

C1 23 120

URTEIL VOM 6. MÄRZ 2024

**Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Dr. Thierry Schnyder und Jérôme Emonet, Kantonsrichter; Flurina Steiner, Gerichtsschreiberin

in Sachen

X _____ **AG**, Berufungsklägerin und Beklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Marco Eyer, Brig-Glis

gegen

Y _____, Berufungsbeklagte und Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Bellwald, Visp

(Vertrag zu Gunsten eines Dritten)

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Brig, Östlich-Raron und Goms vom
4. Mai 2023 [Z1 21 49]

Verfahren

A. A _____ reichte am 16. August 2021 beim Bezirksgericht Brig, Östlich-Raron und Goms gegen die X _____ AG eine Klage auf Zahlung einer Vermittlungsgebühr mit folgenden Rechtsbegehren ein (S. 2):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Vermittlungsgebühr in Höhe von CHF 33'000.00 zzgl. 5% Verzugszins seit dem 20. August 2018 zu bezahlen.
2. Die Kosten von Verfahren und Entscheid sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 170.00 gehen zu Lasten der Beklagten.
3. Dem Kläger sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
4. Eine Änderung der Rechtsbegehren wird im prozessual zulässigen Rahmen ausdrücklich vorbehalten.

Die Beklagte beantragte mit der Klageantwort vom 29. September 2021 die kosten- und entschädigungspflichtige Klageabweisung (S. 34).

B. Nach einem doppelten Schriftenwechsel, Beweisaufnahmen mit Zeugen- und Parteibefragungen sowie einer mündlichen Hauptverhandlung sistierte das Bezirksgericht das Verfahren mit Verfügung vom 27. Oktober 2022 infolge des Versterbens des Klägers (S. 157). Der Rechtsanwalt des verstorbenen Klägers hinterlegte am 20. Februar 2023 einen Erbenschein, wonach die Gattin des Verstorbenen, Y _____, dessen alleinige Erbin sei (S. 158 f.).

C. Nach dem Parteiwechsel infolge Universalsukzession auf der Klägerseite fällte das Bezirksgericht am 4. Mai 2023 folgendes Urteil (S. 175):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Vermittlungsgebühr in Höhe von Fr. 33'000.- zzgl. 5% Verzugszins seit dem 23. März 2021 zu bezahlen.
Soweit weitergehend, ist die Klage abzuweisen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.-- werden der Beklagten auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen verrechnet. Fr. 360.-- werden der Klägerin vom Bezirksgericht zurückerstattet.
3. Die Beklagte bezahlt der Klägerin
 - a) Fr. 3'370.-- für die geleisteten Kostenvorschüsse
 - b) Fr. 5'300.-- als Parteientschädigung

D. Die Beklagte reichte gegen dieses Urteil am 2. Juni 2023 eine Berufung beim Kantonsgericht Wallis ein, beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Klage (S. 177).

Die Berufungsbeklagte erstattete ihre Berufungsantwort am 16. August 2023, beantragte die vollumfängliche Abweisung der Berufung, in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin (S. 212).

Sachverhalt und Erwägungen

1. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Die erstinstanzlich zugesprochene und hier strittige Vermittlungsgebühr beläuft sich auf Fr. 33'000.00, weshalb bei diesem Streitwert die Berufung an das Kantonsgericht zulässig ist (Art. 308 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Die Beklagte hat das Urteil des Bezirksgerichts frühestens am 5. Mai 2023 in Empfang genommen (S. 175) und am 2. Juni 2023 innert 30 Tagen fristgerecht Berufung erhoben (Art. 311 Abs. 1, Art. 142 Abs. 1 und Abs. 3 sowie Art. 143 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1 Die Klägerin verlangt im Hinblick auf die Vermittlung eines Grundstücksgeschäfts von der Käuferin eine Vermittlungsgebühr und stützt sich dabei auf folgende schriftliche Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und der Käuferin:

Die X _____ AG als Käuferin, handelnd durch B _____, und C _____ als Verkäufer, seinerseits vertreten durch seine Tochter D _____, schlossen am 16./20. Januar 2017 eine schriftliche Vereinbarung über den Kauf der Parzelle Nr. xxx1, Plan Nr. yyy1 in E _____ (S. 51). Dem Abschluss der Vereinbarung waren Vertragsverhandlungen vorausgegangen, namentlich eine Besprechung im Café F _____ in E _____ zwischen D _____, B _____ und A _____, dessen Vermittlungsgebühr hier umstritten ist.

Die Käuferin bereitete eine schriftliche Vereinbarung über den Abschluss eines Kaufvertrages über das Grundstück zum Kaufpreis von Fr. 1'100'000.00 vor und B _____ unterzeichnete für die Käuferin am 16. Januar 2017. Die Tochter des Verkäufers unterzeichnete die Vereinbarung am 20. Januar 2017 und schickte gleichentags um 16:02 Uhr eine E-Mail an B _____. Darin dankte sie für das Zusenden der Dokumente in abgeänderter Form und teilte mit, sie habe vergessen, zwei Punkte hinzuzufügen, damit es zu keinen Missverständnissen komme. Sie habe sich erlaubt, diese per Handschrift zu ergänzen (S. 15):

«- X _____ AG übernimmt alle Notariatsgebühren, welche beim Verkauf anstehen.
- Die Vermittlungsgebühr an Hr. A _____ muss zusätzlich zum Pauschalpreis bezahlt werden und wird direkt mit ihm vereinbart.»

Gleichzeitig bat die Tochter um eine kurze Bestätigung per E-Mail oder Post, wonach B _____ mit diesen zusätzlichen Punkten einverstanden sei. Die Sekretärin von B _____, G _____ (geb. H _____), antwortete darauf per E-Mail um 16:14 Uhr: «Im Auftrag von Herrn B _____ teilen wir Ihnen mit, dass B _____ mit diesen zusätzlichen Punkten einverstanden ist» (S. 14).

Am 18. August 2017 schlossen der Verkäufer und die Käuferin einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über die Parzelle zum Kaufpreis von Fr. 1'100'000.00 (S. 84 ff.). Die Zahlung einer Vermittlungsgebühr an A _____ wurde darin nicht erwähnt.

Nach erfolglosen Zahlungsaufforderungen vom 4. Juli 2018 sowie vom 20. August 2018 und einer Betreuung mit Zahlungsbefehl vom 22. März 2021 reichte A _____ eine Klage gegen die Käuferin ein (S. 1 ff., 16, 19, 24).

2.2 Das Bezirksgericht bejahte einen Mäklervertrag zwischen der Verkäuferschaft und dem Mäkler mit Kontaktherstellung durch den Mäkler und kausaler Mäklertätigkeit mit folgendem Abschluss eines Kaufvertrags (E. 4.2.1 ff.). Weiter qualifizierte es die Vereinbarung zwischen Käuferin und Verkäufer als echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit selbständigem Forderungsrecht des Mäklers (E. 5.1 ff.). Die Sekretärin beurteilte es als Botin und anerkannte die Passivlegitimation der eingeklagten Aktiengesellschaft. Die Vermittlungsgebühr von 3% entsprechend Fr. 33'000.00 erachtete es als nicht übersetzt.

Im Berufungsverfahren ist der erwähnte Sachverhalt bis auf einzelne Punkte unstrittig. Kritisiert wird vorderhand die Qualifikation der Rechtsverhältnisse im Dreieck zwischen Verkäufer, Käuferin und Drittem bzw. die rechtliche Grundlage der Vermittlungsgebühr gegenüber der Käuferin.

3.

3.1 Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten bildet eine Ausnahme zum Grundsatz, wonach Verträge nur die Parteien berechtigen und verpflichten. Entsprechend seinem Namen wird ausnahmsweise zu Gunsten einer am Vertrag nicht beteiligten Drittperson ein Recht begründet, indem der Schuldner (Promittent) dem Gläubiger (Promissar) verspricht, gegenüber dem Dritten (Begünstigter) eine Leistung zu erbringen (DITTLI, Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, Diss. Lausanne 2023, N. 43 f.; WEBER/VON GRAFFEN-

RIED, Berner Kommentar, 2. A., 2022, N. 4 zu Art. 112 OR). Dabei entsteht ein Dreiecksverhältnis, wobei die Beziehung zwischen Promittent und Promissar als Deckungsverhältnis, jene zwischen Promissar und Drittem als Valutaverhältnis und diejenige zwischen Promittent und Drittem als Vollzugsverhältnis bezeichnet wird (DITTLI, a.a.O., N. 2, 44).

Das Zustandekommen des Vertrags richtet sich nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen (DITTLI, a.a.O., N. 52 ff.). Hierfür ist vorab eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR), welche darauf ausgerichtet sein muss, eine Forderung zu Gunsten eines Dritten zu begründen (DITTLI, a.a.O., N. 53). Die zeitlich erste Willenserklärung wird als Antrag bezeichnet, die zweite als Annahme (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. A., 2020, N. 363, 435). Erfolgt an Stelle der Annahme ein Gegenangebot in einem wesentlichen Vertragspunkt, erfordert dies eine dritte Willenserklärung der Gegenpartei, wonach das Schuldverhältnis unter diesen Bedingungen begründet werden soll (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 441 f.). Für das Zustandekommen und die Auslegung der Vereinbarung ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben (Bundesgerichtsurteil 4A_308/2020 vom 5. November 2020 E. 6.2). Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierte Vertragsauslegung den Vorrang (BGE 138 III 659 E. 4.2.1, 137 III 145 E. 3.2.1, 130 III 554 E. 3.1). Erst wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1).

3.2 Vorliegend hat die Käuferin eine Vereinbarung aufgesetzt, am 16. Januar 2017 unterzeichnet und der Gegenpartei zukommen lassen. Die für den Verkäufer handelnde Tochter hat diesen Vertrag am 20. Januar 2017 unterzeichnet, aber zugleich um zwei weitere Punkte ergänzt, namentlich, nebst der Übernahme der notariellen Kosten, dass die Vermittlungsgebühr an A _____ zusätzlich zum Pauschalpreis bezahlt und direkt mit ihm vereinbart werden muss. Dementsprechend hat die Verkäuferschaft das Angebot nicht angenommen, sondern ein Gegenangebot abgegeben, für welches sie die Käuferin, vertreten durch B _____, noch gleichentags per E-Mail um Zustimmung gebeten hat. Die Sekretärin G _____ (geb. H _____) teilte kurz darauf «im Auftrag von Herrn B _____» per E-Mail mit, «dass B _____ mit diesen zusätzlichen Punkten einverstanden ist».

3.3 Es handelt sich bei den erwähnten Erklärungen um ausdrückliche Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 2 OR). Trotzdem bestreitet die Käuferin, sich mit der Bezahlung einer Vermittlungsgebühr an A _____ einverstanden erklärt zu haben. B _____ meinte in der Parteibefragung gegenüber dem Bezirksrichter, was sie im Café vereinbart hätten, seien die Punkte, die in der Vereinbarung enthalten seien. Er gehe davon aus, dass D _____ die handschriftlichen Ergänzungen zusammen mit ihrer Unterschrift retourniert habe (F9, S. 119). Die Tochter des Verkäufers führte aus, sie habe mit B _____ in der Bäckerei zunächst den Preis vereinbart und dann im Rahmen der E-Mail-Verhandlungen die zusätzlichen Bedingungen ausgehandelt (F3, S. 114). Sie beteuerte, sie hätte den Vertrag ohne diese zwei Punkte nicht unterzeichnet (F13, S. 113). Zum Gespräch im Café gab A _____ sel. einzig zu Protokoll, es sei von der Preiserhöhung von Fr. 900'000.00 auf Fr. 950'000.00 die Rede gewesen. Bei den später verlangten Fr. 1'100'000.00 sei er nicht mehr dabei gewesen (F6, S. 130).

Aufgrund dieser Personenaussagen erachtet es das Berufungsgericht als erstellt, dass die drei beteiligten Personen (Verkäufer- und Käuferschaft sowie Dritter) im Café nicht über die zwei ergänzenden Punkte der Vereinbarung diskutiert haben und diese erst mit der Gegenofferte der Verkäuferschaft zum Thema zwischen den Vertragsparteien geworden sind. Hingegen brachte die Tochter des Verkäufers in ihrer E-Mail an die Käuferin klar und eindeutig ihren Willen zum Ausdruck, dass die Vermittlungsgebühr zusätzlich zum Kaufpreis bezahlt werden muss. Die Käuferin als Immobilienfirma, handelnd durch B _____, welcher vor Bezirksgericht erklärte, er handhabe es bei Grundstückskäufen seit 40 Jahre so, dass er zuerst eine entsprechende Vereinbarung abschliesse und der Eintrag im Grundbuch erst bei entsprechender Baubewilligung erfolge (F6, S. 119), konnte diese Klauseln nur so verstehen, dass er neben dem Pauschalpreis an den Verkäufer noch eine Vermittlungsgebühr an den Dritten sowie die Beurkundungskosten bezahlen muss. Er erklärte sich denn auch durch die von seiner Sekretärin übermittelte Antwort ausdrücklich damit einverstanden. Insofern er im Nachhinein sein Bewusstsein für diesen Passus bestreitet, erscheint dies schlichtweg nicht glaubwürdig. Damit liegt ein tatsächlicher Konsens über die zwei zusätzlichen Vertragspunkte vor.

Selbst wenn der tatsächliche Konsens nicht bewiesen wäre, müsste sich die Käuferin die Auslegung der Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip entgegenhalten lassen. Sie konnte diese zwei Punkte nicht anders verstehen, als dass es sich hierbei um eine Ergänzung der diskutierten Vereinbarung handelte und diese für die Verkäuferschaft wesentlich war. Mithin wäre auch der normative Konsens zu bejahen. Damit ist die Vereinbarung erweitert um diese zwei Punkte – konsensual betrachtet – zustande gekommen.

4.

4.1 Was die Berufungsklägerin im Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis der Käuferin vorbringt, trifft an sich zu. Die Organe verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Handelt ein Organ einer juristischen Person, so handelt diese selbst (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 1324, 3069). Bei der Aktiengesellschaft sind die zur Vertretung berechtigten Personen im Handelsregister eingetragen (Art. 45 Abs. 1 lit. o HRegV), wobei mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates vertretungsbefugt sein muss (Art. 718 Abs. 3 OR). Vorliegend ist die Sekretärin nicht Organ der Käuferin, ihr fehlt die Zeichnungsberechtigung und sie kann die Aktiengesellschaft nicht gültig verpflichten. Indes verkennt die Berufungsklägerin die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Sekretärin bloss als Botin der Willenserklärung aufgetreten ist. Es handelt sich hierbei nicht um einen eigentlichen Fall einer Stellvertretung mit Handeln im fremden Namen. In ihrer E-Mail schrieb die Sekretärin denn auch ausdrücklich «*im Auftrag von B _____*» und erklärte *jener* sei einverstanden mit den zusätzlichen Punkten. Dies hat sie auch in ihrer Zeugeneinvernahme bestätigt und erklärt, sie habe selbst keine Zusagen gemacht, sondern Antworten vorbereitet, ihrem Chef vorgelegt und er habe hierfür seine Zustimmung erteilt (F3 f., S. 116). Dazu sagte auch B _____, es dürfte so gewesen sein, wie die Sekretärin zu Protokoll gegeben habe, nämlich, dass sie ihm die Antwort vorgelesen oder gezeigt habe (F7 f., S. 119). Die Sekretärin leitete damit als Erklärungsgehilfin oder Botin bloss die Willenserklärungen des Organvertreters weiter und beabsichtigte nicht, durch ihr eigenes Handeln die Aktiengesellschaft zu verpflichten (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 186; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., 2023, N. 15.01, 21.09; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., 2020, N. 40.06).

4.2 Ebenfalls unbeachtlich ist der Einwand der Berufungsklägerin, die Sekretärin habe in ihrer Funktion für die I _____ AG gehandelt und nicht für die Käuferin (TB 24 der Klage, S. 37). Die Sekretärin erklärte in den Einvernahmen durch den Bezirksrichter, sie sei von 2016 bis Januar 2020 als Assistentin von B _____ tätig gewesen. Sie habe damals in derselben Funktion für beide Gesellschaften – für die Käuferin und die I _____ AG – gearbeitet (F1, F9 ff., S. 116 f.). Der Arbeitsort sei dabei immer J _____ gewesen (F2, S. 117). Demnach konnte die Sekretärin als Angestellte der Käuferin auch eine Willenserklärung von B _____ – direkter Vorgesetzter und Organ der Käuferin – weiterleiten. Im Übrigen hat auch B _____ nicht immer konsequent zwischen den Gesellschaften unterschieden (vgl. ad 23 der Replik, S. 55). Bei-

spielsweise hat er die schriftliche Vereinbarung auf Briefpapier der I _____ AG vorbereitet, aber dann mit zugehörigem Stempel für die K _____ AG unterzeichnet (S. 51; vgl. ad 22 und TB 38 der Replik, S. 54, 57).

Im Ergebnis hat B _____ als Organ der Käuferin mittels seiner Sekretärin den Willen kundgetan, dass die juristische Person mit den zwei weiteren Vertragspunkten einverstanden ist. Die Käuferin ist folglich passivlegitimiert. Die Vorinstanz hat das Bestreiten der Passivlegitimation als rechtsmissbräuchlich eingestuft, wofür die abwechselnde Verwendung der beiden obgenannten Aktiengesellschaften spricht, was letztlich aber offenbleiben kann.

5.

5.1 Die Berufungsklägerin moniert, die Höhe der Vermittlungsgebühr stelle einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt dar, ohne den kein Vertrag zustande kommen können. Der Verkäufer und die Käuferin hätten vorliegend die Höhe der Vermittlungsvergütung nicht geregelt und demnach fehle es an einer gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärung.

5.2 Der Konsens muss alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte erfassen (Art. 2 Abs. 1 OR). Objektiv wesentlich ist dabei derjenige Vertragsinhalt, welcher durch die Parteien zwingend selbst geregelt werden muss, andernfalls eine Lücke verbleibt, die nicht durch Gesetz, Gewohnheitsrecht oder Richterrecht geschlossen werden kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 332 ff.). Demgegenüber sind jene Vertragspunkte subjektiv wesentlich, die für den Abschlusswillen einer Partei «condicio sine qua non» sind (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 341 f.).

5.3 Vorliegend kamen die Vertragsparteien überein, dass die Käuferin dem Dritten eine Vermittlungsgebühr bezahlt, wobei die Höhe noch mit diesem vereinbart werden sollte. Die Höhe eines Mäklerlohns betrifft einen vertraglichen Nebenpunkt, da das Gesetz nach Art. 414 OR eine Ergänzungsmöglichkeit vorsieht (AMMANN, Basler Kommentar, 7. A., 2020, N. 2 zu Art. 414 ZPO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 338). Es handelt sich mithin nicht um einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt, über den sich die Parteien zwingend einig sein müssen, andernfalls der Vertrag nicht zu Stande käme. Insofern die Tochter des Verkäufers in der Zeugenbefragung ausführte, ohne die zwei Punkte hätte sie die Vereinbarung nicht abgeschlossen (S. 113; vgl. ad 23 und TB 36 der Replik, S. 54 f., 56), kann daraus geschlossen werden, dass die Ergänzungen für sie subjektiv wesentlich waren. Subjektiv wesentlich war aber nicht die Höhe der Vermittlungsgebühr,

sondern überhaupt die Bezahlung einer solchen, andernfalls sie nicht darauf verwiesen hätte, dass die Käuferin diese mit dem Dritten noch vereinbaren muss.

6.

6.1 Nach Meinung der Berufungsklägerin hätte die Drittbegünstigungsklausel, um gültig zu sein, in die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags aufgenommen werden müssen.

6.2 Verträge sind grundsätzlich formfrei gültig, ausser es besteht eine gesetzliche Formvorschrift (Art. 11 Abs. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 490 ff.). Diesfalls ist der gesamte Vertrag mit allen objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 537) und der Vorvertrag dazu formbedürftig (Art. 22 Abs. 2 OR). Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten unterliegt grundsätzlich keiner Formvorschrift, ausser er ist Bestandteil eines anderen Vertrages, für den das Gesetz eine solche vorsieht (DITTLI, a.a.O., N. 55; REETZ/GRABER, in: Atamer/Furrer [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. A., 2023, N. 20 zu Art. 112 OR; ZELLWEGE-GUTKNECHT, Basler Kommentar, 7. A., 2020, N. 8 zu Art. 112 OR). Eine entsprechende Formvorschrift sieht das Gesetz für den Grundstückkaufvertrag vor (Art. 216 Abs. 1 OR). Beurkundungsbedürftig sind alle Absprachen zwischen Verkäufer und Käufer, welche das Austauschverhältnis des Kaufvertrags betreffen und denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt (BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, N. 2506; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., 2021, N. 591; KOLLER, a.a.O., N. 12.100 ff.). Für den vertragswesentlichen Punkt des Kaufpreises erstreckt sich der Beurkundungszwang auf die Gesamtheit aller (Geld-)Leistungen, welche der Käufer dem Verkäufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen muss (Bundesgerichtsurteil 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 4).

Es ist jeweils im Einzelfall zu bestimmen, ob eine Zahlungsverpflichtung als Teil der Gegenleistung zur Eigentumsübertragung anzusehen ist oder nicht. Beispielsweise sind konnexe Vereinbarungen (z.B. Werk- und Architektenverträge), welche das Austauschverhältnis nicht betreffen, selbst dann nicht öffentlich zu beurkunden, wenn sie für den Abschluss des Kaufgeschäfts subjektiv wesentlich sind (BRÜCKNER, a.a.O. N. 2509 ff.; KOLLER, a.a.O., N. 12.100; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N. 951). Das Bundesgericht verneinte den Beurkundungszwang für eine mit einem Grundstückkauf getroffene Abrede, wonach der Käufer dem Verkäufer für weitere Werksarbeiten eine zusätzliche Vergütung versprochen hat oder für eine Provisionsvereinbarung im Hinblick auf den Weiterverkauf des Grundstücks (BGE 119 II 29 E. 2, 78 II 435 E. 2a ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N. 592). Andererseits bildet beim «Kauf ab Plan»

oder beim Kauf «schlüselfertiger Bauten» ohne Weisungsrecht des Käufers bezüglich der Bauarbeiten (vorbehältlich Auswahlmöglichkeit beim Innenausbau) die Vergütung für die Werkerstellung ebenfalls Bestandteil des Grundstückskaufs und ist öffentlich zu beurkunden (vgl. Art. 11 lit. g HG; Art. 34 Abs. 1 RNG; SCHNYDER et al., Der Notar im Kanton Wallis – Besonderer Teil, 2022, S. 10 mit Hinweisen). Nach der Lehre und kantonalen Rechtsprechung ist die Übernahme einer Provisionsschuld jedenfalls dann Teil der Gegenleistung des Käufers, wenn der Verkäufer dem Mäkler diese zu erstatten hätte und sie auf den Käufer überwältzt wird (Urteil des Obergerichts des Kantons Berns ZK 20 458 vom 26. Februar 2021, in: ZBGR 103/2022 S. 22 ff.; ZBGR 48/1967 S. 22; SCHNYDER, a.a.O., S. 11; Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung vom 21. August 2023, Version 36, abrufbar unter www.jgk.be.ch, S. 91).

6.3 Vorliegend wurde die Drittbegünstigungsklausel in einen Vorvertrag über einen Grundstückskauf eingebettet. Dieser Vorvertrag hätte öffentlich beurkundet werden müssen (Art. 22 Abs. 2 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 OR). Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten ist nur dann formnichtig, wenn er das Austauschverhältnis des Kaufvertrags betrifft und deshalb ebenfalls der Beurkundungspflicht unterliegt.

Nach der Formulierung der betreffenden Klausel verpflichtete sich die Käuferin gegenüber dem Verkäufer dazu, an den Dritten eine Vermittlungsgebühr *zusätzlich zum Pauschalpreis* zu bezahlen. Allein aus dem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, ob die Bezahlung der Vermittlungsgebühr eine Gegenleistung zur Eigentumsübertragung bildete oder nicht. Dies ist nach anderen Elementen wie dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien und den Gesamtumständen zu beurteilen.

Im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen haben die Parteien die Eckpunkte des Kaufvertrags diskutiert, namentlich den Kaufpreis verhandelt, die wesentlichen Vertragspunkte mündlich fixiert und schliesslich in einer einfach schriftlichen Vereinbarung festgehalten. Erst in jenem späten Zeitpunkt verlangte die Verkäuferschaft die Ergänzung der Vereinbarung hinsichtlich der Bezahlung einer Vermittlungsgebühr an den Dritten. Diese Klausel war für die Verkäuferschaft subjektiv wesentlich und beeinflusste ihren Willen zum Vertragsabschluss, denn wie sie selbst darlegte, hätte sie andernfalls den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Die Käuferin hatte faktisch keine Wahl und musste der Bezahlung der Vermittlungsgebühr zustimmen, ansonsten sich die Verkäuferschaft gegen den Kaufvertrag mit ihr entschlossen hätte. Die Drittbegünstigung wurde einzig im Interesse der Verkäuferschaft vereinbart und die Käuferin hatte überhaupt keine Motivation, dem Dritten eine Vermittlungsgebühr zu bezahlen, ausser dass sie damit die Verkäuferschaft dazu veranlassen konnte, ihr das Grundstück zu verkaufen. Folglich hing

die Bezahlung der Vermittlungsgebühr mit der Leistung der Kaufsumme zusammen und bildete Teil der Gegenleistung zur Grundstücksübertragung. Dementsprechend war die Drittbegünstigungsklausel auch vom Beurkundungszwang erfasst und hätte in den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag aufgenommen werden müssen.

6.4 Die Nichtigkeitsfolgen formunwirksamer Verträge werden unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt. So ist die Berufung auf einen Formmangel unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Formmangel von der Partei, die sich auf ihn beruft, arglistig herbeigeführt wurde, sie ihn beim Abschluss des Vertrags bewusst in Kauf genommen oder zum eigenen Vorteil sogar gewollt hat (vgl. BGE 90 II 21; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 31.32). Rechtsmissbrauch ist ohne besondere Einrede von Amtes wegen zu berücksichtigen, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen (BGE 104 II 99 2b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., 551). Wer in Kenntnis des Formmangels einen Vertrag freiwillig zumindest zur Hauptsache erfüllt, verhält sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtsmissbräuchlich, wenn er hernach den Restanspruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formmangel verweigert (BGE 116 II 700 E. 3b; Bundesgerichtsurteile 4A_637/2016 vom 3. März 2017 E. 4.1, 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017 E. 6.1, 4C.162/2005 vom 18. Mai 2006 E. 3.2). Die Geltendmachung eines Rechts ist zudem dann missbräuchlich, wenn es im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 143 III 666 E. 4.2, 140 III 481 E. 2.3.2). Ebenso verhält sich treuwidrig, wer sich auf den Formmangel beruft, aber den Mangel arglistig herbeigeführt, ihn beim Vertragsabschluss bewusst in Kauf genommen oder sogar zu seinem eigenen Vorteil gewollt hat (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., 555).

Der Käuferin als Immobilienhändlerin mit langjähriger Erfahrung in ihrer Disziplin muss sehr wohl bekannt gewesen sein, dass auch Vorverträge über Grundstückskäufe der öffentlichen Beurkundung bedürfen, um gültig zu sein. Insoweit sie sich regelmässig über diesen Umstand hinwegsetzte und nach ihrer Praxis immer nur einfach schriftliche Vereinbarungen über künftige Kaufverträge abschloss (Art. 13 OR), nahm sie den Formmangel bewusst in Kauf (B _____: «Ich handhabe es seit 40 Jahren so, dass wenn ich ein Grundstück kaufen will, ich zuerst eine entsprechende Vereinbarung abschliesse und der Eintrag im Grundbuch erst bei entsprechender Baubewilligung erfolgt; F6, S. 119). Die Tochter des Verkäufers hat sich mit der Ergänzung der schriftlichen Vereinbarung absichern wollen und explizit die Zustimmung zu diesen zwei Punkten verlangt,

damit es zu keinen Missverständnissen kommt. Daraus lässt sich schliessen, dass ihr die Formnichtigkeit der Klausel nicht bekannt war, andernfalls sie darauf bestanden hätte, diese in die öffentliche Urkunde aufzunehmen. Nachdem die Verkäuferschaft und die Käuferin die einfach schriftliche Vereinbarung getroffen hatten, fanden keine erneuten Vertragsverhandlungen statt, sondern das, was abgemacht worden war, wurde, abgesehen von der Vermittlungsgebühr, entsprechend den im Vorvertrag festgelegten Bedingungen öffentlich beurkundet. So wurden die Grundbuch- und Notariatsgebühren, wie von der Tochter des Verkäufers in ihrem Nachtrag zum Vorvertrag verlangt von der Käuferin übernommen. Demgegenüber wurde die von der Käuferin zusätzlich zum Kaufpreis an den Vermittler zu bezahlende Vermittlungsgebühr, obwohl auch diesbezüglich vorgängig ein Konsens erzielt worden war, im öffentlich beurkundeten Grundstückskaufvertrag weggelassen. Wie sich aus den anschliessenden Zahlungsaufforderungen durch die Tochter des Verkäufers ergibt (vgl. S. 14 ff.), war sich die Verkäuferschaft der Formvorschriften und sich allenfalls daraus ergebenden rechtlichen Probleme nicht bewusst. Auch belegt die Antwort der Käuferin an den Vermittler vom 13. Juli 2018 deren klar treuwidriges Verhalten, wenn sie darin ausführt, die Provision werde üblicherweise von der Verkäuferschaft übernommen, die ihn auch engagiert habe (S. 18), nachdem sie der Übernahme der Vermittlungsprovision unmissverständlich zugestimmt hatte. Die Parteien sind ihrer Pflicht, den Hauptvertrag abzuschliessen, bis auf diesen einen Punkt nachgekommen. Somit wurde die einfach schriftliche Vereinbarung bis auf die öffentliche Beurkundung und die anschliessende Bezahlung der Vermittlungsgebühr erfüllt. Der Verkäufer hat denn auch in der Folge seine Liegenschaft auf die Käuferin übertragen und ist damit seinen von ihm eingegangenen Verpflichtungen vollumfänglich nachgekommen. Demgegenüber hat die Käuferin wohl den Kaufpreis beglichen, nicht aber – wie von ihr im Rahmen des von ihr selbst initiierten Vorvertrags als Zusatzleistung zum Kaufpreis versprochen – die Provision geleistet.

Unter all diesen Umständen erscheint es stossend, dass sich die Käuferin, auf deren Initiative die einfach schriftliche Vereinbarung beruhte und die den Mangel bewusst in Kauf genommen hat, im Nachhinein zu ihrem Vorteil auf den Formmangel beruft und sich so der Bezahlung der im Vorvertrag vereinbarten Vermittlungsgebühr zu entziehen versucht. Die Berufung auf den Formmangel erscheint in dieser Konstellation rechtsmissbräuchlich und ist nicht zu schützen.

7.

7.1 Neben dem Zustandekommen der Drittbegünstigungsklausel und der Form ist auch deren Inhalt strittig.

7.2 Was im Rahmen der Vertragsfreiheit nach Art. 19 Abs. 1 OR ohnehin zulässig ist, wird in Art. 112 OR ausdrücklich verankert (DITTLI, a.a.O., N. 59; WEBER/VON GRAFFENRIED, a.a.O., N. 14 zu Art. 112 OR). In der Ausgestaltung des Vertrags zu Gunsten eines Dritten sind die Parteien frei; sie können jeden Nominat- oder Innominatvertrag entsprechend modifizieren, entweder einen selbständigen Schuldvertrag begründen oder bloss eine Klausel im Rahmen eines anderen Vertragsverhältnisses entsprechend formulieren (DITTLI, a.a.O., N. 59; REETZ/GRABER, a.a.O., N. 2 zu Art. 112 OR; WEBER/VON GRAFFENRIED, a.a.O., N. 15 zu Art. 112 OR). Dabei kann jede Leistung – ein Tun, Dulden oder Unterlassen – gegenüber dem Dritten versprochen werden (vgl. BGE 83 II 277 E. 2; KOLLER, a.a.O., N. 73.24; REETZ/GRABER, a.a.O., N. 6 zu Art. 112 OR).

7.3 Die Parteien des Grundstückkaufvertrags haben vorliegend eine Klausel vereinbart, gemäss welcher sich die Käuferin verpflichtet, neben dem Kaufpreis eine Vermittlungsgebühr an einen Dritten zu bezahlen. Bei diesem Vertrag zu Gunsten eines Dritten bildet einzig eines der typischen Leistungsversprechen des Mäklervertrags (Art. 412 ff. OR) – die Vergütung an den Mäkler zu bezahlen – Bestandteil des Deckungsverhältnisses zwischen dem Verkäufer und der Käuferin. Die Vermittlungstätigkeit ist Gegenstand des Valutaverhältnisses zwischen Drittem und Verkäufer. Dies erscheint mit Blick auf die Vertragsfreiheit und die gesetzliche Konzeption von Art. 112 OR zulässig. Der Promittent kann sich gegenüber dem Promissar zu jeder erdenklichen Leistung an den Dritten verpflichten, also auch bloss zu einem Teil einer Leistung eines gesetzlich normierten Vertragsverhältnisses.

Jede Beziehung im Dreiecksverhältnis zwischen Drittem, Promittent und Promissar beruht auf einem eigenen Rechtsgrund (DITTLI, a.a.O., N. 61, 139; REETZ/GRABER, a.a.O., N. 4 zu Art. 112 OR). Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten im Deckungsverhältnis hängt nicht von der Vereinbarung zwischen Promissar und Drittem im Valutaverhältnis ab und jedes Verhältnis folgt seinen eigenen Regeln (vgl. DITTLI, a.a.O., N. 98; KOLLER, a.a.O. N. 73.32). Ein Rechtsgrund für die Drittzuwendung ist nach gewissen Autoren stets vorhanden, da sich der Promittent nicht ohne Grund zur Begünstigung eines Dritten entschliessen würde (DITTLI, a.a.O., N. 698; KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000, N. 1593 ff.). Indes bildet dieser Rechtsgrund im Valutaverhältnis auch die materielle Rechtfertigung für die Zuwendung des Promittenten an den Dritten (vgl. DITTLI, a.a.O., N. 98 f., 698). Vorliegend bestreitet die Käuferin, dass der Dritte überhaupt eine Vermittlertätigkeit erbracht habe. Deshalb ist fraglich, ob eine entsprechende Rechtfertigung für die Drittbegünstigung überhaupt existiert oder sich der Dritte durch die Bezahlung einer Vermittlungsgebühr bereichern würde.

7.4 B _____ führte in der Parteibefragung aus, er habe von L _____ vernommen, dass die Parzelle zum Verkauf stehe und danach mit der Tochter des Verkäufers telefonisch einen Termin vereinbart (F1 f., S. 118). Am fraglichen Termin habe auch A _____ teilgenommen. Es sei nicht wahr, dass dieser das Treffen organisiert habe. Er habe nicht mit seiner Präsenz gerechnet und wisse noch genau, dass er überrascht gewesen sei (F2, S. 118). Bei diesem Gespräch hätten D _____ und A _____ klar zum Ausdruck gebracht, dass der Verkaufspreis höher sei, als ursprünglich angedeutet. Für ihn habe sich die Tätigkeit von A _____ auf dieses 20-minütige Kaffeegespräch beschränkt. Mehr habe dieser seines Erachtens nicht für den Kaufvertragsabschluss gemacht (F3, S. 118). Betreffend Vermittlungsgebühr habe er mit A _____ nichts abgemacht. Seiner Meinung nach stehe diesem nichts zu, da er auch keinen Aufwand gehabt habe. Er sei davon ausgegangen, dass dieser wegen seiner Verwandtschaft zum Verkäufer zu dessen Verstärkung dabei gewesen sei (F10, S. 120). Er habe nie mit einer Provision gerechnet und schon gar nicht «für ein Kaffee» (F18, S. 121).

A _____ gab in seiner Parteibefragung zu Protokoll, die Tochter des Verkäufers habe ihm von einem Kaufinteressenten erzählt und ihn gebeten, sich nach möglichen weiteren Interessenten zu erkundigen. Er habe daraufhin B _____ kontaktiert (F4, S. 130). Er habe den Kontakt zu diesem hergestellt und es habe eine Besprechung im Café F _____ stattgefunden, an welcher er teilgenommen habe (F5, S. 130).

Die Tochter des Verkäufers erklärte in der Zeugeneinvernahme, A _____ sei der Cousin ihres Vaters (F1, S. 110). Jener habe den Kontakt zu B _____ hergestellt und die Besprechung im Café F _____ organisiert (F6 f., S. 112; F2, S. 114). Sie habe vorher keinen Kontakt zu B _____ gehabt und nicht gewusst, dass er ein Interesse habe (F4, S. 114). Sie habe mit A _____ nichts hinsichtlich der Vermittlungsgebühr abgemacht. Danach gefragt, ob sie einen Mäklerauftrag erteilt habe, meinte sie, sie seien verwandt. Bei einem Mäklervertrag würde sie eine Immobilienfirma offiziell beauftragen. Innerhalb der Familie würde sie das nicht so nennen. Wenn sie A _____ nicht gekannt hätte, so wäre es ein Mäklervertrag gewesen. Bei ihnen sei alles informell abgelaufen (F17, S. 113). Zum Einwand von B _____, wonach L _____ den Kontakt hergestellt habe, entgegnete sie, dieser sei der Ehemann ihrer Cousine und in einen nicht zu Stande gekommenen Verkauf vor einigen Jahren involviert gewesen, nicht aber hier (F8 f., S. 115).

7.5 Die Tochter des Verkäufers und der Dritte erklärten übereinstimmend, dass Letzterer den Kontakt zur Käuferin hergestellt hatte. Dies erscheint im Kontext überzeugend.

Der Dritte gab an, er habe zu diesem Zeitpunkt den Oberwalliser Immobilienmarkt gut gekannt und sei von der Tochter des Verkäufers angefragt worden, weitere Kaufinteressenten ausfindig zu machen. Was die Käuferin dagegen einwendet, lässt sich durch keine anderen Beweise stützen und erscheint wenig überzeugend. L _____ wurde nicht als Zeuge einvernommen und überhaupt erklärte B _____ erstmals in der Parteibefragung, er habe von jenem erfahren, dass die Parzelle zum Verkauf stehe. Seine Aussage, er habe selbst zur Tochter des Verkäufers Kontakt aufgenommen, steht diametral zu deren Aussage und jener von A _____. Seine vermeintliche Überraschung zur Anwesenheit des Dritten beim Treffen im Café, steht zudem im Widerspruch dazu, dass er später ausdrücklich zugestimmt hat, diesem eine Vermittlungsgebühr zu bezahlen. Er gestand zudem selbst ein, der Dritte habe sich als Berater vorgestellt und ein höheres Kaufgebot gefordert (S. 18), was für mehr als nur eine passive Anwesenheit beim Verkaufsgespräch spricht. Zwar dementierte die Tochter des Verkäufers im Schreiben an die Käuferin vom 11. Oktober 2018, den Dritten engagiert zu haben. Sie erklärte aber in der späteren Zeugeneinvernahme nachvollziehbar, sie habe keinen Mäklerauftrag erteilt bzw. keinen Mäklervertrag abgeschlossen, weil es sich beim Dritten um einen Verwandten handle. Dennoch war die Verkäuferschaft der Meinung, dass dem Dritten eine Vermittlungsgebühr zustehen solle, andernfalls sie die Vereinbarung mit der Käuferin nicht um den Vertrag zu Gunsten des Dritten ergänzt hätte. Mithin ist erstellt, dass der Dritte den Kontakt zwischen den Kaufvertragsparteien hergestellt und die Verkäuferschaft beraten hat. Die Vermittlungstätigkeit war kausal für den Kaufsentschluss der Käuferin und führte erfolgreich zum Verkauf des Grundstücks. Mithin ist die materielle Rechtfertigung der Zuwendung an den Dritten damit begründet, dass der Dritte den Kontakt zwischen den Vertragsparteien im Deckungsverhältnis hergestellt und die Verkäuferschaft beraten hat.

7.6 Neben dem Element der Erfolgsbedingtheit liegt hier auch jenes der Entgeltlichkeit vor, um die Abrede zwischen dem Dritten und der Verkäuferschaft als Mäklervertrag zu qualifizieren (vgl. BGE 124 III 481 3a). Zwar haben die beiden nicht explizit über eine Vermittlungsgebühr gesprochen (vgl. F17, S. 113), eine solche aber stillschweigend vorausgesetzt (Art. 1 Abs. 2 OR), andernfalls es die Verkäuferschaft nicht zur Bedingung zum Abschluss des Kaufvertrags gemacht hätte, dass die Käuferin eine solche an den Dritten bezahlt. Der Dritte war auch nicht uneigennützig tätig, sondern erwartete von der Käuferin die Bezahlung einer Vermittlungsgebühr. Die Tochter des Verkäufers erklärte zudem, wenn sie den Dritten nicht gekannt hätte, dann wäre dies ein Mäklervertrag gewesen, aber so sei alles informell abgelaufen. Die rein mündliche Absprache zwischen

Verwandten und die zurückhaltenden Ausführungen der Tochter dazu stehen der rechtlichen Qualifikation als Mäklervertrag nicht entgegen, da dieser keiner Formvorschrift unterliegt. Mithin ist die Vertragsqualifikation durch die Vorinstanz zu bestätigen.

8.

8.1 Die Berufungsklägerin kritisiert die Qualifikation der Drittbegünstigung als echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Das selbständige Forderungsrecht des Dritten sei durch die Berufungsbeklagte auch nicht behauptet und bewiesen worden.

8.2 Der Dritte erhält beim sog. echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten ein selbständiges Forderungsrecht und kann direkt vom Promittenten die Erfüllung der Leistung verlangen sowie einklagen, während dem er beim unechten Vertrag zu Gunsten eines Dritten bloss Begünstigter wird (DITTLI, a.a.O., N. 76; WEBER/VON GRAFFENRIED, a.a.O., N. 6 f. zu Art. 112 OR). Ist das selbständige Forderungsrecht unter den Parteien streitig, muss die Frage durch Auslegung beantwortet werden (DITTLI, a.a.O., N. 81). Dabei kommt es vorab auf den Willen des Promissars an (Art. 112 Abs. 2 OR erster Teilsatz; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., N. 86.09). Subsidiär ist eine allfällige Übung massgeblich (Art. 112 Abs. 2 OR zweiter Teilsatz; KOLLER, a.a.O., N. 73.28; REETZ/GRABER, a.a.O., N. 8 zu Art. 112 OR).

8.3 Vorliegend vereinbarten der Verkäufer und die Käuferin, dass die Höhe der Vermittlungsgebühr direkt mit dem Dritten ausgehandelt werden muss. Die Tochter des Verkäufers meinte in der Zeugeneinvernahme, sie habe gewusst, dass der Dritte und der Organvertreter der Käuferin Berufskollegen seien und habe darauf vertraut, dass diese sich diesbezüglich auch einigen würden (F17, S. 113). Sie hatte ein Interesse daran, dass der fachkundige Dritte selbst mit der Käuferin in Kontakt tritt und mit ihr die Höhe der Provision vereinbart. Demensprechend wollte sie auch ein direktes Forderungsrecht des Dritten gegenüber der Käuferin begründen. Im Übrigen musste der Promittent aufgrund des Wortlauts die Vereinbarung ebenfalls so verstehen, dass er die Höhe der Zuwendung mit dem Dritten zu vereinbaren und dieser damit ein selbständiges Forderungsrecht hat.

Damit präsentiert sich der vorliegende Fall wesentlich anders als der von der Berufungsklägerin angerufene BGE 88 II 350. Entgegen der Rügen der Berufungsklägerin war es auch nicht notwendig, in der Klage Tatsachenbehauptungen zum direkten Forderungsrecht aufzustellen, denn die Sachlegitimation, d.h. ob der Dritte hinsichtlich des streitigen Anspruchs überhaupt materiell-rechtlich berechtigt und damit aktivlegitimiert ist, bildet

eine Rechtsfrage und ist im Sachurteil zu beurteilen (REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 50 Vorbem. zu Art. 308 - 318 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., 2019, N. 20 § 13).

9.

9.1 Hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlich festgesetzten Vermittlungsgebühr moniert die Berufungsklägerin, es sei nicht der Kaufpreis von Fr. 1'100'000.00 massgeblich, sondern jener von Fr. 900'000.00, weil beim Treffen im Café nur von diesem Betrag gesprochen worden und der Dritte in die weiteren Verhandlungen nicht mehr involviert gewesen sei. Sodann habe die Vorinstanz die Gebühr nicht ausgehend von der Übung selbst festgesetzt, sondern eine solche von 3% am obersten Ende als nicht übersetzt erachtet.

9.2 Der Verkäufer und die Käuferin haben ausgemacht, dass die Höhe der Vermittlungsgebühr zwischen dem Dritten und der Käuferin noch vereinbart werden muss. Dies ist unterblieben, womit der Vertrag lückenhaft ist.

9.3 Haben die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt, so liegt eine Vertragslücke vor, welche in erster Linie durch dispositives Gesetzesrecht oder – wenn solches fehlt – nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen ist (Bundesgerichtsurteil 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 4.4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N. 1248). Vorliegend ist auf die Gesetzesbestimmungen zum Mäklervertrag abzustellen. Hätte der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragschlusses gewusst, dass die Käuferin keine Vermittlungsgebühr mit dem Dritten vereinbaren und bezahlen will, so hätte er hypothetisch eine ähnliche Regelung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen getroffen.

9.4 Hinsichtlich der Höhe des Mäklerlohns verweist Art. 414 OR auf den massgeblichen Tarif der Berufsverbände («Taxe») und in Ermangelung eines solchen auf den «übliche Lohn» (AMMANN, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 414 OR). Laut der Lehre sind im Liegenschaftshandel Provisionen von 2% des effektiven Kaufpreises bei überbauten und von 3% und mehr bei unbebauten Grundstücken ortsüblich, mit Tendenz zur Reduktion bei grösseren Geschäften (AMMANN, a.a.O., N. 4 zu Art. 414 OR). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Herabsetzung des Mäklerlohns (Art. 417 OR) ist wesentlich reichhaltiger als jene zur Festsetzung (Art. 414 OR). So hat das Bundesgericht etwa Provisionen von 3-3.57% bei Kaufpreisen von über 1 Million Franken nicht als übermässig erachtet (vgl. BGE 138 III 669 E. 3.1 f.). Es erklärte aber auch, dass den Umständen des Einzelfalles Rechnung getragen werden muss, wie etwa der Aussergewöhnlichkeit der verschafften

Kaufgelegenheit (BGE 90 II 92 E. 11) oder der Berufstätigkeit des Mäklers (BGE 83 II 151 E. 4c; vgl. BGE 138 III 669 E. 3.1; Bundesgerichtsurteil 4C.121/2005 vom 5. Juli 2005 E. 4.2.1).

9.5 In der schriftlichen Vereinbarung vom 16./20. Januar 2017 einigten sich der Verkäufer und die Käuferin auf einen Grundstückskaufpreis von pauschal Fr. 1'100'000.00. Dieser (später öffentlich beurkundete) Kaufpreis ist auch für die Festlegung der Vermittlungskommission massgebend. Nicht ausschlaggebend ist das tiefere Anfangsgebot bzw. der Verhandlungspreis. Der Mäkler hat auch dann Anspruch auf den vollen Lohn, wenn der Auftraggeber die vom Mäkler in Gang gebrachten Verhandlungen selbst in die Hand nimmt oder der Mäkler nicht bis zum Geschäftsabschluss daran teilnimmt (AMMANN, a.a.O., N. 8 zu Art. 413 OR).

Fraglich ist, mit welchem Prozentanteil der Verkaufssumme der Dritte für seine Vermittlungstätigkeit entlohnt werden soll. Er selbst forderte in der Klage eine Provision von 3% des Kaufpreises. In der Parteibefragung führte er indes aus, die Vermittlungsgebühr entspreche 2% des Verkaufspreises (F7 f., S. 130). Der Bezirksrichter erachtete es als gerichtsnotorisch, dass im fraglichen Zeitraum (2017/2018) in der Region E _____ bei Objekten mit einem Kaufpreis über Fr. 500'000.00 Vermittlungsprovisionen zwischen 2.75 und 3% üblich waren. Abgesehen von dieser Gerichtsnotorietät ist zu berücksichtigen, dass der Dritte nie behauptet hat, er sei hauptberuflich als Mäkler tätig und müsse mit der Provision auch seine Verluste und Berufskosten abdecken. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war der Dritte bereits 84-jährig und er hat sich in den Akten mehrmals als «Architekt HTL» bezeichnet sowie sein Architekturbüro als Absender bzw. Gläubiger angegeben (vgl. Briefkopf S. 16, 19 und Zahlungsbefehl S. 24). Auch wenn er in der Klage behauptete, er habe den Immobilienmarkt im Oberwallis gut gekannt, kann daraus nicht geschlossen werden, dass er regelmässig als Mäkler aufgetreten ist. Es handelte sich für ihn um eine ausserordentliche Gelegenheit, sich als Mäkler zu engagieren. Die Käuferin war angeblich überrascht, dass der Dritte eine Provision nach marktüblichen Prozentsätzen verlangte. Diese Faktoren sprechen für einen deutlich tieferen Prozentsatz als vom Dritten gefordert. Andererseits war das verkaufte Grundstück nur zu rund 12% (139 m²) überbaut, die restliche Fläche (1'002 m²) bestand aus einem Platz bzw. Garten (vgl. Grundbuchauszug S. 85). Das Kaufobjekt befand sich an zentraler Lage in E _____ und war für die Käuferin aussergewöhnlich, weil sie auf der Nachbarsparzelle ein Bauprojekt bereits so realisiert hatte, dass die erworbene Parzelle in die Überbauung miteinbezogen werden könnte (F2, S. 118). Sie beabsichtigte, die erwor-

bene Parzelle ebenfalls zu überbauen und hat den Abschluss des Kaufvertrags ursprünglich an die Erteilung der Baubewilligung geknüpft (S. 51), den Kaufpreis auf Wunsch des Verkäufers dann aber bereits früher bezahlt (F16, S. 120). Sie hatte also ein grosses Interesse daran, dieses Grundstück zu erwerben und war entsprechend geneigt, den Forderungen der Verkäuferschaft entgegenzukommen. Dieser war es neben einem gewissen Verkaufspreis auch wichtig, an wen sie das Grundstück verkauft (vgl. F3, S. 111; F5, S. 114). Sie konnte entsprechend Druck auf die Käuferin ausüben und in ihrem Interesse zu Gunsten des Dritten eine Vermittlungsgebühr verlangen.

In Abwägung dieser Umstände, insbesondere der Gelegenheitsmäklerei des Dritten, welcher selbst erklärte, die Vermittlungsgebühr betrage 2% des Verkaufspreises und entsprechend dem Handeln im Interesse der Verkäuferschaft, erscheint es angemessen, für die Vermittlungsgebühr von einem Prozentsatz von 2% auszugehen. Damit hat die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten gestützt auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten eine Vermittlungskommission von Fr. 22'000.00 zu bezahlen, nebst 5% Zins seit dem 23. März 2021 (vgl. nicht gerügte E. 6.2-6.4).

10.

10.1 Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, die einerseits die Gerichtskosten, welche mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden (Art. 98 und Art. 111 ZPO), und andererseits die Parteientschädigung umfassen (Art. 104 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 95 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich im Kanton Wallis nach dem GTar (vgl. Art. 96 und 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO) und die Verteilung der Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten im Allgemeinen der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Während die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädigung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, indem der Klägerin statt Fr. 33'000.00 noch Fr. 22'000.00, entsprechend 2/3 des eingeklagten Betrages, zuzusprechen sind. Sie musste klagen, um die Vermittlungsgebühr zu erhalten, während die Beklagte eine Berufung einreichen musste, um eine Reduktion derselben zu erwirken. Bei diesem Ausgang tragen die Klägerin bzw. Berufungsbeklagte 1/3 und die Beklagte bzw. Berufungsklägerin 2/3 der Kosten der Verfahren vor Bezirks- und Kantonsgericht.

10.2 Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidgebühr), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen‘ nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Sie bewegt sich zwischen einem Minimum und einem Maximum und wird unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 Abs. 2 GTar); besondere Umstände können eine Verdoppelung der Ansätze oder eine verhältnismässige Kürzung der Gebühr rechtfertigen, Letzteres namentlich wenn bloss eine Teilfrage entschieden wird (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GTar). Bei einem Streitwert von Fr. 33'000.00 bewegt sich die Gerichtsgebühr in einem ordentlichen Rahmen von Fr. 1'800.00 bis Fr. 6'000.00 (Art. 16 Abs. 1 und 3 GTar). Für das Berufungsverfahren gelten die gleichen Ansätze; dabei kann ein Reduktions-Koeffizient von höchstens 60% berücksichtigt werden (Art. 19 GTar).

10.2.1 Das Bezirksgericht hat seine Gebühr mit Fr. 3'500.00 im gesetzlichen Rahmen festgesetzt, was nicht beanstandet wurde, weshalb das Kantonsgericht keine Änderung vornimmt. Ausgangsgemäss entfallen gerundet Fr. 1'166.00 auf die Klägerin und gerundet Fr. 2'334.00 auf die Beklagte. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen (Klägerin Fr. 3'730.00; Beklagte Fr. 130.00), sind der Klägerin Fr. 360.00 zurückzuerstatten. Die Beklagte schulde der Klägerin unter Berücksichtigung des Schlichtungsverfahrens für geleistete Kostenvorschüsse Fr. 2'317.00 ([Fr. 2'334.00 minus Fr. 130.00] + [2/3 von Fr. 170.00]).

10.2.2 Im Berufungsverfahren waren vorab Rechtsfragen von mittlerer Schwierigkeit zu prüfen. Es wurde ein einziger Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung angeordnet. Die Berufungsklägerin legte ihre Rügen gegen das erstinstanzliche Urteil umfassend dar. Die Berufungsbeklagte hat dazu einlässlich Stellung genommen. Das Dossier war nicht umfangreich. Unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.00 angemessen. Diese verteilt sich mit Rücksicht auf den Verfahrensausgang mit Fr. 2'000.00 auf die Berufungsklägerin und mit Fr. 1'000.00 auf die Berufungsbeklagte. Nach Verrechnung mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe sind dieser von der Berufungsbeklagten Fr. 1'000.00 zu vergüten.

10.3 Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a,

b und c ZPO). Laut Art. 32 Abs. 1 und 3 GTar beläuft sich das ordentliche Honorar beim gegebenen Streitwert auf Fr. 4'700.00 bis Fr. 6'800.00 resp. mit einem Reduktions-Koeffizienten von 60% für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar) auf im Prinzip minimal Fr. 1'880.00 und maximal Fr. 2'720.00, in welchen Honoraransätzen die Mehrwertsteuer inbegriffen ist (Art. 27 Abs. 5 GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar mit Rücksicht auf die Natur und Bedeutung des Falles, dessen Schwierigkeit und Umfang sowie der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar).

10.3.1 Das Bezirksgericht hat die Parteientschädigung inkl. Auslagenersatz für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 5'300.00 festgesetzt. Das entsprechende Honorar bewegt sich unterhalb der Mitte des gesetzlichen Rahmens und wurde in der Berufung nicht beanstandet. Das Kantonsgericht übernimmt daher diesen Ansatz, wobei die Klägerin der Beklagten mit Rücksicht auf den Prozessausgang gerundet Fr. 1'766.00 und die Beklagte der Klägerin gerundet Fr. 3'533.00 schuldet.

10.3.2 Im Rechtsmittelverfahren beschränkte sich der Aufwand der Berufungsklägerin vornehmlich auf die einlässlich begründete Berufung und jener der Berufungsbeklagten auf ihre Berufungsantwort. Die Streitpunkte und die Rechtsfragen waren dabei die gleichen wie vor erster Instanz. Ausserdem werden die Rechtsvertreter den Parteien das vorliegende Urteil noch gebührend zur Kenntnis bringen müssen. In Anwendung der oben genannten Kriterien, insbesondere mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Falls und den Arbeitsumfang, ist es gerechtfertigt, die volle Entschädigung auf Fr. 3'000.00 festzusetzen. Infolge des Prozessausgangs beträgt der diesbezügliche Anspruch der Berufungsklägerin gegenüber der Berufungsbeklagten Fr. 1'000.00 bzw. jener der Letzteren gegenüber dem Ersten Fr. 2'000.00 (Honorar mitsamt Auslagen und inkl. MWST).

* * * * *

Das Kantonsgericht erkennt

– in teilweiser Guttheissung der Klage sowie der Berufung –

1. Die X _____ AG bezahlt Y _____ eine Vermittlungsgebühr in der Höhe von Fr. 22'000.00 zuzüglich 5% Verzugszins seit dem 23. März 2021; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 3'500.00, werden zu 1/3 mit Fr. 1'166.00 der Klägerin Y _____ und zu 2/3 mit Fr. 2'334.00 der Beklagten X _____ AG auferlegt. Nach Verrechnung mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen, werden der Klägerin durch das Bezirksgericht Fr. 360.00 zurückerstattet. Die Beklagte bezahlt der Klägerin unter Berücksichtigung des Schlichtungsverfahrens für geleistete Kostenvorschüsse Fr. 2'317.00.
3. Für das erstinstanzliche Verfahren bezahlt die Klägerin Y _____ der Beklagten X _____ AG eine anteilmässige Parteientschädigung von Fr. 1'766.00 und die Beklagte bezahlt der Klägerin eine solche von Fr. 3'533.00.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'000.00, werden zu 2/3 mit Fr. 2'000.00 der Berufungsklägerin X _____ AG und zu 1/3 mit Fr. 1'000.00 der Berufungsbeklagten Y _____ auferlegt. Nach Verrechnung mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss vergütet die Berufungsbeklagte dieser Fr. 1'000.00.
5. Für das Berufungsverfahren bezahlt die Berufungsklägerin X _____ AG der Berufungsbeklagten Y _____ eine anteilmässige Parteientschädigung von Fr. 2'000.00 und die Berufungsbeklagte bezahlt der Berufungsklägerin eine solche von Fr. 1'000.00.

Sitten, 6. März 2024