

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB210031-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. Würsch

Urteil vom 18. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin X2. _____,

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
20. April 2021; Proz. CG180022**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2):

1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 470'812.50 zzgl. Zins zu 5% ab dem 21. Dezember 2016 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreuungskreises Altendorf Lachen (Zahlungsbefehl vom 19. April 2017) im Umfang von CHF 470'812.50 zzgl. Zins zu 5% ab dem 21. Dezember 2016 zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichts:

(act. 120 S. 24)

1. Die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 120 S. 24 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 470'812.50 nebst Zins zu 5% p.a. seit 30. März 2017 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag des Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreuungsamtes Altendorf Lachen, Zahlungsbefehl vom 19. April 2017, wird beseitigt für CHF 470'812.50 nebst Zins zu 5% p.a. seit 30. März 2017.
3. Im übrigen Umfang wird die Klage abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 27'000.—.

5. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden im Umfang von CHF 23'166.– aus den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen bezogen. Im Übrigen (CHF 3'834.–) werden sie vom Beklagten bezogen.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 23'166.– und die Schlichtungskosten von CHF 950.– zu ersetzen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 36'833.– (allfällige Mehrwertsteuer darin enthalten) zu bezahlen.
8. (Schriftliche Mitteilung).
9. (Rechtsmittel/Berufung).

Berufungsanträge:

(act. 119 S. 2):

- "1. Der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, Geschäfts-Nr. CG180022-L/U vom 20. April 2021 sei bezüglich folgender Ziffern des Dispositivs aufzuheben:
«1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 470'812.50 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 30. März 2017 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag des Beklagten gegen die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Altendorf Lachen, Zahlungsbefehl vom 19. April 2017 wird beseitigt für CHF 470'812.50 nebst Zins zu 5% p. a. seit 30. März 2017.»
2. Auf die Klage sei nicht einzutreten.
3. Eventualiter: Die Klage sei abzuweisen.
4. Sub-Eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Gegenforderungen bleiben vorbehalten.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Am 19. April 2018 gelangte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) ans Bezirksgericht Zürich und verlangte vom Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) eine Provision für den Nachweis eines Käufers für dessen Grundstück am C.____-weg ... in D.____. Nach zwei Schriftenwechseln (act. 21, 17, 34, 42), Gewährung des Rechts auf Stellungnahme (act. 46), einer Instruktionsverhandlung mit Vergleichsgesprächen, welche erfolglos verliefen (Prot.Vi S. 9 ff.), und einem Beweisverfahren sowie Schlussvorträgen (Prot.Vi. S. 12 ff.), wies die Vorinstanz die örtliche Unzuständigkeitseinrede des Beklagten ab und verpflichtete ihn, der Klägerin eine Mäklerprovision von CHF 470'812.50 samt 5% Verzugszins zu bezahlen (act. 114 = act. 120).

2. Dagegen wehrt sich der Kläger mit Berufung vom 1. Juni 2021 bei der Kammer und beantragt im Wesentlichen Nichteintreten auf die Klage, eventualiter Aufhebung der Zahlungsverpflichtung (act. 119 S. 2). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-117). Auf Weiterungen, namentlich das Einholen einer Berufungsantwort, kann verzichtet werden, weil sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Berufung wurde innert 30-tägiger Berufungsfrist begründet und mit Anträgen versehen bei der Kammer eingereicht (Art. 311 ZPO). Der Kostenvorschuss wurde innert erstreckter Frist geleistet (act. 131 und 133), weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

2. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Ersterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss. Denn das zweitinstanzliche Verfahren

zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine gerichtliche Beurteilung des Streits vorliegt. Entsprechend ist es an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrecht erhalten lassen (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik an angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. A. 2017, Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80,) und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4 und BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass sie alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – 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, 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3).

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 die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen. Im Falle unechter Noven hat sie die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die

Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017 E. II./3 und LB170028 vom 30. November 2017 E. II./1.2).

3.

3.1 Die Klägerin hatte vor Vorinstanz vorgebracht, sämtliche Leistungen aus dem schriftlichen Mäklervertrag der Parteien vom 3./4. Juli 2016 erfüllt zu haben. Sie habe dem Beklagten einen solventen Kaufinteressenten nachgewiesen, welcher das Grundstück auch gekauft habe. Der Beklagte habe den Mäklervertrag erst nach erfolgtem Nachweis des späteren Käufers anfangs Dezember 2016 gekündigt. Er schulde die vereinbarte Provision, auch wenn sich der Abschluss des Kaufvertrags wegen einer Altlastenproblematik auf dem Grundstück, die der Beklagte gekannt habe, verzögert und die Beurkundung erst am 30. März 2017 stattgefunden habe. Der Beklagte sei die vereinbarte Provision bis heute schuldig geblieben (act. 2, 34).

3.2 Der Beklagte hatte eingewendet, die Vorinstanz sei örtlich nicht zuständig, weil der Mäklervertrag mangels Kollektivunterzeichnung seitens der Klägerin sowie Täuschung nicht zustande gekommen sei. Die darin enthaltene Gerichtsstandsklausel zugunsten der Gerichte in Zürich sei folglich nicht rechtswirksam. Die Klägerin habe ihre vertraglichen Leistungen überdies nicht gehörig erbracht. Sie habe den Interessenten einen zu tiefen Kaufpreis kommuniziert und die Altlastenproblematik nicht erkannt, weshalb sich der Abschluss des Kaufvertrags verzögert und ein zu geringer Verkaufspreis erzielt worden sei. Zudem habe sie unterlassen, die Interessenten auf die Bauhöhenbeschränkungen auf den Nachbargrundstücken hinzuweisen, was sich ebenfalls auf den Kaufpreis negativ ausgewirkt habe. Wegen der nicht gehörigen Vertragserfüllung habe er den Mäklervertrag am 1. Dezember 2016 und damit noch vor der Unterzeichnung durch den Kollektivzeichnungsberechtigten der Klägerin gekündigt. Auch sei die verlangte Provision in Anbetracht der geringen Bemühungen der Klägerin übersetzt. Er erhebt Schadenersatzansprüche aus Schlechterfüllung für den Fall der Guttheissung der Klage (act. 17 und 42).

4. Die Vorinstanz vertrat zusammengefasst die Auffassung, es sei ein gültiger Mäklervertrag zustande gekommen. Es sei überdies rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Beklagte auf einen Formmangel berufe, obwohl er zugelassen habe, dass die Klägerin Erfüllungshandlungen vornehme, und er die Provision habe reduzieren wollen. Die Vorinstanz erachtete die Vorwürfe des Beklagten, er sei durch den Gesellschafter der Klägerin, E._____, getäuscht worden, weil dieser angeblich vorgegeben habe, für die Klägerin einzelzeichnungsberechtigt zu sein, als nicht stichhaltig. Der Beklagte müsse sich den Eintrag im Handelsregister über die Kollektivzeichnungsberechtigung der beiden Gesellschafter der Klägerin, E._____ und F._____, entgegenhalten lassen. Die Klägerin habe die vertraglichen Verpflichtungen einer Nachweismäkelei erfüllt und dem Beklagten G._____ als Käufer nachgewiesen. Der Beklagte schulde somit die vereinbarte Provision von 2,25% auf dem Kaufpreis von CHF 19'375'000.–. Diese sei für Zürich nicht unangemessen hoch. Da der Klägerin keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden könne, seien die Voraussetzungen der Gegenforderungen nicht erfüllt (act. 120).

5.

5.1 Der Berufungskläger hält vor der Kammer an der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit der Vorinstanz fest. Der Mäklervertrag, einschliesslich Gerichtsstandsklausel, sei ungültig, weshalb die Gerichte an seinem Wohnort zuständig seien (act. 119 Rz 7). Zur Begründung verweist er auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Juni 2000 (BGer 4C.73/2000). Es ist nicht ersichtlich, was er daraus für sich ableiten möchte. Der Entscheid behandelt die Frage der Autonomie der Gerichtsstandsklausel. Ob der Mäklervertrag oder nur die Gerichtsstandsklausel ungültig sind, war, soweit ersichtlich, erstinstanzlich nicht zu prüfen und wird im angefochtenen Entscheid nicht erörtert. Der Beklagte erklärt denn auch sogleich, es sei der ganze Mäklervertrag nicht zustande gekommen (act. 119 S. 4). Seine diesbezüglichen Ausführungen (act. 119 Rz 7) sind daher nicht nachvollziehbar und nicht weiter beachtlich. Folglich ist zu prüfen, ob der Mäklervertrag rechtsverbindlich abgeschlossen wurde.

Der Beklagte beharrt darauf, er sei von E._____ beim Vertragsabschluss getäuscht worden. Soweit er ausführt, er sei aufgrund seiner früheren Zusammenar-

beit mit E._____ als Leiter Deutschschweiz der H._____ im Jahr 2011 davon ausgegangen, dieser habe sich selbständig gemacht und sei für die Klägerin einzelzeichnungsberechtigt, wiederholt er lediglich seine bereits vor Vorinstanz vertretene Auffassung und befasst sich nicht mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid (act. 119 Rz 8 ff.). Die Vorinstanz wies den Täuschungsvorwurf im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Beklagte müsse sich den Eintrag zur Klägerin im Handelsregister entgegenhalten lassen und konkrete Täuschungshandlungen von E._____ seien nicht behauptet (act. 120 S. 9). Der Beklagte zeigt nicht auf, was an diesen Überlegungen falsch sein soll, und solches lässt sich auch nicht erkennen. Art. 936b Abs. 1 OR (vormals Art. 933 Abs. 1 OR) bestimmt, dass niemand einwenden könne, er habe eine Tatsache nicht gekannt, sofern diese ins Handelsregister eingetragen wurde. Der Gesetzgeber statuiert damit die Vermutung, dass der Registerinhalt allgemein bekannt ist (BGer 5C.219/2006 vom 16. April 2007 E. 3.4; BK OR-SIFFERT, 2021, Art. 936b N 6). Die positive Publizitätswirkung des Registers galt bereits unter der alten, im Wortlaut gleich formulierten Normierung von Art. 933 Abs. 1 OR. Vorbehalten bleibt einzig der Nachweis, dass die eingetragene Tatsache unrichtig ist oder ein täuschendes Verhalten vorliegt, welches das Festhalten an der Publizitätswirkung als treuwidrig erscheinen liesse (BSK OR II-ECKERT, 5. Auflage, Art. 933 N 7). Aus dem Handelsregistereintrag (act. 4/1) lässt sich ersehen, dass es sich bei der am tt.mm. 2012 im Handelsregister eingetragenen Klägerin um eine schweizerische GmbH mit Sitz in I._____, Zürich, handelt und seit dem 4. Dezember 2013 E._____ und F._____ als Gesellschafter über Kollektivunterschrift zu zweien verfügen. Dieser Eintrag hat sich der Beklagte, wie die Vorinstanz richtig festhielt, grundsätzlich anzurechnen. Der Beklagte hat weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren konkrete Verhaltensweisen von E._____ geschildert, die ein täuschendes Verhalten bedeuten und eine Ausnahme von der positiven Publizitätswirkung rechtfertigen könnten. Insbesondere behauptet er nicht, E._____ habe ihm trotz Registereintrag versichert oder gar mit Belegen untermauert, er wolle und könne den Vertrag für die Klägerin alleine abschliessen. Es sind damit keine Ausschlussgründe der Publizitätswirkung vorgebracht. Seine Behauptungen, er sei von E._____ getäuscht worden und habe nicht gewusst, dass F._____ den Vertrag ebenfalls unterzeich-

nen müsse und sich der Mäklervertrag bis dahin in einem Schwebezustand befindende (act. 119 Rz 8 - 11), verfangen deshalb nicht. Im Übrigen fehlt ein nachvollziehbarer Grund dafür, weshalb für ihn entscheidend gewesen sein soll, den Vertrag mit E._____ als einzigem Vertreter der Klägerin abzuschliessen. Der Beklagte hat sich das Wissen um die Kollektivzeichnungsberechtigung von E._____ somit entgegenzuhalten. Daran vermag auch der Einwand, E._____ habe durch den Firmenzusatz "LLC" in E-Mails die wahre Rechtsform der Klägerin verschleiern wollen (act. 119 S. 4), nichts zu ändern, zumal die Gesellschaftsform der Klägerin als GmbH aus dem Handelsregistereintrag deutlich hervorgeht.

5.2 Der Beklagte bestreitet, dass F._____ den Mäklervertrag vor der Kündigung unterzeichnet habe und eine Genehmigung nach der Kündigung noch möglich sei. Das Schreiben vom 3. Dezember 2016, mit welchem die Klägerin die Kündigung bestätigt habe, bedeute keine nachträgliche Genehmigung des Mäklervertrags (act. 119 S. 6).

Sowohl die Vorinstanz als auch der Beklagte gehen zutreffend davon aus, dass der Mäklervertrag zur Rechtsverbindlichkeit das Einverständnis beider Gesellschafter der Klägerin bedurfte. Der Mäklervertrag trägt die Unterschriften beider (act. 4/2). Es ist unbestritten, dass am 4. Juli 2016 nur E._____ den Vertrag zeichnete und die Unterschrift F._____s nachträglich erfolgte. Die Vorinstanz führte zur Frage, wann F._____ den Vertrag unterschrieb, ein Beweisverfahren durch (Prot.Vi S. 12 ff.; Hauptbeweissätze 1 und Gegenbeweissatz 4). Im Rahmen des Beweisverfahrens erklärte der Beklagte an der Parteibefragung, zuerst habe Herr E._____ den Vertrag unterzeichnet und nach Hinweis des Rechtsanwalts habe noch Herr F._____ seine Unterschrift geleistet. Er wisse nicht mehr, wann die Unterschrift geleistet worden sei, auf jeden Fall vor der Auflösung des Verkaufsmandats (Prot.Vi S. 34). Die beiden Gesellschafter führten in ihren Parteibefragungen übereinstimmend aus, F._____ habe den Mäklervertrag innert einiger Wochen nach seiner Rückkehr aus den Sommerferien 2016, also vor der Kündigung durch den Beklagten Anfang Dezember 2016, unterschrieben (Prot.Vi S. 24 und 29). Die Vorinstanz stützte sich in ihren Erwägungen unter anderem auf diese Aussagen und erwog, es sei einerlei, wie die Rechtslage bei nachträglicher Genehmigung im

Sinne von Art. 38 Abs. 1 OR bei Dauerschuldverhältnissen nach der Kündigung des Vertrags zu beurteilen sei, nachdem alle Parteien ausgesagt hätten, die Unterschrift sei vor der Kündigung des Mäklervertrags erfolgt (act. 120 S. 6 E. II/2.1.4). Der Beklagte nimmt auf diese schlüssigen Erwägungen keinen Bezug und setzt sich mit den verschiedenen Aussagen im Beweisverfahren nicht detailliert auseinander. Er rügt insbesondere nicht, die Vorinstanz habe die Beweise nicht oder unangemessen gewürdigt. Entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift beinhalteten die Aussagen des Beklagten in der vorinstanzlichen Beweisverhandlung nicht im Kern lediglich die Aussage, ihm sei nicht bekannt, wann der Vertrag von Herrn F._____ genehmigt worden sei (act. 119 S. 7 Rz 11 i.f.). Dass die Vorinstanz festhielt, auch der Beklagte habe ausgeführt, F._____ habe den Vertrag noch vor dem 3. Dezember 2016 unterzeichnet (act. 120 E. 2.1.4. unter Hinweis auf Prot.Vi S. 39) ist daher nicht zu bemängeln. Ebenso wenig wendet er ein, die Vorinstanz habe von ihm korrekt angebotene Beweise nicht abgenommen. Zwar ist dem Beklagten insoweit Recht zu geben, dass beide Gesellschafter den genauen Zeitpunkt, wann F._____ den Vertrag unterzeichnete, nicht nennen konnten (act. 119 S. 7). Dieser Umstand beeinträchtigt die Glaubhaftigkeit der Aussagen der beiden jedoch nicht, wäre doch gerade umgekehrt erstaunlich, wenn sie sich rund vier Jahre später an das Datum exakt erinnern könnten, obwohl ihnen im Sommer 2016 nicht bewusst gewesen sein musste, dass das Datum eines Tages von Bedeutung sein würde. Gestützt auf die Parteiaussagen sowie aufgrund des allseits unterzeichneten Vertrags darf als erwiesen betrachtet werden, dass der Mäklervertrag von beiden Gesellschaftern der Klägerin vor der Kündigung vom 1. Dezember 2016 (act. 4/8) unterschrieben wurde. Die erneut mit der Berufung erhobenen abweichenden Behauptungen bleiben damit pauschale, nicht belegte Vermutungen des Beklagten. Die Rechtsfrage, ob eine nachträgliche Genehmigung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 OR nach Beendigung des Dauerschuldverhältnisses erteilt werden kann, ist somit nicht bedeutsam. Ebenso braucht nicht geklärt zu werden, ob die Bestätigung der Kündigung (act. 4/47) eine nachträgliche Genehmigung des Mäklervertrags durch F._____ bedeutete und ob sich der Beklagte mit seiner Behauptung, der Vertrag sei ungültig, rechtsmissbräuchlich verhält. Die Einwände des Beklagten zum Unterschriftenbild (act. 119

S. 6 f.) sind ebenfalls nicht relevant. Ob auf dem Vertragsformular nur der Name E. _____ in Druckschrift aufgeführt wird und sich die Unterschriften der Kollektivzeichnungsberechtigten nebeneinander oder übereinander befinden, ist für das Erfordernis der Schriftlichkeit gemäss Art. 13 OR nicht massgeblich. Entscheidend ist einzig, ob beide Gesellschafter den Mäklervertrag eigenhändig unterzeichneten, was nachweislich der Fall ist. Sollte der Beklagte mit seinen Vorbringen die Echtheit der Unterschrift von F. _____ anzweifeln wollen, so wäre die Bestreitung im Sinne von Art. 178 ZPO nicht ausreichend begründet und, soweit ersichtlich, verspätet. Zusammenfassend sind die Einwände des Beklagten betreffend Ungültigkeit/Anfechtbarkeit des Mäklervertrags unbegründet.

5.3 Der Beklagte hält in der Berufung daran fest, es handle sich beim Vertrag um eine Vermittlungs- und nicht um eine Nachweismäkelei und die Klägerin habe den Vertrag mangelhaft erfüllt (act. 119 S. 8 f.). Die Vorinstanz äusserte sich knapp, aber insoweit nachvollziehbar zum Inhalt des Vertrags. Gestützt auf den Wortlaut von Ziff. 4 Abs. 2 lit. a des Vertrags sei die Provision geschuldet, wenn infolge Nachweis oder Vermittlung durch die Klägerin ein Kaufvertrag zustande komme. Es handle sich offensichtlich um alternative Voraussetzungen, weshalb es genüge, wenn der Kaufvertrag mit einem nachgewiesenen Käufer geschlossen werde. Daran würden auch die in Ziff. 8 des Vertrags vereinbarten Massnahmen nichts ändern (act. 120 S. 10 f.).

Die Beklagte geht nicht näher auf die Ausführungen der Vorinstanz ein. Die Tätigkeit des Nachweismäklers beschränkt sich auf die Bekanntgabe einer oder mehrerer konkret bestimmter Abschlussgelegenheiten, während der Vermittlungsmäkler auf den Vertragsabschluss aktiv hinwirkt (BGE 144 III 43 E. 3.1.1). Die Parteien haben in Ziff. 2 des Mäklervertrags detailliert geregelt, wann die Provision geschuldet ist. Da der Mäklervertrag bereits aufgelöst war, als der Kaufvertrag am 30. März 2017 beurkundet wurde (vgl. act. 4/2 und 4/9), lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz der Provisionsanspruch nicht auf Ziff. 4 Abs. 2 lit. a des Mäklervertrags stützen, setzt dieser doch voraus, dass der Kaufvertrag während der Laufzeit des Vertrags abgeschlossen wird. Korrekt ist der Anspruch deshalb aus Ziff. 4 Abs. 2 lit. c des Vertrags herzuleiten, gemäss welchem die

Provision geschuldet ist, wenn die Liegenschaft während eines Jahres nach Beendigung des Auftrags an einen während des Auftrags von der Klägerin *nachgewiesenen oder vermittelten* Interessenten verkauft wird. Da die Parteien uneins sind, welche Art der Mäkelei sie vereinbart haben, und sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellen lässt, sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Dabei hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, wobei es als Vertragswillen anzusehen hat, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 m.w.H.; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. E. 4.2.1). Gemäss Wortlaut von Ziff. 4 Abs. 2 lit. c des Vertrags wird der Klägerin ein Anspruch auf Provision sowohl beim Nachweis als auch der Vermittlung des späteren Käufers eingeräumt. Der soweit klare und unbestrittene Wortlaut lässt wenig Spielraum für eine abweichende Auslegung. Der Beklagte behauptet denn auch keine konkreten Umstände für seine dem Wortlaut widersprechende Auslegung, es sei nur eine Vermittlungsmäkelei vereinbart gewesen. Auch die in Ziff. 8 des Vertrags unter dem Titel "Dienstleistungen des Auftragnehmers im Rahmen der Provisionsregelung" aufgeführten Tätigkeiten sprechen nicht gegen eine kombinierte Nachweis- und Vermittlungsmäkelei, zumal die Vertragsklausel, wie nachfolgend noch erörtert wird (E. II/5.4), keinen Katalog der von der Klägerin zwingend zu erbringenden Vertragsleistungen darstellt. Die Auffassung der Vorinstanz, die Provision sei bereits beim Nachweis des späteren Käufers geschuldet, ist folglich nicht zu korrigieren. Die Rüge des Beklagten ist unbegründet.

5.4 Der Beklagte bemängelt, im angefochtenen Urteil werde zu Unrecht angenommen, die Klägerin habe ihre Vertragsleistungen gehörig erbracht (act. 119 Rz 15). Die Vorinstanz hielt dazu fest, die Klägerin sei als Exklusivmäklerin zum Tätigwerden verpflichtet. Sie sei aber in der Wahl ihrer Werbemittel frei. Es spiele

keine Rolle, dass sie nicht alle in Ziff. 8 des Vertrags aufgeführten Massnahmen vorgenommen habe, weil diese keine zwingend zu erbringenden Vertragsleistungen der Klägerin darstellen würden, sondern in deren Ermessen lägen (act. 120 S. 11 und 14).

Die vom Mäkler zu erbringende Leistung wird gesetzlich nicht genau umschrieben (vgl. Art. 412 OR). Der Mäkler ist, allfällige vertragliche Abmachungen vorbehalten, grundsätzlich frei, wie er den Vertrag erfüllen möchte, und sehr viel freier in seiner Tätigkeit als der Beauftragte. Der Mäklervertrag ist rein erfolgsorientiert (BGE 144 III 43 E. 3.1.1 und BGE 131 III 268 E. 5.1.2). Eine Verpflichtung zum Tätigwerden hat er nur, wenn eine Ausschliesslichkeitsklausel verabredet ist (BGE 144 III 43 E. 3.1.1, BGE 103 II 129 E. 3 S. 133). Wird er für den Auftraggeber tätig, treffen ihn ähnliche Treue- und Sorgfaltspflichten wie den Beauftragten. Er hat dann für die Interessen des Auftraggebers zu sorgen, d.h. alles zu tun, damit dieser das angestrebte Ziel verwirklichen kann (BSK OR I-AMMANN, a.a.O., Art. 412 N 8). Die Klägerin war Exklusivmäklerin (act. 4/2 Ziff. 2) und damit zum Tätigwerden im Interesse des Beklagten verpflichtet. In Ziff. 8 vereinbarten die Parteien eine Liste von Leistungen, welche von der Provision erfasst sein sollen. Die Regelung scheint darauf abzuzielen, den Umfang der von der Provision gedeckten Leistungen zu definieren und Unsicherheiten bezüglich einer zusätzlichen Vergütung zu verhindern. Darin wird weiter ausdrücklich festgehalten, dass die Dienstleistungen im Ermessen der Klägerin nach Absprache mit dem Beklagten einzusetzen seien. Aufgrund des Wortlauts und des Charakters der Mäkelei kann in Ziff. 8 des Vertrags keine Verpflichtung der Klägerin erblickt werden, jede der aufgeführten Tätigkeit zwingend vorzunehmen, sondern sie kann eine Auslese im Interesse des Beklagten und nach Rücksprache mit diesem treffen. Die Klägerin hat zwei Verkaufsdossiers auf Deutsch und Englisch erstellt, worin die zu verkaufende Liegenschaft beschrieben, mit Fotos und Grundrissplänen illustriert wurde (act. 4/22 und 4/23). Diese seien an Interessenten versandt und es seien mehr als tausend bei der Klägerin registrierte Kunden angeschrieben worden. Weiter habe sie ein Werbeinserat geschaltet (vgl. act. 2 S. 16 f. und act. 4/24 ff.). Belegt und unbestritten ist, dass der Käufer G._____ aufgrund der Tätigkeit der Klägerin dem Beklagten bekannt wurde (vgl. act. 4/32 f.) und nach Verhandlungen mit dem Be-

klagten die Liegenschaft am 30. März 2017 zu einem Kaufpreis von CHF 19'375'000.– erwarb. Es ist daher erstellt, dass die Klägerin nicht untätig blieb, sondern sich aktiv und erfolgreich um die Gewinnung von Kaufinteressenten bemühte. Der E-Mail-Korrespondenz der Parteien lässt sich weiter entnehmen, dass sie sich durchaus bei der Interessentensuche mit dem Beklagten besprach (vgl. act. 4/29). Der Beklagte zeigt nicht auf, gegen welche konkreten Vertragspflichten oder Weisungen die Klägerin mit ihrem erfolgreichen Tätigwerden verstossen haben könnte. Vielmehr bemängelt er nur in allgemeiner Weise, die Klägerin habe nicht ihr Bestes getan und der erzielte Kaufpreis sei zu gering. Aus seinen Vorbringen bleibt deshalb verschwommen, was er am angefochtenen Urteil rügen möchte und welche konkrete Vertragspflichtverletzung von der Vorinstanz zu Unrecht nicht festgestellt worden sein soll. Seine diesbezüglichen Ausführungen (act. 119 S. 9) sind im Weiteren weitgehend Wiederholungen der vor ersten Instanz erhobenen Einwände und genügen insgesamt den Anforderungen an eine hinreichende Berufungsbegründung nicht. Was die Höhe des Kaufpreises betrifft, erwog die Vorinstanz, die Parteien hätten im Mäklervertrag einen Angebotspreis von CHF 17,8 Mio. vereinbart, es sei nichts darüber abgemacht worden, wie die Klägerin den Preis kommunizieren müsse. Dies habe ebenfalls im pflichtgemässen Ermessen der Klägerin gelegen (act. 120 S. 17). Der Beklagte zeigt nicht auf, was an dieser Argumentation falsch sein soll, und behauptet nicht, die Klägerin habe den Interessenten einen tieferen Richtpreis als den in Ziff. 3 vertraglich festgelegten mitgeteilt (act. 119 S. 10). Im Vorgehen, den Richtpreis erst auf Anfrage eines Interessenten und nicht bereits in der ersten Anzeige zu kommunizieren, ist ebenfalls keine Verletzung einer Vertragsklausel ersichtlich. Die Vorwürfe des Beklagten, die Klägerin habe bei der Kommunikation des Kaufpreises vertrags- oder abredewidrig gehandelt, sind pauschal und nicht nachvollziehbar. Eine falsche Tatsachenfeststellung oder unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz lässt sich jedenfalls aufgrund der hier vorgebrachten Einwände nicht erkennen (vgl. auch nachfolgend zur Gegenforderung: E. III/5.6.2).

5.5 Soweit der Beklagte die Höhe der Provision für unangemessen hoch erachtet, begnügt er sich damit, seine vor Vorinstanz geschilderte, abweichende Auffassung vor Berufungsinstanz erneut zu präsentieren (act. 119 S. 10). Die Vo-

rinstanz hielt dazu fest, der Beklagte schulde gemäss Vertrag eine Provision in der Höhe von 2,25% des Kaufpreises von CHF 19'375'000.–, was rechnerisch unter Einbezug von Mehrwertsteuern eine Provision von CHF 470'812.50 ergebe (act. 120 S. 11). Der Beklagte bestreitet weder die Höhe des Kaufpreises noch, dass ein Prozentsatz von 2,25% vereinbart worden sei. Letzterer entspricht dem vom Beklagten offenbar einseitig und handschriftlich herabgesetzten Ansatz (vgl. act. 4/2 Ziff. 4). Die Vorinstanz führte zur Angemessenheit der Provision unter Verweis auf Entscheide des Bundesgerichts und des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich aus, ein Ansatz von 2%, bei schwer verkäuflichen Objekten von 3%, sei im Kanton Zürich üblich, weshalb eine Provision von 2.25% nicht als unangemessen hoch erscheine (act. 120 S. 12). Der Einwand des Beklagten, die Liegenschaft befinde sich im Kanton Schwyz und nicht im Kanton Zürich, weshalb auf die Ansätze in D._____, SZ, abzustellen gewesen wäre, ist nicht stichhaltig. Die Klägerin ist in J._____, Kanton Zürich, domiziliert und tätig. Es ist daher sachlich nachvollziehbar, wenn sich die Vorinstanz bei der Frage der Angemessenheit der Provision nach der Usanz am Domizil der Klägerin, welche die charakteristische Leistung erbringt, richtet. Das Gericht kann gemäss Art. 417 OR auf Antrag des Schuldners einen unverhältnismässig hohen vereinbarten Mäklerlohn auf einen angemessenen Betrag herabsetzen. Gemäss dem Grundgedanken der Bestimmung, analog zur Vorschrift von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässige rechtsgeschäftliche Bindungen des Auftraggebers als schwächere Partei des Mäklervertrags zu verhindern (BGE 117 II 286 E. 5b), gilt eine vereinbarte Provision, welche nur geringfügig über dem üblichen Tarif liegt, noch nicht als übermässig hoch (BGer 4C.121/2005 vom 5. Juli 2005 E. 4.2). Ein Prozentsatz von 2% des Kaufpreises ist in der Schweiz seit langem weit verbreitet und nicht übersetzt (BK OR-GAUTSCHI, Bern 1964, Art. 417 N 4a). Entsprechend ist die Auffassung der Vorinstanz, die Provision von 2,25% des Kaufpreises sei nicht übermässig, nicht zu beanstanden. Verbandstarife, an die sich die Klägerin hätte halten müssen, bestehen im Bereich der gewerbsmässigen Immobilienmäkelei nicht. Der Arbeits- und Zeitaufwand des Mäklers bildet entgegen der Ansicht des Beklagten nicht Massstab für die Bemessung des Mäklerlohnes, dieser hängt einzig vom wirtschaftlichen Wert der Leistung des Mäklers sowie vom Erfolg ab (BSK OR I-

AMMANN, Art. 417 N 4; BGer 4C.121/2005 vom 5. Juli 2005 E. 4.2). Die Vorbringen des Beklagten, die Provision sei wegen des bescheidenen Aufwands der Klägerin herabzusetzen, führen deshalb ins Leere.

5.6 Der Beklagte hält an den vor erster Instanz erhobenen Gegenforderungen fest (act. 119 S. 11 ff.). Vorauszuschicken ist, dass er vor Vorinstanz keine Widerklage erhob, weshalb anzunehmen ist, diese seien verrechnungsweise zu berücksichtigen (vgl. act. 17 und 42).

5.6.1 Er hält dafür, die Klägerin schulde ihm einen Schadenersatz von CHF 375'000.–, weil er wegen der Altlastenproblematik auf dem Grundstück, worüber ihn die Klägerin pflichtwidrig nicht informiert habe, einer Herabsetzung des Kaufpreises um diese Höhe zustimmen müssen (act. 119 S. 16).

Die Vorinstanz führte dazu aus, es sei gemäss Mäklervertrag Sache des Beklagten gewesen, der Klägerin einen Auszug aus dem Altlastenverdachtskataster zur Verfügung zu stellen. Der Eintrag sei ihm somit bekannt gewesen. Seine Kenntnis ergebe sich zudem aus seiner Korrespondenz mit dem Amt für Umweltschutz des Kantons Schwyz aus dem Jahr 2004 im Zusammenhang mit der Datenerhebung für die Eintragung im Altlastenverdachtskataster (act. 68/4). Der Beklagte habe weiter anerkannt, dass sich früher auf der Liegenschaft ein Getränkehandel mit Heizöltank und eine Tankstelle befunden hätten, so dass ihm die Altlastenproblematik bewusst gewesen sein müsse. Es mangle damit am nötigen Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Pflichtverletzung und dem Schaden (act. 120 S. 14 ff.).

Der Beklagte setzt sich mit dieser Begründung nicht auseinander, sondern bestreitet allgemein eine Kontaminierung des Bodens und bis zum Abschluss des Kaufvertrags Kenntnis der Problematik "Altlasten" gehabt zu haben. Damit genügt er seiner Begründungsobliegenheit wiederum nicht und es wäre auf seine Ausführungen (act. 119 S. 11 f.) nicht näher einzugehen. Der Klarheit halber ist zu verdeutlichen, dass er gemäss Ziff. 7 des Mäklervertrags verpflichtet war, einen Auszug aus dem Altlastenverdachtskataster zu beschaffen und der Klägerin zur Verfügung zu stellen (act. 4/2). Freilich darf ihm aus dieser Verpflichtung das Wissen

um allfällige Einträge im Kataster angerechnet werden. Daran würde nichts ändern, wenn E. _____ auf die Übergabe des Katasterauszugs verzichtet hätte, wie der Beklagte behauptet. Die Vorinstanz stützte sich zudem auf eine Stelle in der Duplik des Beklagten, worin er behauptet, den Auftrag zum Abbruch und zur Entsorgung des sich auf dem Grundstück befindlichen Tanks erteilt zu haben (act. 120 E. III./3.7 und act. 42 S. 3). Seine Bestreitung, er habe keinen solchen Auftrag erteilt, widerspricht damit seinen eigenen Behauptungen im erstinstanzlichen Verfahren und ist haltlos. Die Annahme der Vorinstanz, ihm sei die Problematik von Altlasten bekannt gewesen, ist insgesamt schlüssig und zu bestätigen. Der weiteren Argumentation des Beklagten, er hätte keine Kaufpreisreduktion hinnehmen müssen, wenn sich die Klägerin im Altlastenverzeichnis rechtzeitig kundig gemacht hätte (act. 119 S. 12 f.), ist damit der Boden entzogen. Zudem übersieht er, dass nicht die Klägerin, sondern er die Verhandlungen mit dem Käufer führte und den Kaufpreis aushandelte. Die Vorinstanz wies im Übrigen zu Recht darauf hin, dass sich der Käufer selber frühzeitig über die "Altlastenfrage" informiert habe, weshalb ein allfälliges Versäumnis der Klägerin nicht kausal gewesen wäre (act. 120 S. 16 f.; Prot.Vi S. 22). Damit würden die Voraussetzungen für die erhobene Schadenersatzforderung wegen Altlasten fehlen, so sich der Beklagte hinreichend mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander setzen würde.

5.6.2 Der Beklagte verlangt weiter Schadenersatz von schätzungsweise CHF 100'000.– bzw. in vom Gericht festzulegender Höhe, welcher durch die falsche Verhandlungstaktik der Klägerin und die Nichtbefolgung von Weisungen gemäss seiner E-Mail vom 6. Juli 2016 bezüglich der Kommunikation des Richtpreises entstanden sei (act. 119 S. 13 f.).

Die Vorinstanz erwog, die gerichtliche Schätzung des Schadens gemäss Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 2 OR setze die Existenz eines solchen mit einer gewissen Überzeugungskraft voraus. Da der Beklagte den Schaden auf ca. CHF 100'000.– schätze, der Kaufpreis jedoch mehr als CHF 1,5 Mio. über dem Richtpreis liege, dränge sich die Annahme eines Schadens nicht mit der nötigen Überzeugung auf. Die Klägerin habe das E-Mail vom 6. Juli 2016 erst nach dem ersten Versand erhalten. Dieses enthalte zudem keine verbindliche Weisung an

sie, den Richtpreis nachträglich in Abänderung des Vertrags zu erhöhen, weshalb eine Pflichtverletzung nicht ersichtlich sei. Der Gegenanspruch des Beklagten scheitere auch am Nachweis der Kausalität, weil er gar keine tauglichen Beweismittel dafür angerufen habe (act. 120 S. 17 ff.).

Bezüglich der Höhe des zu kommunizierenden Richtpreises und die Art der Kommunikation kann zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Erwägungen zu den vertraglichen Pflichten der Klägerin (v.a. E. II/5.4) verwiesen werden. Der Beklagte geht nur am Rande auf die Argumentation im angefochtenen Entscheid ein. Im Wesentlichen hält er an seiner vor Vorinstanz vorgebrachten Darstellung und Würdigung fest. Damit kommt er seiner Begründungspflicht im Berufungsverfahren erneut nicht nach. Er akzeptierte im Übrigen mit der Unterzeichnung des Mäklervertrags den darin aufgeführten Richtpreis von CHF 17,8 Mio. (act. 4/2). Es ist weder ersichtlich noch vom Beklagten nachvollziehbar begründet, weshalb seine früheren E-Mails vom 27. Mai (4/18) und 27. Juni 2016 (4/19) unter diesen Umständen verbindliche Weisungen zum Richtpreis darstellen sollen. Die E-Mail vom 6. Juli 2016 sandte er der Klägerin am Abend, nachdem bereits auf den gleichentags erfolgten Versand diverse Interessenanfragen eingegangen waren (act. 4/30). Bereits aufgrund der zeitlichen Abfolge lässt sich für diese Mitteilungsrunde keine Pflichtverletzung der Klägerin erkennen. Der Beklagte erklärt im Weiteren nicht, weshalb die vorinstanzliche Auslegung der E-Mail vom 6. Juli 2016, es würden darin keine Weisungen an die Klägerin erteilt, unrichtig sein soll. Eine falsche Auslegung ist nicht ersichtlich, zumal eine solche Weisung eine Änderung der Ziff. 3 des Vertrags bedeuten würde, welche grundsätzlich der Schriftform bedurft hätte (act. 4/2 Ziff. 12). Die Annahme der Vorinstanz, es fehle an einer Vertragsverletzung durch die Klägerin ist demnach zuzustimmen. Selbst wenn die Klägerin im Übrigen bei der Kommunikation des Richtpreises Weisungen des Beklagten missachtet hätte, führte dies nicht zur Gutheissung der Gegenforderung. Der Beklagte hat weder nachvollziehbar behauptet noch nachgewiesen, dass ihm dadurch ein Schaden erwuchs. Er behauptet nicht, es habe konkrete Interessenten gegeben, die bei Mitteilung eines Richtpreises von CHF 20 Mio. in Anbetracht der damaligen Unsicherheiten bezüglich Altlasten einen höheren Kaufpreis als CHF 19'375'000.– bezahlt hätten. Der er-

zielte Käuferlös liegt zudem nur knapp unter dem von ihm gewünschten Richtpreis. Der Vorinstanz ist folglich Recht zu geben, wenn sie die Voraussetzungen für Schadenersatz aus pflichtwidrigem Vorgehen der Klägerin bei der Kommunikation des Richtpreises verneinte.

5.6.3 Im Weiteren hält der Beklagte am Schadenersatzanspruch über schätzungsweise CHF 100'000.– fest, der ihm zustehe, weil die Klägerin es unterlassen habe, auf die Bauhöhenbeschränkung der Nachbargrundstücke hinzuweisen, so dass ein geringerer Kaufpreis erzielt worden sei (act. 119 S. 14).

Der Beklagte befasst sich in der Berufung wiederum nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach der Käufer von der Klägerin den Grundbuchauszug mit den Bauhöhenbeschränkungen erhalten habe und ihm diese deshalb bekannt gewesen seien. Es fehle bereits an einer Pflichtverletzung der Klägerin sowie im Weiteren am Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Pflichtverletzung und dem Schaden (act. 120 S. 19). Der Beklagte erläutert nicht, was an diesen Erwägungen falsch sein könnte. Angesichts der nachvollziehbaren Begründung der Vorinstanz und fehlender konkreter Rügen ist auf die Ausführungen des Beklagten zur Schadenersatzforderung nicht näher einzugehen.

5.6.4 Mit seinen Behauptungen unter dem Titel "Schadenminderungsobliegenheit" (act. 119 S. 15) bringt der Beklagte keine konkreten Rügen am vorinstanzlichen Entscheid vor, sondern wiederholt seine Ansicht zur mangelhaften Vertragserfüllung der Klägerin. Um welche Person es sich beim angeblichen Interessenten gehandelt habe, der anfänglich ein Angebot über CHF 20 Mio. abgegeben habe, aber abgesprungen sei, konkretisiert er nicht. Ebenso begründet er nicht, weshalb dieser an seinem Angebot nicht festgehalten habe. Auf seine pauschalen Vorbringen ist nicht weiter einzugehen.

5.6.5. Der Beklagte ficht schliesslich den zugesprochenen Verzugszins an (act. 119 S. 15 f.). Die Vorinstanz gewährte der Klägerin einen Verzugszins von 5% auf die gesamte Provision ab Beurkundung des Kaufvertrags am 30. März 2017. Sie führte dazu aus, die Klägerin habe den Beklagten bereits vorgängig mit

Schreiben vom 9. Dezember 2016 gemahnt. Der Verzug sei damit gleichzeitig mit der Fälligkeit bei Abschluss des Kaufvertrags eingetreten. Der Beklagte habe die relevanten Tatsachen dafür, dass der Verzug teilweise erst nach dem Vertragsabschluss eingetreten sei, nicht behauptet (act. 120 S. 21 f.).

Der Beklagte wendet dagegen ein, eine vor Fälligkeit ausgesprochene Mahnung sei unwirksam. Der Kaufpreis habe gemäss Kaufvertrag nur CHF 17'875'000.– betragen; der restliche Teil des Kaufpreises sei erst im Juni 2017 fällig geworden (act. 119 S. 15 f.).

Der Beklagte lässt offen, wie er das vorinstanzliche Urteil hier abgeändert haben möchte und ab wann der Verzugszins seiner Meinung nach geschuldet sei. Soweit er in der Berufung neu vorbringt, der Kaufpreis habe sich später mit der Mitteilung des Entscheids des Amts für Umweltschutz am 5. Mai 2017 bzw. der Rechtskraft dieses Entscheids am 4. Juni 2017 um CHF 1 Mio. erhöht und eine weitere Erhöhung um CHF 0,5 Mio. habe sich ebenfalls erst im Juni 2017 ergeben (act. 119 S. 15 f.), handelt es sich um neue, verspätete Vorbringen, zumal der Beklagte nicht darlegt, weshalb er diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz einbringen konnte.

Es ist unbestritten, dass der Beklagte für die Liegenschaft einen Kaufpreis von CHF 19'375'000.– erhielt und der vertragliche Provisionsanspruch von 2,25% des Kaufpreises einschliesslich Mehrwertsteuer rechnerisch der eingeklagten Forderung von CHF 470'812.50 entspricht (act. 2 N 14 f. und act. 17 S. 6). Ebenso steht fest, dass die Fälligkeit des Provisionsanspruchs gemäss Ziff. 4 Abs. 3 Mäklervertrag spätestens mit Abschluss des Kaufvertrags eintrat (act. 4/2). Umstritten bleibt, ob vor Eintritt der Fälligkeit wirksam gemahnt und der Verzugszins bereits ab Fälligkeit verlangt werden kann. Das Bundesgericht sowie der überwiegende Teil der Lehre bejahen dies (BK OR-WEBER/EMMENEGGER, 2. Auflage 2020, Art. 97-109 OR N 106; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, a.a.O., Art. 102 N 8; jeweils mit Hinweisen; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2704; BGE 103 II 102 E. 1a). Denn der Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 OR schliesst die vorsorgliche Vornahme der Mahnung nicht aus. Der Beklagte hat keine Gründe behauptet, die ein Abweichen von der vorherrschenden Meinung vorliegend

sachgerecht erscheinen liessen. Unklar bleibt, was er aus dem Bundesgerichtsentscheid BGE 147 II 37 (recte wohl 147 III 37) für sich ableiten möchte. In jenem Urteil wurde die Frage behandelt, ob die relative oder die absolute Berechnungsmethode bei Begehren um Änderung eines indexierten Mietzinses per Ablauf der Mindestmietdauer zur Anwendung gelangt. Die Frage der vorzeitigen Mahnung wird darin nicht erörtert. Es ist folglich kein Grund ersichtlich, das vorinstanzliche Urteil zu korrigieren. Die Klägerin durfte den Beklagten somit vor der Unterzeichnung des Kaufvertrags für ihre Provisionsforderung mahnen.

Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei der Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR handelt es sich um eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt (BGE 143 II 37 E. 5.2.2). Die Vorinstanz vertrat ohne nähere Begründung die Auffassung, es handle sich beim Schreiben der Klägerin vom 9. Dezember 2016 um eine solche Mahnung. Dies hat der Beklagte in seiner Berufung nicht explizit bestritten. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass zwischen den Parteien Unstimmigkeiten über die Höhe des Mäklerhonorars bestanden und der Beklagte die vertraglich vereinbarte Provision einseitig reduzieren wollte. Mit besagtem Schreiben machte die Klägerin ihm klar, dass sie an der Provision gemäss Mäklervertrag festhalte, und setzte ihm eine Zahlungsfrist an (act. 4/10). Damit verlangte sie unmissverständlich die Bezahlung der vertraglich vereinbarten Provision auf der Grundlage des Kaufpreises, weshalb das Schreiben über eine blosser Rechnungsstellung hinausgeht und als Mahnung zu beurteilen ist. Auch wenn die Klägerin darin den Provisionsanspruch nicht bezifferte bzw. beziffern konnte, war die Forderung für den Beklagten im Zeitpunkt der Fälligkeit bzw. bei Vertragsabschluss einfach bestimmbar, weil sich diese anhand des Kaufpreises errechnete, den er ohne Beisein der Klägerin mit dem Käufer final vereinbarte. Die Auffassung der Vorinstanz, es handle sich beim Schreiben vom 9. Dezember 2017 um eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR ist somit nicht zu beanstanden. Die Provision wurde demnach nicht nur per 30. März 2017 fällig, sondern es trat mit diesem Zeitpunkt auch der Verzug ein.

Der Kaufpreis betrug letztendlich CHF 19'375'000.– und setzte sich aus einem festen Anteil von CHF 17'875'000.– sowie suspensiv bedingten Kaufpreiserhöhungen von insgesamt CHF 1,5 Mio. zusammen. Eine Erhöhung von maximal CHF 1 Mio. wurde bei Klärung der Altlastenproblematik und eine solche von CHF 0,5 Mio. bei Erteilung einer Baubewilligung für eine Aufstockung vereinbart. Die Erhöhungsgründe waren im Kaufvertrag exakt umschrieben. Der Käufer übergab dem Beklagten zur Sicherstellung der bedingten Kaufpreisforderung anlässlich der Vertragsunterzeichnung ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Schweizer Bank (act. 4/9 S. 7 ff). Sämtliche suspensiv wirkenden Bedingungen traten gemäss Beklagten bis Juni 2017 ein und der Käufer bezahlte unstrittig den vollen Kaufpreis (act. 119 S. 9 f.; vgl. 2 Rz 14 und act. 17 S. 6). Dafür, dass die Parteien für den suspensiv bedingten Kaufpreis eine andere Fälligkeit als den Termin der Unterzeichnung des Kaufvertrags vereinbart hätten, fehlen aufgrund der klaren Regelung in Ziff. 4 Abs. 3 Mäklervertrag (Die Fälligkeit tritt [...] spätestens mit der Beurkundung des Kaufvertrags [ein.] sowie fehlender abweichender Behauptungen des Beklagten hinreichende Hinweise. Aus seiner E-Mail an G._____ vom 28. November 2016 geht vielmehr hervor, dass er selber die Bezahlung des gesamten Kaufpreises vor Eintritt der Bedingungen wünschte und zusicherte, bei Nichteintreten den zu viel bezahlten Anteil an den Käufer zurückzuerstatten (act. 4/44). Die Parteien haben im Übrigen in Ziff. 4 Abs. 3 Mäklervertrag vorgesehen, dass die Fälligkeit der Provision vor der Bezahlung des gesamten Kaufpreises eintreten kann, nämlich wenn eine Reservationsbestätigung mit Anzahlung unterzeichnet wird. Es besteht demnach kein Grund, die Auffassung der Vorinstanz zu korrigieren, wonach die Provision für den gesamten Kaufpreis mit der Unterzeichnung des Kaufvertrags fällig wurde und der Verzug eintrat. Rechtlich galt für die Provision bezüglich des bedingten Kaufpreises ein Schwebezustand, der mit Eintritt der Bedingungen endete. Wären die Bedingungen nicht eingetreten, hätte der Beklagte den zu viel bezahlten Anteil der Provision samt Verzugszinsen von der Klägerin zurückfordern können.

6. Damit erweisen sich sämtlich Einwände des Beklagten als unbegründet, weshalb die Berufung abzuweisen ist.

III.

1. Der Beklagte hat die Höhe der erstinstanzlich erkannten Entscheidunggebühren und Parteientschädigung nicht beanstandet. Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens drängt sich keine Änderung auf (act. 120 Dispositiv-Ziff. 4-7), weshalb es dabei sein Bewenden hat.

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühren für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von CHF 470'812.50 gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 10'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung ist im Berufungsverfahren nicht zuzusprechen: dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, und der Klägerin nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 20. April 2021 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühren wird auf CHF 10'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der vom Berufungskläger geleistete Vorschuss von CHF 20'000.– herangezogen; der Überschuss wird ihm zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Es wird im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift (act. 119), 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 CHF 470'812.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. K. Würsch

versandt am: