

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP190028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

## Urteil vom 3. Juni 2020

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren  
des Bezirksgerichtes Hinwil vom 24. Juni 2019; Proz. FV180026**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2 und act. 20 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 19'094.40 zzgl. Zinsen zu 5 % seit dem 18. April 2016 zu bezahlen;
2. Alles unter Kosten -und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer, zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

(act. 39)

1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei Fr. 19'094.40 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen  
Fr. 400.– Zeugenentschädigung C. \_\_\_\_\_  
  
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 1'500.– wird von der beklagten Partei nachgefordert.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Zudem hat sie der klagenden Partei die Kostenvorschüsse von Fr. 2'300.– und Fr. 300.– (total Fr. 2'600.–) sowie die Kosten des Friedensrichteramts Hinwil von Fr. 525.– zu ersetzen.
- 5./6. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

der Berufungsklägerin (act. 36):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 24. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. FV180026-E) aufzuheben und die Forderung der Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.

2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 24. Juni 2019 (Geschäfts-Nr. FV180026-E) aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es seien die Akten aus dem Verfahren vor der Vorinstanz beizuziehen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher MWSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (act. 45):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer, zu Lasten der Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

**I. Parteien und Prozessverlauf**

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) ist eine juristische Person, die unter anderem die Vermittlung und den Verleih von Personal bezweckt. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) betreibt ein Sanitärgeschäft in D.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob sie am 24./26. Februar 2016 einen (Mäkler-)Vertrag abgeschlossen haben, aus dem der Berufungsbeklagten ein Anspruch auf Provision zukäme: Die Berufungsbeklagte beansprucht eine Provision für die Vermittlung des Mitarbeiters E.\_\_\_\_\_ an die Berufungsklägerin; diese bestreitet die Forderung.
2. Am 6. Juli 2017 machte die Berufungsbeklagte die entsprechende Forderungsklage beim Bezirksgericht Zürich hängig, gestützt auf eine Gerichtsstandsklausel in ihren AGB. Das Bezirksgericht Zürich trat mit Verfügung vom 21. März 2018 auf die Klage aufgrund fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht ein, da mit dem (einseitigen) Zusenden einer Gerichtsstandsvereinbarung in den AGB ohne Bestätigung derselben (mindestens) per Mail gemäss Art. 17 Abs. 2 ZPO keine

formgültige Gerichtsstandsvereinbarung zustande gekommen sein konnte (act. 4/2). Am 28. August 2018 machte die Berufungsbeklagte sodann die vorliegende Forderungsklage bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und 2). Nach Eingang der Stellungnahme zur Klage fand am 25. März 2019 die Hauptverhandlung statt (Prot. Vi S. 8 ff.); Vergleichsgespräche zu führen wurde demgegenüber unterlassen. Am 24. Juni 2019 fand eine Beweisverhandlung mit Partei- und Zeugeneinvernahme sowie einer Konfrontationseinvernahme gemäss Art. 174 ZPO statt, zudem erstatteten die Parteien ihre Schlussvorträge (Prot. Vi S. 19 ff.). Das vorinstanzliche Urteil wurde sogleich mündlich eröffnet und im Dispositiv ausgehängt (Prot. Vi S. 30; act. 28). Eine in Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 berichtigte Fassung des (unbegründeten) Urteilsdispositivs wurde den Parteien nach vorgängiger telefonischer Ankündigung am 29. Juli 2019 zugestellt (Prot. Vi S. 32; act. 31). Das begründete Urteil der Vorinstanz (act. 33 = act. 38/2 = act. 39 [Aktensexemplar], nachfolgend zitiert als act. 39) wurde den Parteien am 4. September 2019 zugestellt (act. 34).

Am 4. Oktober 2019 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen (act. 36). Am 16. Dezember 2019 erstattete die Berufungsbeklagte die Berufungsantwort (act. 45). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-34). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Formelles**

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 22. Oktober 2019 auferlegte Prozesskostenvorschuss (act. 40) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.
2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen)

frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgelegten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragene Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten,

wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

### **III. Materielles**

1. Offenbar hatte die Berufungsklägerin im Februar 2016 ein Inserat aufgeschaltet für die Suche eines Projektleiters (act. 14 Rz 13 und act. 20 Rz 15) und offenbar hatten die Parteien am 24. Februar 2016 sowohl telefonisch wie auch per Mail miteinander Kontakt, wobei sich die näheren Umstände weder aus dem vorinstanzlichen Urteil noch aus den Rechtsschriften im Berufungsverfahren erschliessen. Jedenfalls schickte am Abend des 24. Februar 2016 eine Frau F.\_\_\_\_\_ im Auftrag von Herrn C.\_\_\_\_\_, Geschäftsleiter von "G.\_\_\_\_\_" (dazu unten, Ziff. 3.2.2), der Personalabteilung der Berufungsklägerin eine Mail mit Hinweis auf das angehängte Bewerbungsdossier eines Kandidaten (E.\_\_\_\_\_) und dem Hinweis, dass sie und Herr C.\_\_\_\_\_ bei Interesse und allfälligen Fragen jederzeit gerne zur Verfügung stünden (act. 4/6). Dass die Berufungsklägerin diese Mail erhalten hat, ist nicht strittig. Die Berufungsbeklagte bringt indes vor, die Berufungsklägerin habe mit dieser Mail auch die AGB der Berufungsbeklagten erhalten (act. 45 Rz 8, Rz 9, Rz 17, Rz 18; act. 2 Rz 10, Rz 17), was die Berufungsklägerin bestreitet (act. 36 Rz 11, Rz 23; act. 14 Rz 36). Unstreitig ist demgegen-

über, dass die Berufungsklägerin die AGB von G.\_\_\_\_\_ mit einem Schreiben datiert vom 26. Februar 2015 [recte: 2016] erhalten hat (act. 4/5). Unstreitig ist weiter, dass E.\_\_\_\_\_ von der Berufungsklägerin mit Vertrag vom 1. März 2016 angestellt, die Anstellung hernach aber von der Berufungsklägerin während der Probezeit wieder gekündigt wurde.

2. Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Elemente des Geschäfts, die so genannten essentialia negotii, geeinigt haben (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, 7. A. 2020, Art. 1 N 20). Vorliegend sind sich die Parteien (zu Recht) einig, dass einzig ein Mäklervertrag in Frage kommt. Im Mäklervertrag verspricht der Auftraggeber dem Mäkler eine Vergütung, wenn dessen Tätigkeit zum Abschluss des vom Auftraggeber angestrebten Geschäfts führt oder beiträgt. Die Tätigkeit des Mäklers kann nach dem Willen der Parteien auf den Nachweis von Interessenten beschränkt sein (Nachweismäkler) oder (überdies) auf die Vermittlung in den Verhandlungen zwischen den Parteien (Vermittlungsmäkler) gerichtet sein. Die Regelung, ob Nachweis- oder Vermittlungsmäkelei vereinbart wurde, gehört zu den Essentialia des Mäklervertrages (BSK OR I-AMMANN, Art. 412 N 1). Der im Einzelfall geschuldete Umfang der Mäklerleistung ergibt sich aus der Parteivereinbarung. Das Gesetz stellt dazu keine Vermutung auf. Eine allfällige Übung (wie z.B. Nachweismäkler bei Berufsmäklern) ist nur dann beachtlich, wenn sie durch die Parteien zum Vertragsbestandteil erhoben wurde oder nach dem Vertrauensprinzip als Hilfsmittel für die Auslegung der Parteierklärungen in Betracht kommt. Zu den Essentialia als wesentliche Begriffsmerkmale gehört zudem auch die Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnanspruches (BSK OR I-AMMANN, Art. 412 N 2 f.).

Der Abschluss eines Mäklervertrags unterliegt keinen Formvorschriften. Er kann sowohl ausdrücklich als auch durch konkludentes Verhalten erfolgen (BSK OR I-AMMANN, Art. 412 N 5). Mit Bezug auf AGB gilt, dass diese zwischen den Parteien nur Recht erzeugen, wenn sie durch Vereinbarung zum Vertragsbe-

standteil erhoben worden sind. AGB gelten im Falle ausdrücklicher Vereinbarung (etwa durch Unterzeichnung der die AGB enthaltenden Urkunden oder eines auf diese hinweisenden Textes), darüber hinaus nach dem Vertrauensprinzip dann – und nur dann –, wenn der Unternehmer aufgrund des Verhaltens des Kunden auf dessen Bereitschaft schliessen darf, sich den AGB zu unterziehen (evtl. Anschlagen des Textes im Geschäftslokal, allgemeines Bekanntsein in den betroffenen Geschäftskreisen etc.). Fehlt eine ausdrückliche Bezugnahme auf AGB im Rahmen des Vertragsschlusses, können diese nur bei Vorliegen einer klaren Indikation für die Bereitschaft des Kunden zur Unterwerfung unter diese als Vertragsbestandteil gelten (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 52 f.).

3.1 Die Vorinstanz hat festgehalten, die essentialia negotii (Mäklertätigkeit, Honorar, Erfolgsbedingtheit) ergäben sich aus den AGB (act. 4/7), was unangefochten geblieben ist (act. 39 S. 5 E. 2.3.). Die AGB nennen zwei unterschiedliche Tätigkeitsfelder des Mäklers, die "Aktive Personalsuche (Suchauftrag)" sowie die "Personalsuche über bestehende Kontakte (Personalplatzierung)", wobei vorliegend die Berufungsbeklagte Letzteres geltend macht und (gemäss Ziff. 2.2 von act. 4/7) ein Honorar von 20% des Bruttojahressalärs einklagt, das bei Einstellung des von ihr präsentierten E. \_\_\_\_\_ fällig geworden sei. Die geforderte Tätigkeit der Berufungsbeklagten bestand gemäss der Formulierung in den AGB (lediglich) darin, der Kundin einen Kandidaten zu präsentieren. Dass sie darüber hinaus verpflichtet gewesen wäre, aktiv auf den Abschluss des Vertrags durch weitere Vermittlungsdienste (wie Führung von Anstellungsgesprächen oder dergleichen) hinzuwirken, wurde von keiner der Parteien je geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. In Frage steht damit vorliegend eine Nachweismäklererei.

3.2 Die Berufungsbeklagte bringt in Bestreitung des gegnerischen Vortrags in der Berufungsantwort wie bereits erwähnt (erneut) vor, sie habe bereits mit der Mail vom 24. Februar 2016 (act. 4/4) ihre AGB der Berufungsklägerin zugestellt und ist der Ansicht, bereits am 24. Februar 2016 sei telefonisch ein Mäklervertrag zustande gekommen (Nachweise oben, Ziff. 1).

3.2.1 Was die umstrittene Zusendung der AGB mit der Mail vom 24. Februar 2016 betrifft, so durfte eine beweismässige Abklärung unterbleiben: Wie die Vorinstanz

zu Recht festgehalten hat, wäre mit Bezug auf die Zusendung von AGB für deren Verbindlichkeit zwischen den Parteien grundsätzlich verlangt, dass in einem Vertrag eine ausdrückliche Bezugnahme auf die AGB erfolgt (Urteil OGer ZH NP150025-O vom 6. April 2016, E. 7.3 f.). Dies ist bei der Mail vom 24. Februar 2016 unstreitig nicht der Fall, weshalb die AGB selbst dann nicht verbindlich wären, wenn sie (ohne jede Bezugnahme im Text der Mail) mitgeschickt worden wären. In Erinnerung zu rufen ist dabei, dass die essentialia negotii unstreitig (erst) aus den AGB folgten (act. 39 S. 5 E. 2.3.; oben, Ziff. 3.1) und vorgängig nicht zur Sprache kamen. Der entsprechende wiederholende Vortrag in der Berufungsantwort (act. 45 Rz 9) zielt daher ins Leere.

3.2.2 Mit Beweisverfügung vom 10. April 2019 wurde zum Telefongespräch vom 24. Februar 2016 der Beklagten (Berufungsklägerin) der Hauptbeweis auferlegt, dass die Berufungsbeklagte anlässlich dieses Gesprächs zugesagt habe, sie stelle das Bewerbungsdossier unverbindlich und ohne Kostenfolge zu (act. 22 S. 2 Beweissatz 1). Es wäre indes an der Berufungsbeklagten gewesen, den Hauptbeweis zu erbringen, dass man sich mündlich auf den Abschluss eines – per se entgeltlichen – Mäklervertrags geeinigt hätte. Wie sich aus der Urteilsbegründung ergibt, liess sich die Vorinstanz vom Gedanken leiten, die Berufungsklägerin berufe sich auf Kostenlosigkeit/Unverbindlichkeit und müsse dies daher beweisen, da sie daraus Rechte ableite (act. 39 S. 6). Dies übersieht, dass mit der geltend gemachten Zusicherung der Unverbindlichkeit resp. Kostenlosigkeit nicht etwa eine rechtsaufhebende Tatsache behauptet wurde, würde dies doch voraussetzen, dass vorab überhaupt ein Rechtsanspruch (aus Vertrag) entstanden war, der aufgehoben werden könnte. Die Beweisverfügung ist offensichtlich fehlerhaft, und ein solch offensichtlicher Mangel kann von der Berufungsinstanz auch ohne Beanstandung durch die Partei beachtet werden (vgl. oben, Ziff. II.2.). Von einer Rückweisung an die Vorinstanz ist indes abzusehen:

Betreffend das umstrittene Telefongespräch von 24. Februar 2016 hat der Einzelrichter zwar die Beweislast falsch verteilt, ist im Übrigen aber nach Anhörung der beiden Gesprächsteilnehmer wenig überraschend zum Schluss gekommen, am Inhalt des Gesprächs bestünden aufgrund der unterschiedlichen Schil-

derungen erhebliche Zweifel, womit dieser sich beweismässig nicht erstellen lasse (act. 39 S. 6). Als Beweismittel standen lediglich die Aussagen der am Telefongespräch Beteiligten zu Verfügung. An der Beweislosigkeit des Gesprächsinhalts würde sich auch bei korrekter Beweislastverteilung nichts ändern. Es lässt sich beweismässig mithin nicht erstellen, dass anlässlich des Telefongesprächs vom 24. Februar 2016 ein Mäklervertrag abgeschlossen worden wäre.

Soweit die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort vorbringt, Herr C.\_\_\_\_\_ habe glaubwürdig ausgesagt, dass er Frau A1.\_\_\_\_\_ anlässlich des Telefongesprächs vom 24. Februar 2016 mündlich auf die AGB hingewiesen hätte und die Aussagen von Frau A1.\_\_\_\_\_ zum Gesprächsinhalt als Schutzbehauptung wertet (act. 45 Rz 9 f.), so wiederholt sie damit lediglich ihre bereits vor Vorinstanz gemachten Ausführungen (Prot. Vi S. 28 f.), ohne sich inhaltlich mit dem angefochtenen Entscheid auseinander zu setzen, geschweige denn darzulegen, inwieweit die diesbezügliche Beweiswürdigung der Vorinstanz mangelhaft sein soll. Solcherlei ist denn auch nicht ersichtlich.

Verspätet und damit novenrechtlich nicht mehr zulässig ist im Übrigen der Hinweis der Berufungsbeklagten, der Zeuge C.\_\_\_\_\_ sei glaubhafter als die Gegenseite, da er im Zeitpunkt der Befragung nicht mehr bei ihr beschäftigt gewesen sei, sondern bereits seit dem 14. September 2018 die G.\_\_\_\_\_ AG geführt habe und damit kein Interesse am Ausgang des Verfahrens gehabt habe (act. 45 Rz 11). Dieser Vortrag geht indes auch inhaltlich fehl, war doch G.\_\_\_\_\_ ehemals (und insbesondere im Februar 2016) offenbar eine Marke der Berufungsbeklagten (act. 4/7) und hat diese nach ihrer Einbringung in eine AG denn auch ihren Sitz an derselben Adresse wie die Berufungsbeklagte (act. 4/3 und act. 4/6), was auf die weiterhin enge Verflechtung hinweist. Überdies trat Herr C.\_\_\_\_\_ (auch) im vorliegend zu beurteilenden Fall ausschliesslich unter der Bezeichnung "G.\_\_\_\_\_" in Erscheinung, ohne die Berufungsbeklagte auch nur ein einziges Mal zu erwähnen (act. 4/4, act. 4/5, act. 4/6, act. 4/8, act. 4/9). Bei solchem Verhalten ist grundsätzlich fraglich, wer (allenfalls) Vertragspartei der Berufungsklägerin geworden ist. Die Kammer hat jedenfalls mit Urteil vom 9. Januar 2017 (Verfahren NP160043-O/U) in einem sehr ähnlich gelagerten Fall entschieden, dass nicht die Beru-

fungsbeklagte (allenfalls) Vertragspartei geworden sei, sondern Herr C.\_\_\_\_\_ oder die G.\_\_\_\_\_ als Einzelfirma. Wie es sich damit vorliegend verhält, kann offen bleiben, da die Klage schon aus anderen Gründen abzuweisen ist.

Es hat damit sein Bewenden beim Beweisergebnis der Vorinstanz, wonach der Inhalt des fraglichen Telefongesprächs vom 24. Februar 2016 nicht (beweismässig) feststeht.

3.2.3 Damit erübrigt sich eine (erneute) beweismässige Abklärung, ob zwischen den Parteien am 24. Februar 2016 telefonisch oder per Mail ein Nachweismäklervertrag zustande gekommen ist.

3.3 Die Vorinstanz hat die Zustellung der AGB mit dem Schreiben vom 26. Februar 2015 (recte: 2016) als rechtsgültigen Antrag auf Abschluss eines Mäklervertrags gewertet, den die Berufungsklägerin konkludent angenommen habe (act. 39 S. 5 E. 2.3.). Die Berufungsklägerin rügt dies in der Berufungsbegründung als Rechtsverletzung, da (zusammengefasst) weder ein Antrag auf Vertragsabschluss noch eine konkludente Annahme vorgelegen habe (act. 36 Rz 25 ff.).

Die Rüge ist begründet. Von einem (Nachweis-)Mäkler ist nach geltender Rechtsprechung zu erwarten, dass er bei Übergeben eines Dossiers ausdrücklich erwähnt, dass er im Falle eines Vertragsabschlusses mit dem von ihm genannten Interessenten ohne weitere Dienstleistungen seinerseits ein Honorar beanspruche, und eine konkludente Annahme einer Offerte zu einem Mäklervertrag verneint das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung, wenn das Verhalten des Mäklers nicht hinreichend klar ist (BGE 72 II 84 ff., 87; BGer 4C.328/2006 v. 16. Oktober 2007, E. 3.1 m.w.H.; BGer 4A\_283/2012 v. 31. Juli 2012; vgl. auch OGer ZH NP150025 v. 6. April 2016, E. 7.5 ff.). Daran hat es die Berufungsbeklagte vorliegend missen lassen, hat sie doch wie gesehen der Berufungsklägerin ein Dossier zugesandt, ohne dass feststehen würde, dass dabei auf eine Honorarforderung hingewiesen wurde, welche im Falle eines Vertragsabschlusses ohne Weiteres entstehen würde. Indem die Vorinstanz zum Schluss kam, die Berufungsklägerin habe durch den Erhalt der AGB, die zwischen den Parteien nie erläutert wurden, konkludent einem Antrag auf Abschluss eines Nachweismäkler-

vertrags zugestimmt, verletzte sie geltendes Recht, was zur Aufhebung ihres Entscheides führen muss.

Im Weiteren gilt es Folgendes zu bedenken: Selbst wenn durch das Schreiben vom 26. Februar 2015 (recte: 2016) mit den beigelegten AGB (act. 4/5) ein gültiger Antrag auf Abschluss eines Nachweismäklervertrags vorgelegen hätte, der sodann durch konkludentes Handeln der Berufungsklägerin angenommen worden wäre (wie das die Vorinstanz annimmt), so würde daraus vorliegend kein Honoraranspruch der Berufungsbeklagten entstehen. In diesem Schreiben, das der Berufungsklägerin unstreitig frühestens am Samstag, 27. Februar 2016, zugegangen war, wird ausdrücklich erwähnt, dass der erste Kontakt mit dem Interessenten bereits stattgefunden habe (act. 4/5). Die Tätigkeit des Nachweismäklers besteht darin, dem Auftraggeber Namen von Interessenten zum beabsichtigten Vertragsschluss (sei das eine Anstellung, ein Verkauf eines Grundstückes etc.) zu nennen, welche dem Auftraggeber im Zeitpunkt des Abschlusses des Mäklervertrags nicht schon bekannt waren (BSK OR I-AMMANN, Art. 413 N 8). Liefert der Mäkler vor Abschluss eines Mäklervertrags und damit ohne Rechtsbindungswillen seitens des Auftraggebers Namen von Interessenten, kann er nicht im Nachhinein durch Abschluss eines Mäklervertrags einen Honoraranspruch begründen für Namen, die er ehemals ohne Bestehen eines Mäklervertrags bereits von sich aus genannt hatte – ausser der Auftraggeber würde bei Abschluss des Mäklervertrags auch vor Vertragsabschluss genannte Interessenten gelten lassen. Was eher theoretisch der Fall sein dürfte, besteht doch diesfalls für den Auftraggeber wenig Anlass, überhaupt einen Mäklervertrag abzuschliessen. Eine solche vertragliche Abmachung wird vorliegend jedenfalls nicht behauptet und ist auch nicht ansatzweise ersichtlich. Auch aus diesem Grund hätte die Vorinstanz die Klage abweisen müssen.

4. Zusammenfassend ist die Berufung damit gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Berufungsbeklagte unterliegt vollumfänglich. Entsprechend sind ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Mit dem Entscheid in der Sache ist zudem über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO).
2. Bei einem Streitwert von Fr. 19'094.40 beträgt die Grundgebühr, von der bei der Bemessung der Gerichtskosten auszugehen ist, rund Fr. 3'000.–. Die Vorinstanz hat die erstinstanzlichen Gerichtskosten sodann zutreffend auf Fr. 4'400.– festgelegt; darauf kann verwiesen werden, verbunden mit dem Hinweis, dass diese Kosten im Berufungsverfahren auch gar nicht beanstandet wurden. Sie sind der Berufungsbeklagten aufzuerlegen, ebenso wie die von der Vorinstanz festgesetzte und im Berufungsverfahren nicht beanstandete Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'385.– (Fr. 5'000.– inkl. MwSt.). Die Berufungsbeklagte hat sodann der Berufungsklägerin den von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 300.– zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Die Berufungsbeklagte ist zudem zu verpflichten, der Berufungsklägerin gestützt auf § 13 Abs. 1-2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 24. Juni 2019 wird aufgehoben.
2. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.

3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 4'400.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten beider Instanzen werden der Berufungsbeklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden vorab aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen bezogen, im Mehrumfang wird die Gerichtskasse Rechnung stellen. Der Berufungsklägerin wird im Umfang der von ihr geleisteten Vorschüsse (Fr. 300.– im erstinstanzlichen Verfahren und Fr. 3'000.– im Berufungsverfahren) der Rückgriff auf die Berufungsbeklagte eingeräumt.
6. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'385.– (inkl. Mehrwertsteuer) sowie für das Berufungsverfahren eine solche von Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Doppel von act. 45 und act. 46, sowie an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 19'094.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: