



<b>Fall-Nr.:</b>	BE.2018.17
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.11.2018
<b>Entscheiddatum:</b>	19.11.2018

### Entscheid Kantonsgericht, 19.11.2018

**Art. 412 ff. OR (SR 220): Provisionsgarantien, mit denen dem Mäkler der Mäklerlohn oder eine Provision auch für den Fall zugesichert wird, dass nicht er den Vertragsabschluss vermittelt oder ein solcher überhaupt unterbleibt, sind zulässig. Voraussetzung für den Provisionsanspruch des Mäklers ist jedoch, dass er auch tatsächlich für den Auftraggeber tätig geworden ist. Auslegung einer Vertragsklausel bezüglich Provisionsgarantie und Prüfung der Vereinbarung darauf, ob dieser ein pönaler Charakter zukomme (Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 19. November 2018, BE.2018.17).**

#### Sachverhalt:

Der Kläger als Auftragnehmer und der Beklagte als Auftraggeber schlossen am 28. Mai 2015 einen "Verkaufsauftrag". Der Kläger wurde gemäss Vertrag damit beauftragt, sich um den möglichst baldigen Nachweis eines Käufers für die Liegenschaft "Restaurant X" zu bemühen (Ziff. 1). Der Verkaufs-Richtpreis wurde auf Fr. 1'100'000.00 (Ziff. 2) und das Erfolgshonorar auf 3% des Verkaufspreises zuzüglich Mehrwertsteuer (Ziff. 3) festgelegt. Dem Auftragnehmer stehe das volle Honorar zu, wenn innert Jahresfrist nach Beendigung des Auftragsverhältnisses ein Verkauf an einen von ihm nachgewiesenen Interessenten erfolge oder wenn er während der Auftragsdauer einen Interessenten nachweise, der Auftraggeber aber das Geschäft nicht mehr tätigen wolle oder könne, aus welchen Gründen auch immer (Ziff. 5). Sodann vereinbarten die Parteien, dass der Auftragnehmer nach Ablauf bzw. Kündigung des Auftrags Anspruch auf eine pauschale Entschädigung von Fr. 2'000.00 (zuzüglich Mehrwertsteuer) habe (Ziff. 7), und hinsichtlich der Dauer bestimmten sie, dass der Auftrag bis zum 1. Dezember 2015 gelte und sich jeweils um drei weitere Monate erneuere, wenn er nicht einen Monat vor Ablauf schriftlich gekündigt werde (Ziff. 8).



Am 4. März 2017 stellte der Kläger dem Beklagten unter Bezugnahme auf Ziff. 7 des Verkaufsauftrags und die "mündliche Kündigung vom 2. und 3. März 2017" Rechnung über Fr. 2'000.00 ("Pauschal inkl. Spesen") zuzüglich 8% Mehrwertsteuer in Höhe von Fr. 160.00, total Fr. 2'160.00, zahlbar bis 15. März 2017. Mit Schreiben vom 8. März 2017 erklärte der Beklagte dem Kläger, dass er die Rechnung nicht akzeptiere, und nannte dazu verschiedene Gründe, u.a. der Kläger habe keinen Käufer für den im Vertrag genannten Kaufpreis von Fr. 1'100'000.00 gefunden, es sei kein solventer Kunde zur Besichtigung gekommen, die Besichtigungen seien zu kurzfristig angekündigt und nicht koordiniert gewesen und in 21 Monaten habe er "keine 6 potentiellen Interessenten gefunden".

Aus den Erwägungen:

III.

1.a) Die Parteien gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass der dem Streit zugrundeliegende "Verkaufsauftrag" vom 28. Mai 2015 den gesetzlichen Bestimmungen über den Mäklervertrag (Art. 412-418 OR) unterstehe. Soweit diese Bestimmungen keine besondere Regelung enthalten, sind die Vorschriften über den einfachen Auftrag sachgemäss anwendbar (Art. 412 Abs. 2 OR).

b) Mit dem Abschluss eines Mäklervertrags verpflichtet sich der Mäkler, gegen ein Entgelt die Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen, den Abschluss eines Vertrags zu vermitteln oder dem Auftraggeber Interessenten zuzuführen (Art. 412 Abs. 1 OR; BSK OR I-Ammann, Art. 412 N 1 f.). Gemäss Art. 413 Abs. 1 OR ist der Anspruch auf den Mäklerlohn grundsätzlich erfolgsbedingt, d.h. vom Abschluss des Hauptvertrags abhängig. Diese Bestimmung ist allerdings dispositiver Natur. Zulässig ist daher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch die Vereinbarung von Provisionsgarantien, mit denen dem Mäkler der Mäklerlohn oder eine Provision auch für den Fall ganz oder teilweise zugesichert wird, dass nicht er den Vertragsabschluss vermittelt oder ein solcher überhaupt unterbleibt. Mit der Vereinbarung einer Provisionsgarantie kann der Mäkler das Risiko verringern, trotz Förderung der Auftraggeberinteressen keinen Nachweis eines Interessenten erbringen bzw. keinen Abschluss eines Hauptvertrags vermitteln zu können. Der Anspruch des Mäklers auf



die (vereinbarte) Provisionsgarantie setzt jedoch voraus, dass er tatsächlich für den Auftraggeber tätig geworden ist (BGE 100 II 361 E. 3.c/d = Pra 1975 Nr. 5; BGE 131 III 268 E. 5.1.2; BSK OR I-Ammann, Art. 412 N 3 und Art. 413 N 13, mit Hinweisen; CHK-N. Bracher, Art. 413 OR N 9; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Art. 413 OR N 18; Hofstetter, SPR VII/6, S. 181; teils a.M. Gautschi, Berner Kommentar, Art. 412 OR N 3).

c) Die Abreden im Mäklervertrag unterliegen den allgemeinen Auslegungsregeln. Demnach ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen (Tatfrage). Bleibt eine solche Willensübereinstimmung unbewiesen, so sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (Rechtsfrage; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGer 4C.120/2006 E. 2.3; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 15).

2. Der Kläger macht gestützt auf Ziff. 7 des zwischen den Parteien vereinbarten Verkaufsauftrags, wonach der Auftragnehmer nach Ablauf bzw. Kündigung des Auftrags Anspruch auf eine pauschale Entschädigung von Fr. 2'000.00 (zuzüglich Mehrwertsteuer) hat, eine "Entschädigung" bzw. Provisionsgarantie in Höhe von Fr. 2'160.00 (inkl. Mehrwertsteuer) geltend, wohingegen die Vorinstanz durch Vertragsauslegung zum Schluss gelangte, dass keine "Pauschalprovision" (wohl synonym verwendet für Provisionsgarantie) vereinbart worden sei und Ziff. 7 des Verkaufsauftrags ein pönaler Charakter zukomme, weshalb sie, so die Vorinstanz mit Verweis auf Art. 404 OR, ungültig sei. Der Beklagte schliesst sich in seiner Beschwerdeantwort im Wesentlichen der Auslegung der Vorinstanz an.

3.a) Der wirkliche Wille der Parteien und dessen Übereinstimmung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Hinblick darauf, wie Ziff. 7 des Vertrags zu verstehen sei bzw. ob und wann der Kläger Anspruch auf Auszahlung der genannten pauschalen Entschädigung von Fr. 2'000.00 zuzüglich Mehrwertsteuer habe, bildeten vor Vorinstanz kein Thema. Deshalb und weil sich ein übereinstimmender Wille auch den Akten nicht entnehmen lässt, ist eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen.



Auszugehen ist dabei vom Wortlaut. Diesbezüglich schloss die Vorinstanz aus dem Gebrauch des Wortes "Entschädigung" statt der Worte "Provision" oder "Honorar", eine Provisionsgarantie wäre (wenn vom Kläger behauptet) durch den Wortlaut nicht gedeckt. Eine solche Schlussfolgerung erscheint zu eng: Abgesehen davon, dass auch das Gesetz nicht von "Provision", sondern von "Vergütung" oder "Mäklerlohn" spricht, kann der Begriff "Entschädigung" als Bezeichnung für das für eine Tätigkeit geschuldete Entgelt durchaus synonym für "Provision" oder "Honorar" verwendet werden, was gerade bei Laien der Fall sein dürfte. Hinzu kommt, dass die "Provisionsgarantie" gerade keine "Provision", d.h. nicht die Vergütung für den Nachweis der Gelegenheit für den Abschluss eines Vertrags oder die Vermittlung des Abschlusses ist, sondern eine Vergütung für die Förderung der Auftraggeberinteressen auch ohne Nachweis eines Interessenten bzw. Vermittlung eines Hauptvertrags.

b) Nicht gefolgt werden kann sodann der Vorinstanz, wenn sie erwägt, gegen eine Provisionsgarantie spreche, dass das Erbringen von irgendwelchen Aktivitäten im Hinblick auf die Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer nicht erforderlich gewesen sei, da das Entstehen des Anspruchs einzig von der Kündigung des Vertrags abhängig gemacht worden sei. Der Vorinstanz ist zwar zuzustimmen, dass dem Wortlaut nach der Anspruch auf Entschädigung (nur) an den (Vertrags-)Ablauf bzw. eine Kündigung geknüpft ist. Dass ein Tätigwerden implizit ebenfalls mitenthalten sein muss, ergibt sich aber daraus – dies verkennt (seinerseits) der Kläger, wenn er zumindest noch vor Vorinstanz meinte, einen Anspruch auf Provisionsgarantie auch bei Nichterfüllung zu haben –, dass ein solches Tätigwerden nach dem hiavor Ausgeführten (E. 1.b) in jedem Fall Voraussetzung für den Anspruch auf eine Provisionsgarantie ist, mit dem Ergebnis, dass keine Entschädigung geschuldet wäre, wenn der Auftragnehmer gar nicht für den Auftraggeber tätig geworden wäre. Im vorliegenden Fall wurde indessen der Kläger, wie auch der Beklagte zugestand, während der Vertragsdauer tatsächlich tätig. So geht bereits aus dem Antwortschreiben des Beklagten vom 8. März 2017 an den Kläger nach dessen Rechnungsstellung hervor, dass Besichtigungen stattgefunden hatten bzw. der Kläger "keine 6 potentiellen Interessenten" gefunden haben soll. Gemäss den Antworten des Beklagten auf entsprechende Fragen des Vorrichters an der Hauptverhandlung hatte der Kläger immerhin sechs Besichtigungen organisiert, an denen er in einem Fall oder in zwei Fällen auch selbst teilgenommen hatte. Da ein Tätigwerden in diesem Umfang unbestritten ist, sind auch die



Ausführungen des Beklagten, wonach der Kläger nach einem Unfall im Februar oder März nach der Auftragserteilung während etwa drei Monaten im Spital gewesen sei, unbeachtlich. Dies gilt insbesondere auch für die verspätet vorgebrachten und vom eben Gesagten abweichenden Ausführungen des Beklagten in seiner Beschwerdeantwort im Zusammenhang mit einem allfällig geschuldeten Aufwendungsersatz, der Kläger sei aufgrund eines Unfalls rund  $\frac{3}{4}$  Jahre nicht tätig gewesen, habe während eines Jahres gar nichts unternommen und innerhalb der Vertragsdauer von knapp zwei Jahren lediglich zwei bis drei Interessenten vorbringen können, sowie die beklagten Ausführungen, der Kläger sei unfallbedingt ein ganzes Jahr nicht tätig gewesen.

c) Entscheidend für eine Provisionsgarantie spricht (auch), dass sich die Parteien grundsätzlich für mindestens ein halbes Jahr verpflichteten, was aus Ziff. 8 des Verkaufsauftrags hervorgeht; danach vereinbarten die Parteien, dass der Auftrag (Vertragsabschluss am 28. Mai 2015) bis zum 1. Dezember 2015 gelte und sich jeweils um drei weitere Monate erneuere, sollte er nicht einen Monat vor Ablauf schriftlich gekündigt werden. Vor diesem Hintergrund machte die Vereinbarung einer Provisionsgarantie durchaus Sinn, denn damit konnte sich der Kläger wenigstens eine minimale Entlohnung für den Fall verschaffen, dass er in der auf mindestens sechs Monate festgesetzten Vertragsdauer für den Beklagten tätig werden, ein Verkauf aber trotz seiner Bemühungen – aus welchen Gründen auch immer – nicht zustande kommen sollte, und musste sich der Beklagte bewusst werden, dass der Kläger diese Bemühungen nicht unentgeltlich tätigen würde.

d) Nicht schlüssig ist die Erwägung der Vorinstanz, dass Ziff. 7 vor Ziff. 6 hätte stehen müssen, wenn mit dieser eine Provisionsgarantie hätte vereinbart werden sollen. Vielmehr machte es gerade Sinn, die Provisionsgarantie, der ja der Charakter einer "Ausnahmeentschädigung" zukommt, eher am Schluss des Vertrags aufzuführen, also nachdem die ordentliche Entschädigung des Mäklers behandelt worden war.

e) Schliesslich vermag auch der Einwand des Beklagten – soweit dieser Einwand nicht ohnehin verspätet vorgetragen wurde – nicht zu überzeugen, wonach eine Provision für die Aufwendungen des Klägers bei Vertragsabschluss nie thematisiert und er, der Beklagte, vom Kläger nicht auf Ziff. 7 des Vertrags hingewiesen worden sei; der



Beklagte unterschrieb den Verkaufsauftrag selbst und erklärte sich (so) auch ausdrücklich mit Ziff. 7 einverstanden.

f) Im Unterschied zur Vorinstanz – aber in Übereinstimmung mit ihrer Erwägung, dass in Ziff. 7 kein Aufwendungsersatz i.S.v. Art. 413 Abs. 2 OR zu erblicken sei, der ohnehin bereits in Ziff. 6 des Vertrags geregelt wurde – ist demnach davon auszugehen, dass die Parteien mit Ziff. 7 des Verkaufsauftrags eine Provisionsgarantie vereinbarten. Da der Kläger auch unbestrittenermassen für den Beklagten tätig wurde und verschiedene Besichtigungen organisierte, an denen er teilweise teilnahm, hat er grundsätzlich Anspruch auf Auszahlung dieser Garantie in Höhe von Fr. 2'000.00 zuzüglich Mehrwertsteuer, also total Fr. 2'160.00. Daran vermögen auch die Ausführungen der Vorinstanz zum pönalen Charakter der fraglichen Vereinbarung nichts zu ändern: Zum einen ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass der Beklagte weder vor Vorinstanz noch im Beschwerdeverfahren behauptete, er habe den Vertrag nicht früher aufgelöst, weil er eben die Entschädigung nach Ziff. 7 habe vermeiden wollen. In der Beschwerdeantwort führte er lediglich in allgemeiner Weise aus, die Klausel in Ziff. 7 könne den Auftraggeber davon abhalten, den Vertrag zu kündigen, ohne selber geltend zu machen, das sei bei ihm der Fall gewesen. Zutreffend ist zum ändern, dass die Ausübung des jederzeitigen Widerrufsrechts, das auch beim Mäklervertrag gilt (BSK OR I-Ammann, Art. 412 N 6; CHK-N. Bracher, Art. 412 N 11), nicht durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe erschwert werden darf (CHK-N. Bracher, Art. 412 OR N 11). Ein (unzulässiger) pönaler Charakter wird allerdings nur in den Fällen angenommen, in denen trotz vorzeitiger Auftragsbeendigung das ganze Honorar bzw. die ganze Mäklerprovision geschuldet ist (BSK OR I-Weber, Art. 404 N 13; CHK-C. Gehrler Cordey/G. Giger, Art. 404 OR N 9, je mit weiteren Hinweisen), was vorliegend gerade nicht der Fall ist. Aus diesem Grund ist auch der von der Vorinstanz zitierte Entscheid in GVP 1987 Nr. 33 (= SJZ 1988, S. 399 f.) nicht einschlägig, wurde dort doch unabhängig vom Aufwand des Vermittlers eine "Liquidationspauschale" vereinbart für eine Aufkündigung des Vertrags nach mehr als fünf Tagen [nach Vertragsschluss]. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Provisionsgarantie von Fr. 2'000.00 (zuzüglich Mehrwertsteuer) gerade einmal 6% des Erfolgshonorars ausmacht, das sich auf Fr. 33'000.00 belaufen hätte (3% des Verkaufspreises [zuzüglich Mehrwertsteuer; vgl. Ziff. 3 des Verkaufsauftrags] bei einem Verkaufs-Richtpreis von Fr. 1'100'000.00 [vgl. Ziff. 2]). Aufgrund der im Verhältnis zum



Erfolgshonorar geringen Provisionsgarantie und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Möglichkeit, einen allenfalls unverhältnismässig hohen Mäklerlohn vom Richter herabsetzen zu lassen (vgl. Art. 417 OR, dazu sogleich E. 4), ist ein – das hier gar nicht angerufene Widerrufsrecht tangierender – pönaler Charakter von Ziff. 7 des Verkaufsauftrags zu verneinen.