

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Urteil vom 10. Oktober 2019

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
3. Juni 2019; Proz. CG170016**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin
 - den Betrag von Fr. 108'000.00 (inklusive Mehrwertsteuern) zuzüglich Zins zu 5% seit dem 25. Mai 2016,
 - die Kosten des Zahlungsbefehls vom 28. Oktober 2016 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon im Betrage von Fr. 203.30 sowie
 - die Kosten für das Schlichtungsverfahren à Fr. 960.00zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2016) im Umfange der Guttheissung der Klage zu beseitigen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den kompletten Kaufvertrag des Grundstücks an der C. _____-strasse ... in D. _____ (GB Blatt ...) zwischen ihr und der Käuferschaft zu edieren.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer von zurzeit 8%) zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichts:

(act. 73)

1. Die beklagte Partei wird in Guttheissung der Klage verpflichtet, der klagenden Partei Fr. 108'000.– nebst Zins zu 5 % seit 25. Mai 2016 zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2016) aufgehoben.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 12'090.– ; die Barauslagen betragen:

Fr. 500.– Zeugengeld E. _____

3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 1'020.– wird von der beklagten Partei nachgefordert.
 4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 22'760.– sowie Fr. 960.– (Kosten Schlichtungsverfahren) und Fr. 203.30 (Zahlungsbefehlskosten) zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei die Kostenvorschüsse im Umfang von Fr. 10'070.– zu er-setzen.
- 5./6. (Mitteilungen/Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

(act. 71 S. 2):

"Es sei das genannte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich aufzuheben und die Klage der Klägerin abzuweisen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (mit Mwst.-Zuschlag) zu Lasten der Klägerin."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) ist eine juristische Person, die unter anderem als Maklerin im Immobilienbereich tätig ist. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) war Eigentümerin der Liegenschaft C._____-strasse ... in D._____. Mit Vertrag vom 26. Januar 2012 beauftragte die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte, diese Liegenschaft zu verkaufen. Strittig ist, ob der Berufungsbeklagten aus diesem Vertrag ein Anspruch auf Provision zusteht.

2. Am 10. Februar 2017 machte die Berufungsbeklagte die vorliegende Forderungsklage bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und 2). Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels fand am 18. September 2018 eine Instruktionverhandlung statt. Die im Rahmen dieser Verhandlung geführten Vergleichsgespräche scheiterten. Am 11. Januar 2019 fand eine Beweisverhandlung mit Partei- und Zeugeneinvernahmen statt. Nachdem die Parteien ihre schriftlichen Schlussvorträge erstattet hatten, erging am 3. Juni 2019 das vorinstanzliche Urteil (act. 66 = act. 72 = act. 73 [Aktenexemplar], fortan act. 73). Am 12. Juli 2019 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 68 i.V.m. act. 71 S. 1) Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-69). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Formelles

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 17. August 2019 auferlegte Prozesskostenvorschuss (act. 74) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgebrachten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso

wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen

will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

III. Materielles

1. Die Parteien schlossen am 26. Januar 2012 einen Vertrag, laut welchem die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte als Maklerin im Sinne von Art. 412 ff. OR mit dem Verkauf des Mehrfamilienhauses C.____-strasse ... in D.____ beauftragte (act. 3/2). Die Berufungsbeklagte präsentierte daraufhin der Berufungsklägerin unter anderem den Kaufinteressenten E.____. Gemäss unangefochten gebliebener Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz sei zwischen den Parteien nie streitig gewesen, dass die Verhandlungen mit Herrn E.____ in der Folge unterbrochen wurden: Der Ehemann der Beklagten (Berufungsklägerin), F.____ (welcher gemäss Vertrag vom 26. Januar 2012 auf Verkäuferseite für die Abwicklung ebenso zuständig war wie für alle Fragen des Maklers, vgl. act. 3/2 S. 3), habe am 14. Dezember 2012 der Klägerin (Berufungsbeklagten) telefonisch mitgeteilt, dass die Beklagte für den Verkauf der Liegenschaft von Bekannten ein Kaufangebot erhalten hätte und sie dieses zunächst überprüfen wollte, weshalb betreffend Kaufangebot von Herrn E.____ zugewartet werden müsse. Herr E.____ habe die Klägerin in der Folge mehrfach kontaktiert, sein Kaufangebot betreffend, doch deren Nachfragen bei der Beklagten zum aktuellen Stand hätten jeweils ergeben, dass sich diesbezüglich nichts Neues ergeben habe. Schliesslich sei unbestritten, dass die Beklagte die Liegenschaft im Jahr 2016 an die G.____ AG verkauft habe, die vollumfänglich deren Verwaltungsratspräsidenten E.____ zuzurechnen sei (act. 73 S. 7 ff.).

Im Vertrag vom 26. Januar 2012 ist unmittelbar nach der Nennung der Parteien sowie der Liegenschaft Folgendes aufgeführt (act. 3/2 S. 1):

Richtpreis:

Die Parteien vereinbaren einen **Verkaufspreis von CHF 8'100'000.--**

Unter Ziff. 3 und 4 wird im Vertrag sodann Folgendes festgehalten (act. 3/2 S. 2):

3. Auftragsdauer / Kündigung

Der Auftraggeber erteilt dem Beauftragten den Auftrag für den Verkauf des beschriebenen Objektes.

Falls innert zwei Jahren nach Auflösung dieses Auftrages ein Verkauf an einen Interessenten zustande kommt, mit dem der Beauftragte verhandelt hat, ist der Auftraggeber provisionspflichtig.

4. Provision

Wenn im Rahmen dieses Auftrages infolge Nachweis oder Vermittlung ein Kaufvertrag zustande kommt, ist seitens des Auftraggebers eine Provision von CHF 100'000 geschuldet.

Der Betrag wird fällig mit der Beurkundung des Kaufvertrages.

Die G._____ AG erwarb die Liegenschaft von der Berufungsklägerin zu einem Preis von CHF 7'100'000.– (dies ist nicht der Berufungsschrift zu entnehmen, ergibt sich indes aus dem vorinstanzlichen Urteil, act. 73 S. 24 f.).

2. Wie bereits vor Vorinstanz (Nachweise in act. 73 S. 17 f. E. 2.3.1.) macht die Berufungsklägerin in der Berufungsbegründung geltend, zwischen den Parteien sei ein Mindest-Verkaufspreis (act. 71 S. 2) resp. ein Fixpreis (act. 71 S. 4) vereinbart worden. Bei einem Verkauf unter diesem Preis könne daher kein Provisionsanspruch entstanden sein.

2.1 Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid zu Recht fest, zwischen den Parteien sei ein Mäklervertrag gemäss Art. 412 Abs. 1 OR abgeschlossen worden. Voraussetzung für den Anspruch auf Mäklerlohn sei dabei vorerst, dass zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten der angestrebte Vertrag nach Inhalt und Form rechtsgültig und frei von Willensmängeln zustande gekommen sei. Es sei unbestrittenermassen zu einem Kaufvertrag über die zu vermittelnde Liegenschaft zwischen der Beklagten und dem Kaufinteressenten E._____ bzw.

dessen G. _____ AG gekommen. Zur Frage, ob es sich bei diesem Vertrag um den "angestrebten Vertrag" handelte, erwog die Vorinstanz (unter Verweis auf BSK OR I-AMMANN, Art. 413 N 5, N 7) weiter, im Zweifel habe die Nennung eines Kaufpreises im Mäklervertrag nur die Bedeutung eines Richtpreises und sei nicht dahingehend zu verstehen, dass bei Nichterreichen der Mäkler keinen Provisionsanspruch haben solle. Die Parteien könnten allerdings die Entstehung des Mäklerlohnanspruchs an eine Bedingung knüpfen, wie namentlich an den Abschluss zu einem bestimmten Preis. Soweit der Auftraggeber den Mäklerlohn nicht leisten wolle, weil der im Mäklervertrag genannte Preis nicht erreicht worden sei, habe er zu beweisen, dass der Preis als Bedingung für die Bezahlung des Mäklerlohns genannt worden sei. Zunächst sei durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob einer Klausel über den angestrebten Verkaufspreis und den Provisionsanspruch die Bedeutung eines Mindestpreises zukomme, d.h. eine Provision nur geschuldet sei, wenn der Mindestpreis erreicht werde (act. 73 S. 14 ff.).

Die Vorinstanz hat sodann mittels objektiver (normativer) Auslegung ermittelt, wie die vorliegende vertragliche Vereinbarung nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den Umständen, die ihr vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden ist, verstanden werden durfte und musste. Sie kam dabei zum Schluss, dass die Wortwahl prima vista auf einen Richtpreis hinweise, was umso mehr gelten müsse, als ein Richtpreis bei Zweifeln gesetzlich vermutet werde. Für die Vereinbarung eines Richtpreises und gegen die Vereinbarung eines Mindestpreises als Bedingung spreche sodann der Umstand, dass weder Ziffer 4 des Vertrages (Wortlaut oben, Ziff. 1) noch Ziffer 3 oder Ziffer 5, die alle auf den Verkauf Bezug nähmen, je einen (Mindest-)Verkaufspreis als Bedingung enthalte. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei auch eine fixe Provision bei Vereinbarung eines Richtpreises keineswegs sinnlos, da es ja der Auftraggeber in der Hand habe, bei einem tieferen Kaufangebot keinen Kaufvertrag abzuschliessen, womit dann auch kein Provisionsanspruch entstehe. Die Vorinstanz kommt daher vorerst zum Schluss, aufgrund der Formulierung sei von einem Richtpreis und nicht von einem Mindestpreis auszugehen (act. 73 S. 19 f.).

2.2.1 Die Berufungsklägerin bringt gegen diese Ausführungen der Vorinstanz vorab vor, Letztere verfälsche den Vertragstext, indem sie schreibe "Richtpreis: Die Parteien vereinbaren einen Verkaufspreis von Fr. 8'100'000.--" anstatt die Überschrift "Richtpreis", wie im Vertragstext, durch eine Zwischenzeile getrennt wiederzugeben (act. 71 S. 3). Die Befürchtung der Berufungsklägerin, der unbefangene Leser erhalte dadurch einen falschen Eindruck (ebenda), stösst allerdings ins Leere: Die typographische Darstellung auf dem Vertragsdokument ist zwar durch die Wiedergabe im Lauftext nicht abgebildet, indes mit einem Blick auf das Dokument ersichtlich (act. 3/2 S. 1 sowie oben, Ziff. 1). Zwar sollten typographische Feinheiten nicht überbewertet werden, dennoch fällt auf, dass fettgedruckt nur die Worte "Richtpreis:" und "Verkaufspreis von CHF 8'100'000.--" sind, was die Vorinstanz zwar nicht erwähnt, ihr Auslegungsergebnis indes durchaus stützt: Die Parteien vereinbarten demgemäss als Richtpreis einen Verkaufspreis von CHF 8'100'000.--. Von einem "vereinbarten Verkaufspreis", wie die Berufungsklägerin unter Verwendung von Anführungs- und Schlusszeichen (und mithin in der Form eines Zitats) schreibt (act. 71 S. 3, S. 4, S. 5; ferner S. 7, S. 15), ist in der Vertragsurkunde demgegenüber nirgends die Rede.

Die Berufungsklägerin macht (wie schon vor Vorinstanz) geltend, der Vertrag sei von der Gegenpartei vorformuliert worden. Es handle sich über weite Strecken um einen Standardvertrag der Klägerin, was insbesondere auch für die Überschrift "Richtpreis" gelte. Die Vorinstanz lasse dies völlig ausser Acht und habe überdies ihr rechtliches Gehör verletzt: Wohl werde im Urteil das Vorbringen der Beklagten, wonach der Vertrag "contra stipulatorem" auszulegen sei, wiedergegeben, aber die Vorinstanz habe sich mit diesem Vorbringen in keiner Weise auseinandergesetzt (act. 71 S. 3-5). Richtig ist, dass die Berufungsklägerin in der Duplik geltend machte, es würde hier der Grundsatz "contra stipulatorem" gelten (act. 18 S. 3), wie im vorinstanzlichen Urteil ja unstreitig festgehalten wird (act. 73 S. 13). Allerdings heisst der Grundsatz unverkürzt "*in dubio* contra stipulatorem" (Vorhebung hinzugefügt), und die Vorinstanz hat an mehreren Stellen – und nach dem oben Gesagten ist das nicht zu beanstanden – zumindest sinngemäss festgehalten, dass ihrer Ansicht nach nicht wirkliche Zweifel bestehen. Bei dieser Sachlage liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, wenn

die Vorinstanz nicht noch ausdrücklich erwähnte, dass in Ermangelung von erheblichen Zweifeln der Wortlaut der Vertragsurkunde nicht gegen deren Verfasserin auszulegen sei. Die Auslegung des Vertragstextes durch die Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden.

2.2.2 Die Berufungsklägerin bringt sodann vor, die Ausführungen der Vorinstanz zum Verhältnis von fixer Provision und Richtpreis seien "wirr und unverständlich". Bei einer Vereinbarung eines Fixpreises gehe eine Provision eben gerade nicht einher, wenn dieser Preis nicht erreicht werde (so act. 71 S. 4 mit Verweis auf act. 73 S. 20 unten). Dieses Vorbringen ist indes unverständlicher als der diesbezügliche Satz der Vorinstanz und darüber hinaus gefangen in der strittigen Prämisse, dass ein Fixpreis vereinbart worden wäre. Davon abgesehen vermag die rechtskundige Berufungsklägerin damit den gesetzlichen Anforderungen an die Begründung der Berufung nicht zu genügen, hätte sie sich doch mit der angefochtenen Erwägung inhaltlich auseinanderzusetzen und darzulegen, inwiefern diese unzutreffend ist (vgl. oben Ziff. II.2., erster Absatz).

2.2.3 Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, sie habe vor Vorinstanz aufgezeigt, dass die Klägerin den Vertrag genau so wie sie verstanden habe, nämlich dass die Liegenschaft nur zu einem Preis von CHF 8.1 Mio. habe verkauft werden dürfen. Indem die Vorinstanz diese Tatsachenbehauptung mit keinem Wort gewürdigt habe, habe diese erneut das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt (act. 71 S. 6).

Inhaltlich macht die Berufungsklägerin damit einen vom (durch Auslegung ermittelten) Wortlaut des Vertrages abweichenden tatsächlichen Konsens der Parteien geltend. Sie behauptet indes selbst nicht – und dies zu Recht –, diese Tatsachenbehauptung vor Vorinstanz im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels vorgebracht zu haben, vielmehr brachte sie dies erst in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vor (act. 63 S. 4). Zu jenem Zeitpunkt war indes die Novenschranke bereits gefallen, so dass neue Tatsachenbehauptungen nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig gewesen wären (vgl. BGE 140 III 313 E.6.3.2), Voraussetzungen *nota bene*, die hier nicht vorliegen. Die Vorinstanz hätte gut daran getan, in ihrem Urteil auf diesen Umstand hinzuweisen.

Allein, auch durch diesen Hinweis hätte sich nichts daran geändert, dass die entsprechenden Tatsachenbehauptungen nicht beachtlich gewesen wären. Die Vorinstanz war mit anderen Worten nicht gehalten, sich inhaltlich mit diesem Vortrag auseinanderzusetzen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist damit auch diesbezüglich zu verneinen.

2.2.4 Schliesslich rügt die Berufungsklägerin als willkürlich, unhaltbar und schwer nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz in ihrem Urteil als Indiz für das Vorliegen eines Richtpreises werte, dass vor Festlegung des Verkaufspreises keine Schätzung der Liegenschaft vorgenommen worden sei (act. 73 S. 25). Die Vorinstanz blende mit dieser Äusserung die Interessen der Beklagten vollständig aus (act. 71 S. 8).

Zutreffend ist, dass sich die Vorinstanz an dieser Stelle einem Argument der Klägerin angeschlossen hat, was ja einleitend ausdrücklich festgehalten wird (act. 73 S. 25 oben). Tatsächlich hätte wohl primär die Klägerin als Mäklerin ein Interesse an einer vorgängigen Schätzung gehabt und nicht die Berufungsklägerin, wenn die Parteien im vorliegenden Fall einen Mindestverkaufspreis vereinbart hätten – der Preis war ja auch nach Ansicht der Verkäuferin sehr hoch angesetzt. Etwas anderes ist dem vorinstanzlichen Urteil nicht zu entnehmen. Was daran unhaltbar oder willkürlich sein soll, wird in der Berufung nicht dargelegt.

2.3 Die Berufungsklägerin vermag damit mit ihrer Rüge, es sei zwischen den Parteien im Vertrag vom 26. Januar 2012 entgegen dem vorinstanzlichen Urteil ein Fix- resp. Mindestverkaufspreis vereinbart worden, nicht durchzudringen.

3. Die Berufungsklägerin macht wie bereits vor Vorinstanz geltend, der Provisionsanspruch der Mäklerin sei (auch) darum entfallen, weil der Mäklervertrag vom 26. Januar 2012 mehr als zwei Jahre vor dem Verkauf der Liegenschaft aufgelöst worden sei. Vorliegend sei der Vertrag stillschweigend erloschen respektive aufgehoben worden, da keine Verhandlungen weder zwischen den Parteien noch mit Interessenten mehr geführt worden seien und sämtliche Kontakte im Zusammenhang mit dem Vertrag bzw. dem Verkaufsobjekt schon Jahre vor dem Verkauf beendet worden seien, weshalb die Schutzfrist von zwei Jahren im Dezember 2015

bzw. März 2016 (als es zu den öffentlichen Beurkundungen des Kaufvertrags kam, act. 33A, 33B [Anmerkung hinzugefügt]) abgelaufen gewesen sei. Wenn der Ehemann der Berufungsklägerin mit Schreiben vom 25. Februar 2015 das faktisch schon lange erloschene Mandat ordnungshalber auch noch formell beendet habe, so einzig und allein deshalb, weil er das offensichtliche Erlöschen der Vertragsbeziehung einfach noch schwarz auf weiss habe festhalten wollen (act. 71 S. 9 ff.).

3.1 Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass ein Mäklervertrag gestützt auf Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 404 OR jederzeit fristlos widerrufbar bzw. kündbar sei. Es handle sich bei der Widerrufs- bzw. Kündigungserklärung um einseitig ausüb- bare, auflösende Gestaltungsrechte. Die Erklärung sei jedoch empfangsbedürftig (act. 73 E. 3.2 m.w.H.). Bei der Würdigung des Beweisergebnisses zur strittigen Frage des Zeitpunkts der Vertragsauflösung (act. 73 E. 3.3 ff. S. 43 ff.) hält die Vorinstanz sodann fest, dass die Maklerin das Schreiben des Beklagtenvertreters vom 25. Februar 2015 mit der Formulierung "Ordnungshalber beende ich hiermit das faktisch schon lange erloschene Mandat nun auch formell" als Kündigung auffassen durfte und musste, ohne dass sie, wie von der Beklagten geltend ge- macht, gegen die Formulierung des Schreibens hätte remonstrieren müssen, falls sie denn nicht der Meinung gewesen sein sollte, das Mandat sei schon lange er- loschen. In der fehlenden Bestreitung könne kein konkludent geschlossener Auf- hebungsvertrag auf einen (unklaren) früheren Zeitpunkt hin erblickt werden. Das Mandatsverhältnis sei daher mit Kündigungsschreiben vom 25. Februar 2015 durch den Ehemann der Beklagten beendet worden.

3.2 Mit diesen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz setzt sich die Beru- fungsklägerin nicht auseinander und wirft der Vorinstanz Willkür vor, indem diese "keine einzige Aussage der Zeugen und keine einzige Tatsache, welche als Indiz unzweifelhaft für den rechtlichen Standpunkt der Beklagten sprechen, zu Gunsten der Beklagten wertet" (act. 71 S. 14). Dass sowohl eine einseitige Vertragsbeen- digung durch Ausübung eines Gestaltungsrechts wie auch die Beendigung durch Aufhebungsvertrag entsprechende empfangsbedürftige Willenserklärungen einer resp. beider Seiten bedurft hätten, blendet die Berufungsklägerin demgegenüber

aus. Einen Aufhebungsvertrag, welcher nach Ansicht der Berufungsklägerin vor dem am 25. Februar 2015 erfolgten Kündigungsschreiben konkludent abgeschlossen worden wäre (act. 71 S. 9), hat die Vorinstanz nicht ernstlich in Erwägung gezogen. Das ist nicht zu beanstanden, denn aus einem aktuellen Ruhen von Verkaufsbemühungen ohne Weiteres auf eine gegenseitig übereinstimmende Willenserklärung auf Vertragsauflösung schliessen zu wollen, wäre nicht haltbar. Dass es zudem gegen eine (gemäss Beklagter) offensichtliche konkludente Vertragsauflösung spricht, wenn sich der Ehemann der Beklagten veranlasst sieht, das infolge Ruhens schon beendete Vertragsverhältnis auch noch zu kündigen, hat schon die Vorinstanz zu Recht festgehalten (act. 73 S. 48).

Die Berufungsklägerin vermag somit auch in diesem Punkt nicht durchzudringen.

4. Die Berufungsklägerin macht schliesslich geltend, die Tätigkeit der Berufungsbeklagten sei für den Jahre später abgeschlossenen Kaufvertrag zwischen ihr und Herrn E._____ resp. seiner G._____ AG entgegen dem Urteil der Vorinstanz nicht kausal gewesen. Die Kausalität zwischen der vertraglichen Tätigkeit der Berufungsbeklagten und dem Jahre später erfolgten Vertragsabschluss mit Herrn E._____ sei schon deshalb zu verneinen, weil die Berufungsbeklagte gar nicht vertragsgemäss tätig geworden sei. Vielmehr habe die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin bzw. deren Ehemann und auch die Vorinstanz hinters Licht geführt. Da mit der Klageschrift von der Gegenseite eigenartigerweise noch keine Verkaufsdokumentation eingereicht worden sei, habe sie, die Berufungsklägerin, in der Klageantwort moniert und klargestellt, dass sie überhaupt noch nie eine Verkaufsdokumentation gesehen habe und also die Qualität der Bemühungen nicht wirklich hätte überprüfen können. Daraufhin habe die Berufungsbeklagte mit der Replik eine Verkaufsdokumentation eingereicht, die als Verkaufspreis CHF 8.1 Mio. genannt habe. Mit keinem Wort sei erwähnt worden, dass Herr E._____ nicht diese Verkaufsdokumentation zugestellt worden war, sondern, wie sich an der Zeugenbefragung von Herrn E._____ zufällig ergeben habe, eine andere Verkaufsdokumentation, welche als Verkaufspreis CHF 6.8 Mio. genannt habe. Dieses eigenmächtige Auswechseln der Verkaufsdokumentation mit einem

völlig anderen Preis sei unzweifelhaft eine vertragswidrige Tätigkeit, womit dem Kausalzusammenhang zwischen einer vertragsgemässen Tätigkeit und einem Vertragsabschluss von vornherein der Boden entzogen sei (act. 71 S. 14 ff.).

4.1 Der Maklerlohn ist nur geschuldet, wenn das Zustandekommen des Vertrags zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten auf die Tätigkeit des Maklers zurückzuführen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Es muss, mit anderen Worten, ein Kausalzusammenhang zwischen der Maklertätigkeit und dem Vertragsschluss bestehen. Der Vertragsschluss muss indes nicht unmittelbare Folge der Maklertätigkeit sein. Es genügt nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn zwischen den Bemühungen des Maklers und dem Entschluss des Dritten zur Eingehung des Kaufvertrags ein psychologischer Zusammenhang besteht (BGE 72 II 84 E. 2.; BGE 84 II 548 E. 5; BGer 4A_334/2018 vom 20. März 2019, E. 4.1.2; BGer 4A_307/2018 vom 10. Oktober 2018, E. 4.1; BGer 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018, E. 3.1). Der psychologische Zusammenhang kann auch bestehen, wenn zwischenzeitlich die Verhandlungen abgebrochen wurden, und es schadet auch nicht, wenn ein anderer Makler eingeschaltet wurde. Im letzten Fall liegt nur dann kein genügender psychologischer Zusammenhang vor, wenn die Tätigkeit des Maklers zu keinem Resultat geführt hat, die Verhandlungen definitiv abgebrochen wurden und der Verkauf schliesslich auf einer ganz neuen Basis abgeschlossen wurde (BGer 4A_562 vom 7. Mai 2018, E. 3.1, mit weiteren Hinweisen).

4.1.1 In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht gelegentlich darauf hingewiesen, dass das Kriterium des psychologischen Zusammenhangs ("lien psychologique") zwischen der Tätigkeit des Maklers und der (Kauf-)Entscheidung des Dritten bei der Nachweismaklerei nicht wirklich Sinn mache und als Anwendungsbereich dieser Figur demnach auf die Vermittlungsmaklerei verwiesen (BGer 4A_479/2016 vom 21. April 2017, E. 4.1 [m.w.H.]; BGer 4A_334/2018 vom 20. März 2019, E. 4.1.2). Dies leuchtet ein, ist es doch Aufgabe des Nachweismaklers, dem Auftraggeber (lediglich) die Namen von Dritten zu nennen, die an einem Vertragsabschluss interessiert sind, ohne dass er auf die Willensbildung zum Vertragsabschluss des Dritten Einfluss nehmen muss.

Die Vorinstanz ist, wie die Parteien auch, davon ausgegangen, dass die Parteien im vorliegenden Fall mit dem Vertrag vom 26. Januar 2012 (act. 3/2) eine Vermittlungsmäklerlei abgeschlossen haben. Auf die zutreffenden Erwägungen kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (act. 73 S. 30 f. E. III.2.4.4).

4.1.2 Die Berufungsklägerin macht geltend, zwischen dem Abbruch der Verhandlungen und dem Abschluss des Kaufvertrags mit Herrn E._____ resp. seiner G._____ AG sei so viel Zeit verstrichen, dass wohl schwerlich von einem "psychologischen Zusammenhang" gesprochen werden könne, was die Vorinstanz ausser Acht lasse (act. 71 S. 18 f.). Der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags ist indes bedeutungslos (BGer 4A_155/2008 vom 24. April 2008, E. 3.1; vgl. auch BGer 4A_96/2016 vom 4. April 2016, E. 2.1: "Le temps écoulé entre les derniers efforts du courtier et la conclusion du contrat principal est en soi un fait dénué de portée"), solange im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags mit dem Dritten ein Anspruch auf die Provision nach wie vor bestand. Letzteres ist von der Kammer bereits geprüft und bejaht worden (oben, Ziff. 3.).

4.2 Die Berufungsklägerin bringt weiter vor, was die Vorinstanz über den sogenannten psychologischen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und einem späteren Vertragsschluss in rechtstheoretischer Hinsicht darlege, möge vor dem Hintergrund der Bundesgerichtspraxis sowie der Literatur grundsätzlich zutreffen (act. 71 S. 18). Die Rüge, die Vorinstanz unterlasse eine konkrete Subsumierung des Sachverhaltes unter die Rechtsfigur des psychologischen Zusammenhangs (ebenda) geht indes fehl: Die Vorinstanz setzt sich sehr wohl mit den Tätigkeiten der Berufungsbeklagten, insbesondere im Zusammenhang mit dem Kaufinteressenten E._____, auseinander und unterzieht auch die Beweismittel im Zusammenhang mit einer allfälligen Durchbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen diesen Tätigkeiten und dem Verkaufsabschluss einer eingehenden Würdigung (act. 73 S. 31 f., S. 38 ff.). Auf diese Ausführungen der Vorinstanz geht die Berufungsklägerin nicht ein. Mit den von der Vorinstanz dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen hat es damit sein Bewenden. Dies gilt nicht zuletzt für die Feststellung, dass der nachmalige Käufer E._____ bereits im Novem-

ber/Dezember 2012 kaufwillig war – was die Berufungsklägerin nicht in Abrede stellt, wenn sie in der Berufung vortragen lässt, Herr E. _____ sei (damals) bereit gewesen, den ihm von der Gegenseite vertragswidrig genannten Preis von CHF 6.8 Mio. zu akzeptieren (act. 71 S. 17). Im Weiteren hat die Berufungsbeklagte demnach die erste Kontaktaufnahme mit dem späteren Käufer bewerkstelligt, dessen Kaufinteresse geweckt, für diesen die Besichtigung der Liegenschaft organisiert und in ihren Büroräumlichkeiten den späteren Käufer sowie die Berufungsklägerin zu einem Treffen hinsichtlich des Verkaufs der Liegenschaft zusammengeführt (act. 73 S. 31). Das Vorbringen der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe gar keine vertragsgemässen Tätigkeiten entfaltet, stösst damit ins Leere. Es steht (wiederum) unter der Prämisse, dass die Parteien einen Mindestverkaufspreis von CHF 8.1 Mio. vereinbart hätten, doch dem ist nicht so (vgl. oben, Ziff. 2). Von einer vertragswidrigen Tätigkeit kann daher nicht die Rede sein, und entgegen der Darstellung in der Berufungsschrift kann es nicht als sonderlich überraschend bezeichnet werden, dass dem Kaufinteressenten eine Dokumentation mit einem Verkaufspreis von CHF 6.8 Mio. zugestellt worden war, hatte doch die Berufungsbeklagte bereits mit der Replik ein Dokument eingereicht, wonach sie eine Verkaufsdokumentation mit diesem Verkaufspreis an mindestens eine weitere Interessentin verschickt hatte (act. 15/34/11). Letztlich ist indes nicht entscheidend, ob das Bestehen von zwei Verkaufsdokumentationen überraschend war, kritisiert doch die Berufungsklägerin mit ihrem Vortrag primär das Verhalten der Gegenseite und nicht das vorinstanzliche Urteil.

Zu prüfen bleibt indes, ob die Vorinstanz die Rechtsfigur des psychologischen Zusammenhangs richtig angewandt hat. Jedenfalls kann mit gutem Willen die Berufungsklägerin so verstanden werden, als wollte sie eine unrichtige Anwendung dieser Rechtsfigur rügen, wenn sie am Schluss ihrer Ausführungen zur Kausalität der Tätigkeit der Berufungsbeklagten für den Vertragsabschluss zusammenfassend eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz rügt (act. 71 S. 20). Die Berufungsklägerin macht geltend, sie habe 2015 den Makler H. _____ beauftragt, der erst im Spätsommer 2015 einen ersten Kontakt mit Herrn E. _____ gehabt habe. Wäre Letzterer bei ihr im Jahre 2015 als ernsthafter Kontakt präsent gewesen, so hätte die Beklagte resp. ihr Ehemann mit Sicherheit direkt und ohne

Umweg über einen honorarpflichtigen Makler (H._____) mit diesem verhandelt. Die Feststellung der Vorinstanz, dass der Verkauf von Ende 2015/anfangs 2016 direkt auf die Vermittlungstätigkeit der Gegenseite und insbesondere auf die Realisierung des Erstkontaktes zurückzuführen sei, sei schon deshalb falsch, weil E._____ zu einem Erstkontakt mit einer falschen Dokumentation geködert worden sei. Er habe vielmehr von der Gegenseite lediglich erfahren, dass die Nachbarsliegenschaft (E._____ war Eigentümer der Liegenschaft neben derjenigen der Berufungsklägerin, Anmerkung hinzugefügt) zu erwerben gewesen sei (act. 71 S. 18 ff.).

4.2.1 Wurde, wie vorliegend, nach den Tätigkeiten des Anspruch auf Provision erhebenden Mäklers ein anderer Mäkler eingeschaltet, so steht dies nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung (oben, Ziffer 4.1) einem Provisionsanspruch des ursprünglichen Mäklers ebenso wenig a priori entgegen, wie erforderlich wäre, dass der Vertragsabschluss ausschliesslich auf die Tätigkeit des ursprünglichen Mäklers zurückzuführen wäre: Es genügt, dass zwischen dessen Tätigkeit und dem Vertragsabschluss ein genügender psychologischer Zusammenhang besteht. Von einem solchen kann nach der oben wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch dann nicht gesprochen werden, wenn die Tätigkeit des Mäklers zu keinem Resultat geführt hat, die Verhandlungen definitiv abgebrochen wurden und der Verkauf schliesslich auf einer ganz neuen Basis abgeschlossen wurde (Nachweis oben, Ziff. 4.1).

Vorliegend wurde unstreitig während der Tätigkeit der Berufungsbeklagten der angestrebte Vertrag nicht abgeschlossen, die vertragsgemässe Tätigkeit des Mäklers hat insoweit zu keinem Resultat geführt.

Ein Abbruch der Verhandlungen im Sinne der Rechtsprechung liegt dann vor, wenn die Tätigkeit des Mäklers beim Kaufinteressenten keinen Abschlusswillen zu erzielen vermochte, sich also der Kaufinteressent gegen weitere Verhandlungen entscheidet, etwa, weil ihm der verlangte Preis zu hoch erscheint (BGE 72 II 84 E. 2; BGer 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018, E. 3.4.1.). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass beim nachmaligen Käufer E._____ zur Zeit der Tätigkeit und durch die Tätigkeit der Berufungsbeklagten der Kaufwille bestanden habe, was

die Berufungsklägerin wie erwähnt nicht moniert. Unstreitig war es nicht Herr E._____, der die Verhandlungen abbrach, sondern die Berufungsklägerin selbst. Nach Aussagen des Zeugen E._____, welche die Vorinstanz als "ganz und gar überzeugend" gewertet hat (act. 71 S. 40), wurden nach dem November 2012 sowohl er selbst wie auch der Vertreter der Berufungsbeklagten von der Berufungsklägerin hingehalten (act. 73 S. 36). Auch dies hat die Berufungsklägerin weder vor Vorinstanz noch in ihrer Berufungsschrift in Abrede gestellt. Damit liegt kein Abbruch der Verhandlungen im Sinne der Rechtsprechung vor, vermochte doch die Tätigkeit der Mäklerin beim Kaufinteressenten den Kaufwillen zu erzielen. Zudem war es auch nicht der Kaufinteressent, der sich gegen weitere Verhandlungen entschied, sondern vielmehr die Verkäuferin (resp. der für sie handelnde Ehemann, F._____), die der Mäklerin mitteilte, man habe von Bekannten ein Kaufangebot erhalten, welches man zunächst überprüfen wolle, weshalb betreffend Kaufangebot des Kaufinteressenten (und nachmaligen Käufers) E._____ zugewartet werden müsse.

Da damit kein definitiver Verhandlungsabbruch im Sinne der Rechtsprechung vorliegt, erübrigt sich die Prüfung, ob der Verkauf schliesslich auf einer ganz neuen Basis abgeschlossen wurde. Immerhin ist festzuhalten, dass der Kaufinteressent E._____ im November/Dezember 2012 durch die Tätigkeiten der Berufungsbeklagten unstreitig bereit gewesen wäre, die in der Stadt Zürich gelegene Liegenschaft für Fr. 6'800'000.– zu kaufen und diese dann im Dezember 2015 resp. März 2016 (act. 33A und 33B) für Fr. 7'100'000.– kaufte, was angesichts der Preisentwicklung von in der Stadt Zürich gelegenen Immobilien im fraglichen Zeitraum kaum von einer ganz neuen Basis würde sprechen lassen (vgl. demgegenüber BGer 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018, E. 3.4.2.: Verkauf auf ganz neuer Grundlage bejaht in einem Fall, wo die Immobilie anstatt für Fr. 15 Mio. schliesslich für Fr. 12 Mio. verkauft wurde).

4.2.2 Der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erforderliche, aber auch genügende (psychologische) Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem später erfolgten Verkauf der Liegenschaft an den Käufer E._____ ist

damit nicht entfallen. Die Vorinstanz hat die erforderliche Kausalität zu Recht bejaht.

4.3 Die Berufungsklägerin erinnert schliesslich an ihren vor Vorinstanz gestellten Eventualantrag, wonach eine Provision zugunsten der Gegenpartei erheblich zu reduzieren wäre, da feststehe, dass sie mit Herrn H._____ drei Jahre später einen Makler honorarpflichtig beauftragt und diesem tatsächlich ein Honorar im sechsstelligen Bereich bezahlt habe (act. 71 S. 20). Wenn sie in der Folge zum angefochtenen Urteil indes lediglich ausführt, die Vorinstanz erwäge in ihrem Urteil eine Provisionsaufteilung und komme "auch hier – wie könnte es anders sein – zu einer für die Beklagte negativen Beurteilung" (act. 71 S. 21 unter Hinweis auf act. 73 S. 48 f.), so lässt dies eine genügende inhaltliche Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen vermissen.

5. Zusammenfassend ist die Berufung damit vollumfänglich abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Beklagte und Berufungsklägerin unterliegt mit der Berufung vollumfänglich, wie sie schon im bezirksgerichtlichen Verfahren vollständig unterlag. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe an sie für beide Verfahren (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 9'100.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unter-

liegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. Juni 2019 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'100.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 71, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 108'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw A. Ochsner

versandt am: