

Dr. Peter Burkhalter und Dr. Boris Grell sind Rechtsanwälte bei Hodler & Emmenegger in Bern und Zürich ([www.swisslawyersgroup.ch](http://www.swisslawyersgroup.ch))

### Ausgangslage

Der Bauherr B schloss mit der A AG eine «Reservationsvereinbarung» ab. Darin war vorgesehen, dass die A AG dem Bauherrn B die Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags bezüglich eines Grundstücks und die Gelegenheit zum Abschluss eines Werkvertrags mit einem von der A AG noch zu bestimmenden Generalunternehmer C nachweist. Im Gegenzug wurde in der Vereinbarung festgelegt, dass der Bauherr B eine «Reservationsanzahlung» in der Höhe von CHF 25000 auf das Sperrkonto einer Schweizer Grossbank einzahlt. Diese Zahlung werde an den Werkvertrag mit dem Generalunternehmer C angerechnet resp. könne nur von beiden Parteien gemeinsam wieder frei gegeben werden. Zudem sah die Reservationsvereinbarung vor, dass der Bauherr B der A AG deren Kosten und Umtriebe für die Vermittlung des Grundstücks, jedoch mindestens CHF 2500, ersetzt, sofern der Bauherr B nicht rechtzeitig von der genannten Reservationsvereinbarung zurücktrete. Der Bauherr setzte der A AG über Monate hinweg immer wieder neue Fristen an, um den beabsichtigten Grundstückkauf endlich abzuschliessen zu können und drohte der A AG andernfalls die Reservationsvereinbarung zu kündigen und die Reservationsanzahlung zurückzufordern.

Der Streit zwischen den Parteien, der am Ende vom schweizerischen Bundesgericht zu entscheiden war<sup>1</sup>, wurde dadurch ausgelöst, dass der Bauherr B die beschriebene Reservationsvereinbarung kündigte und sich die A AG in der Folge weigerte, die zuvor vom Bauherrn B auf das Sperrkonto einbezahlte Reservationsanzahlung an den Bauherrn freizugeben.

### Erwägungen des Bundesgerichts – Qualifikation der Reservationsvereinbarung als Auftrag und nicht als Maklervertrag

Zunächst hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob die abgeschlossene «Reservationsvereinbarung» als Maklervertrag im Sinne von Art. 412 ff. OR oder als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht führte aus, dass die Entgeltlichkeit der Vermittlungsleistung des Auftraggebers charakteristisch für den Maklervertrag sei. Zwar ist es gemäss dem Bundesgericht durchaus denkbar, dass solche

Vermittlungsdienste auch unentgeltlich erbracht werden können; jedoch könnte ein solcher unentgeltlicher Vermittlungsauftrag nicht als Maklervertrag sondern müsste als einfacher Auftrag qualifiziert werden.

Vorliegend fehle in der besagten Reservationsvereinbarung das Element der Entgeltlichkeit für die Vermittlungstätigkeit, weshalb «nur» ein einfacher Auftrag vorliege. Insbesondere reicht es nach der Meinung des Bundesgerichts für eine Qualifikation als Maklervertrag nicht aus, wenn nicht der Auftraggeber (d.h. hier die A AG) sondern ein Dritter (hier der von der A AG einzuschaltende Generalunternehmer C) nur indirekt für die Vermittlungsaufwendungen der A AG aufkommt.

### Kein Aufwendungsersatz nach Art. 402 OR

Obwohl das Bundesgericht die besagte Reservationsvereinbarung als (unentgeltlichen) Auftrag qualifizierte, musste der Bauherr B der A AG keine Entschädigung für deren Auslagen und Verwendungen für die geleisteten Vermittlungsbemühungen bezahlen. Denn der in Art. 402 OR geregelte Anspruch des Auftragnehmers auf Auslagenersatz ist nicht zwingendes Recht und kann von den Parteien durch eine spezielle einzelvertragliche Regelung abgeändert werden. Vorliegend erkannte das Bundesgericht, dass die Parteien diesen gesetzlich vorgesehenen Auslagenersatz durch die besagte Reservationsvereinbarung gänzlich wegbedungen haben. Denn aus der Formulierung der Reservationsvereinbarung, dass der Bauherr B für die Kosten und Umtriebe der A AG von mindestens CHF

2500 nur dann aufzukommen habe, wenn der Bauherr B die Vereinbarung nicht rechtzeitig gekündigt habe, leitete das Bundesgericht ab, dass der Bauherr B bei einer (hier aufgrund der mehrfachen Mahnungen gegenüber der A AG bejahten) rechtzeitigen Kündigung der A AG keinerlei Aufwendungsersatz schulde.

### Zusammenfassung und Bemerkungen

Reservationsvereinbarungen, die in Zusammenhang mit der Vermittlung von Immobilien abgeschlossen werden, können nicht ohne weiteres als Maklerverträge qualifiziert werden, zumal die Frage der Entschädigung der vom Vermittler erbrachten Leistungen in der entsprechenden Vereinbarung klar geregelt werden müsste. Ansonsten ist keine Verpflichtung des Auftraggebers gegeben, den Auftragnehmer für dessen Vermittlertätigkeit eine Vergütung im Sinne von Art. 412 OR auszurichten. Vielmehr liegt dann nur ein einfacher Auftrag vor, der vorbehaltlich einer speziellen Regelung der Parteien, unentgeltlich ist. Selbst der Ersatz der vom Vermittler getätigten Aufwendungen sind im Rahmen eines einfachen Auftrags nur insoweit vom Auftraggeber geschuldet, als die Parteien diese gesetzlich vorgesehene, aber nicht zwingende Bestimmung des Aufwendungsersatzes nicht vertraglich ausgeschlossen oder von speziellen Bedingungen (hier von der rechtzeitigen Kündigung durch den Bauherrn) vertraglich abhängig gemacht haben.

<sup>1</sup> Unveröffentlichtes Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 28. Januar 2004 (4C.17/2003). Das Urteil kann unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) abgerufen werden.

