

# **BGer 4A 194/2007 vom 16. Oktober 2007**

Bundesgericht, 2007-10-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_194\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_194_2007)

FR: TF 4A 194/2007 du 16 octobre 2007

IT: TF 4A 194/2007 del 16 ottobre 2007

## **Regeste**

Mäklertätigkeit; Verrechnung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach Art. 132 Abs. 1 BGG ist dieses Gesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren anwendbar, auf Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Der angefochtene Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich wurde am 21. April 2007 und damit nach Inkrafttreten des BGG gefällt. Dieses Gesetz ist daher auf das vorliegende Verfahren anwendbar. Nach Art. 100 Abs. 6 BGG kann auch das Urteil des Handelsgerichts mitangefochten werden (zur Publikation bestimmtes Urteil 5A\_86/2007 vom 3. September 2007 E. 1.3). Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass der kantonale Instanzenzug erschöpft sein muss; Rügen, welche dem Kassationsgericht unterbreitet werden konnten, sind daher nicht zu hören, soweit sie direkt gegen das Urteil des Handelsgerichts erhoben werden.

### **E. 2**

Ein zweiter Schriftenwechsel findet in der Regel nicht statt ( Art. 102 Abs. 3 BGG ). Der bereits in der Beschwerde eventuell gestellte Antrag auf Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels ist nach Zustellung der Antwort nicht erneuert worden. Es besteht kein Anlass, ausnahmsweise einen weiteren Schriftenwechsel zu eröffnen (vgl. BGE 133 I 100 ).

### **E. 3**

Art. 42 Abs. 2 BGG verlangt als formelle Eintretensvoraussetzung, dass in der Begründung der Beschwerde in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt.

#### **E. 3.1**

Das Bundesgericht wendet zwar das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; 132 II 257 E. 2.5 S. 262; 130 III 136 E. 1.4 S. 140, je mit Hinweisen). Es prüft jedoch grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind, und ist insbesondere nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden. Eine qualifizierte Rügepflicht gilt

hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die Praxis zum Rügeprinzip gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b aOG (vgl. dazu BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f. ; 129 I 113 E. 2.1 S. 120) gilt hier weiterhin ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 und 1.4.2 S. 254).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer begründet seinen Antrag auf Aufhebung von Ziff. 2-4 des Dispositivs des Beschlusses des Kassationsgerichts und von Ziff. 3-5 des Dispositivs des Handelsgerichts für den Fall der Abweisung seiner Rügen überhaupt nicht. Dem Antrag kommt insofern keine selbständige Bedeutung zu. Der Begründung der Beschwerde ist sodann nicht zu entnehmen, inwiefern der Beschwerdeführer gegen das mitangefochtene Urteil des Handelsgerichts Rügen erhebt, mit denen er vor dem Kassationsgericht ausgeschlossen war oder für deren Beurteilung dem Kassationsgericht eine engere Kognition zustand als dem Bundesgericht. Die Mitangefechtung unterinstanzlicher Entscheide ist aber auch unter dem BGG nur insoweit zulässig, als Rügen von der letzten Instanz nicht oder nur mit eingeschränkter Überprüfungsbefugnis beurteilt werden konnten (vgl. BGE 125 I 492 E. 1a/aa S. 493 f. mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer erhebt insofern keine Rügen, die sich allein gegen das Urteil des Handelsgerichts richten. Er hat gegen das Urteil allerdings altrechtliche Berufung erhoben, die als solche zu beurteilen ist.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt als Verweigerung des rechtlichen Gehörs, dass das Kassationsgericht seine Ausführungen zum Auswahlverfahren des Landes A. \_\_\_\_\_ nicht beachtet und seine Rüge willkürlicher Sachverhaltsfeststellung als unsubstanziert erachtet habe. Ausserdem habe ihm das Kassationsgericht das rechtliche Gehör verweigert, indem es das Urteil des Handelsgerichts unzutreffend interpretiert habe und deshalb auf seine Rügen nicht eingetreten sei, mit denen er begründet habe, dass beim Auswahlverfahren des Landes A. \_\_\_\_\_ Handlungsspielraum bestanden habe, indem es auf die eingelegten Privatgutachten nicht eingegangen sowie auf seine Vorbringen gegen die angebliche Lobbyistentätigkeit nicht eingetreten sei, seine Rüge wegen fehlender Grundlage nicht behandelt habe, wonach seine Tätigkeit nicht als Handelsförderung betrachtet werden könne, seine Ausführungen zu den internationalen Handelsusancen unbeachtet gelassen sowie seine Rüge betreffend die Verweigerung der Zeugenbefragung D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ nicht geschützt habe.

### **E. 4.1**

Zu den aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Verfahrensansprüchen gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen ( BGE 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f. ; 127 I 54 E. 2b S. 56, je mit Hinweisen). Ausserdem leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung daraus die Pflicht der Behörden ab, ihre Entscheide zu begründen. Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass die betroffene Partei ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss nicht zu jedem Vorbringen Stellung nehmen, aber wenigstens kurz die Überlegungen nennen, von denen sich die entscheidende Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt ( BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236 mit

Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer führt in seiner Rechtsschrift selbst aus, dass im angefochtenen Entscheid die Gründe dargelegt werden, aus denen die Vorinstanz auf seine Rügen nicht eingetreten ist oder diese Rügen als unbegründet bzw. als nicht sachbezogen oder mit den Erwägungen des Handelsgerichts in Widerspruch stehend erachtet hat. Inwiefern erhebliche und formrichtig beantragte Beweise nicht abgenommen worden sein sollen, ist der Begründung nicht zu entnehmen. Art. 29 Abs. 2 BV ist nicht verletzt.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt mehrfach, die Vorinstanz habe das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV verletzt, indem sie den Sachverhalt willkürlich festgestellt bzw. willkürliche Sachverhaltsfeststellungen des Handelsgerichts geschützt habe.

#### **E. 5.1**

Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nicht schon vor, wenn eine andere Lösung vertretbar oder gar vorzuziehen wäre; das Bundesgericht hebt einen Entscheid vielmehr nur auf, wenn dieser mit der tatsächlichen Situation in offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei rechtfertigt sich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides nur, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 129 I 49 E. 4 S. 58 mit Hinweis). Dem Sachgericht steht insbesondere bei der Würdigung der Beweise ein grosser Ermessensspielraum zu. Willkür ist hier nur zu bejahen, wenn das Gericht offensichtlich den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels verkennt, ohne vernünftigen Grund ein wichtiges und erhebliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder aus den vorhandenen Elementen offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen hat (BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen).

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, das Handelsgericht sei willkürlich davon ausgegangen, das Auswahlverfahren des Landes A. \_\_\_\_\_ sei nach dem Muster eines schweizerischen Submissionsverfahrens erfolgt, weil es die von ihm eingereichten Unterlagen, für welche er Schutzmassnahmen beantragt hatte, nicht berücksichtigt habe. Das Kassationsgericht hat die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers zu Recht als unsubstanziert verworfen, ergibt sich doch aus der Darstellung des Beschwerdeführers auch vor Bundesgericht nicht, inwiefern die Feststellungen des Handelsgerichts über die tatsächliche Ausgestaltung des Auswahlverfahrens des Landes A. \_\_\_\_\_ mit allfälligen form- und fristgerechten Vorbringen des Beschwerdeführers im kantonalen Verfahren in Widerspruch stehen sollen. Dass die Ausgestaltung dieses Verfahrens für die Frage von Bedeutung sein konnte, ob und inwiefern die Tätigkeiten des Beschwerdeführers auf die Entscheidungsfindung des Ausschusses des Landes A. \_\_\_\_\_ zum Zuschlag an die Z. \_\_\_\_\_ N.V. Einfluss haben konnten, nahm nach eigener Darstellung des Beschwerdeführers auch das Kassationsgericht an. Die Vorinstanz hat jedoch die Feststellung des Handelsgerichts zutreffend als nicht willkürlich qualifiziert, wonach eine öffentliche Ausschreibung grundsätzlich keine Verhandlungen zulässt, wie sie sonst bei Vertragsabschlüssen üblich sind, zumal der Beschwerdeführer vor Handelsgericht keine gegenteiligen Behauptungen aufgestellt hatte.

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer scheint sodann einen grundsätzlichen Unterschied zu sehen zwischen einem Ausschreibungsverfahren nach privatrechtlichen Grundsätzen und einem Submissionsverfahren "nach schweizerischem Muster", wenn er - unter dem Titel der Verletzung des rechtlichen Gehörs - vorbringt, die Vorinstanz habe die willkürliche Ansicht des Handelsgerichts geschützt, das seinerseits verkannt habe, dass die Ausschreibung "ein freies Zuschlagsverfahren nach privatrechtlichen Grundsätzen" gewesen sei. Es ist notorisch, dass jeder Zuschlag im Wettbewerb unter mehreren Kandidaten nach bestimmten Kriterien erfolgt. Davon ist die Vorinstanz mit dem Handelsgericht ausgegangen. Dass der Entscheid der zuständigen Behörde nicht gerichtlich überprüfbar war, ändert entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nichts an den Verfahrensprinzipien. Die Feststellung des Handelsgerichts, wonach der Verhandlungsspielraum im Ausschreibungsverfahren beschränkter war, als beim Abschluss eines Vertrages, hat die Vorinstanz auch bei Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer eingereichten Privatgutachten zu Recht nicht als willkürlich angesehen. Der Schluss des Handelsgerichts, dass aus diesem Grund keine klassische Situation vorlag, bei der üblicherweise Vermittlungsmäkler eingesetzt werden, ist nicht willkürlich und steht entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht im Widerspruch zur Würdigung der Vorinstanz, wonach das Handelsgericht nicht angenommen habe, Mäkelei sei überhaupt ausgeschlossen gewesen.

### **E. 5.4**

Als willkürlich rügt der Beschwerdeführer sodann, dass das Handelsgericht seine Tätigkeit als Lobbying bezeichnet und insbesondere aufgrund einer willkürlichen Würdigung seines Empfehlungsschreibens an die Regierung des Landes A. \_\_\_\_\_ vom 26. Juni 1995 angenommen habe, er habe eine beidseitige Interessenwahrung bei der Handelsförderung zwischen beiden Staaten betrieben. Er rügt, die Vorinstanz habe seine Vorbringen willkürlich unbeachtet gelassen, dass seine Tätigkeit als Vermittlung in einem privaten Rechtsgeschäft zu qualifizieren sei und daher die Beschwerdegegnerin hätte davon ausgehen müssen, dass er als Mäkler tätig werde. Er kritisiert damit im Ergebnis die rechtliche Vertragsqualifikation und die Anwendung des bundesrechtlichen Vertrauensgrundsatzes, ohne freilich aufzuzeigen, inwieweit das Handelsgericht Bundesrechtsnormen verletzt habe ( Art. 42 Abs. 2 BGG ).

### **E. 5.5**

Der Beschwerdeführer rügt sodann als willkürlich, sein Vorbringen sei unbeachtet geblieben, dass den Vertretern der Beschwerdegegnerin als international versierten Geschäftsleuten aufgrund der Usanz bei internationalen Geschäften habe bekannt sein müssen, dass gerade bei Auswahlverfahren wie demjenigen im Land A. \_\_\_\_\_ Vermittler eingesetzt würden. Er bemerkt, das Handelsgericht habe zwar seine Ausführungen zu diesem Punkt in der Zusammenfassung der Parteivorbringen erwähnt, sich damit jedoch bei der eigentlichen Entscheidungsfindung nicht auseinandergesetzt, weshalb die Feststellung des Kassationsgerichts offensichtlich tatsachenwidrig sei, dass seine Vorbringen beachtet worden seien. Er hält dafür, seine Behauptung hätte umso mehr eine Auseinandersetzung verlangt, nachdem das Handelsgericht zum tatsachenwidrigen Schluss gekommen sei, es habe keine klassische Situation vorgelegen, bei der üblicherweise Vermittlungsmäkler eingesetzt würden. Der Schluss der Vorinstanz ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers vertretbar und damit nicht willkürlich, dass sich aus der Zusammenfassung der Parteistandpunkte die Berücksichtigung seines Vorbringens ergibt.

Daraus folgt, dass das Handelsgericht auch unter Berücksichtigung dieses Standpunktes aus der Art des im Land A. \_\_\_\_\_ gewählten Verfahrens (willkürfrei) schloss, dass üblicherweise keine Vermittler eingesetzt werden. Schliesslich kann dem Beschwerdeführer auch nicht gefolgt werden, wenn er die Ansicht vertritt, das Kassationsgericht sei in Willkür verfallen mit dem Schluss, aus seiner Visitenkarte sei nicht ersichtlich, dass er nicht als Honorarkonsul aufgetreten sei. Entgegen seiner Ansicht lässt sich aus gehäuften Hinweisen auf andere als konsularische Tätigkeiten keineswegs ersehen, in welcher Eigenschaft in einem konkreten Fall gehandelt wird. Das Kassationsgericht ist schliesslich nicht in Willkür verfallen, wenn es davon ausging, der Beschwerdeführer habe D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ nicht als Zeugen für behauptete Tatsachen angerufen. Mit der Behauptung, die Vertreter der Beschwerdegegnerin hätten "davon ausgehen müssen, der Beschwerdeführer würde als Mäkler auftreten", berief sich der Beschwerdeführer auf eine rechtliche Bindung nach Treu und Glauben. Hätte er Beweise für die Umstände anrufen wollen, aus denen sich dieser rechtliche Schluss ergibt, hätte er diese Umstände behaupten müssen.

## **E. 6**

Als Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV rügt der Beschwerdeführer schliesslich, das Kassationsgericht sei bei der Beschlussfassung über seine Nichtigkeitsbeschwerde verfassungswidrig besetzt gewesen. Er macht geltend, beim Kassationsgericht bestehe eine abstrakte Regelung über die Zusammensetzung des Spruchkörpers gemäss Beschluss vom 13. Dezember 2005, die im Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichts veröffentlicht sei. Danach gebe es die Besetzung nicht, welche im angefochtenen Entscheid den Spruchkörper gebildet habe.

### **E. 6.1**

Art. 30 Abs. 1 BV verleiht dem Rechtsuchenden einen Anspruch auf ein gesetzmässiges, d.h. in einem formellen Gesetz vorgesehenes Gericht und verbietet ausdrücklich Ausnahmegerichte (vgl. BGE 131 I 31 E. 2.1.2.1 S. 34; 129 V 335 E. 3.2 S. 340; 125 V 499 E. 2a S. 501). Es soll damit verhindert werden, dass Gerichte eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden. Die Rechtsprechung soll aber auch nicht durch eine gezielte Auswahl der Richter im Einzelfall beeinflusst werden können (vgl. Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Habilitationsschrift Bern 2001, S. 310). Soweit das massgebliche Verfahrensrecht keine oder nur lückenhafte Regeln zur Besetzung des Spruchkörpers enthält, obliegt es dem Vorsitzenden, die Richterbank im Einzelfall nach objektiven Kriterien zu besetzen und das ihm dabei zustehende Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des gesetzmässigen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV. So liegt etwa ein Verstoß gegen diese Verfassungsnorm vor, wenn ein Gericht mit Rücksicht auf die an einem bestimmten Prozess beteiligten Personen in einer von der sonst üblichen Praxis abweichenden Weise besetzt wird ( BGE 105 Ia 172 E. 5b S. 179 f.; Kiener, a.a.O., S. 377 f., wo - noch weiter gehend - verlangt wird, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Voraus bestimmbar ist). Es ist zwar nicht ausgeschlossen, die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens zu ändern, doch müssen dafür hinreichende sachliche Gründe bestehen. Eine Veränderung der Besetzung kommt etwa in Betracht, wenn ein Richter aus Altersgründen aus dem Gericht ausscheidet oder wegen einer länger dauernden Krankheit sein Amt nicht ausüben kann (vgl. BGE 117 Ia 133 E. 1e S. 134 f.). Ob ein Gericht in ordnungsgemässer Zusammensetzung entschieden hat, beurteilt sich in erster Linie nach dem einschlägigen kantonalen Organisations- und Verfahrensrecht, dessen

Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft. Demgegenüber prüft es frei, ob die willkürfreie Anwendung des kantonalen Rechts mit dem verfassungsmässigen Anspruch auf ein gesetzmässiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht im Einklang steht ( BGE 131 I 31 E. 2.1.2.1 S. 34 f.; vgl. zum Ganzen auch Entscheid 6P.102/2005 vom 26. Juni 2006 E. 2.2 und 2.3).

## **E. 6.2**

Eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV ist im vorliegenden Fall ohne weiteres auszuschliessen. Die Behauptung des Beschwerdeführers trifft nicht zu, dass nach dem Konstituierungsbeschluss des Kassationsgerichts vom 13. Dezember 2005 nur drei mögliche Besetzungen zur Beurteilung seiner Nichtigkeitsbeschwerde vorgesehen wären. Wie das Kassationsgericht in seiner Vernehmlassung unwidersprochen darlegt, wurde der Fall des Beschwerdeführers mit Eingang der Nichtigkeitsbeschwerde vielmehr ordentlicherweise der 5., im Konstituierungsbeschluss vorgesehenen, Besetzung zugeteilt. Da sich der Präsident sowie ein Kassationsrichter im Ausstand befanden, wurde die Besetzung durch den Vizepräsidenten mit anderen Mitgliedern des Kassationsgerichts ergänzt. Inwiefern durch dieses Vorgehen kantonale Normen willkürlich angewendet oder die aus Art. 30 Abs. 1 BV fliessenden Grundrechtsansprüche des Beschwerdeführers hätten verletzt werden können, wird in der Beschwerde - die von unzutreffenden tatsächlichen Annahmen ausgeht - nicht dargetan. Der Beschwerdeführer behauptet im Übrigen nicht, es habe eine Person als Richter oder Richterin geamtet, die nicht Mitglied des Kassationsgerichts sei, und er macht auch nicht geltend, er hätte gegen einen der mitwirkenden Richter einen Ablehnungsgrund geltend machen wollen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt sein könnte. Die Rüge ist unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Diesem Verfahrensausgang entsprechend ist die Gerichtsgebühr dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er hat der Beschwerdegegnerin, die sich hat vernehmen lassen, deren Anwaltskosten zu ersetzen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Gebühr und Parteientschädigung bemessen sich nach dem Streitwert.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.