



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2010.54
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	28.06.2011
<b>Entscheiddatum:</b>	28.06.2011

### **Entscheid Kantonsgericht, 28.06.2011**

**Art. 412 ff. OR (SR 220): Mäklervertrag (Personalvermittlung). Keine gesetzliche Vermutung für blosser Nachweismäkelei. Der Vermittlungsmäkler erwirbt keinen Honoraranspruch, wenn er bloss den Nachweis eines möglichen Vertragspartners, aber keine weitergehenden, auf den Vertragsschluss zielenden, Bemühungen erbringt. Abschluss des Mäklervertrags durch Aneignung des Nutzens und Kausalität zwischen Nachweis eines Vertragspartners und Vertragsschluss mit diesem (beides verneint) (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 28. Juni 2011, BZ. 2010.54).**

Erwägungen

I.

1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, deren hauptsächlicher Zweck die Vermittlung und Beratung von Dauer- und Temporärpersonal ist.

Der Beklagte ist Inhaber der früheren Kollektivgesellschaft und nun Einzelunternehmung "X & Co., Inh. X". Diese bezweckt die Fabrikation von und den Handel mit Spezialmaschinen für das Buchbindergewerbe (bekl. act. 1). Zeichnungsberechtigt (je mit Einzelunterschrift) sind Frau und Herr X.

2. Im Sommer 2009 hatte der Beklagte die Stelle eines Konstrukteurs zu besetzen. Er publizierte ein Stelleninserat am 2. Juli und 10. September 2009 in zwei Tageszeitungen.



3. Ein Mitarbeiter der Klägerin kontaktierte die Unternehmung des Beklagten. In einem Telefonat mit einer nicht zeichnungsberechtigten Mitarbeiterin habe diese auf die Anfrage, dem Beklagten Vorschläge für die Besetzung der Vakanz zukommen zu lassen, zugesagt. Gleichentags, am 25. August 2009, stellte der Mitarbeiter der für Personalbelange des Beklagten zuständigen Frau X eine Email zu, welcher die Bewerbungsunterlagen eines Y sowie allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB, kläg. act. 5) als Anhang beigefügt waren (kläg. act. 3).

In einer weiteren Email vom 27. August 2009 teilte die Klägerin Frau X mit, sie erhalte die vollständigen Bewerbungsunterlagen von Z. Als Anlage dieser Email waren die AGB 2007, "Z CV" und "Z Zeugnisse" erwähnt (kläg. act. 4). Vorangegangen war dieser Zustellung ein telefonischer Kontakt zwischen der Klägerin und Frau X. Laut Klägerin hätte der erste Vorschlag nicht befriedigt (B1 Ziff. III.3), laut dem Beklagten sei dem Mitarbeiter der Klägerin mitgeteilt worden, man habe kein Interesse an deren Dienstleistungen und wolle diese nicht beanspruchen. Beide Emails der Klägerin seien gelöscht worden, ohne die Anhänge zur Kenntnis zu nehmen (B9, Ziff. III.2).

4. Am 1. November 2009 trat Z eine Arbeitsstelle beim Beklagten an. Laut Beklagtem sei der Kontakt aus dem Bekanntenkreis der Schwiegertochter der Ehegatten X entstanden. Z habe im Bewerbungsgespräch erwähnt, sich einst bei der Klägerin gemeldet zu haben, dieser gegenüber habe er keine Verpflichtungen und von ihr auch nichts mehr vernommen (B9 Ziff. III.4; vi-act. 11 Ziff. III.5). Konkret hatte Z der Klägerin am 11. August 2009 per Email seine Bewerbungsunterlagen gesandt (kläg. act. 12).

5. Die Klägerin stellte dem Beklagten am 15. Dezember 2009 Rechnung für ein Vermittlungshonorar von Fr. 12'740.00 zzgl. 7.6% MWSt und mahnte den Betrag von Fr. 13'708.25 am 17. und 28. Januar 2010 zur Zahlung an (kläg. act. 6 bis 8). Der Beklagte, handelnd durch Frau X, bestritt gegenüber der Klägerin umgehend, je einen Auftrag erteilt zu haben, und wiederholte dies gegenüber dem später durch die Klägerin betrauten Treuhandbüro (kläg. act. 9 f., bekl. act. 5). Am 9. März 2010 wurde dem Beklagten der Zahlungsbefehl zugestellt. Am selben Tag erhob er Rechtsvorschlag (kläg. act. 11).



6. Nach erfolgloser Durchführung des Vermittlungsverfahrens wurde am 25. Juni 2010 die Klage (vi-act. 2) beim Kreisgericht anhängig gemacht. Die Klageantwort (vi-act. 11) wurde am 7. September 2010 erstattet. Nach der Gerichtsverhandlung vom 22. September 2010 äusserten sich die Parteien abschlägig zu Klagerückzug resp. Vergleichsbereitschaft (vi-act. 15 f.). Am 3. November 2010 wurde der eingangs zitierte Entscheid den Parteien im Dispositiv, am 23. November 2010 in begründeter Form zugestellt (vi-act. 17, 19).

7. Gegen diesen Entscheid führt die Klägerin mit Eingabe vom 27. Dezember 2010 (B1) Berufung, der Beklagte schloss in der Berufungsantwort vom 28. Januar 2011 auf deren Abweisung (B9). Im Berufungsverfahren wurden weder eine Verhandlung noch ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt (Art. 234 ZPO).

### II.

1. Anwendbar ist auf dieses am 1. Januar 2011 bereits hängige Verfahren gemäss Art. 404 der Schweizerischen Zivilprozessordnung das bisherige kantonale Zivilprozessrecht, also das St. Galler Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (nGS 42-80, ZPO) in der Fassung gemäss IV. Nachtrag zum Gerichtsgesetz vom 1. Juni 2008 (nGS 44-52) sowie das Gerichtsgesetz vom 2. April 1987 (nGS 44-53, GerG).

2. Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 79, 224 Abs. 1, 225, 229 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten.

### III.

1. Die Klägerin beruft sich - zusammengefasst - darauf, Z habe ihr einen Auftrag zur Stellenvermittlung erteilt (B1 Ziff. III.1, III.14.1 und III.19.2). Zwischen ihr und dem Beklagten sei ein Mäklervertrag zustande gekommen (B1 Ziff. III.17). Zwar wird eine Zusage behauptet (B1 Ziff. III. 2), doch sei ein Nachweis der Zustellung der Bewerbungsunterlagen in gegenseitigem Einvernehmen gar nicht notwendig (B1 Ziff.



III.19.3). Die stillschweigende Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit bewirke den Konsens (B1 Ziff. III.17). Die Vermittlung sei erfolgreich, das Honorar geschuldet.

Der Beklagte macht geltend, ein Vermittlungsangebot der Klägerin nicht gewünscht und auf Anfrage hin explizit abgelehnt zu haben. Zwischen der angeblichen Mäklertätigkeit der Klägerin und der Anstellung Z bestehe kein kausaler Zusammenhang, ein Mäklervertrag sei nicht zustande gekommen (B9 Ziff. III.10, III.14, III.17).

2. Die Klägerin betreibt regelmässige und entgeltliche private Arbeitsvermittlung i.S.v. Art. 1 AVG und Art. 1 bis 3 AVV. Ihre Tätigkeit untersteht aus vertragsrechtlicher Warte den Regeln des Mäklervertrages (Art. 412 ff. OR; vgl. BK-Gautschi, N 1b vor Art. 412 ff. OR und N 1b zu Art. 412 OR; Staatsekretariat für Wirtschaft: Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], zur Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV] und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz [GebV-AVG], p. 43). Dessen Modifikation durch die zwingenden Bestimmungen des AVG (Art. 7 ff. AVG) betrifft das Verhältnis zwischen privatem Arbeitsvermittler und Stellensuchendem, also nicht dasjenige zwischen den Parteien. Die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Z und der Klägerin kann offen bleiben. Fest steht, dass die Klägerin von Z die Bewerbungsunterlagen im Zusammenhang mit seiner Stellensuche erhalten hatte. Im Folgenden ist lediglich zu prüfen, ob zwischen der Klägerin und dem Beklagten, der Z schliesslich angestellt hat, ein Mäklervertrag bestand und ob der Beklagte den eingeklagten Mäklerlohn schuldet.

3.1 Der Mäklervertrag ist eine Sonderform des Auftrags (Art. 394 ff. OR i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR). Er kennzeichnet sich durch die geschuldete Tätigkeit des Beauftragten, die im Nachweis von Interessenten, Zuführung von Interessenten oder der Vermittlung von Verhandlungen besteht. Der Auftraggeber schuldet ein Entgelt (Art. 412 OR). Dieses ist durch den Abschluss eines Vertrages infolge der Vermittlung oder des Nachweises bedingt, wobei keine Abschlusspflicht besteht (Art. 413 OR; BSK OR I-Ammann N 1 bis 3 und 11 zu Art. 412 OR; BGE 131 III 268 E. 5.1.2; 124 III 481 E. 3a). Hat sich der Mäkler lediglich zum Nachweis einer Abschlussgelegenheit verpflichtet, so muss er dem Auftraggeber einen Interessenten für das fragliche Geschäft so konkret nachweisen, dass der Auftraggeber die Vertragsverhandlungen aufnehmen kann. Der



Vermittlungsmäkler muss zusätzlich auf die Abschlussbereitschaft des möglichen Vertragspartners hinwirken und den Abschluss des Vertrages fördern. Mit dem blossen Nachweis eines Interessenten hat der Vermittlungsmäkler die Provision auch dann nicht verdient, wenn ein Vertrag tatsächlich zustande kommt (Entscheid des Bundesgerichts 4C.268/2001 vom 12. November 2001, E. 2.b.bb m.w.H.).

3.2 Für den Abschluss des Mäklervertrages sieht das Gesetz keine besondere Form vor, er kann daher durch ausdrückliche Willensäusserung oder konkludentes Verhalten geschlossen werden (Art. 1 Abs. 2 OR; BGE 131 III 268 E. 5.1.2, BSK OR I-Ammann, N 5 zu Art. 412 OR). Gelingt es dem Mäkler nicht, eine - ausdrückliche oder stillschweigende - Auftragserteilung im Sinne einer tatsächlichen Willenseinigung nachzuweisen, so kann er sich nach Vertrauensprinzip darauf berufen, er habe dem Auftraggeber seine Dienste angeboten und aus dem Verhalten des Auftraggebers auf einen stillschweigenden Abschluss eines Mäklervertrages schliessen dürfen (BGE 131 III 268 E. 5.1.3; Entscheid des Bundesgerichts 4C.282/2002 vom 10. Dezember 2002 E. 2.1 m.w.H.). Ein konkludentes Zustandekommen des Mäklervertrages kann unter Umständen bejaht werden, wenn jemand die Tätigkeit eines (insbesondere gewerbsmässig handelnden) Mäklers wissentlich duldet oder sie stillschweigend genehmigt und nach den Umständen das Tätigwerden nicht als unentgeltliche Gefälligkeit verstanden werden durfte. Das Bundesgericht nimmt jedoch bei der Bejahung eines stillschweigenden Erstabschlusses eines Mäklervertrages eine zurückhaltende Haltung ein. Um den Auftraggeber vor Zudringlichkeit zu schützen, darf aus der blossen Duldung gewisser Vermittlungstätigkeiten nicht ohne Weiteres auf einen Vertragswillen und aus dem Schweigen des "Auftraggebers" gegenüber einzelnen Aktivitäten des Mäklers nicht ohne Weiteres auf eine Annahme geschlossen werden. Erforderlich ist ein genügend bestimmtes, unmissverständliches Verhalten des Mäklers, so dass das Ausbleiben eines Widerspruchs gegen seine Tätigkeit nach Treu und Glauben nur den Schluss auf einen Geschäftswillen des Auftraggebers zulässt (vgl. BGE 72 II 84 E. 1.b; Entscheide des Bundesgerichts 4C.54/2001 vom 9. April 2002 E. 2.a; 4C.282/2002 vom 10. Dezember 2002 E. 2.3; 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007 E. 3.1, je m.w.H.). Schliesslich kann auch die stillschweigende Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit als Vertragskonsens ausgelegt werden und den Mäklerlohnanspruch zur Entstehung bringen (vgl. BK-Gautschi, N 5d zu Art. 412 OR mit Hinweis auf BGE 84 II 525).



3.3. Der Maklerlohn ist geschuldet, wenn der Hauptvertrag infolge der vertraglich geschuldeten Bemühungen des Maklers (Vermittlung oder Nachweis, Entscheid des Bundesgerichts 4C.268/2001 vom 12. November 2001 E. 2.b.bb m.w.H.) abgeschlossen worden ist; das heisst, die Tätigkeit des Maklers muss für das Zustandekommen des Vertrages kausal gewesen sein. Hierfür bedarf es keiner ausschliesslichen oder vorwiegenden Ursächlichkeit; es reicht aus, wenn ein "psychologischer Zusammenhang" zwischen den Bemühungen des Maklers und dem Vertragsabschluss besteht (BSK OR I-Ammann, N 8 zu Art. 413 OR; Bucher, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A. 1988, p. 237; BGE 84 II 524 E. 5; Entscheid des Bundesgerichts 4A\_155/2008 vom 24. April 2008 E. 3.1).

3.4. Dem Makler obliegt der Beweis für die Entstehung und Inhalt des Maklervertrages sowie für den Kausalzusammenhang zwischen Maklertätigkeit und Vertragsschluss (Entscheid des Bundesgerichts 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.1 m.H. auf BGE 131 III 268 E. 5.1.2 und 124 III 481 E. 3a S. 483). Der Nachweis, dass sich seine Aufgabe auf den blossen Nachweis oder das Zuführen beschränkte, obliegt dem klagenden Makler - eine gesetzliche Auslegungsregel, welche im Zweifelsfall blosser Nachweismäkelei genügen liesse, existiert nicht (BGE 90 II 92 E. 2; BSK OR I-Ammann, N 12 zu Art. 412 OR).

4. Inhalt des von der Klägerin behaupteten Vertrages, sollte dieser zustande gekommen sein (siehe dazu E. 5 hiernach), wäre gemäss den vorgelegten AGB eine Tätigkeit als Vermittlungsmakler (kläg. act. 5 Ziff. 1, 2, 3 [Überschrift], 5). Die Klägerin macht folgerichtig geltend, sie habe eine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit erbracht (u.a. B1 Ziff. III.14, III.17 f.) und der Beklagte schulde ihr die eingeklagte Summe als "Vermittlungshonorar" (u.a. B1 Ziff. III.7).

Die Leistung, welche die Klägerin erbrachte, ging nach ihrer eigenen Darstellung über die Nennung von Z als möglicher Stellenbewerber nicht hinaus. Ein Tätigwerden zur Förderung der beidseitigen Abschlussbereitschaft - welches für die Annahme einer Vermittlertätigkeit zentral wäre - ist nicht erkennbar, geschweige denn behauptet oder bewiesen. Die Tätigkeit, aus der die Klägerin ihren Anspruch ableitet, erschöpfte sich im Nachweis eines möglichen Vertragspartners.



Wie dargetan (E. 3.1), vermag die blossenachweismäkelei durch den Vermittlungsmäkler dessen Honorar nicht zu begründen. Es hätte der Klägerin zu beweisen oblegen, dass Abmachungen beständen, gestützt auf welche auch die blossenachweismäkelei ihren Honoraranspruch hätte entstehen lassen können (E. 3.4). Eine solche Vereinbarung läge angesichts der klägerischen Rechtsbehauptungen selbst dann nicht vor, wenn der Vertragsschluss an sich erstellt wäre. Das Honorar als Vermittlungsmäkler ist nicht geschuldet.

5. Abgesehen davon sind weder der Vertragsschluss noch die Kausalität erstellt.

5.1 Seitens der Klägerin wird weder behauptet noch belegt, dass der Beklagte ihr von sich aus die Vertragsofferte unterbreitet hätte, ihm bei der Suche nach einem geeigneten Konstrukteur behilflich zu sein. Eine Offerte erfolgte auch nach Darstellung der Klägerin (B1 Ziff. III.2) telefonisch von ihrer Seite. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe dieses Angebot angenommen (B1 Ziff. III.2), offeriert jedoch einzig die Email vom 25. August 2009 an die gemäss Homepage des Beklagten für das Personalwesen zuständige Frau X als Beweis für das telefonische Akzept. Dabei handelt es sich um eine einseitige Erklärung der Klägerin. Daraus geht einzig hervor, dass gleichentags mit einer Mitarbeiterin des Beklagten telefoniert worden sei, und es wird auf die (im Anhang) enthaltenen vollständigen Bewerbungsunterlagen eines in der Email namentlich genannten Interessenten hingewiesen und angeboten, ein Vorstellungsgespräch zu vereinbaren. Ein durch eine dazu ermächtigte Person erfolgtes Akzept ergibt sich aus diesem Dokument nicht. Der Beklagte bestreitet ausdrücklich eine telefonische Zusage und macht vielmehr geltend, in einem weiteren Telefongespräch vom 27. August 2009 habe Frau X gegenüber dem Angestellten der Klägerin aus Kostengründen klar ihr Desinteresse erklärt (B9 Ziff. III. 2 f.). Damit gelingt der beweisbelasteten Klägerin der Nachweis der ausdrücklichen telefonischen Erteilung des Mäklerauftrages und damit eines übereinstimmenden Parteiwillens zum Abschluss eines Mäklervertrages nicht. Es erübrigt sich, die vom Beklagten als Zeugin für seine Sicht der Dinge (ausdrückliche telefonische Ablehnung) angerufene Frau X anzuhören.

5.2 Die Klägerin beruft sich im Übrigen darauf, dass eine einvernehmliche Zustellung der Bewerbungsunterlagen nicht nachgewiesen sein müsse (B1 Ziff. III.19.3). Es



genüge die unbestrittene Tatsache, dass Z durch die Beklagte angestellt worden sei. Damit könne in guten Treuen davon ausgegangen werden, dass der Beklagte die ihm von der Klägerin zugestellten Bewerbungsunterlagen benutzt habe, womit der Annahme eines Mäklervertrages nichts entgegenstehe.

Allein die Tatsache, dass der in der Email vom 27. August 2009 genannte Z später vom Beklagten angestellt wurde, beweist unter den gegebenen Umständen noch nicht, dass ein Mäklervertrag im Sinne der AGB der Klägerin ("Vermittlungsvertrag") stillschweigend zustande gekommen ist. Da die klägerische Behauptung, die Zustellung von Bewerbungsunterlagen sei vom Beklagten gewünscht gewesen, nicht mit (naheliegenden) Beweisanträgen (z.B. Angestellter, der mit dem Beklagten telefoniert hat, als Zeuge) versehen ist, ist von einer ungebetenen Zustellung der Emails mit Namen von Bewerbern auszugehen. Aus dem Stillschweigen auf die ungebetene Zustellung von Namen von Bewerbern und von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Bewerbungsunterlagen in einem Email-Anhang durfte die Klägerin nach Vertrauensprinzip nicht auf eine Genehmigung ihrer Mäklertätigkeit schliessen. Der Beklagte macht zudem geltend, die Emails ohne Kenntnisnahme der Anhänge (Bewerbungsunterlagen und AGB) gelöscht zu haben (B9 Ziff. III. 2.f.). Eine Kenntnisnahme ist nicht nachgewiesen und die Klägerin durfte unter den gegebenen Umständen auch nicht davon ausgehen. Die einzig vorliegenden Emails vom 25. und 27. August 2009 (kläg. act. 3 f.) sind in freundlichem, aber belanglosem Ton gehalten, suggerieren eine Zusammenarbeit als wünschenswert und enthalten insbesondere keinen Hinweis auf die als Anlage angehängten AGB. Weitere Aktivitäten im Hinblick auf einen Vertragsschluss des Beklagten mit Z entfaltet zu haben, behauptet die Klägerin nicht, so dass auch nicht aus anderen Gründen auf eine stillschweigende Genehmigung der Mäklertätigkeit durch den Beklagten geschlossen werden könnte.

Soweit die Klägerin geltend machen will, der Vertragskonsens ergebe sich daraus, dass sich der Beklagte die Früchte der klägerischen Tätigkeit mit der Anstellung von Z offensichtlich angeeignet habe, fehlt es ebenfalls an jedem Beweis dafür. Wie gesagt ist bestritten und nicht erstellt, dass der Beklagte die Bewerbungsunterlagen im Anhang der Email vom 27. August 2009 zur Kenntnis genommen hat; er behauptet, die Email ohne Kenntnisnahme der Anhänge gelöscht und autonom weiter nach einem Bewerber gesucht zu haben. Die später geschalteten Inserate (bekl. act. 4) des



Beklagten belegen, dass dieser nach Zustellung der Emails die Personalsuche selbst weiter verfolgt hat. Allein das Zugeständnis des Beklagten, Z habe sich nicht auf das Stelleninserat, sondern über persönliche Beziehungen gemeldet, ändert nichts daran, dass vorliegend nicht von einer erwiesenen Aneignung des Nutzens der Tätigkeit der Klägerin ausgegangen werden kann. Mit dem einzigen Argument, weil Z über die Email zuerst von ihr ins Spiel gebracht und nachher auch angestellt worden sei, sei erstellt, dass sich der Beklagte den Nutzen ihrer Tätigkeit angeeignet habe ("post hoc ergo propter hoc"), kann unter den vorliegenden Umständen nicht von einem Vertragskonsens ausgegangen werden - und könnte ebenso wenig eine Kausalität zwischen der Tätigkeit der Klägerin und dem Vertragsschluss zwischen dem Beklagten und Z als nachgewiesen angesehen werden.

Damit ist nicht erwiesen, dass die Klägerin mit dem Beklagten in einem Vertragsverhältnis stand. Es fehlt daher an einer vertraglichen Grundlage für die geforderte Vergütung.

6. Die Klage und damit auch die Berufung sind abzuweisen.

-----