

S. 80 / Nr. 19 Obligationenrecht (d)

BGE 61 II 80

19. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. März 1935 i. S. Süess gegen Achermann

Regeste:

Mäklervertrag.

1. Bemessung des Mäklerlohnes beim Zusammenwirken mehrerer, unabhängig voneinander beauftragter Mäkler. Art. 413 OR. Erw. 3.

2. Ermässigung eines unverhältnismässig hohen Mäklerlohnes durch den Richter nach Art. 417 OR, Begriff der Unverhältnismässigkeit. Erw. 4 u. 5.

A. - Der Beklagte Hans Süess beauftragte den Kläger Leo Achermann am 11. Juni 1932, den Verkauf seines Hotels zum «Schwanen» in Sursee zu vermitteln, und versprach ihm für die Vermittlung eine Provision von 2% auf der Verkaufssumme.

Den gleichen Auftrag erteilte der Beklagte in der Folge auch noch den Liegenschaftsagenten Theiler und Huwiler.

Seite: 81

Sowohl der Kläger wie Theiler und Huwiler gelangten im Verlaufe ihrer Bemühungen an Xaver Troxler in Kriens und bearbeiteten ihn für den Kauf des «Schwanen».

Der Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und Troxler kam am 29. Juli 1932 zustande mit einem Kaufspreis von 200000 Fr.

B. - Auf diesem Kauf hat der Kläger mit der vorliegenden Klage eine Vermittlungsprovision von 4000 Fr. beansprucht, gleich den im Mäklervertrag vereinbarten 2% des Kaufpreises.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt mit der Begründung, der Verkauf an Troxler sei nicht durch den Kläger, sondern durch Huwiler und Theiler zustande gekommen.

Im Beweisverfahren hat der Käufer Troxler als Zeuge ausgesagt, er sei zuerst durch Huwiler auf den «Schwanen» aufmerksam gemacht worden. Wer ihn zum Kauf bestimmt habe, sei «bö» zu sagen. Die Angaben Kaufmanns können zum Entschluss etwas mitbestimmend gewesen sein; am meisten haben aber Huwiler und Theiler dazu beigetragen.

C. - Die Klage ist vom Bezirksgericht Zofingen bis zum Betrage von 1000 Fr., vom Obergericht des Kantons Aargau durch Urteil vom 22. September 1934 in vollem Umfange gutgeheissen worden.

D. - Das Bundesgericht als Berufungsinstanz hat auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes, wonach die Bemühungen des Klägers für den Kaufentschluss Troxlers mitbestimmend gewesen sind, den Provisionsanspruch grundsätzlich ebenfalls geschützt, dagegen mit dem Bezirksgericht auf den Betrag von 1000 Fr. ermässigt, aus folgenden

Erwägungen:

3.- Bei der Bemessung des Anspruches ist davon auszugehen, dass - auch nach der Annahme der Vorinstanz - der Erfolg nicht ausschliesslich auf der Tätigkeit des

Seite: 82

Klägers beruht, sondern zum Teil auf derjenigen der Agenten Huwiler und Theiler, im gesamten also auf dem Zusammenwirken mehrerer, unabhängig voneinander beauftragter Mäkler. Die Vorinstanz erklärt, das sei gleichgültig; in einem solchen Falle habe eben ein jeder Anspruch auf den vollen Mäklerlohn. REICHEL, Die Mäklerprovision, S. 184, bezeichnet diese Ansicht als die in der Praxis vorherrschende, und hält sie de lege lata auch für richtig. Dabei hat er augenscheinlich nicht nur das deutsche, sondern auch das schweizerische Recht im Auge, indem er vornehmlich auf schweizerische Entscheidungen abstellt (Anmerkung 10 auf S. 184): BGE 36 II 10 ff., Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 1896 S. 9 und 119, wo die Urteile des zürcherischen Obergerichtes und des Bundesgerichts i. S. Blinde c. Fritschi abgedruckt sind ferner Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 1895 S. 38 mit einem Urteil des zürcherischen Obergerichtes.

Diese Entscheidungen müssen aber auf den ihnen zugrunde liegenden Tatbestand etwas näher untersucht werden. Sie fallen alle, was nicht zu übersehen ist, in die Zeit vor der detaillierten Regelung des Mäklervertrages durch das revidierte OR (siehe a. OR Art. 405).

a) In BGE 36 II 10 ff. handelte es sich um die Konkurrenz zwischen der Mäklertätigkeit der Kläger Rusillon und Degrange einerseits und eines Notars Fricker andererseits. Den Klägern wurde das vorwiegende Verdienst. am Zustandekommen des Geschäftes zuerkannt und daher die volle Provision zugesprochen: «Or, en l'espèce la situation due à l'activité des demandeurs était telle que la conclusion de la vente du domaine... avec Mercier (dem Käufer) aurait pu avoir lieu aussi sans l'entremise du notaire Fricker». Im Gegensatz hiezu dürfte im vorliegenden Falle, besonders wenn

man die Auskunft des Käufers Troxler beachtet, die Tätigkeit des Klägers kaum die vorwiegende genannt werden.

b) Im Falle Binde c. Fritsche hat der Auftraggeber den

Seite: 83

Kaufvertrag selber abgeschlossen, aber in Anwesenheit des klagenden Mäklers. «Im weitem ist festgestellt» heisst es im bundesgerichtlichen Urteil (Bl. f. h. E. S. 121), «dass der Käufer zwar vorgängige Mitteilungen durch N. (den Dritten) erhalten, jedoch daraufhin mit dem Beklagten nicht in Verbindung getreten ist, sondern das Kaufsobjekt erst nach seiner Unterhandlung mit dem Kläger besichtigt, und darauf gleich am folgenden Tag den Kauf abgeschlossen hat». Also auch hier war der Einfluss des klagenden Mäklers nicht nur mitbestimmend für den Abschluss des Geschäftes, sondern ausschlaggebend.

c) Bl. f. h. E. 1895 S. 38. Hier hat das Gericht der klagenden Mäklerin gar nicht die volle Provision zugesprochen, sondern nur die Hälfte, «da die Tätigkeit derselben sich im wesentlichen darauf beschränkte, den Käufer auf das Kaufsobjekt aufmerksam und mit den Kaufsbedingungen bekannt zu machen, während der Verkaufsabschluss unter den Parteien direkt stattgefunden hat».

Angesichts dieser Entscheidungen geht die Ansicht Reichels, wenn mehrere Mäkler selbständig beauftragt worden seien und jeder eine fördernde Tätigkeit entwickelt habe, so sei die Provision nach der Praxis von jedem voll verdient, zum mindesten für das schweizerische Recht zu weit. Die schweizerische Praxis wägt vielmehr die Tätigkeiten der verschiedenen Mäkler gegeneinander ab und bestimmt darnach die Lohnansprüche. Diese Lösung deckt sich schon mit der logischen Erwägung, dass der Mäkler, dem bei mehreren tatsächlich vorhandenen Ursachen nur ein Anteil am Erfolg zuerkannt werden kann, auch nur auf einen Teil der Entschädigung anspruchsberechtigt sein soll. Sie entspricht aber auch allein der Billigkeit, auf die Reichel a.a.O. S. 186 selber zu sprechen kommt. Er tut dieses Bedenken ab mit der Erwägung, dass der Auftraggeber eben die Folgen tragen müsse, die eine mehrfache Auftraggebung nach sich ziehe. Es gilt jedoch auch wieder zu unterscheiden. Wo der Auftraggeber von Anfang an, ungefähr gleichzeitig mehrere Mäkler zur Verfolgung

Seite: 84

seines Zieles in Bewegung setzt, da mag man nichts dagegen empfinden, dass solche Mehrspurigkeit sich konsequenterweise auch im Momente der Bezahlung auswirke. Aber ganz anders ist die Sachlage dann, wenn zunächst nur ein Mäkler beauftragt worden ist, und erst nachträglich, weil auf Grund jenes Auftrages der Erfolg sich nicht einstellen will, noch weitere beigezogen werden. In einem solchen Falle kann jedenfalls der Erstbeauftragte nicht Anspruch auf den vollen Mäklerlohn erheben. - Der genannte Tatbestand liegt hier offensichtlich vor: Als erster erhielt der Kläger den Vermittlungsauftrag, der Erfolg aber wurde, wie der Käufer Troxler bestätigt, zur Hauptsache erst durch die Agenten Theiler und Huwiler herbeigeführt.

4.- Haben die von Reichel zitierten Entscheidungen schon an sich einen andern Inhalt, als er aus ihnen herausliest, so kommt dazu, dass damals die gesetzliche Vorschrift des heutigen Art. 417 OR mit der Ermächtigung des Richters, einen unverhältnismässig hohen Mäklerlohn herabzusetzen, noch nicht bestanden hat.

Die Vorinstanz will für die Verhältnismässigkeit oder Unverhältnismässigkeit nur die am Erfüllungsort üblichen Provisionen als Massstab gelten lassen. Auf den Umfang der im einzelnen Fall entwickelten Mäklertätigkeit dürfe wegen des aleatorischen Charakters des Mäklervertrages nicht abgestellt werden. Das ist eine *petitio principii*.

Der aleatorische Charakter der Mäkelei bedeutet, dass der Anspruch auf den Mäklerlohn besteht, ohne Rücksicht auf das Mass der aufgewendeten Tätigkeit, und es also nur darauf ankommt, ob das Geschäft infolge der Vermittlung zustandegekommen ist oder nicht. Wo aber gerade diese Voraussetzung nur zum Teil zutrifft und die Vermittlung nicht durch den einen Mäkler allein stattgefunden hat, sondern sich auf eine Mehrheit verteilt, so vermöchte sich der aleatorische Charakter nur dann restlos auszuwirken, wenn gemäss der Auffassung Reichels jeder zum vorneherein Anspruch auf das Ganze hätte. Diese Auffassung

Seite: 85

ist indessen, wie oben erörtert wurde, für das schweizerische Recht abzulehnen. Daraus folgt, dass das Ermässigungsrecht des Richters nach Art. 417 auch dann Platz greift, wenn der vereinbarte Mäklerlohn in Hinsicht auf den Anteil des Klägers am Erfolg als unverhältnismässig hoch erscheint (vgl. bundesgerichtliche Urteile vom 3. Februar 1935 i. S. Zermatten c. Rudaz und vom 8. Oktober 1929 i. S. Lang c. Eigenmann).

5.- In Anwendung seines Ermässigungsrechtes hält das Bundesgericht mit der ersten Instanz dafür, dass das Verdienst des Klägers am Zustandekommen des Geschäftes mit 1000 Fr. angemessen belohnt ist