

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120071-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Beschluss und Urteil vom 26. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **Forderung aus Vertrag**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 18. Juli 2012 (CG100037)

Rechtsbegehren :

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 26'395.55 zu bezahlen, zuzüglich 5% Verzugszins seit dem 19. Oktober 2009.
2. Der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts C._____ (Zahlungsbefehl vom 3. November 2009) sei aufzuheben, und es sei dem Kläger die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 26'395.55, zuzüglich 5 % Zins seit dem 19. Oktober 2009 sowie die Kosten des Verfahrens (bisher Zahlungsbefehlskosten von Fr. 100.--) zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (4. Abteilung) vom 18. Juli 2012 :

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.– (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge :

des Klägers (Urk. 83) :

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2012 (Proz.-Nr. CG100037) sei aufzuheben und es sei die Sache an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen, damit es über die Forderung des Klägers von Fr. 26'395.55, zuzüglich Verzugszins seit dem 19. Oktober 2009 und die Beseitigung des Rechtsvorschlags, entscheide.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.
3. Dem Kläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

der Beklagten (Urk. 86) :

"1. Die Berufung sei abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsklägers"

Erwägungen:

1. Verfahren

1.1. Der Kläger machte die vorliegende Klage beim Bezirksgericht Zürich am 15. März 2010 mit der Weisung rechtshängig. Nach Durchführung des ordentlichen doppelten Schriftenwechsels erfolgte ein weiterer Schriftenwechsel zu neuen tatsächlichen Vorbringen. Nach Abschluss des Hauptverfahrens am 6. Februar 2012 wurde das Verfahren sistiert, weil über den Kläger am 7. Februar 2012 der Konkurs eröffnet worden war. Nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nahm die Vorinstanz das Verfahren am 18. Juli 2012 wieder auf und erliess gleichzeitig das Urteil, mit welchem sie die Klage abwies.

1.2. Am 31. August 2012 machte der Kläger mit der schriftlichen Berufungsbeurteilung rechtzeitig das vorliegende Berufungsverfahren rechtshängig. Da er gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellte, wurde einstweilen auf die Einholung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet. Zusammen mit der Berufungsantwort vom 18. Oktober 2012 beantragte die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagte) die Abweisung des klägerischen Begehrens um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und beantragte, es sei vom Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) ein Prozesskostenvorschuss sowie gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO

eine Sicherheitsleistung von Fr. 2'500.- zu verlangen (Urk. 87). Die Berufungsantwort und die prozessualen Kostenanträge der Berufungsbeklagten wurden dem Berufungskläger am 19. November 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 88). Da sich das Berufungsverfahren mit Eingang der Berufungsantwort als spruchreif erweist, kann gleichzeitig mit dem Endentscheid auch über die prozessualen Kostenanträge entschieden werden.

1.3. Auf das Berufungsverfahren sind die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Danach muss die Berufungsschrift klare Anträge enthalten, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll. Die Rechtsbegehren müssen grundsätzlich so bestimmt sein, dass sie im Falle einer Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden können. Im Falle von Geldforderungen sind die Anträge zu beziffern. Ein blosser Rückweisungsantrag genügt diesen Anforderungen in der Regel nicht, es sei denn, die Berufungsinstanz könne bei Gutheissung in der Sache selbst nicht entscheiden, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen, oder weil die Berufungsinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO entscheiden kann (Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 34; I. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 17).

Vorliegend beantragt der Kläger einzig die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Angesichts der konkreten Umstände des vorliegenden Falles genügt dieser Antrag. Die Vorinstanz hat die Forderung des Klägers nur hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Rechtmässigkeit geprüft, nicht aber hinsichtlich ihres Umfangs. Bei einer abweichenden Beurteilung der grundsätzlichen Rechtmässigkeit der Forderung im Berufungsverfahren würde über die weiteren Behauptungen und Einreden gegen das Quantitativ der Forderung kein erstinstanzliches Urteil vorliegen, was zu einer Rückweisung gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 führen muss.

2. Sachverhalt

Die Parteien schlossen am 19. November 2003 einen Mäklervertrag ab. Danach wurde der Kläger von der Beklagten beauftragt, im In- und Ausland einen Privat-

investor, Kreditgeber, Finanzinstitut, Bank oder eine Versicherung zu finden, welche die Umfinanzierung der Hypothek von Fr. 3,3 Mio. auf einer Liegenschaft der Beklagten übernimmt. Für den Fall einer erfolgreichen Vermittlung war eine Pauschal-Provision von Fr. 100'000.- vereinbart. Gemäss Abschnitt E.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen waren bei Nichtzustandekommen des Geschäftes anstelle der Provision sämtliche Aufwendungen, Spesen und übrigen Auslagen zu entschädigen, wofür auf Art. 402 Abs. 1 und 2 und Art. 413 Abs. 3 OR verwiesen wurde. Der Mäklervertrag wurde unbestrittenermassen bis zum 31. Oktober 2004 befristet; am 2. Mai 2005 erfolgte "rückwirkend" eine Verlängerung bis zum 30. Juni 2005 (Urk. 4/3, Urk. 22/4+5).

Im Frühjahr 2005 bahnte der Kläger als Vermittler ein Darlehensgeschäft über 2 Mio. EUR an. Der Kläger und der Vertreter der Beklagten begaben sich am 9. Juni 2005 nach D._____ [Stadt in Italien], um dort den Darlehensvertrag zu unterzeichnen und das Geschäft als Bargeschäft abzuwickeln. D.h. der Kreditgeber E._____ sollte der Beklagten die 2 Mio. EUR in bar übergeben, und die Beklagte sollte ihm Fr. 100'000.- in bar als erstes Zinsbetreffnis übergeben. Der Vertrag wurde unterzeichnet (Urk. 22/12), die wechselseitigen Geldübergaben scheiterten. Über die Gründe dieses Scheiterns liegen unterschiedliche Sachdarstellungen vor. Nach Darstellung der Beklagten soll es sich bei den vorgezeigten Euronoten um Falschgeld gehandelt haben. Nach Darstellung des Klägers hielt der Vertreter der Beklagten das Übergabeprozedere nicht ein und prüfte und zählte die Euronoten gar nicht, weshalb es - logisch allerdings eher schwer nachvollziehbar - zu einem tätlichen Gerangel um die Fr. 100'000.- gekommen sei und der Vertreter der Beklagten mit den Fr. 100'000.- den Übergabeort wieder verlassen habe. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger keine Provision, geht also trotz Unterzeichnung eines Darlehensvertrages am 9. Juni 2005 nicht von einem erfolgreich vermittelten Vertragsabschluss aus. Er verlangt vielmehr den Ersatz der in Erfüllung des Mäklerauftrags gehaltenen Auslagen und Aufwendungen von Fr. 26'395.55 gemäss Abschnitt E.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

3. Urteil der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat erwogen, das am 9. Juni 2005 beabsichtigte Bargeldgeschäft sei aufgrund der italienischen Gesetzgebung gegen die Geldwäscherei illegal ge-

wesen. Bargeldtransaktionen im Umfang von mehr als 12'500.- EUR seien nämlich verboten gewesen bzw. seien nur noch über besonders zugelassene Institutionen unter Einhaltung strenger Melde- und Formvorschriften zulässig gewesen. Ebenso sei die Ein- und Ausfuhr von Barmitteln von mehr als Fr. 23'000.- deklarationspflichtig gewesen, wogegen die Beklagte durch die undeklarierte Ein- und Ausfuhr der Fr. 100'000.- in erheblicher Weise verstossen habe. Sei das von den Parteien geplante bzw. vom Kläger angebahnte Geschäft in Italien aber rechtswidrig gewesen, müsse es auch in der Schweiz als hochgradig sittenwidrig im Sinne von Art. 20 OR qualifiziert werden. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag sei somit nichtig. Eine blosser Teilnichtigkeit liege nicht vor, da die besonderen Umstände - Finanzierung einer "Rotlichtliegenschaft" - eine Finanzierung auf den üblichen Bankkanälen verunmöglicht hätten und daher von Anfang an nur "besondere Finanzierungsquellen" in Frage gekommen und gesucht gewesen seien. Wegen Sittenwidrigkeit bzw. Nichtigkeit des Vertrages wies die Vorinstanz die Klage vollumfänglich ab (Urk. 84 S. 12ff).

Mit seiner Berufung macht der Kläger geltend, die Vorinstanz unterscheide nicht zwischen dem Vermittlungsvertrag und dem Darlehensvertrag. Er stütze seine Klage allein auf den Vermittlungsvertrag. Am Darlehensvertrag sei der Kläger nicht beteiligt gewesen und dessen Rechts- oder Sittenwidrigkeit betreffe den Vermittlungsvertrag und den Anspruch des Klägers auf Auslagenersatz gemäss Vermittlungsvertrag nicht. Nach Auffassung des Klägers war das geplante Darlehensgeschäft mit einem italienischen Investor allerdings nicht rechtswidrig oder gar nichtig, sondern hätte durchaus gesetzeskonform über einen Finanzintermediär abgewickelt werden können (Urk. 83). Die Beklagte schliesst sich im Berufungsverfahren vollumfänglich der Argumentation der Vorinstanz an und erneuert die Verjährungseinrede (Urk. 86).

4. Beurteilung

Der Mäklervertrag gemäss Art. 412ff OR umfasst den Auftrag an einen Mäkler, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen. Es ist daher zu unterscheiden zwischen dem Mäklervertrag als Auftrag zur Suche eines Vertragspartners für den Auftraggeber einerseits, und dem späteren Vertrag andererseits, den der Auftraggeber mit dem vom Mäkler gefundenen Vertragspartner ab-

schliesst. Die beiden Verträge hängen nur insofern voneinander ab, als der Mäkler nur beim tatsächlichen Abschluss des vermittelten späteren Vertrages eine Vergütung erhält (Art. 413 Abs. 1 OR). Die Parteien des Mäklervertrages können indessen vereinbaren, dass der Mäkler auch bei Erfolglosigkeit seiner Bemühungen Ersatz für seine Aufwendungen verlangen kann (Art. 413 Abs. 3 OR). Letzteres haben die Parteien vorliegend so vereinbart (Urk. 4/3 AGB Abschnitt E.2). Kommt der vom Mäkler vermittelte Vertrag nicht gültig zustande, wenn er z.B. nichtig ist oder eine dafür nötige behördliche Bewilligung nicht erteilt wird, so ist zwar das Vermittlungshonorar als Erfolgshonorar (Provision) nicht geschuldet, wohl aber der vereinbarte Auslagenersatz gemäss Art. 413 Abs. 3 OR. Das Scheitern eines vermittelten Vertrages berührt den Vermittlungsauftrag als solchen nicht. Erweist sich der vermittelte Vertrag als nichtig, so bleibt dies ohne Einfluss auf die Gültigkeit des Vermittlungsauftrages.

Wenn die Vorinstanz vorliegend aus der Rechtswidrigkeit des beabsichtigten Bar Darlehensvertrages nach italienischem Recht auch die Nichtigkeit des Mäklervertrages ableitet, so kann ihr nicht gefolgt werden. Der Mäklervertrag beinhaltete die Suche eines privaten oder institutionellen Investors bzw. Kreditgebers für 3,3 Mio. Franken im In- und Ausland und der Kläger war dafür schon seit 2003 aktiv (Urk. 4/3). Ein solcher Auftrag ist weder unzulässig noch unsittlich oder unmöglich in dem Sinne, dass er ausschliesslich nur mittels eines illegalen Geldwäscherei- oder Fiskaldelikttes erfüllt werden kann. Dies gilt auch unter dem Aspekt, dass es um die Umschuldung der Hypothek für eine "Rotlichtliegenschaft" ging. Wenn die zuvor angefragten renommierten grossen Schweizer Banken und grossen Versicherungen, die auf ihren Ruf achten, das Geschäft abgelehnt haben, so war damit noch lange nicht ausgeschlossen, dass sich dafür ein vermögender Privatinvestor finden liess, dem die effektive Nutzung der Liegenschaft gleichgültig war, sei dies ein Schweizer im In- oder Ausland oder ein ausländischer Investor. Nicht ausgeschlossen scheint auch die Finanzierung durch ein kleineres, weniger renommiertes Geldinstitut im In- oder Ausland. Eine solche Investition konnte sehr wohl mit Weissgeld finanziert werden; ein Schwarzgeldgeschäft oder eine Finanzierung mittels Gelder krimineller Herkunft war nicht unausweichlich oder gar gewollt. Auch eine allfällige Unterstellung einer solchen Transaktion unter die Bewilli-

gungspflicht nach dem Bundesgesetz über den Grundstückerwerb durch Ausländer verunmöglicht eine Finanzierung durch einen ausländischen Investor nicht unter allen Umständen. Schliesslich war es auch nicht zwingend, die geplante Umfinanzierung der Hypothek mittels eines Bargeldgeschäftes abzuwickeln und überdies ausgerechnet in einem Staat, welcher Restriktionen für den Bargeldverkehr kennt.

Aus dem allenfalls rechtswidrigen Darlehensgeschäft vom 9. Juni 2005 lässt sich damit keine Nichtigkeit des Mäklervertrages herleiten und der dort eingegangenen Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger auch bei Erfolglosigkeit seiner Bemühungen seine Auslagen zu ersetzen. Der Kläger verlangt unbestrittenermassen keine Provision für die Vermittlung des geplatzen Geschäftes in D._____. Daher kann zumindest im vorliegenden Berufungsverfahren offen bleiben, wie dieses genau abgelaufen ist und ob der Darlehensvertrag mit dem Investor E._____ nicht auch unter Einschaltung bevollmächtigter Finanzintermediäre gesetzeskonform hätte abgewickelt werden können.

Erweist sich das vorinstanzliche Urteil bezüglich der zentralen Erwägung zur Gültigkeit des Mäklervertrages als unzutreffend, ist es aufzuheben.

5. Der Kläger verlangt mit seiner Klage den Ersatz seiner detailliert aufgelisteten Bemühungen und Auslagen im Umfang von Fr. 26'395.55, die ihm für die Suche nach einem Kreditgeber seit dem Jahre 2003 entstanden sind (vgl. dazu Urk. 4/5 und Urk. 44/1-42). Die Beklagte hat vor Vorinstanz diese Aufwendungen bzw. Bemühungen bestritten und verschiedene Einwände und Einreden erhoben. So machte sie vorab Verjährung geltend, weil mit der Vereinbarung vom 2. Mai 2005 nicht der ursprüngliche Mäklervertrag nahtlos verlängert, sondern ein neuer Vertrag abgeschlossen worden sei (Urk. 22/5). Weiter machte die Beklagte u.a. unzumutbare und unzulässige Aufwendungen geltend, da der Kläger bei seinen Vermittlungsbemühungen u.a. ausdrückliche Weisungen missachtet habe. Umstritten sind insbesondere auch die geltend gemachten Aufwendungen für das später geplatze Darlehensgeschäft in D._____ mit dem Darlehensgeber E._____ (Urk. 34, 51). Die Vorinstanz hat sich mit keinem dieser Einwände auseinandergesetzt. Das Verfahren ist daher im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO zurück-

zuweisen, damit die Vorinstanz diese Einwendungen prüft und dazu notfalls beweismässige Abklärungen vornehmen kann.

6. Prozesskosten

6.1. Ist das vorinstanzliche Urteil aufzuheben, entfallen auch die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Für das Berufungsverfahren sind praxisgemäss einstweilen nur die Gerichtskosten in Anwendung der §§ 4 und 9 GerGebVO festzusetzen. Deren Verlegung sowie die Regelung der Parteientschädigungen sind dem definitiven Entscheid der Vorinstanz aufgrund des dannzumaligen Obsiegens bzw. Unterliegens vorzubehalten.

6.2. Eine nachträgliche Auferlegung der Kosten des Berufungsverfahrens an den Kläger im neuen bezirksgerichtlichen Verfahren ist nicht ausgeschlossen. Deshalb ist über das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu befinden.

Bereits die Vorinstanz hat dem Kläger das Armenrecht gewährt. Nach ihren Feststellungen erzielt er monatliche Einkünfte aus einer AHV-Rente und Zusatzleistungen von insgesamt Fr. 3'598.--. Den Bedarf - ohne Berufskosten - hat die Vorinstanz mit Fr. 3'086.- errechnet (Urk. 11 i.V.m. Urk. 5 S. 5). Die Bedarfsberechnung ist allerdings dahin zu korrigieren, dass der heute im Pensionsalter stehende und seit dem Konkurs nicht mehr berufstätige Kläger keine AHV-Beiträge mehr zu bezahlen hat. Damit reduziert sich der Bedarf des Klägers um Fr. 109.05 auf Fr. 2'977.-, der Freibetrag beläuft sich auf Fr. 621.-. Umgekehrt erscheint die vom Kläger als Laie persönlich aufgestellte Bedarfsberechnung als unvollständig, fehlen doch dort grundsätzlich zugelassene Versicherungsabzüge und allenfalls Franchisen/Selbstbehalte für ärztliche Behandlung. Solche fallen erfahrungsgemäss bei einem 72-Jährigen an, der zu 50% invalid ist (Urk. 5 S. 6, Urk. 7/1 2. Blatt). Unter diesen Umständen kann der Kläger noch knapp als bedürftig gelten im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Der Kläger obsiegt sodann im Berufungsverfahren, weshalb auch die Anforderungen an die Erfolgsaussichten gemäss Art. 117 lit. b ZPO erfüllt sind. Hat die Vorinstanz die Klage beim heutigen Verfahrensstand zu Unrecht abgewiesen, war auch der Beizug eines rechtskundigen Vertreters für das Berufungsverfahren ausgewiesen. Dem Kläger ist demnach für das Beru-

fungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und rechtliche Verbeiständung zu bewilligen.

6.3. Erfüllt der Kläger die Voraussetzungen des Armenrechts, ist er von Prozesskostenvorschüssen und Sicherheitsleistungen befreit (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO). Das Gesuch der Beklagten, vom Kläger sei für das Berufungsverfahren eine Sicherheitsleistung von Fr. 2'500.- zu verlangen, ist daher abzuweisen.

Es wird beschlossen :

1. Dem Kläger und Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihm in der Person von Rechtsanwalt Dr. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
7. Das Gesuch der Beklagten und Berufungsbeklagten um Auferlegung einer Sicherheitsleistung an den Kläger und Berufungskläger wird abgewiesen.
8. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt :

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 18. Juli 2012 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'900.-- festgesetzt.
10. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

12. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'395.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc