

TREX

L'EXPERT FIDUCIAIRE – DER TREUHANDEXPERTE

3/16

TREUHAND
FIDUCIAIRE | SUISSE
FIDUCIARI



Boris Grell

Dr. iur., LL.M., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Anwaltskanzlei Grell, Zürich
www.grell-law.ch
Rechtsberater der Schweizerischen Maklerkammer, Zürich
www.maklerkammer.ch

Vermittlungs- oder Nachweisprovision im Maklerrecht

Hat ein Immobilienmakler einen Provisionsanspruch, wenn sich die späteren Vertragsparteien bereits im Vorfeld der Maklertätigkeiten gekannt haben und der spätere Käufer damals bereits wusste, dass das fragliche Grundstück verkauft werden sollte?

1. Sachverhalt und Ausgangslage

Der Grundeigentümer A besass verschiedene Liegenschaften, die er seit Langem durch eine externe Bewirtschaftungsgesellschaft Y AG verwalten liess. Zudem war der Treuhänder T seit vielen Jahren für die steuerlichen Belange des A zuständig. Demgemäss kannte der Treuhänder T auch die Bewirtschaftungsgesellschaft Y AG sowie die Liegenschaften des Grundeigentümers A, allerdings ohne diese je besucht zu haben. Im Herbst 2007 eröffnete der Grundeigentümer A seinem Treuhänder T, dass er seine Immobilien verkaufen werde und deshalb sowie in Zusammenhang mit den Verkaufserlösen auf seine steuerliche Beratung angewiesen sei. Im

damaligen Zeitpunkt war der Treuhänder T auf der Suche nach einer passenden Immobilie. Dabei weckte insbesondere die Liegenschaft L das Interesse des Treuhänders T. Gleichwohl informierte er den Grundeigentümer A damals nicht über sein Kaufinteresse, weil er ein ethisches Problem darin sah, das Haus eines Klienten zu kaufen.

Am 14. Dezember 2007 zog der Grundeigentümer A den Immobilienmakler M bei und schloss mit diesem einen nicht-exklusiven Maklervertrag ab auf Nachweis oder Vermittlung von Kaufinteressierten u. a. für die Liegenschaft L zum Richtpreis von 3,95 Mio. CHF. Der Immobilienmakler M publizierte die besagte Liegenschaft L auf verschiedenen Internetsei-

ten und kontaktierte zusätzlich einen Kreis von 15 Personen mit einem zugehörigen Verkaufsprospekt, woraus die genaue Adresse der Liegenschaft aber nicht ersichtlich war. Eine dieser kontaktierten Personen war der Treuhänder T. Der Immobilienmakler M wurde auf den Treuhänder T aufmerksam, weil ein Mitarbeiter des Immobilienmaklers M zuvor beim Liegenschaftsbewirtschafter Y AG gearbeitet hatte und von dort den Treuhänder T kannte. Nach der Zusendung des besagten Verkaufsprospekts kontaktierte der Immobilienmakler M den Treuhänder T noch per Telefon. Dieser bekundete sein Interesse an der Liegenschaft L und vereinbarte mit dem Immobilienmakler M einen Besichtigungstermin. Der Treuhänder T annul-

lierte diesen Termin jedoch wieder, als er aufgrund der ihm bekanntgegebenen Adresse erkannt hatte, dass es sich dabei um eine Liegenschaft des Grundeigentümers A handelte. Ebenso informierte der Treuhänder T in der Folge noch den Grundeigentümer A, wonach er eigentlich an der Liegenschaft L interessiert sei, für ihn ein Kauf aber aus ethischen Gründen nicht infrage komme.

Am 18. Dezember 2007 gab der Immobilienmakler M dem Grundeigentümer A drei Kaufinteressenten an (u. a. den Treuhänder T), welche Interesse an der Liegenschaft L gezeigt hätten, wobei es aber nur beim Ehepaar E zu einer Besichtigung gekommen sei. Mitte Januar 2008 offerierte das besagte Ehepaar E zwar eine Kaufofferte in der Höhe von 3,85 Mio. CHF, zog diese Offerte jedoch kurz vor der anberaumten öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrags wieder zurück. In der Folge teilte der Grundeigentümer A dem Treuhänder T mit, dass der Kaufvertragsabschluss mit dem Ehepaar E nicht stattgefunden habe.

Weil die Verhandlungen mit den anderen Kaufinteressierten keinen Erfolg zeitigten und der Immobilienmakler M auch keine weiteren Kaufinteressierten beibringen konnte, fühlte sich der Treuhänder T (endlich) frei, dem Grundeigentümer A ein Angebot für dessen Liegenschaft L abzugeben. Am 4. Februar 2008 teilte der Grundeigentümer A dem Immobilienmakler M schliesslich mit, dass der Treuhänder T die Liegenschaft L zum Kaufpreis von 3,8 Mio. CHF gekauft habe. Der Immobilienmakler M forderte in der Folge eine Provision in der Höhe von 127 000 CHF und zog vor Gericht.

2. Erwägungen der Vorinstanzen

Die beiden kantonalen Instanzen wiesen die Provisionsforderung des Immobilienmaklers M ab. In der Sache begründeten sie die Abweisung mit dem Umstand, dass der Treuhänder T bereits vor (!) dem Beizug des Immobilienmaklers M von den Verkaufsabsichten des Grundeigentümers A gewusst habe, notabene bevor der Immobilienhändler M seine Verkaufsaktivitäten aufgenommen habe. Dementsprechend könne auch kein (sogenannt psychologischer) Kausalzusammenhang bestehen zwischen den Verkaufsaktivitäten des Immobilienmaklers M (im Dezember 2007) und dem Verkauf der Liegenschaft L an den Treuhänder T (im Februar 2008).

3. Rechtliche Grundlagen

Das Maklerrecht ist in Art. 412ff. des Schweizerischen Obligationenrechts geregelt. Gemäss

Art. 413 Abs. 1 OR ist der Maklerlohn verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist.

Damit ein Makler seinen Provisionsanspruch gemäss dieser Gesetzesbestimmung¹ durchsetzen kann, muss er einerseits eine faktische, auf den (blossen) Nachweis oder auf die (aufwendigere) Vermittlung eines Kaufinteressenten gerichtete Tätigkeit entfalten. Andererseits muss diese Maklertätigkeit in einem kausalen Zusammenhang zum Abschluss des sogenannten Zielgeschäfts stehen, hier der öffentlichen Beurkundung des Grundstückkaufvertrags über die Liegenschaft L.

4. Wann ist der Maklerlohn verdient?

Das Bundesgericht rief in seinem Entscheid² zunächst einmal in Erinnerung, dass es für die Begründung eines Provisionsanspruchs nicht notwendig ist, dass der Abschluss des Immobilienkaufvertrags die unmittelbare Konsequenz der Maklertätigkeit ist. Vielmehr reicht es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus, dass es zwischen dem Kaufentscheid des Kaufinteressenten und der Maklertätigkeit einen Kausalzusammenhang gibt, der selbst bei einem Unterbruch der Vertragsverhandlungen fortbestehen kann. Ebenso wenig muss der Makler die Vertragsverhandlungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer bis zum Schluss begleiten, um seinen Maklerlohn erfolgreich einfordern zu können.

Der Makler hat bei der Einforderung seines Provisionsanspruchs jedoch insbesondere dann einen schwachen Stand, wenn die Aktivitäten des Maklers zu keinem Resultat führten, die an diese Makleraktivitäten anschliessenden Vertragsverhandlungen definitiv unterbrochen wurden und der Verkauf – an den vom Makler (zuvor) präsentierten Dritten – auf einer völlig neuen Basis abgeschlossen wurde.

Im Weiteren stellte das Bundesgericht klar, dass das Erfordernis des vorgenannten, von den kantonalen Gerichten angeführten psychologischen Kausalzusammenhangs nur bei der Vermittlungs-, nicht aber bei der Nachweismaklerei, einen Sinn ergebe. Denn bei der Nachweismaklerei beschränkt sich die Tätigkeit des Maklers auf die blosse Bezeichnung potenzieller Kaufinteressenten und nimmt der Makler (im Gegensatz zur Vermittlungsmaklerei) keinen Einfluss auf deren Kaufentscheid. Mit anderen Worten ist bei einer Nachweismaklerei der Maklerlohn gemäss Art. 413 Abs. 1 OR bereits verdient, wenn der Makler beweisen kann, dass er im Rahmen seiner Maklertätigkeit als Erster den Kaufinteressent-

ten ausfindig machte, der alsdann – und basierend auf der Tätigkeit des Maklers – das Zielgeschäft mit dem Auftraggeber abschliesst.

5. Maklerlohn in casu?

Im vorliegenden Fall kannte der Treuhänder T die hier fragliche Liegenschaft L schon seit Jahren und wusste auch bereits im Vorfeld der Tätigkeiten des Immobilienmaklers M, dass diese Immobilie verkauft werden sollte. Ebenso machte er aufgrund ethischer Beweggründe kein Kaufangebot und lehnte auch eine Besichtigung ab, als er erkannt hatte, dass die ihm vom Immobilienmakler M angebotene Liegenschaft L seinem Klienten bzw. dem Grundeigentümer A gehörte.

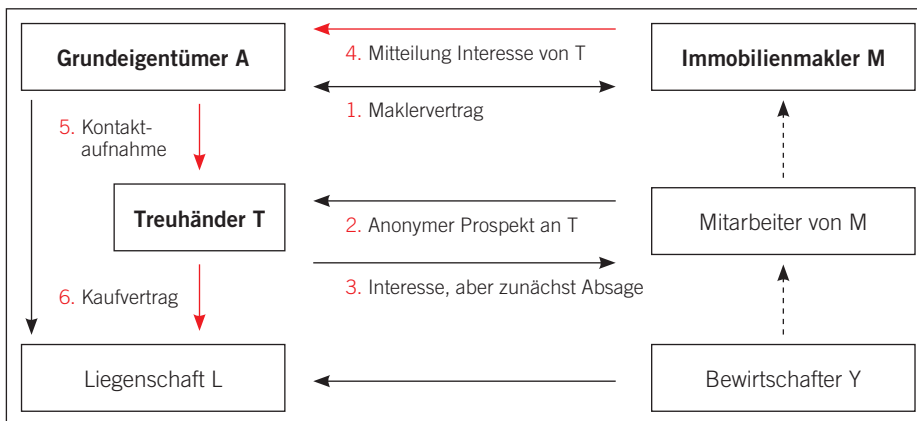
Gleichwohl schloss das Bundesgericht einen Provisionsanspruch des Immobilienmaklers M nicht aus und bemängelte, dass die kantonalen Vorinstanzen den Provisionsanspruch des Maklerunternehmens M nur unter dem Aspekt des (fehlenden) psychologischen Kausalzusammenhangs prüften, der – wie vorstehend ausgeführt – jedoch nur bei einer Vermittlungsmaklerei bestehen kann. Vorliegend haben es die kantonalen Gerichte gemäss Bundesgericht aber unterlassen, den hier strittigen Provisionsanspruch des Immobilienmaklers M unter dem Aspekt der Nachweismaklerei zu prüfen.

Folgt man der Argumentationslinie des Bundesgerichts, ist es vorliegend entscheidend bzw. hatten die kantonalen Gerichte zu Unrecht nicht geprüft, dass der Grundeigentümer A zum ersten Mal aufgrund der vorgängigen (!) Tätigkeiten des Immobilienmaklers M vom grundsätzlichen Kaufinteresse des Treuhänders T erfahren hatte. Zuvor gab es gemäss der bundesgerichtlichen Sachverhaltsdarstellung auch nie ein Gespräch zwischen dem Treuhänder T und dem Grundeigentümer A über einen möglichen Verkauf der besagten Liegenschaft L an den Treuhänder T.

Dass der Treuhänder T bereits im Herbst 2007 vom Verkauf der Liegenschaft L gewusst sowie dass er – nach dem Erhalt des anonymen Verkaufsprospekts des Immobilienmaklers M – von einem Kauf (zunächst einmal) abgesehen und sich erst zum Kauf der Liegenschaft L entschieden hatte, als das damals ebenfalls interessierte Ehepaar E auf einen Kauf verzichtet hatte, ändert nach der Ansicht des Bundesgerichts nichts daran, dass der Immobilienmakler M (im Rahmen einer Nachweismaklerei) dem Grundeigentümer A den entscheidenden Hinweis gab, der in der Folge zum Verkauf der Liegenschaft L führte.

Konsequenterweise hatte der Grundeigentümer A im Januar 2008 ja auch direkt den Treuhänder T

Abbildung: Fallentwicklung Urteil 4A_337/2011, 15. November 2011



kontaktiert, als sich zeigte, dass keiner der anderen Kaufinteressierten die Liegenschaft L kaufen wollte. Diese direkte Kontaktaufnahme des Grundeigentümers A mit dem Treuhänder T war gemäss dem Bundesgericht auch nur darum möglich (bzw. zeigte den auch bei einer Nachweismaklerei notwendigen Kausalzusammenhang zwischen den Tätigkeiten des Immobilienmaklers M bis zum 18. Dezember 2007 und der Wiederaufnahme der Verkaufsverhandlungen im Januar 2008), weil der Grundeigentümer A – aufgrund der vorgängigen Zustellung des Verkaufsprospekts durch den Immobilienmakler M – bereits vom grundsätzlichen Kaufinteresse des Treuhänders T gewusst hatte.

6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Der diskutierte Bundesgerichtsentscheid ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert. Insbesondere zeigt er auf, dass es für die Durchsetzung des Maklerlohns entscheidend sein kann, ob der Makler seinem Auftraggeber gemäss Maklervertrag einen Käufer nur nachweisen oder ver-

mitteln muss. Vor diesem Hintergrund ist es zunächst einmal empfehlenswert, dass sich der Makler in seinem Maklervertrag die Maklerprovision ausdrücklich versprechen lässt sowohl bei blossem Nachweis als auch bei der eigentlichen Vermittlung des späteren Käufers an den Auftraggeber.

Zudem präzisiert dieser Entscheid deutlich, dass es nicht entscheidend ist, ob sich die zukünftigen Kaufvertragsparteien bereits zuvor gekannt haben. Vielmehr ist es für die Einforderung der Maklerprovision einzig entscheidend, dass der Auftraggeber im Zeitpunkt der Nachweistätigkeit des Maklers nicht weiss, dass sich dieser (ihm sonst bekannte) Dritte für das zu verkaufende Objekt interessiert.

Ebenso und falls einer dieser Interessenten die zum Verkauf stehende Immobilie alsdann auch tatsächlich erwirbt, ist es für die Durchsetzbarkeit des Maklerlohnanspruchs von entscheidender Bedeutung, dass der Makler seine Tätigkeiten und die von ihm kontaktierten Kaufinteressenten, aber auch deren Meldung an den Auftraggeber beweisen kann. Vor diesem Hintergrund ist es für den Prozessfall von zentraler Bedeutung, dass der

Makler sämtliche Korrespondenzen mit allen Beteiligten tagesgenau erfasst und verwaltet sowie diese Korrespondenzen mit Vorteil schriftlich führt oder sich zumindest die Inhalte der geführten Gespräche schriftlich bestätigen lässt.

Im Weiteren zeigt dieser Bundesgerichtsentscheid aber auch exemplarisch auf, dass Gerichtsprozesse regelmässig im Sachverhalt vorgespurt oder sogar bereits entschieden werden können. So lag es vorliegend zunächst einmal am Immobilienmakler M zu beweisen, dass 1) er bereits Mitte Dezember 2007 den Grundeigentümer A als Erster auf das grundsätzliche Kaufinteresse des Treuhänders T hingewiesen hatte und 2) dieser Nachweis (kausal) dazu führte, dass 3) der Grundeigentümer A mit dem Treuhänder T – als die anderen Kaufinteressenten abgesprungen waren – in Kaufvertragsverhandlungen trat, die schliesslich mit dem Abschluss des öffentlich beurkundeten Kaufvertrags finalisiert wurden.

Dieser Entscheid des Bundesgerichts zeigt im Übrigen auch, dass beide kantonalen Vorinstanzen mit ihren rechtlichen Würdigungen des Sachverhalts fehllagen und – unter Berücksichtigung der hier diskutierten bundesgerichtlichen Erwägungen – die Streitigkeit erneut rechtlich prüfen mussten.³ ■

¹ Art. 413 OR stellt kein zwingendes Recht dar und ist somit im Grundsatz vertraglich abänderbar.

² Der vorliegend diskutierte Bundesgerichtsentscheid vom 15. November 2011 ist in französischer Sprache verfasst und veröffentlicht worden. Er kann auf der Website des Bundesgerichts (www.bger.ch) mit der Entscheid-Nr. «4A_337/2011» heruntergeladen werden.

³ Die kantonale Appellationsinstanz verurteilte den Liegenschaftseigentümer in der Folge zur Bezahlung einer Maklerprovision in der Höhe von rund 114 000 CHF zzgl. MWST. Dieser Entscheid zog der Grundeigentümer A wiederum – und aufgrund einer anderen rechtlichen Begründung – ans Bundesgericht weiter, wo er aber erneut unterlag: BGer 4A_278/2012 = BGE 138 III 669 = Pra 2013 Nr. 55.