

Obligationenrecht – Auftrag – KGE (I. Zivilabteilung) vom 6. März 2024, X. c. Y. AG – TCV C1 23 120

Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR); Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR)

- Das Zustandekommen eines Vertrages zugunsten eines Dritten beurteilt sich nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen, vorab nach dem Vorliegen einer übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien, eine Forderung zugunsten einer Drittperson zu begründen (E. 3).
- Übermittelt eine nicht vertretungsbefugte Mitarbeiterin auf Weisung des Gesellschaftsorgans eine Willenserklärung desselben an einen Adressaten, so handelt sie als blosser Botin; die Gesellschaft wird durch die Willenserklärung ihres Organs verpflichtet (E. 4).
- Bei einem Mäklervertrag stellt die Höhe der Vermittlungsgebühr keinen objektiv wesentlichen Vertragspunkt, sondern einen vertraglichen Nebenpunkt dar, welcher nach Art. 414 OR ergänzt werden kann (E. 5).
- Bildet die Bezahlung einer Vermittlungsgebühr an den Mäkler Teil der Gegenleistung zur Grundstücksübertragung, wird eine entsprechende Drittbegünstigungsklausel vom Beurkundungszwang miterfasst, weshalb sie in den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag aufgenommen werden muss (E. 6.2 und 6.3).
- Wer den Formmangel eines Vertrages arglistig herbeigeführt, bewusst in Kauf genommen oder sogar zum eigenen Vorteil gewollt hat, kann sich nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) nicht auf dessen Nichtigkeit berufen (E. 6.4).
- Die rechtliche Qualifikation einer mündlichen oder stillschweigenden Abmachung beurteilt sich, zumal bei Laien, nach ihrem Inhalt aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten und nicht nach ihrer nachträglichen juristischen Einschätzung; der Auftrag zur Suche von Kaufinteressenten, die erfolgreiche Vermittlung der Käuferin und die beidseits stillschweigend vorausgesetzte Entgeltlichkeit dieser Bemühungen beinhalten einen Mäklervertrag (E. 7).
- Die Vorgabe des Verkäufers (Promissar) einer Liegenschaft, die Käuferin (Promittent) habe dem Mäkler (Begünstigter) eine Vermittlungsgebühr zu bezahlen und diese direkt mit diesem zu vereinbaren, begründet einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten mit einem selbständigen Forderungsrecht des Letzteren gegenüber der Käuferin (E. 8).
- Die betragsmässige Festsetzung des Mäklerlohns gemäss Art. 414 OR erfolgt gestützt auf den von den Parteien des Grundstückskaufvertrages schliesslich vereinbarten Kaufpreis unter Berücksichtigung der marktüblichen Provisionen sowie der konkreten Umstände, namentlich ob der Mäkler diese Tätigkeit als Beruf oder bloss bei Gelegenheit ausübt (E. 9).

Stipulation pour autrui (art. 112 CO) ; Contrat de courtage (art. 412 ss CO)

- L'existence d'une stipulation pour autrui s'apprécie selon les dispositions générales du droit des obligations, en premier lieu selon l'existence d'une manifestation de volonté réciproque et concordante des parties de créer une obligation en faveur d'un tiers (consid. 3).
- Si une collaboratrice non autorisée à représenter la société transmet, sur instruction d'un organe de la société, une déclaration de volonté de celui-ci à un destinataire, elle agit en tant que simple messagère ; la société est engagée par la déclaration de volonté de son organe (consid. 4).
- Dans le contrat de courtage, le montant de la commission du courtier ne constitue pas un point objectivement essentiel du contrat, mais un point secondaire, qui peut être complété conformément à l'art. 414 CO (consid. 5).
- Si le paiement d'une commission au courtier fait partie de la contrepartie de la cession du terrain, une clause de tiers bénéficiaire correspondante est soumise à l'obligation de forme authentique, raison pour laquelle elle doit être insérée dans le contrat de vente fait en la forme authentique (consid. 6.2 et 6.3).
- Celui qui a provoqué le vice de forme d'un contrat de manière dolosive, qui s'en est consciemment accommodé ou qui l'a même voulu à son propre avantage, ne peut pas, selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC), invoquer ensuite la nullité de ce contrat (consid. 6.4).
- La qualification juridique d'un accord oral ou tacite s'apprécie, surtout pour des laïcs, en fonction de son contenu sur la base des circonstances du cas d'espèce et non de son appréciation juridique a posteriori ; le mandat de recherche d'acheteurs potentiels, le succès de la mise en relation avec l'acquéreur et le caractère rémunérateur de ces efforts, implicitement admis par les deux parties, constituent un contrat de courtage (consid. 7).
- Le fait que le vendeur (stipulant) d'un bien immobilier exige de l'acheteuse (promettant) qu'elle verse une commission au courtier (bénéficiaire) et qu'elle en convienne directement avec ce dernier constitue une véritable stipulation pour autrui avec un droit d'action autonome de ce dernier à l'encontre de l'acheteuse (consid. 8).
- Le montant du salaire du courtier selon l'art. 414 CO est fixé sur la base du prix d'achat finalement convenu par les parties au contrat de vente, en tenant compte des commissions usuelles sur le marché et des circonstances concrètes, en particulier du fait que le courtier exerce cette activité de manière professionnelle ou seulement de manière occasionnelle (consid. 9).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Y. AG als Kaufinteressentin, handelnd durch J., und D., Tochter und Vertreterin des Grundeigentümers, führten in einem Café in (...) in Anwesenheit von M. eine Besprechung über den Kauf der Parzelle

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

«- Y. AG übernimmt alle Notariatsgebühren, welche beim Verkauf anstehen.

- Die Vermittlungsgebühr an Hr. M. 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 J. mit diesen zusätzlichen Punkten einverstanden sei. Dessen Sekretärin antwortete darauf per E-Mail um 16:14 Uhr: *«Im Auftrag von Herrn J. teilen wir Ihnen mit, dass Herr J. mit diesen zusätzlichen Punkten einverstanden ist»*.

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. Die Zahlung einer Vermittlungsgebühr an M. wurde darin nicht erwähnt.

Aus den Erwägungen

2.1 Die Klägerin (als Rechtsnachfolgerin von M.) verlangt im Hinblick auf die Vermittlung eines Grundstücksgeschäfts von der Käuferin eine Vermittlungsgebühr und stützt sich dabei auf die schriftliche Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und der Käuferin. (...)

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. Weiter qualifizierte es die Vereinbarung zwischen Käuferin und Verkäufer als echten Vertrag zugunsten eines Dritten mit selbständigem Forderungsrecht des Mäklers. 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.

3.1 Der Vertrag zugunsten eines Dritten bildet eine Ausnahme zum Grundsatz, wonach Verträge nur die Parteien berechtigen und verpflichten. Entsprechend seinem Namen wird ausnahmsweise zugunsten 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 GRAFFENRIED, 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 zugunsten 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 gegen-

über der normativen oder objektivierten 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 M. 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 J., noch gleichentags per E-Mail um Zustimmung gebeten hat. Die Sekretärin teilte kurz darauf *«im Auftrag von Herrn J.»* per E-Mail mit, *«dass Herr J. 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 M. einverstanden erklärt zu haben. J. 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. Die Tochter des Verkäufers führte aus, sie habe mit J. in der Bäckerei zunächst den Preis vereinbart und dann im Rahmen der E-Mail-Verhandlungen die zusätzlichen Bedingungen ausgehandelt. Sie beteuerte, sie hätte den Vertrag ohne diese zwei Punkte nicht unterzeichnet. Zum Gespräch im Café gab M. 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.

Aufgrund dieser Personenaussagen erachtet es das Berufungsgericht als erstellt, dass die drei beteiligten Personen (Verkäufer- und Käufer-schaft 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 J., welcher vor Bezirksgericht erklärte, er handhabe es bei Grundstückkäufen seit Jahren so, dass er zuerst eine entsprechende Vereinbarung abschliesse und der Eintrag im Grundbuch erst bei entsprechender Baubewilligung erfolge, 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.

4.1 Was in der Berufung im Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis der Käuferin von dieser vorgebracht wird, 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 Herrn J.*» 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. Dazu sagte auch J., es dürfte so gewesen sein, wie die Sekretärin zu Protokoll gegeben habe, nämlich, dass sie ihm die Antwort vorgelesen oder gezeigt habe. 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).

(...)

5.1 Die Berufungsklägerin moniert, die Höhe der Vermittlungsgebühr stelle einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt dar, ohne den kein Vertrag habe 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, 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 müsse.

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 zugunsten 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 Grundstückskaufvertrag 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 Grundstückskauf getroffene Abrede, wonach der Käufer dem Verkäufer für weitere Werksarbeiten eine zusätzliche Vergütung versprochen hatte 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 Makler diese zu erstatten hätte und sie auf den Käufer überwälzt 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 zugunsten 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/FOUNTOLAKIS, 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 diesem Bereich 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 (J: «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). 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

gen durch die Tochter des Verkäufers ergibt, 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, 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.

7.1 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 zugunsten 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 zugunsten 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 zugunsten 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 Drittzuzwendung 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 Vermittler-tätigkeit 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 (...)

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 Beweise stützen und erscheint wenig überzeugend. U. wurde nicht als Zeuge einvernommen und überhaupt erklärte J. 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 M. 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, 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 zugunsten 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, 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.

8.1 Die Berufungsklägerin kritisiert die Qualifikation der Drittbegünstigung als echten Vertrag zugunsten 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 zugunsten eines Dritten ein selbständiges Forderungsrecht und kann direkt vom Promittenten die Erfüllung der Leistung verlangen sowie einklagen, währenddem er beim unechten Vertrag zugunsten 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. 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).

9.1 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 Vertragsschlusses 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. Der Bezirksrichter erachtete es als gerichtsnotorisch, dass im fraglichen Zeitraum (2017/2018) in der betreffenden Region 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 seit Jahren im AHV-Alter und er hat sich in den Akten mehrmals als «Architekt HTL» bezeichnet sowie sein Architekturbüro als Absender bzw. Gläubiger angegeben. 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). Das Kaufobjekt befand sich an zentraler Lage in (...) 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. Sie beabsichtigte, die erworbene Parzelle ebenfalls zu überbauen (...).

In Abwägung dieser Umstände, insbesondere der Gelegenheitsmäklerie 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 zugunsten 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).