wurde nach dem angefochtenen Urteil die Frage, ob die Klägerin nur Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder dessen Abschluss zu vermitteln habe, "unter den Parteien gar nicht ventiliert", sondern blieb offen. Diese Feststellung betrifft tatsächliche Verhältnisse und ist daher für das Bundesgericht verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG). Es ist also nicht bewiesen, dass der Beklagte die Klägerin am 15. Juni 1961 ausdrücklich nur mit dem Nachweis einer Kaufgelegenheit beauftragt habe. Anderseits ist aber auch nicht dargetan, dass der Beklagte damals ausdrücklich die Vermittlung des Vertragsabschlusses verlangt habe. Die Vorinstanz stellt im Gegenteil fest, der Beklagte gebe heute zu, ein solches Begehren nicht gestellt zu haben, jedenfalls nicht am 15. Juni 1961. Es kann keine Rede davon sein,

dass diese letzte Feststellung im Sinne von Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG (vgl. hiezu BGE 87 II 232 /33 mit Hinweisen) offensichtlich auf Versehen beruhe, wie in der Berufungsschrift behauptet wird. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz die vom Beklagten angerufene Aussage übersehen habe, wonach er der Zahlung der Provision "in der Annahme" zustimmte, Bergsma werde die Verhandlungen führen, und wonach er dies Bergsma "schon im Jahre 1958 gesagt" hatte. Ebensowenig hat die Vorinstanz den Wortlaut der von ihr als Beleg angeführten Protokollstelle verkannt, laut welcher der Beklagte erklärt hatte, er habe im Jahre 1961 nicht wiederholt, dass er auf die Vermittlung der Klägerin Wert lege. Vielmehr steht die Feststellung, dass der Beklagte zugegebenermassen jedenfalls am 15. Juni 1961 eine

Vermittlung nicht verlangt habe, mit diesen Aussagen im Einklang. - Was der Beklagte gegen diese und andere tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz sonst noch vorbringt, erschöpft sich in einer Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz, welche das Bundesgericht nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG nicht zu überprüfen hat.

6. Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Frage, ob die Klägerin nur Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachweisen oder dessen Abschluss vermitteln sollte, habe als Nebenpunkt offenbleiben können. Das ist unrichtig. Welche Tätigkeit der Mäkler zu entfalten hat, um den versprochenen Lohn zu verdienen, ist ein wesentlicher Punkt. Der Mäklervertrag ist daher gemäss Art. 2 OR nur verbindlich, wenn die Parteien über diesen Punkt einig wurden. Aus der festgestellten Tatsache, dass die Parteien diese Frage am 15. Juni 1961 nicht erörterten, folgt nicht ohne weiteres, dass eine Einigung darüber fehle. Vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des frühern und des spätern Verhaltens der Parteien, zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Sinn eine solche Einigung zustande gekommen sei.

7. Der Beklagte macht geltend, er habe mit der Klägerin schon im Jahre 1958 einen Mäklervertrag abgeschlossen oder ihr wenigstens einen Auftrag erteilt und sich dabei ausbedungen, dass die Klägerin die Verhandlungen mit einem allfälligen Verkäufer zu führen habe; bei dieser Abmachung sei es auch im Jahre 1961 geblieben; neu sei am 15. Juni 1961 nur vereinbart worden, dass nicht der Verkäufer, sondern der Beklagte die Provision zu zahlen habe. Mit dieser in der Berufungsschrift ausführlich begründeten Behauptung kann der Beklagte jedoch schon deshalb nicht durchdringen, weil nicht festgestellt ist, dass im Jahre 1958 abgemacht worden sei, die Klägerin habe den Vertragsabschluss in der angegebenen Weise zu vermitteln, und nicht geltend gemacht wird, die Vorinstanz habe einen ordnungsgemäss angebotenen Beweis

für eine solche Abmachung in Verletzung von Art. 8 ZGB nicht abgenommen. Im übrigen ist der Vorinstanz darin beizustimmen, dass vor dem 15. Juni 1961 zwischen den Parteien überhaupt noch kein Vertragsverhältnis bestand. Der Beklagte war damals für die Klägerin ein blosser Interessent, dem sie Liegenschaften zeigte, für die sie als Mäklerin der Eigentümer einen Käufer suchte. Die Besprechungen der Parteien vor dem 15. Juni 1961 lassen deshalb keinen Schluss darauf zu, in welchem Sinne der Beklagte der Klägerin an diesem Tage eine Provision versprach.

8. Der angefochtene Entscheid stellt fest, aus der Darstellung des Beklagten ergebe sich, dass er Bergsma am 22. Juni 1961 beauftragen wollte, die Vertragsverhandlungen mit Dr. Brunner zu führen, dass aber Bergsma antwortete, das könne er nicht, weil Dr. Brunner vorziehe, persönlich und direkt mit Kaufsinteressenten zu

verhandeln. Auf diesen Bescheid hin habe der Beklagte nicht etwa einen Vorbehalt hinsichtlich seines Provisionsversprechens gemacht. Übrigens habe er der Klägerin auch in der Folge am Telephon bestätigt, sie brauche wegen der Provision "keine Angst zu haben". Die Vorinstanz beruft sich auf diese Tatsachen, um darzutun, dass auch nach dem 15. Juni 1961 nicht vereinbart worden sei, die Klägerin habe den Vertragsabschluss zu vermitteln. Die erwähnten Tatsachen erlauben aber darüber hinaus den positiven Schluss, dass zwischen den Parteien ein Vertrag zustande kam, wonach die Provision von 3% bei Zustandekommen des Kaufvertrags schon für den blossen Nachweis der Gelegenheit zu zahlen war. a) Hätte die Vorinstanz nicht zu Unrecht angenommen, im vorliegenden Falle sei blosse Nachweismäklerei zu vermuten und der Beklagte habe deshalb zu beweisen, dass Vermittlungsmäklerei vereinbart worden sei, sondern hätte sie sich davon Rechenschaft gegeben, dass die Klägerin die Beschränkung ihrer Aufgabe auf den blossen

Nachweis einer Gelegenheit darzutun hat, so hätte sie aus dem Verlauf der Besprechung vom 22. Juni 1961 und aus der Erklärung, die der Beklagte in einem spätern Zeitpunkt am Telephon abgab, möglicherweise gefolgert, der Beklagte sei, obwohl die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs am 15. Juni 1961 nicht besprochen wurden, mit der Klägerin von Anfang an darüber einig gewesen, dass die versprochene Provision, das Zustandekommen des Kaufvertrags vorausgesetzt, schon auf Grund des blossen Nachweises der Kaufgelegenheit geschuldet werde, m.a.W. das Provisionsversprechen vom 15. Juni 1961 sei schon bei seiner Abgabe von beiden Parteien übereinstimmend so aufgefasst worden. Den von der Vorinstanz festgestellten Tatbestand in diesem Sinne zu ergänzen, steht indes dem Bundesgericht nicht zu, weil es sich hier nicht bloss um einen nebensächlichen Punkt im Sinne von Art. 64 Abs. 2 OG handelt. Es ist aber auch nicht nötig, die Sache zur Prüfung der Frage einer Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen an die Vorinstanz zurückzuweisen; denn der Beklagte ist auch dann vertraglich verpflichtet, die vereinbarte Provision für den blossen Nachweis der Kaufgelegenheit zu zahlen, wenn ein übereinstimmender wirklicher Wille dieses Inhalts nicht als erwiesen betrachtet, sondern angenommen wird, die Parteien hätten sich über die Voraussetzungen der Provisionspflicht zunächst keine oder nicht die gleichen Gedanken gemacht. (Dass die Klägerin, die wusste, dass Dr. Brunner eine Vermittlung ablehnte, wie der Beklagte der Meinung gewesen sei, die versprochene Provision sei nur im Falle der Vermittlung zu zahlen, behauptet der Beklagte selber nicht.) b) Es steht fest, dass die Klägerin dem Beklagten die Liegenschaft, die er in der Folge erwarb, am 15. Juni 1961 auf Grund seines damaligen Provisionsversprechens zeigte. Als dann die Klägerin am 22. Juni 1961 die vom Beklagten an diesem Tage verlangte Vermittlung des Vertragsabschlusses als nicht durchführbar bezeichnete, weil

Dr. Brunner selber verhandeln wollte, hatte der Beklagte allen Anlass, seine Pflicht zur Zahlung der eine Woche zuvor versprochenen Provision zu bestreiten, wenn er sie nur im Falle der erfolgreichen Vermittlung zahlen wollte. Treu und Glauben verpflichteten ihn in diesem Falle zum Reden. Er hat es jedoch festgestelltermassen unterlassen, auf den Bescheid der Klägerin hin mit Bezug auf sein Provisionsversprechen auch nur einen Vorbehalt anzubringen. Aus diesem seinem Verhalten durfte die Klägerin nach dem Vertrauensprinzip schliessen, er lasse sein Versprechen auch für den Fall gelten, dass die Klägerin ausser dem bereits erfolgten Nachweis der Gelegenheit nichts weiter zum Zustandekommen des Kaufvertrags beitragen sollte. c) Diesen Schluss durfte die Klägerin erst recht aus der spätern Erklärung des Beklagten ziehen, sie brauche wegen der Provision keine Angst zu haben. Anlass zu dieser Erklärung gab eine Anfrage der Klägerin nach dem Stande der Verhandlungen mit Dr. Brunner. Der Beklagte konnte und musste dieser (nach seinen Aussagen am 22. September 1961

erfolgten) Anfrage entnehmen, dass die Klägerin beim Zustandekommen des Geschäfts mit Dr. Brunner die versprochene Provision zu fordern gedachte. Er hatte damals die Verhandlungen mit Dr. Brunner bereits aufgenommen, und es stand für ihn endgültig fest, dass die Leistungen der Klägerin sich auf den Nachweis der Gelegenheit beschränkten. Unter diesen Umständen konnte die wiedergegebene Erklärung nur dahin verstanden werden, dass er, wenn der Vertrag zustande komme, die Provision als Entgelt für Nachweis zahle. Wenn die Parteien das Provisionsversprechen vom 15. Juni 1961 nicht schon von Anfang an in diesem Sinne auffassten, muss also auf jeden Fall ihr späteres Verhalten nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden, dass sie hierüber einig wurden. d) Der Beklagte wendet ein, nach dem 15. Juni 1961 sei der Abschluss eines Nachweismäklereivertrags begrifflich nicht mehr möglich gewesen, weil ihm die Kaufgelegenheit

seit jenem Tage bekannt gewesen sei, so dass die Klägerin nicht mehr in der Lage gewesen sei, die für die Nachweismäklerei wesentliche Leistung zu erbringen, d.h. ihn auf eine ihm nicht bekannte Kaufgelegenheit hinzuweisen. Dieser Einwand kann ihm nicht helfen. Den Parteien stand es frei, auch erst nach erfolgtem Nachweis der Gelegenheit zu vereinbaren, dass die versprochene Provision, falls der Kauf zustande komme, als Entgelt für diesen Nachweis zu zahlen sei. Es kann keine Rede davon sein, dass eine solche Vereinbarung einen unmöglichen Inhalt habe. 9./10. - (Einreden des Irrtums und der Täuschung) 11. - Nach Art. 417 OR kann der Richter, wenn für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse oder für die Vermittlung eines Dienstvertrages oder eines Grundstückkaufes ein unverhältnismässig hoher Mäklerlohn vereinbart wurde, ihn auf Antrag des Schuldners auf einen angemessenen Betrag herabsetzen. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind bei der Liegenschaftenmäklerei Provisionen von 1-2%, ausnahmsweise 3% für überbaute und 3-5% für unüberbaute Grundstücke üblich. Das Wort "ausnahmsweise" bezieht sich dabei entgegen der Auffassung des Beklagten nur auf die überbauten Grundstücke. Der von den Parteien vereinbarte Satz von 3% für Bauland überschreitet also das übliche Mass nicht. Wie die Vorinstanz weiter feststellt, ist es dem Beklagten dank der Tätigkeit der Klägerin gelungen, "eine einmalige Gelegenheit wahrzunehmen und ein seinen höchst persönlichen Wünschen offenbar bestens entsprechendes Liebhaberojekt zu erwerben"; ohne die Mitwirkung der Klägerin hätte er die Liegenschaft "nicht erhalten"; die Klägerin war "nur dank ihrer Organisation und ihren geschäftlichen Beziehungen in der Lage, ihm zu dienen." Unter diesen Umständen lässt sich der vereinbarte Mäklerlohn nicht als übermässig hoch bezeichnen. Dass die Tätigkeit, welche die Klägerin nach Erhalt des Provisionsversprechens

entfaltete, nur einen geringen Umfang hatte, ist nicht entscheidend. Was in diesem Zusammenhang zählt, ist das Ergebnis ihrer Tätigkeit, nämlich die Tatsache, dass ihre Organisation und ihre Beziehungen es ihr erlaubten, dem Beklagten eine ganz aussergewöhnliche Kaufgelegenheit zu verschaffen.