Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.121/2005 /sza

Urteil vom 5. Juli 2005
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,
Gerichtsschreiber Luczak.

Parteien
X._____,
Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Rolf Kaiser,

gegen

Y._____,
Beklagten und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Pellegrini.

Gegenstand
Mäklervertrag; Provision,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 11. Februar 2005.

Sachverhalt:
A.
Y._____ (Beklagter) plante als Architekt auf einem ihm gehörenden Grundstück in A._____ die Erstellung eines Mehrfamilienhauses mit Eigentumswohnungen, die er zu verkaufen gedachte. Er schloss als Auftraggeber am 31. Januar 1997 mit X._____ (Kläger), ebenfalls Architekt und Grundstückmäkler, als Auftragnehmer unter dem Titel "Verkaufsauftrag im Sinne von Art. 412 ff. OR, mit Provisionsverpflichtung des Käufers" folgende Vereinbarung:
"Der Auftraggeber wird das Objekt nur den Käufern verkaufen, die sich vorgängig verpflichten die Provisionierung des Auftragnehmers wie folgt zu übernehmen: Bei Zustandekommen eines Verkaufes, der im Rahmen dieses Auftrages direkt oder indirekt vermittelt wurde, bezahlt der Käufer dem Auftragnehmer eine Provision von 3 % des erzielten Verkaufspreises, geschuldet mit dem Nachweis eines Käufers, fällig anlässlich der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages."
(Hervorhebungen im Original).
Am 24. März 1999 kam mit einer vom Kläger nachgewiesenen Käuferin ein Kaufvertrag über die Attikawohnung in dem vom Beklagten erstellten Mehrfamilienhaus zum Preis von Fr. 1,64 Mio. zuzüglich Fr. 55'000.– für einen Garagenplatz zustande. Die Handänderung erfolgte am 27. Juli 2000. Die Käuferin hatte sich jedoch nicht verpflichtet, dem Kläger eine Provision in der von den Prozessparteien vereinbarten Höhe von 3 % zu bezahlen. Sie anerkannte vielmehr lediglich, als Provision 2 % von Fr. 1'695'000.– zu schulden und überwies dem Kläger in der Folge Fr. 36'442.50 (= Fr. 33'900.– zuzüglich 7,5 % MwSt).
B.
Der Kläger gelangte an das Bezirksgericht Uster mit dem Rechtsbegehren, den Beklagten zur Zahlung von Fr. 65'859.90 nebst Zins sowie von Fr. 100.– Zahlungsbefehlskosten der Betreibung Nr. _____ des Betreibungsamtes B._____ zu verpflichten und in dieser Betreibung definitive Rechtsöffnung zu gewähren. Die Forderung setzt sich zusammen aus dem Restbetrag von Fr. 18'221.25 der für die Vermittlung der Attikawohnung geschuldeten dreiprozentigen Provision von Fr. 54'663.75 abzüglich des von der Käuferin bezahlten

Betrages und dem auf diesem Betrag geforderten Verzugszins von Fr. 3'036.90 sowie aus einer weiteren Provision von 3 % im Betrage von Fr. 44'601.75 für den Verkauf einer Wohnung in derselben Liegenschaft an den Sohn der Käuferin. Das Bezirksgericht schützte die Klage am 24. Februar 2004 im Umfang von Fr. 18'221.25 zuzüglich 5 % Zins seit dem 24. März 1999 sowie von Fr. 3'036.90 und Fr. 100.– Zahlungsbefehlskosten. In diesem Umfang beseitigte es den Rechtsvorschlag des Beklagten in der genannten Betreibung. Im Übrigen wies es die Klage ab. Auf Berufung beider Parteien verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, den Beklagten am 11. Februar 2005, dem Kläger Fr. 33.90 nebst 5 % Zins ab 17. November
2000 sowie weitere Fr. 25.30 zu bezahlen. Für diese Beträge sowie für Fr. 7.– Betreibungskosten beseitigte das Obergericht den Rechtsvorschlag des Beklagten in der vom Kläger angehobenen Betreibung. Im Mehrbetrag wies das Obergericht die Klage ab.
C.
Der Kläger beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, den Beklagten in teilweiser Aufhebung des Urteils des Obergerichts zu verpflichten, ihm Fr. 18'272.10 zuzüglich 5 % Zins ab 17. November 2000 und Fr. 25.30 sowie Fr. 100.– Betreibungskosten zu bezahlen und in diesem Umfang den Rechtsvorschlag des Beklagten in der erwähnten Betreibung zu beseitigen. Der Beklagte schliesst auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Soweit die Vorinstanz einen Anspruch aus Vermittlung einer Eigentumswohnung an den Sohn der Käuferin ablehnte, lässt der Kläger das kantonale Urteil unangefochten. Darauf ist nicht zurückzukommen.
2.
2.1 Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich, für das Bundesgericht verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG), folgender Sachverhalt:

Der Verkauf der Attikawohnung ist auf die Vermittlung des Klägers zurückzuführen und unterliegt der Vereinbarung der Parteien, nach welcher sich der Beklagte verpflichtet hat, dem Käufer die Pflicht zur Zahlung einer Provision von 3 % des Verkaufspreises zu überbinden. Der Beklagte hat die Käuferschaft aber lediglich darauf hingewiesen, dass zum Kaufpreis eine Mäklerprovision hinzukomme, "für die Ihnen Herr X._____ direkt Rechnung stellen wird". Er hat somit die Attikawohnung verkauft, ohne dass sich die Verkäuferin vorgängig verpflichtet hätte, dem Kläger 3 % Provision zu zahlen und ohne dass der Kläger auf die Einhaltung der Vereinbarung mit dem Beklagten verzichtet hätte.
2.2 Was die Qualifikation der Vereinbarung anbelangt sowie die vom Beklagten verlangte Herabsetzung des Mäklerlohns nach Art. 417 OR, erwog die Vorinstanz, obgleich formell nicht eine Mäklerprovision im Streit liege, sei nicht zu übersehen, dass der tatsächliche Grund der Verpflichtung der Käuferin, auf welche der Beklagte hätte dringen müssen, die Vereinbarung der Parteien über einen Mäklerlohn gewesen sei, die auch dann der zwingenden Bestimmung über die Herabsetzung unterliegen müsse, wenn der Mäklerlohn in Erfüllung der Vereinbarung nicht vom Auftraggeber, sondern vom Erwerber hätte bezahlt werden müssen. Die Vorinstanz setzte sodann die dem Kläger zugesicherte Provision gestützt auf Art. 417 OR von 3 % auf 2 % herab. Sie führte aus, zwar rechtfertige der Umstand, dass der Kläger beruflich im Liegenschaftengeschäft tätig sei, einen verhältnismässig hohen Ansatz für eine erfolgreiche Vermittlung, damit er die allgemeinen Unkosten decken und erfolglose Bemühungen in anderen Fällen ausgleichen könne. Der im Vergleich zu den vom Bundesgericht nach Art. 417 OR entschiedenen Fällen hohe Kaufpreis lege andererseits einen eher tieferen Ansatz nahe, weil die Aufwendungen des Vermittlers ja nicht mit dem Preis wachsen würden und
vorliegend nach eigenen Angaben des Klägers bescheiden ausgefallen seien. Die vom Kläger erstellte Dokumentation sei wohl zweckmässig, aber bescheiden gewesen. Der Kläger habe sie an 24 zu seinem Beziehungsnetz gehörende Personen gesandt. Aufgrund dieser Tätigkeit erscheine ein Ansatz von 3 % bzw. Fr. 50'850.– bei einem vereinbarten Kaufpreis von Fr. 1,695 Mio. als übermässig. Zwar sei auch der 2 % entsprechende Betrag von Fr. 33'900.– für die klägerischen Bemühungen immer noch sehr hoch, doch habe der geschäftsgewandte Beklagte dem Kläger 3 % versprochen, weshalb ein tieferer Ansatz nicht gerechtfertigt wäre.
3.
Der Kläger macht unter Hinweis auf Werner Schweiger, Der Mäklerlohn, Diss. Zürich 1986, S. 231 geltend, eine Schadenersatzforderung, die an die Stelle der Mäklerlohnforderung trete, sei von vornherein nicht nach

Art. 417 OR herabsetzbar. Eine Reduktion käme höchstens nach den allgemeinen Regeln von Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 43 und 44 OR in Frage, deren Voraussetzungen aber nicht gegeben seien, nachdem der Beklagte seine vertragliche Verpflichtung mit voller Absicht verletzt habe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz könne Art. 417 OR keine Anwendung finden, wenn sich der Auftraggeber nicht selbst zur Zahlung der Mäklerprovision, sondern lediglich zur Überbindung der betreffenden Zahlungspflicht verpflichtet habe. Art. 417 OR bezwecke nicht, einen Vertragsbrüchigen und im Liegenschaftengewerbe versierten Vertragspartner zu schützen. Selbst wenn Art. 417 OR anwendbar wäre, würde die von der Vorinstanz vorgenommene Herabsetzung auf 2 % gegen Bundesrecht verstossen. Das Obergericht habe mit der Herabsetzung auf 2 % sämtliche Ansätze unterschritten, auf welche Provisionen für Grundstückmäkler nach der von ihm zitierten Rechtsprechung bisher gekürzt worden seien, ohne dass es dafür ausserordentliche Umstände angerufen
hätte. Indem die Vorinstanz als zentrales Argument für die Herabsetzung den geringen Aufwand des Klägers anführe, setze sie sich über die einhellige Lehre und Rechtsprechung hinweg, wonach nicht der konkrete Arbeits- und Zeitaufwand, sondern der wirtschaftliche Wert der Leistungen des Mäklers massgebend sei. Die Vorinstanz habe missachtet, dass eine Provision von 3 % sich im Rahmen des Üblichen bewege, und sie habe dem Ausnahmecharakter von Art. 417 OR sowie der besonderen Kosten- und Risikotragung des Berufsmaklers keine Rechnung getragen.

4.

4.1 Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Die branchenkundigen Parteien haben ihr Vertragsverhältnis explizit Art. 412 ff. OR unterstellt, der Kläger hat im Auftrag des Beklagten für diesen den Abschluss des Kaufvertrages vermittelt, und der Beklagte hat dem Kläger den Erhalt einer Provision zugesichert. Die Zahlung sollte allerdings nicht durch den Auftraggeber, sondern durch den Käufer erfolgen, wofür zu sorgen sich der Auftraggeber verpflichtete. Der Vertrag weist somit sämtliche Merkmale eines Mäklervertrages auf, wenngleich für die Abgeltung der Vermittlung ein besonderer Modus vereinbart wurde. Da aber die allgemeine Vertragsfreiheit sowohl für die Art als auch - im Rahmen der gesetzlichen Schranken - für das Mass des vereinbarten Mäklerlohnes gilt und nicht nur Geld-, sondern auch andere geldwerte oder Sachleistungen zum Gegenstand des Mäklerlohns gemacht werden können (Bundesgerichtsurteil 4C.143/1990 vom 27. August 1990, E. 3a; Ammann, Basler Kommentar, 3. Auflage, N. 1 zu Art. 413 OR; Rayroux, Commentaire Romand, N. 4 zu Art. 413 OR; Gautschi, Berner
Kommentar, N. 2a zu Art. 413 OR), steht der von den Parteien vorgesehenen Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über den Mäklervertrag nichts entgegen. Die Vorinstanz erkannte daher zu Recht, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger grundsätzlich aus der vertragswidrig unterlassenen Überbindung der Provisionspflicht auf die Käuferin nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig wird.

4.2

4.2.1 Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss oder die Vermittlung eines Grundstückkaufs ein unverhältnismässig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann ihn der Richter auf Antrag des Schuldners auf einen angemessenen Betrag herabsetzen (Art. 417 OR). Der Richter hat dabei die Angemessenheit des Mäklerlohnes im Vergleich zur üblichen Provisionshöhe zu beurteilen (BGE 117 II 286 E. 5b S. 290 mit Hinweisen). Diese bestimmt sich im nichtlandwirtschaftlichen Liegenschaftshandel in der Regel nach einem Prozentsatz der effektiv bezahlten Verkaufssumme und nicht nach dem tatsächlichen Aufwand des Mäklers (Ammann, a.a.O., N. 4 zu Art. 415 OR und N. 4 zu Art. 417; Gautschi, Berner Kommentar, N. 4b zu Art. 414 OR; vgl. ferner: BGE 90 II 92 E. 11). Mit dem aleatorischen Charakter der Mäkelei stünde im Widerspruch, wenn auf die erbrachte Leistung statt auf den Erfolg abgestellt würde (Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/2, S. 129; Rayroux, a.a.O., N. 8 zu Art. 417 OR, mit Hinweisen; Bundesgerichtsurteil 4C.362/1999 vom 22. März 2000, E. 4b/aa). Auszugehen ist von den ortsüblichen Ansätzen (BGE 111 II 366 E. 3c). Gemäss dem Grundgedanken von Art. 417 OR, analog zur Vorschrift von Art. 27 Abs. 2
ZGB übermässige rechtsgeschäftliche Bindungen des Auftraggebers als schwächerer Partei des Mäklervertrages zu verhindern (BGE 117 II 286 E. 5b S. 290 mit Hinweisen; Rayroux, a.a.O., N. 1 zu Art. 417 OR), kann eine vereinbarte Provision, welche nur geringfügig über dem üblichen Tarif liegt, noch nicht als übermässig hoch im Sinne von Art. 417 OR betrachtet werden (vgl. Gautschi, a.a.O., N. 4a zu Art. 417 OR, der annimmt, auch wenn in Basel-Stadt ein Satz von 1,1 % üblich sei, sei ein dort vereinbarter Mäklerlohn von 2 % nicht herabsetzbar). Ausgehend von einer unter den gegebenen Umständen üblichen Provision von etwa 2 % erachtete das Bundesgericht einen vereinbarten Mäklerlohn von 11 % als offensichtlich übermässig (BGE 83 II 151

E. 4c). Neben den üblichen Ansätzen sind auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (BGE 117 II 286 E. 5b S. 290). Das Bundesgericht hat zum Beispiel die Einmaligkeit der nachgewiesenen Gelegenheit (BGE 90 II 92 E. 11 S. 107) oder den Umstand, dass der Beauftragte kein Berufsmäkler war (BGE 83 II 151 E. 4c), in seine Erwägungen einbezogen (Bundesgerichtsurteil 4C.28/1995 vom 1. Oktober 1996, E. 5a). Als Ausnahmebestimmung, die in die Vertragsfreiheit eingreift, ist Art. 417 OR einschränkend
auszulegen (BGE 106 II 56 E. 2a).
Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Provisionsvereinbarung gemäss Art. 417 OR herabzusetzen sei, steht dem Richter ein Ermessensspielraum zu. Derartige Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese im Ergebnis als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 S. 382 mit Hinweisen).
4.2.2 Indem die Vorinstanz dem Kriterium des Aufwandes des Mäklers die ausschlaggebende Bedeutung beimass und die ortsüblichen Ansätze entgegen der klaren Anweisung in dem von ihr angeführten BGE 111 II 366 E. 3c nicht einmal erwähnte, geschweige denn berücksichtigte, ist sie grundlos von anerkannten Grundsätzen des Bundesrechts abgewichen. Eine Rückweisung kann jedoch unterbleiben, da dem Bundesgericht in dieser Hinsicht aus anderen Verfahren hinreichende Daten zur Verfügung stehen. So waren nach BGE 112 II 459 E. 1./2. gemäss der Tarifordnung des Schweizerischen Verbandes der Immobilien-Treuhänder, Sektion Zürich, Ausgabe 1983, für den Verkauf eines Mehrfamilien- oder Geschäftshauses bei einem Verkaufspreis von 1-2 Mio. Franken Mäklerprovisionen von 2,5-3,5 % vorgesehen, und aus dem bereits erwähnten Urteil des Bundesgerichts 4C.28/1995 vom 1. Oktober 1996 geht hervor, dass für die Vermittlung einer überbauten Liegenschaft im Raume Zürich ein Honorar von bis zu 3 % durchaus üblich war. Mit Blick auf den Kaufpreis, der von Fr. 3'000'000.– auf Fr. 2,8 Mio. hinunter gedrückt worden war, hielt das Bundesgericht dafür, die Vorinstanz habe bundesrechtskonform die 3,75 % betragende Provision als nicht übermässig hoch eingestuft, wobei
nicht ins Gewicht falle, dass der Aufwand des Mäklers bescheiden gewesen sei und der Auftraggeber den getätigten Kauf nicht als ein gutes Geschäft eingeschätzt habe. Bei dieser Sachlage lässt sich ohne Weiteres annehmen, dass ein Mäklerhonorar von 3 % nicht aus dem Rahmen des Üblichen fällt, zumal nichts darauf hinweist, dass die betreffenden Ansätze in jüngster Zeit gesunken wären. Hinzu kommt, dass der Beklagte als dem Liegenschaftenhandel nahe stehender Fachmann keines besonderen Schutzes bedarf. Wenn er sich gegenüber dem von Berufs wegen Grundstückmäkelei betreibenden Kläger zur Verschaffung einer Provision von 3% verpflichtet hat, wäre er unter den gegebenen Umständen selbst dann dabei zu behaften, wenn für vergleichbare Objekte Mäklergebühren von etwas weniger als 3 % üblich sein sollten.
4.2.3 Die dem Kläger geschuldete Provision, für welche der Beklagte aufgrund der Verletzung seiner vertraglichen Pflicht einzustehen hat, beläuft sich damit auf insgesamt Fr. 50'850.–. Zusätzlich hat der Kläger Anspruch auf 7,6 % Mehrwertsteuer, wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, so dass dem Kläger für seine Vermittlung insgesamt Fr. 54'714.60 (Fr. 50850.– + Fr. 3'864.60) zustehen. Davon hat die Käuferin wie dargelegt Fr. 36'442.50 beglichen. Der noch offene Restbetrag beläuft sich somit auf Fr. 18'272.10, den der Beklagte dem Kläger als Schaden zu ersetzen hat. Dieser Betrag ist entsprechend dem insoweit unangefochtenen Entscheid der Vorinstanz ab 17. November 2000 mit 5 % zu verzinsen. Ebenso bleibt es mangels Anfechtung bei der Zusprechung von Fr. 25.30 als Verzugszins auf Fr. 36'442.50 für die Zeit vom 17. bis zum 22. November 2000. Hingegen hat der Beklagte dem Kläger ausgangsgemäss die vollen Betreibungskosten von Fr. 100.- zu vergüten. Im dargelegten Umfang ist der Rechtsvorschlag des Beklagten antragsgemäss zu beseitigen.
5.
Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als begründet und ist gutzuheissen. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 11. Februar 2005 aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 18'272.10 nebst 5 % Zins ab 17.

November 2000 und Fr. 25.30 sowie Fr. 100.– Betreibungskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag des Beklagten in der Betreibung Nr. _____ des Betreibungsamtes B._____ beseitigt.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beklagten auferlegt.
3.
Der Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zu neuer Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. Juli 2005
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: