

Leseprobe

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Obligationenrecht
Einzelne Vertragsverhältnisse
Art. 184–529 OR
und Innominatverträge

4. Auflage

herausgegeben von

Michael Hochstrasser, Tina Huber-Purtschert,
Eva Maissen



Schulthess §

Dreizehnter Titel: Der Auftrag

- 2 Zum gleichen Resultat führt auch **OR 401**. Sobald der Auftraggeber ggü dem Beauftragten allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist, gehen die vom Beauftragten ggü einem Dritten begründeten Forderungen mit den Sicherheiten (OR 170) vGw auf den Auftraggeber über.
- 3 Der Kreditnehmer kann der abgetretenen oder subrogierten Forderung alle **Einreden** entgegenhalten, die ihm im Zeitpunkt der Subrogation bzw im Zeitpunkt, in dem er von der Abtretung Kenntnis erhielt, zustanden.
- 4 Hat der Auftraggeber den Beauftragten befriedigt, muss er den Kreditnehmer benachrichtigen (OR 508 I). Unterlässt er diese **Mitteilung** und bezahlt der Kreditnehmer die Schuld dem Beauftragten doch noch, verliert der Auftraggeber seinen Rückgriff auf den Kreditnehmer (OR 508 II).

Dritter Abschnitt: Der Mäklervertrag

Art. 412

A. Begriff und Form

¹ Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln.

² Der Mäklervertrag steht im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag.

¹ Le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat.

² Les règles du mandat sont, d'une manière générale, applicables au courtage.

¹ Col contratto di mediazione il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporsi per la conclusione d'un contratto verso pagamento di una mercede.

² Le disposizioni del mandato propriamente detto sono in genere applicabili al contratto di mediazione.

¹ A brokerage contract is a contract whereby the broker is given the mandate to arrange an opportunity to conclude a contract or to facilitate the conclusion of a contract in exchange for a fee.

² The brokerage contract is generally subject to the provisions governing simple mandates.

Literaturverzeichnis zu OR 412–418

DE HALLER XAVIER, Le contrat de courtage, Bern 2019; FINK JOEL, Erfolgsbedingtheit als Typenmerkmal des Mäklervertrages? Gleichzeitig ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit von Provisionsgarantien, ZBJV 2021, 252 ff; MARQUIS CHRISTIAN, Le contrat

de courtage immobilier et le salaire du courtier, Lausanne 1993; SCHWEIGER WERNER, Der Mäklerlohn, Voraussetzungen und Bemessung, Zürich 1986.

I. Begriffsmerkmale und Struktur des Vertrags

Beim Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, dem Auftraggeber gegen 1
Leistung einer Vergütung die Gelegenheit zum Abschluss eines von Letzterem angestrebten Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines solchen Vertrags zu vermitteln (OR 412 I). **Begriffsmerkmale** des Vertrags sind die Mäklertätigkeit (s OR 412 N 2 ff), die Entgeltlichkeit (s OR 412 N 5) sowie die Erfolgsbedingtheit bzw Erfolgsbezogenheit des Mäklerlohnsanspruchs (s OR 412 N 6; statt vieler: FINK, ZBJV 2021, 254 ff).

Die **Mäklertätigkeit** (Ausführungsobligation des beauftragten Mäklers) be- 2
steht allg in einer Vermittlungstätigkeit, die den Abschluss eines Vertrags bezweckt, was auch immer dessen Natur sei (BGE 139 III 217 E 2.3; 131 III 268 E 5.1.2). Der angestrebte Vertrag wird als Hauptvertrag bezeichnet. Der Mäklervertrag ist ein *Tathandlungsauftrag*. Der Mäkler ist typischerweise nicht Stellvertreter des Auftraggebers und deshalb – vorbehaltlich einer ausdrücklichen Ermächtigung – nicht zum Abschluss des Hauptvertrags ermächtigt (BGE 139 III 217 E 2.3; HOFSTETTER, SPR VII/6, 170).

Gegenstand der Mäklertätigkeit kann die Vermittlung jedes Vertrags sein, an 3
dessen Abschluss der Auftraggeber ein Interesse hat. Der **sachliche Anwendungsbereich** von OR 412 ff ist damit – vorbehaltlich bestimmter Sondervorschriften – umfassend (AMMANN, BSK OR 412 N 4; HONSELL, Obligationenrecht, 374). Sondervorschriften bestehen zB für die private Arbeitsvermittlung (AVG) und für die Heiratsvermittlung (OR 406a–h). Der **pers Anwendungsbereich** von OR 412 ff schliesst sowohl die berufsmässige als auch die gelegentliche Mäklertätigkeit ein (AMMANN, BSK OR 412 N 4).

Nach dem vertragl vereinbarten *Umfang* der Mäklertätigkeit wird zw der 4
Nachweis- und Vermittlungsmäkelei (OR 412 I) und der von der Praxis geschaffenen Zuführungsmäkelei unterschieden. Der **Nachweismäkler** verschafft dem Auftraggeber Kenntnis von einer Abschlussgelegenheit. Er muss einen Interessenten für das angestrebte Geschäft so konkret nachweisen, dass der Auftraggeber Vertragsverhandlungen aufnehmen kann (DE HALLER, 23 f mwH). Der **Vermittlungsmäkler** dagegen soll den Abschluss des Vertrages aktiv fördern (zB durch Teilnahme an den Vertragsverhandlungen oder Lobbying) und auf die Abschlussbereitschaft des potenziellen Vertragspartners hinwirken (s BGE 144 III 43 E 3.1.1). Dazwischen liegt gem einem Teil der Lehre die Tätigkeit des **Zuführungsmäklers**, die im «Zusammenbringen» der Parteien besteht, dh, der Mäkler muss direkten Kontakt zw dem Auftraggeber und dem Dritten herstellen (GAUTSCHI, BK OR N 3a ff Vor 412; **krit** HONSELL, Obligationenrecht, 375). Da die Übergänge zw den versch Erscheinungsformen der Mäklertätigkeit fließend sind, ist deren exakte Abgrenzung in der Realität oft schwierig (DE HALLER, 6). Der im Einzelfall

geschuldete Umfang der Mäklertätigkeit ergibt sich aus der Parteivereinbarung. Das Gesetz stellt dazu *keine Vermutung* auf (BGE 90 II 92 E 2; sa BGE 4A_75/2016 E 3.2 mwH). Im Gegensatz zur hL positioniert sich das BGER auch gegen die Beachtung einer allfälligen Übung (zB Nachweismäkelei bei Berufsmäklern), wenn sie weder durch die Parteien zum Vertragsbestandteil erhoben wurde noch nach dem Vertrauensprinzip als Hilfsmittel für die Auslegung der Parteierklärungen in Betracht kommt (BGE 90 II 92 E 4; sa BGE 4A_69/2012 E 4.2; aM AMMANN, BSK OR 412 N 12; BUCHER, OR BT, 237; HONSELL, Obligationenrecht, 375; HUGUENIN, N 3355). Die Entfaltung der vereinbarungsgemässen Tätigkeit ist indes Voraussetzung für die Entstehung des Entgeltsanspruchs (BGE 90 II 92 E 2). Haben die Parteien den Umfang der zu erbringenden Mäklertätigkeit bei Vertragsschluss offengelassen, ist der Mäklervertrag nach BGE 90 II 92 E 6 unverbindlich (OR 2), sofern sich eine Einigung darüber nicht aus den gesamten Umständen, insb dem Verhalten der Parteien vor oder nach dem Vertragsschluss, ergibt (aM BUCHER, OR BT, 236; SCHWEIGER, 70 ff mwH).

- 5 Weiteres Begriffsmerkmal des Mäklervertrags ist die **Entgeltlichkeit**. Nach OR 412 I wird der Mäkler «gegen eine Vergütung» tätig. Aufgrund des Gesetzeswortlauts sind Vermittlungsdienste is einer Mäklertätigkeit (s OR 412 N 2 ff) daher vermutungsweise entgeltlich, unabhängig davon ob sie von einem Berufs- oder Gelegenheitsmäkler erbracht werden (GAUTSCHI, BK OR 412 N 2a ff).
- 6 Begriffsmerkmal ist nach hL auch die **Erfolgsbedingtheit** des Mäklerlohnanspruchs, welche aus OR 413 I abgeleitet wird (FINK, ZBJV 2021, 256ff, mit eingehender Analyse der einschlägigen Rsp u Lehre; GAUTSCHI, BK OR 412 N 3 ff; aM SCHWEIGER, 28 ff). Danach ist der Mäklerlohn erst verdient, sobald der Hauptvertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande kommt (Bedingungseintritt; BGE 4A_309/2016 E 2.1; s OR 413 N 1 ff). Charakteristisch ist genau besehen aber nicht die *Erfolgsbedingtheit* des Mäklerlohns, die *abdingbar* ist (BGE 144 III 43 E 3.1.1; 131 III 268 E 5.1.2; zB durch Provisionsgarantien, s OR 413 N 9), sondern dessen **Erfolgsbezogenheit**. Honoriert wird nicht der Aufwand des Mäklers, sondern sein Beitrag zum Abschluss des Hauptvertrags (BGE 138 III 669 E 3.1; 4A_307/2018 E 4.1; 4A_309/2016 E 2.1; 4C.278/2004 E 2.3; VON BÜREN, OR BT, 203f). Die Erfolgsbezogenheit der Vergütung ist auch ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal zum einfachen Auftrag: In beiden Verträgen schuldet der Beauftragte zwar eine erfolgsgerichtete Tätigkeit, die den Eintritt eines ungewissen Erfolgs bezweckt. Die Vergütung des Auftragnehmers entschädigt aber typischerweise dessen sorgfältiges und getreues Tätigwerden unabh vom Erfolgseintritt (s BGE 144 III 43 E 3.1.2 mwH). Charakteristisch für den Mäklerlohn ist hingegen, dass er die Herbeiführung eines meist sehr unsicheren Erfolgs belohnt, dessen Eintritt nicht primär vom Aufwand oder von der Sorgfalt des Mäklers abhängt (VON BÜREN, OR BT, 204, der anschaulich v einem «Belohnungsvertrag» spricht). Diesen Belohnungscharakter verliert die Vergütung auch dann nicht, wenn die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit und im Einklang

mit der bundesgerichtlichen Rsp eine Provisionsgarantie ieS (s OR 413 N 8f) abschliessen (aM FINK, ZBJV 2021, 269f mWH).

Ein Ausgleich für die (dispositive) Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnanspruchs liegt darin, dass den Mäkler im Regelfall **keine Pfl zum Tätigwerden** trifft (s aber OR 413 N 9). Eine solche kann zwar vereinbart werden, doch verpflichtet sich üblicherweise nur der Auftraggeber (Bezahlung einer Vergütung im Erfolgsfall). Die Ausübung der Mäklertätigkeit dagegen ist bloss *Obliegenheit* mit Aussicht auf Vergütung bei erfolgreicher Tätigkeit. Aufgrund dieser Struktur ist der Mäklervertrag idR *kein synallagmatischer Vertrag*; OR 107–109 sind nicht anwendbar (HOFSTETTER, SPR VII/6, 170f; aM offenbar BGE 4C.268/2001 E 3b).

II. Pflichten der Parteien

Der **Mäkler** ist bei der Organisation seiner Tätigkeit und der Wahl seiner Mittel frei und grds nicht verpflichtet, dazu die Meinung des Auftraggebers einzuholen (BGE 144 III 43 E 3.1.1 f; 84 II 521 E 2d). IdR ist er auch zur Erteilung von Untermäklerverträgen (OR 398 III) befugt (BGE 76 II 378 E 3). Grds hat er zwar nicht die umfassende Interessenwahrungspflicht eines Beauftragten. Entfaltet er jedoch eine Tätigkeit für den Auftraggeber, treffen ihn ähnliche **Treue- und Sorgfaltspflichten** wie den Beauftragten (AMMANN, BSK OR 412 N 8). Er hat dann für die Interessen des Auftraggebers zu sorgen, dh alles zu tun, damit dieser das angestrebte Ziel verwirklichen kann (BGE 110 II 276 E 2a; sa BGE 4A_529/2015 E 4.1). Zu den *Treuepflichten* zählen insb *Informationspflichten* (dh Information über alle Umstände, die für den Hauptvertrag von Bedeutung sein könnten, zB mangelnde Solvenz eines Interessenten; BGE 110 II 276 E 2a; 4A_329/2019 E 7.1) und *Diskretionspflichten* (vertrauliche Behandlung von Angaben des Auftraggebers, die nicht zur Weitergabe an Dritte bestimmt sind; HOFSTETTER, SPR VII/6, 180). *Sorgfältiges* Tätigwerden kann ua die Einholung von Behördenauskünften (zB betr Bebaubarkeit eines Grundstücks) oder von Auskünften zur Solvenz eines Interessenten erfordern (HONSELL, Obligationenrecht, 380). Eine *Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflichten* führt uU zu einer Schadenersatzpflicht des Mäklers (BGE 110 II 276 E 2a). Die Verletzung der Treuepflicht kann überdies zur Verwirkung des Vergütungsanspruchs führen (s OR 415 N 2).

Der **Auftraggeber** ist primär zur Bezahlung des Mäklerlohns im Erfolgsfall und bei besonderer Vereinbarung auch zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet (s OR 413 N 1 ff). Daneben treffen ihn – wie jeden Vertragspartner – *allg Schutz- und Verhaltenspflichten* (ZR 1989, 279 ff E IVc). Er hat dem Mäkler zB mitzuteilen, wenn das Geschäft bereits abgeschlossen wurde oder er nicht mehr daran interessiert ist, damit dieser nicht unnötig tätig wird (AMMANN, BSK OR 412 N 11). Solche Pfl sind allerdings nicht leichthin anzunehmen, sondern müssen den konkreten vertragl Vereinbarungen entnommen werden können (BGE 4A_449/2019 E 6.3).