Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.375/2005 /len

Urteil vom 22. Dezember 2006
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett,
Bundesrichter Mathys,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
A._____,
Kläger und Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Dilger,

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Lüthy.

Gegenstand
Mäklervertrag,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 9. September 2005.

Sachverhalt:
A.
Die B._____ AG mit Sitz in Wetzikon ZH (nachstehend: Beklagte) ist eine Immobiliengesellschaft. Sie schloss am 27. August 2003 mit A._____ (nachstehend: Kläger) als Makler folgenden Vertrag ab:
1. Die B._____ AG ist Alleineigentümerin der 9 Mehrfamilienhäuser an der Strasse C._____ in 9014 St. Gallen. Diese Objekte sind in einem separaten Prospekt (Beilage) umschrieben.
2. Die Eigentümerin verkauft sämtliche Objekte gemäss Zif. 1 zum Preis von mindestens 17,5 Mio. zu folgenden wesentlichen Bedingungen:
- die Beurkundung hat innert einem Monat nach Abschluss dieser Vereinbarung zu erfolgen
- die Grundstückgewinnsteuern übernimmt die Verkäuferin
- die Handänderungssteuern und -kosten übernehmen die Parteien je zur Hälfte
- sämtliche Mietverträge werden von der Käuferin übernommen
- bei Beurkundung sind Fr. 500'000.– anzuzahlen
3. Der Makler hat der Eigentümerin innert spätestens 30 Tagen nach Abschluss dieser Vereinbarung die Kaufzusage eines Verkäufers zu den obigen Bedingungen zu unterbreiten. Innerhalb dieser Zeit hat der Makler das Alleinverkaufsrecht. Falls innert 30 Tagen keine Beurkundung vorliegt, fällt diese Vereinbarung dahin.
4. Die Maklerprovision beträgt bei dem in Zif. 2 genannten Mindeskaufpreis von 17,5 Mio. pauschal Fr. 250'000.- plus MWST.
Falls der Makler einen Kaufpreis über 17,5 Mio. erzielt, erhält er vom Mehrpreis über 17,5 Mio. eine Beteiligung von
- 40 % bei einem Mehrpreis von mind. Fr. 100'000.–
- 30 % " " " " " Fr. 200'000.–

- 25 % " " " " " Fr. 300'000.–
Die Maklerprovision ist bei der Eigentumsübertragung fällig.
.. [...]
6. Diese Vereinbarung gilt ab 1. Sept. 2003 [...]."
Am 19. September 2003 informierte der Kläger die Beklagte, dass die Liegenschaften einer schweizerischen Immobiliengesellschaft zum Preis von Fr. 17,9 Mio. verkauft werden könnten. Am 24. September 2003 gab der Kläger der Beklagten bekannt, dass die Interessentin die D._____ AG sei, welche durch den einzigen Verwaltungsrat E._____ vertreten werde. Am 26. September 2003 beurkundete das zuständige Grundbuchamt den Kaufvertrag und am 9. Oktober 2003 wurde die D._____ AG als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Daraufhin verlangte der Kläger von der Beklagten eine Maklerprovision von insgesamt Fr. 376'600.–. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung mit der Begründung, es seien mehrere Bedingungen nicht erfüllt, zudem sei der Kläger wider Treu und Glauben auch für die Käuferschaft tätig geworden und habe daher einen allfälligen Anspruch verwirkt.
B.
Am 15. März 2003 belangte der Kläger die Beklagte beim Bezirksgericht Hinwil auf Zahlung von Fr. 376'600.– nebst 5 % Zins seit 16. Oktober 2003. Mit Urteil vom 11. November 2004 hiess das Bezirksgericht die Klage gut. Am 9. September 2005 hob das Obergericht des Kantons Zürich das erstinstanzliche Urteil auf Berufung der Beklagten hin auf und wies die Klage ab.
C.
Der Kläger focht das Urteil des Obergerichts sowohl mit eidgenössischer Berufung als auch mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an. Letztere wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich am 29. September 2006 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war.
Mit seiner Berufung beantragt der Kläger dem Sinne nach, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Eventualiter sei das Obergericht anzuweisen, die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neubeurteilung an das Bezirksgericht Hinwil zurückzuweisen.
Die Beklagte beantragt vollumfängliche Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst. Unzulässig sind dagegen Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen und gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz richten, es sei denn, es werde ihr zugleich ein offensichtliches Versehen, eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften (Art. 63 Abs. 2 OG) oder eine unvollständige Ermittlung des Sachverhaltes vorgeworfen (Art. 64 OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106 mit Hinweisen). Wer sich auf solche Ausnahmen von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 115 II 484 E. 2a S. 485 f.).
1.2 Auf die Berufung ist insoweit nicht einzutreten, als der Beklagte in seinen Ausführungen tatbeständliche Elemente, die in den Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze finden, einfliessen lässt, ohne zugleich eine substantiierte Rüge im Sinne der genannten Ausnahmen zu erheben.
2.
2.1 Ein offensichtliches Versehen, das vom Bundesgericht gestützt auf Art. 63 Abs. 2 OG berichtigt werden kann, liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn die Vorinstanz eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig, d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut wahrgenommen hat (BGE 113 II 522 E. 4b S. 524 f., 104 II 68 E. 3b S. 74).
2.2 Der Kläger rügt, die Annahme des Obergerichts, er hätte den Kaufvertrag vorbereiten und an den Vertragsverhandlungen teilnehmen müssen, sei aktenwidrig, da er nach dem Wortlaut des mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrages keine Vertragsverhandlungen zu führen gehabt habe. Das Obergericht sage selbst, dass es sich bei Ziff. 2 des Mäklervertrages um Parameter, Vorgaben der Beklagten handle. Der Kläger habe somit mit der Kaufinteressentin keine Vertragsverhandlungen führen, sondern ihr lediglich den von der Beklagten verlangten Kaufpreis sowie die übrigen Parameter und Vorgaben mitteilen können.
2.3 Mit diesen Ausführungen kritisiert der Kläger die Würdigung bzw. die Auslegung des Mäklervertrages oh-

ne darzulegen, dass das Obergericht diesen nicht mit dem richtigen Wortlaut wahrgenommen habe, was auch nicht ersichtlich ist. Damit ist insoweit ein offensichtliches Versehen zu verneinen.
2.4 Das Obergericht führte aus, der Kläger habe [in der Klageschrift]erwähnt, dass er drei weitere Personen zugezogen und diesen Provisionen versprochen habe. In der Klageantwort habe die Beklagte ausgeführt, sie habe nun in Erfahrung gebracht, wer diese Leute seien: F._____, G._____ und E._____. Der Kläger habe darauf repliziert, von einer Geschäftsverbindung G._____/E._____ habe er nichts gewusst, und der Kontakt zu E._____ sei über die Zwischenstationen F._____ und G._____ zustande gekommen (act. 22 [Plädoyer-Notizen für die Hauptverhandlung vom 30.9.04]). Der Kläger habe darauf bestanden, dass ihm der Beizug von Fachpersonen nicht untersagt gewesen sei - er habe aber nicht die hier wesentliche Behauptung der Beklagten, er habe (auch) E._____ als eine solche Fachperson beigezogen und ihm eine Provision versprochen, nicht bestritten.
Der Kläger rügt, diese Angabe treffe nicht zu. Zur Begründung verweist er auf seine Ausführungen in seiner Berufungsantwort vom 23. Mai 2005 (act. 46) und seiner Berufungsduplik vom 16. August 2005 (act. 54) und macht geltend, in diesen Rechtsschriften habe er bestritten, E._____ eine Unterprovision versprochen zu haben.
Mit diesen Ausführungen macht der Kläger dem Sinne nach ein offensichtliches Versehen geltend. Er lässt jedoch ausser Acht, dass sich aus den Ausführungen des Obergerichts ergibt, dass es annahm, er habe im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten, auch E._____ als eine Fachperson beigezogen und ihm eine Provision versprochen zu haben. Demnach ist anzunehmen, das Obergericht habe die erst im Berufungsverfahren vorgebrachten Bestreitungen des Klägers nicht übersehen, sondern als nicht erheblich bzw. als verspätet erachtet. Damit ist insoweit ein offensichtliches Versehen des Obergerichts zu verneinen.
3.
3.1 Alsdann rügt der Kläger, das Obergericht habe Art. 8 ZGB verletzt, indem es Beweise nicht abgenommen habe. So habe es sich über die Anträge hinweggesetzt, zum Vermittlungsablauf die Beteiligten F._____, G._____ und E._____ als Zeugen und den Kläger als Partei einzuvernehmen. Das Obergericht habe daher unzutreffend, ja willkürlich erwogen, E._____ sei Hilfsperson bzw. Untermäkler des Klägers gewesen und habe damit in einem Interessenkonflikt gestanden.
3.2 Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen Zivilstreitigkeiten einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweise zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht. Die allgemeine Beweisvorschrift des Bundesrechts ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (BGE 114 II 289 E. 2 S. 290 f.).
3.3 Gemäss der vorstehenden Erwägung konnte das Obergericht ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, der Kläger habe nicht bestritten, E._____ als Fachperson beigezogen und ihm eine Provision versprochen zu haben. Bezüglich dieser unbestrittenen bzw. anerkannten Tatsache hatte das Obergericht keine Beweise abzunehmen, weshalb eine Verletzung des bundesrechtlichen Beweisführungsanspruchs zu verneinen ist.
4.
4.1 Das Obergericht kam zum Ergebnis, der Kläger habe seinen Anspruch auf die eingeklagte Provision gemäss Art. 415 OR verwirkt, weil er sich treuwidrig verhalten habe. Zur Begründung führte das Obergericht zusammengefasst aus, E._____ sei der einzige Verwaltungsrat der Käuferin der Liegenschaften gewesen, was der Kläger gewusst habe. Dennoch habe dieser E._____ als Fachperson beigezogen und ihm eine Provision versprochen, weshalb dieser als Hilfsperson bzw. als "Untermäkler" für den Kläger tätig geworden sei. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfe der Mäkler jedoch nur die Interessen des Auftraggebers verfolgen, wenn er nicht nur eine Gelegenheit zum Verkauf nachzuweisen, sondern auch bei den Vertragsverhandlungen mitzuwirken habe. So habe es sich im vorliegenden Fall verhalten. Entgegen der Angabe des Klägers treffe es nicht zu, dass er der Beklagten nur Interessenten habe zuführen müssen, und alles Weitere - namentlich die Festsetzung des Preises - nicht mehr seine Sache gewesen sei. Zwar habe er gemäss dem Mäklervertrag einen Interessenten nachweisen müssen, welcher bereit gewesen sei, mindesten Fr. 17,5 Mio zu zahlen. Die Abstufung der Provision zeige aber, dass dieser Preis lediglich ein Mindestpreis
gewesen sei und die Beklagte das Ziel gehabt habe, eine möglichst hohe Summe zu erreichen. Damit liege keine blosse Nachweismäkelei vor. Vielmehr sei vom Kläger erwartet worden, dass er mit den potentiellen

Käufern einen möglichst hohen Verkaufspreis aushandle. Demnach habe der Mäkler und auch der Untermäkler E._____ nur die Interessen der Beklagten vertreten dürfen. Dies sei jedoch nicht gewährleistet gewesen, weil dieser sich als einziger Verwaltungsrat der Käuferin der Liegenschaften nicht in erster Linie am Interesse der Beklagten an einem möglichst hohen Preis orientiert, sondern gerade das umgekehrte Interesse vertreten habe. Ob diese dem Kläger bekannte Interessenkollision letztlich zu einer Vermögensschädigung der Beklagten geführt habe, bzw. ob diese mehr gelöst hätte, wenn die Mäkler nur ihr Interesse verfolgt hätten, könne offen bleiben. Der Umstand der treuwidrig verfolgten widerstrebenden Interessen würde gemäss Art. 415 OR genügen, um dem Mäkler den Anspruch auf seinen Lohn zu nehmen. Damit sei die Mäklerprovision des Klägers verwirkt worden, was zur Abweisung der Klage führe.

4.2 Der Kläger rügt, entgegen der Auffassung des Obergerichts könne ihm keine Treuepflichtverletzung im Sinne von Art. 415 OR vorgeworfen werden. Zur Begründung führt er - soweit er nicht von einem Sachverhalt ausgeht, der in unzulässiger Weise von den vorinstanzlichen Feststellungen abweicht - zusammengefasst aus, die Annahme des Obergerichts, er sei verpflichtet gewesen, eine "möglichst hohe Summe zu erzielen", beruhe auf einer unzutreffenden Interpretation des Mäklervertrages, welche die für die Vertragsauslegung relevanten Begleitumstände unberücksichtigt lasse. Dazu gehöre, dass die Beklagte mit Bezug auf den akzeptablen Kaufpreis flexibel gewesen sei, zumal sie die Liegenschaften im September 2001 erworben und in diese keine wertvermehrenden Investitionen getätigt habe. Bei den weiteren im Mäklervertrag aufgeführten Bedingungen habe es sich um Parameter gehalten, welche nur festhielten, was gesetzlich ohnehin vorgeschrieben bzw. branchenüblich sei. Für den Kläger habe es nur die Möglichkeit gegeben, die Vorgaben von den Kaufinteressenten akzeptieren zu lassen. Demnach habe bloss eine Nachweismäkelei vorgelegen, welche kein Doppelvertretungsverbot beinhalte. Würde dies verneint und würde angenommen, E._____ wäre
Untermäkler gewesen, so könnte erst auf Verwirkung des Mäklerlohns erkannt werden, wenn die Beklagte nachweisen könne, dass sie einen auf die Untermäkelei von E._____ zurückzuführenden Schaden erlitten habe. Dieser Nachweis sei nicht erbracht worden.

4.3 Ist der Mäkler in einer Weise, die dem Vertrage widerspricht, für den andern tätig gewesen, oder hat er sich in einem Falle, wo es wider Treu und Glauben geht, auch von diesem Lohn versprechen lassen, so kann er gemäss Art. 415 OR von seinem Auftraggeber weder Lohn noch Ersatz für Aufwendungen beanspruchen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes widerspricht das gleichzeitige Tätigwerden des Mäklers für Käufer und Verkäufer (sog. Doppelmäkelei) dann nicht Treu und Glauben, wenn dadurch keine Interessenkollision geschaffen wird. Dies ist nicht der Fall, wenn der Mäkler nur eine Gelegenheit zum Verkauf nachzuweisen und nicht auch bei den Vertragsverhandlungen mitzuwirken hat. Das gleichzeitige Tätigwerden des Mäklers für zwei Personen führt jedoch zu einer Interessenkollision, wenn dem Mäkler obliegt, für Käufer und Verkäufer mit ihren entgegengesetzten Interessen möglichst günstige Vertragsbedingungen zu erzielen (BGE 111 II 366 E. 1b S. 368 f. mit Hinweisen).

4.4 Die Auslegung des vorliegenden Mäklervertrags ergibt, dass der Kläger den Kaufinteressenten nicht einfach den von der Beklagten verlangten Kaufpreis mitzuteilen hatte. Vielmehr ist aus der Angabe, dass die Beklagte für "mindestens" Fr. 17,5 Mio. verkaufe und aus der abgestuften Provisionsskala abzuleiten, die Beklagte habe gewünscht, dass der Kläger mit den Kaufinteressenten einen höheren Preis aushandelt, was dem Kläger auch gelungen ist. Damit ist das Obergericht zu Recht davon ausgegangen, Ziel des Mäklervertrages sei auch gewesen, dass der Makler eine möglichst hohe Kaufsumme erziele, weshalb keine blosse Nachweismäkelei vorliegt. Ebenso kann dem Obergericht zugestimmt werden, wenn es annahm, der vom Kläger als Fachmann beigezogene und von ihm als Mäkler honorierte E._____ habe sich nicht in erster Linie an den Interessen der Beklagten an einem möglichst hohen Preis orientiert, sondern als Verwaltungsrat der Käuferin gerade das umgekehrte Interesse vertreten. Aus dieser Interessenkollision konnte das Obergericht bundesrechtskonform ableiten, der Kläger habe sich im Sinne von Art. 415 OR treuewidrig verhalten, indem er E._____ als Untermäkler einsetzte. Dies hat gemäss Art. 415 OR die Verwirkung des Mäklerlohnes zur
Folge, ohne dass die Beklagte einen Schaden nachweisen müsste. Das Obergericht hat demnach den Provisionsanspruch des Klägers bundesrechtskonform verneint.

5.

Aus den angeführten Gründen ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Verfahrensausgang entsprechend ist die Gerichtsgebühr dem Kläger aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG), der zudem die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen hat (Art. 159 Abs. 2 OG). Bei der Bemessung der Parteientschädigung wird die Mehrwertsteuer im Rahmen des geltenden Tarifs pauschal berücksichtigt (Ur-

teil 2P.69/1996 E. 2, SJ 1996, S. 275).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.– wird dem Kläger auferlegt.
3.
Der Kläger hat die Beklagte für das Verfahren vor Bundesgericht mit Fr. 8'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 22. Dezember 2006
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: