



Kommentar zu: Urteil: [4A_517/2020](#) vom 27. April 2021
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Folgenlose Verletzung der Exklusivitätsklausel im Vermittlungsvertrag

Autor / Autorin

Dennis Tobler, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_517/2020 vom 27. April 2021 entschied das Bundesgericht, dass der Verkäufer trotz Verletzung der Exklusivitätsklausel in einem Vermittlungsvertrag der Vermittlerin keine Provision schuldet.

Sachverhalt

[1] B (Beschwerdegegner, nachfolgend: Verkäufer) und die A GmbH (Beschwerdeführerin, nachfolgend: Vermittlerin) schlossen am 28./29. März 2017 einen «Verkaufsauftrag» (nachfolgend: Vertrag) betreffend die damals im Eigentum des Verkäufers stehende Liegenschaft ab (Sachverhalt Teil A).

[2] Der Vertrag enthielt die folgende Bestimmung (Sachverhalt Teil A):

«4. Auftragsdauer/Kündigung

Der Auftraggeber erteilt dem Beauftragten ein ausschliessliches (exklusiv) Mandat für den Verkauf der Immobilie für die Zeit von 6 Monaten. Der Vertrag gilt als stillschweigend jeweils für die gleiche Zeitdauer erneuert, wenn nicht 1 Monat vor Ablauf eine Kündigung durch einen eingeschriebenen Brief erfolgt.

Es ist dem Beauftragten nicht gestattet, Dritte mit der Ausführung zu beauftragen. Der Auftraggeber unternimmt selbst keine spezifischen Werbemassnahmen.

Sollte der Auftrag während der vereinbarten Dauer seitens des Auftraggebers gekündigt werden, bezahlt dieser dem Beauftragten eine Pauschalentschädigung von 1% (ein Prozent) des vereinbarten Richtpreises.

Falls innerhalb von einem Jahr nach Ablauf oder Auflösung dieses Auftrages ein Verkauf an einen Interessenten zustande kommt, dem der Beauftragte das Objekt nachgewiesen und mit dem der Beauftragte verhandelt hat, ist der Auftraggeber provisionspflichtig.»

[3] Mit Schreiben vom 21. Juni 2017 kündigte der Verkäufer den Vertrag auf den 30. Juni 2017. Am 26. Juni 2017 schloss er mit der C GmbH einen neuen Verkaufsauftrag. Mit öffentlicher Urkunde vom 19. Juli 2017 verkaufte er

die Liegenschaft an D (Sachverhalt Teil A).

[4] Am 30. November 2017 erhob die Vermittlerin beim Bezirksgericht March Klage, mit der sie im Wesentlichen die Verurteilung des Verkäufers zur Zahlung von CHF 51'708 zuzüglich Zins verlangte. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut. In Gutheissung der vom Verkäufer dagegen erhobenen Berufung hob das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 31. August 2020 den Entscheid des Bezirksgerichts auf und wies die Klage ab (Sachverhalt Teil B).

[5] Die Vermittlerin verlangte mit Beschwerde in Zivilsachen im Wesentlichen, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen sei. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8).

Erwägungen

[6] Das Bundesgericht führte aus, dass die Parteien sich einig seien, dass die im Vertrag vorgesehene Pauschalentschädigung unzulässig und daher nicht geschuldet sei. Es hielt weiter fest, dass die Vorinstanz zusammenfassend zum Schluss kam, der Anspruch auf Provision sei nicht entstanden, weil die Vermittlerin den Kaufinteressenten zwar nachgewiesen, mit diesem aber nicht verhandelt habe und vom Verkäufer auch nicht im Sinne von Art. 156 OR wider Treu und Glauben am Verhandeln gehindert worden sei. Ferner habe die Vorinstanz auch einen Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 97 OR verneint, weil es an einem Kausalzusammenhang zwischen der allfälligen Vertragsverletzung und der der Vermittlerin entgangenen Provision fehle (E. 4).

[7] Entgegen der Meinung der Vermittlerin habe die Vorinstanz den Begriff des Verhandeln richtig ausgelegt (E. 5). Die Vorinstanz habe zudem entgegen der Auffassung der Vermittlerin auch Art. 156 OR richtig angewendet (E. 6).

[8] In Bezug auf die Haftung des Verkäufers nach Art. 97 OR habe sich die Vorinstanz ausführlich mit der Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs befasst und diesen verneint. Sie sei zusammengefasst zur Auffassung gelangt, dass die Vermittlerin auch keine Provision verdient hätte, wenn der Verkäufer erst nach dem Ablauf des Exklusivrechts die C GmbH beauftragt hätte, da sie auch in diesem Fall nicht mehr mit D verhandelt hätte. Dass der neue Verkaufsauftrag noch im Juni 2017 geschlossen worden sei, sei für den Verlust der Provision nicht ursächlich gewesen. Gemäss Bundesgericht zeige die Vermittlerin nicht auf, inwieweit diese Sachverhaltsdarstellung willkürlich sei. Deshalb sei die Feststellung der Vorinstanz, dass die Vermittlerin die Provision auch ohne Vertragsverletzung durch den Verkäufer nicht verdient hätte, jedenfalls nicht unhaltbar. Die Vorinstanz habe deshalb die Haftung des Verkäufers gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR bundesrechtskonform verneint (E. 7).

Kurzkommentar

[9] Im vorliegenden Fall liess das Bundesgericht offen, ob es sich beim Vertrag um einen Auftrag, um einen Maklervertrag oder um einen gemischten bzw. zusammengesetzten Vertrag handelte.[\[1\]](#)

[10] Wie viele dieser Verträge enthielt auch der Vertrag eine Exklusivitätsklausel.[\[2\]](#)

[11] Soweit ersichtlich, stellte keines der den vorliegenden Fall beurteilenden Gerichte infrage, dass der Verkäufer mit dem Verkaufsauftrag vom 26. Juni 2017 an die C GmbH die Exklusivitätsklausel im am 30. Juni 2017 auslaufenden Vertrag gebrochen hatte.

[12] Dennoch verneinten die Gerichte eine Haftung des Verkäufers für diese Vertragsverletzung.

[13] Es hätte verschiedene rechtliche Möglichkeiten gegeben, die Verletzung der Exklusivitätsklausel zu sanktionieren, in der Tat auch über den im vorliegenden Fall diskutierten Art. 97 Abs. 1 OR.[\[3\]](#)

[14] Die Vorinstanz verneinte eine Haftung des Verkäufers nach Art. 97 Abs. 1 OR mit dem Argument, es fehle an einem natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung (Verletzung der Exklusivitätsklausel) und Schaden (entgangener Provision). Denn der Schaden wäre laut Vorinstanz auch eingetreten, wenn der Verkaufsauftrag nach dem 30. Juni 2017 und alsdann nicht in Verletzung der Exklusivitätsklausel abgeschlossen worden wäre. Das ist nicht korrekt. Das Argument der Vorinstanz beschlägt nicht die Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs, sondern eine hypothetische und damit rein abstrakte Frage, nämlich die Frage der

sogenannten *hypothetischen Kausalität*: Diese definiert Roland Brehm wie folgt: «Von einer solchen [sic. von einer hypothetischen Kausalität] wird gesprochen, wenn der Schaden tatsächlich durch die primäre rechtswidrige Handlung entstanden ist, er jedoch auch durch eine spätere (sekundäre) sog. «Reserveursache» erwachsen wäre [...]»^[4] Die «Reserveursache» wäre hier der Abschluss des Verkaufsauftrags nach dem 30. Juni 2017, weil im Sinne der Vorinstanz gesagt werden könnte, dass es zum Schaden (entgangene Provision) auch gekommen wäre, wenn der Verkaufsauftrag nach dem 30. Juni 2017 abgeschlossen worden wäre, weil die Liegenschaft so oder so an D verkauft worden wäre. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in Bezug auf die hypothetische Kausalität klar: «Wer jemanden durch unerlaubte Handlung schuldhaft schädigt, kann indessen der Ersatzpflicht nicht teilweise entgehen, weil der Schaden rein abstrakt möglicherweise ohnehin eingetreten wäre.»^[5] Entsprechend hätte die Vorinstanz den natürlichen Kausalzusammenhang nicht mit dem Argument der hypothetischen Kausalität verneinen dürfen.

[15] Das Bundesgericht schützte die diesbezügliche Argumentation der Vorinstanz nur etwas widerwillig mit dem Argument, dass die Ausführungen der Vorinstanz zum natürlichen Kausalzusammenhang nicht willkürlich bzw. jedenfalls nicht unhaltbar seien. Dabei übersah es, dass es bei der Frage der hypothetischen Kausalität in Tat und Wahrheit nicht um den natürlichen, sondern um den adäquaten Kausalzusammenhang und damit nicht um eine Tat-, sondern um eine Rechtsfrage ging. Diese Frage hätte das Bundesgericht von Amtes wegen beantworten müssen. Ins Bild der etwas widerwilligen Argumentation des Bundesgerichts passt, dass es in E. 7.2.1 die Haftung des Beauftragten abhandelte, während es im vorliegenden Fall um die Haftung des Auftraggebers, d.h. des Verkäufers, ging.

[16] Nachgetragen sei noch, dass die hypothetische Kausalität nahe verwandt ist mit dem *rechtmässigen Alternativverhalten*. «Unter letzterem Begriff [...] wird der Einwand des präsumptiven Haftpflichtigen verstanden, der Schaden wäre auch eingetreten, wenn [...] er sich [...] nicht rechtswidrig, sondern rechtmässig verhalten hätte [...]. Die rechtlichen Folgen sind unterschiedlich. Während die «Reserveursache» im Fall der hypothetischen Kausalität den Schädiger nicht entlastet [...], kann sich der Schädiger mit dem Wahrscheinlichkeitsbeweis des rechtmässigen Alternativverhaltens befreien [...]»^[6] Auch beim rechtmässigen Alternativverhalten geht es um eine Frage des adäquaten und nicht des natürlichen Kausalzusammenhangs.^[7]

MLaw DENNIS TOBLER, Substitut, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Siehe zu dieser Frage MARKUS VISCHER, *Entscheidbesprechungen*. BGer [4A_449/2019](#): Entschädigung im Falle der Verletzung der Exklusivitätsklausel, *AJP* 2020, S. 1200 ff., S. 1204 f.

[2] Dazu z.B. VISCHER (Nr. 1), S. 1202; siehe auch VERA STROTZ/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Von wirkungslosen Vertragsklauseln](#), in: *dRSK*, publiziert am 21. September 2020, Rz. 20.

[3] Zu den rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei Verletzung einer Exklusivitätsklausel im Allgemeinen: VISCHER (Nr. 1), S. 1205.

[4] ROLAND BREHM, *Berner Kommentar*, 5. Aufl., Bern 2021, Art. 41 OR N 149.

[5] BGE [96 II 172](#) E. 3b S. 179.

[6] BK-BREHM (Nr. 4), Art. 41 OR N 149i.

[7] A.M. BK-BREHM (Nr. 4), Art. 41 OR N 149i.

Zitiervorschlag: Dennis Tobler / Dario Galli / Markus Vischer, Folgenlose Verletzung der Exklusivitätsklausel im Vermittlungsvertrag, in: dRSK, publiziert am 8. Juni 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch