



**Kantonsgericht von Graubünden
Tribunale cantonale dei Grigioni
Dretgira chantunala dal Grischun**

Ref.:
ZF 02 71

Chur, 3. Dezember 2002

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

Zivilkammer

Vizepräsident Bochsler, Kantonsrichter Heinz-Bommer, Lazzarini, Rehli und Sutter-Ambühl, Aktuar ad hoc Berti.

In der zivilrechtlichen Berufung

der I., Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Fridolin Hubert, Hartbertstrasse 1, 7002 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Imboden vom 12. Juni 2002, mitgeteilt am 18. September 2002, in Sachen des C., Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Victor Benovici, Goldgasse 11, 7002 Chur,

betreffend Auftrag/Mäklervertrag,

hat sich ergeben:

A. Die R. war Eigentümerin von ca. 8'000 m² unerschlossenen Baulandes in der Gemeinde B.. Seit längerer Zeit beabsichtigte sie, dieses Bauland zu verkaufen. Im Jahre 1999 gelangte die I. an die R. und teilte ihr mit, verschiedene Interessenten, welche sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht nannte, seien bereit, ca. 5'000 m² des Baulandes zu erwerben. Einer dieser Interessenten war D., der die I. als Generalunternehmerin mit der Erstellung einer Werkhalle auf einem Teil des Baulandes betraut hatte.

Am 24. November 1999 unterbreitete die I. der R. ein Kaufangebot für insgesamt 5'000 m² Bauland zum Preis von Fr. 80/m² unerschlossen bzw. Fr. 110/m² erschlossen (kB 4). Am 29. November 1999 bot die R. der I. im Gegenzug den Verkauf von ca. 5'000 m² Bauland zum Preis von Fr. 90/m² unerschlossen an (kB 5).

Am 16. März 2000 übermittelte die R. der I. einen Entwurf für den Kaufvertrag mit dem Vorschlag, diesen den Kaufsinteressenten vorzulegen (kB 8). In der Folge unterbreitete die I. den Entwurf an C., welcher Bauland für den Weiterausbau seines Schreinereibetriebes suchte (kB 9). Am 21. August 2000 schloss C. einen Kaufvertrag mit der R. ab für 1'718 m² des Baulandes, nicht erschlossen, zum Gesamtpreis von Fr. 163'260 (bB 4). Der Grundbucheintrag erfolgte gleichentags (bB 4).

B. Am 13. Oktober 2000 stellte die I. C. Rechnung für verschiedene Bemühungen im Zusammenhang mit ihren „Aufwendungen für den Erwerb von Bauland in B.“ im Gesamtbetrag von Fr. 11'011.35 inkl. Mwst. (kB 32). Mit Schreiben vom 19. Oktober 2000 wies C. die Rechnung zurück mit dem Hinweis, er habe der I. nie einen Auftrag erteilt (kB 37).

C. Am 18. September 2001 meldete die I. die vorliegende Streitsache beim Vermittleramt des Kreises Rhäzüns an. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 10. Oktober 2001 bezog die Klägerin gleichentags den Leitschein (act. I/1), welchen sie mit einer Prozesseingabe vom 31. Oktober 2001 (act. I/2) an das Bezirksgericht Imboden frist- und formgerecht prosequierte. Ihr Rechtsbegehren lautete:

1. *Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 11'011.35 nebst Zins zu 5% seit dem 9. Juli 2001 zu bezahlen.*
2. *Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.“*

In seiner Prozessantwort vom 26. November 2001 (act. I/3) liess der Beklagte kostenfällige Abweisung der Klage beantragen.

D. Mit Urteil vom 12. Juni 2002 verneinte das Bezirksgericht Imboden das Zustandekommen eines Vertrages zwischen den Parteien als Teilfrage im Sinne von Art. 94 ZPO, und wies die Klage ab. Die Kosten wurden der Klägerin auferlegt.

E. Dagegen liess die Klägerin am 9. Oktober 2002 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären und die folgenden Anträge stellen:

1. *Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Imboden sei aufzuheben.*
2. *Es sei festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Vertrag betreffend Baulandvermittlung und damit zusammenhängender Leistungen für Ausarbeitung eines Vorvertrages, Quartierer-schliessung, Parzelleneinteilung sowie Aenderung des Baugesetzes zu Stande gekommen ist, und die Streitsache sei zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
3. *Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer für beide Instanzen zulasten des Beklagten.“*

F. Zur Hauptverhandlung am 3. Dezember 2002 erschienen Rechtsanwalt Fridolin Hubert als Rechtsvertreter der Klägerin und Berufungsklägerin sowie lic. iur. P. als substituierter Rechtsvertreter des Beklagten und Berufungsbeklagten. Der Vorsitzende bestätigte, dass die Vollmachten bei den Akten lägen, und dass die Vertröstungen geleistet worden seien. Gegen die Zuständigkeit und Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Bemerkungen zum Beweisverfahren wurden keine gemacht. Beide Rechtsvertreter gaben schriftliche Erklärungen zu den Akten (Art. 51 Abs. 1 lit. B OG). Der Rechtsvertreter des Beklagten und Berufungsbeklagten beantragte, auf die Berufung sei nicht einzutreten, *eventualiter* sei sie vollumfänglich abzuweisen, in beiden Fällen unter Kostenfolge zulasten der Klägerin und Berufungsklägerin. - Auf die Ausführungen der Parteivertreter zur Begründung ihrer Anträge und auf die Erwägungen der Vorinstanz wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen.

Die Zivilkammer zieht in Erwägung :

1. a. Gegen Urteile der Bezirksgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.-- ist Berufung gegeben (Art. 218 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Sie ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einre-

den, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erklärt, und die Berufungsklägerin ist beschwert.

b. Zur Begründung seines Nichteintretensantrages macht der Berufungsbeklagte geltend, die Berufungsklägerin habe mit ihrem zweiten Berufungsantrag unzulässigerweise die Klageart gewechselt; vor dem Kantonsgericht erhebe sie nun eine Feststellungsklage, obwohl sie sich nach wie vor der Leistungsklage bedienen könne und müsse.

Dieser Einwand schlägt fehl. Die Vorinstanz hat wegen der Verneinung der Teilfrage des Vorliegens eines Vertrages zwischen den Parteien richtigerweise einen Vollendentscheid erlassen; hätte sie umgekehrt entschieden, so wäre eine positive Zwischenfeststellung zu treffen und das Verfahren fortzusetzen gewesen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Letzteres erstrebt nun die Berufungsklägerin prozessual zulässigerweise mit ihrem Feststellungsantrag vor dem Kantonsgericht, kombiniert mit dem weiteren Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur dortigen Weiterbehandlung der Leistungsklage.

c. Daher steht der Zulässigkeit der Berufung nichts entgegen. Es ist auf sie einzutreten.

2. In der Berufung hält die Klägerin und Berufungsklägerin daran fest, dass zwischen den Parteien ein Mäklervertrag zustande gekommen sei.

a. Durch den Mäklervertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Nach schweizerischem Recht ist der Mäklervertrag zwingend entgeltlich (OR-Ammann, Art. 412 N 2; Werner Schweiger, Der Maklerlohn, Voraussetzungen und Bemessung, Diss. ZH, Zürich 1986, S. 27); ein unentgeltlicher Vermittlungsauftrag muss als einfacher Auftrag qualifiziert werden (BK-Gautschi, Art. 412 N 2c). Der Maklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Diese Vergütung hat der Auftraggeber dem Makler zu versprechen (Schweiger, a.a.O. S. 27). Das Versprechen kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Der Makler erbringt eine tatsächliche Dienstleistung und benötigt keine Vollmacht, denn nach der gesetzlichen Umschreibung des Mäklervertrages ist er *per definitionem* kein Stellvertreter (Art. 412 Abs. 1 OR; Schweiger, a.a.O. S. 1).

b. Die Klägerin und Berufungsklägerin macht in der Berufung wie vor der Vorinstanz geltend, der Beklagte und Berufungsbeklagte habe ihr einen Auftrag für die Vermittlung von Bauland erteilt. Der Beklagte und Berufungsbeklagte bestreitet, der Klägerin und Berufungsklägerin je irgendeinen Auftrag erteilt zu haben. Die Klägerin und Berufungsklägerin bezeichnete in ihrer Prozesseingabe weder Zeitpunkt noch Umstände der behaupteten Auftragserteilung; sie leitet eine solche vielmehr aus dem Umstand ab, dass der Beklagte und Berufungsbeklagte ihre Vermittlungstätigkeit wissentlich geduldet habe (act. I/2 S. 2 ff.). Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen des Duldens einer Mäklertätigkeit und nahm Dissens in einem wesentlichen Vertragspunkt – jenem der Entgeltlichkeit – vor, weshalb sie das stillschweigende Zustandekommen eines Mäklervertrages verneinte (act. I/6 E. 2 a am Ende).

c. Zum Beweis ihrer nicht weiter substantiierten Behauptung der Auftragserteilung durch den Beklagten und Berufungsbeklagten berief sich die Klägerin und Berufungsklägerin in ihrer Prozesseingabe auf die Zeugen X., Y. und Z.. Keiner dieser Zeugen konnte indes die behauptete Auftragserteilung bestätigen:

aa. Der Zeuge X. ist Geschäftsführer, Gründungsmitglied und Verwaltungsratspräsident der Klägerin und Berufungsklägerin. Entgegen der Behauptung des Rechtsvertreters der Klägerin und Berufungsklägerin in der Berufungsverhandlung hat er in seiner Zeugenaussage vor der Vorinstanz am 5. Februar 2002 nirgends ausgesagt, C. habe der I. einen Auftrag erteilt. Auf die Frage „Erhielt die I. im Jahr 1999 vom Beklagten den Auftrag zur Vermittlung von Bauland für die Erstellung einer Werkhalle?“ hin führte X. vielmehr aus, er habe Namen von möglichen Interessenten für den Erwerb von Bauland – darunter auch C. – von Herrn H., einem Mitaktionär der I., erfahren (Act. IV/6 S. 2, 4. Absatz). X. fügte hinzu: „Ich, d.h. unsere Firma wurde in der Folge aktiv und machte den ersten Schritt, indem wir der R. ein Kaufangebot über 5'000 m² erschlossenes Bauland machten.“ Er räumte auf Ergänzungsfrage des Rechtsvertreters des Beklagten und Berufungsbeklagten ein, dass es keinen Schriftverkehr zwischen der I. und C. „im eigentlichen Sinne“ gegeben habe (act. IV/6 S. 6 sub 2 erster Satz).

bb. Der Zeuge Y., der für die R. die Verhandlungen über den Verkauf des Baulandes führte, sagte aus, es habe von Anbeginn der Verhandlungen an festgestanden, dass die Interessenten für das Bauland die Herren D. und C. gewesen seien (act. IV/7 S. 2 sub 3 letzter Satz). Er habe aber nicht gewusst, „ob überhaupt eine Abmachung zwischen der I. und Herrn D., bzw. zwischen der I. und Herrn C. bestanden“ habe (act. IV/7 S. 3 sub 6 zweiter Absatz).

cc. Schliesslich konnte der von der Klägerin und Berufungsklägerin benannte Zeuge Z. die Erteilung eines Auftrages ebensowenig bestätigen (Act. IV/1 S. 2: „Ob Herr C. der I. jemals einen Auftrag erteilt hatte, um für ihn Bauland zu suchen, das weiss ich nicht“).

dd. Auch keiner der weiteren vier angehörten Zeugen konnten die Erteilung eines Auftrages des Beklagten und Berufungsbeklagten an die Klägerin und Berufungsklägerin bezeugen.

d. Demgegenüber bestätigte der Beklagte und Berufungsbeklagte in der richterlichen Parteibefragung, der Klägerin und Berufungsklägerin keinen Auftrag erteilt zu haben (act. I/6, S. 4 oben).

3. Die Klägerin und Berufungsklägerin macht weiter geltend, es liege ein Anspruch auf Maklerlohn begründendes Verhalten vor, wenn jemand wisse, dass ein anderer für ihn eine Vermittlungstätigkeit ausführen wolle, und dies wissentlich dulde. Dies werde selbst dann angenommen, wenn die Dienste des Maklers abgelehnt worden seien oder ein dem Makler zuvor erteilter Auftrag erloschen sei, der Auftraggeber die Bemühungen des Maklers jedoch weiterhin dulde.

a. Zwar ist aktenkundig, dass der Beklagte und Berufungsbeklagte die Vermittlungstätigkeit der I. duldete und sich mit gewissen ihm von der Klägerin und Berufungsklägerin im Vorfeld des Kaufabschlusses vorgelegten Plänen einverstanden erklärte (vgl. etwa kB 10, 26, 27). Ebenso aktenkundig ist, dass er in seiner einzigen schriftlichen Stellungnahme, die im Recht liegt, beteuert, es habe zwischen den Parteien immer das Verständnis geherrscht, er habe seine Einwilligung zu den Vorschlägen der I. gegeben, „damit mit dem Bau der anderen Parzelle von D.“ begonnen werden könne (act. 37). Dieses Schreiben datiert vom 19. Oktober 2000 und weist die Rechnung der I. (act. 32) zurück.

b. Es ist unbestritten, dass die Klägerin und Berufungsklägerin als Generalunternehmerin von D. beauftragt war, eine Baute auf der Parzelle zu erstellen, die nach Abschluss der Verkaufsverhandlungen mit der R. zur Nachbarsparzelle des Baulandes von C. wurde. Aus der Zeugenaussage des X. geht aus verschiedenen Stellen hervor, dass es durchaus im Interesse der I. lag, dass ein weiterer Interessent von der R. einen Teil des zu verkaufenden Baulandes erwarb, damit der bereits vorliegende Auftrag von D., der nicht die ganze Fläche brauchte, welche die Verkäuferin als Mindestfläche abzugeben bereit war, erfüllt

werden konnte. So sagt X. etwa, er habe für C. „geschaut“ (act. IV/6 S. 3 erste Zeile, S. 5 *sub* 6 zweiter Absatz sowie dort letzter Absatz und oben S. 6). Er räumt ein, dass wären „nicht die vollen 5'000 m² verkauft worden, wäre unserer Firma diese Restparzelle verblieben“ (act. IV/6 S. 4 *sub* 5 zweiter Satz). Überhaupt schimmert in der Zeugenaussage des X. immer wieder durch, dass die I. weniger im Auftrag des C. tätig war als vielmehr auf eine Art und Weise, die sich mit dessen Interessen zwar deckte, aber vollends auf die Erfüllung des von D. erteilten Auftrages gerichtet war.

c. Unter diesen Umständen kann nicht von einer wissentlichen Duldung des Beklagten und Berufungsbeklagten einer spezifisch ihm gewidmeten Vermittlungstätigkeit die Rede sein. Angesichts der zweideutigen Natur der Interessenlage wäre es Sache der Klägerin und Berufungsklägerin gewesen, auf eine schriftliche Fixierung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien hinzuwirken. Dies hat sie unterlassen.

d. Nach dem Gesagten ist weder erstellt, dass der Beklagte und Berufungsbeklagte die Klägerin und Berufungsklägerin den Auftrag zur Ausübung einer Mäklertätigkeit erteilt hat, noch dass er sich durch wissentliche Duldung einer solchen zur Bezahlung eines Mäklerlohnes verpflichtet hat. Die Vorinstanz hat daher im Ergebnis zu Recht das Vorliegen eines Mäklervertrages verneint und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

3. Die Klägerin und Berufungsklägerin macht weiter geltend, im Rahmen eines (entgeltlichen) Auftragsverhältnisses weitere Leistungen für den Beklagten und Berufungsbeklagten erbracht zu haben. Ihre Forderungen (kB 32) umfassen unter anderem Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Quartierplanverfahren, der Parzelleneinteilung und der Änderung des Baugesetzes der Gemeinde B.. Die Klägerin und Berufungsklägerin liess in der Berufungsverhandlung vorgetragen, die genannten Tätigkeiten gehörten „von der Sache her unmittelbar zur Ausführung des Mäklervertrages“; den Abschluss eines ausdrücklichen Auftrages behauptet sie auch vor dem Kantonsgericht nicht. Indes wurde bereits festgehalten (oben E. 2), dass kein Mäklervertrag zwischen den Parteien abgeschlossen wurde. In Bezug auf keine der behaupteten Forderungen hat die Klägerin und Berufungsklägerin den ihr obliegenden Beweis eines entgeltlichen Auftrages (Art. 8 ZGB) erbringen können:

a. Feststeht, dass die Klägerin und Berufungsklägerin zwar bei der Initiierung des Quartierplanverfahrens mitgewirkt hat, dieses aber durch die Gemeinde B.

zusammen mit den drei beteiligten damaligen Grundeigentümer A., den Eheleuten G. und der R. beschlossen und vom Büro T. durchgeführt wurde. Nach Aussage des Zeugen S., damals Gemeindepräsident von B., sei es nie ein Thema gewesen, dass die Grundeigentümer von der I. oder anderen koordiniert würden (act. IV/4 S. 4 dritter Absatz). Zudem hat die R. als Verkäuferschaft dem Beklagten und Berufungsbeklagten sämtliche öffentlich-rechtlichen Kosten im Zusammenhang mit dem Quartierplan im Kaufvertrag überbunden (act. V/1 S. 2 vierter und fünfter Absatz). Bei dieser Sachlage ist es nicht ersichtlich, welche Handlungen seitens der I. C. mit auftragsbegründender Wirkung hätte stillschweigend genehmigen sollen.

b. Bezüglich der Änderung des Baugesetzes der Gemeinde B. sagte der Zeuge X. aus, dass die geplanten Hallen ohne eine Revision nicht realisierbar gewesen wären, weil die jeweiligen Bauherren über doppelt so viel Boden hätten verfügen müssen, um eine solch grosse Halle erstellen zu können (act. IV/6 S. 7). D. als Auftraggeber der Klägerin und Berufungsklägerin bestätigte in seiner Zeugenaussage, dass das Baugesetz eben wegen *seinem* Vorhaben habe geändert werden müssen (act. IV/2 sub 3 zweiter Absatz). Zwar kam die Änderung der Bauvorschriften allen Grundeigentümern zu Gute; es steht aber fest, dass die Klägerin und Berufungsklägerin weder gegenüber der A. noch der Eheleute G. noch der R. irgendeine Forderung in diesem Zusammenhang gestellt hat. Auch der von der Klägerin und Berufungsklägerin behauptete, aber vorne (Erw. 2) verneinte Mäklervertrag verschaffte ihr nicht die Berechtigung, dies gegenüber dem Beklagten und Berufungsbeklagten zu tun.

c. Schliesslich ist die erfolgte Parzellierung für die Klägerin und Berufungsklägerin ebenso Ausfluss der Erfüllung ihres Vertrages mit ihrem Auftraggeber D. und nicht Anlass zur Annahme der Begründung eines stillschweigenden Auftragsverhältnisses mit dem Beklagten und Berufungsbeklagten.

d. Aus diesen Gründen ist die Entscheidung der Vorinstanz (act. I/6 S. 6 erster Absatz) zu bestätigen, dass aufgrund der prozessualen Vorbringen der Parteien und der gegebenen Interessenlage kein stillschweigender Abschluss eines Auftrages angenommen werden kann. Mithin ist die Berufung auch in diesem Punkt und damit vollumfänglich abzuweisen.

4. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird infolge ihres Unterliegens kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 122 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 223 ZPO).

Der Rechtsvertreter des Beklagten und Berufungsbeklagten macht einen Aufwand von insgesamt 9.75 Stunden (davon 8.25 Substitut) geltend. Das Gericht hält die Zusprechung einer Prozessentschädigung von Fr. 1'200 für angemessen.

Demnach erkennt die Zivilkammer :

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.-- sowie einer Schreibgebühr von Fr. 150.--, total somit Fr. 5'150.--, gehen zu Lasten der Berufungsklägerin, die zudem den Berufungsbeklagten mit Fr. 1'200.-- zu entschädigen hat.
3. Mitteilung an:

Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden

Der Vizepräsident

Der Aktuar ad hoc: