

Sachverhalt

Carl möchte seine Villa verkaufen. Er schliesst einen Vertrag mit Albert, der einen Käufer finden und mit diesem einen Vertrag aushandeln soll. Albert soll als Lohn die Differenz zwischen Fr. 1'755'000 und des anlässlich des Verkaufs erzielten Preises erhalten. Albert schliesst mit Beat einen Vertrag ab, dass er ihm eine Villa für Fr. 30'000 vermittle. Beat will für das Haus für Fr. 1'800'000 kaufen und Fr. 30'000 als Lohn an Albert bezahlen. Tatsächlich schliessen Carl und Beat den Kaufvertrag über Fr. 1'800'000 ab. Albert verheimlicht dem Carl ein weiteres Angebot über Fr. 1'900'000. *Kann Albert Fr. 45'000 von Carl und Fr. 30'000 von Beat verlangen?*

Lösungsvorschlag

Wie ist der Vertrag zu qualifizieren? Es geht um eine einmalige Vermittlung eines Vertrags. Dabei soll Albert nicht bloss Interessenten finden, sondern mit diesen auch einen Vertrag aushandeln. Diese Konstellation fällt unter den Vermittlungsmäkler (Art. 412 Abs. 1 OR, zweite Variante). Carl und Beat schliessen das Geschäft ab. Das würde bedeuten, dass Albert sein Honorar verdient hätte (Art. 413 Abs. 1 OR).

Das Problem liegt vorliegend in der doppelten Mäkelei. Albert schliesst auch mit Beat einen Vertrag ab. Das schafft einen Interessenkonflikt, weil Beat möglichst günstig kaufen, Carl aber möglichst teuer verkaufen möchte.¹ Diese Interessen lassen sich nicht gleichzeitig vertreten. Art. 415 OR hält fest, dass der Mäkler, in einer der Vertrag widersprechenden Weise für den anderen tätig geworden ist oder der sich auch von der Gegenpartei ein Honorar versprechen lässt, seinen Honorar- und Auslagenersatzanspruch verwirkt habe.

Das Bundesgericht zitiert und wendet diese Norm zwar an, hält am Schluss des Urteils aber fest, dass die Verträge zwischen Carl und Albert sowie zwischen Albert und Beat nichtig seien: *„En conséquence, il convient d'admettre, dans le domaine immobilier, que le double courtage de négociation tombe sous le coup de la situation visée à l'art. 415 in fine CO, que les deux contrats sont nuls et que le courtier perd son droit au salaire en rapport avec les deux contrats. En jugeant que le recourant devait être déchu de son droit au salaire à l'égard de l'intimé, la cour cantonale n'a pas transgressé l'art. 415 CO.“*²

Das kann nicht stimmen, denn sonst wären Beat und Carl auf ausservertragliche Schadenersatzansprüche gegen Albert beschränkt. Richtig ist es, beide Verträge als gültig zu betrachten und in Übereinstimmung mit dem Gesetzestext nur die Honorarforderungen nicht zuzulassen. Das sieht auch Pichonnaz so: *„Le Tribunal fédéral retient expressément que la conséquence du double courtage est que «les deux contrats sont nuls». Or, l'art. 415 CO envisage plutôt le fait que le droit à la rémunération et au remboursement des dépenses tombe; il s'agit la conséquence directe du non-respect de l'obligation contractuelle de se comporter de manière conforme aux règles de la bonne foi. La perte du droit à la*

¹ BGer, 4A_214/2014, E. 3: *„En matière immobilière, le simple fait pour un courtier de conclure un contrat de courtage de négociation avec le vendeur (respectivement l'acheteur) d'un bien-fonds entraîne un conflit d'intérêts s'il conclut avec l'acheteur (respectivement le vendeur) un second courtage de négociation. Dans un tel cas de figure, il est en effet inconcevable que le courtier négociateur d'immeubles, qui doit obtenir le prix le plus haut pour le vendeur et le prix le plus bas pour l'acheteur, ne se trouve pas dans une situation à risque de conflit d'intérêts, dès l'instant où il est appelé à défendre des intérêts opposés: en effet, soit le courtier favorise les intérêts financiers de l'une ou l'autre des parties à la transaction immobilière, de sorte qu'il enfreint son obligation de fidélité (art. 412 al. 2 CO qui renvoie à l'art. 398 al. 2 CO) à l'égard d'un de ses mandants; soit il agit, comme dans la présente espèce, dans son propre intérêt, cela au mépris des devoirs de fidélité que la passation des deux contrats de courtage avec ses mandants ont fait naître.“*

² BGer, 4A_214/2014, E. 4.3.

*rémunération n'est toutefois pas nécessairement équivalent à la «nullité du contrat». Retenir une «nullité» au sens de l'art. 20 CO revient en effet à considérer que la violation des règles de la bonne foi équivaut à une illicéité, voire à une contrariété aux mœurs. À notre sens, on ne doit pas nécessairement retenir cela en cas de violation de l'art. 415 CO; il suffit de retenir que le droit à la rémunération et au remboursement des dépenses tombe (...). Retenir la nullité reviendrait également à donner un fondement uniquement extra-contractuel à des dommages-intérêts supplémentaires pour le dommage que le maître peut avoir subi, ce qui n'est pas approprié en l'espèce.*³

Richtig ist also, den Honoraranspruch zweimal nicht zuzulassen und den Vertragspartnern von Albert vertragliche Schadenersatzansprüche gegen diesen zu eröffnen, gestützt auf Art. 412 Abs. 2 i.V.m. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR. Albert verletzt die vertraglich geschuldete Treue. Der Mäklervertrag verweist dafür auf die Regeln des Auftrags (Art. 412 Abs. 2 OR). Davon geht auch das Bundesgericht in E. 3 aus (vgl. FN 1, oben). Die Aussage zur Nichtigkeit am Schluss ist dem Bundesgericht wahrscheinlich nur so herausgerutscht.

Wenn also Carl zu wenig für das Grundstück erhalten hat (was so war, denn im Originalsachverhalt ist die Rede davon, dass ein Interessent Fr. 1'900'000 geboten habe, Carl dieses Angebot aber nicht weitergeleitet habe⁴), kann er diesen Schaden gestützt auf diese Normen bei Albert einfordern, denn diesen trifft ein Verschulden (Vorsatz). Sein Handeln als Treuepflichtverletzung war *conditio sine qua non* für den Eintritt des Schadens – ohne Interessenkonflikt wäre ein höherer Preis möglich gewesen. Das ist nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch so – diese Treuepflichtverletzung ist geeignet, einen Schaden in dieser Art herbeizuführen. Im konkreten Fall ist es jedoch schwierig, einen Schaden Carls zu erstellen, denn er hätte in jedem Falle nur Fr. 1'755'000 erhalten. Hat demgegenüber Beat zuviel bezahlt, wäre auch dieser Schaden mit derselben Anspruchsgrundlage einbringlich.

Könnte Carl den Vertrag mit Beat anfechten? Im Originalfall wäre dies nicht möglich gewesen, denn Carl hat gewusst, dass Albert auch von Beat Geld nimmt. Aber auch wenn er dies nicht gewusst hätte, schliesst das Bundesgericht in einem solchen Fall einen Grundlagenirrtum aus – es sei ein Irrtum lediglich auf der Motivebene.⁵ Anders wäre aber zu entscheiden, wenn Albert von Beat bestochen worden wäre. Dann könnte man einen Grundlagenirrtum von Carl bejahen – sein Kaufvertragspartner wäre dann ein Gauner, was die Anfechtung des Kaufvertrags rechtfertigen würde.⁶ Wenn aber auch Beat nicht wusste, dass Albert von beiden Geld nimmt, entfällt diese Möglichkeit.

³ Pascal Pichonnaz, La nullité du double courtage de négociation (CO 415), BR 2015, 155 f., 156.

⁴ BGer 4A_214/2014, E. 4.2: „Après ses vacances d'octobre 2010, C. a accepté, en signant un avenant au contrat de courtage, rédigé par le recourant, de baisser le prix de vente net au montant de 1'755'000 fr.; avec la commission de courtage envisagée, qui était de 45'000 fr., le prix de vente devait se monter à 1'800'000 fr. Le 21 octobre 2010, un tiers a proposé au recourant d'acheter ladite villa au prix de 1'900'000 fr. Ce dernier n'a pas communiqué cette offre à la propriétaire de l'immeuble. Il a en revanche averti immédiatement l'intimé que d'autres amateurs s'intéressaient à acquérir l'immeuble, de sorte que sa décision d'acheter devait intervenir rapidement.“

⁵ BGE 47 II 86 ff., 90 und BK-Schmidlin, OR 23/24 N 157; vgl. BGE 118 II 297 ff., 301.

⁶ Vgl. die Überlegungen im Klärschlammfall (BGE 129 III 320 ff., 326) und das wörtliche Zitat des Bezirksgerichtsurteils bei Wyss/von der Crone, SZW 2003, 37: „Die Vorinstanz hält fest, die Klägerin habe (dem Beamten A.) Schmiergelder bezahlt. Damit habe sich die Beklagte insofern in einem Irrtum bei Vertragsabschluss und Vertragserfüllung befunden, als sie von dieser bestecherischen, krass gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossenden Handlungsweise der Klägerin nichts gewusst habe. Vielmehr habe sie geglaubt, es mit einem loyalen Geschäftspartner zu tun zu haben. Ihr Irrtum habe sich somit nicht auf den Vertragsinhalt oder die Vertragspartei an sich erstreckt, sondern er habe sich auf einen ausserhalb des Vertrages liegenden Umstand bezogen. Diese Missachtung loyaler Verhaltensregeln habe dadurch noch zusätzlich an Gewicht gewonnen, als die Parteien über einen Fünfjahresvertrag miteinander verbunden gewesen seien, weshalb der Vertrauenswürdigkeit eines Vertragspartners eine zentrale Bedeutung zukomme. Somit handle es sich um einen wesentlichen Irrtum (...).“

Sachverhalt Nr. 2

Treuhänder Beat verwaltet das Vermögen von Klient Albert.

- Beat erwirbt dafür unter eigenem Namen 1'000 Aktien einer Unternehmung und hält diese in seinem eigenen Safe.
- Er nimmt von einem Kunden Alberts eine Zahlung über Fr. 50'000 entgegen und legt das Geld im Originalcouvert in den Safe.
- Ebenso kauft er im eigenen Namen ein Grundstück mit öffentlicher Urkunde.

Jetzt fällt Beat in Konkurs. Was kann Albert tun?

Lösungsvorschlag Nr. 2

Weshalb sind die Aussonderungsrechte und die Legalzession im Konkurs des Treuhänders so attraktiv? Auf diese Weise kann man sich das über den Treuhänder erworbene Gut vollumfänglich sichern, indem man es aus der Konkursmasse zieht (Art. 401 Abs. 2 OR). Ohne diese Rechte muss man mit obligatorischen Übertragungsansprüchen vorgehen, die bei einem Konkurs meist nur einen sehr geringen Wert aufweisen (Konkursdividende).

Aktien: Im vorliegenden Fall ist die Lieferung der Aktien schon erfolgt. Albert kann die Aktien aus dem Konkurs aussondern lassen (Art. 401 Abs. 3 OR). Wäre die Lieferung noch nicht erfolgt, dann hätte Beat lediglich Forderungsrechte gegenüber seinem Verkäufer erworben. Diese würden gemäss den Regeln von Art. 401 Abs. 1 und 2 OR auf Albert übergehen, sobald er seinen Pflichten aus dem Treuhandvertrag nachgekommen ist.

Geld im Couvert: Vgl. dazu BSK OR I-Weber, Art. 401 N 16: *„Eine Aussonderung [gemäss Art. 401 Abs. 3 OR] ist denkbar, wenn der Beauftragte das Geld sofort (unmittelbar) gesondert aufbewahrt (zu den Beweisanforderungen ZR 1976, 62 ff.) oder es sofort (unmittelbar) auf ein ausschliesslich für diesen Zweck begründetes Konto bei einem Dritten überweist (...); die Aussonderung wird als Spezialfall auch bewilligt, wenn die Ausleihungen an Dritte nur für kurze Zeit («Zwischenstation») erfolgen und sofort wieder auf einem (nicht zwingend auf den Namen des Auftraggebers lautenden) Sonderkonto gutgeschrieben werden (...). An die Voraussetzung der Bestimmtheit und der Individualisierbarkeit des Aussonderungsgutes sind strenge Anforderungen zu stellen (...).“*

Grundstück: Bei Grundstücken ist Art. 401 Abs. 3 OR gemäss der expliziten Einschränkung auf bewegliche Sachen nicht anwendbar. Sofern aber der Treuhänder Beat noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, kann Albert die Legalzession gemäss Art. 401 Abs. 1 OR anrufen und den Übertragungsanspruch hinsichtlich des Grundstücks als Forderungsrecht selber geltend machen. Der Sachverhalt erwähnt lediglich den Kauf mit öffentlicher Urkunde. Man könnte deshalb sagen, dass die Eintragung im Grundbuch noch nicht erfolgt ist. Ist der Treuhänder bereits im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, hat Albert nur den obligatorischen Rückerstattungsanspruch gegen die Konkursmasse, der meist einen nur geringen Wert aufweist.