

**Urteil vom 13. September 2016**

ZK1 2015 51

Mitwirkend

Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,  
Kantonsrichter Walter Christen, Hannelore Räber,  
Pius Schuler und Jörg Meister,  
Gerichtsschreiber lic. iur. Mathis Bösch.

In Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin und Berufungsführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte und Berufungsgegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_,

betreffend

Forderung aus Mäklervertrag  
(Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Höfe vom 14. September  
2015, ZGO 2013 12);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Mit Verkaufsauftrag vom 3. August 2010 ermächtigte die C. \_\_\_\_\_ AG die E. \_\_\_\_\_ AG für zwei „I. \_\_\_\_\_“-Doppeleinfamilienhäuser auf der Liegenschaft KTN xx, Schindellegi, inklusive Parkplätze zu einem Mindestverkaufspreis von total Fr. 21'350'000.00 Käufer zu vermitteln (KB 9), wobei nach Ziffer 3 der Mindestverkaufspreis wie folgt kalkuliert ist:

Wohnung 1.1	CHF	6'850'000.00
Wohnung 1.2	CHF	4'550'000.00
Wohnung 2.1	CHF	4'750'000.00
Einliegerwohnung	CHF	1'250'000.00
Wohnung 2.2	CHF	3'950'000.00
Total	CHF	21'350'000.00 inkl. Parkplätze.

Der Verkauf soll an den Meistbietenden erfolgen. Es werden bei den Interessenten Angebote eingeholt. Der definitive Verkaufspreis wird anhand der abgegebenen Angebote, gemeinsam mit Ihnen festgelegt.

In Ziffer 8 des Auftrags wurde folgendes Erfolgshonorar vereinbart:

Das Basiserfolgshonorar beträgt 2.5 % des Verkaufspreises.

Als Verkaufszeitpunkt gilt die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages. Zu diesem Zeitpunkt wird auch das Honorar fällig. Sämtliche Honorare verstehen sich zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Die Provision wird während der Laufzeit dieser Vereinbarung in jedem Veräusserungsfall fällig, auch wenn die Vermittlung nicht über E. \_\_\_\_\_ erfolgt ist.

Vermittelt E. \_\_\_\_\_ einen Käufer, welcher zum Abschluss bereit ist, ist der Auftraggeber dazu verpflichtet, den Abschluss zu tätigen. Voraussetzung ist die Erfüllung des Mindestverkaufspreises. Kommt es seitens Auftraggeber nicht zum Abschluss, ist der Auftraggeber zu einem Unkostenbeitrag von 0.5 % des Verkaufspreises bzw. mindestens CHF 25'000.00 verpflichtet an E. \_\_\_\_\_ als Aufwandsentschädigung zu bezahlen. Der Betrag wird sofort fällig und wird der Provision nicht angerechnet. (...).

Die Parteien vereinbarten, dass auf den Vertrag ausschliesslich schweizerisches Recht anwendbar sei, insbesondere die Bestimmungen über den Mäklervertrag (Art. 412 bis 418 OR; KB 9 Ziff. 14).

Im Recht liegt der am 30. Mai 2012 öffentlich beurkundete Kaufvertrag zwischen der C.\_\_\_\_\_ AG und F.\_\_\_\_\_, der von dieser die Wohnung Nr. 4 im Erd- und Obergeschoss sowie zwei Autoabstellplätze für pauschal Fr. 5'350'000.00 kaufte (KB 10). Dafür stellte die Mäklerin der C.\_\_\_\_\_ AG am selben Tag Fr. 144'450.00 in Rechnung (KB 11 für Wohnung B 2). Neu als A.\_\_\_\_\_ AG firmierend klagte sie nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens am 18. Juni 2013 diesen Betrag beim Bezirksgericht Höfe nebst Zahlungsbefehlskosten von Fr. 195.00 und 5 % Zins seit 7. November 2012 ein. Sie verkündete G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ den Streit, welche sich in der Folge erstinstanzlich auf Seiten der Beklagten als Nebenintervenienten am Prozess beteiligten (Vi-act. D 3 und 4). Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 14. Oktober 2013 die vollumfängliche Klageabweisung, weil sie für eine vorgängige, wider Erwarten gescheiterte Vermittlung derselben Wohneinheit an J.\_\_\_\_\_ der Klägerin schon Fr. 182'250.00 bezahlt habe (vgl. KB 17 Rechnung für Wohnung B 2 bzw. STWE Nr. 4). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 6. Mai 2014 konnte die Vorinstanz zwischen den Parteien keine Einigung erzielen (Vi-act. D 5) und führte einen zweiten Schriftenwechsel durch, in welchem die Parteien an ihren Anträgen festhielten (Replik vom 2. Juni 2014 und Duplik vom 24. September 2014). Sowohl die Beklagte in der Duplik als auch die Klägerin in der abschliessenden Stellungnahme vom 13. November 2014 (Vi-act. V Rz 20) erachteten den Prozess ohne Durchführung eines Beweisverfahrens als spruchreif. Am 16. März 2015 befragte die Vorinstanz dennoch den Inhaber der Beklagten, K.\_\_\_\_\_, und deren Verwaltungsrat, G.\_\_\_\_\_, welcher bis 31. Juli 2012 bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin tätig war (Vi-act. D 7 und 8). Die Parteien haben am 23. April und 29. Juni 2015 dazu Stellung nehmen können (Vi-act. D 10 und 11). Mit Urteil vom 14. September 2015 wies das Bezirksgericht Höfe die Klage ab.

Mit rechtzeitiger Berufung vom 19. Oktober 2015 beantragt die Klägerin, das Urteil des Bezirksgerichts Höfe vollumfänglich aufzuheben und stattdessen ihre Klage gutzuheissen. Die Beklagte verlangt mit Berufungsantwort vom

19. November 2015 Berufungsabweisung (KG-act. 8). Die Klägerin nahm am 14. Dezember 2015 nochmals Stellung (KG-act. 12), wozu sich die Beklagte nicht mehr vernehmen liess.

2. Unbestritten ist, dass der von der Klägerin vermittelte F. \_\_\_\_\_ die Wohneinheit kaufte, für deren Vermittlung an J. \_\_\_\_\_ die Beklagte der Klägerin zuvor schon Fr. 182'250.00 bezahlte. Die Vorinstanz ging davon aus, dass aufgrund einer nachträglichen mündlichen Vereinbarung unter den Parteien die Klägerin ihre Provision für die Vermittlung von J. \_\_\_\_\_ abweichend vom schriftlichen Vertrag bereits nach Abschluss des Kaufvorvertrages in Rechnung stellen konnte. Die daraufhin unbestritten geleistete Zahlung von Fr. 182'250.00 sei als Vorschussleistung im Sinne einer Akontozahlung unter (vertraglichem) Vorbehalt einer definitiven Abrechnung in Gesamtbetrachtung des aus zwei Doppel Einfamilienhäusern bestehenden Projektes „I. \_\_\_\_\_“ an die eingeklagte Provision für den Käufer F. \_\_\_\_\_ anzurechnen, mithin die Klage abzuweisen.

3. Die Klägerin bestreitet im Berufungsverfahren zunächst, dass die Beklagte eine mündliche Abmachung behauptet habe, für die Vermittlung von J. \_\_\_\_\_ die Provision früher als schriftlich vereinbart als Akontozahlung zu bezahlen. Das trifft indes nicht zu. Die Beklagte behauptete in der Klageantwort, dass die Parteien, die damals zueinander in einem persönlich und geschäftlich nahen Verhältnis gestanden hätten, übereingekommen seien, die Vermittlungsprovision in Rechnung zu stellen und zu bezahlen, weil nicht der leiseste Zweifel daran bestand, dass J. \_\_\_\_\_ den Kaufvertrag unterschreiben würde. Als dies wider Erwarten nicht geschehen sei, sei klar gewesen, dass die Klägerin dieses Geld nicht einbehalten könne, sondern dafür einen Nachfolge-Käufer vermitteln müsste (vgl. Klageantwort Rz 5 ff.). Für ihre Behauptungen offerierte sie die Befragung des heute bei der Beklagten tätigen früheren Geschäftsführers der Klägerin, G. \_\_\_\_\_, und des Besitzers und Alleinaktionärs der Beklagten, K. \_\_\_\_\_, als Zeugen. Die Vorinstanz

konnte mithin prüfen, ob die Parteien übereinkamen, die für die Vermittlung von J. \_\_\_\_\_ bezahlten Fr. 182'250.00 als Akontozahlung bei der Klägerin stehen zu lassen. Eine solche Übereinkunft konnten die Parteien ohne weiteres auch erst nach der Zahlung der vor Fälligkeit geleisteten, Provision treffen. Inwiefern die Vorinstanz nicht von diesem Sachverhalt hätte ausgehen dürfen, weil sie G. \_\_\_\_\_ nicht als Zeuge, sondern nur als Partei befragte, legt die Klägerin im Berufungsverfahren konkret nicht dar. Die Richtigkeit dessen Aussage, es sei klar gewesen, dass es keine Doppelprovision geben würde (vgl. angef. Urteil S. 10), ergibt sich auch aufgrund von Ziffer 3 des Verkaufsauftrages (vgl. oben E. 1), wonach der Mindestverkaufspreis bzw. das Erfolgshonorar nach Ziffer 8 des Vertrages für fünf Veräusserungsfälle kalkuliert bzw. geschuldet ist. Zu einem solchen Veräusserungsfall ist es indes beim Kaufinteressenten J. \_\_\_\_\_ nie gekommen.

4. Nach der Rechtsprechung kommen vertragliche und nicht bereicherungsrechtliche Ansprüche zur Anwendung, wenn im Rahmen eines grundsätzlich wirksamen Dauervertrages Leistungen erbracht werden, die sich im Nachhinein als unbegründet erweisen, sofern wenigstens implizit eine Abrechnungspflicht besteht und es noch nicht zu einer Saldoziehung gekommen ist (CHK-Hahn, <sup>3</sup>2016, OR 62 N 38 mit Hinweisen). Der vorliegende Kaufvertrag ist von den Parteien auf die Dauer für den Verkauf von fünf Wohneinheiten angelegt, was sich wie gesagt aus dessen Ziffer 3 in Kombination mit Ziffer 8 zumindest implizit ergibt (oben E. 3 in fine), umso mehr als bei einer Verletzung der Abschlusspflicht durch die Beklagte nur ein Unkostenbeitrag von Fr. 25'000.00 geschuldet ist. Mithin kann die Klägerin für eine der fünf definierten Wohneinheiten keine doppelte Provision erhältlich machen. Sie geht daher im Berufungsverfahren fehl, wenn sie den Umstand der Begleichung einer noch nicht geschuldeten, d.h. noch nicht fälligen Forderung einer Zahlung einer Nichtschuld im Sinne von Art. 63 OR gleichsetzt. Die Vereinbarung des Fälligkeitstermins (bei öffentlicher Beurkundung des Kaufvertrages) schliesst nicht aus, dass der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit erfüllen kann.

Überdies bestritt die Klägerin nie, es sei nicht zu erwarten gewesen, dass J.\_\_\_\_\_ nach Unterzeichnung des Vorvertrages keinen Kaufvertrag abschliessen würde oder dass es sich bei J.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ um die gleiche Wohneinheit handelte. Ob die Beklagte einen abgeschlossenen Vorvertrag durchsetzen könnte, kann hier offengelassen werden. Vereinbart wurde nur die Abschlusspflicht für den Fall der Vermittlung eines kaufswilligen Käufers (KB 9 Ziff. 7 Abs. 3), aber – was die Klägerin nie behauptete – nicht, dass die Beklagte einen nicht mehr kaufswilligen Käufer zum Abschluss zwingen müsste. Vielmehr geht aus der vorliegenden Verkaufsvereinbarung hervor, dass erst mit der öffentlichen Beurkundung eines Kaufvertrages der honorarpflichtige Veräusserungsfall eintritt, womit gleichzeitig das Erfolgshonorar sofort fällig ist. Vor Eintritt der Fälligkeit leistete die Beklagte nicht eine Nichtschuld, sondern zufolge des noch ausstehenden honorarpflichtigen Veräusserungsfalls noch nicht Geschuldetes, was sie sich beim Eintritt des tatsächlichen Veräusserungsfalles anrechnen lassen kann. Deshalb ist die Klage abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Irrtumserfordernis nach Art. 63 Abs. 1 OR käme abgesehen davon bei der Bereicherung aufgrund einer Zahlung im Hinblick auf ein erwartetes, schliesslich aber nicht eingetretenes Ereignis nicht zum Tragen (CHK-Hahn, 32016, OR 63 N 3 i.V.m. OR 62 N 9 f.), weshalb das Geleistete – selbst wenn das von der Beklagten behauptete mündliche Einvernehmen (vgl. oben E. 3) nicht bestehen sollte – nach Art. 62 OR zurückzuerstatten wäre. Die Konditionssperre von Art. 63 OR würde für die Provisionszahlung in der vermeintlichen vertraglichen Verpflichtung im Hinblick auf den erwarteten Abschluss eines Hauptvertrages mit J.\_\_\_\_\_ (condictio causa data causa non secuta) nicht greifen (vgl. Oberhammer/Fraefel, KUKO OR, Art. 62 N 2 i.V.m. Art. 63 N 1 sowie auch Art. 62 N 9, 15 und 17). Die Klägerin vermag keinen Grund aufzuzeigen, wieso sie hätte darauf vertrauen können, dass ihr diese Provisionszahlung geschenkt würde, falls die Wohneinheit entgegen den unbestrittenen sicheren Erwartungen beider Parteien nicht verkauft werden könnte.

5. Unbegründet ist ferner die Rüge, die Vorinstanz hätte keine Beweisverfügung erlassen. Unter der Geltung der bisherigen kantonalen Zivilprozessordnung bezeichnete das Gericht nach Abschluss des Hauptverfahrens die noch zu erhebenden Beweise und traf die für die Abnahme nötigen Anordnungen (§ 117 aZPO). § 117 aZPO gebot nach konstanter Praxis des Kantonsgerichtes nicht die Eröffnung eines formellen Beweisbeschlusses, sondern beinhaltete nur die Pflicht des Richters, nach Abschluss des Hauptverfahrens, in welchem die Parteien ihre Beweisanträge zu stellen haben (§ 102/103 aZPO), zu prüfen, über welche streitige Tatsachen noch Beweis zu erheben ist. Ebenso wenig verlange das neue Recht in jedem Einzelfall zwingend den Erlass einer Beweisverfügung (Art. 154 ZPO; ZK1 2015 38 und 41 sowie ZK2 2015 39 Beschluss vom 15. Dezember 2015 E. 3.d; ZK1 2011 16 vom 14. Februar 2012 E. 2.e/cc; ZK1 2011 26 vom 30. August 2011 E. 2.a mit Hinweisen).

Nachdem die Parteien vorliegend auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichteten und in ihren letzten Rechtsschriften den Prozess ohne Beweisverfahren als spruchreif betrachteten, ist der nachträgliche Vorhalt der Klägerin erstinstanzlich (Vi-act. 39) sowie der Vorwurf im Berufungsverfahren bezüglich einer fehlenden Beweisverfügung unbegründet. Im Übrigen korrigierte der Vorderrichter die Vorladungen zur Befragung von K.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ auf Intervention der Klägerin hin (Vi-act. E 37-42). An den Befragungen konnten die Parteien teilnehmen und nachträglich dazu Stellung nehmen (Vi-act. D 10 f.). Die Klägerin rügte dabei das Beweisverfahren nicht (mehr), sondern machte lediglich in allgemeiner Hinsicht geltend, Aussagen der befragten Personen über Sachverhalte, die von der Beklagten nicht behauptet worden seien, seien beweisuntauglich, ohne konkret darzulegen, welche Fragen und Aussagen nicht auf Behauptungen und entsprechenden Beweisofferten der Parteien beruhten (Vi-act. D 10 Ziff. I/9). Auch im Berufungsverfahren zeigt die Klägerin inhaltlich konkret keine Beweisabnahmefehler auf. Im Übrigen stützte sich die Vorinstanz in ihren massgeblichen Erwägungen

auf Aussagen der Befragten im Rahmen der Sachverhaltsbehauptungen der Beklagten ab (vgl. oben E. 3). Unter diesen Umständen besteht im vorliegenden Fall kein Grund (vgl. auch Gyan, BSK ZPO, <sup>2</sup>2013, Art. 154 N 13), das Fehlen einer (schriftlichen) Beweisverfügung zu beanstanden, zumal sich das Gesetz über die Form ausschweigt (Passadelis, SHK ZPO, 2010, Art. 154 N 10), vielmehr von einer Mehrzahl von jederzeit abänder- und ergänzbaren Beweisverfügungen spricht. Auch in der gegenüber der kantonalen Rechtsprechung (so auch z.B. Basel vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, <sup>2</sup>2013, § 18 N 146) grundsätzlich förmlich strengeren Lehre wird schliesslich dafür gehalten, dass namentlich aus verfahrensökonomischen Gründen ausnahmsweise auf eine (schriftliche) Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO verzichtet werden könne (dazu vgl. Leu, DIKE-Kommentar ZPO, <sup>2</sup>2016, Art. 154 N 34 ff.; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 312 f.; Schmid, KUKO ZPO, <sup>2</sup>2014, Art. 154 N 3a; Brönnimann, BEK ZPO, 2012, Art. 154 N 5 ff.;).

6. Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Klägerin aufzuerlegen und ist diese zu verpflichten, die Beklagte gestützt auf §§ 2, 8 Abs. 2 und 11 GebTRA angemessen zu entschädigen;-

**erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 4'000.00 gehen zu Lasten der Klägerin. Sie werden aus dem geleisteten Vorschuss gedeckt und der Klägerin den Restbetrag von Fr. 4'000.00 aus der Kantonsgerichtskasse zurückbezahlt.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, die Beklagte für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'000.00 zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 144'450.00.
5. Zufertigung an die Parteivertreter (je 2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer  
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Der Gerichtsschreiber

Versand

14. September 2016 rfl