

Kommentar zu: Urteil: 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It

«Mäklers Müh ist oft umsonst» – Der Mäklerlohn und der psychologische Kausalzusammenhang

Autor / Autorin

Lea Altermatt, Markus Vischer
walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner
PETER & PARTNERS

In seinem Urteil 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018 hat das Bundesgericht einen Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit einer Vermittlungsmäklerin und dem Abschluss des Zielvertrags und damit einen Anspruch auf Mäklerlohn verneint. Es bestätigte seine ständige Rechtsprechung zum «psychologischen Kausalzusammenhang».

Sachverhalt

[1] B. (Beauftragte, Klägerin, Beschwerdegegnerin) und die A. AG (Auftraggeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) schlossen am 14. August 2013 einen Vertrag mit dem Titel «Verkaufsauftrag (im Sinne von Art. 412 ff. OR)». Gemäss Vertrag sollte die Beauftragte exklusiv eine Liegenschaft verkaufen zu einem Angebotspreis von CHF 14 Millionen und einem Mindestverkaufspreis von CHF 13.5 Millionen, vorbehältlich anderweitiger Absprachen. Der Auftrag war befristet bis 31. März 2014. Die Parteien vereinbarten, dass das «Erfolgshonorar» bei einem Verkaufspreis von CHF 13.5 Millionen 2,1% betrage, bei einem Preis darunter 1,85%. Der Vertrag hielt ausserdem fest, dass, wenn die öffentliche Beurkundung nach Ablauf des Auftragsverhältnisses (Ende März 2014) erfolge, das Honorar nur geschuldet sei, sofern der Käufer während der Dauer des Auftragsverhältnisses als Interessent bekannt gewesen sei (Sachverhaltsabschnitt A.a.).

[2] Mit Schreiben vom 2. April 2014 teilte die Beauftragte der Auftraggeberin mit, dass sie keinen Käufer gefunden habe. Auf der beigelegten Interessentenliste waren unter anderem C., die D. AG, E. und die F. AG aufgeführt. Im Sommer 2014 gelangte Interessent E., welcher auf der Suche nach einem Investor war, an den Interessenten C. und informierte diesen über die Senkung des Verkaufspreises der Liegenschaft auf CHF 12 Millionen. Am 16. Oktober 2014 wurde die Liegenschaft an die G. AG (vertreten durch Verwaltungsratspräsident C.) für CHF 12 Millionen verkauft. C. übernahm ein von E. ausgearbeitetes Projekt für die Liegenschaft gegen Entgelt (Sachverhaltsabschnitte A.b. und A.c.).

[3] Die Beauftragte forderte die Auftraggeberin am 6. Februar 2015 auf, ihr die vereinbarten 1,85% des Kaufpreises, d.h. CHF 239‘760 (inkl. 8% MWST), nebst Zins zu bezahlen. Die Auftraggeberin verweigerte die Zahlung. Daraufhin gelangte die Beauftragte mit Klage vom 13. November 2015 an das Kantonsgericht Nidwalden. Dieses hiess die Klage gut und verpflichtete die Auftraggeberin zur Zahlung von CHF 239‘760 zzgl. 5% Zins seit 8. Februar 2015. Eine von der Auftraggeberin erhobene Berufung wurde vom Obergericht des Kantons Nidwalden abgewiesen. Daraufhin gelangte die Auftraggeberin an das Bundesgericht (Sachverhaltsabschnitte A.d., B. und C.).

Erwägungen

[4] Strittig war vor Bundesgericht nur die Frage, ob der Beauftragten der Mäklerlohn («Provision») zusteht, obwohl der Verkauf der Liegenschaft erst nach Beendigung des Mäklervertrags zustande kam (E. 3).

[5] Das Bundesgericht führte aus, dass durch den Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) der Mäkler den Auftrag erhalte, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen (Nachweismäkelei) oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln (Vermittlungsmäkelei). Während der Nachweismäkler nur eine oder mehrere konkret bestimmte Abschlussgelegenheiten bekannt geben müsse, wirke der Vermittlungsmäkler aktiv auf den Vertragsabschluss hin (E. 3.1).

[6] Das Bundesgericht erinnerte daran, dass ohne anderslautende Vereinbarung (zur dispositiven Natur von Art. 413 OR: BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2016 vom 4. April 2016 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.2; je m.w.H.) zwischen der Mäklertätigkeit und dem Vertragsabschluss ein Kausalzusammenhang bestehen müsse, wobei ein psychologischer Zusammenhang zwischen den Mäklerbemühungen und dem Kaufentschluss des Dritten genüge (BGE 84 II 542 E. 5 S. 549; Urteil des Bundesgerichts 4A_283/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4.1; je m.w.H.). Der psychologische Zusammenhang könne auch bestehen, wenn zwischenzeitlich die Verhandlungen abgebrochen worden seien (BGE 72 II 84 E. 2 S. 89; Urteil des Bundesgerichts 4A_479/2016 vom 21. April 2017 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2016 vom 4. April 2016 E. 2.1; je m.w.H.). Es schadet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht, wenn der Mäkler nicht bis zum Abschluss des Vertrags involviert war oder ein anderer Mäkler eingeschaltet wurde. In einem solchen Fall liege nur dann kein genügender psychologischer Zusammenhang vor, wenn die Tätigkeit des Mäklers zu keinem Resultat geführt habe, die Verhandlungen definitiv abgebrochen worden seien und der Verkaufsabschluss schliesslich auf einer ganz neuen Basis zustande gekommen sei (BGE 72 II 84 E. 2 S. 89 f.; BGE 62 II 342 E. 2 S. 344; Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2016 vom 4. April 2016 E. 2.1). Der Mäkler habe den Kausalzusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und dem Verkaufsabschluss nachzuweisen (BGE 72 II 84 E. 2 S. 89; Urteil des Bundesgerichts 4A_200/2010 vom 26. Juli 2010 E. 7.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.259/2005 vom 14. Dezember 2005 E. 2) (E. 3.1).

[7] Die Parteien könnten den aleatorischen Charakter des Mäklervertrags mildern und eine Provisionsgarantie in dem Sinn vereinbaren, dass der Auftraggeber dem Mäkler den Lohn ganz oder teilweise auch für den Fall zusichere, dass nicht dieser den Abschluss herbeigeführt habe oder dass ein Abschluss unterbleibe (BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2016 vom 4. April 2016 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.2; je m.w.H.) (E. 3.1).

[8] Die Vorinstanz habe angenommen, dass die Parteien für die Zeit nach Ablauf des Vertrags eine Nachweismäkelei vereinbart hätten und ein für die Nachweismäkelei genügender Kausalzusammenhang bestehe. Das Bundesgericht kam aber zum Schluss, dass die Beauftragte gemäss Vertrag während der Vertragslaufdauer die typischen Leistungen einer Vermittlungsmäklerin, namentlich die Durchführung des gesamten Verkaufsprozesses, Besichtigungen, Beratungs- und Verkaufsgespräche und Betreuung von Interessenten, schuldete. Ein neuer, inhaltlich anderer Vertrag für die Zeit nach Ablauf des Vertrags sei nicht begründet worden. Entgegen der Vorinstanz liege also keine Nachweismäkelei vor (E. 3.2, 3.3.1).

[9] Das Bundesgericht erläuterte, dass die Beauftragte geltend mache, dass die Parteien das Erfordernis der Kausalität wegbedungen hätten («Erfolgt die öffentliche Beurkundung nach Ablauf des Auftragsverhältnisses mit der B. AG, ist das Honorar geschuldet, wenn der Käufer während der Dauer des Auftragsverhältnisses als Interessent bekannt war.»), weshalb einzig entscheidend sei, dass der spätere Käufer während des Auftragsverhältnisses ein Interessent gewesen sei. Gemäss Bundesgericht führt die Auslegung im vorliegenden Fall jedoch zu keiner Wegbedingung des Kausalzusammenhangs (mit Verweis auf den ähnlich gelagerten BGE 97 II 355 Sachverhaltsabschnitt A und E. 3 S. 357). Eine Abweichung vom dispositiven Recht müsse hinreichend klar hervorgehen, erst recht sei dies von einem professionellen Mäkler zu erwarten (BGE 113 II 49 E. 1b S. 52). Der Wortlaut der Bestimmung sei aber insgesamt nicht eindeutig. Gemäss Bundesgericht durfte und musste die Beauftragte nach dem Vertrauensprinzip (objektive Vertragsauslegung) davon ausgehen, dass ein Kauf nach Beendigung des Auftragsverhältnisses den Provisionsanspruch nicht ausschliesst, sofern der Käufer noch während der Dauer des Auftragsverhältnisses als Interessent bekannt war, dass aber ein psychologischer Zusammenhang zwischen Kauf und Tätigkeit der Beauftragten bestehen muss (E. 3.3.2).

[10] Das Bundesgericht prüfte weiter, ob zwischen der Tätigkeit der Beauftragten und dem Kaufentschluss von C. ein psychologischer Kausalzusammenhang bestanden hatte. C. habe gemäss Zeugenaussage die Verhandlungen ursprünglich vollständig abgebrochen, weil ihm der Verkaufspreis zu hoch gewesen sei und er einen Mietvertrag mit einem Cabaret-Club nicht übernehmen wollte. Nach dem Verhandlungsabbruch im Oktober 2013 sei es nochmals zu neuen Verhandlungen (insbesondere betreffend Senkung des Verkaufspreises) gekommen, welche durch eine Anfrage von I. (der H. AG) beim Interessenten E. ausgelöst worden seien. Die Tätigkeit der Beauftragten sei nicht kausal für den Verhandlungserfolg betreffend Verkaufspreis gewesen. Laut Bundesgericht ist es auch nicht entscheidend, dass E. ursprünglich von der Beauftragten als Interessenten gemeldet wurde. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass aufgrund des vorliegenden Sachverhalts kein genügender psychologischer Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit der Beauftragten bis zum 31. März 2014 und dem Kaufentschluss von C. bestehe. Ein Anspruch der Beauftragten gestützt auf den Mäklervertrag vom 14. August 2013 sei somit zu verneinen (E. 3.4).

[11] Schliesslich stellte das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz verschiedene Indizien festgehalten habe, welche auf den Abschluss eines mündlichen Mäklervertrags zwischen der Auftraggeberin und der H. AG für Mäklertätigkeiten ab April 2014 hindeuteten. Letztlich habe die Vorinstanz aber offen gelassen, ob der Beauftragten gestützt darauf und den Zessionsvertrag zwischen ihr und der H. AG vom 17./19. Februar 2015 ein Provisionsanspruch zustehe. Entsprechend habe sie sich auch nicht dazu geäussert, wie hoch der Provisionsanspruch bei Bejahung eines solchen mündlichen Vertrags festzusetzen wäre. Diesbezüglich wies das Bundesgericht die Sache zur abschliessenden Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde somit teilweise gut (E. 4).

Kurzkommentar

[12] *Nachweis-, Vermittlungs- und Zuführungsmäkelei.* Beim Mäklervertrag (Synonym: Maklervertrag, Art. 412 - 418 OR, «Courtage», «Contratto di mediazione») wird unterschieden zwischen Nachweis- und Vermittlungsmäkelei (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Nachweismäkler (*le courtier indicateur*) verpflichtet sich, einen Nachweis einer Abschlussgelegenheit zu erbringen, d.h. mindestens einen Interessenten zu präsentieren. Der Vermittlungsmäkler (*le courtier négociateur*) muss die Abschlussbereitschaft des potentiellen Käufers fördern. In der Praxis wurde der Zuführungsmäkler (*le courtier présentateur*) als dritte Art der Mäkelei entwickelt, welcher die Parteien zusammenführen soll (BGE 90 II 92 E. 2 S. 96; Josef Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR Band VII/6, 2. Aufl., Basel 2000, S. 169; Peter R. Burkhalter, in: Peter R. Burkhalter/Jean-Baptiste Zufferey, Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, SVIT Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 412 OR N. 12; Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 4937; ablehnend Heinrich

HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 375; MATTHIAS STREIFF, Handkommentar zum Maklervertrag, Wetzikon/Zürich 2009, S. 14).

[13] *Exklusive vs. nicht exklusive Mäkelei.* Vorliegender Vertragsgegenstand war ein exklusiver Verkaufsauftrag. Nach dem Bundesgericht unterscheidet sich die exklusive von der nicht exklusiven Mäkelei u.a. dadurch, dass der Exklusivmäkler im Gegensatz zum nicht exklusiven Mäkler eine Verpflichtung zum Tätigwerden hat (BGE 103 II 129 E. 3 S. 134; TERCIER/BIERI/CARRON, a.a.O., Rz. 4957). Der nicht exklusive Mäkler müsse m.a.W. nicht tätig werden. Wenn er allerdings tätig werde, würden ihm ähnliche Sorgfalts- und Treuepflichten wie dem exklusiven Mäkler und dem gewöhnlichen Beauftragten obliegen (Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012 E. 7.2; kritisch zu dieser Rechtsprechung MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen, Urteil 4A_269/2017 vom 20. Dezember 2017, AJP 4/2018, S. 522, welcher wie beim gewöhnlichen Auftrag eine Pflicht zum Tätigwerden sowohl des exklusiven wie des nicht exklusiven Mäklers bejaht).

[14] *Doppelte Erfolgsbedingtheit des Anspruchs auf Mäklerlohn.* Gemäss Bundesgericht und Lehre ist ein Mäklervertrag zwingend entgeltlich, wobei aber immer ein Vertragsabschluss für die Fälligkeit des Mäklerlohns gefordert wird (BGE 124 III 481 E. 3a S. 482; Urteil des Bundesgerichts 4A_269/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.1.1; HONSELL, a.a.O., S. 375; relativierend: VISCHER, a.a.O., S. 520). Ein Vermittlungsmäkler hat jedoch keinen Anspruch auf den Mäklerlohn, falls er den Interessenten nur nachweist oder zuführt, selbst wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Interessenten zustande kommt (BGE 90 II 92 E. 2 S. 96). Voraussetzungen für den Mäklerlohn sind, unter Vorbehalt des dispositiven Rechts, folglich: a) ein Mäklervertrag, b) ein Zielvertrag (Art. 413 Abs. 1 OR) und c) ein Kausalzusammenhang zwischen Mäklertätigkeit und Abschluss des Zielvertrags (HOFSTETTER, a.a.O., S. 174; STREIFF, a.a.O., S. 59). Der Mäkler muss auf der einen Seite einen Interessenten finden und auf der anderen Seite muss der Auftraggeber einen Vertrag mit einem Interessenten abschliessen. Dies solle zu einer doppelten Erfolgsbedingtheit des Anspruchs auf Mäklerlohn führen (BURKHALTER, a.a.O., Art. 413 OR N. 9; CATERINA AMMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 413 OR N. 3; kritisch zur doppelten Bedingtheit des Mäklervertrags: VISCHER, a.a.O., S. 521 m.w.H.). Gemäss Art. 413 Abs. 3 OR kann jedoch eine Aufwandsentschädigung versprochen werden, welche unabhängig vom Abschluss eines Zielvertrags geleistet wird. Bei der Nachweismäkelei ist der Kausalzusammenhang dann gegeben, wenn der Mäkler als Erster dem Auftraggeber den nachträglichen Vertragspartner als tatsächlichen, nicht bereits bekannten Interessenten namhaft gemacht hat und wenn die Parteien gerade gestützt auf diese Mitteilung zusammengekommen sind und das konkrete Geschäft abgeschlossen haben (BGE 75 II 53 E. 1a S. 55; BGE 72 II 84 E. 2 S. 89; Urteil des Bundesgerichts 4A_337/2011 vom 15. November 2011 E. 2.1 in fine; Urteil des Bundesgerichts 4C.333/2000 vom 28. März 2001 E. 2d/bb).

[15] *Psychologischer Kausalzusammenhang*. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 84 II 542 E. 5 S. 549 m.w.H.) wird beim Vermittlungsmäkler der sogenannte psychologische Kausalzusammenhang gefordert. Es wird nicht verlangt, dass der Abschluss des Hauptvertrags die unmittelbare Folge der Mäklertätigkeit ist. Der Beauftragte muss nur darlegen, dass ein psychologischer Zusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und dem Abschluss des Zielvertrags besteht. Der psychologische Kausalzusammenhang kann gemäss Bundesgericht auch bei Vertragsabbruch zwischen dem Mäkler und dem potentiellen Käufer und Wiederaufnahme der Verhandlungen durch den Auftraggeber oder einen anderen Mäkler bestehen bleiben (BGE 72 II 84 E. 2 S. 89). Der psychologische Kausalzusammenhang muss jedoch verneint werden, wenn der Hauptvertrag nach Abbruch der Vertragsverhandlungen auf einer völlig neuen Grundlage abgeschlossen wird (BGE 62 II 342 E. 2 S. 344). Wird ein Dritter Käufer, kann der Mäkler einen psychologischen Zusammenhang begründen, falls der Vertrag wirtschaftlich auf Kosten und im Interesse eines Interessenten geschlossen wird, ein Unterauftragsverhältnis zwischen Mäkler und Interessent vorliegt oder ein enges wirtschaftliches oder soziales Verhältnis (Beteiligung an vertragsabschliessender Gesellschaft, Familienmitglied, gleicher Hausstand) zwischen dem Interessenten und dem Dritten besteht (BGE 76 II 378 E. 3 S. 382 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_75/2016 vom 13. September 2016, E. 4.2 m.w.H., Besprechung zu letzterem Urteil: CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, in: Jusletter 20. November 2017, Rz. 34). Das Erfordernis des psychologischen Kausalzusammenhangs kann sich nur auf die

Vermittlungsmäkelei beziehen, da der Mäkler bei der Nachweismäkelei nicht angehalten ist, auf den Abschlusswillen des potentiellen Käufers einzuwirken (Urteil des Bundesgerichts 4A_337/2011 vom 15. November 2011 E. 2.1; STREIFF, a.a.O., S. 82; HONSELL, a.a.O., S. 379; WERNER SCHWEIGER, Der Mäklerlohn – Voraussetzungen und Bemessung, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1986, S. 81 f.; a.A. BGE 72 II 84 E. 2 S. 89). Im vorliegenden Fall nahm das Bundesgericht an, dass kein psychologischer Kausalzusammenhang vorliege, weil die Vertragsverhandlungen, welche schlussendlich zum Abschluss des Kaufvertrags geführt hätten, sich auf eine neue Grundlage gestützt hätten. Die Tätigkeit der Beauftragten sei hingegen für den Vertragsabschluss nicht kausal gewesen.

[16] *Bestätigung der bundesgerichtlichen Praxis.* Das Bundesgericht bestätigte mit dem besprochenen Urteil seine Rechtsprechung zu den Anspruchsvoraussetzungen für den Mäklerlohn, insbesondere das Erfordernis des psychologischen Kausalzusammenhangs beim Vermittlungsmäkler und die Behauptungs- und Beweislast des Beauftragten. Trotz kritischen Stimmen zum Begriff in der Lehre (STREIFF, a.a.O., S. 81 f.; BURKHALTER, a.a.O., Art. 413 OR N. 29) hält das Bundesgericht am bereits 1931 eingeführten «psychologischen Zusammenhang» (BGE 57 II 187 E. 3 S. 194) fest. In der Praxis weiterhin möglich bleiben eine allfällige Wegbedingung des Kausalitätserfordernisses oder die Vereinbarung einer Aufwandsentschädigung nach Art. 413 Abs. 3 OR.

MLaw LEA ALTERMATT, Anwaltspraktikantin, Walder Wyss AG.
Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Lea Altermatt / Markus Vischer, «Mäklers Müh ist oft umsonst» – Der Mäklerlohn und der psychologische Kausalzusammenhang, in: dRSK, publiziert am 18. September 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch