

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160029-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Urteil vom 9. August 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 25. Mai 2016 (FV150081-G)

Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2):

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 22'950.00 nebst Zins zu 5% seit dem 7. August 2014 zu bezahlen.
2. In der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Fällanden (Zahlungsbefehl vom 24. Februar 2015) sei der Rechtsvorschlag aufzuheben, und es sei im obgenannten Forderungsbetrag sowie für die Betreuungskosten die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 25. Mai 2016 (Urk. 39 S. 14 f.):

- "1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 22'950.-- nebst Zins zu 5 % seit 7. August 2014 zu bezahlen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Fällanden, Zahlungsbefehl vom 24. Februar 2015, wird im Betrag von CHF 22'950.-- nebst Zins zu 5 % seit 7. August 2014 zuzüglich Betreuungskosten beseitigt.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'500.--.
3. Die Gerichtskosten – einschliesslich Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 525.-- – werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Entscheidgebühr (ohne Kosten des Schlichtungsverfahrens) wird mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet, ist ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 525.– zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 500.-- zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 34, und nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositiv an das Betreibungsamt Fällanden, je gegen Empfangsschein.
7. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 38 S. 2):

- "1. es seien unter Abänderung des Urteils Geschäfts-Nr. FV150081-G/U/Sz-Pi/kg des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Mai 2016 die Rechtsbegehren der Klägerin zurückzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuer) zulasten der Klägerin."

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Sachverhalt

Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) ist Immobilienmäklerin. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan: Beklagte) erteilte der Klägerin am 2. Juni 2013 einen schriftlichen "Verkaufsauftrag" (Urk. 3/2) für ihre Liegenschaft und die ihres Ehegatten in ... im Wert von etwa fünf Millionen Franken. Sie beauftragte damit die Klägerin ausdrücklich als Mäklerin im Sinne von Art. 412 ff. OR (Urk. 3/2 S. 1), wobei diese rechtliche Qualifikation des Geschäfts zu Recht unbestritten blieb. Es wurde eine Entschädigung von 2,425% vereinbart, bestehend aus einer

Vermittlungsprovision von 2 % und einer Marketingpauschale von 0,425% (Urk. 3/2 Ziff. 5). Eine Entschädigung sollte gemäss Ziffer 14 des "Verkaufsauftrags" (fortan: Vertrag) auch dann geschuldet sein, wenn der Verkauf an einen von der Beklagten vermittelten Interessenten innert zwei Jahren nach Beendigung des Vertrags zustande kommen sollte. Bis zur Beendigung des Vertrags per Ende März 2014 kam es zu keinem Verkauf, hingegen wurde die Liegenschaft schliesslich im August 2014 von einer von der Klägerin vermittelten Käuferschaft für Fr. 5'000'000.– erworben. Die Beklagte bezahlte der Klägerin die Provision von 2%, verweigerte indessen die Bezahlung der Marketingpauschale von 0,425%, da erstens keine genügenden Marketingleistungen erbracht worden seien und zweitens im Vertrag für den Fall, dass der Verkauf erst nach dessen Beendigung zustande komme, nur vereinbart worden sei, dass die Beklagte "provisionspflichtig" werde. Folglich sei die Marketingpauschale in diesem Fall nicht geschuldet. Ausserdem habe ihr die Beklagte durch eine unzutreffende Mitteilung an das Steueramt dergestalt Schaden zugefügt, dass eine zu hohe Grundstückgewinnsteuer veranlagt worden sei. Nachdem die Beklagte die Bezahlung der Marketingpauschale in der Höhe von Fr. 22'950.– (inkl. MWST) verweigert hatte, leitete die Klägerin die Betreuung ein, worauf die Beklagte Rechtsvorschlag erhob.

2. Verfahrensgang

Schliesslich erhob die Klägerin gestützt auf die Klagebewilligung vom 2. Dezember 2015 am 29. Dezember 2015 bei der Vorinstanz Klage mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren. Hinsichtlich des vorinstanzlichen Verfahrensgangs ist auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 39 S. 4 f.). Diesen nahm die Beklagte am 31. Mai 2016 in Empfang (Urk. 37/2). Mit Eingabe vom 27. Juni 2016 erhob die Beklagte dagegen rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 38; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 40 und 41/3-7). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'400.– bezahlte sie fristgerecht (Urk. 44 und 46). Weil die Berufung, wie unten zu zeigen ist, sich sogleich als unbegründet erweist, wurde auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Berufungsantrag

Die Beklagte beantragt mit der Berufung, "es seien [...] die Rechtsbegehren der Klägerin zurückzuweisen" (Urk. 38 S. 2). Dieser Berufungsantrag ist so zu interpretieren, dass die Beklagte die Abweisung der Klage und nicht die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verlangt, zumal sich in der Berufungsbegründung keine Ausführungen finden, aus welchem Grund bzw. zu welchem Zweck die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen wäre.

II. Materielles

1. Nicht erbrachte Marketingbemühungen

Die Beklagte macht mit der Berufung zunächst geltend, die Klägerin habe keine ausreichenden Marketingbemühungen unternommen (Urk. 38 Rz 5 und Rz 13 in fine), leitet daraus aber nichts für sich ab. Deshalb ist nicht weiter darauf einzugehen.

2. Vermittlungszeitpunkt

Sodann führt die Beklagte aus, die Vorinstanz habe den der Klägerin auferlegten Beweis, dass die Liegenschaft bereits im März 2014 (d.h. während der Vertragsdauer) der späteren Erwerberin angeboten worden sei, nicht abgenommen (Urk. 38 Rz 6), und weist darauf hin, dass die Klägerin einen entsprechenden Beweis nicht erbracht habe (Urk. 38 Rz 9). Die Beklagte führt dann aber selber aus, dass die Klägerin einen (dem Umfang nach zwar umstrittenen) Anspruch auf Provision für einen Verkauf nach Beendigung des Vertrags habe, welcher sich aus den Ziffern 5 und 14 des Vertrags (Urk. 3/2) ergebe (Urk. 38 Rz 9 und 10, i.V.m. Rz 4). Da, wie sogleich zu zeigen ist, der Umfang des Maklerlohns vorliegend nicht vom Vermittlungszeitpunkt abhängt, spielen die von der Beklagten angebrachten Rügen bezüglich der Feststellung desselben keine Rolle und es ist darauf nicht einzugehen.

3. Verrechnung mit Schadenersatzanspruch

Vor Vorinstanz machte die Beklagte verrechnungsweise einen Schadenersatzanspruch geltend, welcher sich daraus ergebe, dass die Klägerin vom erfolgten Verkauf der Liegenschaft unautorisiert Mitteilung an die Steuerbehörden gemacht habe, was zu einer zu hohen Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer geführt habe. Die Vorinstanz verneinte einen solchen Anspruch (Urk. 39 Ziff. V). Die Beklagte verfolgte diese Argumentation im Berufungsverfahren nicht weiter mit der Begründung, dass es hierauf nicht ankomme (Urk. 38 Rz 8). Daher ist darauf nicht weiter einzugehen.

4. Vertragsauslegung

4.1. *Grundlagen der Vertragsauslegung*

Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Während es sich bei der Feststellung des tatsächlichen übereinstimmenden Willens der Parteien um eine Tatfrage handelt, ist die objektivierete Auslegung von Willenserklärungen eine Rechtsfrage (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 5.2).

4.2. *Subjektive Auslegung*

4.2.1. Mit Bezug auf die subjektive Vertragsauslegung rügt die Beklagte zunächst, die Vorinstanz habe zwar ausgeführt, ein Vertrag sei in erster Linie nach dem

übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen auszulegen, habe in der Folge aber diesen nicht zu ermitteln versucht. Es sei offensichtlich, dass die Beklagte "bei einem Verkauf nach Ablauf des Mäklervertrages dem Mäkler nichts oder allenfalls nur das unabweisbare Minimum zu bezahlen" bereit gewesen sei (Urk. 38 Rz 13).

4.2.2. Vorab ist festzuhalten, dass die Parteien sich vor Vorinstanz nur sehr pauschal zum Parteiwillen äusserten. Die Klägerin beschränkte sich darauf zu behaupten, die "rein grammatikalische Auslegung des Vertrags" widerspreche vorliegend deutlich dem damaligen Parteiwillen. Worin dieser aber bestanden haben soll, führte die Klägerin nicht explizit aus. Aus dem Zusammenhang ergibt sich dennoch, dass die Klägerin geltend macht, die Parteien hätten gewollt, dass auch bei einem Verkauf nach Vertragsende Provision und Marketingentschädigung geschuldet seien. Sie behauptet jedoch keine Umstände, die einen Rückschluss auf den wirklichen Parteiwillen zulassen würden (Urk. 16 Ziff. 17). Die Beklagte erwiderte darauf, der Wortlaut des Vertrags sei klar. Es werde von Provision und nicht von Marketinggebühr gesprochen. Es könne heute nicht mehr geltend gemacht werden und werde bestritten, dass etwas anderes dem Parteiwillen entsprochen habe (Prot. I S. 6). Sie beschränkte sich damit auf eine blosser Bestreitung der klägerischen Behauptung zum Parteiwillen, stellte aber keine eigenen Tatsachenbehauptungen auf, welche auf einen bestimmten wirklichen Parteiwillen schliessen liessen. Keine der Parteien benannte sodann Beweismittel mit Bezug auf den wirklichen Parteiwillen. Die Kritik der Beklagten, dass die Vorinstanz den wirklichen Parteiwillen nicht ermittelt habe, geht somit fehl. Der wirkliche Parteiwille blieb unbewiesen, weil die Parteien keine Behauptungen dazu aufgestellt und keine entsprechenden Beweismittel genannt haben.

4.2.3. Die Behauptung der Beklagten, es sei offensichtlich, dass sie bei einem Verkauf nach Ablauf des Mäklervertrages dem Mäkler nichts oder allenfalls nur das unabweisbare Minimum zu bezahlen bereit gewesen sei, ist neu. Sie ist nicht zu beachten, da sie bereits vor Vorinstanz hätte vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Abgesehen davon taugt sie nicht, um den wirklichen übereinstimmenden Parteiwillen darzutun. Massgeblich sind Tatsachen, die konkret dafür sprechen, dass die Parteien sich effektiv in einem bestimmten Sinne ge-

einigt haben. Die Beklagte macht hingegen bloss geltend, es sei offensichtlich, dass sie eine möglichst kleine Entschädigung habe bezahlen wollen. Daraus lässt sich nichts mit Bezug auf die tatsächlich vereinbarte Entschädigung ableiten.

4.3. *Objektivierte Auslegung*

4.3.1. Mit Bezug auf die Auslegung des Vertrags nach dem Vertrauensprinzip bringt die Beklagte vor, die Vorinstanz sei ohne nachvollziehbare Begründung davon ausgegangen, der Begriff "provisionspflichtig" sei als Synonym für "entschädigungspflichtig" verwendet worden. Insbesondere könne nicht die Überschrift zu Ziffer 14 des Vertrags ("Entschädigung") herangezogen werden, um abzuleiten, "provisionspflichtig" bedeute "entschädigungspflichtig" im Sinne von Ziffer 5 des Vertrags, denn in Ziffer 14 würden nebst dem Fall eines Verkaufs nach Vertragsende auch diverse andere Konstellationen eines Verkaufs während der Vertragslaufzeit abgehandelt, bei welchen unstreitig eine Entschädigung gemäss Ziffer 5 geschuldet sei. Komme der Verkauf nach Vertragsende zustande, falle er ausserdem in eine Zeit, in der gar keine Marketingaufwendungen mehr getätigt worden seien (Urk. 38 Rz 14). Ebenso verfange die Argumentation der Vorinstanz nicht, dass die Regelung in Ziffer 14 Absatz 4 des Vertrags dafür spreche, dass auch bei Verkauf nach Vertragsende eine Entschädigung gemäss Ziffer 5 und nicht bloss die Provision geschuldet sei. Dass der Vertrag vorsehe, die bei Vertragsende ohne erfolgreiche Vermittlung zu bezahlende Marketingpauschale von Fr. 6'000.– (gem. Ziff. 6 des Vertrags) sei bei einem nachträglichen Abschluss an die dafür anfallende Entschädigung gemäss Ziffer 5 anzurechnen, lasse nicht den Schluss zu, bei einem solchen nachträglichen Abschluss sei eine Entschädigung bestehend aus Vermittlungsprovision *und* Marketingpauschale geschuldet. Es spreche nämlich nichts dagegen, dass die Klägerin in dem von ihr formulierten Vertrag habe festlegen wollen, dass die Fr. 6'000.– für Marketingaufwendungen in einem solchen Fall an die Vermittlungsprovision anzurechnen seien (Urk. 38 Rz 15).

4.3.2. Richtig ist, dass allein aus der Überschrift "Entschädigung" von Ziffer 14 des Vertrags nicht abgeleitet werden kann, es sei darin (in Ziffer 14) stets – auch wenn ausdrücklich von "Provision" die Rede ist – eine Entschädigung gemeint,

welche im Sinne von Ziffer 5 aus Vermittlungsprovision *und* Marketingentschädigung besteht. Hingegen behandelt Absatz 4 von Ziffer 14 klarerweise nur den Fall eines Verkaufs *nach* Beendigung des Vertrags. Er enthält für diesen Fall die Regelung, wonach die (bei Vertragsende zu bezahlenden) Fr. 6'000.– "bei einem späteren Abschluss mit der *Entschädigung gemäss Ziff. 5 verrechnet*" würden (Urk. 3/2 S. 3; Hervorhebung durch das Gericht). Die Verwendung des Begriffs "Entschädigung gemäss Ziff. 5" lässt sich jedoch nicht anders deuten, als dass sich der bei einem Verkauf nach Vertragsende geschuldete Betrag nach Ziffer 5 des Vertrags berechnet und damit aus 2% Vermittlungsprovision und 0,425% Marketingpauschale besteht. Betrachtet man Absatz 2 und Absatz 4 von Ziffer 14 zusammen als Ganzes, muss der in Absatz 2 verwendete Begriff "provisionspflichtig" eindeutig als Synonym für "entschädigungspflichtig im Sinne von Ziffer 5" verstanden werden.

4.3.3. Daran vermag auch das Argument, es habe der Klägerin freigestanden, eine Anrechnung der Fr. 6'000.– für Marketingaufwendungen an die Vermittlungsprovision zu stipulieren, nichts zu ändern. Es ist zwar richtig, dass die Parteien eine solche Anrechnung hätten vereinbaren können, vorliegend wählten sie jedoch, wie soeben gezeigt, eine andere Lösung. Schon dem Grundsatz nach nicht zu überzeugen vermag hingegen das Argument, wenn der Verkauf nach Beendigung des Mäklervertrags zustande komme, falle er in eine Zeit, in der keine Marketingbemühungen mehr unternommen worden seien. Kommt ein Geschäft zustande, ist die Marketingpauschale von 0,425% gemäss Ziffer 5 des Vertrags ein Bestandteil der vereinbarten Entschädigung. Es spielt damit keine Rolle, wann und in welchem Umfang tatsächlich Marketingbemühungen unternommen wurden. Im übrigen schmälert ein späterer Verkaufszeitpunkt die während der Vertragsdauer unternommenen Marketingbemühungen nicht.

4.6. Der Vorinstanz ist aus diesen Gründen beizupflichten, dass der Begriff "provisionspflichtig" in Ziffer 14 unglücklich gewählt wurde und den Vertrag auslegungsbedürftig macht, indessen bei einer systematischen Auslegung eben gerade nicht unklar bleibt, weshalb die Auslegungsregel *in dubio contra stipulatorem* nicht greift (vgl. Urk. 39 S. 8 f.; unter Hinweis auf BGE 123 III 35 E. 2c/bb, S. 44). Wie

die Vorinstanz zu Recht feststellte, erschliesst sich dem vernünftigen Leser im Ergebnis, dass in Ziffer 14 des Vertrags mit "provisionspflichtig" die Pflicht zur Bezahlung einer Entschädigung gemäss Ziffer 5 des Vertrags gemeint ist.

5. Sämtliche Rügen der Beklagten erweisen sich sogleich als unbegründet. Die Berufung ist deshalb im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO offensichtlich unbegründet und abzuweisen, der erstinstanzliche Entscheid dementsprechend zu bestätigen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Das erstinstanzliche Urteil ist auch hinsichtlich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen.
2. Im Berufungsverfahren unterliegt die Beklagte vollständig und wird deshalb kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'400.– festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Sie ist mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Mangels wesentlichen Aufwands ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 25. Mai 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 38, 40 und 41/3-7, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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. 22'950.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
gs