Wie im vorliegenden Entscheid können schliesslich persönliche Eigenschaften der Leistungserbringer für die Ermittlung einer verhältnismässigen Dauer des Ausschlusses entscheidend sein. Dabei spielt das Alter eine zentrale Rolle. Steht der fehlbare Leistungserbringer kurz vor dem Referenzalter, ist dies bei der Dauer zwingend zu berücksichtigen, kann doch ein vorübergehender Ausschluss *de facto* die Wirkung eines definitiven Berufsverbots haben. Wenn das Bundesgericht festhält, dass ein vorübergehender Ausschluss den Leistungserbringer nicht daran hindere, seinen Beruf als angestellter Arzt unabhängig von seinem Alter weiter auszuüben, ist immerhin darauf hinzuweisen, dass ein Spital kaum ein Interesse haben wird, eine Ärztin oder einen Arzt zu beschäftigen, die bzw. der wegen unwirtschaftlicher Behandlung oder fehlerhafter Rechnungsstellung von der Kassenpraxis ausgeschlossen worden ist.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Präzisierung der Rechtsprechung nach Art. 59 Abs. 1 lit. d KVG überzeugt und im Einklang mit der bundesgerichtlichen Stossrichtung steht; der Entscheid des Bundesgerichts ist deshalb zu begrüssen.

2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/Droit des obligations – en général

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

Unzulässige Doppelmäklerei bei Vermittlungsmäklerverträgen im Immobilienbereich

Besprechung von BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_101/2025 vom 15. August 2025, A. *gegen* B., ungerechtfertigte Bereicherung.

Markus Vischer*

I. Sachverhalt

B. (Kläger, Beschwerdegegner, nachfolgend Verkäufer) schloss mit A. (Beklagter, Beschwerdeführer, nachfolgend Mäkler) am 10. Oktober 2019 einen Mäklervertrag über den Verkauf einer Liegenschaft in V. ab. Der Mäkler verpflichtete sich darin, sämtliche für den Verkauf notwendigen Aufwendungen inklusive Erstellung des Kaufvertrags zu erbringen. Seine Leistungen waren vom Verkäufer nach erfolgreicher Vermittlung mit 2% des Kaufpreises zu vergüten. Die Liegenschaft war zu 100% im Eigentum der C. AG, welche ihrerseits zu 100% dem Verkäufer gehörte.[1]

Mit Kaufvertrag vom 4. Februar 2020 zwischen dem Verkäufer und der D. AG (nachfolgend Käuferin), vertreten durch deren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat E., wurde vereinbart, dass die D. AG 100% der Aktien der C. AG kauft, wobei die C. AG als wesentlichen Vermögenswert die Liegenschaft in V. aufwies.[2]

Der Mäkler hatte bereits am 4. Juni 2018 mit E. eine Vereinbarung abgeschlossen, wonach der Mäkler beim Erwerb eines Grundstücks mit einer Provision in der Höhe von 3% des Kaufpreises plus MwSt. zu vergüten ist.[3]

---

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

1 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt A.a.

2 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt A.b.

3 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt A.c.

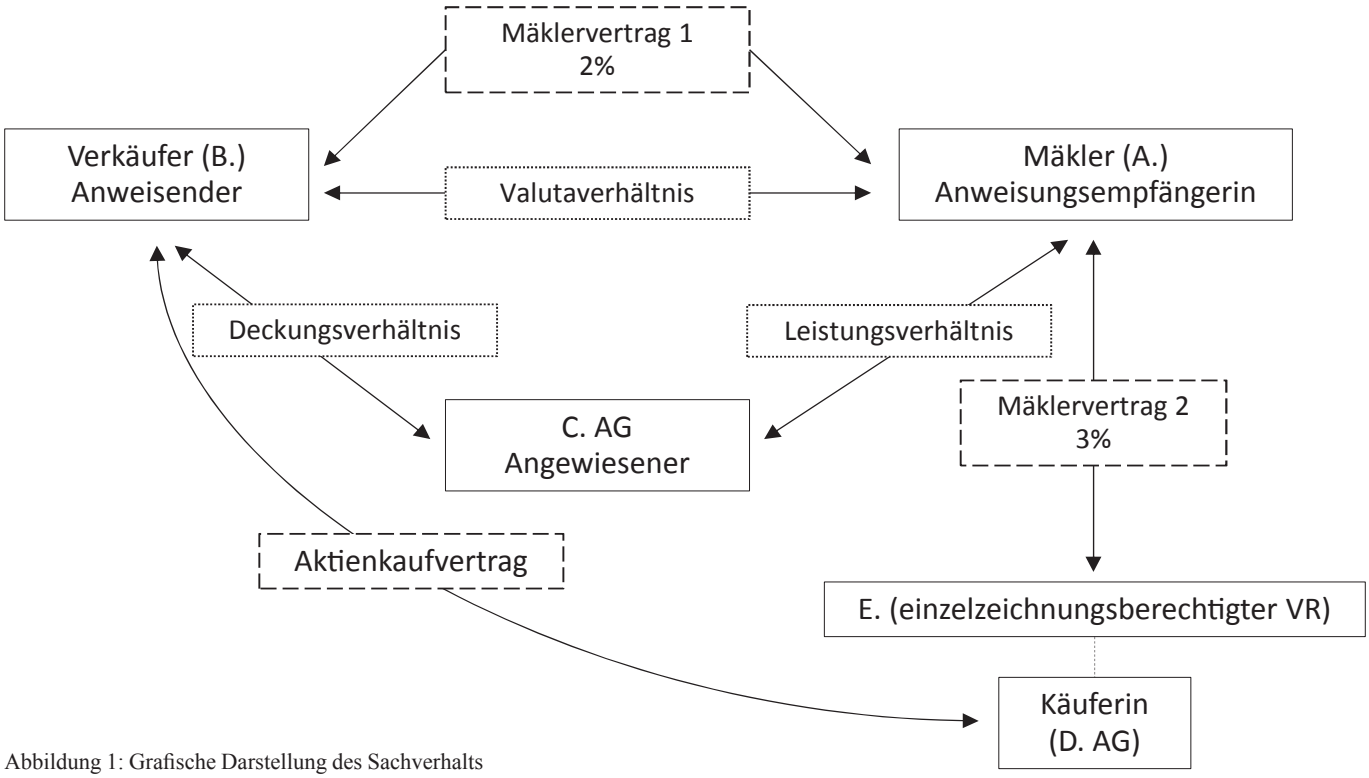

Abbildung 1: Grafische Darstellung des Sachverhalts

Aus dem bundesgerichtlichen Urteil geht nicht hervor, wer Aktionär der Käuferin (D. AG) war. Es ist aber davon auszugehen, dass E. mindestens ein massgeblicher Aktionär der Käuferin (D. AG) war, spricht doch das vorinstanzliche Urteil von «dessen ‹D. ____›».[4]

Der Mäkler stellte dem Verkäufer am 6. April 2020 eine Provision in der Höhe von CHF 142'164 in Rechnung (2 % Provision bei einem Kaufpreis von CHF 6,6 Mio. zzgl. MwSt.). Die Rechnung wurde am 20. April 2020 bezahlt. Bereits am 25. März 2020 überwies die Käuferin dem Mäkler ebenfalls einen Betrag in der Höhe von CHF 142'164.[5]

Mit Klage vom 7. April 2022 beantragte der Verkäufer dem Bezirksgericht Meilen, der Mäkler sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 142'164 nebst Zins zu 5 % seit dem 15. November 2021 zurückzubezahlen. Das Bezirksgericht hiess mit Urteil vom 21. Dezember 2023 die Klage gut.[6]

Eine vom Mäkler gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 21. Januar 2025 ab.[7]

Der Mäkler gelangte hierauf mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er beantragte die Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2025 und die Abweisung der Klage des Verkäufers.[8]

Der Sachverhalt ist in Abbildung 1 grafisch dargestellt, auch in Vorwegnahme gewisser Sachverhaltselemente in den Erwägungen des hier besprochenen Urteils.[9]

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt fest, dass der Verkäufer mit seiner Klage einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR im Umfang der an den Mäkler geleisteten Mäklerprovision geltend mache.[10]

Wer in ungerechtfertigter Bereicherung aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden sei, habe die Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR zurückzuerstatten.

4 OGer ZH, LB240005-O/U, 21.1.2025, E. III.1.
5 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt A.d.
6 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt B.a.
7 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt B.b.
8 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, Sachverhalt C.
9 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.2, s.a. 2.3.
10 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.

Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung setze die Bereicherung einer Person, die Entreicherung einer anderen Person, einen Kausalzusammenhang zwischen diesen beiden Elementen und das Fehlen eines rechtmässigen Grundes oder die Zahlung einer Nichtschuld voraus.[11]

Die Vorinstanz habe erwogen, dass der Mäklervertrag zwischen dem Verkäufer persönlich und dem Mäkler abgeschlossen worden sei. Die Rechnung des Mäklers sei an den Verkäufer adressiert gewesen. Die Provisionszahlung vom 20. April 2020 sei über die C. AG abgewickelt worden. Diese Zahlung sei dem «persönlichen Konto» des Verkäufers bei der C. AG belastet worden. Diese Buchung habe eine Forderung der C. AG gegen den Verkäufer in der Höhe der erfolgten Provisionszahlung begründet. Die Vorinstanz habe daraus geschlossen, dass der Verkäufer durch die Belastung auf diesem Konto entreichert worden sei. Daran ändere sich nichts, wenn die Aktien der C. AG bereits im Februar 2020 auf die Käuferin übertragen worden seien.[12]

Der Mäkler wirft der Vorinstanz vor, verkannt zu haben, dass die Entreicherung im Vermögen der C. AG und nicht im Vermögen des Verkäufers eingetreten sei. Das buchhalterische Konto des Verkäufers bewirke nicht, dass die darauf getätigten Buchungen dem privaten Vermögen des Verkäufers zuzuordnen seien.[13]

Dem hielt das Bundesgericht entgegen, dass die Vorinstanz für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festgestellt habe, dass die C. AG mit der Bezahlung der Provision an den Mäkler ihrerseits eine Forderung gegenüber dem Verkäufer begründet habe. Daran ändere die Übertragung der Aktien der C. AG auf die Käuferin nichts.[14]

Vorliegend stelle sich die Frage der Aktivlegitimation zum Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in einem Dreiparteienverhältnis mit mehreren selbständigen Rechtssubjekten. «Aus dem Vermögen» bedeute in solchen Verhältnissen nicht, dass diejenige, die eine Zahlung zugunsten eines Dritten geleistet habe, kausal entreichert werde und als Gläubigerin im Leistungsverhältnis gegenüber dem bereicherten Empfänger der Leistung zur unmittelbaren Rückforderung legitimiert sei. Ein direkter Anspruch des Leistenden komme in diesem Verhältnis nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn der Mangel dieses Leistungsverhältnis betreffe. Vorliegend betreffe der geltend gemachte Mangel aber das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Mäkler. In diesem Rechtsverhältnis bewirke die mittelbare Zahlung durch die C. AG kausal eine Entreicherung des Vermögens des Verkäufers, weil die C. AG durch die Bezahlung der Provision im Deckungsverhältnis eine Forderung gegenüber dem Verkäufer erlange. Die Vorinstanz habe zu Recht erkannt, dass die mittelbare Bezahlung der Provision im mit dem Mangel behafteten Valutaverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Mäkler zurückzufordern sei. Der Verkäufer sei durch die mittelbare Leistung zu seinen Gunsten hierzu gemäss Art. 62 Abs. 1 OR legitimiert.[15]

Weiter stellte sich gemäss Bundesgericht die Frage, ob die Leistung der Provision an den Mäkler gemäss Art. 62 OR ohne Rechtsgrund erfolgte.[16]

Sei der Mäkler in einer Weise, die dem Vertrag widerspreche, für den anderen tätig gewesen, oder habe er sich in einer Weise, die Treu und Glauben widerspreche, auch von diesem Lohn versprechen lassen, so könne er gemäss Art. 415 OR von seinem Auftraggeber weder Lohn noch Ersatz für Aufwendungen beanspruchen. Im Immobilienbereich führe der Umstand, dass ein Mäkler mit dem Verkäufer (bzw. dem Käufer) einer Liegenschaft einen Vermittlungsmäklervertrag abschliesse, zwangsläufig zu einem Interessenkonflikt, wenn er mit dem Käufer (bzw. Verkäufer) einen zweiten Vermittlungsmäklervertrag abschliesse. In einem solchen Fall sei es undenkbar, dass sich der Immobilienmäkler nicht der Gefahr eines Interessenkonflikts ausgesetzt sehe, denn er müsse für den Verkäufer den höchstmöglichen und für den Käufer bestmöglichen Preis erzielen und damit entgegengesetzte Interessen vertreten. In Anwendung von Art. 415 OR bewirke die Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich die Nichtigkeit beider Verträge. Zudem verliere der Mäkler seinen Anspruch auf Mäklerlohn aus beiden Verträgen.[17]

Die Vorinstanz habe diesen Grundsatz zu Recht auf den vorliegenden Fall angewandt. Folglich halte die Beurteilung der Vorinstanz, dass der Mäklervertrag zwischen dem Mäkler und dem Verkäufer zufolge Doppelvermittlungsmäklerei nichtig sei, vor Bundesrecht stand.[18]

Der Mäkler bringe vor, dass die Rückforderung der Provision gemäss Art. 63 Abs. 1 OR ausgeschlossen sei, da der Verkäufer sich über die Leistungspflicht nicht in einem Irrtum befunden habe. Denn der Verkäufer habe Kenntnis davon gehabt, dass der Mäkler auch für die Käuferin als Vermittlungsmäkler tätig gewesen sei und sich eine Provision habe versprechen lassen.[19]

---

[11] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.1.
[12] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.2.
[13] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.3.
[14] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.4.1.
[15] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.4.2.
[16] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.
[17] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.1.
[18] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.3.
[19] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 4.

Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahle, könne das Geleistete nur zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermöge, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden habe (Art. 63 Abs. 1 OR). Bei der Prüfung, ob ein solcher Irrtum vorliege, sei kein allzu strenger Massstab anzulegen. Der Irrtum, aus dem eine Nichtschuld bezahlt werde, brauche nicht entschuldbar zu sein. Vielmehr berechtige jede Art, Rechtsirrtum oder Tatirrtum, entschuldbarer und unentschuldbarer Irrtum, zur Rückforderung. So sei in geschäftlichen Beziehungen grundsätzlich davon auszugehen, dass seitens des Leistenden kein Schenkungswille bestehe, weshalb regelmässig von einem Irrtum auszugehen sei. Sei der Leistende davon ausgegangen, der Empfänger der Leistung habe einen vertraglichen Anspruch ihm gegenüber auf Zahlung einer in Rechnung gestellten Forderung, irre er über seine Schuldpflicht, wenn diese nicht bestehe.[20]

Im vorliegenden Fall habe die Vorinstanz erwogen, dass der Verkäufer einem Irrtum über seine Pflicht zur Leistung der Provision unterlegen sei. Ihm sei bei der Zahlung nicht bewusst gewesen, dass ein Anspruch auf Provision bei einer Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich gemäss Art. 415 OR nicht bestanden habe.[21]

Der Vorinstanz sei keine Verletzung von Bundesrecht vorzuwerfen, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei, soweit darauf einzutreten sei.[22]

III. Bemerkungen

A. Terminologisches zur Mäklerei

Mäklen geht auf die niederdeutschen Wörter mekelen, mechelen und mäkelen zurück, welche sich aus dem niederdeutschen Wort maken ableiten, welches unserem Machen entspricht. Die Wörter hatten die Bedeutung des Tätigwerdens als Unterhändler bzw. Vermittler, wobei aber schon im Niederdeutschen die weitere Bedeutung von tadeln bzw. Fehler finden hinzukam, weil tadeln bzw. Fehler finden offenbar mit der Tätigkeit von Mäklern assoziiert wurde.[23]

In Art. 412 ff. OR, welche Bestimmungen als Teil des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) am 1.1.1912 in Kraft traten[24] und seither nur marginal verändert wurden, werden die Begriffe Mäklervertrag,[25] Mäkler bzw. Börsenmäkler[26] und Mäklerlohn[27] mit Umlauten verwendet, wobei offenbar schon im Niederdeutschen gewisse Begriffe wie insbesondere makeln ohne Umlaute verwendet wurden.[28]

Schon im OR 1881[29] wurde der Begriff Mäkler[30] mit Umlaut verwendet.

Heute betrachtet man die Begriffe Mäklervertrag, Mäkler, Mäklerlohn etc. mit Umlauten als «altmodisch»[31] und die Begriffe ohne Umlaute als «gebräuchlich».[32]

In § 652 ff. BGB/DE, welche Bestimmungen das Vorbild für Art. 412 ff. OR waren,[33] wurden im Rahmen einer Novelle zum Mäklervertragsrecht sämtliche einschlägigen Begriffe mit Umlauten durch Begriffe ohne Umlaute ersetzt.[34]

---

20 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 4.1.

21 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 4.2.1.

22 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 4.6.

23 Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz des Trier Center for Digital Humanities, Version 01/25, Internet: https://www.woerterbuchnetz.de/DWB (Abruf 7.1.2026), Stichwort Mäklen und Mäkler; Matthias Streiff, Handkommentar zum Maklervertrag – mit Fokus auf den Immobilienmakler, Wetzikon/Zürich 2009, 5 ff.

24 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), BBl 1911 II 355 ff., 633.

25 Überschrift vor Art. 412–418 OR, Art. 412 Abs. 2 OR, s.a. Art. 418b Abs. 1 OR.

26 Art. 412 Abs. 1 OR, Art. 413 Abs. 1 und 3 OR, Art. 415 OR, Art. 418 OR.

27 Marginalie zu Art. 413 OR, Art. 413 Abs. 1 OR, Art. 417 OR; s.a. Art. 1049 Abs. 2 OR mit dem Begriff Mäklergebühr.

28 Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz des Trier Center for Digital Humanities, Version 01/25, Internet: https://www.woerterbuchnetz.de/DWB (Abruf 7.1.2026), Stichwort Mäklen und Mäkler.

29 Bundesgesetz über das Obligationenrecht (vom 14. Brachmonat 1881), BBl 1881 III 109 ff., 192.

30 Art. 405 Abs. 2 OR 1881, s.a. Art. 768 Abs. 4 OR 1881 mit dem Begriff Mäklergebühren.

31 Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Zürich 2017, 374; Peter R. Burkhalter, in: SVIT (Hrsg.), Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. SVITK Maklerrecht-Burkhalter), Teil B, Art. 412 OR N 1.

32 Peter R. Burkhalter, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. A., Zürich 2023 (zit. OFK-Verfasser), Art. 412 OR N 1.

33 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 1. Juni 1909, betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), BBl 1909 III 725 ff., 753; s.a. BGE 90 II 92 E. 2; Richard Allemann/Hans Caspar von der Crone, M&A-Transaktionsberatung im Grenzbereich von Auftrag und Mäklervertrag, SZW 2018, 432 ff., 436; Georg Gautschi, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407–424 OR, Bern 1964 (zit. BK-Gautschi), Vorbemerkungen zum Mäklervertrag N 1c, Art. 412 OR N 4c.

34 Gesetz vom 12. Juni 2020 über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser; zum Grund Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 11. Dezember 2019, Internet: https://dserver.bundestag.de/btd/19/

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet man die einschlägigen Begriffe aus dem Mäklervertragsrecht manchmal mit und manchmal ohne Umlaut.[35]

Fakt bleibt, dass Art. 412 ff. OR die Begriffe mit den Umlauten verwendet, weshalb in dieser Besprechung wie im hier besprochenen Urteil die Begriffe mit Umlauten verwendet werden. Das betrifft auch die Tätigkeit des Mäklers, die Mäklerei bzw. die Mäkelei und damit auch die Doppelmäklerei[36] bzw. die Doppelmäkelei.[37]

B. Mäklervertrag als qualifizierter Auftrag

Wie ausgeführt haben Art. 412 ff. OR die Bestimmungen von § 652 ff. BGB/DE zum Vorbild.[38] Allerdings ist der Mäklervertrag im schweizerischen Recht im Unterschied zum deutschen Recht ein qualifizierter Auftrag, was auch aus der systematischen Stellung von Art. 412 ff. OR im dreizehnten Titel (Der Auftrag) und Art. 412 Abs. 1 und 2 OR hervorgeht.[39] Das war aufgrund von Art. 405 Abs. 1 OR 1881[40] schon im OR 1881 der Fall. Damit bestehen fundamentale Unterschiede zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Mäklervertragsrecht.[41]

Weil der Mäklervertrag ein qualifizierter Auftrag ist, wird statt von einem Mäklervertrag auch von einem Mäklerauftrag[42] oder von einem Sonderauftrag[43] gesprochen. Geht es beim Mäklervertrag um den Nachweis oder die Vermittlung eines Kaufvertrags,[44] wird auch von einem «Verkaufsauftrag» gesprochen.[45]

Inhalt des Mäklervertrags ist gemäss Art. 412 Abs. 1 OR «der Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln».[46] Damit zeichnet sich der Mäklervertrag durch zwei Charakteristika aus, nämlich einerseits die Entgeltlichkeit[47] und anderseits die Mäklertätigkeit, d.h. die auf den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder die Vermittlung des Abschlusses eines Vertrags gerichtete Tätigkeit des Mäklers.[48] Dieser Inhalt, also die *Nachweismäklerei* oder die *Vermittlungsmäklerei gegen Entgelt,* ist eine Tat- und keine Rechtshandlung.[49] Dieser Inhalt ist auch das

158/1915827.pdf (Abruf 7.1.2026); B: «Denn der dort [gemeint die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über den Mäklervertrag] verwandte althergebrachte Begriff des ‹Mäklers› ist sowohl in der Alltagssprache als auch in der Rechtssprache gänzlich ungebräuchlich geworden.»

35 Z.B. BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026: Mäklervertrag, Mäklerprovision, Mäklerlohn, Mäkler, Immobilienmaklerin, Maklertätigkeit, Mäklerhonorar, Mäklertätigkeit; 4A_160/2025, 28.8.2025: Mäklervertrag, Mäkler, Mäklerlohn; 4A_101/2025, 15.8.2025: Mäkler, Mäklervertrag, Mäklerprovision, Doppelmäklerei; 9C_6/2025, 4.4.2025: Abschlussmaklerin, Maklerlohn, Maklervertrag, Maklerin, Maklertätigkeit, Maklergeschäft, Maklerprovision, Maklergesellschaft; 9C_41/2024, 26.3.2025: Makler, Mäklervertragsrecht; 5A_1004/2021, 7.3.3023: Maklerin, Maklerprovision, Maklergebühr, Maklervertrag, Maklerklausel, Maklertätigkeit; 4P.141/2005, 20.9.2005: Mäklervereinbarung, Doppelmakelei, Vermittlungsmakler, Mäklerprovision; BGE 124 III 481: Versicherungsmaklervertrag, Makler, Maklerlohn, Doppelmaklerei, Maklertätigkeit, Maklervergütung.

36 Z.B. BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025; mit dem Begriff Doppelmaklerei z.B. BGE 124 III 481; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 415 OR N 1.

37 Z.B. BGer, 4A_134/2022, 16.9.2022; 4A_508/2007, 25.3.2008; 4C.375/2005, 22.12.2006; BGE 112 II 459; 111 II 366; BSK OR I-Ammann, Art. 415 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 8. A., Basel 2026 (zit. BSK OR I-Verfasser); Pierre Tercier/Blaise Carron, Les contracts spéciaux, 6. A., Genf/Zürich 2025, N 5035; mit dem Begriff Doppelmakelei z.B. Streiff (FN 23), 15 f.

38 S. III.A.

39 Allemann/von der Crone (FN 33), SZW 2018, 435; BK-Gautschi (FN 33), Vorbemerkungen zum Mäklervertrag N 1c.

40 Art. 405 Abs. 1 OR 1881: «Die Vorschriften dieses Kapitels [gemeint die Vorschriften des einfachen Auftrags gemäss Art. 392 OR 1881] kommen auch zur Anwendung, wenn Jemand den Abschluß eines Vertrages zu vermitteln übernimmt, ohne zu einer der beiden Parteien in einem dauernden Dienstverhältniße zu stehen.»

41 BGE 106 II 224 E. 4; BK-Gautschi (FN 33), Vorbemerkungen zum Mäklervertrag N 1d, Art. 412 OR N 4c.

42 Z.B. BGer, 9C_142/2024, 23.8.2024, E. 4.2.2.2; 2C_509/2020, 7.10.2020, E. 4.4; BGE 27 II 469 E. 4; BK-Gautschi (FN 33), Vorbemerkungen zum Mäklervertrag N 1d.

43 Markus Vischer, BGer 4A_269/2017: Erfolgshonorar, AJP 2018, 517 ff., 520.

44 Tercier/Carron (FN 37), N 5008.

45 BGE 113 II 49 E. 1; s.a. BGer, 4A_517/2020, 27.4.2021, und 4A_562/2017, 7.5.2018, jeweils betreffend einen «Verkaufsauftrag».

46 In Art. 413 Abs. 1 und 2 OR wird die Vergütung Mäklerlohn genannt, was terminologisch unglücklich ist, sollte doch Gleiches gleich bezeichnet werden.

47 BGer, 4A_329/2019, 4A_331/2019, 25.11.2019, E. 7.1; BGE 139 III 217 E. 2.3; BGer, 4C.228/2005, 25.10.2005, E. 3; BGE 131 II 268 E. 5.1.2; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 2; Tercier/Carron (FN 37), N 5003, 5018; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil A, § 2 N 4, Teil B, Art. 412 OR N 18 ff., anders aber Teil A, § 2 N 9 (zit. in FN 48).

48 BGer, 4A_329/2019, 4A_331/2019, 25.11.2019, E. 7.1; BGE 139 III 217 E. 2.3; BGer, 4C.228/2005, 25.10.2005, E. 3; BGE 131 II 268 E. 5.1.2; 90 II 92 E. 6; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 1: «Die Regelung, ob Nachweis- oder Vermittlungsmäklerei vereinbart wurde, gehört zu den Essentialia des Mäklervertrags […]»; Tercier/Carron (FN 37), N 5004, 5015; s.a. SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil A, § 2 N 9, allerdings im Widerspruch zu seinen Aussagen u.a. in Teil A, § 2 N 2, wonach die Mäklertätigkeit bloss eine Obliegenheit und der Mäklervertrag zwingend entgeltlich ist: «Abgesehen von der zwingend erforderlichen Maklertätigkeit sind alle weiteren Voraussetzungen dispositiver Natur», auch Teil B, Art. 412 OR N 13: «Die Festlegung der geschuldeten Maklertätigkeit gehört zu den wesentlichen Punkten des Maklervertrags […].»

49 BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 1; Josef Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wolfgang Wie-

Abgrenzungskriterium des Mäklervertrags zum einfachen Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR. Sieht man wie die h.L. in der Zuführungsmäklerei eine zulässige Zwischenform der Mäklerei,[50] gehört neben der Entgeltlichkeit auch diese Zuführungsmäklerei zu den Charakteristika des Mäklervertrags.

Die h.L. sieht das anders. Sie betrachtet neben der Entgeltlichkeit die Erfolgsbedingtheit als das Wesen des Mäklervertrags ausmachend.[51] Die Erfolgsbedingtheit des Mäklervertrags wird oft mit der Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohns gleichgesetzt, oft mit dem Resultat, dass die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohns ebenfalls zum Wesen des Mäklervertrags gezählt wird.[52] Die Erfolgsbedingtheit des Mäklervertrags sei sogar eine doppelte Erfolgsbedingtheit in dem Sinne, dass «der Mäkler einen oder mehrere abschlusswillige Interessenten ausfindig machen können» müsse und dass «der Auftraggeber tatsächlich mit einem vom Mäkler ausfindig gemachten Interessenten abschliessen wollen» müsse.[53]

Aus dieser Erfolgsbedingtheit bzw. sogar Doppelerfolgsbedingtheit des Mäklervertrags schliesst die h.L., dass den Mäkler, ausser er sei infolge einer vereinbarten Ausschliesslichkeit Exklusivmäkler[54] oder es sei sonst verabredet, keine Pflicht zum Tätigwerden treffe.[55]

Entsprechend negiert die h.L., dass der Mäklerauftrag[56] vorbehältlich anderer Abreden schon anfänglich ein Auftrag mit gegenseitigen Rechten und Pflichten ist. Vielmehr begreift sie den «Mäklervertrag» als ein dem «Mäkler» vom «Auftraggeber» abgegebenes bedingtes Leistungsversprechen, dem «Mäkler» bei Eintritt der Bedingung, d.h. bei Eintritt eines in bestimmter Art und Weise umschriebenen Erfolgs, einen «Mäklerlohn» zu bezahlen.[57] Bei einem solchen bedingten Leistungsversprechen bestünden in der Tat keine Leistungspflichten des «Mäklers», schaffen doch Bedingungen gemäss Art. 152 Abs. 1 OR und Art. 156 OR keine Verpflichtungen der Beteiligten, die Bedingungen herbeizuführen, sondern lediglich, aber immerhin,[58] Verpflichtungen der Beteiligten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben.[59]

---

gand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, sechster Teilband, Obligationenrecht – besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Genf/München 2000 (zit. SPR VII/6-Hofstetter), 170.

50 BGer, 4A_529/2023, 20.9.2024, E. 5.1.3; BGE 90 II 92 E. 2; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 1; Tercier/Carron (FN 37), N 5007; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 412 OR N 12.

51 BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026, E. 3.1.1: «Charakteristisch für den Mäklervertrag ist dessen Entgeltlichkeit und der Erfolg […]»; 4C.328/2006, 16.10.2007, E. 3.1: «Zu den objektiv wesentlichen Elementen des Mäklervertrages gehören die Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit […]»; BGE 144 III 43 E. 3.1.1: «Charakteristisch für den Mäklervertrag ist dessen Entgeltlichkeit und der Erfolg […]»; 124 III 481 E. 3a: «Charakteristisch für den Mäklervertrag ist dessen Entgeltlichkeit und Erfolgsbedingtheit […]»; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 3340: «Wesentliche Merkmale des Mäklervertrags sind Entgeltlichkeit […] und Erfolgsbedingtheit […].»

52 BGer, 4C.328/2006, 16.10.2007, E. 3.2: «Die Erfolgsbedingtheit des Honoraranspruchs ist nicht blosse Rechtsfolge der Qualifikation des Auftrags als Mäklervertrag, sondern Begriffsmerkmal des Mäklervertrags […]»; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 3: «Ein weiteres Begriffsmerkmal des Mäklervertrags bildet die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnanspruchs»; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 412 OR N 22: «Die Erfolgsbedingtheit des Maklerlohnanspruchs ist das dritte Qualifikationsmerkmal des Maklervertrags»; BK-Gautschi (FN 33), Art. 412 OR N 3a: «Nicht nur die Entgeltlichkeit der Vermittlung, sondern die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnanspruches bildet ein essentielles Qualifikationsmerkmal des Mäklerauftrages.»

53 BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 413 N 3; s.a. SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil A, § 2 N 4, Teil B, Art. 412 OR N 22, Art. 413 OR N 9; SPR VII/6-Hofstetter (FN 49), 171; BK-Gautschi (FN 33), Art. 412 OR N 11b.

54 Zum Begriff z.B. BGer, 4A_683/2011, 6.3.2011, E. 7.2; BGE 103 II 129 E. 3.

55 BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026, E. 3.1.1, 4A_59/2021, 25.1.2022, E. 3.1.1, und BGE 144 III 43 E. 3.1.1: «Eine Verpflichtung zum Tätigwerden hat er [der Mäkler] nur, wenn eine Ausschliesslichkeitsklausel verabredet ist […]», auch E. 3.4.3; BGer, 4A_683/2011, 6.3.2011, E. 7.2: «Es trifft zu, dass der Mäkler – andere Vereinbarung oder Exklusivität vorbehalten – grundsätzlich keine Pflicht hat, tätig zu werden […]»; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 7; Tercier/Carron (FN 37), N 5010, 5026 f.; OFK-Burkhalter (FN 32), Art. 412 OR N 9, Art. 415 N 2; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil A, § 2 N 4, allerdings im Widerspruch zu seiner Aussage in Teil A, § 2 N 9 (zit. in FN 48): «Ohne zusätzliche vertragliche Vereinbarung ist der Makler zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, sich um die Vermittlung eines Abschlusses zu bemühen. Die Vermittlungsbemühungen des Maklers stellen daher bloss eine Obliegenheit dar, die erfüllt werden muss, um den Maklerlohn zu verdienen […]», auch Teil A, § 2 N 12: «Der Makler verpflichtet sich nicht, die Maklertätigkeit tatsächlich aufzunehmen […]», auch Teil B, Art. 412 OR N 41, 44 f., 48, Art. 415 OR N 5; SPR VII/6-Hofstetter (FN 49), 170: «Der Mäkler ist nach dem Gesetz berechtigt, nicht aber verpflichtet, sich um die Vermittlung eines Abschlusses zu bemühen […]. Hierin unterscheidet er sich von allen anderen Beauftragten.»

56 S. III.B.

57 SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 412 OR N 11: «Im Maklervertrag verspricht der Auftraggeber dem Makler eine Belohnung für dessen Tätigwerden für den Fall, dass ein bestimmter Vertrag (Hauptvertrag) abgeschlossen wird […]»; auch Teil B, Art. 412 OR N 25, mit dem Vergleich des Mäklervertrags mit der Auslobung gemäss Art. 8 OR, welche ein bedingtes Leistungsversprechen zugunsten unbestimmter Personen darstellt.

58 S. III.D.

59 BGer, 4A_517/2020, 27.4.2021, E. 6.1: «Die Parteien haben keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern […]; die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben erfordert nicht, dass die Parteien ihre eigenen Interessen opfern […]»; BSK OR I-Widmer/Costantini (FN 37), Vor Art. 151–157 N 2: «Es besteht lediglich eine Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben […]», Art. 156

Die h.L. übersieht dabei, dass auch der einfache Auftrag bzw. die darin vereinbarte Vergütung erfolgsabhängig, ja sogar rein erfolgsabhängig sein kann[60] und dass das nichts daran ändert, dass den Beauftragten beim einfachen Auftrag eine Pflicht zur Erbringung der vereinbarten Leistung und damit zum Tätigwerden trifft.[61] Ebenso übersieht die h.L., dass die Erfolgsbedingtheit der Mäklerprovision bzw. überhaupt Art. 413 OR dispositiv ist und auch beim Mäklervertrag eine fixe Vergütung, zum Beispiel im Sinne einer Provisionsgarantie, vereinbart werden kann.[62]

Entsprechend ist auch der partiarische Mäklervertrag, also der Mäklervertrag mit einem vereinbarten gänzlichen oder teilweisen erfolgsabhängigen Mäklerlohn, ein Auftrag mit (Rechten und) Pflichten des Mäklers, insbesondere auch mit der Pflicht des Mäklers zum Tätigwerden.[63]

Alles andere hiesse auch, die Realien zu verkennen, wollen doch die Auftraggeber in aller Regel, dass der Mäkler tätig wird.

C. Subsidiäre Anwendung des einfachen Auftragsrechts auf den Mäklervertrag

Die Beziehung des Mäklervertrags zum einfachen Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR ist trotz des unterschiedlichen Wortlauts der Verweisungen auf das einfache Auftragsrecht in Art. 412 Abs. 2 OR, Art. 425 Abs. 2 OR und Art. 440 Abs. 2 OR die gleiche wie die Beziehung anderer qualifizierter Aufträge wie der Kommission und des Frachtvertrags zum einfachen Auftrag.[64]

Damit kommen die Bestimmungen des einfachen Auftrags zur Anwendung, soweit die Bestimmungen von Art. 412 ff. OR nicht «etwas anderes enthalten».[65]

Dass einfaches Auftragsrecht anzuwenden ist, wenn Art. 412 ff. OR nicht «etwas anderes enthalten», tönt einfach.

Die h.L. legt die Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR allerdings «kompliziert» aus. Art. 412 ff. OR soll gemäss Art. 394 ff. OR nicht nur dann keine Anwendung finden, wenn Art. 412 ff. OR «etwas anderes enthalten», sondern auch, wenn diese Bestimmungen gemäss Art. 394 ff. OR mit der Natur des Mäklervertrags nicht vereinbar sind.[66]

Das ist nicht per se falsch, ist doch ganz allgemein bei einer Verweisung wie der Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR die Referenzordnung, auf die verwiesen wird, hier also einfaches Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR, in der Verweisungsordnung, hier also Mäklervertragsrecht gemäss Art. 412 ff. OR, nur sinngemäss anwendbar.[67] Das bedeutet, dass die Übernahme der Referenzordnung in die Verweisungsordnung stets einer wertenden Beurteilung bedarf.[68]

Nur gibt die «Natur des Mäklervertrags» bei der Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR wenig her. Denn die Natur des Mäklervertrags ist, dass er ein qualifizierter Auftrag

---

N 5; Vischer (FN 43), AJP 2018, 522; Markus Vischer, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 491 ff., 495: «Die Vereinbarung einer Bedingung führt zu keinen Handlungspflichten der Parteien in Bezug auf die Bedingung»; s.a. BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 413 N 2, zur Verpflichtung des Auftragnehmers zu einem Verhalten nach Treu und Glauben.

60 BGE 101 II 109 E. 2; BSK OR I-Oser (FN 37), Art. 394 N 37; Carole Gehrer Cordey/Gion Giger, in: Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Obligationenrecht – Einzelne Vertragsverhältnisse – Art. 184–528 OR und Innominatverträge, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2023 (zit. CHK-Verfasser), Art. 394 OR N 94; Allemann/von der Crone (FN 33), SZW 2018, 440; Vischer (FN 43), AJP 2018, 521 f.; Arnold F. Rusch, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285 ff., 288; s.a. BGE 144 III 43 E. 3.1.2, wo die mögliche Erfolgsbedingtheit der Vergütung beim einfachen Auftrag bewusst unterbetont wird, um die Erfolgsbedingtheit der Vergütung beim Mäklervertrag als Wesensmerkmal des Mäklervertrags darstellen zu können: «Das vereinbarte oder übliche Honorar ist im Rahmen des einfachen Auftrags grundsätzlich unabhängig vom Erfolg geschuldet […], wobei dem Erfolg bei der Bemessung des Honorars immerhin auch im Rahmen eines einfachen Auftrags Rechnung getragen werden kann […]», auch E. 3.4.3: «Dass die Leistungen des Beauftragten den Erfolg eines vom Auftraggeber angestrebten Zieles fördern sollen und diesem dienen, ist geradezu typisch für den einfachen Auftrag; diese Interessenlage macht den Vertrag nicht zum Mäklervertrag […]»; zur Widersprüchlichkeit von BGE 144 III 43 auch Allemann/von der Crone (FN 33), SZW 2018, 436.

61 CHK-Gehrer Cordey/Giger (FN 60), Art. 394 OR N 94.

62 BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026, E. 3.1.1; 4A_529/2023, 20.9.2024, E. 6.1; 4A_59/2021, 25.1.2022, E. 3.1.1; 4A_449/2019, 16.4.2020, E. 5.2; 4A_562/2017, 7.5.2018, E. 3.1; 4A_309/2016, 31.8.2016, E. 2.1; BGer, 4C.228/2005, 25.10.2005, E. 3; BGE 131 III 268 E. 5.1.2: «L'art. 413 al. 1 CO est de droit dispositif; les parties peuvent notamment convenir d'une garantie de provision assurant au mandataire des honoraires, même si l'affaire n'a pas abouti […]»; Tercier/Carron (FN 37), N 5044 f., 5063; CHK-Bracher (FN 60), Art. 413 OR N 8; Huguenin (FN 51), N 3348, 3354; s. zur dispositiven Natur von Art. 413 OR auch BGer, 4A_96/2016, 4.4.2016, E. 2.1, und BGE 113 II 49 E. 1b; s.a. BGE 27 II 469 E. 5, wonach die Erfolgsabhängigkeit des Mäklerlohns nur, aber immerhin, «die Regel bildet».

63 Vischer (FN 43), AJP 2018, 521.

64 BK-Gautschi (FN 33), Vorbemerkungen zum Mäklervertrag N 1c.

65 S. Wortlaut von Art. 425 Abs. 2 OR und Art. 440 Abs. 2 OR.

66 BGer, 4A_329/2019, 4A_331/2019, 25.11.2019, E. 7.1; BGE 139 III 223 E. 2.3; 110 II 276 E. 2a; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 16; Tercier/Carron (FN 37), N 4985; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 412 OR N 25.

67 Rolf Weber/Susan Emmenegger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020 (zit. BK-Weber/Emmenegger), Art. 99 OR N 183.

68 BK-Weber/Emmenegger (FN 67), Art. 99 OR N 184.

ist,[69] womit Hinweise auf die Natur des Mäklervertrags zwecks Ausschlusses der Anwendung des einfachen Auftragsrechts gemäss Art. 394 ff. OR zum Zirkelschluss verkommen und reine petitiones principii sind, bei denen das Ergebnis der Argumentation (Inhalt des Mäklervertrags) auch der Ausgangspunkt der Argumentation (Inhalt des Mäklervertrags) ist.[70]

Das lässt sich anhand der bereits erwähnten Pflicht zum Tätigwerden illustrieren. Die h.L. argumentiert hierzu wie ausgeführt, dass sich aus dem Wesen des Mäklervertrags, genauer der dazu gehörenden Erfolgsbedingtheit bzw. sogar doppelten Erfolgsbedingtheit, ergebe, dass den Mäkler (ausser er sei infolge einer vereinbarten Ausschliesslichkeit Exklusivmäkler oder es sei sonst verabredet) keine Pflicht zum Tätigwerden treffe, weshalb es zum Inhalt des Mäklervertrags gehöre, dass den Mäkler keine Pflicht zum Tätigwerden treffe.[71] Abgesehen von der Zirkularität dieses Arguments trifft es wie ausgeführt nicht zu, dass die Erfolgsbedingtheit zum Wesen des Mäklervertrags gehört.[72] Aufgrund der Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR ist deshalb wie beim einfachen Auftrag[73] auch beim Mäklervertrag eine Pflicht zur Erbringung der vereinbarten Leistungen und damit zum Tätigkeitwerden des Mäklers anzunehmen.[74]

Die Natur des Mäklervertrags ist daher kein brauchbares Kriterium, um der Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR nicht zu folgen.[75] Vielmehr wird das Kriterium der Natur des Mäklervertrags von der h.L. eingesetzt, um in verdeckter Kritik des Gesetzgebers die von diesem vorgenommene Qualifikation des Mäklervertrags als qualifizierter Auftrag zu unterlaufen und die Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR auf das einfache Auftragsrecht mit dem Hinweis auf die Natur des Mäklervertrags zu negieren.[76] Das führt zu einer Auslegung von Art. 412 Abs. 2 OR contra legem, welche abzulehnen ist.[77] Es muss deshalb dabei bleiben, dass aufgrund der Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR das einfache Auftragsrecht immer dann auf den Mäklervertrag anwendbar ist, wenn in Art. 412 ff. OR nicht «etwas anderes enthalten» ist.[78]

Damit ist auf den Mäklervertrag ohne Wenn und Aber subsidiär einfaches Auftragsrecht anwendbar.[79]

D. Interessenwahrungspflicht des Mäklers

Gemäss h.L. trifft den Mäkler vorbehältlich einer anderen Abrede z.B. mittels einer Ausschliesslichkeitsklausel eine «im Vergleich zum gewöhnlichen Beauftragten eingeschränkte Treue- und Sorgfaltspflicht».[80]

Dem ist nicht zuzustimmen. Vielmehr trifft den Mäkler aufgrund der subsidiären Anwendbarkeit des einfachen Auftragsrechts gemäss Art. 412 Abs. 2 OR dieselbe Treue- und Sorgfaltspflicht wie den Beauftragten beim einfachen Auftrag gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.[81]

Aber natürlich hängt das genaue Ausmass der Treue- und Sorgfaltspflicht wie auch beim einfachen Auftrag vom konkreten Vertrag ab, wobei beim Mäklervertrag im Regelfall die Treue- und Sorgfaltspflicht bei der Vermittlungsmäklerei umfassender als bei der Nachweismäklerei ist.[82]

---

69 S. III.B.

70 Zur petitio principii im Allgemeinen: Markus Vischer/Dario Galli, Qualifikation einer Gesellschaft als stille Gesellschaft, SZW 2025, 220 ff., 226 Fn 49.

71 S. III.B.

72 S. III.B.

73 S. III.B.

74 Vischer (FN 43), AJP 2018, 521.

75 Vischer (FN 43), AJP 2018, 521.

76 Gl.M. Allemann/von der Crone (FN 33), SZW 2018, 436; wenigstens ehrlich, aber die Zirkularität der Argumentation in optima forma aufzeigend, SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 412 OR N 25: «Die Unterstellung unter das Auftragsrecht ist sachlich fragwürdig, denn zahlreiche Vorschriften des Auftragsrechts passen nicht auf den Maklervertrag. Der Makler ist insbesondere nicht weisungsgebunden, hat keine Tätigkeits- und nicht die eigentliche Treuepflicht des Mandatars […]. Daher sind die Regeln des allgemeinen Auftrags auf den Maklervertrag generell nur soweit anwendbar, als sie mit der Natur des Maklervertrags vereinbar sind […]»; ebenso Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 236: «Die Unterstellung unter Auftragsrecht ist sachlich fragwürdig (Mäkler hat insb. nicht die eigentliche Treuepflicht des Mandatars; keine Pflicht zum Tätigwerden […]).»

77 Vischer (FN 43), AJP 2018, 521.

78 Vischer (FN 43), AJP 2018, 521.

79 Zur subsidiären Anwendbarkeit des einfachen Auftragsrechts auch BGE 139 III 217 E. 2.3: «Le courtage relevant subsidiairement du mandat (art. 412 al. 2 CO) […]»; BGE 106 II 224 E. 4: «Soweit nicht diese [die Sonderbestimmungen für den Mäklervertrag] Platz greifen, ist das allgemeine Auftragsrecht anzuwenden»; Allemann/von der Crone (FN 33), SZW 2018, 435 f.; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil A, § 2 N 5.

80 BGE 124 III 481 E. 3a; s.a. BGer, 4A_329/2019, 4A_331/2019, 25.11.2019, E. 7.1, allerdings vorsichtiger: «peut être moindre».

81 BGer, 4A_213/2023, 9.10.2023, E. 5, und 4A_617/2019,11.5.2020, E. 6.3: «Gli obblighi del mediatore sono analoghi a quelli del mandatario (art. 412 cpv. 2 e 398 cpv. 2 CO)»; 4A_529/2015, 4.3.2016, E. 4.1; s.a. BGer, 4A_329/2019, 4A_331/2019, 25.11.2019, E. 7.1: «A l'instar du mandat, le contrat de courtage fonde un rapport de confiance […]»; BGE 106 II 224: «Gleich dem einfachen Auftrag begründet der Mäklervertrag ein Treueverhältnis zwischen den Beteiligten […]»; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 412 OR N 42: «Der Makler ist mit dem Abschluss des Maklervertrags Treue- und Sorgfaltspflichten unterworfen», auch Teil B, Art. 412 OR N 48 ff., anders aber Teil B, Art. 415 OR N 6; SPR VII/6-Hofstetter (FN 49), 171: «Die Parteien sind mit dem Vertragsabschluss […] Treu- und Sorgfaltspflichten unterworfen.»

82 BGer, 4A_213/2023, 9.10.2023, E. 5; 4A_617/2019, 11.5.2020, E. 6.3.

Am Bestehen einer Treue- und Sorgfaltspflicht des Mäklers ändert nichts, dass der Mäkler nicht für den Erfolg einzustehen hat.[83] Das ist auch beim einfachen Auftrag nicht der Fall.[84] Das ergibt sich daraus, dass sowohl der Mäklervertrag als auch der einfache Auftrag nur eine «obligation de moyens» und nicht auch eine «obligation de résultat» enthalten.[85] Daran ändert auch der (wie ausgeführt nicht zwingend) erfolgsabhängige Mäklerlohn nichts, selbst wenn eine der Bedingungen des Mäklerlohns eine Potestativbedingung ist, also vom Willen des Auftraggebers zur Unterzeichnung des in Frage stehenden Vertrags abhängt,[86] zumal eine erfolgsabhängige und eine von einer Potestativbedingung abhängige Vergütung auch beim einfachen Auftrag möglich ist. Der Schutz des Mäklers bei einem (allenfalls) potestativ bedingten Mäklerlohn ist deshalb nicht darin zu suchen, dass man contra legem Leistungspflichten des Mäklers und insbesondere eine Pflicht zum Tätigwerden des Mäklers verneint,[87] sondern dem Mäkler den Schutz angedeihen lässt, den er bei Potestativbedingungen hat, nämlich den Schutz, der darin liegt, dass Bedingungen, auch Potestativbedingungen,[88] wie bereits angesprochen Verpflichtungen der Beteiligten und damit auch des Auftraggebers zu einen Verhalten nach Treu und Glauben schaffen.[89]

Aufgrund dieser auch für den Mäkler bestehenden Treue- und Sorgfaltspflicht ist klar, dass er dieselbe Interessenwahrungspflicht wie der Beauftragte beim einfachen Auftrag hat.[90]

Diese Interessenwahrungspflicht schliesst wie ausgeführt auch die Pflicht zum Tätigwerden des Mäklers ein, so dass die Treue- und Sorgfaltspflicht und insbesondere auch die Interessenwahrungspflicht den Mäkler nicht nur dann trifft, wenn er tätig wird,[91] sondern ab Vertragsabschluss.[92]

Am Bestehen dieser Pflicht zum Tätigwerden des Mäklers ändert nichts, dass die h.L. aufgrund von Art. 413 Abs. 1 OR bzw. des darin enthaltenen Worts «infolge» einen bestimmt gearteten Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Hauptvertrags verlangt, namentlich bei der Vermittlungsmäklerei einen «psychologischen Zusammenhang».[93] Das verdeckt, dass Art. 413 OR dispositiv ist,[94] was nicht nur in Bezug auf die Tatsache, ob überhaupt ein Kausalzusammenhang bestehen muss,[95] sondern auch in Bezug auf die Art des Kausalzusammenhangs gilt.[96] Überhaupt sind die Parteien frei, die Details der vom Mäkler zu entfaltenden Tätigkeit inkl. der Frage, wie und wann der Mäkler den Mäklerlohn verdient hat, zu definieren, wodurch die Bestimmung dieser Details ebenso wie die Frage des Kausalzusammenhangs zu einer Frage der Vertragsauslegung wird. Das geht bei den sehr komplizierten Regeln zum Kausalzusammenhang der h.L. oft vergessen. Diese Regeln haben sich vielmehr vom jeweils konkret zu beurteilenden Mäklervertrag losgelöst und beruhen auf generalisierenden Überlegungen, die zwar einer objektiven Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ähneln, aber in Tat und Wahrheit keine Auslegung des jeweils konkret zu beurteilenden Mäklervertrags sind.

---

83 SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil A, § 2 N 12.

84 BGE 144 III 43 E. 3.1.2.

85 Vischer (FN 43), AJP 2018, 521.

86 Zu dieser Qualifikation als Potestativbedingung: BGer, 4A_309/2016, 31.8.2016, E. 2.1; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 413 N 2; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 413 OR N 10; SPR VII/6-Hofstetter (FN 49), 171.

87 So aber BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 413 N 3: «Die doppelte Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohns findet ihren Ausgleich im Fehlen einer Pflicht des Mäklers zum Tätigwerden […]»; SPR VII/6-Hofstetter (FN 49), 171: «Diese doppelte Erfolgsabhängigkeit des Mäklerlohns, die den Interessen des Auftraggebers gerecht wird, findet ihren Ausgleich im Fehler einer Ausführungsverpflichtung des Mäklers […].»

88 BSK OR I-Widmer/Costantini (FN 37), Art. 156 N 3; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 413 N 2; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 413 OR N 10 f.; SPR VII/6-Hofstetter (FN 49), 171.

89 S. III.B.

90 BGer, 4A_213/2023, 9.10.2023, E. 5, und 4A_617/2019,11.5.2020, E. 6.3: «Egli [il mediatore] deve curare gli interessi del mandante […].»

91 So aber die h.L., welche wie ausgeführt eine Pflicht zum Tätigwerden des Mäklers vorbehältlich einer anderen Abrede verneint (s. III.B.): BGer, 4A_229/2020, 5.5.2021, E. 4.2: «Le courtier agissant en faveur de son mandant doit veiller aux intérêts de ce dernier […]»; 4A_529/2015, 4.3.2016, E. 4.1: «Ainsi, lorsque le courtier exerce une activité en faveur de son mandat, son devoir de fidélité le contraint de veiller aux intérêts de celui-ci […]»; BGE 110 II 276 E. 2a; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 8; Tercier/Carron (FN 37), N 5029; OFK-Burkhalter (FN 32), Art. 415 OR N 2; SVITK Maklerrecht-Burkhalter (FN 31), Teil B, Art. 415 OR N 6, anders aber Teil B, Art. 412 OR N 42 (teilweise zit. in FN 81), Teil B, Art. 412 OR N 48 ff. .

92 S. Zitate in FN 81.

93 BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026, E. 3.1.1; 4A_562/2017, 7.5.2018, E. 3.3.2; 4A_96/2016, 4.4.2016, E. 2.1; BGE 84 II 542 E. 5; BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 413 N 8; Tercier/Carron (FN 37), N 5060; CHK-Bracher (FN 60), Art. 413 OR N 7.

94 S. III.B.

95 Namentlich BGer, 4A_479/2011, 28.11.2011, E. 2.5: «Nach der Rechtsprechung können die Parteien des Mäklervertrages auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs verzichten […].»

96 Namentlich BGer, 4A_96/2016, 4.4.2016, E. 2.1: «[…] les cocontractants peuvent valablement prévoir que le droit à la rémunération prendra naissance par l'effet d'une causalité plus éloignée encore, voire même sans lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal […]».

Die Interessenwahrungspflicht des Mäklers schliesst auch die Pflicht des Mäklers ein, Instruktionen des Auftraggebers zu befolgen.[97]

Auch das Bundesgericht geht im vorliegend besprochenen Urteil (wie in dessen Vorgängerurteilen) von einer solchen Interessenwahrungspflicht des Mäklers aus, könnte es doch ansonsten keinen Interessenkonflikt des Mäklers und eine Verwirkung seiner Ansprüche gemäss Art. 415 OR bejahen. Entsprechend findet sich im vorliegend besprochenen Urteil (wie in den Vorgängerurteilen) der Hinweis, dass Art. 398 Abs. 2 OR aufgrund der Verweisung in Art. 412 Abs. 2 OR auf den Mäkler Anwendung findet.[98]

Der Mäkler kann sich deshalb bei Verletzung seiner Pflichten, inkl. auch der Pflicht zum Tätigwerden, verantwortlich machen.[99] Daran ändert Art. 415 OR nichts, welcher für bestimmte Konstellationen eine Rechtsfolge der Verletzung von Pflichten des Mäklers festhält, ohne aber abschliessend zu sein.[100]

E. Anwendung von Art. 415 OR auf die Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich

Im hier besprochenen Urteil wird (wie in den Vorgängerurteilen) Art. 415 OR auf die Doppelvermittlungsmäklerei angewendet.[101] Die Doppelvermittlungsmäklerei ist ein gleichzeitiges Tätigwerden für Verkäufer und Käufer *jeweils* in der Form der Vermittlungsmäklerei.[102]

Das hier besprochene Urteil erging (wie die Vorgängerurteile) im Immobilienbereich.[103]

Art. 415 OR spricht aber ganz generell die Doppelmäklerei[104] und dabei zwei verschiedene Tatbestände der Doppelmäklerei an, nämlich die Doppelmäklerei «in einer Weise, die dem Vertrag widerspricht», also die Doppelmäklerei in Verletzung des Mäklervertrags, und die Doppelmäkelei «wider Treu und Glauben», also die Doppelmäklerei in Verletzung von Art. 2 ZGB.[105] Man kann diese beiden Tatbestände auch als negative Bedingungen für den Anspruch auf den Mäklerlohn qualifizieren.[106]

Art. 415 OR behandelt wie gerade ausgeführt die Doppelmäklerei. Art. 415 OR drückt aber ein allgemeines Prinzip aus, nämlich das Prinzip, dass der Auftragnehmer bei Nicht- oder Schlechterfüllung keinen oder nur einen reduzierten Anspruch auf die Vergütung hat.[107]

Weil Art. 415 OR zwei Tatbestände enthält, stellt sich die Frage, ob beide Tatbestände eine eigenständige Bedeutung haben. Die Antwort auf diese Frage hängt mit dem Verständnis von Art. 2 ZGB und auch dem Verständnis des Verhältnisses von Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB zusammen. Bei einer reinen Innensicht auf Art. 2 ZGB und auf den in Art. 2 Abs. 1 ZGB enthaltenen Grundsatz von Treu und Glauben kann man dessen Gehalt bereits bei der Vertragsauslegung berücksichtigen, so dass das Auslegungsresultat nicht mehr durch Art. 2 Abs. 2 ZGB korrigiert werden muss. Bei einer reinen Aussensicht auf Art. 2 ZGB und auf den in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltenen Rechtsmissbrauchsverbot ist das Auslegungsresultat der Schranke von Art. 2 Abs. 2 ZGB unterworfen und allenfalls aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu korrigieren.[108]

Indem Art. 415 OR beide Tatbestände erwähnt, also den Tatbestand der Vertragsverletzung und den Tatbestand der Verletzung von Art. 2 ZGB, scheint Art. 415 OR eher der Aussensicht auf Art. 2 ZGB zu folgen. Letztlich führen aber sowohl die Innen- wie auch die Aussensicht zum gleichen Resultat, wobei beide Blickwinkel durchaus helfen, zum richtigen Resultat zu gelangen.[109]

---

97 BGer, 4A_529/2015, 4.3.2016, E. 4.1.

98 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.1: «[…] Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR […]»; BGE 141 III 64 E. 4.3: «[…] cf. art. 412 al. 2 CO qui renvoi à l'art. 398 al. 2 CO […]»; s.a. BGer, 4A_213/2023, 9.10.2023, ein Urteil, in dem eine unzulässige Doppelvermittlermäklerei verneint wurde, E. 5: «[…] cfr. art. 412 cpv. 3 CO, che rimanda all'art. 398 cpv. 2 CO […]»; s.a. BGer, 4A_216/2024, 3.10.2024, E. 3.1.3, 4A_134/2022, 16.9.2022, E. 6.1, 4C.375/2005, 22.12.2006, E. 4.3, und BGE 111 II 366 E. 1b, mit der Bejahung der Möglichkeit von Interessenkonflikten des Mäklers.

99 Im Allgemeinen BGer, 4A_229/2020, 5.5.2021, E. 3; 4A_329/2019, 4A_331/2019, 25.11.2019, E. 7.2; BGE 110 II 276 E. 2b; 84 II 521 E. 2d; Tercier/Carron (FN 37), N 3041.

100 A.M. wohl BSK OR I-Ammann (FN 37), Art. 412 N 10, anders aber Art. 415 N 6.

101 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.1; BGer, 4A_216/2024, 3.10.2024, E. 3.1.3; BGE 141 III 64 E. 4.3.

102 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.1; BGer, 4A_216/2024, 3.10.2024, E. 3.1.3; BGE 141 III 64 E. 4.3; s. zum Begriff der Vermittlungsmäklerei III.B.

103 S.a. BGer, 4A_134/2022, 16.9.2022, ein Fall ausserhalb des Immobilienbereichs, wo das Bundesgericht es in E. 6 offenliess, ob die Rechtsprechung zur Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich Anwendung findet.

104 BGE 142 III 462 E. 4.3: «[…] art. 415 CO […] caso di una doppia mediazione […]»; s. zur Definition der Doppelmäklerei im Allgemeinen BGer, 4C.375/2005, 22.12.2006, E. 4.3.

105 Leicht abweichend BGer, 4A_213/2023, 9.10.2023, E. 5, 4A_617/2019, 11.5.2020, E. 6.3, 4A_529/2015, 4.3.2016, E. 4.1, BGE 141 III 64 E. 4.1 und Tercier/Carron (FN 37), N 5067, wo davon ausgegangen wird, es gehe beim ersten Tatbestand nicht um eine Vertragsverletzung im Allgemeinen, sondern nur um eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht.

106 BGE 142 III 462 E. 4.3; Tercier/Carron (FN 37), N 5060.

107 Zu diesem Prinzip BSK OR I-Oser (FN 37), Art. 394 N 43.

108 Markus Vischer/Dario Galli, Mehrheitsprinzip bei der Aktiengesellschaft, SZW 2025, 451 ff., 460.

109 Vischer/Galli (FN 108), SZW 2025, 460.

Ob eine Doppelmäklerei den Mäklervertrag oder, wenn man die Aussensicht wählt, Art. 2 ZGB verletzt, ist eine Frage der Auslegung des Mäklervertrags und, wenn man die Aussensicht wählt, eine Frage der Korrektur des Auslegungsresultats durch Art. 2 Abs. 2 ZGB.

Das Bundesgericht legt in konstanter Rechtsprechung Verträge subjektiv-objektiv aus:[110] Zuerst sei in einer subjektiven Auslegung der wirkliche Wille der Vertragsparteien festzustellen (Rekonstruktion des Vertragswillens). Wenn dies nicht möglich sei, sei in einer objektiven Auslegung der hypothetische Wille der Vertragsparteien nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln (Konstruktion des Vertragswillens).[111] Das gilt nach dem Bundesgericht auch für Mäklerverträge.[112]

Dieser konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist allerdings nicht zu folgen. Verträge sind allein objektiv nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.[113]

Im vorliegend besprochenen Urteil (und in den Vorgängerurteilen) versucht das Bundesgericht schon gar nicht, eine subjektive Auslegung des zur Beurteilung stehenden Mäklervertrags, nämlich des Mäklervertrags zwischen dem Verkäufer und dem Mäkler, vorzunehmen.

Vielmehr macht das Bundesgericht generalisierende Ausführungen zu *beiden* Mäklerverträgen, obwohl prozessual nur einer der Mäklerverträge zu beurteilen war, nämlich der Mäklervertrag zwischen dem Verkäufer und dem Mäkler und nicht auch der Mäklervertrag zwischen E. und dem Mäkler. Diese generalisierenden Ausführungen ähneln zwar einer objektiven Auslegung, sind aber in Tat und Wahrheit keine solche Auslegung. Entsprechend unfundiert ist die Behauptung des Bundesgerichts im vorliegend besprochenen Urteil (und in den Vorgängerurteilen), dass die Doppelvermittlungsmäklerei beide Mäklerverträge und Art. 2 ZGB verletze.[114]

F. Nichtigkeit beider Mäklerverträge infolge der Doppelvermittlungsmäklerei?

In BGE 141 III 64 präzisierte das Bundesgericht seine bisherige liberalere Rechtsprechung und hielt für die Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich fest, dass bei einer solchen Doppelvermittlungsmäklerei beide Mäklerverträge nichtig seien.[115] Diese Rechtsprechung wurde im vorliegend besprochenen Bundesgerichtsurteil bestätigt.[116]

Das Bundesgericht begründet diese Ansicht mit dem Hinweis auf Art. 415 OR. Diese Bestimmung spricht aber nur von der Verwirkung der Vergütungsansprüche des Mäklers und nicht von der Nichtigkeit des Mäklervertrags oder gar beider Mäklerverträge.[117]

Nach Art. 19/20 OR sind Verträge nichtig, wenn sie rechtswidrig, ordre-public-widrig, sittenwidrig, persönlichkeitswidrig oder unmöglich sind.[118]

Nach traditioneller Auffassung begründet eine Verletzung vertraglicher Rechte Dritter weder eine Rechtswidrigkeit noch eine Sittenwidrigkeit und damit eine Nichtigkeit des Vertrags im Sinne von Art. 19/20 OR.[119] Nur in Ausnahmefällen ist eine Rechtswidrigkeit gegeben.[120] Bei Vorliegen besonderer Umstände kann zudem eine Sittenwidrigkeit vorliegen.[121] Solche besonderen Umstände können zum Beispiel dann vorliegen, «wenn eine Partei in sittenwidriger Weise zum Vertragsbruch verleitet wird oder wenn ein Vertragsbruch von einem Dritten in sittenwidriger Weise ausgebeutet wird».[122] Eine solche Verleitung zum Vertragsbruch oder Ausbeutung eines Vertragsbruchs kann im vorliegend besprochenen Fall ausgeschlossen werden, weil der im besprochenen Urteil zur Diskussion stehende Mäklervertrag zwischen dem Verkäufer und dem Mäkler der zweitabgeschlossene Vertrag ist.

So oder so ist aber vorbehältlich ausserordentlicher Umstände nur der den erstabgeschlossenen Vertrag verletzende zweitabgeschlossene Vertrag, nicht auch der verletzte erstabgeschlossene Vertrag rechts- oder sittenwidrig und damit nichtig. Denn die Rechts- und Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit eines Vertrags beur-

---

110 Markus Vischer, BGer 4A_449/2019: Entschädigung im Falle der Verletzung der Exklusivitätsklausel, AJP 2020, 1200 ff., 1202 f.

111 BGE 151 III 440 E. 5.8.2; 148 III 57 E. 2.2.1; 148 V 70 E. 5.1.1; 144 III 43 E. 3.3; 142 III 239 E. 5.2.1; 140 III 134 E. 3.2; 138 III 659 E. 4.2.1; Vischer/Galli (FN 70), SZW 2025, 225.

112 BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026, E. 3.1.3; BGE 131 III 268 E. 5.1.3; 113 II 49 E. 1a f.

113 Vischer/Galli (FN 70), SZW 2025, 225; Vischer (FN 110), AJP 2020, 1203.

114 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.1; BGE 141 III 64 E. 4.3.

115 BGE 141 III 64 E. 4.3.

116 BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 3.3; s.a. BGer, 4A_216/2024, 3.10.2024, E. 3.1.3, ebenfalls mit einer Bestätigung von BGE 141 III 64 E. 4.3.

117 Pascal Pichonnaz, Arrêt du Tribunal fédéral du 5 décembre 2014 (4A_214/2014) (publication au recueil officiel prévue), BR 2015, 155 f.

118 BSK OR I-Meise (FN 37), Art. 19/20 N 13.

119 Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. A., Bern 2021 (zit. BK-Brehm), Art. 41 OR N 38.

120 Für einen Anwendungsfall: BGE 114 II 329 E. 2a.

121 BGer, 4C.7/2005, 30.6.2005, E. 4.3; 4C.273/2002, 28.11.2002, E. 3.2; BGE 114 II 329 E. 2a; 114 II 91 E. 4a/aa; 102 II 239 E. 2; BSK OR I-Meise (FN 37), Art. 19/20 N 18.

122 BGer, 4C.273/2002, 28.11.2002, E. 3.2; s.a. BK-Brehm (FN 119), Art. 41 OR N 38a, 255 f.

teilt sich vorbehältlich ausserordentlicher Umstände nach dem Zeitpunkt, in dem er abgeschlossen wurde, weshalb vorbehältlich ausserordentlicher Umstände eine Rückwirkung der im zweitabgeschlossenen Vertrag liegenden Vertragsverletzung auf den verletzten erstabgeschlossenen Vertrag auszuschliessen ist.[123]

Entsprechend wird in der mit der Doppelvermittlungsmäklerei vergleichbaren Konstellation des Doppelverkaufs bei Vorliegen besonderer Umstände die Sittenwidrigkeit des zweitabgeschlossenen Kaufvertrags diskutiert.[124]

Daran ändert grundsätzlich nichts, wenn man wie in Art. 415 OR angelegt in der hier zur Diskussion stehenden Doppelvermittlungsmäklerei nicht nur eine Vertragsverletzung des jeweils anderen Mäklervertrags, sondern bei Wahl der Aussensicht auch eine Verletzung von Art. 2 ZGB sieht.[125] Denn Art. 2 ZGB knüpft an bestehende Rechte und Pflichten eines Vertrags an und definiert diese bzw. setzt ihnen Grenzen.[126] Art. 2 ZGB ist damit grundsätzlich kein Massstab für die Rechts- oder Sittenwidrigkeit eines Vertrags.[127] Vorbehalten bleiben aber Ausnahmefälle, welche auch im Haftpflichtrecht diskutiert werden,[128] auch wenn dort der Begriff der Rechts- und Sittenwidrigkeit gemäss Art. 41 Abs. 1 und 2 OR ein anderer als gemäss Art. 19/20 OR ist.[129] Einer dieser Ausnahmefälle ist die absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR, welche nach der neueren Lehre eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR bewirkt, wodurch Art. 2 ZGB im Falle der absichtlichen Täuschung zu einer Grundschutznorm wird.[130]

So oder so vermag dies aber nur die Nichtigkeit *eines* Vertrags zu begründen, nämlich erneut nur die Nichtigkeit des zweitabgeschlossenen Mäklervertrags, welchen der Mäkler mit dem Verkäufer unter Verschweigen des erstabgeschlossenen Mäklervertrags und damit unter absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR einging.[131]

Der Auffassung des Bundesgerichts, dass bei der Doppelvermittlungsmäklerei beide Mäklerverträge nichtig seien, ist deshalb nicht zu folgen.[132]

Das ist in Bezug auf das vorliegend besprochene Urteil auch deshalb der Fall, weil die Verwirkung der Vergütung und eine allfällige Nichtigkeit nur in Bezug auf einen Mäklervertrag, nämlich den Mäklervertrag zwischen dem Verkäufer und dem Mäkler, und nicht auch in Bezug auf den anderen Mäklervertrag, nämlich den Mäklervertrag zwischen E. und dem Mäkler, zu beurteilen waren.[133]

Damit sollen die Verdienste des hier diskutierten Urteils (und der Vorgängerurteile) nicht herabgemindert werden. Es ist richtig, dass das Bundesgericht den Auftraggeber des Mäklerauftrags konsequent vor der verbreiteten Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich schützt und dem Mäkler den Anspruch auf die Vergütung (und den Aufwendungsersatz) aus dem Mäklervertrag gestützt auf Art. 415 OR versagt.

Es wäre zu wünschen, dass das Bundesgericht den Auftraggeber des Mäklerauftrags auch sonst konsequent schützt, indem es die bestehenden Gesetze anwendet, v.a. was die Bejahung einer uneingeschränkten Treue- und Sorgfaltspflicht und damit auch Interessenwahrungspflicht des Mäklers anbetrifft. Das würde dem Mäkler, v.a. dem Immobilienmäkler, den ihm von der h.L. ausgestellten Freipass in Bezug auf seine Aktivität entziehen und mithelfen, in der Praxis durchaus feststellbare Missbräuche zu verhindern. Man müsste dann nicht einmal die eventuell vorhandene Keule des Vorliegens eines Konsu-

---

123 BGer, 4C.172/2000, 28.3.2001, E. 5e; BSK OR I-Meise (FN 37), Art. 19/20 N 16, 35.

124 Zum Doppelverkauf im Allgemeinen: BGer, 4C.273/2002, 28.11.2002, E. 3.2; Alfred Koller, Der Doppelverkauf von Grundstücken, ZBGR 2025, 337 ff., 340, 343 ff.; Markus Vischer, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 141 ff., 156; s.a. Yannik Minnig, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Bern 2018, N 4.102, zu den Doppelgeschäften im Allgemeinen.

125 S. III.E. zum Verhältnis dieser beiden in Art. 415 OR umschriebenen Fälle.

126 BK-Brehm (FN 119), Art. 41 OR N 53; s. III.E. zum Verhältnis der beiden in Art. 415 OR umschriebenen Fälle der Vertragsverletzung und des Verstosses gegen Treu und Glauben.

127 BK-Brehm (FN 119), Art. 41 OR N 53.

128 OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (FN 32), Art. 41 OR N 37 ff.; BK-Brehm (FN 119), Art. 41 OR N 53a ff.

129 BSK OR I-Meise (FN 37), Art. 19/20 N 15, zur unterschiedlichen Begrifflichkeit.

130 OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (FN 32), Art. 41 OR N 43; Markus Vischer, BGer 4A_285/2017: Deliktische Haftung infolge absichtlicher Täuschung – Abschied von der cic- bzw. Vertrauenshaftung als «dritter Spur»?, AJP 2018, 908 ff., 910 f.; Thierry Urwyler, «Reden ist Silber, Schweigen ist Gold» – eine Abhandlung zur Haftung für Rat und Auskunft, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, 529 ff., 540; BK-Brehm (FN 119), Art. 41 OR N 53i; s.a. BGer, 4A_285/2017, 3.4.2018 (besprochen von Vischer [FN 130], AJP 2018, 908 ff.), wo das Bundesgericht die absichtliche Täuschung als widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR qualifiziert und sich damit mindestens in diesem Urteil von der Culpa-in-contrahendo-Haftung als dritter Spur neben der Vertrags- und der Deliktshaftung verabschiedet.

131 Zu dieser Argumentation der absichtlichen Täuschung bereits BGE 35 II 63 E. 3 a.E.; s.a. BGE 111 II 366 E. 2, wo, m.E. zu Unrecht, eine Aufklärungspflicht des Mäklers über eine Doppelmäklerei bei der Nachweismäklerei verneint wurde.

132 Gl.M. Tercier/Carron (FN 37), N 5036; Pichonnaz (FN 117), 156.

133 S. I.

mentenvertrags bemühen. Die Aussage in BGE 84 II 521 E. 2d («Il [le courtier] est libre d'organiser son activité comme il l'entend […]») müsste dann nicht mehr wiederholt und immer wieder abgeschrieben bzw. noch weiter ausgeschmückt werden,[134] sondern könnte der Rechtsgeschichte überlassen werden.

G. Nachtrag zur ungerechtfertigten Bereicherung im Anweisungsverhältnis

Das vorliegend besprochene Urteil ist nicht nur infolge seiner Ausführungen zur Doppelvermittlungsmäklerei im Immobilienbereich interessant.

Es ist auch deshalb interessant, weil es um die Rückzahlung des (aufgrund von Art. 415 OR) nicht geschuldeten Mäklerlohns in einem Dreiparteienverhältnis ging und deshalb die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung in einem Dreiparteienverhältnis zu beurteilen waren. Das Bundesgericht qualifizierte dieses Dreiparteienverhältnis zu Recht als Anweisungsverhältnis im Sinne von Art. 466 ff. OR. Ebenso hielt es zu Recht fest, dass der geltend gemachte Mangel der Verwirkung des Mäklerlohns gemäss Art. 415 OR den Mäklervertrag zwischen Verkäufer und Mäkler betroffen habe und die ungerechtfertigte Bereicherung deshalb im Valutaverhältnis der Anweisung, d.h. im Verhältnis zwischen Verkäufer und Mäkler, stattgefunden habe, weshalb der Verkäufer entreichert und der Mäkler bereichert gewesen sei und dem Verkäufer deshalb ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Mäkler zugestanden habe.[135] Entsprechend fand die ungerechtfertigte Bereicherung nicht im Deckungsverhältnis der Anweisung, d.h. im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und der C. AG, und auch nicht im Leistungsverhältnis der Anweisung, d.h. im Verhältnis zwischen der C. AG und dem Mäkler, statt.

Eine Entreicherung des Verkäufers, der den Mäklerlohn dem Mäkler ja nicht selbst bezahlt hatte, konnte das Bundesgericht nur deshalb annehmen, weil der Verkäufer aufgrund der Anweisung an die C. AG im Deckungsverhältnis der Anweisung eine Schuld gegenüber der C. AG hatte, weil diese aufgrund seiner Anweisung dem Mäkler den Mäklerlohn zahlte. Daran änderte der Verkauf der Aktien an der C. AG durch den Verkäufer an die Käuferin nichts, hat doch eine Veränderung im Aktionariat einer Aktiengesellschaft grundsätzlich keinen Einfluss auf die Aktiven und Passiven der Aktiengesellschaft und damit auch nicht auf die Forderung der C. AG gegenüber dem Verkäufer aus dem Deckungsverhältnis der Anweisung.

Um die vollständige Rückabwicklung des im Dreiparteienverhältnis dem Mäkler effektiv von der C. AG bezahlten Mäklerlohns zu erreichen, musste der Verkäufer den vom Mäkler mit dem vorliegend besprochenen Urteil erstrittenen Mäklerlohn in Zahlung seiner Schuld gegenüber der C. AG aus dem Deckungsverhältnis an die C. AG weiterleiten. Ob dies effektiv geschah, ist dem vorliegend besprochenen Urteil nicht zu entnehmen. Ebenso ist dem vorliegend besprochenen Urteil nicht zu entnehmen, ob der Mäkler dem Käufer den vom Käufer erhaltenen Mäklerlohn zurückerstattete.

Schlussendlich sei noch erwähnt, dass die C. AG den Mäklerlohn nicht selbst, sondern über ihre Bank bezahlte,[136] weshalb ein weiteres Anweisungsverhältnis zwischen der C. AG, ihrer Bank und dem Mäkler und damit ein Vierparteienverhältnis bestand, wenn man von weiteren möglichen Beteiligten wie weiteren zwischengeschalteten Banken, wie z.B. der Bank des Mäklers, abstrahiert.

---

[134] So z.B. BGer, 4A_309/2025, 8.1.2026, E. 3.1.1, 4A_59/2021, 25.1.2022, E. 3.1.1, BGE 144 III 43 E. 3.1.1: «völlig frei»; BGE 131 III 268 E. 5.1.2 a.E.; Tercier/Carron (FN 37), N 5010, BK-Gautschi (FN 33), Art. 412 OR N 8a.

[135] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.4.2, u.a. unter Hinweis auf BGE 121 III 109 E. 4a, BGE 117 II 404 E. 3a f. und BGE 106 II 689 E. 3b/aa.

[136] BGer, 4A_101/2025, 15.8.2025, E. 2.3.