Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.17/2003 /lma

Urteil vom 28. Januar 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler,
Gerichtsschreiber Mazan.

Parteien
A._____,
Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Gerhard Hofmann,

gegen

B.F._____,
C.F._____,
Kläger und Berufungsbeklagte,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Werner Romang.

Gegenstand
Auftrag; Reservationsvereinbarung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 22. November 2002.

Sachverhalt:
A.
Am 21. Oktober 1997 unterzeichneten B.F._____ und C.F._____ als "Bauherr" (die Kläger) und die "A._____ AG" als "Promotor" eine sog. "Reservationsvereinbarung". Diese Vereinbarung sah die Reservation eines Anteils an einem Grundstück sowie eines darauf zu erstellenden Einfamilienhauses vor. Am 20. November 1997 leisteten die Kläger die in der "Reservationsvereinbarung" vorgesehene "Reservationsanzahlung" von Fr. 25'000.–. Dieser Betrag wurde aber nicht auf ein Konto der A._____ AG bei der UBS AG bezahlt, wie dies in der "Reservationsvereinbarung" vorgesehen war. Vielmehr beharrten die Kläger darauf, den Betrag auf ein neu eröffnetes Sperrkonto bei der UBS AG zu leisten, das einerseits auf die beiden Kläger und andrerseits auf A._____ persönlich (der Beklagte), dem einzigen Verwaltungsrat der A._____ AG, lautete.
Am 21. Dezember 1997 kündigten die Kläger die "Reservationsvereinbarung". In der Folge fanden jedoch weitere Kontakte mit der A._____ AG und dem Beklagten statt. In einem Schreiben vom 26. April 1998 setzten die Kläger dem Beklagten eine letzte Frist bis zum 15. Mai 1998, um den Landkauf abzuschliessen, andernfalls die "Reservationsvereinbarung" gekündigt werde und die "Reservationsanzahlung" von Fr. 25'000.– zurückzuerstatten sei. Nachdem der Grundstückkauf auch bis am 15. Mai 1997 nicht zustande gekommen war, verlangten die Kläger in ihren Mahnungen vom 19. Mai 1998 und 8. Juni 1998 vom Beklagten erneut die Rückzahlung der "Reservationsanzahlung". Mit Schreiben vom 15. Juni 1998 an den Beklagten und vom 17. Juni 1998 an die A._____ AG wurde die Kündigung der "Reservationsvereinbarung" bekräftigt.
B.
Am 20. November 1998 gelangten die Kläger ans Bezirksgericht Bülach und beantragten im Wesentlichen, der Beklagte sei zu verpflichten, den Betrag von Fr. 25'000.– auf dem gemeinsamen Sperrkonto der Parteien freizugeben sowie Zins von 5 % seit dem 21. Oktober 1997 zu bezahlen. Mit Urteil vom 23. Dezember 1999

wies das Bezirksgericht Bülach die Klage ab.
Auf Berufung der Kläger wies das Obergericht des Kantons Zürich das Verfahren mit Beschluss vom 15. Dezember 2000 zur Ergänzung und zur Neuentscheidung ans Bezirksgericht Bülach zurück.
In seinem zweiten Urteil vom 12. März 2002 wies das Bezirksgericht Bülach die Klage erneut ab.
Mit Urteil vom 22. November 2002 hiess das Obergericht des Kantons Zürich die Klage dahin gut, dass der Beklagte verpflichtet wurde, gegenüber der UBS AG die Erklärung abzugeben, den beiden Klägern den Betrag von Fr. 25'000.– vom gemeinsamen Sperrkonto freizugeben. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.
C.
Mit Berufung vom 13. Januar 2003 beantragt der Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. November 2002 sei aufzuheben und das Verfahren zur Neubeurteilung ans Obergericht zurückzuweisen.
Die Kläger beantragen die Abweisung der Berufung. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.
D.
Mit Zirkulationsbeschluss vom 29. September 2003 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Obergericht hat im angefochtenen Urteil festgehalten, dass die "Reservationsvereinbarung" zwischen den Klägern und der A._____ AG - und nicht zwischen den heutigen Prozessparteien - abgeschlossen worden sei. Gemäss dieser "Reservationsvereinbarung" seien die Kläger verpflichtet gewesen, eine "Reservationsanzahlung" auf ein Konto der A._____ AG einzuzahlen. Auf Drängen der Kläger sei jedoch vereinbart worden, ein Konto zu eröffnen, das einerseits auf die beiden Kläger und andrerseits auf den Beklagten persönlich laute. Damit sei für die Verfügung über das Konto die Zustimmung eines der beiden Kläger und des Beklagten nötig gewesen. Das gemeinschaftliche UBS-Konto habe damit die Funktion des in der "Reservationsvereinbarung" vorgesehenen Kontos der A._____ AG übernommen.
2.
Umstritten ist nun zunächst die Frage, unter welchen Bedingungen der Beklagte verpflichtet ist, gegenüber der UBS AG eine Freigabeerklärung in Bezug auf die "Reservationsanzahlung" von Fr. 25'000.– abzugeben, die auf dem Gemeinschaftskonto der Prozessparteien liegt.
2.1 Das Obergericht geht im angefochtenen Urteil davon aus, dass der Beklagte aufgrund seiner engen Verbindung mit der A._____ AG und seiner Eigenschaft als einziges Organ dieser Gesellschaft nach Treu und Glauben gehalten sei, im vorliegenden Prozess alles vorzutragen, was aus der Sicht der Aktiengesellschaft im Lichte der "Reservationsvereinbarung" gegen die Auszahlung der "Reservationsanzahlung" an die beiden Kläger spreche.
2.2 Der Beklagte wirft dem Obergericht in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Beweislastverteilung vor (Art. 8 ZGB). Zur Begründung wird ausgeführt, die Vorinstanz sei im angefochtenen Urteil vom 22. November 2002 grundlos von ihrer im Rückweisungsbeschluss vom 15. Dezember 2000 vertretenen Auffassung abgewichen, in welchem Entscheid die Rückweisung damit begründet worden sei, den Klägern sei Gelegenheit zu geben, vor erster Instanz die rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit der Kontoeröffnung vorzubringen. Wenn nun im angefochtenen Urteil vom 22. November 2002 festgehalten werde, es obliege dem Beklagten, alles vorzutragen, was aus der Sicht der A._____ AG gegen die Freigabe der "Reservationsanzahlung" spreche, setze sich das Obergericht in Widerspruch zu seinem Rückweisungsentscheid und verstosse gegen die Regeln der Beweislastverteilung.
2.3 Die Auffassung des Beklagten, das Obergericht sei im Urteil vom 22. November 2002 von seiner Auffassung im Rückweisungsbeschluss vom 15. Dezember 2000 abgewichen, ist nicht überzeugend. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz die Frage, ob ein Rechtstitel für die Verpflichtung des Beklagten, die Freigabeerklärung abzugeben, vorhanden sei, im Rückweisungsentscheid offen liess. Zwar wurde in der Tat festgehalten, dass die Vorbringen der Kläger in diesem Zusammenhang ergänzungsbedürftig seien. Für den Fall, dass die ergänzenden Ausführungen der Kläger keine Hinweise auf das Vorliegen eines Rechtstitels ergeben sollten, wurde indessen nicht angedeutet, dass die Klage abzuweisen sei. Die Rückweisung hatte somit einerseits das Ziel, den Klägern Gelegenheit zu geben, eine allfällige unvollständige Sachdarstellung zu ergänzen (Ergänzung des Verfahrens). Andrerseits wurde aber auch darauf hingewiesen, dass die Erstinstanz sich

mit dieser Frage noch nicht auseinander gesetzt habe und deshalb darüber zu entscheiden sei (Wahrung des Instanzenzuges).
2.4 Inwieweit der Vorinstanz vor diesem Hintergrund eine Verletzung von Art. 8 ZGB vorzuwerfen sein soll, ist nicht ersichtlich. Da die Kläger im Rückweisungsverfahren vor erster Instanz offenbar keine ergänzenden Sachdarstellungen vorgetragen haben, haben sie zwar insofern die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, als ihrerseits keine Behauptungen aufgestellt wurden, die ihren Rechtsstandpunkt stützen würden. Dies hinderte das Obergericht indessen nicht daran, sich auf die im Verlauf des Prozesses seitens des Beklagten vorgetragenen Sachdarstellungen abzustützen.
3.
Das Obergericht hat die zwischen den Klägern und der A._____ AG abgeschlossene "Reservationsvereinbarung" als Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) qualifiziert. Daraus schliesst die Vorinstanz im Wesentlichen, dass seitens der Kläger gegenüber der A._____ AG kein Mäklerlohn geschuldet sei, weil die angestrebten Verträge nicht abgeschlossen worden seien, so dass der Beklagte die Freigabeerklärung abzugeben habe. Der Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die A._____ AG im Rahmen eines einfachen Auftrages (Art. 394 ff. OR) für die Klägerin tätig geworden sei. Aus seinem Standpunkt schliesst der Beklagte im Wesentlichen, dass die A._____ AG gegenüber den Klägern auf jeden Fall Anspruch auf Ersatz der Auslagen und Verwendungen zustehe, weshalb er - der Beklagte - nicht verpflichtet sei, die eingeklagte Freigabeerklärung abzugeben.
3.1 Die umstrittene "Reservationsvereinbarung" sah wie erwähnt im Wesentlichen die Reservation eines Anteils an einem Grundstück sowie eines darauf zu erstellenden Einfamilienhauses zugunsten der Kläger vor. Die Kläger ihrerseits verpflichteten sich, eine "Reservationsanzahlung" in der Höhe von Fr. 25'000.– zu leisten. Im Einzelnen lautete die "Reservationsvereinbarung" wie folgt:
"Reservation von:
- Landanteil an Kat. Nr. ... (314 m2) ... zum Betrag von Fr. 595.– pro m2 = Total ca. Fr. 186'830 zuzüglich die damit anfallenden Kosten, Gebühren, Handänderungssteuern etc.
- Einfamilien-Haus gemäss Projekt-Studie von ... Architekten, Haus Nr. 4 zum Basis-Pauschal-Werkpreis von Fr. 555'000.–.
Das Grundstück wird in vier Parzellen aufgeteilt.
Für das Haus ist der obenstehende Bauherr [die Kläger]bereit, mit einem solventen, vom Promotor [A._____ AG]bestimmten Generalunternehmer einen Werkvertrag abzuschliessen, an welchen die Reservationsanzahlung angerechnet wird.
Die Reservationsanzahlung von Fr. 25'000.– wird vom Bauherrn [den Klägern]auf das Konto ... bei der Schweiz. Bankgesellschaft ... einbezahlt.
Tritt ein Bauherr [die Kläger]von dieser Vereinbarung nicht rechtzeitig zurück, erstattet er dem Promotor [A._____ AG]dessen Kosten und Umtriebe, jedoch min. Fr. 2'500.–."
Im Folgenden ist einerseits zu prüfen, wie das als "Reservationsvereinbarung" titulierte Rechtsverhältnis zwischen der A._____ AG und den Klägern zu qualifizieren ist (vgl. E. 3.2). Anschliessend ist auf die Frage einzugehen, ob der A._____ AG aus diesem Rechtsverhältnis Ansprüche zustehen, die gegen eine Freigabe der "Reservationsanzahlung" sprechen (vgl. E. 3.3)
3.2
3.2.1 Wie erwähnt hat die Vorinstanz die zwischen den Klägern und der A._____ AG abgeschlossene "Reservationsvereinbarung" als Mäklervertrag qualifiziert, während der Beklagte vom Vorliegen eines einfachen Auftrages ausgeht. Gemäss Art. 412 Abs. 1 OR erhält der Mäkler durch den Mäklervertrag den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln. Charakteristisch für den Mäklervertrag ist die Entgeltlichkeit. Zwar ist durchaus denkbar, dass die Vermittlungsdienste auch unentgeltlich geleistet werden. Ein unentgeltlicher Vermittlungsauftrag kann jedoch nicht als Mäklervertrag qualifiziert werden, sondern hat als einfacher Auftrag zu gelten (Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bern 1964, N. 2a zu Art. 412 OR; Caterina Amman, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2003, N. 2 zu Art. 412 OR).
3.2.2 Im vorliegenden Fall hat sich die A._____ AG als Promotorin verpflichtet, für die Kläger tätig zu werden. Zutreffend hält das Obergericht unter Hinweis auf die "Reservationsvereinbarung" fest, dass die A._____ AG die Verpflichtung eingegangen sei, den Klägern die Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrages bezüglich eines noch zu parzellierenden Grundstückes mit dem Grundeigentümer und zum Abschluss

eines Werkvertrages mit einem noch zu bestimmenden Unternehmer nachzuweisen. Demgegenüber ist nicht ersichtlich, dass der A._____ AG für ihr Tätigwerden eine Vergütung in Aussicht gestellt wurde. Das Obergericht sieht die für die Annahme eines Mäklervertrages erforderliche Entgeltlichkeit jedoch darin, dass die "Reservationsanzahlung" von Fr. 25'000.– an den Werklohn des - noch zu bestimmenden - Generalunternehmers anzurechnen sei und die A._____ AG für ihre Bemühungen somit von dritter Seite entschädigt werde. Diese Annahme ist aus verschiedenen Gründen nicht überzeugend. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der "Reservationsvereinbarung" auf jeden Fall kein Hinweis auf eine Vergütung für die Vermittlung eines Kaufvertrages bezüglich des noch zu parzellierenden Grundstückes entnommen werden kann. Auch das
Obergericht vermochte diesbezüglich keine Vergütung namhaft zu machen. Im Zusammenhang mit der Vermittlung des Kaufvertrages fällt somit die Annahme eines Mäklervertrages mangels Entgeltlichkeit prinzipiell ausser Betracht. Nicht anders verhält es sich im Zusammenhang mit der Vermittlung eines Werkvertrages. Diesbezüglich kann der Auffassung des Obergerichtes nicht gefolgt werden, dass von Entgeltlichkeit auszugehen sei, weil die Vergütung von einem Dritten geleistet werde. Ein Mäklervertrag liegt nämlich nur dann vor, wenn der Auftraggeber - und nicht ein Dritter - in seiner Eigenschaft als Vertragspartner des Mäklers die Vergütung leistet. Eine allfällige Leistung eines Dritten - im vorliegenden Fall wohl der noch zu bestimmende Generalunternehmer - ist keine Gegenleistung für die Vermittlungstätigkeit im Rahmen des Mäklervertrags, sondern fände ihren Rechtsgrund in einem anderen Rechtsverhältnis.
3.2.3 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der "Reservationsvereinbarung" keine Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass sich die Kläger verpflichtet hätten, der A._____ AG für ihre Vermittlertätigkeit eine Vergütung im Sinn von Art. 412 OR auszurichten. Das Rechtsverhältnis ist daher nicht als Mäklervertrag, sondern als - unentgeltlicher - einfacher Auftrag zu qualifizieren.
3.3
3.3.1 Damit ist zu prüfen, ob die Kläger verpflichtet sind, der A._____ AG die allenfalls angefallenen Auslagen und Verwendungen zu ersetzen, wie der Beklagte geltend macht. Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat der Auftraggeber dem Beauftragen die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Diese gesetzliche Regelung bezüglich des Auslagen- und Verwendungsersatzes ist dispositives Recht und lässt Raum für eine abweichende einzelvertragliche Regelung (Rolf H. Weber, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2003, N. 16 zu Art. 402 OR; Josef Hofstetter, SPR VII/2, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 1979, S. 66, Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N. 59 zu Art. 402).
3.3.2 Im vorliegenden Fall haben die Parteien in der "Reservationsvereinbarung" festgehalten, dass der Bauherr - d.h. die Kläger - dem Promotor - d.h. der A._____ AG - dessen Kosten und Umtriebe, jedoch mindestens Fr. 2'500.– ersetzten, wenn er von dieser Vereinbarung "nicht rechtzeitig" zurücktrete. Aufgrund dieser Klausel ist anzunehmen, dass die Parteien in Bezug auf den Auslagen- und Verwendungsersatz eine spezielle einzelvertragliche Regelung getroffen haben, welche das dispositive Gesetzesrecht verdrängt. Zutreffend hält das Obergericht fest, aufgrund eines Umkehrschlusses könne gefolgert werden, dass ein "rechtzeitiger" Vertragsrücktritt seitens der Kläger für diese keine Kostenfolgen habe. Die gegenteilige Meinung des Beklagten, die umstrittene Formulierung beziehe sich nur auf Kündigungen, die ausgesprochen worden seien, bevor seitens der A._____ AG Aufwendungen getroffen worden seien, ist nicht überzeugend. Wenn nämlich beim Beauftragten keine Aufwendungen angefallen sind, muss auch nicht der dispositiv vorgesehene Auslagen- und Verwendungsersatz ausgeschlossen werden. Hätte die umstrittene Klausel die Bedeutung, die ihr der Beklagte beimisst, wäre sie gänzlich entbehrlich.
3.3.3 Damit stellt sich die Frage, ob die Beklagten den Auftrag "rechtzeitig" im Sinn der umstrittenen Vertragsklausel aufgelöst haben, in welchem Fall kein Auslagen- und Verwendungsersatz geschuldet wäre. Ausgangspunkt ist die Feststellung des Obergerichtes, dass die Kläger mit der Unterzeichnung der "Reservationsvereinbarung" am 21. Oktober 1997 davon ausgehen durften, sie könnten binnen verhältnismässig kurzer Zeit - d.h. binnen weniger Monate - sowohl den Kaufvertrag betreffend das Grundstück als auch den Generalunternehmervertrag betreffend die Erstellung des Einfamilienhauses abschliessen. Dem angefochtenen Urteil kann nun entnommen werden, dass sich die Kläger während Monaten um den Abschluss der Verträge bemüht, sich aber wegen fortgesetzten Verzögerungen mehrmals von der Reservation losgesagt hätten. Dennoch seien die Kläger mit dem Beklagten bzw. der A._____ AG in Kontakt geblieben, bevor sie mit Schreiben vom 26. April 1998 eine letzte Frist für den Abschluss der Verträge bis am 15. Mai 1998 angesetzt und andernfalls die Rückzahlung der "Reservationsanzahlung" gefordert hätten. Daraus folgt, dass der beauftragten A._____ AG auf jeden

Fall ausreichend Zeit eingeräumt wurde, um die Vertragsabschlüsse zu vermitteln.
Da die A._____ AG trotzdem nicht in der Lage war, innert angemessener Frist die in Aussicht gestellten Verträge zu vermitteln, waren die Kläger berechtigt, von der "Reservationsvereinbarung" zurückzutreten. In zeitlicher Hinsicht ist somit kein Grund ersichtlich, den Vertragsrücktritt der über Monate hingehaltenen Kläger als "nicht rechtzeitig" im Sinn der erwähnten Vertragsklausel zu bezeichnen. Aus diesem Grund schulden die Kläger der A._____ AG keinen Auslagen- und Verwendungsersatz.
3.4 Zusammenfassend kann somit Folgendes festgehalten werden: Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann die "Reservationsvereinbarung" nicht als Mäklervertrag qualifiziert werden, weil zwischen den Parteien kein Entgelt vereinbart wurde (vgl. E. 3.2). Vielmehr ist das betreffende Rechtsverhältnis als unentgeltlicher Auftrag zu qualifizieren, wobei in Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht vereinbart wurde, dass bei einem rechtzeitigen Vertragsrücktritt wie im vorliegenden Fall kein Auslagen- und Verwendungsersatz geschuldet sei (vgl. E. 3.3).
4.
Wenn die A._____ AG als Vertragspartnerin der Klägerin keine Ansprüche aus der "Reservationsvereinbarung" geltend machen kann und somit keine überzeugenden Gründe ersichtlich sind, die gegen eine Freigabe der "Reservationsanzahlung" von Fr. 25'000.– auf dem Gemeinschaftskonto bei der UBS sprechen, ist der Beklagte ohne weiteres zu verpflichten, die Freigabeerklärung abzugeben. Die Berufung ist daher abzuweisen.
5.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 2 und Art. 159 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beklagten auferlegt.
3.
Der Beklagte hat die Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. Januar 2004
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: