



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Abschlussarbeit

zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Die Haftungsrisiken des Immobilienmaklers

Verfasserin: Melanie Augstburger (-Hammer)
lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M.
melanie.hammer@bluewin.ch

Eingereicht bei: Dr. iur. Sibylle Schnyder, Rechtsanwältin, LL.M.

Abgabedatum: 3. September 2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Tabellenverzeichnis.....	VII
Executive Summary	VIII
1. Einleitung.....	1
1.1 Ausgangslage und Problemstellung.....	1
1.2 Zielsetzung der Abschlussarbeit und Abgrenzung des Themas	1
2. Theoretische Grundlagen zum Maklervertrag	2
2.1 Anwendungsbereich und Charakter.....	2
2.2 Typologien	2
2.2.1 Nachweismakler und Vermittlungsmakler	2
2.2.2 Zuführungsmakler.....	3
2.2.3 Doppelmakler.....	3
2.2.4 Exklusivmakler	4
2.3 Abgrenzungen von anderen Vermittlungstätigkeiten	4
2.3.1 Abgrenzung zum Agenturvertrag	4
2.3.2 Abgrenzung zur Kommission	4
2.3.3 Abgrenzung zum Auftragsrecht.....	4
2.3.4 Abgrenzung zur Stellvertretung.....	5
2.4 Rechtsgrundlagen.....	5
2.4.1 Bundes- und kantonales Recht.....	5
2.4.2 Subsidiäre Rechtsquellen	5
2.5 Entstehung und Beendigung des Maklervertrages.....	6
2.6 Pflichten des Maklers.....	6
2.6.1 Fehlen einer Handlungspflicht.....	6
2.6.2 Sorgfalts- und Treuepflicht	7
2.6.3 Diskretionspflicht.....	10
2.6.4 Selbsteintritt des Maklers.....	10

2.7	Pflichten des Auftraggebers.....	11
2.7.1	Vergütungspflicht	11
2.7.2	Anzeige- und Auskunftspflicht.....	11
3.	Die Haftung des Immobilienmaklers	13
3.1	Einleitende Bemerkungen.....	13
3.2	Vertragliche Haftung gegenüber dem Auftraggeber.....	13
3.2.1	Herkömmliche Maklerleistungen.....	13
3.2.2	Nebenleistungen.....	15
3.2.3	Wegbedingung der vertraglichen Haftung ggü. dem Auftraggeber.....	15
3.3	Ausservertragliche Haftung gegenüber dem Quasi-Auftraggeber.....	15
3.4	Vertrauenshaftung gegenüber dem Quasi-Auftraggeber	17
3.5	Vertrauenshaftung gegenüber Dritten.....	19
3.6	Haftung mit Schutzwirkung zugunsten Dritten	20
3.7	Spezifische Fälle aus der Praxis.....	21
3.7.1	Schlechte Schätzung einer Immobilie.....	21
3.7.1.1	Einleitende Bemerkungen.....	21
3.7.1.2	Qualifikation der Schätzung	21
3.7.1.3	Haftung des Schätzers gegenüber dem Auftraggeber.....	22
3.7.1.4	Haftung des Schätzers gegenüber Dritten.....	23
3.7.2	Verletzung der Verpflichtung sachgemässer Information und Beratung	25
3.7.3	Doppeldienen des Vermittlungsmaklers.....	27
3.7.3.1	Einleitende Bemerkungen.....	27
3.7.3.2	Doppelmaklerei als Verstoss gegen Art. 415 OR	28
4.	Gespräche mit Haftpflichtversicherungen	30
4.1	Einleitung.....	30
4.2	AXA.....	30
4.3	Basler Versicherung.....	31
4.4	Vaudoise Assurances	31

4.5	Zusammenfassung.....	31
5.	Erkenntnisse und Kernaussagen für den Immobilienmakler.....	32
5.1	Wegbedingung der vertraglichen Haftung gegenüber dem Auftraggeber	32
5.2	Verwendungszweck der Schätzung	32
5.3	Sachgemässes Informieren und Abklären.....	32
5.4	Sachgemässe Beratung.....	32
5.5	Kritische Haltung gegenüber Informationen	32
5.6	Interessenkonflikt vermeiden.....	33
5.7	Disclaimer in der Verkaufsdokumentation	33
5.8	Disclaimer im Kaufvertrag	34
5.9	Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung	34
6.	Ausblick in die Zukunft.....	35
6.1	Einleitung.....	35
6.2	Verschiebung der Maklertätigkeit ins Internet	36
6.2.1	Immobilienplattformen	36
6.2.2	Werbekosten für Google	38
6.2.3	Kauf von Leads	38
6.3	Anpassung der Geschäftsmodelle	38
6.3.1	Einleitung.....	38
6.3.2	Beratung, Informationstransparenz, Self-Service	39
6.3.3	Markenqualität und Netzwerk.....	39
6.3.4	Neue Abrechnungsmodelle.....	40
6.4	Anstieg von zukünftigen Haftungsfällen?	41
7.	Schlussbetrachtung und Ausblick	42
	Literaturverzeichnis	43
	Anhang 1:.....	46
	Anhang 2:.....	46

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (Stand vom 1. März 2013), SR 211.412.41
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bspw.	beispielsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EG ZGB ZH	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Zürich (EG ZGB) vom 2. April 1911 (Stand vom 1. Januar 2018), LS 230
f./ff.	folgende / fortfolgende
ggü.	gegenüber
GU	Generalunternehmer
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Stand vom 1. Juli 2016), SR 951.31
KKV	Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006 (Stand vom 1. Januar 2015), SR 951.311
Lex Koller	Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Stand 1. März 2013), SR 211.412.41
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2017), SR 220

lit.	litera
N	Note, Randnote
Rz	Randziffer
S.	Seite
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SMK	Schweizerische Maklerkammer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2018), SR 210
zit.	zitiert als

Tabellenverzeichnis

Tabelle: Vergleich Anzahl Inserate (Verkaufsobjekte) auf führenden Immobilienportalen in der Romandie, Stand April 2018	38
---	----

Executive Summary

Eine Vermittlung von Immobilien zwischen Verkäufer und Käufer verlangt ein breites Spektrum an Fachwissen: Der Makler sollte nicht nur verkaufstalentiert sein, sondern insbesondere auch über grobe Architekturkenntnisse (Bausubstanz, fällige Sanierungen, Gebäudealterung, etc.), ökonomische Kenntnisse (Marktlage, Angebot und Nachfrage, Preisentwicklung, etc.) und psychologisches Wissen (Festsetzung Verkaufspreis, Umgang mit Interessenten) verfügen sowie ein rechtliches Knowhow (Eruierung der grundbuchlichen Situation, Einschätzung von haftungsrechtlichen Risiken, etc.) besitzen. Immobilienmakler sind in der Praxis häufig Quereinsteiger und die rechtlichen Kenntnisse sind oftmals gering. Zudem gibt es nur wenig Literatur und Rechtsprechung um sich über haftungsrechtliche Risiken zu informieren.

Sowohl die theoretischen Grundlagen als auch die Auseinandersetzung mit den drei Praxisfällen des Bundesgerichts zeigen dem Makler auf, wo sich Stolpersteine befinden. Diese liegen insbesondere in schlechten Schätzungen von Immobilien, Verletzung der Verpflichtung zur sachgemässen Information und Beratung sowie dem Doppeldienen des Maklers. Gespräche mit drei Haftpflichtversicherungen haben gezeigt, dass sich Haftungsfälle zurzeit in Grenzen halten. Die genannten Haftungsfälle konzentrieren sich hauptsächlich auf fehlerhafte Informationen in den Verkaufsdokumentationen, falsche Mitteilungen über die Liegenschaft und unkorrekte Schätzungen.

Aus den theoretischen Grundlagen, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie den Inputs der Haftpflichtversicherungen wurden Erkenntnisse und Kernaussagen für den Immobilienmakler gewonnen. Ein Immobilienmakler ist zur Vermeidung von Haftungsfällen gut beraten, wenn er die erläuterten Punkte beachtet.

Der Ausblick in die Zukunft zeigt, dass der Makler infolge Digitalisierung sein Geschäftsmodell anpassen sollte und sich zunehmend auf kundenorientierte Beratungstätigkeiten, Pflege der Markenqualität sowie Ausbau seines Netzwerkes fokussieren sollte. Es ist zu erwarten, dass durch das vermehrte Anbieten von Beratungsdienstleistungen und Pakettlösungsmodellen die Haftungsfälle von Maklern ansteigen könnten.

1. Einleitung

1.1 Ausgangslage und Problemstellung

Die Immobilienmaklerei zieht Menschen aus unterschiedlichsten Berufsgruppen (mit mannigfachen Ausbildungsgraden) an. Oftmals sind sich wohl die Immobilienmakler möglichen haftungsrechtlichen Konsequenzen ihres Wirkens nicht bewusst. Darüber hinaus gibt es nur wenig Literatur und Rechtsprechung zu haftungsrechtlichen Risiken dieser Branche, womit es für die Immobilienmakler kein Leichtes ist, sich entsprechend zu informieren.

Diese Abschlussarbeit soll eine Übersicht über die Haftungsrisiken bieten. Nebst theoretischen (rechtlichen) Grundlagen beleuchtet die Arbeit spezifische Tätigkeiten aus der Praxis, die besonders anfällig für Haftungsfälle sind.

1.2 Zielsetzung der Abschlussarbeit und Abgrenzung des Themas

Diese Abschlussarbeit stellt die Frage nach den rechtlichen Grundlagen für die Haftung des Immobilienmaklers. Es wird untersucht, welche Pflichten der Immobilienmakler hat, welcher Massstab an die Erfüllung dieser Pflichten gelegt wird und was die Haftungsfolgen bei Verletzung dieser Pflichten sind. Mit diesem Vorgehen sollen Kernaussagen zu den Haftungsrisiken des Immobilienmaklers gewonnen werden.

Zusätzlich wird untersucht, ob Haftungsrisiken bzw. Haftungsfälle in Zukunft (insbesondere aufgrund neuer Geschäftsmodelle, Digitalisierung und Handelsplattformen) zunehmen könnten.

Diese Arbeit fokussiert sich auf die Ansprüche der Parteien gegenüber dem Immobilienmakler. Nicht analysiert wird die Haftung der Geschäftsparteien untereinander, d.h. Verkäufer/Käufer/Notar/Staatshaftung, Vermieter/Mieter und Eigentümer/Immobilienbewirtschafter.

Zudem wird in dieser Arbeit lediglich die Vermittlungstätigkeit zwischen Verkäufer und Käufer einer Immobilie behandelt (Grundstückskäufe). Weitere Vermittlungstätigkeiten rund um Immobilien (Mietverträge, Hypothekarkredite, etc.) sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

2. Theoretische Grundlagen zum Maklervertrag

2.1 Anwendungsbereich und Charakter

Das OR regelt den Maklervertrag im 13. Titel über den Auftrag. Der Anwendungsbereich des Maklervertrages gemäss Art. 412 bis 418 OR umfasst alle Formen des Vermittlungsgeschäftes: Grundstückkäufe, Miet- und Pachtverträge, Hypothekarkredite, Darlehensverträge, Arbeitsverträge, Handelsgeschäfte jeder Art, Börsengeschäfte, etc. Die private Vermittlung von Arbeitskräften fällt nicht unter Art. 412 ff. OR; diese wird ausschliesslich im Arbeitsvermittlungsgesetz geregelt.¹

Gemäss Art. 412 Abs. 1 OR erhält der Makler durch Abschluss eines Maklervertrages den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln. Charakteristisch für den Maklervertrag ist die Entgeltlichkeit; unentgeltliche Vermittlung ist einfacher Auftrag.²

Ein weiteres Begriffsmerkmal des Maklervertrages ist die Erfolgsbedingtheit des Vergütungsanspruchs: Der Maklerlohn ist abhängig vom Erfolg des Zustandekommens des vom Auftraggeber angestrebten Vertrages infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Maklers (vgl. Art. 413 Abs. 1 OR). Vorbehalten bleibt eine anderweitige Vergütungsvereinbarung der Parteien.³

2.2 Typologien

2.2.1 Nachweismakler und Vermittlungsmakler

Art. 412 Abs. 1 OR unterscheidet zwischen Nachweismakler und Vermittlungsmakler. Der *Nachweismakler* verpflichtet sich, dem Auftraggeber einen (oder mehrere) Interessenten für das Zielgeschäft so konkret nachzuweisen, dass der Auftraggeber danach mit dem bzw. den Interessenten Vertragsverhandlungen aufnehmen kann.⁴

Der *Vermittlungsmakler* hingegen hat weitergehende Pflichten als der Nachweismakler: Er muss auf die Abschlussbereitschaft des potentiellen Vertragspartners hinwirken und den Abschluss des Vertrages fördern.⁵

Sowohl der Nachweis- wie auch der Vermittlungsmakler haben die Provision erst verdient, wenn das angebahnte Geschäft (infolge des Nachweises oder infolge der Vermitt-

¹ HONSELL (2017), S. 374; STREIFF (2009), S. 6.

² HONSELL (2017), S. 375; BGer Pra 2004 Nr. 117; BGE 124 III 481 E. 3.

³ AMMANN (2015), N 3 zu Art. 412.

⁴ STREIFF (2009), S. 10.

⁵ STREIFF (2009), S. 10; HONSELL (2017), S. 375.

lung des Maklers) tatsächlich zum Abschluss gekommen ist.⁶ Fehlt im Maklervertrag eine Vereinbarung, ob Nachweis- oder Vermittlungsmaklerei geschuldet ist, besteht eine Vermutung zugunsten der Nachweismaklerei.⁷

2.2.2 Zuführungsmakler

Zudem hat die Praxis noch eine Zwischenstufe zwischen Nachweis- und Vermittlungsmaklerei geschaffen: die *Zuführungsmaklerei*. Der Makler hat dem Auftraggeber den Interessenten nicht nur nachzuweisen, sondern zuzuführen – im Sinne eines Zusammenbringens. Mit anderen Worten muss er den direkten Kontakt zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten herstellen.⁸

2.2.3 Doppelmakler

Wenn der Makler gleichzeitig für den Käufer wie auch für den Verkäufer tätig ist, liegt Doppelmaklerei vor. Gemäss früherer Rechtsprechung war die Doppelmaklerei in einem eng begrenzten Rahmen zulässig, d.h. wenn dadurch keine Interessenkollision geschaffen wird. Keine Interessenkollision liegt vor, wenn der Makler nur eine Gelegenheit zum Verkauf nachzuweisen (Nachweismaklerei) und nicht auch bei den Vertragsverhandlungen mitzuwirken hat. Demgegenüber führt das gleichzeitige Tätigwerden des Maklers für zwei Personen dann zu einer Interessenkollision, wenn dem Makler obliegt, für Käufer und Verkäufer mit ihren entgegengesetzten Interessen möglichst günstige Vertragsbedingungen zu erzielen.⁹ Mit anderen Worten verletzt ein Makler seine Treuepflichten, wenn er als Zuführungs- oder Vermittlungsmakler aktiv ist, mit beiden Parteien des Zielvertrages verhandelt und von beiden Parteien eine Provision verdient.¹⁰ Nach jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts verstösst im Immobiliengeschäft aber jede Doppelmaklerei gegen Art. 415 OR. Dabei spielt es auch keine Rolle mehr, ob das gleichzeitige Tätigwerden des Maklers auch tatsächlich zu einer Interessenkollision führen kann oder nicht (vgl. dazu nachfolgende Ziff. 3.7.3).¹¹

⁶ HONSELL (2017), S. 375; BGE 124 III 481 E. 3.

⁷ STREIFF (2009), S. 13; HONSELL (2017), S. 375.

⁸ STREIFF (2009), S. 14; GAUTSCHI (1964), N 3b zu Vorb. Art. 412-418; BRACHER (2016), N 4 zu Art. 412.

⁹ BGE 4C.375/2005 E. 4.3; Streiff (2009), S. 15.

¹⁰ STREIFF (2009), S. 16.

¹¹ BGE 141 III 64 ff.; GRELL (2015), S. 6 f.

2.2.4 Exklusivmakler

Bei einem Exklusivmandat (Alleinauftrag) verpflichtet sich der Auftraggeber, keine weiteren Makler für das Zielgeschäft zu beauftragen. Im Gegenzug führt dies aber dazu, dass der Makler zum Tätigwerden verpflichtet ist.¹²

Exklusivmandate sind in der Praxis – insbesondere bei professionellen Maklern – heute die Regel. Eine entscheidende Rolle spielt dabei die Diskretion sowie das persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Makler. Das Exklusivmandat kann von der grundsätzlichen „Erfolgsbedingtheit“ für die Honorierung abweichen, falls dies im Maklervertrag entsprechend geregelt worden ist. So wird oft vereinbart, dass der Exklusivmakler auch dann einen Lohnanspruch hat, wenn das Zielgeschäft ohne sein Zutun (*sine causa*) abgeschlossen wird.¹³

2.3 Abgrenzungen von anderen Vermittlungstätigkeiten

2.3.1 Abgrenzung zum Agenturvertrag

Gemäss Art. 418a Abs. 1 OR ist Agent, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.

Der Agenturvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, während der Makler nur in einem oder mehreren bestimmten Geschäften für den Auftraggeber tätig ist.¹⁴ Im Gegensatz zum Maklervertrag ist der Agenturvertrag nicht jederzeit fristlos kündbar (Art. 404 OR), sondern ist nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündbar.¹⁵

2.3.2 Abgrenzung zur Kommission

Ein Kommissionär verkauft Waren und Wertpapiere für seinen Auftraggeber, im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung. Im Gegensatz zum Makler, welcher bloss Tathandlungen vornimmt, schliesst der Kommissionär Verträge ab (Rechtshandlungen).¹⁶

2.3.3 Abgrenzung zum Auftragsrecht

Der Maklervertrag steht unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 Abs. 2 OR), ist aber *lex specialis* zum allgemeinen Auftragsrecht nach Art. 394 ff.

¹² BGE 103 II 133; AMMANN, C. (2015), N 13 zu Art. 412; STREIFF (2009), S. 17.

¹³ STREIFF (2009), S. 17-19.

¹⁴ AMMANN (2015), N 19 zu Art. 412; STREIFF (2009), S. 23.

¹⁵ STREIFF (2009), S. 23.

¹⁶ AMMANN (2015), N 18 zu Art. 412; STREIFF (2009), S. 24.

OR.¹⁷ Richtet sich der Lohn ausschliesslich nach den Bemühungen des Vermittlers und nicht nach dem Erfolg, bzw. ist der Lohn unabhängig vom Erfolg geschuldet, so überwiegen die Elemente des einfachen Auftrages.¹⁸

2.3.4 Abgrenzung zur Stellvertretung

Die Leistung des Maklers begrenzt sich auf das vermitteln, nachweisen oder zuführen von Vertragsinteressenten. Falls der Makler stellvertretend für den Auftraggeber Geschäfte abschliessen soll, ist zusätzlich zum Maklervertrag ein Auftrag mit entsprechender Vollmacht (Stellvertretung) nötig.¹⁹

2.4 Rechtsgrundlagen

2.4.1 Bundes- und kantonales Recht

Das Obligationenrecht regelt das Maklergeschäft auf bundesrechtlicher Ebene mit lediglich sechs Artikeln (Art. 412 bis Art. 418 OR). Die Kantone sind durch Art. 6 ZGB und Art. 418 OR jedoch legitimiert, polizeilich motivierte kantonale Einschränkungen zur Ausübung des Maklergeschäfts zu erlassen. So hat der Kanton Zürich beispielsweise eine Tarifordnung für die maximale Maklerprovision bei der Vermittlung von Mietwohnungen erlassen.²⁰

2.4.2 Subsidiäre Rechtsquellen

Der Maklervertrag ist eine Unterart des einfachen Auftrages.²¹ Die massgebende subsidiäre Rechtsquelle zum Maklerrecht ist das allgemeine Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR.²²

Eine weitere subsidiäre Rechtsquelle ist das Agenturrecht gemäss Art. 418a ff. OR. Der Agent ist zwar wirtschaftlich abhängiger vom Auftraggeber als der Makler, doch kann das Agenturrecht Hinweise zur Auslegung der Vorschriften betreffend Maklerei geben. So ist beispielweise für den Agenten die Geheimhaltungspflicht und das Konkurrenzverbot in Art. 418d OR ausdrücklich geregelt; im Maklerrecht wird dies nur über den allgemeinen Verweis auf das Auftragsrecht angedeutet.²³

¹⁷ STREIFF (2009), S. 26.

¹⁸ AMMANN (2015), N 20 zu Art. 412; BGE 131 III 276 E. 5.1.2.

¹⁹ STREIFF (2009), S. 25.

²⁰ Vgl. § 229 a Abs. 1 EG ZGB ZH (beschränkt den Maklerlohn für die Vermittlung von Mietwohnungen auf höchstens 75% des monatlichen Nettomietzinses); STREIFF (2009), S. 7 f.

²¹ STREIFF (2009), S. 9.

²² Art. 412 Abs. 2 OR.

²³ STREIFF (2009), S. 9 f.

Schliesslich bilden die Standesregeln des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft (SVIT) Schweiz eine private subsidiäre Rechtsquelle, falls ein Makler beim SVIT Mitglied ist. Die Standesregeln des SVIT Schweiz enthalten 18 Bestimmungen. Unter anderem werden in Art. 1 die Grundsätze der Berufsausübung, in Art. 5 die Beachtung des Berufsgeheimnisses und in Art. 8 die Vermeidung von Interessenkonflikten geregelt.²⁴

2.5 Entstehung und Beendigung des Maklervertrages

Für das Zustandekommen des Maklervertrages bedarf es Konsens zwischen dem Auftraggeber und dem Makler (Art. 1 OR). Der Konsens muss sich zumindest auf die essentialia negotii, d.h. die Art des zu vermittelnden Geschäfts mitsamt deren wesentlichen Konditionen, beziehen.²⁵

Der Maklervertrag kann formfrei (Art. 11 Abs. 1 OR) oder gar durch konkludentes Verhalten (Art. 1 Abs. 2 OR), d.h. durch wissentliche Duldung oder stillschweigende Genehmigung der Tätigkeit eines Maklers, zustande kommen.²⁶

I.d.R. erlischt der Maklervertrag mit Zustandekommen des nachzuweisenden oder zu vermittelnden Geschäfts mit dem Interessenten oder wenn bei einem befristeten Maklervertrag die Tätigkeiten des Maklers innert der vereinbarten Frist erfolglos bleiben. Zudem kann der Maklervertrag gemäss Art. 404 OR jederzeit gekündigt werden. Dies gilt auch, wenn es sich um einen befristeten Maklervertrag handelt.²⁷

2.6 Pflichten des Maklers

2.6.1 Fehlen einer Handlungspflicht

Der Makler verpflichtet sich weder die Maklertätigkeit tatsächlich aufzunehmen noch erfolgreich tätig zu sein. Demgegenüber ist aber der Exklusivmakler im Rahmen des Alleinauftrages verpflichtet, für den Auftraggeber tätig zu werden. Die Verletzung der Tätigkeitspflicht durch den Exklusivmakler hat den Verlust des Makleranspruchs zur Folge.²⁸

Es gilt zu beachten, dass die gesetzliche Konzeption des Fehlens einer Handlungspflicht dispositiver Natur ist. So ist es in der Praxis üblich, dem Makler vertraglich bestimmte Tätigkeitspflichten zu überbinden, z.B. die Liegenschaft zu bewerten sowie den Ver-

²⁴ SVIT Standesregeln.

²⁵ STREIFF (2009), S. 28.

²⁶ AMMANN (2015), N 5 zu Art. 412; STREIFF (2009), S. 29.

²⁷ AMMANN (2015), N 6 zu Art. 412; HONSELL (2017), S. 376 f.

²⁸ BURKHALTER (2005), S. 56.

kaufpreis festzulegen, das Objekt auf den verschiedenen Immobilienplattformen zu inserieren, eine Verkaufsdokumentation zu erstellen, den Markt zu beobachten, etc. Dem Makler (auch Exklusivmakler) steht es frei, wie viele und welche Werbemittel er einsetzt. Den Auftraggeber interessiert einzig der Erfolg der Maklertätigkeit.²⁹

Zudem untersteht der Makler auch keiner Rechenschafts- und Ablieferungspflicht i.S.v. Art. 400 OR. Dies deshalb, weil der Makler vom Auftraggeber zur Ausführung des Auftrages weder vermögenswerte Rechte erhält, noch solche in Ausführung seiner Tätigkeit für den Auftraggeber erwirbt. Lässt sich hingegen der Makler nach Art. 413 Abs. 3 OR den Auslagenersatz ausdrücklich versprechen, ist eine beschränkte Abrechnungspflicht (durch Vorlage der Belege) für die effektiv gemachten Auslagen denkbar.³⁰

Der Makler ist grundsätzlich zur persönlichen Ausführung des Maklerauftrages verpflichtet; der Beizug von Hilfspersonen und/oder Substitution ist aber gestattet (vgl. dazu Art. 412 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 OR).³¹

2.6.2 Sorgfalts- und Treuepflicht

Den Makler treffen ähnliche Sorgfalts- und Treuepflichten wie den Beauftragten (Art. 415 OR und Art. 398 OR). Die Sorgfaltspflichtverletzung besteht häufig in der Unterlassung einer für den Erfolg notwendigen Handlung. Demgegenüber zeichnet sich die Treuepflichtverletzung eher durch ein bestimmtes positives Verhalten des Maklers aus.³²

(i) Zur Sorgfaltspflicht

Der Makler hat die Interessen des Auftraggebers zu fördern und ihm Informationen, die für den Auftraggeber und den Vertragsabschluss von Bedeutung sind, unaufgefordert mitzuteilen.³³ Hingegen ist der Makler nicht verpflichtet, seine *erfolglosen* Tätigkeiten – z.B. wenn der von ihm angegangene Interessent das Angebot ablehnt – dem Auftraggeber mitzuteilen, da sie für diesen nicht von Bedeutung sind. Haben die Parteien aber Gegenteiliges vereinbart oder muss der Makler annehmen, sein Stillschweigen werde beim Auftraggeber zu einem Schaden führen, ist der Makler verpflichtet, dem Auftraggeber sämtliche Informationen weiterzugeben. „Das ist gegeben, wenn der Makler ernsthafte Gründe für die Annahme hat, der Interessent werde sich mit dem Auftragge-

²⁹ BURKHALTER (2005), S. 56 f.

³⁰ BURKHALTER (2005), S. 57.

³¹ OSER/SCHÖNENBERGER (1936), N 23 zu Art. 412 OR.

³² BURKHALTER (2005), S. 57.

³³ STREIFF (2009), S. 32; HONSELL (2017), S. 380; AMMANN (2015), N 8 zu Art. 412.

ber direkt in Verbindung setzen, ohne ihm von der Offerte des Maklers Kenntnis zu geben. Wird infolgedessen das Geschäft vom Auftraggeber in Unkenntnis der Maklertätigkeit abgeschlossen, so ist der Makler für den Schaden verantwortlich, den der Auftraggeber dadurch erleidet, dass er bei der Festlegung des Vertragswertes den dem Makler geschuldeten Lohn nicht in Rechnung gestellt hat.³⁴

Der Makler hat den Auftraggeber bei *erfolgreicher* Tätigkeit stets über die Interessenten zu informieren und die Parteien mindestens (im Falle der Nachweismaklerei) miteinander in Verbindung zu bringen. Der Makler verletzt seine Sorgfaltspflicht, wenn er den Auftraggeber nach Auffinden des Interessenten nicht benachrichtigt oder wenn er den Interessenten ohne Wissen des Auftraggebers an diesen weiterleitet (vgl. vorstehende Ausführung betreffend Schadenrisiko bei der Festsetzung des Vertragswertes).³⁵

Sodann darf der Makler nichts tun, was einen für seinen Auftraggeber günstigen Vertragsschluss beeinträchtigen oder gar unmöglich machen würde.³⁶ Im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten muss der Makler beispielsweise über die Bebaubarkeit von Grundstücken Kenntnis haben.³⁷ Zudem hat der Makler einen potentiellen Käufer über sämtliche laufende Miet- und Pachtverträge einer Liegenschaft zu informieren: Stellt sich beispielsweise anlässlich einer öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages heraus, dass der Makler den Käufer nicht über langjährig abgeschlossene Mietverträge orientiert hatte, obwohl er wusste, dass der Käufer per sofort bzw. per Übergang von Nutzen und Schaden die Liegenschaft sanieren möchte, verletzt der Makler seine Sorgfaltspflicht. Nimmt der Käufer aufgrund dessen vom Kaufobjekt Abstand, so muss der Makler den dem Auftraggeber daraus entstandenen Schaden (wie beispielsweise die Kosten des Kaufvertragsentwurfes) ersetzen.

Zudem hat der Makler dem Auftraggeber auch mitzuteilen, was er über eine mögliche Zahlungsunfähigkeit des voraussichtlichen Geschäftspartners weiss, falls dies die Erreichung des gesetzten Ziels beeinflussen kann.³⁸ Der Makler hat dabei diejenigen Abklärungen zu tätigen, die man von einem pflichtbewussten Makler je nach den Beobachtungen und der Situation während der Verhandlungen nach Treu und Glauben erwarten

³⁴ BURKHALTER (2005), S. 58.

³⁵ BURKHALTER (2005), S. 59.

³⁶ BGE 83 II 149.

³⁷ HONSELL (2017), S. 380; STREIFF (2009), S. 32.

³⁸ BGE 110 II 277.

darf. „Das Mass dieser positiven Erkundigungspflicht ist von Fall zu Fall und nach der Art des Geschäftes verschieden.“³⁹

Nebst der Kreditwürdigkeit hat der Makler auch die Kauffähigkeit des Interessenten abzuklären. Darunter sind subjektive Voraussetzungen des Interessenten zu verstehen, wie beispielsweise öffentlich-rechtliche Zulassung im Sinne der Lex Koller⁴⁰ oder die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit.⁴¹ War bereits vor Erarbeitung des Kaufvertragsentwurfs und der Ansetzung eines öffentlichen Beurkundungstermins augenfällig, dass der Interessent die Liegenschaft aufgrund eines Lex Koller Tatbestands nicht kaufen kann, hat der Makler dem Auftraggeber sämtlichen daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Besonderes Augenmerk auf die Kauffähigkeit hat der Makler darüber hinaus auch bei einem Interessenten zu werfen, welcher dem KAG⁴² untersteht: So darf beispielsweise die Fondsleitung bzw. die SICAV Immobilienwerte für Rechnung des Immobilienfonds ausschliesslich an Personen veräussern, welche nicht als nahestehende Personen im Sinne von Art. 91a KKV⁴³ zu qualifizieren sind. Geschäfte im Sinne von Art. 63 Abs. 2 und 3 KAG mit nahestehenden Personen dürfen nur abgeschlossen werden, wenn eine Ausnahmegewilligung der Aufsichtsbehörde vorliegt (Art. 32a KKV).

Verletzt der Makler seine Sorgfaltspflicht, hat er den dem Auftraggeber daraus entstandenen Schaden zu ersetzen (vgl. dazu die nachstehenden Ausführungen unter Ziff. 3.2.1). Da bei Vertragsverletzungen das Verschulden vermutet wird, obliegt es (innerhalb eines Vertragsverhältnisses) dem Makler, den Entlastungsbeweis mangelnden Verschuldens zu erbringen.⁴⁴

(ii) Zur Treuepflicht

Für die Verletzung der Treuepflichten und die Doppeltätigkeit des Maklers trifft das Gesetz in Art. 415 OR eine Sonderregelung.⁴⁵ Der Makler verpflichtet sich, die Vermögensinteressen seines Auftraggebers bei der Ausführung seines Vermittlungsauftrages zu wahren. So darf der Makler nichts tun, was einen für seinen Auftraggeber günstigen Vertragsabschluss beeinträchtigen oder verunmöglichen kann. Der Makler hat seinen Auftrag nach den Weisungen auszuführen, wie sie im Maklervertrag geregelt worden

³⁹ OSER/SCHÖNENBERGER (1936), N 21 zu Art. 412 OR; Vgl. dazu die weiteren Ausführungen unter nachstehender Ziff. 3.7.2.

⁴⁰ Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland.

⁴¹ STREIFF (2009), S. 32.

⁴² Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen.

⁴³ Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen.

⁴⁴ BURKHALTER (2005), S. 60.

⁴⁵ BURKHALTER (2005), S. 57.

sind. So verstärkt und konkretisiert sich die Treuepflicht, je genauer der Vermittlungsauftrag durch Abreden im Vertrag geregelt worden ist. Typische Abreden werden dabei über den Preis, die Zahlungsmodalitäten sowie die Eigenschaften der Käufer getroffen.⁴⁶ Gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁷ ist die Doppelmaklerei nicht mehr erlaubt und verstösst gegen Art. 415 OR (vgl. vorstehende Ziff. 2.2.3). Der Makler verletzt bei der Doppelmaklerei die Treuepflicht, weil dadurch eine Interessenkollision entsteht. Klärt der Makler den Auftraggeber aber vor allfälligen Vertragsverhandlungen bzw. insbesondere vor der Kaufvertragsunterzeichnung über seine Doppelstellung auf und duldet oder genehmigt der Auftraggeber diese, kann die Doppeltätigkeit nicht mehr vertrags- oder treuwidrig sein.⁴⁸

2.6.3 Diskretionspflicht

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Maklerrecht (Art. 412 ff. OR) erwähnen die Diskretionspflicht nicht. Somit ist auf das Auftragsrecht zu verweisen, wonach der Makler die Geschäftsgeheimnisse und Privatsphäre des Auftraggebers zu wahren hat (Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321e OR und 321a Abs. 1 und 4 OR).⁴⁹

Wie STREIFF ausführt, gilt ein ebenso naheliegender Verweis dem Agenturrecht:⁵⁰ Gemäss Art. 418d Abs. 1 OR darf der Agent Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers, die ihm anvertraut oder ihm aufgrund des Agenturverhältnisses bekannt geworden sind, auch nach Beendigung des Vertrages nicht verwerten oder anderen mitteilen.

Zudem hat ein Makler, welcher Mitglied des SVIT oder in der Maklerkammer des SVIT akkreditiert ist, die Standesregeln zu beachten.⁵¹ So unterstehen die Mitglieder des SVIT Schweiz dem Berufsgeheimnis. Gemäss Art. 5 Abs. 1 der SVIT Standesregeln verpflichten sie sich, die während ihrer Berufsausübung gemachten Feststellungen sowie die ihnen anvertrauten Geheimnisse Dritten nicht weiterzuleiten.⁵²

2.6.4 Selbsteintritt des Maklers

Wenn der Makler in den Zielvertrag, den er zwischen seinem Auftraggeber und einem Dritten ermöglichen sollte, selbst eintritt, stellt sich die Frage eines Interessenkonflikts. In einem solchen Fall kann aber der Makler durch vollständige Transparenz und Aufklärung des Auftraggebers eine Interessenkollision weitestgehend vermeiden. Dabei ist

⁴⁶ BURKHALTER (2005), S. 110.

⁴⁷ BGE 141 III 64.

⁴⁸ BURKHALTER (2005), S. 111 f.

⁴⁹ STREIFF (2009), S. 34.

⁵⁰ STREIFF (2009), S. 34.

⁵¹ STREIFF (2009), S. 36.

⁵² Art. 5 Abs. 1 SVIT Standesregeln CH.

insbesondere zu beachten, dass die Verkaufspreisfestsetzung objektiv zu erfolgen hat, beispielweise durch eine unabhängige Schätzung oder mittels eines Bieterverfahrens.⁵³

Es obliegt den Parteien, die Provisionsfrage im Zusammenhang mit einem Selbsteintritt im Maklervertrag zu regeln. Haben die Parteien keine entsprechende vertragliche Vereinbarung getroffen, ist über den Provisionsanspruch nach der Interessenlage zu entscheiden. Ein Teil der Lehre erachtet den Selbsteintritt des Maklers als unzulässig.⁵⁴ Soweit ersichtlich, hat es das Bundesgericht bisher offengelassen, ob der Makler seinen Lohn verdient, wenn er bei vorbestimmtem Verkaufspreis den Zielvertrag selbst abschliesst.⁵⁵ Immerhin kann aber der Interessenkonflikt mit einer objektiven Verkaufspreisfestsetzung abgeschwächt werden. Zudem ist der Zeitpunkt der Offenlegung von Bedeutung: Will sich der Makler den Provisionsanspruch trotz Selbsteintritt sichern, hat er dies dem Auftraggeber vor Abschluss des Kaufvertrages eindeutig mitzuteilen.⁵⁶

2.7 Pflichten des Auftraggebers

2.7.1 Vergütungspflicht

Die Hauptleistungspflicht des Auftraggebers besteht darin, dem Makler eine Vergütung zu bezahlen, sobald der Zielvertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist.⁵⁷ Notwendig ist somit ein Kausalzusammenhang.⁵⁸

Der Auftraggeber ist jedoch nicht zum Abschluss verpflichtet. Dem Auftraggeber kann somit auch kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden, wenn er nach positiv verlaufenden Vertragsverhandlungen ohne begründeten Anlass den Vertragsabschluss verweigert.⁵⁹

Dem Auftraggeber und Makler steht es frei, die dispositive Regelung von Art. 413 OR zu ändern und eine abweichende Vergütungsvereinbarung zu treffen.⁶⁰

2.7.2 Anzeige- und Auskunftspflicht

Der Auftraggeber hat gegenüber dem Makler Anzeige- und Auskunftspflichten. So muss der Auftraggeber den Makler über alles, was für das Zustandekommen des Ver-

⁵³ BURKHALTER (2005), S. 114.

⁵⁴ HOFSTETTER (2000), S. 177; GAUTSCHI (1964), N 3a zu Art. 415.

⁵⁵ BURKHALTER (2005), S. 114 f.

⁵⁶ BGE 83 II 147; BURKHALTER (2005), S. 115.

⁵⁷ Art. 413 Abs. 1 OR; AMMANN (2015), N 11 zu Art. 412.

⁵⁸ HONSELL (2017), S. 378.

⁵⁹ AMMANN (2015), N 11 zu Art. 412.

⁶⁰ HONSELL (2017), S. 378.

trags relevant ist, informieren. Der Auftraggeber verstösst gegen diese Pflicht, wenn er den Makler weiterarbeiten lässt, obschon das Geschäft bereits getätigt worden ist oder obwohl sich der Auftraggeber entschlossen hat, vom Abschluss des Zielvertrages abzusehen.⁶¹ Denn auch das Verhalten des Auftraggebers steht – analog des Verhaltens des Maklers – unter den Anforderungen von Treu und Glauben.⁶²

⁶¹ AMMANN (2015), N 11 zu Art. 412.

⁶² OSER/SCHÖNENBERGER (1936), N 30 zu Art. 412 OR.

3. Die Haftung des Immobilienmaklers

3.1 Einleitende Bemerkungen

Im folgenden Kapitel wird geprüft und aufgezeigt, wann der Makler für einen Schaden haftet, welcher dem Käufer oder Verkäufer des Zielobjekts entstanden ist. Je nach Art der Tätigkeit des Maklers und dem abgeschlossenen Maklervertrag variiert die vom Makler verlangte Sorgfalt und somit auch das Haftungsrisiko stark.⁶³

Zunächst werden die verschiedenen Aspekte der Maklerhaftung gegenüber dem Auftraggeber sowie gegenüber vertragsfremden Dritten beleuchtet. Anschliessend werden drei spezifische Tätigkeiten aus der Praxis behandelt, die besonders anfällig für Haftungsfälle sind.

3.2 Vertragliche Haftung gegenüber dem Auftraggeber

3.2.1 Herkömmliche Maklerleistungen

Gemäss Art. 412 Abs. 1 OR beschränken sich die herkömmlichen Maklerleistungen auf den Nachweis und den Abschluss des Vertrages. Sobald die korrekte Erfüllung dieser Leistungen in Frage gestellt wird, stellt die Verweigerung der Bezahlung des Maklerlohns durch den Auftraggeber die erste mögliche Konsequenz dar. Ist dem Auftraggeber zusätzlich noch ein Schaden erwachsen, so haftet der Makler allenfalls für diesen Schaden.⁶⁴

Die herkömmlichen Maklerleistungen werden vom Gesetzgeber dem Auftragsrecht unterstellt. So haftet der Beauftragte gemäss Art. 412 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 1 OR im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Es handelt sich um eine Vertragshaftung nach den Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR. Der Geschädigte hat Anspruch auf Schadenersatz, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (i) Vertragsverletzung, (ii) Schaden, (iii) Kausalität und (iv) Verschulden.

(i) Vertragsverletzung

Die Nicht- oder Schlechterfüllung des Maklervertrages kann die Haftung des Maklers auslösen.⁶⁵ So haftet der Vermittlungsmakler z.B., wenn er in einer Verkaufsverhand-

⁶³ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 144.

⁶⁴ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 145.

⁶⁵ Zu den vertraglichen Pflichten vgl. vorstehende Ziff. 2.6.

lung nicht die nötige Sorgfalt an den Tag legt.⁶⁶ Offenbart der Makler beispielsweise einem Dritten, der Verkäufer müsse aus Geldmangel sein Grundstück sobald wie möglich verkaufen, kann dies den Verkäufer schädigen.⁶⁷ Die Position des Auftraggebers wird dadurch geschwächt und der Dritte hat gute Chancen, den Preis nach unten zu drücken.

(ii) Schaden

Als weitere Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach Art. 97 OR ist das Vorliegen eines Schadens, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde. Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenzhypothese). Diese Differenz lässt sich auf zwei Arten bestimmen. Dabei führt die eine Art zum positiven und die andere Art zum negativen Vertrauensinteresse. Der Schadenersatzanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR geht allerdings nur auf Ersatz des positiven Interesses. Dies bedeutet, dass der Gläubiger wirtschaftlich so zu stellen ist, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre.⁶⁸

(iii) Kausalität

Der Schaden ist nur dann zu ersetzen, wenn er eine Folge der Vertragsverletzung ist. So muss der entstandene Schaden zum einen auf die Vertragsverletzung zurückzuführen sein: die Vertragsverletzung ist *conditio sine qua non* für den Schaden (natürlicher Kausalzusammenhang). Zusätzlich muss die Vertragsverletzung adäquat kausal für den Schaden gewesen sein. Die schädigende Handlung muss „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet“ sein, „einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“ (adäquater Kausalzusammenhang).⁶⁹

(iv) Verschulden

Das Verschulden wird bei Vertragsverletzungen (im Gegensatz zu Art. 41 Abs. 1 OR) vermutet. Mit anderen Worten obliegt es dem Schuldner nachzuweisen, dass die Ver-

⁶⁶ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 145.

⁶⁷ BURKHALTER (2005), S. 60.

⁶⁸ WIEGAND (2015), N 38 zu Art. 97.

⁶⁹ WIEGAND (2015), N 41 zu Art. 97; BGE 123 III 110.

tragsverletzung entschuldbar ist. Das Verschulden setzt Urteilsfähigkeit sowie Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus.⁷⁰ Das verlangte Mass an Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist grundsätzlich die Sorgfalt, welche ein durchschnittlicher Dritter unter vergleichbaren Umständen aufgewendet hätte; auf individuelle Fähigkeiten des Schädigers ist nicht abzustellen.⁷¹ Die Standesregeln des SVIT stellen in diesem Zusammenhang eine wertvolle Grundlage bzw. Auslegungshilfe dar.⁷²

3.2.2 Nebenleistungen

In der Praxis verpflichtet sich der Makler oft – nebst der Erfüllung der Maklerei im Sinne des Gesetzes (Nachweis und Abschluss des Vertrags, Art. 412 Abs. 1 OR) – zu weiteren Leistungen. In der nachstehenden Ziff. 3.7 wird auf derartige Fälle eingegangen.

3.2.3 Wegbedingung der vertraglichen Haftung ggü. dem Auftraggeber

Der Makler kann seine Haftung im Rahmen von Art. 100 OR beschränken oder gar ausschliessen. Gemäss Art. 100 OR kann die Haftung aber nur für leichte Fahrlässigkeit rechtsgültig wegbedungen werden, nicht jedoch die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Eine Freizeichnung muss durch eine zum voraus getroffene Vereinbarung erfolgen (im Vertrag oder in den allgemeinen Geschäftsbedingungen).⁷³

3.3 Ausservertragliche Haftung gegenüber dem Quasi-Auftraggeber

Art. 41 OR regelt die ausservertragliche Haftung (zufolge unerlaubter Handlung), mitunter auch des Maklers. Die ausservertragliche Haftung spielt nur dann eine Rolle, wenn zwischen dem Makler und der (allenfalls) geschädigten Person kein Vertrag vorliegt. Diese Ausgangslage wird aus folgenden Gründen in der Praxis sehr selten angefallen: Zum einen kann der Maklervertrag konkludent, d.h. durch übereinstimmendes Verhalten, abgeschlossen werden. Ein konkludentes Verhalten kann angenommen werden, wenn sich jemand die Tätigkeit eines Maklers gefallen lässt und dieser Tätigkeit nicht innert nützlicher Frist widerspricht (passives Dulden). Zum anderen kann der vom Dritten vorgebrachte Schaden bei Fehlen eines Vertrages aus einer Verletzung des Vertrauensprinzips beruhen; diesfalls gelangt die Vertrauenshaftung (vgl. dazu die Ausführungen nachstehend unter Ziff. 3.4) anstelle der Deliktshaftung zur Anwendung.⁷⁴

⁷⁰ WIEGAND (2015), N 42 f. zu Art. 97.

⁷¹ BGE 127 III 328 E. 3; BERGER (2018), S. 517.

⁷² ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 149.

⁷³ WIEGAND (2015), N 3 f. zu Art. 100.

⁷⁴ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 147 f.

Die Voraussetzungen einer Haftung gemäss Art. 41 OR sind die Folgenden: (i) Schaden, (ii) unerlaubte Handlung, (iii) Kausalität und (iv) Verschulden.

(i) Schaden

Das Vorliegen eines Schadens bildet die erste Voraussetzung für die Entstehung einer Schadenersatzpflicht. Das Bundesgericht verwendet den klassischen Begriffs des Schadens und formuliert diesen wie folgt⁷⁵: „Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.“⁷⁶

(ii) Widerrechtlichkeit

Um eine Deliktshaftung zu begründen, muss das schädigende Ereignis widerrechtlich sein. Nach herrschender Lehre ist eine Schadenszufügung nur dann widerrechtlich, wenn durch sie ein absolutes Recht verletzt bzw. ein geschütztes Rechtsguts geschädigt wird.⁷⁷ Reine Vermögensschäden sind nur nach Art. 41 Abs. 1 OR ersatzfähig, wenn der Schädiger eine Norm verletzt, deren Zweck es ist, das Vermögen des Geschädigten zu schützen (so im Falle der ungetreuen Geschäftsbesorgung, der Veruntreuung, des Betrugs, der Urkundenfälschung, etc.).⁷⁸

Allerdings ist zu beachten, dass das Bundesgericht insbesondere bei der Erteilung von Auskünften Schadenersatz nach Art. 41 OR zugesprochen hat. Dabei hat das Bundesgericht den Grundsatz entwickelt, dass aus Art. 41 OR schadenersatzpflichtig wird, „wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten. Der Befragte übernimmt dabei eine Garantenstellung, die eine ausservertragliche Sorgfaltspflicht und bei deren schuldhafter Verletzung eine Schadenersatzpflicht begründet.“⁷⁹ Mit anderen Worten ist der Verstoß gegen Be-

⁷⁵ GAUCH, S. 226.

⁷⁶ BGE 116 II 444; vgl. auch BGE 115 II 481 und BGE 120 II 298.

⁷⁷ Kessler, N 33 zu Art. 41.

⁷⁸ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 149; TARMAN (2007), S. 91 f. und 94.

⁷⁹ BGE 116 II 695 E. 4; TARMAN (2007), S. 94.

rufspflichten ein Verstoss gegen die allgemeinen Verhaltensnormen und kann deshalb als deliktischer Tatbestand qualifiziert werden.⁸⁰

(iii) Kausalität

Das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs bildet die dritte Voraussetzung. So setzt die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR voraus, dass zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.⁸¹ Es kann diesbezüglich auf die vorstehenden Ausführungen (Ziff. 3.2.1 unter (iii) Kausalität) verwiesen werden.

(iv) Verschulden

Das Verschulden setzt Urteilsfähigkeit sowie Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Der Fahrlässigkeitsbegriff ist objektiviert. Entsprechend werden nicht die individuellen Fähigkeiten des Schädigers, sondern die Sorgfalt, welche von einem gewissenhaften und professionellen Makler in der gleichen Situation aufgebracht worden wäre, verlangt. Dies Standesregeln des SVIT stellen in diesem Zusammenhang eine gute Grundlage bzw. Auslegungshilfe dar.⁸²

3.4 Vertrauenshaftung gegenüber dem Quasi-Auftraggeber

Das Bundesgericht hat anknüpfend an die culpa in contrahendo die Vertrauenshaftung als einen Haftungstatbestand eigener Art entwickelt. Die Vertrauenshaftung dient Situationen, in denen einerseits kein Vertrag besteht und andererseits die ausservertragliche Haftung nicht greift.⁸³ Die Anerkennung einer Vertrauenshaftung basiert auf dem Gedanken, dass es auch ausserhalb von Vertrags- bzw. Vertragsverhandlungsverhältnissen Konstellationen gibt, in denen sich die Rechtssubjekte besonders nahe stehen und einander Vertrauen entgegenbringen.⁸⁴ In der Praxis wird die Vertrauenshaftung geltend gemacht, wenn hinsichtlich der Gültigkeit des Maklervertrags Zweifel bestehen oder wenn feststeht, dass kein Vertrag abgeschlossen worden ist.⁸⁵ Die Vertrauenshaftung ist weder eine Erweiterung der Vertrags- noch der Deliktshaftung. Vielmehr stellt sie eine

⁸⁰ TARMAN (2007), S. 159.

⁸¹ GAUCH, S. 228.

⁸² ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 149; TARMAN (2007), S. 96.

⁸³ WIEGAND (2015), N 11 zu Einl. zu Art. 97-109.

⁸⁴ TARMAN (2007), S. 111; BGE 128 III 324 E. 2.2.

⁸⁵ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 150.

weitere, selbständige Haftungsgrundlage dar, welche zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung anzusiedeln ist.⁸⁶

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Geschädigte einen Anspruch aus Vertrauenshaftung geltend machen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: (i) Vertrauenstatbestand, (ii) Pflichtverletzung, (iii) Verantwortlichkeit, (iv) Schaden, (v) Kausalzusammenhang.⁸⁷

(i) Vertrauenstatbestand

Sobald Schädiger und Geschädigter zueinander in ein qualifiziertes Vertrauensverhältnis – in eine sogenannte rechtliche Sonderverbindung – treten, kann ein Anspruch aus Vertrauenshaftung entstehen.⁸⁸ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine rechtliche Sonderverbindung beispielsweise dann vor, wenn „die Konzern-Muttergesellschaft indirekt spezifische Werbeaussagen gegenüber den Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaft abgibt.“⁸⁹ Ferner wurde eine rechtliche Sonderverbindung beispielsweise zwischen einer Bank und einem mit ihr vertraglich nicht verbundenen Anleger für Auskünfte über die Seriosität einer Geldanlage bei Kunden der Bank bejaht.⁹⁰

Allerdings wird selbst im Rahmen bestehender Sonderverbindungen nicht jedes beliebige Vertrauen geschützt; vielmehr wird ein schutzwürdiges Vertrauen vorausgesetzt.⁹¹ Gemäss Bundesgericht setzt ein schutzwürdiges Vertrauen ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken.⁹² Überdies muss der Geschädigte in das erwartete Verhalten Vertrauen investieren. Dies kann nur gerechtfertigt sein, wenn keine Verdachtsmomente vorliegen, welche die konkrete Erwartung als unbegründet erscheinen lassen.⁹³

(ii) Pflichtverletzung

Jede Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung eines geschuldeten Verhaltens und der damit verbundenen Pflicht begründet eine Pflichtverletzung.⁹⁴ So ist das Verhalten der Muttergesellschaft beispielsweise widersprüchlich, wenn sie den Eindruck erweckt,

⁸⁶ TARMAN (2007), S. 111.

⁸⁷ BGE 130 III 345 E. 2.

⁸⁸ BERGER (2018), S. 708.

⁸⁹ BGE 120 II 331 E. 5a (Swissair-Fall); TARMAN (2007), S. 116.

⁹⁰ Urteil des BGer vom 26. September 2001, 4C.193/2000.

⁹¹ BERGER (2018), S. 708.

⁹² BGE 130 III 345 E. 2.

⁹³ BERGER (2018), S. 708.

⁹⁴ BERGER (2018), S. 709.

für die Schulden ihrer Tochtergesellschaft einzustehen, wenn sie dies im Schadensfall nicht tut.⁹⁵

(iii) Verantwortlichkeit

Der Schädiger haftet aber nur, wenn er die Pflichtverletzung zu verantworten hat. Zu verantworten hat er diese dann, wenn ihm der entstandene Schaden als eigenes Verschulden (aus Absicht oder Fahrlässigkeit) oder als Verhalten eines Dritten, für das er einzustehen hat (Art. 101 OR), zuzurechnen ist. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind Verhaltenspflichtverletzungen nach vertraglichen Grundsätzen zu beurteilen. Dies bedeutet, dass auf den objektiviert-typisierten Fahrlässigkeitsmassstab abzustellen ist und dass das Verschulden vermutet wird (vgl. dazu vorstehende Ziff. 3.2.1).⁹⁶

(iv) Schaden und (v) Kausalzusammenhang

Als weitere Haftungsvoraussetzungen sind das Vorliegen eines Schadens sowie eines Kausalzusammenhangs erforderlich.⁹⁷ Diesbezüglich kann auf die vorstehenden Ausführungen (Ziff. 3.2.1) verwiesen werden.

3.5 Vertrauenshaftung gegenüber Dritten

Ein Makler kann auch gegenüber einem vertragsfremden Dritten haften, wenn er dessen Vertrauen erweckt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen voraus, dass „die Beteiligten in eine sogenannte „rechtliche Sonderverbindung“ zueinander getreten sind, welche erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen. Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person.“⁹⁸

Wer beispielsweise als Sachverständiger aufgrund seines Fachwissens ein Gutachten erstellt, kann auch gegenüber Dritten Vertrauen schaffen und dieses Vertrauen enttäuschen, wenn er – aus Absicht oder aus Nachlässigkeit – unrichtige Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat, die ihm bekannt sind und deren Kenntnis einen vertragsfremden Dritten in dem in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte. Trifft der vertragsfremde Dritte gestützt auf dieses schutzwürdige Vertrauen nachtei-

⁹⁵ BGE 120 II 331 E. 5a.

⁹⁶ BERGER (2018), S. 709 f.

⁹⁷ BERGER (2018), S. 710 f.

⁹⁸ BGE 130 III 345 E. 2.2.

lige Dispositionen, hat der Sachverständige für den Schaden einzustehen, sofern ein Kausalzusammenhang vorliegt.⁹⁹ „Ob der Gutachter mit der Begebung seiner Expertise an den ihn belangenden Dritten rechnen musste, entscheidet sich nach den konkreten Umständen, dem gesellschaftlichen und beruflichen Kontext und der sozialen Rolle der Betroffenen.“¹⁰⁰

3.6 Haftung mit Schutzwirkung zugunsten Dritten

Eine weitere mögliche Anspruchsgrundlage ist das Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Dies wurde von der deutschen Rechtsprechung entwickelt und stösst in der jüngeren (Schweizer) Literatur zunehmend auf Interesse.¹⁰¹ Das Bundesgericht hat sich einige Male mit der Thematik auseinandergesetzt, bisher aber nie eine vertragliche Schutzverpflichtung gegenüber vertragsfremden Personen bejaht.¹⁰²

Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter hat der Dritte (im Gegensatz zum Vertrag zu Gunsten Dritter) kein eigenständiges Forderungsrecht; die Hauptleistungspflicht steht alleine dem Vertragsgläubiger zu. Dem vertragsfremden Dritten stehen aber im Falle der Verletzung von vertraglichen Sorgfaltspflichten selbständige Schadenersatzansprüche gegen die vertragsbrüchige Partei zu.¹⁰³

Die Haftungsvoraussetzungen wurden von deutschen Zivilgerichten entwickelt und können mit den Begriffen (i) Leistungsnähe, (ii) Schutzinteresse und (iii) Erkennbarkeit umschrieben werden. Unter Leistungsnähe wird verstanden, dass der Dritte bestimmungsgemäss mit der Hauptleistung des Vertrags in Berührung kommt. Als weitere Voraussetzung wird ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers der Hauptleistungspflicht an der Einbeziehung des Dritten in die vertragliche Sorgfaltspflicht gefordert (Schutzinteresse). Schliesslich wird verlangt, dass das Drittschutzinteresse für die haftende Vertragspartei beim Vertragsabschluss erkennbar gewesen ist.¹⁰⁴

Die Frage nach einer Schutzwirkung zu Gunsten vertragsfremder Personen stellt sich beispielsweise dann, wenn der Käufer eines Grundstücks sich mit Altlasten konfrontiert sieht, obwohl der vom Verkäufer bestellte Sachverständige eine einwandfreie Bodensubstanz versichert hatte.¹⁰⁵

⁹⁹ HÜRLIMANN (2011), S. 213 f.; BGE 130 III 345 E. 2.2.

¹⁰⁰ BGE 130 III 345 E. 2.2.

¹⁰¹ TARMAN (2007), S. 87 f.

¹⁰² GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER (2014), Rz. 3915.

¹⁰³ GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER (2014), Rz. 3911.

¹⁰⁴ GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER (2014), Rz. 3913.

¹⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER (2014), Rz. 3912.

3.7 Spezifische Fälle aus der Praxis

3.7.1 Schlechte Schätzung einer Immobilie

3.7.1.1 Einleitende Bemerkungen

In der Praxis werden die Verkaufsobjekte regelmässig von Maklern geschätzt, obwohl Schätzungen grundsätzlich nicht unter die herkömmlichen Maklerleistungen fallen (vgl. Art. 412 Abs. 1 OR, welcher sich lediglich auf den Nachweis und den Abschluss des Vertrages konzentriert).

Die Bewertung einer Immobilie ist für den Käufer wie auch für den Verkäufer mangels liquidem Markt und oftmals auch mangels lokalen Marktkenntnissen sehr anspruchsvoll. Entsprechend spielt der Liegenschaftenschätzer bei der Preisfestsetzung in der Immobilienbranche eine wichtige Rolle. Nebst dem Auftraggeber stützen sich regelmässig auch Drittakteure sowie allenfalls die finanzierende Bank bei der Hypothekenvergabe auf die Bewertung. Stellt sich nach einer Transaktion heraus, dass die Immobilie falsch (zu hoher oder zu tiefer Preis) geschätzt wurde oder Merkmale der Immobilie unrichtig ausgewiesen wurden, stellt sich die Frage der Haftung des Schätzers gegenüber dem Geschädigten.¹⁰⁶

3.7.1.2 Qualifikation der Schätzung

In der Lehre und Rechtsprechung war lange umstritten, ob es sich bei der Liegenschaftsschätzung um einen Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR oder um einen Auftrag gemäss Art. 398 ff. OR handelt. Die Differenzierung ist aus folgendem Grund relevant: Bei einem Werkvertrag schuldet der Schätzer einen Erfolg (d.h. eine objektiv richtige Bewertung), während er bei einem Auftrag lediglich für die getreue und sorgfältige Ausübung des Auftrags haftet.¹⁰⁷

Das Bundesgericht hat in BGE 127 III 328 entschieden, dass die Schätzung als Auftrag zu qualifizieren ist: „Der Gutachter schuldet damit nicht einen Arbeitserfolg im Sinne der objektiven Richtigkeit des Resultats, sondern nur – aber immerhin – ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse des Vertragspartners und im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg, dessen Eintritt jedoch nicht garantierbar ist. Der Vertrag erfüllt damit die Merkmale des Auftrages.“¹⁰⁸

¹⁰⁶ GSCHWIND (2016), S. 35.

¹⁰⁷ GSCHWIND (2016), S. 35.

¹⁰⁸ BGE 127 III 328 E. 2c; GSCHWIND (2016), S. 35.

3.7.1.3 Haftung des Schätzers gegenüber dem Auftraggeber

Die Haftung des Liegenschaftsschätzers gegenüber seinem Auftraggeber wird nach Art. 398 OR bestimmt. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Der Massstab für die aufzubringende Sorgfalt richtet sich nach objektiven Kriterien. Entscheidend ist somit die Sorgfalt, welche eine vernünftige Person in der konkreten Situation aufgebracht hätte; individuelle Fähigkeiten sind irrelevant. So hat ein Schätzer die Sorgfalt anzuwenden, der das Fachwissen und die Erfahrung eines durchschnittlichen Gutachters zugrunde gelegt wird.¹⁰⁹

Ein Schätzer würde beispielsweise den Vertrag verletzen, wenn er eine für das Objekt ungeeignete Schätzungsmethode¹¹⁰ anwendet. Dies gilt an sich selbst dann, wenn er dabei zufälligerweise zum „richtigen“ Resultat gelangt¹¹¹ (wobei dann kein Schaden eintreten dürfte). Zudem ist der Schätzer für seine Bewertungen regelmässig auf Angaben des Auftraggebers (oder von Dritten) angewiesen, die er oft nur schwer überprüfen kann. Ist dieser Input falsch, so ist naheliegend, dass auch der Output nicht den Tatsachen entsprechen kann. Sofern der Schätzer den Irrtum nicht ohne weiteres hätte erkennen müssen, ist eine Haftung eher auszuschliessen. Dasselbe ist anzunehmen, wenn sich die Annahmen des Schätzers (wie beispielsweise ein Diskontierungssatz) zuvor vertretbar sind, sich aber nachträglich als falsch erweisen.¹¹²

Macht der Schätzer hingegen ohne Drittverschulden einen groben Fehler, indem er beispielsweise ein Merkmal des Grundstücks objektiv falsch ausweist, ist eine Haftung nicht auszuschliessen: So wurde vom Bundesgericht eine Haftung des Schätzers gegenüber einem Liegenschaftskäufer bejaht, nachdem der Schätzer in seiner Bewertung eine inexistente Parkierungsmöglichkeit auf dem betreffenden Grundstück ausgewiesen und eingepreist hatte.¹¹³ Allerdings stellt sich hier die Frage, ob der Auftraggeber den Fehler nicht selber hätte erkennen müssen, womit die Haftung des Schätzers bei groben Bewertungsfehler verneint werden kann¹¹⁴ oder, ob den Auftraggeber nicht zumindest ein Mitverschulden trifft.

Als weitere Haftungsvoraussetzung muss ein Schaden vorliegen. Dabei steht dem Geschädigten betragsmässig nicht mehr Schadenersatz zu, als ihm nach der Differenzhypo-

¹⁰⁹ TARMAN (2007), S. 20.

¹¹⁰ Hedonische Bewertung, Ertragswertmethode, DCF-Bewertung, Realwertbetrachtung, etc.

¹¹¹ GSCHWIND (2016), S. 36.

¹¹² GSCHWIND (2016), S. 36.

¹¹³ Urteil des BGer vom 9. Mai 2016, 4A_612/2015; GSCHWIND (2016), S. 36.

¹¹⁴ GSCHWIND (2016), S. 36.

these (siehe vorstehende Ziff. 3.2.1) ein Schaden entstanden ist. Ein Verkäufer, der gestützt auf eine mangelhafte Schätzung einen zu tiefen Verkaufspreis erhalten hat, hat grundsätzlich nur Anspruch auf die Differenz zwischen dem „richtigen“ Marktpreis und dem „falschen“ Schätzpreis.¹¹⁵

Schliesslich muss zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden ein Kausalzusammenhang vorliegen. Das Verschulden wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet.

3.7.1.4 Haftung des Schätzers gegenüber Dritten

Anders verhält es sich, wenn aufgrund einer fehlerhaften Schätzung ein Schaden nicht beim Auftraggeber der Schätzung entsteht, sondern bei einem Dritten, an den der Auftraggeber die Schätzung weitergegeben hat. Erweist sich also beispielsweise ein Kaufpreis nach einer erfolgten Transaktion als zu hoch, stellt sich die Frage, ob der Käufer den Schätzer (der für den Verkäufer tätig war) – trotz fehlendem Vertragsverhältnis zwischen Käufer und Schätzer – behaften kann.¹¹⁶

Soweit ersichtlich befasste sich das Bundesgericht im Jahr 2003 in BGE 130 III 345 letztmals mit der Haftung des Schätzers gegenüber Dritten. Im erwähnten Entscheid erhoben die Erwerber einer Liegenschaft Ansprüche gegen den Gutachter, der im Auftrag des (ehemaligen) Eigentümers eine Schätzung verfasst hatte. Die Erwerber beanstandeten, die Liegenschaft weise Mängel auf, die im Gutachten nicht erwähnt worden seien.¹¹⁷

Das Bundesgericht hat eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgeschlossen. Dies mit der Begründung, es fehle das Drittschutzinteresse des Grundstückverkäufers gegenüber dem Käufer. Ein solches Interesse sei nur denkbar, wenn „der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzungsauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Beklagten (Gutachter) diese gemeinsame Interessenlage offengelegt hätte. Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu. Damit aber sind die Interessen der Vertragsparteien gegenläufig: Der Verkäufer ist an einem möglichst hohen, die Käufer an einem möglichst tiefen Verkehrswert interessiert. In einem solchen Fall scheidet die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch nach Auffassung der in der neueren Rechtslehre vertretenen Befürworter dieser Rechtsfigur

¹¹⁵ GSCHWIND (2016), S. 36.

¹¹⁶ TARMAN (2007), S. 21; GSCHWIND (2016), S. 36.

¹¹⁷ BGE 130 III 345; GSCHWIND (2016), S. 36; GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER (2014), S. 365.

aus.¹¹⁸ Interessanterweise übte sich das Bundesgericht bereits im Urteil 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000¹¹⁹ sowie im vorgenannten Urteil¹²⁰ erneut in einer rein hypothetischen Prüfung des Rechtsinstituts des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Das vermag auf Dauer nicht zu überzeugen.¹²¹ Vielmehr sollte sich das Bundesgericht für oder gegen dieses Konstrukt aussprechen. Spricht sich das Bundesgericht gegen die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus, ist eine rein hypothetische Prüfung derselben unangebracht. So halten HÜRLIMANN/SIEGENTHALER plausibel fest: „Entweder hält man den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mit den gesetzgeberischen Wertungen für vereinbar oder man verwirft die Anerkennung dieser Konstruktion.“¹²²

Sodann prüfte das Bundesgericht die Vertrauenshaftung. Dabei handelt es sich um die Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruchs bildet, wenn es anschliessend enttäuscht wird.¹²³ Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt voraus, dass die Beteiligten in eine sogenannte „rechtliche Sonderverbindung“ zueinander getreten sind (vgl. dazu vorstehende Ziff. 3.4). So trete der Experte, der ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird, jedenfalls dann in mittelbare Beziehung zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem (wirklichen oder vertrauenstheoretisch zurechenbaren) Einverständnis erfolgt. Entscheidend sei dabei, ob der Gutachter mit der Weitergabe seiner Expertise an den ihm belangenden Dritten rechnen musste.¹²⁴ Im konkreten Fall wurde das Gutachten als Grundlage für eine Erhöhung des Hypothekarkredits bei der Bank des Auftraggebers erstellt. Das Bundesgericht bemerkte, dass der Gutachter nicht völlig ausschliessen konnte, dass das von ihm erstellte Gutachten von irgendwelchen Personen in irgendeinem Zusammenhang zu einem späteren Zeitpunkt einmal eingesehen werden könnte. Schliesslich verneinte das Bundesgericht aber die Haftung des Schätzers mit der Begründung, dass allein die Möglichkeit einer zufälligen Kenntnisnahme vom Gutachten nicht genüge, um eine Vertrauenshaftung zu begründen.¹²⁵

¹¹⁸ BGE 130 III 345 E. 1; GAUCH/SCHLUEP/REY/SCHMID/EMMENEGGER (2014), S. 365.

¹¹⁹ Urteil des BGer vom 28. Januar 2000, 4C.280/1999 E. 3b.

¹²⁰ BGE 130 III 345 vom 23. Dezember 2003.

¹²¹ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (2004), Rz. 7.

¹²² HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (2004), Rz. 7.

¹²³ BGE 130 III 345 E. 2.1.

¹²⁴ BGE 130 III 345 E. 2.2; GSCHWIND (2016), S. 37.

¹²⁵ BGE 130 III 345 E. 3.2.

Somit kann festgehalten werden, dass ein Schätzer wohl regelmässig mit der Weitergabe seines Gutachtens an Dritte rechnen muss, wenn ein Eigentümer eine Schätzung im Hinblick auf einen Immobilienverkauf in Auftrag gibt. Dennoch dürfte ein Schätzer gegenüber einem Dritten nur dann haftbar gemacht werden können, wenn der Dritte trotz eigener sorgfältiger Due Diligence des Kaufobjekts auf das fehlerhafte Gutachten des Schätzers vertraute und ihm daraus ein Schaden entstanden ist.¹²⁶

Auch wenn eine Haftung des Schätzers gegenüber Dritten nur in sehr seltenen Fällen gegeben sein dürfte, ist ein Schätzer gut beraten, sein Gutachten mit einer Haftungsbeschränkung zu versehen, in seinem Bericht den genauen Verwendungszweck des Gutachtens zu beschreiben sowie dem Auftraggeber die Weitergabe seines Gutachtens an Dritte zu untersagen.¹²⁷

3.7.2 Verletzung der Verpflichtung sachgemässer Information und Beratung

Der Makler ist verpflichtet, seinem Auftraggeber alle ihm bekannten Tatsachen, welche das Geschäft oder einen potentiellen Kunden betreffen, mitzuteilen (sog. Informationspflicht). Dies beinhaltet insbesondere Tatsachen, welche für die Entscheidung des Auftraggebers, den Zielvertrag abzuschliessen oder nicht, entscheidend sind. Der Makler hat seinen Auftraggeber zu informieren, wenn er von Tatsachen, welche seinem Auftraggeber unbekannt sind und welche ihm einen Schaden zufügen könnten, Kenntnis hat. In BGE 110 II 276 hat die Maklerfirma Y das Restaurant von X an Z verkaufen wollen. Die Gültigkeit des Kaufvertrages, welchen X und Z im September 1977 unterzeichnet haben, hing von der Erhältlichmachung eines Bankkredits von CHF 150'000.00 ab. Da die Bemühungen um diesen Kredit ergebnislos blieben, weil sich Z über keine eigenen Mittel ausweisen konnte, kamen die Parteien im Dezember 1977 auf Vorschlag von Y zum Schluss, dass Z das Restaurant ab 1. Januar 1978 in Form einer „gérance libre“ führen und es erst am 1. Dezember 1978 endgültig übernehmen sollte. X stellte dem Z das Restaurant am 31. Dezember 1977 zur Verfügung, obschon er weder die vereinbarte Bankgarantie über CHF 20'000.00 noch die Mittel zur baren Bezahlung des Warenlagers aufbringen konnte. Als Z auch mit den Zinszahlungen im Rückstand blieb, wandte sich X an einen anderen Agenten, der im März 1978 sehr schlechte Auskünfte über Z erhielt, nach denen dieser zahlungsunfähig war. Schliesslich nahm X das Restaurant im August 1978 wieder an sich und verkaufte dies anfangs 1979 für CHF 225'000.00. Drei Jahre später verkaufte es die Erwerberin für CHF 425'000.00

¹²⁶ GSCHWIND (2016), S. 37.

¹²⁷ GSCHWIND (2016), S. 37; HÜRLIMANN (2011), S. 215.

weiter. X klagte daraufhin (unter anderem) gegen Y auf Schadenersatz. Das Bundesgericht verurteilt Y zur Zahlung von CHF 27'000.00.¹²⁸

Zur Sorgfaltspflicht des Maklers Y führte das Bundesgericht aus: „Die Vorinstanz hat daraus mit Recht abgeleitet, dass die Y sich der mit der Zahlungsfähigkeit von Z zusammenhängenden Probleme hätte annehmen sollen. Dahingestellt bleiben kann, ob die Y verpflichtet war, darüber selber Nachforschungen anzustellen. Sie hatte mindestens die Pflicht, ihren Auftraggeber auf diesen Punkt aufmerksam zu machen und ihm zu raten, selber die nötigen Erkundigungen einzuziehen. Die Zahlungsfähigkeit des Käufers war eine unerlässliche Vorbedingung für die Erfüllung eines Kaufvertrags über 360 000 Fr. Was die Y erfahren hatte, musste bei ihr ernsthafte Zweifel an der Zahlungsfähigkeit von Z wecken. [...] Dass es ihm unmöglich war, einen Kredit zu bekommen, drängte Nachforschungen über seine Zahlungsfähigkeit gebieterisch auf.“ Den Schaden für den Auftraggeber erblickte das Bundesgericht einerseits darin, dass der Auftraggeber dadurch vom Abschluss mit einem Zahlungsfähigen, der seine Verpflichtungen erfüllt hätte, abgehalten wurde. Andererseits wurde der Auftraggeber der Gefahr ausgesetzt, bei der Vertragserfüllung mit dem Zahlungsunfähigen Schwierigkeiten zu bekommen und bei der Beendigung der vertraglichen Beziehungen Verluste zu erleiden. Das Bundesgericht kam folglich zum Schluss, dass der Makler weitere Auskünfte hätte einholen müssen oder mindestens den Auftraggeber hätte dazu auffordern müssen, solche einzuholen. Der Makler hätte sodann dem Auftraggeber davon abraten müssen, mit einem Käufer abzuschliessen, der nicht in der Lage ist, seine Verpflichtungen zu erfüllen. Für die Folgen dieser Pflichtverletzungen hatte der Makler einzustehen.¹²⁹

Nebst der Information einer möglichen Zahlungsunfähigkeit des voraussichtlichen Geschäftspartners, ist der Makler des Weiteren verpflichtet, über allfällige Geschäftsrisiken, welche mit einem Immobiliengeschäft einhergehen, zu informieren: „Derjenige, der weiss, dass eine durch ihn geschaffene Rechtslage unklar ist, muss die Aufmerksamkeit seines Vertragspartners darauf lenken.“¹³⁰ Ausserdem muss der Makler auch seine Klienten auf Umstände und Risiken, welche den vorgeschlagenen Vertragspartner und den verhandelten Vertragsinhalt charakterisieren, aufmerksam machen.¹³¹

Nebst sachgemäsem Informieren hat der Makler auch ein besonderes Augenmerk auf seine Beratungstätigkeit zu richten. Die Beratungsdienstleistung ist heute ein wichtiger

¹²⁸ BGE 110 II 276; Pra 73 (1984) Nr. 246.

¹²⁹ BGE 110 II 276; Pra 73 (1984) Nr. 246.

¹³⁰ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 155.

¹³¹ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 155.

Grundpfeiler im Makleralltag und wird in Zukunft wohl noch wichtiger (vgl. nachstehende Ziff. 5.3.2 zu Ausblick in die Zukunft). Berät der Makler über steuerrechtliche Folgen, Geldanlagen, etc. und verletzt er dabei die von ihm erwartete Sorgfalt, haftet der Makler sogar in Fällen, in welchen der Ratschlag nur ein Nebenbestandteil der eigentlichen Maklertätigkeit darstellt. Allerdings kann die Haftung des Maklers für die Verletzung seiner Verpflichtung der sachgemässen Beratung und Information durch das Verhalten anderer Personen (wie beispielsweise Notare) herabgesetzt oder sogar wegfallen. So sind auch Notare – als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes – zur sachgemässen Beratung und Information verpflichtet.¹³²

Verschweigt der Auftraggeber dem Makler gewisse ihm bekannte Informationen oder macht er dem Makler gegenüber falsche Angaben, trifft den Makler nur eine Nachprüfungspflicht, wenn ihm der Wahrheitsgehalt der Informationen als zweifelhaft erscheinen müsste. So hat der Makler grundsätzlich keine Pflicht, den Wahrheitsgehalt der Informationen zu überprüfen, wenn die vom Auftraggeber erteilten Angaben für sich genommen stimmig erscheinen.¹³³

So oder anders ist ein Makler jedoch gut beraten, wenn er die Angaben und Informationen des Auftraggebers stets kritisch hinterfragt, die ihm überreichten Dokumente sorgfältig und aufmerksam prüft, ob diese noch aktuell sind.

3.7.3 Doppeldienen des Vermittlungsmaklers

3.7.3.1 Einleitende Bemerkungen

Das Bundesgericht war lange der Ansicht, dass die Doppelmaklerei – insbesondere auch aufgrund des Wortlauts von Art. 415 OR – innerhalb von gewissen Schranken zulässig ist. Hauptsächlich wenn es dem Makler nicht obliege, für Käufer und Verkäufer (mit ihren entgegengesetzten Interessen) möglichst günstige Vertragsbedingungen zu erzielen, sei die Doppelmaklerei mangels Interessenkollision mit Treu und Glauben vereinbar.¹³⁴

Kürzlich hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, seine Praxis zu Art. 415 OR zur Doppelmaklerei zu präzisieren und zu verschärfen.¹³⁵

¹³² ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 155.

¹³³ ZUFFEREY/FOURNIER, SVIT-Kommentar zum Maklerrecht (2005), S. 155 f.

¹³⁴ GRELL (2015), S. 5.

¹³⁵ BGE 141 III 64.

3.7.3.2 Doppelmaklerei als Verstoss gegen Art. 415 OR

Aus BGE 141 III 64 geht hervor, dass Frau C ihr Einfamilienhaus für mindestens CHF 2'200'000.00 verkaufen wollte und für den Verkauf den Makler A beauftragte. Zirka ein halbes Jahr nach Marktauftritt nahm der Interessent B mit dem Makler A Kontakt auf und bot zunächst CHF 1'800'000.00 und später (was der Makler A Frau C nicht kommunizierte) CHF 1'825'000.00. Frau C erklärte sich bereit, den Verkaufspreis höchstens auf CHF 1'755'000.00 zu senken mit der Abrede, dass die Differenz zu jedem höheren Verkaufspreis die Maklerprovision bilde. Dabei ging Frau C von einer Maklerprovision im Betrag von CHF 45'000.00 aus (also von einem Verkaufspreis von CHF 1'800'000.00).¹³⁶

Kurze Zeit später bot der Interessent D dem Makler A einen Preis von CHF 1'900'000.00. Dieses Angebot leitete der Makler A Frau C nicht weiter. Vielmehr teilte er dem Interessenten B umgehend mit, er solle sich rasch entscheiden, da es noch weitere Interessenten gebe. Daher unterzeichnete B eine Schuldanerkennung über den Betrag von CHF 1'825'000.00, nämlich CHF 1'800'000.00 als Kaufpreis und CHF 25'000.00 als Maklerprovision. Ein paar Tage später wurde das Grundstück von Frau C an B verkauft.¹³⁷

In der Folge bezahlte B dem Makler A als Maklerprovision nur CHF 5'000.00; CHF 20'000.00 blieben offen. Makler A leitete Betreibung gegen B ein und erhielt provisorische Rechtsöffnung. Da die von B erhobene Aberkennungsklage vor beiden Berner Instanzen Erfolg hatte, gelangte Makler A an das Bundesgericht. Das Bundesgericht trat – trotz Unterschreitung der Streitwertgrenze – auf die Beschwerde in Zivilsachen ein, da eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorlag.¹³⁸

Gemäss Art. 415 OR verwirkt der Makler seine Ansprüche auf Lohn und Aufwendungsersatz, wenn er in vertragswidriger Weise für einen Dritten tätig gewesen ist oder sich in treuwidriger Weise auch von diesem hat Lohn versprechen lassen. Das Bundesgericht ändert seine bisherige Rechtsprechung nun dahingehend, dass es die Zulässigkeit der Doppelmaklerei einschränkt: So führe bereits der blosser Umstand, dass der Makler der einen Partei (Auftraggeber) einen zweiten Maklervertrag mit der anderen Partei (Interessenten) abschliesst, stets zu einem Interessenkonflikt. Denn der Verkäufer hat Interesse an einem möglichst hohen und der Käufer an einem möglichst tiefen

¹³⁶ BGE 141 III 64; SCHMID (2017), S. 577.

¹³⁷ BGE 141 III 64; SCHMID (2017), S. 577 f.

¹³⁸ BGE 141 III 64; SCHMID (2017), S. 578.

Kaufpreis. Dies stellt ein Interessengegensatz dar, aus dem heraus der Makler seine Treuepflicht gegenüber mindestens einer der Parteien verletzt (Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht kam somit zum Schluss, dass die Doppelmaklerei mit Blick auf die unausweichliche Treuepflichtverletzung zur Nichtigkeit der beiden Maklerverträge führt.¹³⁹

Allerdings ist unklar, weshalb das Bundesgericht beide Maklerverträge als nichtig erachtet. Vielmehr liegt – ein gültiger Maklervertrag vorausgesetzt – eine Vertragsverletzung des Maklers vor. Dies führt gemäss Art. 415 OR zu einer Verwirkung der Ansprüche auf Provision und Aufwendungsersatz, nicht zu einer Nichtigkeit derselben. Ausserdem steht dem Auftraggeber gemäss Art. 398 Abs. 2 OR ein Anspruch auf Schadenersatz wegen positiver Vertragsverletzung zu. Generell gilt im Auftragsrecht, dass eine Interessenkollision nicht zur Unwirksamkeit des erteilten Auftrags führt, sondern zur Haftung des Beauftragten.¹⁴⁰

¹³⁹ BGE 141 III 64; SCHMID (2017), S. 578.

¹⁴⁰ SCHMID (2017), S. 579.

4. Gespräche mit Haftpflichtversicherungen

4.1 Einleitung

Um die Häufigkeit und Thematik von Haftungsfällen der Immobilienmakler im Berufsalltag abzuklären, wurden im Rahmen dieser Abschlussarbeit Gespräche mit Haftpflichtversicherungen geführt. Nebst Haftpflichtversicherungen der Deutschschweiz (AXA und Basler Versicherung) konnte auch eine Haftpflichtversicherung der Westschweiz (Vaudoise Assurances) berücksichtigt werden.¹⁴¹ Im nachfolgenden werden die Hauptaussagen aus den jeweiligen Gesprächen präsentiert.¹⁴²

4.2 AXA

Die AXA bietet Berufshaftpflichtversicherungen für die Immobilienwirtschaft an. Es werden Immobilientreuhänder, -bewirtschafter, -vermarkter, -bewerter und -entwickler versichert. Diese Einteilung orientiert sich an den Berufsbildern der Branche (vgl. z.B. SVIT). Zudem ist in der Berufshaftpflichtversicherung für Treuhänder die Tätigkeit als Immobilienbewirtschafter mitversichert.

Bei der AXA gibt es eine grosse Anzahl von Berufshaftpflichtschadenfällen der soeben erwähnten Berufsgruppen in den unterschiedlichsten Bereichen. Darunter fallen auch Schadenfälle aus der Maklertätigkeit. Konkrete Zahlen sind nicht verfügbar bzw. werden nicht bekannt gegeben.

Typische Haftungsfälle der Immobilienmakler sind fehlerhafte Informationen in den Verkaufsdokumentationen oder falsche Mitteilungen über das Kaufsobjekt. Solche Schadenfälle betreffen insbesondere Streitigkeiten bei fehlerhaften Angaben der Wohnfläche oder der Grundstücksfläche. Im Rechtsstreit zwischen Verkäufer und Käufer wird dem Makler jeweils der Streit verkündet bzw. direkt gegen ihn vorgegangen.

Vereinzelt gibt es Fehler bei den Verkaufsverhandlungen sowie bei der Erfüllung des Maklervertrages, die dazu führen, dass der Interessent abspringt und vom Kaufsobjekt Abstand nimmt (ungeschicktes Vorgehen, Fehler bei der Übermittlung von Daten). Auch gab es einige wenige Fälle, wo ein nicht korrektes Ergebnis der Verhandlungen im Kaufvertrag beurkundet worden ist.

¹⁴¹ Anhang 1: Namen der Gesprächspartner, deren Funktion und Datum der Gespräche.

¹⁴² Anhang 2: Gesprächsleitfaden Haftpflichtversicherungen.

4.3 Basler Versicherung

Der Basler Versicherung sind derzeit keine Immobilienmakler bekannt, welche sich bei ihr mit einer Berufshaftpflichtversicherung versichert haben. Aufgrund dessen konnten auch keine Praxisfälle genannt werden.

4.4 Vaudoise Assurances

Bei der Vaudoise Assurances sind hauptsächlich Immobilientreuhänder und nur wenige Immobilienbroker (Immobilienmakler) versichert. Die Vaudoise beschäftigt sich insbesondere mit Miet-Haftungsfällen (verspätete Kündigung, unzulässige Klauseln in Mietverträgen und Schäden am Mietobjekt).

Haftungsfälle von versicherten Immobilienmaklern sind der Vaudoise nur wenige bekannt. So meldete sich ein Verkäufer, der die Verkehrswertschätzung des Immobilienmaklers nachträglich als zu tief einschätzte und den Eindruck hatte, der erhaltene Gegenwert sei unangemessen. Dabei mangelte es aber an einem Kausalzusammenhang und einem Schaden, wodurch eine Haftung des Maklers verneint wurde.

In einem weiteren Haftungsfall war insbesondere der zuständige Notar in die Verantwortung gezogen worden. So wurde das im Grundbuch vorgemerkte Vorkaufsrecht zu Gunsten des Kantons sowohl vom Immobilienmakler als auch vom Notar übersehen. Der Notar haftete für den daraus entstandenen Schaden. Der Immobilienmakler musste sich ein Mitverschulden an der Schadensverursachung anrechnen lassen.

Da der Immobilienmakler zukünftig wohl immer mehr als Berater fungieren wird, ist davon auszugehen, dass Haftungsfälle aufgrund von falschen Auskünften ansteigen werden. Derzeit sind beispielsweise Beratungen betreffend Finanzierung bei Immobilienmaklern nicht mitversichert. Eine Zusatzversicherung wäre aber möglich.

4.5 Zusammenfassung

Gestützt auf die Gespräche mit den drei Haftpflichtversicherungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass sich die Haftungsfälle von Immobilienmaklern hauptsächlich auf fehlerhafte Informationen in den Verkaufsdokumentationen, falsche Mitteilungen über die Liegenschaft und unkorrekte Schätzungen konzentrieren. Allgemein halten sich die Anzahl der Schadensfälle in Grenzen. Mögliche Gründe sind zum einen die Haftungsausschlüsse in den Verkaufsdokumentationen und in den Kaufverträgen, womit eine mögliche Haftung entfällt. Zum anderen werden die Informationen und Beratungsdienstleistungen von den Immobilienmaklern wohl mehrheitlich mündlich mitgeteilt, womit es jeweils am Beweiselement (kein schriftliches Dokument) fehlt.

5. Erkenntnisse und Kernaussagen für den Immobilienmakler

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen werden nachfolgend Erkenntnisse sowie Kernaussagen für den Immobilienmakler präsentiert. Ein Immobilienmakler ist zur Vermeidung von Haftungsfällen gut beraten, wenn er folgende Punkte berücksichtigt:

5.1 Wegbedingung der vertraglichen Haftung gegenüber dem Auftraggeber

Der Makler kann seine vertragliche Haftung gegenüber seinem Auftraggeber im Rahmen von Art. 100 OR beschränken oder gar ausschliessen. Die Haftung kann jedoch nur für leichte Fahrlässigkeit rechtsgültig wegbedungen werden (nicht für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln). Eine Freizeichnung muss durch eine zum voraus getroffene Vereinbarung erfolgen.

5.2 Verwendungszweck der Schätzung

Der Makler sollte in seinem Schätzungsbericht den genauen Verwendungszweck der Schätzung beschreiben sowie dem Auftraggeber die Weitergabe seiner Schätzung an Dritte untersagen.

5.3 Sachgemässes Informieren und Abklären

Der Makler sollte seinem Auftraggeber alle ihm bekannten Tatsachen, welche das Geschäft oder einen potentiellen Kunden betreffen, mitteilen (Informationspflicht).

Der Makler hat diejenigen Abklärungen zu tätigen, die man von einem pflichtbewussten Makler aufgrund der konkreten Umstände während den Verhandlungen nach Treu und Glauben erwarten darf.

5.4 Sachgemässe Beratung

Der Makler sollte seinen Auftraggeber und Dritte nur beraten, wenn er über das Nötige Knowhow verfügt. Verletzt der Makler bei seiner Beratungstätigkeit die von ihm erwartete Sorgfalt, haftet er sogar in Fällen, in welchen der Ratschlag nur ein Nebenbestandteil der eigentlichen Maklertätigkeit darstellt.

5.5 Kritische Haltung gegenüber Informationen

Der Makler sollte die Angaben und Informationen des Auftraggebers stets kritisch hinterfragen, die ihm überreichten Dokumente sorgfältig und aufmerksam lesen sowie prüfen, ob diese noch aktuell sind.

Um Fehler zu vermeiden, lohnt es sich zudem, die Schätzung sowie die Verkaufsdokumentation besonders sorgfältig zu erstellen.

5.6 Interessenkonflikt vermeiden

Der Makler darf kein Doppeldiener sein (Interessenkonflikt) und darf seine Provision zwingend nur von einer Partei verlangen.

5.7 Disclaimer in der Verkaufsdokumentation

Der Makler sollte in seiner Verkaufsdokumentation einen Haftungsausschluss integrieren. Ein solcher Disclaimer könnte wie folgt formuliert werden (ohne Gewähr auf Vollständigkeit):

„Diese Verkaufsdokumentation dient dem Empfänger als Basis für den Entscheidung, ob er einen möglichen Kauf der Liegenschaft weiter prüfen möchte. Die Verkaufsdokumentation ist weder Offerte noch Einladung zur Offertstellung für den Kauf der Liegenschaft.

Die Verkaufsdokumentation wurde mittels von der Eigentümerin zur Verfügung gestellten Informationen sowie mittels öffentlich zugänglichen Dokumenten erstellt. Die Verkaufsdokumentation wurde von der Eigentümerin zur Kenntnis genommen und von ihr auf Richtigkeit und Vollständigkeit geprüft und bestätigt. Die Verkaufsdokumentation wurde mit angemessener Sorgfalt erstellt. Dennoch besteht weder von der Eigentümerin noch vom Makler (oder deren Geschäftsleitungs-, Verwaltungsratsmitglieder, Angestellten oder Vertreter) irgendeine Gewähr oder Garantie für die Genauigkeit, Richtigkeit oder Vollständigkeit der enthaltenen Informationen. Die in dieser Verkaufsdokumentation aufgeführten Angaben über Flächen und Masse stammen von der Eigentümerin oder von anderen verlässlichen Quellen. Der Makler hat weder eigene Vermessungen durchgeführt noch in Auftrag gegeben. Für die in der Verkaufsdokumentation erwähnten Angaben sowie für die einem Interessenten oder dessen Berater mündlich oder schriftlich zur Verfügung gestellten Informationen wird jegliche Haftung hiermit ausdrücklich ausgeschlossen. Es können nur Gewährleistungen und konkrete Zusicherungen rechtliche Bedeutung erlangen, welche in einen Kaufvertrag einfließen (wobei aus dieser Verkaufsdokumentation keinerlei Gewährleistung oder Zusicherung ableitbar sind), und auch dies nur unter der Bedingung, wenn der Kaufvertrag vollzogen ist.

Der Empfänger dieser Verkaufsdokumentation nimmt zur Kenntnis, dass der Makler (oder deren Geschäftsleitungs-, Verwaltungsratsmitglieder, Ange-

stellten oder Vertreter) keine Finanz-, Rechts-, Steuer- oder andere Beratung erteilt und dass der Empfänger eigene Berater bezieht, welche die entsprechenden Erfahrungen und das Knowhow aufweisen, um sämtliche Risiken und andere Fragen im Zusammenhang mit dem betreffenden Liegen-schafts Kauf beurteilen können.“

5.8 Disclaimer im Kaufvertrag

Nebst einem Haftungsausschluss in der Verkaufsdokumentation kann der Makler zusätzlich im Kaufvertrag einen Disclaimer erwirken. Eine solche Klausel könnte wie folgt formuliert werden (ohne Gewähr auf Vollständigkeit):

„[...] Eine darüber hinausgehende Sach- und Rechtsgewährleistung der Verkäuferschaft wird vollumfänglich wegbedungen. Die Verkäuferschaft sichert der Käuferschaft keine anderen als die in diesem Vertrag resp. im separaten Baubeschrieb enthaltenen Eigenschaften des Vertragsobjektes zu. Die Käuferschaft bestätigt, dass die Verkäuferschaft oder Dritte (wie beispielsweise ein Immobilienmakler) ausserhalb dieses Vertrages resp. ausserhalb des separaten Baubeschriebs keinerlei mündliche oder schriftliche Zusicherungen hinsichtlich des Vertragsobjektes abgegeben haben.“

5.9 Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung

Schliesslich besteht für den Makler die Möglichkeit, sich durch eine Berufshaftpflichtversicherung gegen mögliche Risiken aus Haftungsfällen zu versichern.

6. Ausblick in die Zukunft

6.1 Einleitung

Es gibt vermehrt Stimmen, die behaupten, die klassischen Immobilienmakler würden mehr und mehr vom Markt verdrängt. So werde sich der Handel von Immobilien zunehmend ins Internet verlagern. Durch die Immobilienplattformen sei es für die Anbieter und Bietenden möglich, sich zu finden und die Transaktion ohne Beizug eines Maklers abzuwickeln. Damit werde nicht nur Zeit, sondern auch Geld gespart.¹⁴³ So ist auch SCHMIDIGER überzeugt: „Klassische „Gatekeeper“ wie Makler oder Vermittler werden massiv unter Druck kommen und aus dem Markt gedrängt werden, wenn es ihnen nicht gelingt, substantielle Mehrwerte anzubieten und erfolgreich neue Geschäftsmodelle zu entwickeln.“¹⁴⁴

Die Immobilienmakler müssen sich gemeinsam für die Zukunft rüsten. Denn es kann ein interessanter und gleichzeitig auch alarmierender Vergleich mit den Reisevermittlungsbüros gezogen werden: Reisen werden heutzutage grösstenteils direkt über Internetplattformen (wie booking.com, etc.) gebucht. Die Reisebüros als Vermittler wurden nahezu verdrängt. Viele Reisebüros waren gezwungen, sich auf ein spezielles Reisesegment zu spezialisieren, zu fusionieren oder einen teilweisen Marktaustritt zu erklären – so hat die SBB beispielsweise den Verkauf von Badeferien, Kreuzfahrten und Flugreisen aufgrund von vermehrten Onlinebuchungen eingestellt.¹⁴⁵ Gewisse Reisebüros mussten ihre Geschäftstätigkeit sogar aufgeben. Durch die Marktpräsenz der Internetplattformen sind als weitere Verlierer die Hoteliers hervorgegangen: Um ihren eigenen Namen zu schützen und auf Google dennoch (mindestens an dritter Stelle) zu erscheinen, müssen sich die Hotels „Google AdWords“ kaufen.¹⁴⁶

Im folgenden Kapitel wird aufgezeigt, welchen Einfluss die Digitalisierung auf den Immobilienmakler hat und wie er mit diesem Wandel umgehen kann. Das Kapitel schliesst mit einer Einschätzung, ob Haftungsfälle aufgrund der künftigen Entwicklung ansteigen könnten.

¹⁴³ GINESTA (2015), S. 10.

¹⁴⁴ SCHMIDIGER (2016), S. 22.

¹⁴⁵ LIEBRICH (2016), S. 154.

¹⁴⁶ SCHMIDIGER/SCHÄRER, S. 5 f.

6.2 Verschiebung der Maklertätigkeit ins Internet

6.2.1 Immobilienplattformen

Die Inszenierung eines Verkaufsobjekts ohne Internetplattform ist heutzutage unvorstellbar. Die digitale Informationstechnik hat die traditionelle Immobilienmaklertätigkeit umgekrempelt¹⁴⁷: Wo früher der Makler die Objekte am Stammtisch oder in seinem Büro per Telefon vermittelte, werden die Immobilien heute im Internet aufgeschaltet und zunehmend auch mit einem virtuellen Rundgang durch die Liegenschaft verknüpft. Auch Bieterverfahren könnte man heute ohne weiteres über eine Plattform abwickeln.¹⁴⁸

Analog zur Reisebranche (bspw. booking.com) bestehen in der Immobilienbranche ähnliche Portale mit dominanten Players. Es ist zu erwarten, dass die Portale ihre Dienstleistungen weiter ausbauen und integrieren werden – vergleichbar mit Reisevermittlungsplattformen, wo nebst dem Flug auch der Mietwagen und das Hotel gebucht werden kann. Nebst der bereits (erst zaghaft) angebotenen Finanzierungsvermittlungen, werden zukünftig wohl auch vermehrt weitere Dienstleistungen in rechtlichen, bautechnischen oder auch Ausstattungs- und Servicebereichen angeboten (bzw. vermittelt). Zudem ist zu erwarten, dass in absehbarer Zeit Preis-, Leistungsvergleiche und Anbieterbewertungen integriert werden (analog zu TripAdvisor). Damit können Nutzer nebst dem Vermieter/Verwalter und Vermarkter auch GUs oder gar Gebäude und Quartiere beurteilen und bewerten.¹⁴⁹

Im Ausland, d.h. insbesondere in den USA sowie in Deutschland, wird zunehmend beobachtet, wie die führenden Immobilienplattformen fusionieren und ihre Marktmacht dadurch noch mehr stärken. Folge davon sind steigende Preise (Insertionskosten), mehr Reichweite im Internet sowie Verdrängung kleinerer Immobilienplattformen.¹⁵⁰ Mit steigenden Einnahmen kann auch das Marketing sowie der Kundenservice ausgebaut und verbessert werden. Eine solche Markstellung und Datenmacht ist für Immobilienmakler nicht zu unterschätzen: Die Plattformen drängen sich zunehmend zwischen Anbieter (Makler) und Nachfrager (Kaufinteressenten) und schöpfen so einen grossen Anteil der Wertschöpfung ab. Zudem ermöglichen es die Immobilienportale immer stärker, dass sich Privatpersonen direkt miteinander in Verbindung setzen und vernetzen.¹⁵¹ Die führenden drei Immobilienportale der Schweiz – ImmoScout24 mit aktuell 71'183 Inse-

¹⁴⁷ GINESTA (2015), S. 10; MÖRTL (2015), S. 26.

¹⁴⁸ vgl. <https://www.venbona.com> (abgerufen am 15.06.2018).

¹⁴⁹ LIEBRICH (2016), S. 156-158.

¹⁵⁰ GINESTA (2015), S. 11.

¹⁵¹ SCHMIDIGER (2016), S. 22.

raten, Homegate mit aktuell 64'116 Inseraten, Newhome mit aktuell 46'468 Inseraten¹⁵² – gewinnen mehr und mehr an Marktpräsenz.¹⁵³ Zur (Ver-)Stärkung ihrer Machtposition ist ein Zusammenschluss wohl auch in der Schweiz nicht auszuschliessen.

Derzeit rüttelt insbesondere Homegate die Maklerfirmen auf. Künftig will Homegate nicht nur an der Publikation von Immobilienobjekten Geld verdienen, sondern auch an der Vermittlung von Immobilienmaklern. Dabei empfiehlt Homegate nur solche Makler, die bereit sind, 30% der Maklerprovision an das Onlineportal abzugeben. Qualitative Empfehlungskriterien sind keine erkennbar.¹⁵⁴

Zudem versuchte Homegate im Herbst 2017 mittels eines Pilotprojekts mit dem Berliner Start-up „Homeday“ die Immobilienmakler – mit anderen Worten ihre eigenen Kunden – gänzlich vom Markt zu verdrängen, indem sie im Grundsatz selber Vermittlungsdienstleistungen anboten. Die Gegenwehr aus der Immobilienbranche war heftig, weshalb von diesem Pilotprojekt abgesehen wurde: „Nach Auswertung der Ergebnisse des mehrmonatigen Piloten mit Homeday hat sich die Homegate-Gruppe entschieden, die Pilotierung nicht fortzusetzen und die Zusammenarbeit mit Homeday Ende Januar 2018 zu beenden. Unterschiedliche strategische Perspektiven und kaufmännische Bewertungen der an der Pilotierung beteiligten Partner haben zu diesem Entscheid geführt.“¹⁵⁵

In der Romandie wurde die Marktmacht der grossen Immobilienplattformen erkannt und eine Gegenoffensive gestartet: Die Makler sind Aktionäre ihrer eigenen Immobilienplattform (www.immobilier.ch). Dabei sind es die Makler selbst, welche Eigentümer ihrer Daten bleiben und den direkten Kontakt zu ihren Kunden pflegen. Zudem sind die Kosten – im Vergleich zu den führenden Immobilienportalen – viel tiefer. Durch Reinvestition des Gewinns werden die Insertionsgebühren sogar noch mehr sinken. Die Online-Schaltung der immobilier-Plattform erfolgte im Januar 2017. Per Stand April 2018 hat die westschweizer Plattform das Portal Immoscout und Anibis aufgeholt und das Portal Homegate gar überholt:

¹⁵² <https://www.comparis.ch/immobilien/portal/list> (abgerufen am 15.06.2018).

¹⁵³ GINESTA (2015), S. 11.

¹⁵⁴ <https://www.maklerkammer.ch/2017/09/26/smk-distanziert-sich-von-homegate/> (abgerufen am 25.06.2018).

¹⁵⁵ „Homegate.ch beendet Pilotprojekt mit Homeday“, online abrufbar unter: [https://www.myhomegate.ch/services/news?ct=t\(Newsletter_2018_1\)](https://www.myhomegate.ch/services/news?ct=t(Newsletter_2018_1)) (abgerufen am 15.06.2018).

Immobilienportal	Anzahl Inserate (Verkaufsobjekte) in der Romandie
Immobilier.ch	11'366
Immoscout24 & Anibis	11'803
Homegate	6'299

Tabelle: Vergleich Anzahl Inserate (Verkaufsobjekte) auf führenden Immobilienportalen in der Romandie, Stand April 2018¹⁵⁶

6.2.2 Werbekosten für Google

Auch die Werbeaktivitäten verlagern sich zunehmend ins Internet. Google profitiert mit „Google AdWords“ stark. Dies sind bezahlte Anzeigen auf Google. Für ein gutes Listing des Verkaufsobjekts verlangt Google rund $\frac{1}{4}$ der Maklerprovision.¹⁵⁷

6.2.3 Kauf von Leads

Immobilienmakler geben zudem auch vermehrt Geld für Leads aus. Dabei werden verkaufswillige Haus- und Wohnungseigentümer beispielsweise durch kostenlose Immobilienschätzungen angelockt, wobei diese Angaben zum Objekt sowie ihre Kontaktangaben hinterlassen. Diese Kontaktdaten – sogenannte Leads – werden dann an zwei bis drei Immobilienmakler verkauft¹⁵⁸, welche in der Folge dem potentiellen Verkäufer ihre Offerte einreichen können.¹⁵⁹ Oftmals erhält derjenige Makler den Auftrag, welcher am günstigsten offeriert hat. Die Qualität und Sympathie des Maklers ist sekundär.

6.3 Anpassung der Geschäftsmodelle

6.3.1 Einleitung

Um parallel zur digitalen Welt bestehen zu können, hat der Immobilienmakler in der Wertschöpfungskette nach einem Mehrwert zu suchen, der nicht durch Informationstechnik ersetzbar ist. Daher empfiehlt es sich für den Makler, sich zunehmend auf kundenorientierte Beratungstätigkeiten, Pflege der Markenqualität sowie Ausbau seines Netzwerkes zu fokussieren.¹⁶⁰ Zudem werden sich auch neue Abrechnungsmodelle etablieren.

¹⁵⁶ SCHMIDIGER/SCHÄRER, S. 16.

¹⁵⁷ GINESTA (2015), S. 11.

¹⁵⁸ Diesbezüglich stellen sich interessante datenschutzrechtliche Fragen, welche aber nicht Thema dieser Arbeit sind.

¹⁵⁹ <http://immobiliencommunity.de/2017/05/18/leads-fur-immobilienmakler-fluch-oder-segen/> (abgerufen am 16.06.2018).

¹⁶⁰ GINESTA (2015), S. 11; MÖRTL (2015), S. 27.

6.3.2 Beratung, Informationstransparenz, Self-Service

Die Beratungstätigkeit kann durch die Immobilienplattformen nicht ersetzt werden und wird zukünftig von zentraler Bedeutung sein. So wird ein Makler weiterhin Erfolg haben, wenn er den Kunden – nebst einer realistischen Schätzung – auch über die finanziellen, steuerlichen und rechtlichen Situationen beraten kann. In dieser Hinsicht sind insbesondere auch die Verbände gefordert, die Weiterbildungsprogramme um diesen Fokus zu erweitern.¹⁶¹

Nebst einer kundenorientierten Beratung wird vom Auftraggeber zunehmend auch gefordert, regelmässig Einblick in den gesamten Verkaufsprozess der Liegenschaft zu erhalten. Um diesem Bedürfnis gerecht zu werden, muss es für den Auftraggeber möglich sein, Einblicke in Anzahl Besichtigungen (dies ist insbesondere bei unbewohnten Objekten ein Thema), Feedbacks von Besichtigungsrundgängen, Angeboten, usw. zu erlangen. Dies erfordert eine saubere Dokumentation der Arbeit des Maklers, mit welcher eine vollständige Informationstransparenz gewährleistet werden kann. Besonders an Wochenenden oder nach den Büroöffnungszeiten kann diese Art von selbständiger Informationsabfrage von Bedeutung sein.

Nebst dem Bedürfnis, Einblick in den Verkaufsprozess zu erhalten, werden auch die Self-Service-Anforderungen zunehmen: Die Erfahrungen von SBB oder Fluglinien mit Self-Service und Self-Check-in zeigen, dass es die Kunden akzeptieren und sogar schätzen, einen Teil der Arbeit selber zu erledigen. Damit erlangen sie ohne Wartezeiten Zugriff auf die relevanten Informationen. So werden zukünftig wohl auch die Mieter erwarten, jederzeit online selbst auf Unterlagen, Bedienungsanleitungen, Mietinteressentenformular, Schadensmeldeformulare, Raumreservationssysteme, etc. zuzugreifen.¹⁶²

6.3.3 Markenqualität und Netzwerk

Die Bedeutung der Markenqualität wird durch die relativ hohe Konkurrenz sowie die ständig fortschreitende Globalisierung in Zukunft wichtiger. „Marken bedeuten Sicherheit und Vertrauen und bilden gerade in der virtuell dominierten Welt einen Anker für die Kunden, an dem sie sich in der Flut der angebotenen Websites orientieren können.“¹⁶³

Ein gut ausgebautes Netzwerk war für einen erfolgreich tätigen Immobilienmakler bereits früher von zentraler Bedeutung und wird es auch in Zukunft bleiben. Nebst Auf-

¹⁶¹ MÖRTL (2015), S. 27.

¹⁶² LIEBRICH (2016), S. 157.

¹⁶³ MÖRTL (2015), S. 27.

und Ausbau des realen, physischen Netzwerks wird auch die Nutzung der neuen Social-Media-Kanäle von entscheidender Bedeutung sein.¹⁶⁴ Durch aktives Bewirtschaften von Social Media, wie beispielsweise Facebook oder Instagram, können gezielt Besucher auf die eigene Homepage gelenkt werden.¹⁶⁵

6.3.4 Neue Abrechnungsmodelle

Derzeit sind einige neue Abrechnungsmodelle auf dem Vormarsch. So versuchen Startup-Makler-Unternehmungen potentielle Kunden mit einer Pauschalgebühr zu gewinnen, die nicht abhängig vom Wert des Verkaufsobjekts ist.

So bietet beispielsweise *Simplehouse* ein Paket für sechs Monate für einen Fixpreis von 4'900.00 für folgende Module an: Verkaufsdokumentation, virtuelle Besichtigung, online-Vermarktung, Verkaufsbetreuung (inkl. Besichtigungen) und Verkaufsabschluss. Die Module können auch einzeln gekauft werden. Im Fixpreis nicht inbegriffen ist die Bewertung der Liegenschaft (CHF 450.00). Die gebuchten Dienstleistungen sind aber auch dann zu bezahlen, wenn es nicht zu einer Veräusserung kommt.¹⁶⁶

Demgegenüber bietet die Unternehmung *Neho* ein Modell mit Erfolgsprämien an: Nebst dem Fixpreis von CHF 3'000.00 für die Dienstleistungen für den gesamten Verkaufsprozess, bezahlt der Auftraggeber zusätzlich CHF 4'500.00, wenn das Objekt verkauft wird. Falls die Besichtigungen durch einen Neho-Makler durchgeführt werden sollen, wird zusätzlich für jede Besichtigung CHF 150.00 verlangt.¹⁶⁷

Ob sich diese neuen Preismodelle durchsetzen können, ist fraglich. So überzeugen durchaus auch die traditionellen Provisionsmodelle, wo der Auftraggeber nur im Erfolgsfall, d.h. bei Verkauf seiner Immobilie, die Aufwendungen für den Makler bezahlen muss. Kann das Objekt durch den Makler nicht verkauft werden, hat der Auftraggeber je nach Vereinbarung nur die effektiv aufgewendeten Stunden des Maklers zu bezahlen oder erhält gar keine Entschädigung.

Zudem vermögen die individuell buchbaren Paketlösungen nicht zu überzeugen: Durch Mitmischen des Eigentümers wird der Makler in seinem Ablaufprozess gestört. Ein professioneller Auftritt kann nur erfolgen, wenn sämtliche Schritte aus einer Hand erfolgen können – ganz nach dem Motto: „Viele Köche verderben den Brei.“

¹⁶⁴ MÖRTL (2015), S. 27.

¹⁶⁵ GINESTA (2015), S. 11.

¹⁶⁶ <https://www.simplehouse.ch/dienstleistungen/> (abgerufen am 18.06.2018).

¹⁶⁷ <https://neho.ch/de/angebot/> (abgerufen am 18.06.2018).

6.4 Anstieg von zukünftigen Haftungsfällen?

Wie vorstehend erwähnt, wird der Immobilienmakler zukünftig vermehrt zum Berater. Beratungsdienstleistungen unterstehen dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR). Berät der Makler beispielsweise in juristischen Angelegenheiten und verletzt er dabei die von ihm erwartete Sorgfalt, haftet er (sofern dem Auftraggeber ein Schaden entsteht). Durch die Zunahme der Beratungsfunktion kann angenommen werden, dass auch die Haftungsfälle ansteigen werden.

In Bezug auf die Paketlösungsmodelle ist anzunehmen, dass sich zukünftig vermehrt Abgrenzungsfragen stellen werden. Wählt der Auftraggeber (Eigentümer) beispielsweise die Option „Verkaufsdokumentation selber erstellen“ aus, stellt sich die Frage, wer haftet, wenn sich der Auftraggeber (Eigentümer) in der Verkaufsdokumentation vertippt und als Wohnfläche fälschlicherweise 87m^2 anstatt 78m^2 aufführt. Ist der Makler verpflichtet, die Verkaufsdokumentation auf Fehler zu prüfen? Oder liegt die Verantwortung alleine beim Auftraggeber? Um Haftungsfälle zu vermeiden, ist den Maklern mit Paketlösungsmodellen zu raten, solche Abgrenzungsfragen detailliert im Maklervertrag zu regeln.

7. Schlussbetrachtung und Ausblick

In der vorliegenden Abschlussarbeit wurden die rechtlichen Grundlagen für die Haftung des Immobilienmaklers aufgezeigt und anhand von aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung verdeutlicht. Daraus sind Kernaussagen zu den Haftungsrisiken des Maklers gewonnen und präsentiert worden. Zusätzlich wurde anhand von Gesprächen mit drei Haftpflichtversicherungen geprüft, ob – nebst den in der Literatur und Rechtsprechung thematisierten Haftungsfällen/-risiken – allenfalls noch weitere Stolpersteine und Risiken für den Makler bestehen. Diese Gespräche haben bestätigt, dass sich die Haupt-Problemfelder der Makler insbesondere auf unkorrekte Schätzungen und fehlerhafte Informationen in den Verkaufsdokumentationen beschränken. Allgemein kann festgehalten werden, dass sich Haftungsfälle in Grenzen halten. Nebst Unkenntnis der beteiligten Parteien (Käufer und Verkäufer) über entsprechende Ansprüche gegenüber dem Makler, hat es auch damit zu tun, dass sich falsche Informationen oft nur schwer oder gar nicht beweisen lassen, der Kausalzusammenhang fehlt oder Disclaimer greifen.

Schliesslich wurde in der vorliegenden Arbeit ein Ausblick in die Zukunft gewagt und eine Prognose abgegeben, ob zukünftig mit einem Anstieg oder Rückgang von Haftungsfällen zu rechnen ist. Infolge von Zunahme der Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit einem Immobilienverkauf sowie aufgrund von Pakettlösungsmodellen ist davon auszugehen, dass die Haftungsfälle leicht ansteigen könnten.

Es gilt zu beachten, dass derzeit Verkäufer von Immobilien – insbesondere von zentral gelegenen Einfamilienhäusern – eine starke Marktmacht geniessen. Die Verkaufspreise werden entsprechend hoch angesetzt und der Verkauf endet häufig in einem Bieterverfahren. Auch die Kaufverträge werden aktuell eher verkäuferfreundlich ausgestaltet. Sobald aber die Zinsen steigen und/oder ein Überangebot an zu verkaufenden Immobilien entsteht, wird sich die Marktmacht zu Gunsten der Käufer verändern. Dadurch erlangt der Käufer das Sagen und die Transaktionspreise werden entsprechend sinken. Zudem ist zu vermuten, dass bei Vorliegen eines Käufermarktes auch die Haftungsrisiken eines Immobilienmaklers grössere Bedeutung erlangen und die Haftungsfälle ansteigen könnten, da der Käufer mehr Angebotsauswahl an Kaufobjekten erhält und sämtliche Informationen vermehrt prüfen und vergleichen wird.

Der Immobilienmarkt ist und bleibt aufgrund seiner Zyklizität enorm spannend und stellt die Akteure immer wieder vor neue Herausforderungen.

Literaturverzeichnis

- AMMANN, C. (2015): in: HONSELL, H./VOGT, N. P./WIEGAND, W. (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015
- BERGER, B. (2018): Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Bern 2018
- BRACHER, N. (2016): Vertragsverhältnisse Teil 2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529 OR), in: HUGUENIN, C./MÜLLER-CHEN, M./GIRSBERGER, D. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016
- BURKHALTER, P. (2005), SVIT-Kommentar zum Maklerrecht, Zürich 2005
- GAUCH, P. (1996): Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: recht 1996, S. 225 ff.
- GAUCH P./SCHLUEP W./REY H./SCHMID J./EMMENEGGER S. (2014): Schweizerisches Obligationenrecht Band I und Band II: Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, begründet von Peter Gauch und Walter R. Schlupe, 10. Auflage, ergänzt, verbessert und nachgeführt von Jörg Schmid (Bd. I) und Susan Emmenegger (Bd. II), Zürich 2014
- GAUTSCHI, G. (1964): Der Auftrag: Kreditbrief und Kreditauftrag, Maklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR inkl. Art. 418a-418v OR, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 5. Teilband, 1. Auflage, Bern 1964
- GINESTA, C. (2015): Immobilien und neue Technologien, Big Data nimmt die Immobilienmakler in die Mangel, in: Baublatt Nr. 28 vom 10. Juli 2015. Online verfügbar unter: https://blog.hslu.ch/immobilienblog/files/2015/09/baublatt_28-2015.pdf [abgerufen am 13.06.2018]
- GRELL, B. (2015): Verbotene Doppelmaklerei im Immobiliengeschäft, 15. September 2015.

Online verfügbar unter: <https://www.maklerkammer.ch/2017/09/15/verbotene-doppelmaklerei/> [abgerufen am 25.06.2018]

- GSCHWIND, C. (2016): Verantwortung des Schätzers, in: immobilia November 2016
- HOFSTETTER, J. (2000): Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: WIEGAND W. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Genf/München 2000
- HONSELL, H. (2017): Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Bern 2017
- HÜRLIMANN R./SIEGENTHALER T. (2004), Die Haftung des Sachverständigen gegenüber vertragsfremden Dritten, in: Jusletter vom 14. Juni 2004
- KESSLER, M. (2015): in: HONSELL, H./VOGT, N. P./WIEGAND, W. (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015
- LIEBRICH A. (2016): Tourismus als Role-Model für die digitale Transformation der Immobilienbranche?, in: SCHMIDIGER M. (Hrsg), Digitalisierungsbarometer, Die Immobilienbranche im digitalen Wandel, Luzern 2016
- MÖRTL, P. (2015), Paradigmenwechsel im Immobiliengewerbe, Ersetzen Internetplattformen die Immobilienmakler? in: Das Geld-Magazin 5/2015. Online verfügbar unter: http://www.private.ch/media/docs/private/2015/05/de/26_Ersetzen-Internetplattformen.pdf [abgerufen am 14.06.2018]
- OSER, H./SCHÖNENBERGER W. (1936): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2, Obligationenrecht (Art. 184-418 OR), 2. Auflage, Zürich 1936
- SCHMID, J. (2017), ZBJV 153/2017, S. 547-579, in: SCHMID J. und HOFER S. (Hrsg.), Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015 Obligationenrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Luzern 2017
- SCHMIDIGER, M. (2016), Digitalisierungsbarometer, Die Immobilienbranche im digitalen Wandel, Zürich 2016

SCHMIDIGER M./SCHÄRER S. (2018), Handout zur Präsentation zur Plattform-Economy vom 23. Mai 2018

STREIFF, M. (2009): Handkommentar zum Maklervertrag mit Fokus auf den Immobilienmakler, Wetzikon/Zürich 2009

SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIENWIRTSCHAFT (SVIT), (HRSG.) (2013): Standesregeln vom 24. April 2013, in: svit.ch, 24. April 2013. Online verfügbar unter: https://www.svit.ch/sites/default/files/201709/SVIT_Standesregeln_dfi_2013_03.pdf [abgerufen am 20.05.2018 und 28.05.2018]

TARMAN, Z. (2007), Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht, Dissertation im Fachbereich Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz zur Erlangung des akademischen Grads des Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.), Konstanz 2007

WIEGAND, W., (2015): in: HONSELL, H./VOGT, N. P./WIEGAND, W. (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015

Anhang 1:**Namen der Gesprächspartner, deren Funktion und Datum der Gespräche**

Die untenstehende Tabelle zeigt die Namen der Gesprächspartner, deren Funktion sowie das Datum der Gespräche auf.

Haftpflichtversicherung	Gesprächspartner	Funktion	Datum
AXA	Dr. iur. Andreas Fuchs Rechtsanwalt	Leiter Schaden Ver- mögensschadenhaft- pflicht	E-Mail vom 6. Juni 2018
Basler Versicherung	Jean-Pierre Heller , lic. iur. Advokat, CAS IRP- HSG Haftpflicht- und Versicherungsrecht	Leiter Rechtsdienst Schadenversicherung, Schaden Schweiz	Telefongespräch vom 26. Juli 2018
Vaudoise Assurances	Pierre Hüppi , lic. en droit, M.B.L.-HSG	Chef de service sous- cription RC & Cauti- on, Vaudoise As- surances	Telefongespräch vom 15. Juni 2018

Anhang 2:**Gesprächsleitfaden Haftpflichtversicherungen**

- Wieviele Immobilienmakler sind bei Ihrer Versicherung versichert?
- Wieviele Immobilienmakler-Haftungsfälle sind Ihnen bekannt? Gab es überhaupt welche?
- Falls ja: um welche Thematik handelte es sich?

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Die Haftungsrisiken des Immobilienmaklers“ selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe.

Alle Stellen die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Aarau, den 3. September 2018



Melanie Augstburger (-Hammer)