

# **FR\_GERICHTE 101 2017 335 vom 3. April 2018**

FR Kantonsgericht, 2018-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2017\\_335](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2017_335)

FR: FR\_GERICHTE 101 2017 335 du 3 avril 2018

IT: FR\_GERICHTE 101 2017 335 del 3 aprile 2018

## **Regeste**

Urteil des I. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts | Auftrag

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzu- reichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 25'594.-, so dass der Weg der Berufung offen ist. Der angefochtene, schriftlich begründete Entscheid wurde der Beklagten am 15. September 2017 zugestellt, so dass die am Montag, 16. Oktober 2017 der Post übergebene Berufung fristgerecht eingereicht wurde. Im Übrigen enthält die Berufungsschrift eine Begründung und Rechtsbegehren. Es ist folglich darauf einzutreten.

### **E. 1.2**

Mit der Berufung kann einerseits eine unrichtige Rechtsanwendung und andererseits eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann über eine Berufung auf Grund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

### **E. 1.3**

Der Streitwert für eine Beschwerde gegen vorliegenden Entscheid an das Bundesgericht liegt bei CHF 25'594.-, weshalb gegen vorliegendes Urteil einzig die subsidiäre Verfassungs- beschwerde zur Verfügung steht (Art. 74 Abs. 1 Bst. a und 113 ff. BGG).

## **E. 2**

In einer ersten Rüge macht die Berufungsführerin geltend, zwischen der Gerichtsverhandlung vom 8. Februar 2017 und dem Urteil vom 1. September 2017 habe eine unzulässige Veränderung des Spruchkörpers stattgefunden, weil Gerichtsschreiberin D. \_\_\_\_\_ durch Gerichtsschreiberin E. \_\_\_\_\_ ersetzt worden sei. Dies müsse zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen.

### **E. 2.1**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwid- riger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche

Urteil einwirken (vgl. Urteil BGer 5A\_108/2017 vom 14. Juli 2017 E. 1.1.1). Der Anspruch gemäss Art. 30 Abs. 1 BV ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechts- mittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.3). Zur Verhinderung von Missbrauch und Manipulation bzw. zum Ausschluss jeglichen entsprechen- den Anscheins oder Verdachts müssen Gerichte und ihre Zuständigkeiten in persönlicher, zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht durch generell-abstraktes Verfahrensrecht im Voraus bestimmt sein (vgl. BGE 134 I 125 E. 3.3). Der Anspruch auf ein auf Gesetz beruhendes Gericht ist namentlich verletzt, wenn ein Richter nach Ablauf seiner Amtszeit an einem Entscheid mitwirkt. Für die Frage der ordnungsgemässen Besetzung kommt es nicht auf den Zeitpunkt an, in dem ein

Kantonsgericht KG Seite 4 von 8 Urteilsvorschlag verfasst oder die Zustimmung zu einem solchen erteilt wird, sondern einzig auf denjenigen Zeitpunkt, in dem das Urteil gefällt wird (vgl. Urteil BGer 5A\_523/2014 vom 13. Januar 2015 E. 2.2).

## **E. 2.2**

Ob eine nachträgliche Änderung im einmal gebildeten Spruchkörper zulässig ist, hat die ältere Rechtsprechung nicht unter dem Blickwinkel der Garantie des verfassungsmässigen Gerichts geprüft, sondern als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 BV). Danach haben die Prozessparteien einen Anspruch darauf, dass kein Gerichtsmitglied urteilt, das nicht Kenntnis von ihren Vorbringen und vom Beweisverfahren hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist deshalb verletzt und das Verfahren (ganz oder teilweise) zu wiederholen, wenn nicht alle an der Beurteilung beteiligten Gerichtsmitglieder an der ausschliesslich mündlichen, in keinem Protokoll festgehaltenen Beweisabnahme mitgewirkt haben. Er ist umgekehrt gewahrt, soweit dem an der Beurteilung neu teilnehmenden Gerichtsmitglied der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann und dadurch alle am Urteil mitwirkenden Gerichtsmitglieder die gleichen Kenntnisse haben (vgl. Urteil BGer 4A\_271/2015 vom 29. September 2016 E. 6.1, nicht publiziert in BGE 142 I 93). Nach der neueren Rechtsprechung kann der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht verletzt sein, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters. Eine Verän- derung der Besetzung ist einzelfallbezogen allerdings zulässig, beispielsweise wenn ein Mitglied des Gerichts aus Altersgründen ausscheidet oder wegen einer länger dauernden Krankheit oder Mutterschaftsurlaub das Amt nicht ausüben kann oder wenn eine Neukonstituierung des Gerichts die Auswechslung erfordert (vgl. Urteil BGer 4A\_271/2015 vom 29. September 2016 E. 6.2, nicht publiziert in BGE 142 I 93). Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es bei Änderungen des einmal besetzten Spruchkörpers Aufgabe des Gerichts ist, die Parteien auf beabsichtigte Auswechslungen von mitwirkenden Richtern und die Gründe dafür hinzuweisen. Erst wenn der Partei die Gründe für die Besetzungsänderung bekannt gegeben worden sind, liegt es an ihr, deren Sachlichkeit substantiiert zu bestreiten. Gibt das Bezirksgericht den Parteien eine beabsich- tigte Änderung des Spruchkörpers nicht bekannt, und wird ihnen dies erst mit Zustellung des Urteils mitgeteilt, kann die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV im Berufungsverfahren geltend gemacht werden. Es obliegt alsdann der Berufungsinstanz, die Vorinstanz im Rahmen einer Vernehmlassung zur Berufung aufzufordern, die Gründe für

den Wechsel nachträglich anzugeben (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2).

### **E. 2.3**

Nach der Rechtsprechung sind die Garantien von Art. 30 Abs. 1 BV auch auf die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber einer richterlichen Behörde anwendbar, sofern sie an der Willensbildung des Spruchkörpers mitwirken. Dies ist der Fall, wenn sie im Hinblick auf ihre Redaktionstätigkeit an der Beratung teilnehmen und ihre Auffassung äussern können, weil sie so, auch wenn sie nicht stimmberechtigt sind, unter Umständen auf den Entscheid des Gerichts Einfluss nehmen können (vgl. Urteil BGer 5A\_523/2014 vom 13. Januar 2015 E. 2.2). Dies ist im Kanton Freiburg der Fall (vgl. Art. 23 Abs. 2 des Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 [JG; SGF 130.1]).

Kantonsgericht KG Seite 5 von 8

### **E. 2.4**

Vorliegend wurde die Besetzung des urteilenden Spruchkörpers den Parteien mit Zustellung des begründeten Urteils mitgeteilt. Die entsprechende Rüge der Berufungsführerin wurde somit rechtzeitig geltend gemacht. Der Gerichtspräsident hat zudem auf Anfrage des Berufungsbeklagten zu Händen der Parteien und des Zivilappellationshofs erklärt, D.\_\_\_\_\_ sei als Gerichtspraktikantin bis am 30. März 2017 am Bezirksgericht tätig gewesen. Ab dem 1. April 2017 habe E.\_\_\_\_\_ ihr Gerichtspraktikum beim Bezirksgericht absolviert. Die Tatsache, dass D.\_\_\_\_\_ ihr Praktikum im Moment der Urteilsfällung bereits abgeschlossen hatte, ist offensichtlich ein sachlicher Grund, warum sie bei dieser nicht mehr mitwirken durfte und konnte. Im Übrigen ergibt sich aus den Akten, dass sämtliche Aussagen der Parteien und der Zeugin anlässlich der Verhandlung vom 8. Februar 2017, an der E.\_\_\_\_\_ nicht mitwirken konnte, da sie zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht als Gerichtsschreiberin tätig war, in einem ausführlichen Protokoll festgehalten wurden (vgl. DO 14). Der an der Urteilsfällung neu mitwirkenden Gerichtsschreiberin konnte somit der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann, was den Anforderung der Rechtsprechung in Bezug auf die Auswechslung eines Mitglieds des Spruchkörpers genügt. Unter diesen Umständen ist die Rüge der Berufungsführerin abzuweisen.

### **E. 3**

In der Sache macht die Berufungsführerin geltend, die Schlussfolgerung des Gerichtspräsidenten, sie habe konkludent auf die Anwendung von Ziff. 9 des Maklervertrags verzichtet, sei unhaltbar. Im Übrigen sei durch die Einfügung der Ziff. 9 die Ziff. 4 des Vertrags aufgehoben worden, so dass der Berufungsbeklagte das entsprechende Risiko zu tragen habe und keine Maklerprovision verlangen könne. Der Berufungsbeklagte seinerseits vertritt die Ansicht, die abgenommenen Beweismittel würden beweisen, dass Ziff. 9 des Maklervertrags aufgehoben worden sei, so dass Ziff. 4 des Vertrages zum Tragen komme und er Anspruch auf die vereinbarte Maklerprovision habe.

### **E. 3.1**

Vorliegend ist unbestritten, dass die Parteien am 22. Juni 2015 einen Maklervertrag über den Verkauf der 3.5-Zimmer-Wohnung der Berufungsführerin abgeschlossen haben, der Berufungsbeklagte eine Kaufinteressentin gefunden hat, die bereit war, die Wohnung zum vereinbarten Preis zu erwerben, und diese Interessentin die Wohnung schlussendlich nicht erworben hat, weil die Auftraggeberin die Wohnung nicht mehr verkaufen wollte.

Umstritten ist hingegen, ob unter diesen Umständen ein Vermittlungshonorar geschuldet ist oder nicht. Es gilt daher, den von den Parteien vereinbarten Vertragsinhalt zu eruieren, bzw. festzustellen, in welchem Verhältnis die verschiedenen Vertragsklauseln untereinander stehen.

### **E. 3.1.1**

Durch den Maklervertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Grundsätzlich ist der Maklerlohn verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Rechtsprechung und Lehre anerkennen allerdings, dass die Parteien Vergütungsvereinbarungen treffen können, welche die Leistungspflicht des Maklerlohnes nicht an das Zustandekommen eines Vertrages zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten knüpfen (vgl. BGE 131 III 268 E. 5.1.2; AMMANN, in BSK OR I, 6. Aufl. 2015, Art. 412 N. 3).

### **E. 3.1.2**

Nach Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien gebraucht wurde. Diese Bestimmung enthält den primären und

Kantonsgericht KG Seite 6 von 8 prinzipiellen Ansatz für die Auslegung von Willenserklärungen im schweizerischen Recht (vgl. WIEGAND, in BSK OR I, 6. Aufl. 2015, Art. 18 N. 1). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 142 III 671 E. 3.3; 140 III 391 E. 2.3).

### **E. 3.2**

Im Berufungsverfahren nicht mehr umstritten ist die Feststellung des Gerichtspräsidenten, dass zwischen den Ziff. 3 und 4 des Maklervertrages kein Widerspruch bestehe, da die beiden Bestimmungen je andere Fälle regeln und nicht kumulativ zur Anwendung kommen. Dem ist beizupflichten. Ziff. 3 des Maklervertrags ist anwendbar, wenn der Immobilienvertrag infolge der Vermittlung durch den Makler tatsächlich zustande gekommen ist, Ziff. 4 hingegen, wenn das Immobiliengeschäft aufgrund des Verhaltens des Auftraggebers schlussendlich scheitert. Im Berufungsverfahren ebenfalls nicht mehr umstritten ist die Tatsache, dass der Berufungsbe- klagte mit C. \_\_\_\_\_ eine abschlusswillige und zahlungsfähige Kaufinteressentin gefunden hatte und die Berufungsführerin aus einem Grund, den sie zu vertreten hat, das Geschäft nicht mehr abschliessen wollte. Die Voraussetzungen von Ziff. 4 des Maklervertrags sind somit unbestrittenermassen erfüllt.

### **E. 3.3**

Weiterhin umstritten ist die Tragweite von Ziff. 9 des Maklervertrags und die Frage, ob diese Ziffer aufgehoben wurde oder nicht. In dieser Bestimmung wurde festgehalten, dass

die Auftrag-geberin dem Verkauf nur zustimmen werde, wenn im Gegenzug ein entsprechendes Objekt ihren Vorstellungen entsprechend erworben werden kann. Im angefochtenen Urteil kommt der Gerichts-präsident zum Schluss, dass der Berufungsbeklagte die Aussagen der Berufungsführerin am 27. August 2015 in Treu und Glauben so verstehen durfte und musste, dass diese ihre Wohnung verkaufen wollte, auch ohne ein passendes Ersatzobjekt zu haben. Mit dieser mehrfach geäus- serten Verkaufsabsicht – ohne irgendeinen Vorbehalt anzubringen – mache der Vorbehalt in Ziff. 9 des Maklervertrages keinen Sinn mehr, so dass davon auszugehen sei, dass die Berufungsführe- rin darauf verzichtet habe.

### **E. 3.3.1**

Die Aussagen der Parteien und der Zeugin über die Wohnungsbesichtigung vom 27. August 2015 sind unterschiedlichen Inhalts. So hat die Berufungsführerin erklärt, sie sei an diesem Tag bereit gewesen, die Wohnung an C.\_\_\_\_\_ zu verkaufen, Ziff. 9 des Maklervertrags sei jedoch nicht thematisiert worden und sie habe nie gesagt, dass sie ohne Ersatzobjekt verkaufe (DO 14/7). B.\_\_\_\_\_ seinerseits hat dargelegt, es sei von A.\_\_\_\_\_ kommuniziert worden, dass sie die Liegenschaft sowieso verkaufen wolle, auch wenn sie noch kein Ersatzobjekt habe. Die Interessentin habe die Verkäuferin zwei Mal gefragt, ob sie wirklich verkaufen wolle, ohne über ein Ersatzobjekt zu verfügen (DO 14/4). Was die Aussage der Zeugin C.\_\_\_\_\_ betrifft, ist sie im Protokoll der Verhandlung vom

### **E. 3.3.2**

Am gleichen Tag hat der Berufungsbeklagte die Interessentin und die Verkäuferin gebeten, eine Reservationsvereinbarung zu unterzeichnen (DO 2/7). Sie hat folgenden Inhalt: "Der Antritt des Kaufobjekts durch die Käuferin und die Übergabe erfolgt auf den 1. Dezember 2015. [...] Bei nicht unterschreiben des Kaufvertrags von Seiten der Käuferin wird der Verkäuferin die Summe der Reservationsvereinbarung von CHF 79'000.- geschuldet und dann innert 10 Tagen überwie- sen". B.\_\_\_\_\_ hat dazu erklärt, üblicherweise würden solche Vereinbarungen nur zwischen dem potentiellen Käufer und dem Makler unterzeichnet, im vorliegenden Fall habe er allerdings aufgrund der Aussage der Berufungsführerin, sie wolle verkaufen, auch wenn sie noch kein Ersatzobjekt habe, darauf beharrt, dass sie die Reservationsvereinbarung ebenfalls unterzeichne, was sie mit dem eigenhändigen Zusatz "i. O." auch getan hat (DO 2/7). Wenn sie nun in ihrer Berufungsschrift erklärt, sie habe diesen Zusatz und ihre Unterschrift angebracht, weil sie mit der Sicherheitssumme von CHF 79'000.- einverstanden gewesen sei, nicht aber um ihren Willen kund zu tun, auch ohne Ersatzobjekt verkaufen zu wollen, so kann ihr nicht gefolgt werden. Angesichts der dargelegten Umstände und der Aussagen der Zeugin (vgl. E. 3.3.1 hiervor) muss im Gegenteil aus diesem Zusatz und der Unterschrift geschlossen werden, dass die Berufungsführerin – wenn auch in der irrigen Annahme, sie werde das ausgewählte Ersatzobjekt kaufen können – ausdrück- lich ihre Zusage zum vorbehaltlosen Verkauf der Wohnung an C.\_\_\_\_\_ gegeben hat, bzw. ihr Zusatz und ihre Unterschrift von den beiden anderen Teilnehmenden in diesem Sinn verstanden werden durften und nicht in einem anderen Sinn verstanden wurden.

### **E. 3.3.3**

Unter diesen Vorgaben hat der Gerichtspräsident die Klage zu Recht gutgeheissen. Die Berufung ist daher abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Kantonsgericht KG Seite 8 von 8 4. Die Prozesskosten sind der unterliegenden Berufungsführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 4.1 Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 2'000.- festgelegt (Art. 95 Abs. 2 und Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 19 Abs. 1 des Justizreglements vom 30. November 2010 [JR; SGF 130.11]). Sie werden mit dem von der Berufungsführerin geleisteten Vorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 4.2 Die Parteientschädigung zugunsten des Berufungsbeklagten wird global und unter Berücksichtigung der Art, der Schwierigkeit und des Umfangs des Verfahrens sowie der notwendigen Arbeit von Rechtsanwalt Markus Meuwly, des Interesses und der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien auf CHF 2'500.-, zuzüglich CHF 200.- MWS (8% von CHF 2'500.-) festgelegt. Der Hof erkennt: I. Die Berufung von A. \_\_\_\_\_ wird abgewiesen. Das Urteil des Präsidenten des Zivilgerichts des Seebezirks vom 1. September 2017 wird bestätigt. II. Die Prozesskosten werden A. \_\_\_\_\_ auferlegt. Die Gerichtskosten werden auf CHF 2'000.- festgelegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. III. Die von A. \_\_\_\_\_ geschuldete Parteientschädigung wird auf CHF 2'700.- festgelegt, MWS zu CHF 200.- inbegriffen. IV. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 113–119 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 3. April 2018/dbc Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

## E. 8

Februar 2017 wie folgt vermerkt (DO 14/10-11): "Hat die Beklagte ihnen bestätigt, dass sie die Wohnung verkaufe ohne über ein Ersatzobjekt für sich zu verfügen? Sie hat mir ausdrücklich gesagt, dass sie mir Wohnung in jedem Fall verkaufen will. Sie war sich in diesem Zeitpunkt fast sicher, aber nicht 100%ig sicher, dass sie das Objekt an der F. \_\_\_\_\_ kaufen

Kantonsgericht KG Seite 7 von 8 könne. Sie hat mir aber versichert, dass sie trotzdem verkaufen will, komme was wolle und sie schaue für einen passenden Ersatz oder eine Übergangslösung. Verbal: Rechtsanwalt Gruber: die erste Antwort der Zeugin war: so hat sie es sicher nicht gedacht da sie ja überzeugt war sie bekomme die Wohnung in G. \_\_\_\_\_. Ich kann mit diesem Zusatz leben, wenn auch meine nachfolgenden Aussagen mitberücksichtigt werden. Ich bekräftige nochmals, dass sie gesagt hat, dass sie verkaufen wolle was auch immer kommen möge." Die Berufungsführerin will diese Aussage der Zeugin dahingehend verstanden wissen, dass die Zeugin erkannt habe, dass ihr Wille zu verkaufen nach wie vor an den Umstand gebunden war, dass sie über ein Ersatzobjekt verfüge. Dieser Auslegung kann jedoch nicht gefolgt werden. Tatsächlich hat die Zeugin wiederholt erklärt, die Berufungsführerin sei überzeugt gewesen, das gewählte Ersatzobjekt kaufen zu können und sie habe ausdrücklich gesagt, sie wolle ihr die Wohnung in jedem Fall verkaufen. Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass A. \_\_\_\_\_ sich in diesem Zeitpunkt sicher war, ein passendes Ersatzobjekt gefunden zu haben, das sie kaufen konnte, so dass sie diese Zusicherung ohne ausdrücklichen Vorbehalt gegeben hat. Sie hat zudem anlässlich der Verhandlung vom 8. Februar 2017 erklärt, sie sei am 27. August 2015 bereit gewesen, die Wohnung an C. \_\_\_\_\_ zu verkaufen und über Ziff. 9 des Maklervertrags sei nicht gesprochen worden (DO 14/7). Die weiteren Anwesenden konnten daher ihre Äusserungen nur dahingehend verstehen, dass sie die Wohnung auf jeden Fall verkaufen werde und auf den Vorbehalt betreffend ein Ersatzobjekt nicht beharre.

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