

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB210026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 26. August 2021

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Erbengemeinschaft B.\_\_\_\_\_,**

a) **C.\_\_\_\_\_,**

b) **D.\_\_\_\_\_,**

c) **E.\_\_\_\_\_,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

a, b, c vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom  
9. April 2021; Proz. CG190029**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

" Es sei der Beklagte [B. \_\_\_\_\_] zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 60'000.00 aus dem Verkauf der Pizzeria "F. \_\_\_\_\_" sowie Friedensrichterkosten von CHF 600.00 zu bezahlen,

unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MWSt) zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

(act. 59 S. 12)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'350.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 3'350.00 wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 10'500.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung

**Berufungsanträge:**

**der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 57 S. 2):**

- "1. Es seien das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. April 2021 (Geschäfts-Nr. CG190029) vollumfänglich aufzuheben.

Die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 60'000.00 aus dem Verkauf des Pizzeriabetriebes "F. \_\_\_\_\_" sowie Friedensrichterkosten von CHF 600.00 zu bezahlen;

2. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung und vollständigen Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % MwSt.) zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ist als GmbH im Handelsregister eingetragen und bezweckt gemäss Eintrag die Führung eines Restaurantbetriebs an der G.\_\_\_\_-strasse in Zürich. Im vorliegenden Verfahren erhebt sie gegenüber den Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte), den Rechtsnachfolgern des am 24. Oktober 2019 verstorbenen B.\_\_\_\_, Anspruch auf einen Maklerlohn in der Höhe von CHF 60'000.00 gestützt auf eine entsprechende mündliche Vereinbarung zwischen ihrem Geschäftsführer H.\_\_\_\_ und dem verstorbenen B.\_\_\_\_. Die Beklagten bestreiten die behauptete oder eine anderweitige vertragliche Vereinbarung zwischen der Klägerin bzw. H.\_\_\_\_ und †B.\_\_\_\_.

2. Am 2. Mai 2019 machte die Klägerin ihre Klage durch Einreichung der Klage und der Klagebewilligung hängig (act. 1 und 2). Nach Eingang der Klageantwort und Eintritt der Beklagten als Rechtsnachfolger von †B.\_\_\_\_ in das Verfahren folgte ein zweiter Schriftenwechsel sowie am 8. März 2021 eine Instruktions- und Vergleichsverhandlung (Prot. VI S. 8), an welcher keine Einigung erzielt werden konnte. Nachdem die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet hatten (act. 48 und 50), erging am 9. April 2021 der vorinstanzliche Entscheid (act. 59). Dieser wurde den Parteien am 15. April 2021 zugestellt (act. 53 und 54).

3. Am 17. Mai 2021 erhob die Klägerin Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 57). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Von der Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO abgesehen werden. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen ob die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind. Dies ist der Fall: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und enthält sowohl Anträge als auch eine Begründung. Die Klägerin hat überdies den ihr mit Verfügung vom 20. Mai 2021 auferlegten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 60 - 62). Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen. Sie ist indes nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gerichts alle sich stellenden Fragen zu untersuchen, wenn die Berufungsklägerin diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorbringt. Die Berufung erhebende Partei hat sich vielmehr mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch sein soll. Dabei genügt es nicht vor der ersten Instanz Vorgetragenes zu wiederholen oder auf die Vorakten zu verweisen oder allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen zu üben. Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken. 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 weder an die Begründung der Berufungsklägerin noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. zum Ganzen: 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; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4; BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4; ZR 110 [2011] Nr. 80; (vgl. ZK

ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.). Im Berufungsverfahren können sodann neue Tatsachen und Beweismittel 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).

3. Die Vorinstanz begründete ihren die Klage abweisenden Entscheid damit, dass die Klägerin eine tatsächliche Willensübereinstimmung im Sinne des von ihr behaupteten Mäklervertrages nicht substantiiert behauptet habe. Sie habe jedwede konkreten Ausführungen unterlassen und weder ausgeführt, zu welchem Zeitpunkt noch an welchem Ort die Parteien miteinander gesprochen haben noch sich zum konkreten Inhalt des Gesprächs geäußert. Die allgemeine Behauptung, die Parteien hätten 10% Provision vereinbart, reiche bei Weitem nicht zum Nachweis des behaupteten Maklervertrages. Umso weniger, nachdem die Beklagte eine Vereinbarung ganz grundsätzlich bestritten habe. Die Klägerin hätte den Vertragsschluss zwischen den Parteien danach nicht nur in den Grundzügen, sondern substantiiert darlegen müssen, was sie unterlassen habe. Eine tatsächliche Willensübereinstimmung sei damit nicht substantiiert behauptet. Hiezu hätte es Ausführungen über den Inhalt der Vereinbarung bedurft, zwischen wem was und wann mit welchem Wortlaut abgemacht worden sei. Die Klägerin habe nicht einmal Ausführungen hinsichtlich ihrer Aktivlegitimation gemacht, erschliesse sich doch keineswegs - selbst wenn man von einem Gespräch zwischen H.\_\_\_\_\_ und tB.\_\_\_\_\_ ausgehen würde - weshalb der Vertrag zwischen der Klägerin (und nicht H.\_\_\_\_\_) und tB.\_\_\_\_\_ geschlossen worden sein soll. Damit über eine Tatsache Beweis abgenommen werden könne, müsse diese in den Rechtsschriften hinreichend substantiiert behauptet worden sein. Auch das Schreiben von I.\_\_\_\_\_, auf welches die Klägerin sich als (Haupt-)Beweismittel berufe, weise einen ungenügenden Inhalt auf. Damit könne weder eine Aktivlegitimation der Klägerin nachgewiesen werden, noch dass eine Provision vereinbart worden sei. Auch könnte I.\_\_\_\_\_ nicht bestätigen, wer Vertragspartei gewesen sei. Da die Klägerin jegliche Ausführungen zu Zeitpunkt, Ort, Wortlaut und Zusammenhang des Gespräches zwischen H.\_\_\_\_\_ und tB.\_\_\_\_\_ unterlassen habe, könne auch kein mutmasslicher Parteiwille aus allfälligen Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung ermittelt werden (act. 59 S. 8 - 11).

4. In der Berufung hält die Klägerin an ihrem Vorbringen vor Vorinstanz, dass sie, vertreten durch ihren Geschäftsführer H.\_\_\_\_\_, mit dem verstorbenen B.\_\_\_\_\_ für den Verkauf seiner Pizzeria "F.\_\_\_\_\_" vereinbart habe, bei Nachweis eines Interessenten eine Provision von 10% des Verkaufspreises zu erhalten, fest. Zum Beweis für diese Behauptung, welche alle wesentlichen Tatbestandselemente eines Maklervertrages umschliesse, habe sie die persönliche Befragung, eventualiter die Beweisaussage des Geschäftsführers H.\_\_\_\_\_ angeboten. An mehr als einer Stelle habe sie auch ausführen lassen, dass H.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin mit †B.\_\_\_\_\_ vereinbart habe, seine Pizzeria zu verkaufen. Sowohl der Käufer I.\_\_\_\_\_ wie auch H.\_\_\_\_\_ hätten im Rahmen der Befragung bestätigen können, dass der Käufer dem Verkäufer von H.\_\_\_\_\_ zugeführt worden sei. Aus dem behaupteten weiteren, gleichen Vorgang zwischen der Klägerin und †B.\_\_\_\_\_ habe Letzterer von der Geschäftstätigkeit der Klägerin und deren Konditionen gewusst und auch dass H.\_\_\_\_\_ für die Klägerin handelte. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz sei auf all das zu Unrecht nicht eingegangen. Die Befragungen hätten ohne Zweifel ergeben, dass H.\_\_\_\_\_ für die Klägerin handelte und welche Konditionen bei der Zuführung eines Klienten gälten. In den Wind geschlagen habe die Vorinstanz auch den Inhalt des Schreibens von I.\_\_\_\_\_ vom 13. September 2018 (act. 4/4). Sie, die Klägerin, habe entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch dargetan, wie sie zum Vertragsschluss mit †B.\_\_\_\_\_ gekommen sei. Aus den zum Beweis angebotenen Befragungen hätte sich ohne Zweifel auch der Hinweis auf das Inserat auf der Website Gastrokaufen.ch (act. 58/2) ergeben, das ohne Zustimmung von †B.\_\_\_\_\_ sicher nicht geschaltet worden wäre. Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, ihren prozessualen Pflichten nachgekommen zu sein. Mit ihrem Vorgehen habe die Vorinstanz ihr Recht auf Beweis verweigert und das rechtliche Gehör mehrfach verletzt (act. 57).

5. Vorab festzuhalten ist, dass die Klägerin erstmals in der Berufung auf das Inserat auf der Website Gastrokaufen.ch (mit Beleg in act. 58/2) hinweist, ohne dass sie indes dartut oder ersichtlich wäre, dass sie dies nicht bereits vor Vorinstanz hätte tun können. Die Zulässigkeit der neuen Behauptung (und des neuen Beweismittels) ist damit nicht dargetan, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

6. Im Übrigen macht die Klägerin eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs geltend, weil die Vorinstanz keine Beweise erhoben hat. Hierauf ist nachstehend einzugehen.

6.1 Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Das Recht ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV).

6.2 *Gegenstand* des Beweises sind grundsätzlich rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Darunter fallen äussere und innere Tatsachen, wie zum Beispiel Kenntnis oder ein bestimmter Wille, wobei die inneren Tatsachen einem direkten Beweis nicht zugänglich sind (BGE 145 III 1 ff. E. 3.3). Der Beweis setzt substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die von der Gegenseite substantiiert bestritten werden. Andernfalls besteht vorbehältlich Art. 153 ZPO kein Raum für eine Beweisabnahme. Das Beweisverfahren dient also nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt vielmehr solche voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1 mit Hinweisen auf Urteil 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1; 4A\_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.4).

Wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren ist, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. In einem ersten Schritt muss die klagende Partei die konkreten Tatsachen, die ihre Ansprüche rechtfertigen, genügend genau erläutern, damit die Gegenpartei jene bezeichnen kann, die sie bestreitet. Bestreitet die Gegenpartei das rechtserhebliche Vorbringen, sind in einem zweiten Schritt die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen so umfassend und klar darzulegen, dass es dem Gericht möglich ist, die nötigen Beweise zu erheben (Urteil 4A\_441/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 2.1; BGE 144 III 519 E. 5.2.1 = Pra 87/2019; BGE 127 III 365.E. 2b). Wird eine mündliche Vereinbarung behauptet, ist auszuführen, welche Personen wann und wo

was gesagt haben. Insoweit erweisen sich auch die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz als zutreffend (act. 59 S. 7 f.).

7.1 Die Klägerin hat in der Klage (act. 2) behauptet, der damalige Beklagte †B.\_\_\_\_\_ habe mit dem Geschäftsführer der Klägerin *mündlich vereinbart*, dass diese ihm Interessenten für den Verkauf der Pizzeria "F.\_\_\_\_\_" nachweisen solle, wobei bei erfolgreichem Nachweis eine Provision von 10% des Kaufpreises zu bezahlen sein würde. Für diese Behauptung bot die Klägerin die Befragung des Geschäftsführers H.\_\_\_\_\_ als Zeuge an. Des Weiteren legte sie dar, die Pizzeria sei für CHF 600'000.00 an I.\_\_\_\_\_ verkauft worden, was I.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 13. September 2018 bestätigt habe; ebenso habe der Käufer bestätigt, dass das Geschäft durch den Geschäftsführer der Klägerin vermittelt worden sei. Dieses Schreiben legte die Klägerin ins Recht (act. 4/4) und sie bot I.\_\_\_\_\_ als Zeuge an.

Der damalige Beklagte liess dazu in der Klageantwort ausführen, dass er bestreite, mit dem Geschäftsführer mündlich das von der Klägerin Behauptete vereinbart zu haben. Zwischen den Parteien seien weder mündliche noch schriftliche Vereinbarungen abgeschlossen worden, und schon gar kein Maklervertrag und keine Provision. Der damalige Beklagte liess ausführen, wie es aus seiner Sicht zum Kaufvertrag zwischen ihm und I.\_\_\_\_\_ über das Inventar des Restaurants (nicht des Restaurants selbst) gekommen war und er bestritt die Richtigkeit und die Aussagekraft des Schreibens von I.\_\_\_\_\_ (act. 13 S. 3ff.).

7.2 Die Klägerin behauptete in ihrem ersten Parteivortrag vor Vorinstanz nach dem Gesagten eine mündliche Vereinbarung zwischen ihrem Geschäftsführer und †B.\_\_\_\_\_, wogegen der Beklagte jegliche Vereinbarung und auch den von der Klägerin behaupteten Inhalt bestritt. Es oblag mithin der Klägerin in einem zweiten Schritt im Einzelnen diese mündliche Vereinbarung darzutun, mithin darzulegen, wer was wann gesagt hatte. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien betreffend die wesentlichen Vertragspunkte erforderlich, welche ausdrücklich oder stillschweigend sein kann (Art. 1 und 2 OR). Der massgebliche Inhalt bestimmt sich primär nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt dieser unbe-

wiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Parteierklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Hierauf hat die Vorinstanz bereits zutreffend hingewiesen (act. 59 S. 9).

7.3 In der Replik wiederholte die Klägerin unter Bestreitung der gegnerischen Vorbringen, dass sie vertreten durch ihren Geschäftsführer mit †B.\_\_\_\_\_ vereinbart habe, gegen eine Provision von 10% des Kaufpreises Interessenten für die Übernahme des Betriebs, konkret Kauf des Inventars zuzuführen. Dies sei ihr in der Person von I.\_\_\_\_\_, welcher dafür CHF 600'000.00 bezahlt habe, gelungen, weshalb sie, die Klägerin die Maklerprovision beanspruche (act. 40 S. 3). I.\_\_\_\_\_ habe eine Pizzeria gesucht, die er erwerben könne. H.\_\_\_\_\_ habe erfahren, dass der zuvor †B.\_\_\_\_\_ vermittelte Käufer des Inventars vom Vermieter nicht als Mieter akzeptiert worden sei. In Kenntnis des Scheiterns des ersten Kaufvertrages habe die Klägerin I.\_\_\_\_\_ mit †B.\_\_\_\_\_ zusammengebracht. Ersterer habe klar und unzweideutig bestätigt, dass er auf Vermittlung des Geschäftsführers der Klägerin von †B.\_\_\_\_\_ die Pizzeria gekauft und dafür CHF 600'000.00 bezahlt habe (act. 40 S. 4 und 5). Die Beklagten - so die Klägerin in der Replik weiter - hätten ausdrücklich eingeräumt, dass sie von den geschäftlichen Aktivitäten der Klägerin bzw. deren Geschäftsführer gewusst hatten, wenn sie ausführen liessen, dass der Letztgenannte I.\_\_\_\_\_ schon mehrere Liegenschaften verkauft oder vermittelt habe. Es sei ihnen bekannt gewesen, welches Geschäft die Klägerin betreibe, weshalb die Behauptung, es habe zwischen der Klägerin und †B.\_\_\_\_\_ kein Maklervertrag für die Zuführung von Interessenten für das Restaurant "F.\_\_\_\_\_" bestanden, widersprüchlich und wider Treu und Glauben sei. Ein solcher Vertrag könne auch formlos geschlossen werden. †B.\_\_\_\_\_ habe sich durch die Klägerin – was der Geschäftsführer H.\_\_\_\_\_ ihm ausdrücklich erklärt habe – einen bzw. gar einen zweiten Interessenten zuführen lassen, der zu seinen Konditionen bereit gewesen sei, das Inventar der Pizzeria zu übernehmen. Damit sei ihre, der Klägerin Aufgabe erfüllt gewesen und es komme nicht darauf an, ob und wieviele Treffen zwischen welchen Personen es noch bedurft habe bis zum Vertragsschluss. Die Klägerin, vertreten durch H.\_\_\_\_\_, habe †B.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_ als

Interessenten für die Pizzeria zugeführt; das sei ihr Geschäftsmodell, was sich aus dem Gesagten und der Bestätigung von I. \_\_\_\_\_ ergebe (act. 40 S. 5-7).

7.4 Die Klägerin hat mit diesen Vorbringen in der Replik die behauptete und bestrittene *Vereinbarung zwischen ihr und tB. \_\_\_\_\_* in keiner Weise spezifiziert: Sie erwähnt mit keinem Wort, dass und in welcher Art sich tB. \_\_\_\_\_ ihr bzw. ihrem Geschäftsführer gegenüber geäußert haben soll und auch nicht, dass dessen Verhalten ihr gegenüber oder andere Umstände auf die von ihr behauptete Vereinbarung schliessen lassen könnten. Die Klägerin unterliess es überhaupt eine Parteierklärung von tB. \_\_\_\_\_ zu behaupten. Damit fehlt es am Fundament für eine vertragliche Vereinbarung bzw. an den notwendigen Tatsachenbehauptungen, welche für ein Beweisverfahren vorausgesetzt sind und die - einmal bewiesen - allenfalls (durch Auslegung) auf den von der Klägerin behaupteten Vertrag schliessen lassen könnten.

7.5 Es genügt zur Begründung des von der Klägerin erhobenen Anspruchs nicht, wenn in einem früheren Zeitpunkt ein ähnlicher Vertrag zwischen den Parteien tatsächlich zustande gekommen ist oder wenn tB. \_\_\_\_\_ und die Beklagten das Geschäftsmodell der Klägerin kannten. Hieraus lässt sich kein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und tB. \_\_\_\_\_ im Sinne einer Mäkelei betreffend das Inventar des Restaurants "F. \_\_\_\_\_" ableiten, wie es die Klägerin behauptet. Auch der Umstand, dass es unbestrittenermassen zwischen tB. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ zum Kaufvertrag über das Inventar der Pizzeria "F. \_\_\_\_\_" kam, genügt nicht, um eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Klägerin und tB. \_\_\_\_\_ betreffend Provision nachzuweisen. Und auch die Bestätigung des Käufers I. \_\_\_\_\_, er sei vom Geschäftsführer der Klägerin dem Verkäufer zugeführt worden, reicht nicht für die Begründung eines Provisionsanspruchs, wenn entsprechende übereinstimmende Willensäusserungen zwischen der Klägerin und tB. \_\_\_\_\_ nicht dargetan sind. Es kann deshalb auch offen bleiben, auf welchem Weg es zu diesem Vertrag kam. Selbst wenn die - von den Beklagten bestrittene - Darstellung zutrifft und H. \_\_\_\_\_ dem damaligen Beklagten den Interessenten I. \_\_\_\_\_ zugeführt hat, nachdem ein erster Interessent von der Vermieterin des Restaurants abgelehnt worden war, vermöchte dies einen Anspruch der Klägerin nicht zu be-

gründen, wenn sich die Klägerin und †B.\_\_\_\_\_ nicht eben darauf geeinigt haben. Die Beklagten haben eine solche Vereinbarung bestritten, weshalb die Klägerin - wie gesehen - deren Elemente im Einzelnen - und dabei insbesondere auch eine entsprechende Willensäußerung von †B.\_\_\_\_\_ - hätte behaupten müssen, was sie nicht getan hat. Diese Grundlagen sind im Rahmen des Behauptungsverfahrens darzutun. Die Befragung der zum Beweis angebotenen Personen vermögen diese nicht zu ersetzen.

7.6 Hat die Klägerin vor Vorinstanz die Grundlagen der von ihr behaupteten Vereinbarung nicht hinreichend behauptet, nachdem die Beklagten jegliche Vereinbarung in Abrede gestellt hatte, fehlte es auch an den notwendigen Grundlagen für ein Beweisverfahren und die Vorinstanz hat das Recht der Klägerin auf Beweis nicht verletzt, wenn sie die von ihr angebotenen Beweise nicht abgenommen hat. Die Berufung ist unbegründet. Sie ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

8. Die Klägerin hat unbestrittenermassen durch ihren Geschäftsführer H.\_\_\_\_\_ gehandelt. Die Klägerin geht davon aus, †B.\_\_\_\_\_ habe gewusst, dass H.\_\_\_\_\_ nicht persönlich, sondern für die Klägerin handle, weil er das Geschäft der Klägerin gekannt habe. Dass H.\_\_\_\_\_ dies †B.\_\_\_\_\_ gegenüber offengelegt hätte, behauptet sie nicht. Die Beklagten ihrerseits haben die Aktivlegitimation der Klägerin nicht explizit bestritten, sondern standen vor Vorinstanz auf dem Standpunkt, dass zwischen †B.\_\_\_\_\_ und der Klägerin bzw. H.\_\_\_\_\_ keine Vereinbarung abgeschlossen worden sei (act. 44 S. 4). Damit bleiben die Vertragsparteien und damit auch die Aktivlegitimation der Klägerin unklar, worauf es nach dem Gesagten aber nicht ankommen kann.

### III.

Ist die Berufung abzuweisen, so hat die Klägerin auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Klägerin nicht weil sie unterliegt, den Beklagten nicht, weil ihnen durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 9. April 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 57 und 58/2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 60'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. S. Kröger

versandt am: