Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.43/2003 /rnd

Urteil vom 24. April 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Walter, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch.
Gerichtsschreiberin Schoder.

Parteien
A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urs Hess-Odoni, Bellerivematte 5, 6006 Luzern,

gegen

B._____,
Beklagten und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Richard Frei, Fraumünsterstrasse 25, Postfach 7235, 8023 Zürich.

Gegenstand
Auftrag; Mäklervertrag,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6. Dezember 2002.

Sachverhalt:
A.
B._____ (Beklagter) erteilte am 2. März 2000 A._____ (Klägerin), einer Immobilientreuhänderin, telefonisch den Auftrag, für die Liegenschaft X._____ einen Käufer zu finden. Diese Liegenschaft stand im Eigentum einer aus dem Beklagten, dessen Mutter, dessen Schwester und dessen Onkel bestehenden Erbengemeinschaft. Im Anschluss an das Telefongespräch bestätigte die Klägerin die getroffene Vereinbarung in einem Brief an den Beklagten vom 2. März 2000 wie folgt:
"Verkaufsobjekt X._____
Verkaufspreis Verhandlungsbasis SFR 4.0 Mio
Antritt jederzeit möglich
Verkaufsbemühungen für Sie kostenlos
Honorar im Erfolgsfall 1.5 Prozent des erzielten Verkaufserlöses"
Der Beklagte brachte auf dem Brief handschriftliche Änderungen an. Auf der Zeile Verkaufspreis fügte er in Klammern "Minimum 3,6 Mio" an, und er änderte die Zeile "Antritt jederzeit möglich" ab in "Austritt (Kündigung) jederzeit möglich, ohne Kostenfolge für die Eigentümer". Das abgeänderte Exemplar unterzeichneten der Beklagte und sein Onkel am 15. März 2000. Der Klägerin gelang es, Kaufinteressenten zu finden. Am 28. April 2000 unterzeichneten die Eheleute C._____ eine Reservationsvereinbarung auf der Basis eines Kaufpreises von Fr. 3.725 Mio. Zu einem Kaufvertrag kam es jedoch nicht, weil die Mutter und die Schwester des Beklagten dem Verkauf der Liegenschaft nicht zustimmten.
B.
Mit Klage vom 5. April 2001 belangte die Klägerin den Beklagten vor Bezirksgericht Meilen auf Zahlung von Fr. 55'875.– entsprechend 1,5 % des in der Reservationsvereinbarung angeführten Kaufpreises. Das Bezirksgericht Meilen wies die Klage am 19. Dezember 2001 ab.

Gleich entschied das Obergericht des Kantons Zürich am 6. Dezember 2002 auf Berufung der Klägerin.
C.
Die Klägerin führt Berufung beim Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheissung ihrer Klage, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Fortset- zung des Verfahrens und zur Neubeurteilung der Klage.

Der Beklagte schliesst auf kostenfällige Abweisung der Berufung und auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63 Abs. 2 OG) oder im Hinblick auf den Tatbestand einer anwendbaren Sach- norm ergänzungsbedürftig sind (Art. 64 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252; 126 III 59 E. 2a S. 65, je mit Hinweisen). Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, so hat die Partei, welche den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen. Eine Ergänzung setzt zudem voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozesskonform aufgestellt, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist; andernfalls gelten die Vorbringen als neu und damit als unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c und d OG; BGE 115 II 484 E. 2a S. 486). Welche Bundesrechtssätze der angefochtene Entscheid verletzt und inwiefern er gegen sie verstösst, ist in der Berufungsschrift kurz darzulegen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).
1.2 Die Klägerin missachtet diese Regeln, indem sie in der Berufung, ohne sich auf eine der erwähnten Ausnahmen zu berufen, geltend macht, beide Parteien hätten von Anfang an gewollt, dass die Provision verdient sei, sobald der Beklagte und sein Onkel eine taugliche Offerte in den Händen hätten, mit der sie die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft zu einem Verkauf der Liegenschaft hätten bewegen wollen. Eine derartige Behauptung hat die Klägerin nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz im kantonalen Verfahren nicht prozesskonform erhoben. Sie ist damit auch im Berufungsverfahren nicht zu hören.
2.
2.1 Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Mäklervertrag steht im allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 Abs. 2 OR). Charakteristisch für den Mäklervertrag ist dessen Entgeltlichkeit und Erfolgsbedingtheit (BGE 124 III 481 E. 3 S. 482, mit Hinweisen), wobei unter "Erfolg" das effektive Zustandekommen des vom Auftraggeber beabsichtigten Geschäfts aufgrund der Tätigkeit des Mäklers zu dessen Nachweis oder Vermittlung zu verstehen ist. Vertragstypisch ist der Mäklerlohn erst verdient, wenn der im Mäklervertrag bezeichnete Hauptvertrag infolge der Bemühungen des Mäklers abgeschlossen worden ist (Art. 413 Abs. 1 OR; BGE 114 II 357 E. 3 S. 357; 106 II 224 E. 4 S. 224f.; 97 II 355 E. 3 S. 357). Allerdings ist diese Regelung dispositiv; sie lässt abweichende Abmachungen zu, etwa betreffend Aufwendungsersatz bei Nichtzustandekommen des Geschäfts, solange die Ersatzpflicht auf den effektiven Aufwand des Mäklers beschränkt bleibt und nicht auf eine Konventionalstrafe hinausläuft, die im Widerspruch zur zwingenden Natur des jederzeitigen
Widerrufsrechts des Auftraggebers nach Art. 404 Abs. 1 OR stünde (vgl. Art. 413 Abs. 3 OR; BGE 100 II 361 E. 3d S. 365; Urteil des Bundesgerichts 4C.443/1996 vom 26. März 1997, E. 1b).
2.2 Die kantonalen Gerichte qualifizierten die abgeschlossene Vereinbarung übereinstimmend als Mäklervertrag im Sinne von Art. 412 ff. OR. Die Vorinstanz hob hervor, namentlich mit Blick auf jene Klausel des von der Klägerin redigierten Bestätigungsschreibens, nach welcher das Honorar im Erfolgsfall 1,5 % des erzielten Verkaufserlöses betrage, könne die Vereinbarung nicht anders denn als Mäklervertrag verstanden werden.
2.3 Die Klägerin rügt in der Berufung im Wesentlichen die für die Anwendbarkeit von Art. 412 ff. OR vorausgesetzte Annahme der Vorinstanz, vereinbarungsgemäss sei das Honorar erst mit Abschluss des vermittelten Kaufvertrages geschuldet. Sie erläutert aber mit keinem Wort, inwiefern dem Wortlaut des Vertrages, welcher Kostenlosigkeit für die Verkaufsbemühungen der Klägerin und als Honorar lediglich einen Prozentsatz des

Verkaufserlöses im Erfolgsfall vorsieht, etwas anderes als die Erfolgsbedingtheit des Honoraranspruchs im dargelegten Sinne zu entnehmen sein soll. Ebenso wenig zeigt sie auf, weshalb sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz aus dem Umstand etwas anderes ergeben soll, dass der Beklagte und sein Onkel nicht ohne Mitwirkung der weiteren Miterben über den Verkauf der Liegenschaft entscheiden konnten. Etwas anderes ist denn auch nicht ersichtlich. Die dem angefochtenen Urteil zugrunde liegende normative Auslegung der von den Parteien getroffenen Honorarabrede hält daher vor Bundesrecht stand.
3.
3.1 Die Klägerin berief sich im kantonalen Verfahren darauf, der Beklagte und sein Miterbe hätten den Eintritt der für die Entstehung des Provisionsanspruchs notwendigen Bedingung des Kaufvertragsabschlusses treuwidrig verhindert, indem sie aus freien Stücken darauf verzichtet hätten, mit den von der Klägerin nachgewiesenen Interessenten den Kaufvertrag abzuschliessen. Die Bedingung habe daher nach Art. 156 OR als erfüllt zu gelten.
3.2 Die Vorinstanz setzte sich mit diesem Einwand der Klägerin eingehend auseinander und erwog, die Freiheit der Entscheidung des Auftraggebers über den Vertragsschluss gehöre zum Wesen des Mäklervertrages, weshalb eine Weigerung des Auftraggebers, mit dem vom Mäkler nachgewiesenen Interessenten zu kontrahieren, nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben angesehen werden könne.
Ferner stellte die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich fest, dass der Beklagte und dessen Onkel zum Verkauf bereit waren, nicht aber die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft. Die Klägerin wusste, dass der Verkauf am Veto eines Mitglieds der Erbengemeinschaft scheitern könnte. Sie nahm dieses Risiko aber in Kauf. Vor diesem Hintergrund ist der Schluss der Vorinstanz, Art. 156 OR gelange nicht zur Anwendung, daher nicht bundesrechtswidrig (vgl. Ehrat, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 5 zu Art. 156 OR).
Im Übrigen setzt sich die Klägerin mit den Ausführungen der Vor- instanz nicht auseinander, sondern sie beschränkt sich darauf, ihren im kantonalen Verfahren eingenommenen Standpunkt erneut zu bekräftigen. Damit genügt sie den Anforderungen an die Begründung einer Berufung nicht (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Darauf ist insoweit nicht einzutreten.

4.
Insgesamt erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Klägerin als unterliegende Partei für das Verfahren vor Bundesgericht kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.– wird der Klägerin auferlegt.
3.
Die Klägerin hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. April 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidierende Mitglied: Die Gerichtsschreiberin: