Urteilskopf

103 II 129

22. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. April 1977 i.S. X. AG gegen Y.
Regeste (de):
Mäklervertrag, Konventionalstrafe.

1. Konventionalstrafe bei einem frei widerruflichen Auftragsverhältnis (E. 1).

2. Ein Exklusivmäkler muss tätig werden, ist aber in der Wahl seiner Werbemittel frei (E. 3).

3. Art. 163 Abs. 3 OR. Eine Konventionalstrafe ist herabzusetzen, wenn ein Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen bzw. wahrscheinlichen und dem von den Parteien als möglich vorausgesehenen Schaden besteht (E. 4).

Regeste (fr):
Contrat de courtage, clause pénale.

1. Clause pénale, s'agissant d'un mandat librement révocable (consid. 1).

2. Un courtier exclusif doit déployer une activité, mais il est libre dans le choix de ses moyens d'action (consid. 3).

3. Art. 163 al. 3 CO. Une peine conventionnelle doit être réduite, lorsqu'il y a disproportion entre le dommage effectif ou vraisemblable et celui dont les parties ont envisagé la possibilité (consid. 4).

Regesto (it):
Contratto di mediazione, pena convenzionale.

1. Pena convenzionale nel caso di un mandato liberamente revocabile (consid. 1).

2. Un mediatore esclusivo deve svolgere un'attività, ma è libero nella scelta dei suoi mezzi d'azione (consid. 3).

3. Art. 163 cpv. 3 CO. Una pena convenzionale deve essere ridotta se c'è sproporzione tra il danno effettivo, rispettivamente probabile, e quello di cui le parti hanno previsto la possibilità (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 130

Die X. AG schloss am 14. März 1975 mit Y. einen Mäklervertrag für den Verkauf von 15 Eigentumswohnungen der Überbauung Q. in Z. ab. In Ziffer 7 der Vereinbarung wurde bestimmt, dass der Vertrag bei einer Kündigungsfrist von 30 Tagen frühestens auf den 1. August 1975 aufgelöst werden könne. Ferner sei neben Y. nur A. berechtigt, Wohnungen der Überbauung Q. Ausländern anzubieten. Ziffer 8 des Vertrages sah für den

Fall, dass der Vertrag nicht eingehalten werde, eine Konventionalstrafe von einem Prozent der Kaufpreissumme für alle 15 Eigentumswohnungen vor. In der Folge gelangte Y. in den Besitz eines Rundschreibens der B. AG vom 14. Mai 1975, mit dem diese die genannten Wohnungen zum Kaufe anbot. Y. beschwerte sich am 30. Mai 1975 bei der X. AG über den angeblichen Vertragsbruch. Diese wandte sich darauf an einen Anwalt, welcher am 30. Juni 1975 den Mäklervertrag mit sofortiger Wirkung widerrief. Am 11. August 1975 leitete Y. die Betreibung und am 26. August 1975 Klage für den Betrag von Fr. 50'000.– ein. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hiess am 21. Oktober 1976 die inzwischen auf Fr. 45'760.– nebst 5% Zins seit dem 11. August 1975 herabgesetzte Klage gut. Die Beklagte hat die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt Abweisung der Klage; allenfalls sei die Konventionalstrafe auf Fr. 10'000.– herabzusetzen. Der Kläger beantragt Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Mäklervertrag der Parteien sah vor, dass der Vertrag frühestens auf den 1. August 1975 gekündigt werden konnte. Zu Recht gehen die Parteien mit der Vorinstanz davon aus, dass diese Vereinbarung am zwingenden jederzeitigen Widerrufsrecht von Art. 404 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 412 Abs. 2 OR nichts zu ändern vermochte, so dass die Beklagte das Vertragsverhältnis am 30. Juni 1975 rechtsgültig beendet hat (BGE 98 II 307 E. 2 mit Hinweisen, BGE 57 II 190 E. 1). Streitig ist aber, wieweit das gesetzliche Widerrufsrecht auch die Konventionalstrafe betrifft, denn zweifellos darf eine vereinbarte Konventionalstrafe dieses nicht erschweren (GAUTSCHI, N. 10e zu Art. 404 OR und

N. 3b zu Art. 412 OR). Aber selbst wenn die Konventionalstrafe nach der Vertragsmeinung eine Verletzung der Kündigungsabrede mit einbezöge, schlösse das nicht aus, dass sie darüber hinaus auch gegen andere Vertragsverletzungen schützen sollte. Dass die Parteien überhaupt keine Konventionalstrafe vereinbart hätten, wenn sie über deren Unwirksamkeit bezüglich der Kündigungsklausel im Bilde gewesen wären, ist weder behauptet noch auf Grund der Umstände anzunehmen (Art. 20 Abs. 2 OR). Im übrigen ist es keineswegs unsinnig, in einem frei widerruflichen Auftragsverhältnis eine Konventionalstrafe vorzusehen, sind doch die Parteien auch hier - solange der Widerruf ausbleibt - verpflichtet, den Vertrag einzuhalten. So ändert denn auch ein Widerruf weder an einer begangenen Vertragsverletzung etwas, noch berührt er eine dafür verfallene Konventionalstrafe (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, S. 279). Die Beklagte bringt vor, sie habe sich im Irrtum über die Unzulässigkeit der vertraglichen Kündigungsabreden befunden und deswegen einen früheren Widerruf aus Furcht vor einer Konventionalstrafe unterlassen. Auch die Vorinstanz nimmt an, dass die Parteien die vertragliche Kündigungsklausel irrtümlich für zulässig hielten, und sie setzt sich damit bei der Herabsetzungsfrage auseinander. Der dargelegte Rechtsirrtum bezog sich indessen auf eine gesetzliche Nebenfolge des Vertrages und ist deshalb als blosser Irrtum im Beweggrund nicht wesentlich im Sinne der Art. 23 und 24 OR (BGE 79 II 274 E. 5, BGE 56 II 105 E. 3, BGE 48 II 379 E. 1). Erst recht kann sich die Beklagte nicht auf einen solchen Irrtum berufen, um sich die gleiche Stellung zu verschaffen, wie wenn sie den Auftrag früher widerrufen hätte, anstatt den Vertrag einfach zu brechen, wie ihr vorgeworfen wird (vgl. BGE 98 II 313 E. 4). Zu Recht nimmt die Vorinstanz an, dass die zugunsten des Klägers und A'. vereinbarte Ausschliesslichkeitsklausel beim Mäklervertrag zulässig ist (BGE 100 II 363 E. 3, 72 II 422 mit Hinweisen). In der Beauftragung eines weiteren Mäklers einen teilweisen Widerruf des Auftragsverhältnisses zu erblicken (GAUTSCHI, N. 3e zu Art. 412 OR), käme nur in Betracht, wenn sie dem Vertragspartner mitgeteilt worden wäre. Dies trifft vorliegend nicht zu, wird doch der Beklagten im Gegenteil ein heimliches Vorgehen vorgewor-

fen.

BGE 103 II 129 S. 132

Damit steht fest, dass das Vertragsverhältnis der Parteien bis zu seinem Widerruf seitens der Beklagten am 30. Juni 1975 bestand und dass es für den Fall der Verletzung der Ausschliesslichkeitsabrede durch die Beklagte gültig eine Konventionalstrafe vorsah.

2. Die Vorinstanz wirft der Beklagten vor, sie habe die Ausschliesslichkeitsabrede mit dem Kläger dadurch verletzt, dass sie die Wohnungen in Z. durch die B. AG deutschen Interessenten anbieten liess. Demgegenüber macht die Beklagte geltend, sie habe mit der B. AG keinen rechtsgültigen Vertrag abgeschlossen. Dass nur dann von einer Vertragsverletzung die Rede sein könnte, wenn die Beklagte zum Vorgehen der B. AG ausdrücklich ihre Zustimmung gegeben hätte, kann jedenfalls nicht gesagt werden. Nach der Vereinbarung vom 14. März 1975 hatte die Beklagte vielmehr dafür zu sorgen, dass nicht Dritte die vertraglich zugesicherten Rechte des Klägers verletzten. Damit war schon ein wissentliches Gewährenlassen eines Dritten unvereinbar. Die Vorinstanz stellt denn auch fest, die Beklagte habe zugegeben, dass sie die B. AG nicht daran gehindert habe, Inserate erscheinen zu lassen. Darin liegt auch die Zugabe, dass die Beklagte um die Tätigkeit der B. AG wusste und diese hätte unterbinden können. Dass ihr Zugeständnis und die diesbezügliche Feststellung des angefochtenen Urteils so zu verstehen sind, belegt die massgebliche von der Vorinstanz angeführte Protokollstelle, aus der sich ergibt, dass der Vertreter der Beklagten in diesem Zusammenhang einen möglichen "kleinen Fehler" anerkannte. Wenn die Beklagte demgegenüber vorbringt, dass sie gar nicht in der Lage gewesen sei, gegen die Inserate der B. AG einzuschreiten, weil sie davon nichts wusste bzw. weil die Inserate nicht auf die von ihr zu verkaufenden Eigentumswohnungen in Z. hingewiesen hätten, rügt sie in unzulässiger Weise eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).
Der Kläger weist auch auf ein bei den Akten liegendes Schreiben der B. AG an die Beklagte vom 7. Mai 1975 hin, in dem eine Provisionsabrede bestätigt und Werbemassnahmen erwähnt werden. Im kantonalen Verfahren liess die Beklagte dazu ausführen, dass dieses Bestätigungsschreiben über das hinausging, was zuvor telefonisch abgemacht worden sei, weshalb man der B. AG nicht, wie gewünscht, ein unterzeichnetes

BGE 103 II 129 S. 133

Doppel dieses Schreibens zurückgesandt habe. Demgegenüber bezeichnete es der Kläger als entscheidend, dass die Beklagte - auch nach ihrer eigenen Darstellung - sich nicht gegen diesen Brief verwahrte. Das blieb unwidersprochen und kann ergänzend auch im bundesgerichtlichen Verfahren berücksichtigt werden (Art. 64 Abs. 2 OG). Es bestätigt dies, dass die Beklagte die B. AG bei ihren gegen die Ausschliesslichkeitsabrede verstossenden Verkaufsbemühungen wissentlich gewähren liess. Die Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz nicht über ihre Behauptung Beweis abgenommen habe, der Kläger sei damit einverstanden gewesen, dass die B. AG der Beklagten einzelne Interessenten für die Wohnungen der Überbauung Q. melden und dafür gegebenenfalls einen Mäklerlohn beziehen dürfe. Die Vorinstanz macht indessen der Beklagten die Inseratenkampagne der B. AG zum Vorwurf, was auch nach der Darstellung der Beklagten nicht Gegenstand der behaupteten Abmachung mit dem Kläger war. Ihre Vorbringen sind somit nicht rechtserheblich, weshalb Art. 8 ZGB nicht verletzt sein kann (BGE 95 II 467 E. II/3, 478 E. 2c). Das Handelsgericht stellt verbindlich fest, dass die B. AG im Mai und Juni 1975 für die Überbauung Q. eine intensive Werbekampagne durch Zeitungsinserate betrieben und Werbeprospekte versandt hat. Dass die Beklagte darum wusste und die B. AG gewähren liess, ist auf Grund der gemachten Darlegungen als erstellt anzusehen. Die Vorinstanz hat unter diesen Umständen zu Recht eine Vertragsverletzung seitens der Beklagten angenommen.

3. Die Beklagte macht weiter geltend, der Kläger habe ebenfalls gegen den Vertrag verstossen, weshalb sie ihrerseits einen Anspruch auf Konventionalstrafe habe, den sie mit jenem des Klägers verrechne. Zuzustimmen ist der Beklagten insoweit, als sie aus der Ausschliesslichkeitsabrede der Parteien auf eine Pflicht des Klägers schliesst, für die Beklagte tätig zu werden. Dem entspricht auch die im Vertrag vorgesehene Verpflichtung des Klägers, "die Interessen des Verkäufers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren" (vgl. auch Art. 398 Abs. 2 OR). Da dem Kläger zugleich die Verkaufsbemühungen zusammen mit A. ausschliesslich vorbehalten wurden, wäre völlige Untätigkeit mit dieser Interessenwahrung unvereinbar. Dies muss um so mehr gelten, als

im kantonalen Verfahren unbestritten blieb, dass die Beklagte auf einen raschen Verkauf angewiesen war und der Kläger dies wusste. Unter diesen Umständen spielt es keine entscheidende Rolle mehr, dass der Kläger nach dem Wortlaut des Vertrages berechtigt, nicht aber verpflichtet war, die Eigentumswohnungen der Überbauung Q. in allen Teilen Europas anzubieten. Das Handelsgericht nimmt an, dass der Kläger auf jeden Fall in genügendem Masse für die Beklagte tätig geworden sei. Es stellt dabei auf zahlreiche Schreiben an Interessenten sowie auf zwei Prospekte ab. Diese tatsächlichen Feststellungen binden das Bundesgericht, das seinerseits rechtlich zu würdigen hat, ob der Kläger damit seiner Vertragspflicht genügte (Art. 63 Abs. 2 und 3 OG). Ein Exklusivmäkler muss zwar für seinen Auftraggeber tätig werden, ist aber anderseits gleich wie der gewöhnliche Mäkler in der Wahl seiner Werbemittel frei (BGE 84 II 527 E. 2d; GAUTSCHI, N. 8a zu Art. 412 OR). Bei dieser Rechtslage kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, dass der Kläger es unterlassen hat, Inserate erscheinen zu lassen; unerheblich ist an sich auch, ob er auf Weisung der Beklagten so handelte. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Kläger sich genügend betätigt hat, ist hingegen zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Auftrag volle zwei Monate vor dem Zeitpunkt, auf den nach ihrer Darstellung die Verkäufe erfolgen sollten, widerrufen hat. Anderseits kann vom Kläger auch nicht gesagt werden, dass er sich in einem ausserordentlichen Masse für den Verkauf der Eigentumswohnungen, denen immerhin ein Gesamtverkaufspreis von ungefähr 41/2 Millionen Franken entsprach, eingesetzt hat. Wenn das Handelsgericht unter diesen Umständen auf Grund der von ihm festgestellten Bemühungen zum Schlusse kommt, der Kläger habe den ihm als Exklusivmäkler zukommenden Vertragspflichten genügt, so hält es sich jedenfalls aber im Bereiche zulässigen Ermessens. Damit steht fest, dass die Beklagte ihrerseits keinen Anspruch auf eine Konventionalstrafe hat.

4. Nach dem Vertrag beläuft sich die Konventionalstrafe auf ein Prozent der Kaufpreissumme für alle Eigentumswohnungen, was unstreitig einen Betrag von Fr. 45'760.– ausmacht. Mit ihrem Eventualantrag verlangt die Beklagte auf

Grund von Art. 163 Abs. 3 OR die Herabsetzung der Strafe auf Fr. 10'000.–. Nach Art. 163 Abs. 1 OR können die Parteien an sich die Konventionalstrafe in beliebiger Höhe vereinbaren. Bei der richterlichen Herabsetzung einer Konventionalstrafe ist deshalb Zurückhaltung geboten, da sie einen Einbruch in den fundamentalen Grundsatz der Vertragstreue darstellt. Sie ist nur vorzunehmen, wenn der vertraglich vorgesehene Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse an der Einhaltung des Verbots und die wirtschaftliche Lage der Beteiligten (BGE 95 II 540 E. 5, BGE 91 II 383 E. 11, 82 II

146 E. 3). Im folgenden ist zu prüfen, ob das Handelsgericht diesen Grundsätzen Rechnung getragen hat. Nach dem angefochtenen Urteil ist eine Konventionalstrafe schon deshalb nicht übersetzt, weil beim Abzahlungsvertrag die Strafe 10% des Kaufpreises betragen darf (Art. 226i Abs. 3 und Art. 227h Abs. 3 OR). Dieser Vergleich ist unangebracht, weil die vereinbarte Strafe mit der geschuldeten Leistung in Beziehung zu setzen ist, bei der Verletzung eines Kaufvertrages also mit dem Kaufpreis, bei der Verletzung eines Mäklervertrages dagegen mit dem Mäklerlohn. Unter Hinweis auf BGE 90 II 92 macht die Beklagte geltend, der übliche Mäklerlohn belaufe sich auf höchstens 2% des Kaufpreises. Der vereinbarte Lohn von 8% sei übersetzt, weshalb er in Anwendung von Art. 417 OR auf dieses Mass hätte herabgesetzt werden können. Ebenso sei eine Konventionalstrafe in der Höhe des halben Mäklerlohnes übersetzt. Demgegenüber haben sich nach dem Kläger die Verhältnisse auf dem Liegenschaftenmarkt seit jenem Bundesgerichtsentscheid grundlegend geändert. Wegen der Rezession sei der Verkauf von Liegenschaften schwieriger geworden, weshalb heute ein Mäklerlohn von 8% durchaus üblich sei. Wie es sich damit verhält, kann indessen dahingestellt bleiben. Immerhin ist in dem von der Beklagten zu den Akten gegebenen Bestätigungsschreiben der B. AG vom 7. Mai 1975 für den Verkauf der nämlichen Liegenschaften sogar von einem Mäklerlohn von 10% die Rede. Auch ist unbestritten, dass die

Beklagte auf einen raschen Verkauf der 15 Eigentumswohnungen mit einem Gesamtverkaufspreis von doch ungefähr 4 1/2 Millionen Franken drängte, und zwar in einem Zeitpunkt, in dem ein solcher Verkauf nicht mehr ohne weiteres zu bewerkstelligen war. Unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt es sich jedenfalls nicht, die Konventionalstrafe herabzusetzen. Die Vorinstanz hält es wegen Art. 161 Abs. 1 OR für unerheblich, ob dem Kläger ein Schaden entstanden ist oder nicht. Wohl setzt die Konventionalstrafe danach nicht den Nachweis eines Schadens voraus, was jedoch unter dem Gesichtspunkt der Interessen der Parteien keineswegs einer Herabsetzung der Strafe entgegen steht, wenn ein Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen bzw. wahrscheinlichen und dem von den Parteien bei Vertragsschluss als möglich vorausgesehenen Schaden besteht (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 285). Vorliegend ist entscheidend, dass der Kläger vom Vertragsschluss an mit jederzeitigem, wenn auch nicht mit einem unzeitigen Widerruf des Mäklervertrages rechnen musste. Indem nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz die Parteien sich dessen bei der Festlegung der Konventionalstrafe nicht bewusst waren, überschätzten sie das Interesse des Klägers an der Einhaltung des Vertrags und die entsprechende Schädigungsmöglichkeit durch Vertragsverletzung der Beklagten. Eine derartige Fehleinschätzung der in Betracht kommenden Interessen rechtfertigt auf Grund von Art. 163 Abs. 3 OR eine Herabsetzung der Konventionalstrafe (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 284). Daran ändert entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nichts, dass die Beklagte in ihrem Widerrufsschreiben den Kläger aufforderte, weiter für sie zu arbeiten, widerrief sie doch zugleich den Vertrag samt seiner Ausschliesslichkeitsabrede. Im Hinblick auf das Verschulden ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Vertrag im Glauben an die Gültigkeit der Kündigungsbeschränkung gebrochen hat, wobei allerdings nicht ausser acht zu lassen ist, dass die Bemühungen des Klägers nur knapp genügten und die Beklagte auf den Verkauf der Wohnungen angewiesen war. Ein schweres Verschulden ist jedenfalls nicht gegeben. Die Vorinstanz hat den genannten Herabsetzungsgründen zu Unrecht nicht Rechnung getragen. Angesichts der Bedeutung des dem Kläger erteilten Auftrages ist jedoch eine Konventionalstrafe

von Fr. 10'000.–, wie dies die Beklagte eventuell beantragt, zu tief. In Würdigung aller Umstände rechtfertigt es sich, die Konventionalstrafe auf Fr. 20'000.– zu bemessen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1976 aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 20'000.– nebst 5% Zins seit 11. August 1975 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.