



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Peter Zwicky, Thomas Klein und Dr. Esther Nägeli sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Henne-  
mann

**Urteil vom 8. August 2018**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Kläger

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

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Beklagte

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

" Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 94'898.20 nebst Zins zu 5 % seit 8. November 2015 zu bezahlen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten"

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Sachverhaltsübersicht</b> .....	<b>4</b>
a. Parteien und ihre Stellung .....	4
b. Prozessgegenstand .....	4
<b>B. Prozessverlauf</b> .....	<b>5</b>
<b>Erwägungen:</b> .....	<b>6</b>
<b>1. Formelles</b> .....	<b>6</b>
<b>2. Unbestrittener Sachverhalt</b> .....	<b>7</b>
<b>3. Wesentliche Parteistandpunkte</b> .....	<b>9</b>
3.1. Standpunkt des Klägers .....	9
3.2. Standpunkt der Beklagten .....	9
<b>4. Verkaufsauftrag vom 27. August 2012</b> .....	<b>10</b>
4.1. Allgemeines .....	10
4.2. Rechtliches .....	10
4.3. Würdigung .....	13
<b>5. Kaufzusage vom 5. November 2012</b> .....	<b>14</b>
5.1. Formvorschriften von Art. 216 OR .....	14
5.1.1. Rechtliches .....	14
5.1.2. Würdigung .....	15
5.2. Rollenklärung von potentiellm Käufer und Verkäufer .....	16
5.3. Entgegennahme der Anzahlung als Vertreterin der Erbengemeinschaft bzw. zur treuhänderischen Sicherstellung .....	17
5.3.1. Rechtliches .....	17
5.3.2. Würdigung .....	17
5.4. Folgen des Rücktritts der I. _____ AG von der Kaufzusage bzw. Anspruch der Erbengemeinschaft gegen die Beklagte .....	19
5.5. Anerkennung der Beklagten von CHF 51'525.40 .....	21
<b>6. Abtretung an den Kläger</b> .....	<b>22</b>
<b>7. Einwendungen der Beklagten</b> .....	<b>22</b>
7.1. Verzicht des Klägers auf die Forderung von CHF 100'000.- .....	22
7.1.1. Parteistandpunkte .....	22
7.1.2. Würdigung .....	23
7.2. Widersprüchliches Verhalten des Klägers .....	23
7.2.1. Parteistandpunkte .....	23
7.2.2. Rechtliche Würdigung .....	24
7.3. Zweimalige Forderung der CHF 100'000.- .....	25
7.3.1. Parteistandpunkte .....	25
7.3.2. Würdigung .....	25
7.4. Verjährung .....	26
<b>8. Verrechnung</b> .....	<b>27</b>
8.1. Gegenansprüche der Beklagten und deren Reihenfolge .....	27
8.2. Provisionszahlung von CHF 96'000.- .....	28
8.2.1. Zeitraum der Provisionspflicht .....	28
8.2.2. Psychologischer Zusammenhang .....	29
8.3. Auslagenersatz von CHF 58'380.- .....	33
8.3.1. Abklärung gewisser bautechnischer Bedingungen als Vorbereitung für Projekte 33	
8.3.2. Änderung des Verkaufsauftrags vom 27. August 2012 .....	34

8.4.	Anwaltskosten RA Y1. _____	42
8.5.	Zur Rolle von E. _____	43
8.6.	Fazit Verrechnungsforderungen	43
<b>9.</b>	<b>Verzugszins</b>	<b>43</b>
<b>10.</b>	<b>Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen</b>	<b>44</b>
<b>11.</b>	<b>Kosten- und Entschädigungsfolgen</b>	<b>44</b>
<b>12.</b>	<b>Urteilsdispositiv</b>	<b>45</b>

### Sachverhalt und Verfahren:

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger ist mit seinem Einzelunternehmen A1. \_\_\_\_\_ Consulting im Handelsregister eingetragen (act. 3/4). Die Beklagte war Inhaberin des Einzelunternehmens B1. \_\_\_\_\_ Immobilien und in dieser Eigenschaft im Handelsregister eingetragen (act. 3/5). Infolge Geschäftsaufgabe wurde das Einzelunternehmen der Beklagten gelöscht. Die Löschung wurde am tt.mm.2017 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert.

##### b. Prozessgegenstand

Die nicht am vorliegenden Verfahren beteiligte Erbengemeinschaft C. \_\_\_\_\_, bestehend aus D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ (fortan Erbengemeinschaft), erteilte der Beklagten am 27. August 2012 einen schriftlichen Verkaufsauftrag zur Veräusserung der ihr in Gesamteigentum gehörenden unbebauten Grundstücksparzelle G. \_\_\_\_\_ Kat.Nr. ... in H. \_\_\_\_\_. Im Zuge der Bemühungen der Beklagten, diesen Vertrag zu erfüllen, führte diese Verhandlungen mit dem Kläger und/oder der ihm gehörenden Gesellschaft I. \_\_\_\_\_ AG. Letztere unterzeichnete als Käufer-schaft am 5. November 2012 ein Dokument mit dem Titel Kaufzusage, in dessen Folge eine Anzahlung von CHF 100'000.– an den Kaufpreis des fraglichen Grundstücks geleistet wurde. Als der Grundstücksverkauf Ende Oktober 2015 definitiv scheiterte, entbrannte ein Streit um die Anzahlung von CHF 100'000.–. Nachdem die Erbengemeinschaft diese – unter Abzug der anerkannten Barausla-

gen – von der Beklagten vergeblich herausverlangt hatte, liess der Kläger sich den Anspruch von der Erbgemeinschaft abtreten und erhob die vorliegende Klage. Die Beklagte verwahrt sich gegen die Forderung des Klägers und stellt Gegenansprüche zur Verrechnung, welche die Höhe der Forderung übersteigen.

#### B. Prozessverlauf

Am 23. August 2016 (Datum Poststempel) reichte der Kläger hierorts die Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-17). Mit Verfügung vom 25. August 2016 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 8'600.– angesetzt (act. 5). Nach Eingang des Kostenvorschusses (vgl. act. 7) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 9. September 2016 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Am 14. November 2016 reichte die Beklagte die Klageantwort samt Beilagen ein (act. 10; act. 12/2-21), die mit Verfügung vom 16. November 2016 an den Kläger ging (act. 13). Eine auf den 16. Juni 2017 anberaumte Vergleichsverhandlung verlief erfolglos (Prot. S. 5 f.). Unter dem 20. Juni 2017 stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, es sei die Erbgemeinschaft zu verpflichten, den nach dem 30. Oktober 2015 geschlossenen Kaufvertrag betreffend das Grundstück Kat. Nr. ... herauszugeben (act. 17 und 18). Mit Verfügung vom 23. Juni 2017 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Kläger Frist zur Erstattung der Replik sowie zur Stellungnahme zum Verfahrensantrag der Beklagten vom 20. Juni 2017 angesetzt (act. 19). Am 14. Juli 2017 reichte der Kläger die Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 21; act. 22/1-6). Mit Verfügung vom 14. September 2017 stellte das Gericht fest, dass hinsichtlich der mit Eingabe vom 20. Juni 2017 gestellten prozessualen Anträge der Beklagten keine weiteren Vorkehrungen getroffen würden (act. 24). Am 28. September 2017 reicht der Kläger die Replik samt Beilage ein (act. 26 und 27/1). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 wurde den Parteien der Wechsel der Instruktionsrichterin angezeigt (act. 28). Innert der mit Verfügung vom 3. Oktober 2017 angesetzten Frist reichte die Beklagte die Duplik samt Beilagen ein (act. 29; act. 31; act. 32 /22-36). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2017 wurden dem Kläger die Duplik sowie eine am 1. Dezember 2017 eingereichte beklagtische Eingabe mit Korrekturen zur Duplik zugestellt (act. 33 und 34). Mit Verfügung vom

4. Juni 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten unter der Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung angenommen werde (act. 36). Die Parteien liessen sich innert Frist nicht mehr vernehmen (vgl. auch act. 37/1+2; auch Prot. S. 16), weshalb androhungsgemäss von einem Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung auszugehen ist.

Auf die Vorbringen der Parteien wird eingegangen, soweit dies zur Entscheidungsfindung notwendig ist.

### **Erwägungen:**

#### 1. Formelles

Beide Parteien waren bei Eingang der Klage als Einzelunternehmen im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und hatten ihren Sitz bzw. Wohnsitz im Kanton Zürich. Zudem steht ihr Streit in Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit der Beklagten und der Streitwert beläuft sich auf über CHF 30'000.–. Im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage war das Handelsgericht des Kantons Zürich demnach sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO, § 44 lit. b GOG).

Zu prüfen bleibt, ob der Umstand, dass das Einzelunternehmen B1.\_\_\_\_\_ Immobilien nach Eintritt der Rechtshängigkeit aus dem Handelsregister gelöscht wurde, die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts nachträglich entfallen lässt. Die Parteien sehen die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts weiter als gegeben an (act. 26 S. 3 Ziff. 3; act. 31). Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit massgebend (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO). In welchem Zeitpunkt das angerufene Gericht sachlich zuständig sein muss, regelt die Zivilprozessordnung indes nicht. Als Prozessvoraussetzung muss die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich im Zeitpunkt der Ausfällung des Sachurteils vorliegen (BERGER, in: Berner Kommentar zur ZPO, Band I, Bern 2012, N 17 zu Art. 6 ZPO). In der Lehre wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass der Grund-

satz der perpetuatio fori nach Einreichung der Klage nicht nur für die örtliche, sondern – vorbehältlich einer Erhöhung des Streitwerts – auch für die sachliche Zuständigkeit gelte (ZÜRCHER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen ZPO, N 11 und N 31 zu Art. 60) und dass namentlich die Zuständigkeit des Handelsgerichts nach Löschung des relevanten Handelsregistereintrags gewahrt bleibe (VOCK/ NATER, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. Basel 2017, N 14 zu Art. 6; BERGER, a.a.O., N 17 zu Art. 6 ZPO; DASSER, die Rechtshängigkeit gemäss ZPO und revidiertem Lugano-Übereinkommen, S. 101). Dieser überzeugenden Auffassung ist zu folgen, ansonsten eine beklagte Partei durch Löschung des Handelsregistereintrags die sachliche Zuständigkeit beeinflussen könnte. Demzufolge ändert die am 21. April 2017 erfolgte Löschung des Handelsregistereintrags der Beklagten (Publikation im SHAB am tt.mm.2017) nichts an der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts. In Fällen handelsgerichtlicher Kompetenz entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. f ZPO). Daher erübrigt sich eine Prüfung, ob die Klagebewilligung rechtzeitig eingereicht wurde. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

## 2. Unbestrittener Sachverhalt

Die Erbengemeinschaft schloss am 27. August 2012 einen Verkaufsauftrag mit der Beklagten ab. Darin war eine erfolgsabhängige Provision sowie bezüglich einzelner Leistungen eine separate Entschädigung der Beklagten vorgesehen. Weiter wurde im Verkaufsauftrag vereinbart, dass der Vertrag ohne Kündigung am 31. August 2013 endet. Sollte innert 12 Monaten nach Ablauf oder Auflösung des Vertrags ein Verkauf an einen Interessenten zustande kommen, mit dem die Auftragnehmerin verhandelt hatte, wurde vereinbart, dass der Beklagten dennoch ein Provisionsanspruch zusteht (act. 3/6). Die Beklagte bzw. ihr Mitarbeiter J.\_\_\_\_\_ (fortan J.\_\_\_\_\_) standen in der Folge in Verkaufsverhandlungen mit dem Kläger bzw. dessen I.\_\_\_\_\_ AG. Am 5. November 2012 unterzeichnete der Kläger für die I.\_\_\_\_\_ AG eine Kaufzusage für das Grundstück. Die Beklagte unterzeichnete die Kaufzusage, indem sie ihrer Firma den Zusatz "für die Verkäuferin" vorstellte (act. 3/7). In dieser Kaufzusage verpflichtete sich die I.\_\_\_\_\_ AG, eine Anzahlung

von CHF 100'000.– in Anrechnung an den Kaufpreis des Grundstückes G.\_\_\_\_\_ von CHF 4.8 Mio. zu leisten, und zwar an die Beklagte als Vertreterin der Verkäuferin zur treuhänderischen unverzinsten Sicherstellung (act. 1 S. 5 Rz. 3; act. 1 S. 8 Rz. 1; act. 3/7 S. 1). Sollte die I.\_\_\_\_\_ AG vor Vertragsbeurkundung von dieser Kaufzusage zurücktreten, so wurde in Ziff. 3 der Kaufzusage vereinbart, dass die Anzahlung von CHF 100'000.– abzüglich der Aufwendungen der Verkäuferin an die I.\_\_\_\_\_ AG zurückzuzahlen sei (act. 3/7 S. 2). Die Kaufzusage hielt die Zahlungsmodalitäten inkl. einer Regelung für die Kosten, Gebühren und Steuern der Transaktion fest. Weiter beauftragte die Käuferin die Beklagte mit diesem Dokument, beim Notariat die Ausarbeitung des Kaufvertrages in Auftrag zu geben, wobei der Termin der Vertragsbeurkundung bereits festgehalten war und die Käuferin bestätigte, den Inhalt der relevanten Grundbucheinträge zu kennen (act. 1 S. 8 Rz. 2). Mit E-Mail vom 29. Oktober 2015 teilte die Erbengemeinschaft der Beklagten mit, dass der mit der I.\_\_\_\_\_ AG beabsichtigte Kauf nicht zustande kommen würde und ersuchte erfolglos um Zahlung von CHF 100'000.– an die Erbengemeinschaft (act. 31 S. 19 Rz. 57; act. 3/10).

Am 24. März 2016 reichte die Erbengemeinschaft gegen die Beklagte ein Schlichtungsgesuch vor dem Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., ein und beantragte die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von CHF 94'898.20. Da die Schlichtungsverhandlung zu keiner Einigung führte, wurde der Erbengemeinschaft am 12. Mai 2016 die Klagebewilligung ausgestellt (act. 1 S. 2 Ziff. 2; act. 3/2). Am 15. Juli 2016 trat die Erbengemeinschaft die Forderung über CHF 94'898.20 gegen die Beklagte an den Kläger ab (act. 1 S. 3 Rz. 3; act. 3/3). Am selben Tag erwarb der klägerische Rechtsvertreter und ehemalige Anwalt der Erbengemeinschaft mit seiner neu gegründeten K.\_\_\_\_\_ AG das zu verkaufende Grundstück von der Erbengemeinschaft für CHF 3.4 Mio. (act. 31 S. 16 f. Rz. 49; act. 22/2). Am 23. August 2016 reichte der Kläger hierorts die Klage ein (act. 1).

### 3. Wesentliche Parteistandpunkte

#### 3.1. Standpunkt des Klägers

Der Kläger stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die I. \_\_\_\_\_ AG die CHF 100'000.– zuhanden der Erbengemeinschaft überwiesen habe (act. 26 S. 26). Folglich sei die Beklagte verpflichtet, die Reservationszahlung abzüglich der vom Kläger anerkannten Aufwendungen von total CHF 5'101.80 der Erbengemeinschaft weiterzuleiten (act. 1 S. 11 Rz. 8; act. 26 S. 3 und S. 9). Der Abschluss einer Kaufzusage, in der auch der Verkaufspreis verbindlich festgelegt werde, habe gemäss Ziff. 3 des Mäklervertrags nur mit der Zustimmung der Auftraggeber, d.h. der Erbengemeinschaft, erfolgen können (act. 26 S. 30 Rz. 2; act. 3/6). Die Mitglieder der Erbengemeinschaft seien vor Abschluss der Kaufzusage von der Beklagten kontaktiert worden und hätten ausdrücklich ihre Zustimmung erteilt. Die Erbengemeinschaft habe der Beklagten ausdrücklich erlaubt, in ihrem Namen und auf ihre Rechnung die Anzahlung von CHF 100'000.– entgegen zu nehmen. Die Mitglieder der Erbengemeinschaft hätten eine Kopie dieser Kaufzusage erhalten. Es sei die Erbengemeinschaft gewesen, die die Beklagte beauftragt habe, die Kaufzusage abzuschliessen und die erste Zahlung treuhänderisch entgegen zu nehmen (act. 26 S. 32). Wem die Erbengemeinschaft diese CHF 100'000.– (oder was nach Abzug der Aufwendungen davon übrig bleibe) herausgeben müsse, betreffe ein separates Rechtsverhältnis und sei nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses (act. 26 S. 4). Da die Erbengemeinschaft ihren Anspruch dem Kläger abgetreten habe, stehe dem Kläger nun eine direkte Forderung gegen die Beklagte zu (act. 1 S. 9 Rz. 3).

#### 3.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage. Zur Begründung führt sie aus, dass in Ziff. 3 der Kaufzusage ausdrücklich vereinbart worden sei – was auch dem üblichen Geschäftsgang entspreche –, dass eine Anzahlung, die im Hinblick auf einen Grundstückskauf geleistet werde, an denjenigen zurückzubezahlen sei, der die Anzahlung geleistet habe (act. 10 S. 3 Rz. 4). Selbst im Fall der Formungültigkeit der Kaufzusage mangels öffentlicher Beurkundung stünde der Anspruch

auf Rückzahlung der Anzahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung nur der I. \_\_\_\_\_ AG zu. Der Anspruch der I. \_\_\_\_\_ AG sei jedoch verjährt (act. 10 S. 3 Rz. 5 f.). Solange der Käufer die Anzahlung nicht herausverlange, bestehe ein Schwebezustand, den sich der Verkäufer gefallen lassen müsse, da vertraglich mit dem Makler vereinbart worden sei, dass die Anzahlung nicht zu ihm, sondern zum Makler fliesse (act. 31 S. 2 Rz. 1).

#### 4. Verkaufsauftrag vom 27. August 2012

##### 4.1. Allgemeines

Die vertragliche Grundlage, auf deren Basis die Beklagte Verkaufsbemühungen unternahm und schliesslich die Kaufzusage vom 5. November 2012, in welcher die streitgegenständliche Anzahlung vereinbart wurde, unterzeichnete, bestand im von der Erbengemeinschaft erteilten Verkaufsauftrag vom 27. August 2012. Beide Parteien gehen davon aus, dass es sich dabei um einen Maklervertrag handelt (act. 1 S. 4, act. 10 S. 20 Rz. 67).

##### 4.2. Rechtliches

Durch den Maklervertrag erhält der Makler gemäss Art. 412 Abs. 1 OR den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln. Der Maklervertrag steht im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Abs. 2), soweit diese mit den Besonderheiten des Maklervertrags vereinbar sind (BGE 144 III 43 E. 3.1). Dabei verspricht der Auftraggeber dem Makler eine Vergütung, wenn dessen Tätigwerden zum Abschluss des vom Auftraggeber angestrebten Geschäfts führt oder beiträgt. Die Tätigkeit des Maklers kann sich nach dem Willen der Vertragsparteien auf den Nachweis von Interessenten beschränken, oder aber auf die Zuführung von Interessenten bzw. gar auf die Vermittlung in den Verhandlungen zwischen den Parteien gerichtet sein (AMMANN, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 6. Aufl. Basel 2015, N 1 zu Art. 412). Charakteristisch für den Maklervertrag sind dessen Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit des Maklerlohnanspruchs, der davon ab-

hängig ist, ob das Zutun des Mäklers zu einem Vertragsschluss führt (a.a.O., N 3 zu Art. 412 OR; BGE 144 III 43 E. 3.1.1). Der Mäklervertrag erlischt in der Regel, wenn das nachzuweisende oder zu vermittelnde Geschäft mit dem Dritten zustande gekommen ist. Zudem ist er, wie auch der Auftrag gemäss Art. 404 OR, jederzeit fristlos widerrufbar (AMMANN, a.a.O., N 6 zu Art. 412). Die Höhe des Mäklerlohns ist grundsätzlich frei vereinbar; seine häufigste Form ist das Prozentversprechen. Der Mäklerlohn ist nur geschuldet, wenn das Zustandekommen des Vertrages zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten darauf zurückzuführen ist, dass der Mäkler eine Tätigkeit von der Art, wie sie vereinbart worden ist, entfaltet hat (AMMANN, a.a.O., N 1 f. zu Art. 413). Auf eine solche Kausalität kann aber durch Vereinbarung verzichtet werden; der Mäkler hat in einem solchen Fall die Provision verdient, auch wenn der Abschluss nicht auf seine Bestrebung zurückgeht, sofern er nur nachweist, sich bemüht zu haben (AMMANN, a.a.O., N 9 zu Art. 413). Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Vereinbarung hat der Mäkler im Unterschied zum Beauftragten nur Anspruch auf Mäklerlohn, welcher die Vergütung und den Auslagenersatz einschliesst und als Ganzes erfolgsbedingt ist.

Soweit dem Mäkler im Vertrag für Aufwendungen Ersatz zugesichert worden ist, kann er diesen gemäss Art. 413 Abs. 3 OR auch dann verlangen, wenn das Geschäft nicht zustande kommt (AMMANN, a.a.O., N 15 zu Art. 413; BGE 144 III 43 E. 3.1.1). Für ausserhalb der eigentlichen Mäklertätigkeit liegende Auslagen, die der Mäkler im Interesse des Auftraggebers tätigt, kann gestützt auf Art. 412 Abs. 2 OR – auch ohne entsprechende Vereinbarung oder Zusicherung – ein auftragsrechtlicher Anspruch auf Auslagenersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR bestehen (BRACHER, in: Handkommentar zum Schweiz. Privatrecht, 3. Aufl. Zürich 2016, N 11a von Art. 413 OR mit Hinweis auf BGE 139 III 217 E. 2.3).

Da ungewiss ist, ob der Mäkler einen Interessenten präsentieren können wird, kann das Risiko für ihn, vor allem in Fällen, in welchen die Förderung der Interessen des Auftraggebers erhebliche Aufwendungen und Bemühungen bedingt, durch Provisionsgarantien verringert werden. Eine solche Vereinbarung wird von Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich als zulässig anerkannt. Unter einer Provisionsgarantie ist eine Vereinbarung zu verstehen, die dem Mäkler den Lohn voll

oder teilweise zusichert, auch wenn nicht er den Abschluss vermittelt hat oder wenn ein Abschluss überhaupt unterbleibt. Auch bei Vereinbarung einer Provisionsgarantie kann der Mäkler nur dann Anspruch auf die Provision erheben, wenn er eine Tätigkeit für den Auftraggeber entfaltet hat. Ein Vertrag, welcher die Vergütung des Mäklers nicht vom Erfolg seines Einsatzes abhängig macht, sondern diese z.B. nach der aufgewendeten Zeit und den unternommenen Bemühungen festlegt, so dass die Vergütung auch geschuldet ist, wenn das angestrebte Geschäft nicht zustande kommt, ist aber nicht als Mäklervertrag, sondern als einfacher Auftrag zu qualifizieren (AMMANN, a.a.O., N 13 zu Art. 413 mit Hinweisen). Richtet sich der Lohn ausschliesslich nach den Bemühungen des Mäklers und ist er unabhängig vom Erfolg geschuldet, überwiegen nämlich die Elemente des einfachen Auftrages (WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), 6. Aufl. Basel 2015, N 32 zu Art. 394; AMMANN, a.a.O., N 20 zu Art. 412).

Aufgrund dieser Nähe von Mäklervertrag und Auftrag rechtfertigt sich auch eine kurze Auseinandersetzung mit dem Auftrag: Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Es geht um einen Arbeitsvertrag in weiterem Sinne, bei welchem der Beauftragte gewisse Tätigkeiten im Hinblick auf ein bestimmtes Resultat zu erbringen hat, ohne dass ein Erfolgseintritt geschuldet sein muss (WEBER, a.a.O., N 1 zu Art. 394). Der Auftrag ist oft inhaltlich unbestimmt, wobei der Beauftragte das Möglichste zur Zweckerreichung zu tun hat (WEBER, a.a.O., N 2 zu Art. 394). Verträge, die keinem gesetzlichen Arbeitsvertragstypus unterstehen, sind nach Auftragsrecht zu beurteilen, womit es zum Sammelbecken für jegliche Arbeitsleistungsverträge wird, die nicht anders eingeordnet werden können. Hinsichtlich Vergütung sieht das Gesetz den Ersatz von Auslagen und Aufwendungen ausdrücklich vor (Art. 402 OR). Im Übrigen ist eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). In Frage kommen eine vorweg bestimmte Pauschalsumme, ein fester Prozentsatz des besorgten Geschäfts, feste Summensätze pro Einheit aufgewendeter Arbeitszeit oder auch eine Erfolgsbeteiligung (WEBER, a.a.O., N 37 zu Art. 394).

Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid aus dem Jahr 1955 festgehalten, dass Art. 400 OR gemäss Art. 412 Abs. 2 OR auf den Mäklervertrag anwendbar ist (BGE 81 II 358 E. 3; a.A. GAUTSCHI, in Berner Kommentar [1964] N 10b zu Art. 412 OR, da im Mäklervertrag die Ablieferungsobligation fehle, da die Auftragsausführung eine Vermittlung, nicht eine Vertretung oder Geschäftsführung sei).

#### 4.3. Würdigung

Im fraglichen Verkaufsauftrag (act. 3/6) erteilte die Erbengemeinschaft der Beklagten den exklusiven Alleinauftrag für den Verkauf des Grundstücks G.\_\_\_\_\_. Die Vertragsparteien sahen vor, dass der Vertrag ohne Kündigung am 31. August 2013 enden würde, wenn bis zu diesem Zeitpunkt kein Vertrag zustande kommen würde. Falls innert 12 Monaten nach Vertragsende ein Verkauf an Interessenten, mit denen die Beklagte verhandelt habe, zustande kommen würde, bestehe die Provisionspflicht gleichwohl (Ziffer 2). Weiter vereinbarten die Parteien in Ziffer 3, zu welchem Preis das Grundstück auszuschreiben sei und dass eine Kaufzusage nur mit der Zustimmung der Erbengemeinschaft erfolgen könne. In Ziffer 4 listeten sie auf, welche Verkaufsaktivitäten von der Beklagten wahrzunehmen seien. Diese Regelung spricht für eine klassische Vermittlungsmäkelei, bei welcher der Makler den Abschluss des Geschäfts aktiv fördert. Betreffend drei Unterpunkte (Ziffer. 4 Abs. 1 lit. a, b und f), welche externe Kosten verursachen würden, trafen die Vertragsparteien in Ergänzung der gesetzlichen Vorgaben eine Regelung betreffend (separaten) Auslagenersatz (Ziffer 4 Abs. 2 und Ziffer 6). Weiter wurde ausdrücklich festgehalten, dass die übrigen Leistungen alle mit der Maklerprovision abgedeckt seien (Ziffer 4 Abs. 2). Diese wurde in Ziffer 5 unter dem Titel "Erfolgshonorar/Provision" geregelt. Vorgesehen war ein erfolgsabhängiges Verkaufshonorar von 2.0% auf dem tatsächlich erzielten Preis, also ein Prozentversprechen. Weiter wurden die Modalitäten der Honorarzahlung geregelt, so Fälligkeit von 50% des Honorars bei Leistung der Anzahlung durch die Käuferschaft

aufgrund der Kaufzusage und 50% nach Beurkundung des Kaufvertrages, wobei das Honorar mit der Akontozahlung des Käufers für die Kaufzusage gegengerechnet werde. Diese Vergütungsregelung zeigt abermals, dass die Parteien tatsächlich einen Mäklervertrag im Sinne von Art. 412 ff. OR, dessen Charakteristikum in der Erfolgsbedingtheit besteht, abgeschlossen haben. Ausser dem Auslagensatz, welcher auch bei unterbliebenem Geschäftsabschluss zu zahlen sein würde, sahen sie keine nicht erfolgsabhängige Entschädigung im Sinne einer Provisionsgarantie vor. Die Ziffern 8 und 9 betreffen die gegenseitigen Informationspflichten und die Vollmacht der Beklagten, Einsicht in Amtsunterlagen zu nehmen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich beim Verkaufsauftrag um einen Mäklervertrag i.S.v. Art. 412 ff. OR handelt.

## 5. Kaufzusage vom 5. November 2012

### 5.1. Formvorschriften von Art. 216 OR

#### 5.1.1. Rechtliches

Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrags begründet werden (Art. 22 Abs. 1 OR). Vorverträge über ein Grundstück bedürfen der öffentlichen Beurkundung (Art. 22 Abs. 2 OR; Art. 216 Abs. 2 OR). Der Formzwang gilt für Vorverträge, welche die vertragliche Verpflichtung beinhalten, zu einem späteren Zeitpunkt einen Kaufvertrag über ein Grundstück, d.h. einen Hauptvertrag abzuschliessen. Ein Vorvertrag kann sich auf einen Hauptvertrag unter den gleichen Parteien richten oder aber zugunsten Dritter abgeschlossen sein (BK-KRAMER, N 73 zu Art. 22 OR). Da die Vorbereitung sowie die Durchführung der öffentlichen Beurkundung viel Zeit benötigen, besteht bei einer Partei oder bei beiden häufig das Bedürfnis, eine erste Vereinbarung bloss schriftlich zu verfassen und zu unterzeichnen, sobald sich die zukünftigen Vertragsparteien in den wesentlichen Punkten handelseinig geworden sind. In der Praxis ist häufig der sog. Reservationsvertrag oder eben die Kaufzusage anzutreffen, mit welcher der Verkäufer oder Vermittler eines Grundstücks das Verkaufsobjekt reserviert und der Käufer sich verpflichtet, das Kaufobjekt zu kaufen. Oft wird auch bereits eine erste Anzahlung geleistet. Derartige Vereinbarungen erweisen sich regelmässig

als formungültig (vgl. SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004, Nr. 1305 f.). Hingegen sind Vereinbarungen über Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen formlos gültig, wenn sie einzig den Zweck haben, das sogenannte negative Interesse abzugelten, wie beispielsweise Planungsaufwand zu ersetzen, den eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht hat (Urteil des Bundesgerichts vom 17. Dezember 2014 [4A\_281/2014] E. 3.2; mit Hinweis auf BGE 140 III 200 E. 5 mit weiteren Hinweisen).

### 5.1.2. Würdigung

Der Wortlaut der Kaufzusage im Abschnitt "Anzahlung" lautet wie folgt (vgl. act. 3/7):

" Durch Unterzeichnung dieser Kaufzusage verpflichtet sich die Käuferschaft innert 10 Tagen eine Anzahlung von CHF 100'000.00 in Anrechnung an den Kaufpreis von total CHF 4'800'000.00, zur treuhänderischen, unverzinsten Sicherstellung an die Vertreter des Verkäufers, B1.\_\_\_\_\_ IMMOBILIEN, auf das Konto [...] bei der CS zu leisten."

Die Kaufzusage sieht keine explizite Verpflichtung der Käuferin, das Grundstück zu kaufen, vor. Die verwendeten Umschreibungen könnten allenfalls auf eine solche hindeuten, zumal davon gesprochen wird, dass die Anzahlung in Anrechnung an den Kaufpreis erfolge und im Abschnitt "weitere Bestimmungen" bereits der spätestmögliche Termin für die Beurkundung festgehalten wird (vgl. Ziffer 1), womit der Kauf als unumgängliche Tatsache antizipiert wird. Zudem wurden mit der Kaufzusage bereits alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrags fixiert (Bezeichnung des Grundstückes, der Verkäufer, des Käufers und des Kaufpreises). Diese Aspekte könnten durchaus für die Verbindlichkeit der Kaufzusage sprechen. Andererseits fällt nebst dem hinsichtlich Kaufverpflichtung vagen Wortlaut auf, dass im ganzen Dokument nirgends ausdrücklich festgehalten ist, dass die Kaufzusage verbindlich wäre. Ein die Verbindlichkeit unterstreichendes und häufig vorgesehene Haftgeld war ebenfalls nicht vorgesehen. Die Vertragsparteien haben im Gegenteil in Ziffer 3 ausdrücklich vereinbart, dass die Anzahlung im Fall des Schei-

terns des Kaufvertrags nicht verfallen soll. Auch der heute bekannte spätere Verlauf, der zeigt, wie stark und wie oft die Parteien des vermeintlichen Kaufvertrages auf bereits in wesentlichen Vertragspunkten abgegebene Zusagen zurückkamen, und dass der Abschluss schliesslich ohne grössere Konsequenzen scheiterte, lässt daran zweifeln, dass sie die Abrede tatsächlich als bindend verstanden haben. Der Kläger weist denn zutreffend auf die Unverbindlichkeit dieser Reservationsvereinbarung in Bezug auf den Abschluss des Kaufvertrags hin (act. 26 S. 32 Ziff. 7 mit Hinweis auf act. 12/3). In der Tat geht aus der E-Mail von J.\_\_\_\_\_ (Mitarbeiter der Beklagten) folgendes hervor: "Diese Kaufzusage ist nicht rechtsverbindlich, d. h. bis zum Abschluss des eigentlichen Kaufvertrages wären Sie wie die Verkäufer noch frei. Wir sehen es aber als moralisch verpflichtend, nach Unterzeichnung einer Kaufzusage die Ausschreibung der Immobilien zu stoppen und die Verhandlungen mit anderen Interessenten abzubrechen", act. 12/3). Daher handelt es sich bei der vertraglichen Vereinbarung vom 5. November 2012 nicht um einen dem Formzwang unterstehenden Vorvertrag. Die Vereinbarung erweist sich damit als formgültig.

## 5.2. Rollenklärung von potentiellm Käufer und Verkäufer

Mit Blick auf die Frage, wer in concreto gegenüber wem bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf Rück- oder Auszahlung der Anzahlung hat, ist der Wortlaut der Kaufzusage unbestimmt. So ist aus diesem Schriftstück nicht eindeutig ersichtlich, wer der an der Anzahlung berechnigte Empfänger und wer (demzufolge) mit der Rückzahlungsverpflichtung belastet sein würde. Es wird zwar in Ziffer 3 (in Passivform) festgehalten, dass der Betrag "der Käuferschaft zurückbezahlt werde", aber nicht von wem (vgl. act. 3/7). Die Auffassung der Beklagten, in Ziffer 3 der Kaufzusage sei ausdrücklich vereinbart, dass die Anzahlung nur von der I.\_\_\_\_\_ AG zurückverlangt werden könne (act. 10 S. 3 Rz. 4), ist daher nicht zu teilen. Immerhin fällt auf, dass die Anzahlung an die Vertreter (recte: Vertreterin) des Verkäufers (d.h. die Beklagte) zu leisten war und eine treuhänderische Sicherstellung darstellte (act. 3/7 unter "Anzahlung"; vgl. den genauen Wortlaut unter Ziff. 5.1 hiervor). Die Beklagte agierte gegenüber der potentiellen Käuferschaft also explizit als Vertreterin der potentiellen Verkäuferin.

### 5.3. Entgegennahme der Anzahlung als Vertreterin der Erbengemeinschaft bzw. zur treuhänderischen Sicherstellung

#### 5.3.1. Rechtliches

Nachdem die Kaufzusage den Begriff der Vertretung verwendet, drängt sich eine Auseinandersetzung mit den Regeln der Stellvertretung auf. Ob zwischen der Erbengemeinschaft und der Beklagten die Regeln von Art. 32 ff. OR zur Anwendung gelangen, setzt eine Auseinandersetzung mit dem von ihnen abgeschlossenen bilateralen Rechtsverhältnis voraus. Der Vermittlungsmäkler nach Art. 412 OR ist in die Kategorie derjenigen Vermittler einzuordnen, die keine Geschäfte abschliessen, sondern einen Geschäftsabschluss nur vorbereiten. Da sie weitgehend tatsächlich (und nicht rechtlich) handeln, ist insoweit (also hinsichtlich des Abschlusses eines Geschäfts) eine Anwendung des Stellvertretungsrechts ausgeschlossen. Allerdings ist der beauftragte Vermittler mit einer mehr oder weniger umfassenden (aktiven) Verhandlungsvollmacht ausgerüstet. Er ist demnach zwar nicht berechtigt, Willenserklärungen zum Vertragsabschluss abzugeben, kann aber unter Genehmigungsvorbehalt handeln oder Anträge des Geschäftsherrn als Bote überbringen. In diesem engen Rahmen der Verhandlungsvollmacht sind die Regeln über die Stellvertretung mit Ermächtigung anwendbar. Ferner ist der beauftragte Vermittler passiver Vertreter. Diese Empfangsvollmacht wirkt bei der Entgegennahme bzw. Ablehnung von Erklärungen. Die Kombination der aktiven Verhandlungsvollmacht und der passiven Empfangsvollmacht hat zur Folge, dass Erklärungen von Vermittlern so ausgelegt werden, wie der Dritte sie verstehen durfte und musste (BK- ZÄCH/KÜNZLER, Vor Art. 32 - 40 N 23 ff.). Ferner können dem Mäkler im individuellen Mäklervertrag weitere Vollmachten erteilt werden.

#### 5.3.2. Würdigung

In Ziffer 2 des Verkaufsauftrags erteilt die Erbengemeinschaft der Beklagten schlechthin den Exklusivauftrag, das fragliche Grundstück zu verkaufen. Eine Einschränkung in dem Sinne, dass nur Interessenten ausfindig zu machen bzw. der Vertragspartnerin zuzuführen seien, findet sich an dieser Stelle nicht. Dies allein könnte auf eine sehr weitgehende Handlungsberechtigung der Beklagten

schliessen lassen. In Ziffer 3 wird jedoch einerseits festgehalten, dass der Abschluss einer verbindlichen Kaufzusage nur mit der Zustimmung der Auftraggeber erfolgen könne. Der selbständige Abschluss einer Kaufzusage ohne vorgängige Zustimmung der Erbengemeinschaft war der Beklagten demzufolge nicht gestattet. Sodann werden in Ziffer 4 des Vertrages verschiedene Aufgaben der Beklagten aufgelistet. Im vorliegenden Zusammenhang ist dabei insbesondere zu erwähnen, dass die Beklagte damit betraut wurde (e) persönlich mit ihr "bekannten" Interessenten Kontakt aufzunehmen, (h) die Verkaufsverhandlungen bis zur Unterzeichnung der Kaufzusage zu führen, (i) den Kaufvertrag in Abstimmung mit dem Notariat auszufertigen und (j) die Auftraggeber bei der Beurkundung der Eigentumsübertragung zu vertreten oder zu begleiten. Unter Ziffer 9 des Vertrages wird der Beklagten schliesslich die Vollmacht erteilt, Dokumente von Amtsstellen zu beschaffen und sich betreffend das Verkaufsobjekt über Eintragungen zu informieren. Für die entsprechenden Verrichtungen war der Beklagten demzufolge eine ausdrückliche Vollmacht erteilt worden. Obwohl die Käuferanzahlung im Verkaufsauftrag ebenfalls erwähnt wurde (vgl. Ziff. 3 von act. 3/6), war die Vereinbarung der Anzahlung und ihrer Modalitäten zwischen der Beklagten und dem Kläger/der I. \_\_\_\_\_ AG dagegen keine Handlung, zu welcher die Beklagte gemäss Verkaufsauftrag zwischen der Beklagten und der Erbengemeinschaft ausdrücklich ermächtigt gewesen wäre. Aus der gesetzlichen Regelung des Mäklervertrags in Art. 412 ff. OR ergibt sich wie erwähnt ebenfalls kein umfassendes Recht der Beklagten, als Stellvertreterin der Erbengemeinschaft zu handeln. Die Beklagte bestreitet nun aber nicht, dass die Erbengemeinschaft ihr ausdrücklich erlaubt habe, in ihrem Namen und auf ihre Rechnung die Anzahlung von CHF 100'000.– entgegen zu nehmen (vgl. act. 26 S. 31; act. 31 S. 37 Rz. 147). Ebenfalls unbestritten blieb die klägerische Behauptung, dass die Mitglieder der Erbengemeinschaft eine Kopie dieser Kaufzusage erhielten (vgl. act. 26 S. 32; act. 31 S. 38 Rz. 148 f.). Damit ist nun aber erstellt, dass die Erbengemeinschaft die Beklagte ermächtigt hat, in ihrem Namen und auf ihre Rechnung die Anzahlung von CHF 100'000.– entgegen zu nehmen. Entsprechend kann – da unbestritten – auf die Einvernahme der offerierten Zeugen E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ sowie D. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 26 S. 31) verzichtet werden. Hinzu tritt, dass durch die nachträgliche Zustellung einer Kopie

der Kaufzusage an die Erbengemeinschaft, worin die Beklagte "für die Verkäuferin" zeichnete (vgl. Unterschriftenfeld in act. 3/7), eine Genehmigung von allenfalls vollmachtlosem Handeln der Beklagten durch die Erbengemeinschaft liegen würde, da die Erbengemeinschaft dem Inhalt der Kaufzusage unbestrittenermassen nicht widersprochen hat.

Nur am Rande sei erwähnt, dass diese unbestrittene Darstellung auch durch die E-Mail von J. \_\_\_\_\_ vom 29. Oktober 2012 an den Kläger gestützt wird, worin die Rede davon ist, dass die Zustimmung der Erbengemeinschaft, mit dem Kläger den Verkauf zu organisieren, vorliege (act. 12/3). Diese Nachricht, aber auch die Unterzeichnung der Kaufzusage an und für sich, welche gemäss Verkaufsauftrag der Erbengemeinschaft an die Beklagte ja an die Zustimmung der Erbengemeinschaft geknüpft war, unterstreichen, dass die Erbengemeinschaft mit diesen Handlungen und Äusserungen der Beklagten im Rahmen ihrer Verkaufsverhandlungen mit dem Kläger bzw. der I. \_\_\_\_\_ AG einverstanden war und sie ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten. Dass die Erbengemeinschaft über die Details, namentlich die bevorstehende Anzahlung samt Modalitäten, informiert wurde, zeigt sich aus der E-Mail der Beklagten vom 12. November 2012 (act. 12/4). Spätere E-Mail-Korrespondenzen lassen gar explizites Einverständnis der Erbengemeinschaft mit dem Vorgehen der Beklagten erkennen (act. 12/6-7).

Folglich stellt das Handeln der Beklagten auf der Basis der gesetzlichen Regelung und dem Mäklervertrag sowie dem Verhalten der Erbengemeinschaft (welche die von der Beklagten mit dem Kläger/der I. \_\_\_\_\_ AG getroffenen Abmachungen zumindest genehmigte) eine Stellvertretung im Sinne von Art. 32 ff. OR dar und die Handlungen der Beklagten sind somit der Erbengemeinschaft zuzurechnen. Bei dieser Betrachtungsweise gilt grundsätzlich die Vollmachtgeberin bzw. Vertretene als die berechnete Empfängerin der Anzahlung.

#### 5.4. Folgen des Rücktritts der I. \_\_\_\_\_ AG von der Kaufzusage bzw. Anspruch der Erbengemeinschaft gegen die Beklagte

Trotz Abschluss der Kaufzusage kam es in der Folge nicht zu einem Vertragsabschluss zwischen der I. \_\_\_\_\_ AG und der Erbengemeinschaft. Was im Fall, dass

nach Bezahlung der Anzahlung der Käufer von einem Kauf absieht, mit der Anzahlung geschehen soll, haben die Parteien nicht explizit geregelt. Folglich sind der Mäklervertrag und die Kaufzusage, deren Inhalt die Erbengemeinschaft spätestens mit Erhalt der Kopie der Kaufzusage konkludent genehmigte, auszulegen. Wie gezeigt haben die Vertragsparteien des Mäklervertrags unter Ziff. 4 lit. a bis j Aufgaben definiert. Zusätzlich wurde die Beklagte nun wie gezeigt bevollmächtigt, im Namen und auf Rechnung der Erbengemeinschaft die Anzahlung von CHF 100'000.– entgegen zu nehmen. Im Mäklervertrag haben die Parteien für den Erfolgsfall die Regel getroffen, dass das Honorar mit der Akontozahlung des Käufers für die Kaufzusage gegenzurechnen ist (act. 3/6 Ziff. 5). Für den Fall, dass es nicht zum Abschluss eines Kaufvertrags kommt, haben die Vertragsparteien im Mäklervertrag keine Regelung getroffen. Die Beklagte bemerkt denn auch, dass keine Weiterleitung des Geldes an die Erbengemeinschaft vereinbart worden sei (act. 10 S. 7 Rz. 15). Indes findet sich eine Regelung für den Fall eines Absehens des Käufers vom Kauf in der Kaufzusage. Dort findet sich unter Ziff. 3 folgende Regelung (act. 3/7 S. 2):

" Sofern die Käuferschaft von dieser Kaufzusage vor Vertragsbeurkundung zurücktritt, wird die Anzahlung von CHF 100'000.– abzüglich der Aufwendungen des Verkäufers an die Käuferschaft zurückbezahlt."

Diese zwei Regelungen lassen sich nur sinnvoll in Einklang bringen, wenn die geleistete Anzahlung effektiv zuerst zur – von vornherein aufgrund der Stellvertretung berechtigten – Erbengemeinschaft geht. Denn sie ist es, die ihre Aufwendungen in Abzug zu bringen hat, bevor der Restbetrag herauszugeben ist. Die Bestimmung, wonach das Honorar mit der Akontozahlung des Käufers gegengerechnet wird (Ziff. 5 des Mäklervertrags, act. 3/6), zeigt überdies, dass die Erbengemeinschaft an der Akontozahlung berechtigt ist. Denn würde sich die Beklagte von Beginn weg als Berechtigte an der Akontozahlung sehen, so wäre eine Gegenrechnung – wie sie dies vereinbart haben – gar nicht möglich. Der Wortlaut der Kaufzusage, den die Erbengemeinschaft mit dem Käufer abgeschlossen hat und von dessen Inhalt die Beklagte als Vertreterin Kenntnis hat, ja unstrittig selber redigiert hat, spricht nun aber klar von Abzug der Aufwendungen des Verkäufers,

was zwangsläufig dazu führt, dass der Verkäufer, der auch die Kaufzusage mittels Vertreterin abgeschlossen hat, den Restbetrag herauszugeben hat. Zusammenfassend steht der Erbengemeinschaft als vertretener Person ein Anspruch auf Herausgabe der für sie empfangenen Anzahlung gegenüber der Beklagten zu.

Zum selben Ergebnis würde im Übrigen auch die Anwendung der Bestimmungen über das Auftragsrecht führen: Es blieb unbestritten, dass die Erbengemeinschaft die Beklagte beauftragte, die Kaufzusage abzuschliessen und die erste Zahlung treuhänderisch entgegen zu nehmen (vgl. act. 26 S. 32). Der Argumentation der Beklagten, dass die Ablieferungspflicht i.S.v. Art. 400 OR nicht auf den Mäklervertrag anwendbar sei, mag zwar – trotz gegenteiliger Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1955 – insofern zu folgen sein, als der Mäkler in der Regel eben gerade nicht ein Geschäft abschliesst. Der in Art. 400 Abs. 1 OR normierte Herausgabeanspruch kommt aber zum Tragen, wenn zusätzlich zum Mäklervertrag ein gewöhnlicher Auftrag abgeschlossen wurde. Somit stünde der Erbengemeinschaft auch bei Annahme einer Beauftragung der Beklagten ein Anspruch auf Herausgabe der Anzahlung gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR zu. Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich Ausführungen zum Treuhandverhältnis. Zusammenfassend hat die Erbengemeinschaft einen vertraglichen Anspruch auf Herausgabe von CHF 94'898.20 gegenüber der Beklagten.

#### 5.5. Anerkennung der Beklagten von CHF 51'525.40

Der Kläger wirft der Beklagten widersprüchliches Verhalten vor, da diese mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 26. November 2015 einen Saldo zugunsten der Erbengemeinschaft von CHF 51'525.40 anerkannt habe und jetzt von dieser Anerkennung nichts mehr wissen wolle. Auf diese Anerkennung sei die Beklagte zu behaften (act. 26 S. 11 f. mit Hinweis auf act. 3/13). Die Beklagte verneint das Vorliegen einer Anerkennung, da sich dem Schriftstück selbst entnehmen lasse, dass es sich um ein unpräjudizielles Entgegenkommen handle (act. 31 S. 15 Rz. 44-47).

Als Anerkennung gilt jedes Verhalten des Schuldners, das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung seiner rechtlichen Verpflichtung

aufgefasst werden darf (vgl. hierzu im Zusammenhang mit der Frage der Unterbrechung der Verjährung BGE 134 III 591 E. 5.2.1). Aus dem Schreiben vom 26. November 2015 ergibt sich nun aber klar, dass es sich um ein Vergleichsangebot handelt (act. 3/13). Es liegt folglich keine Anerkennung der Beklagten vor. Abgesehen davon wurde das Grundstück zwischenzeitlich verkauft, was der Beklagten im Zeitpunkt des besagten Schreiben noch gar nicht bekannt war und eine Anerkennung ohnehin in Frage stellen würde.

## 6. Abtretung an den Kläger

Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Nachdem die Beklagte nichts geltend macht, was der Abtretung entgegen stehen würde, ist von deren Gültigkeit auszugehen. Die Aktivlegitimation des Klägers ist daher gegeben.

## 7. Einwendungen der Beklagten

### 7.1. Verzicht des Klägers auf die Forderung von CHF 100'000.–

#### 7.1.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte führt aus, der Kläger habe gegenüber J.\_\_\_\_\_ anlässlich eines Gesprächs vom 10. Mai 2016 mitgeteilt, dass er darauf verzichten werde, Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen. Dies ergebe sich auch aus dem von J.\_\_\_\_\_ am 18. Mai 2016 erstellten Schreiben (act. 10 S. 23 Rz. 87). Der Kläger stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass er den Inhalt des Schreibens umgehend bestritten und klargestellt habe, dass er nach wie vor die Rückzahlung der Reservationszahlung geltend mache (act. 1 S. 9 Rz. 3 mit Hinweis auf act. 3/15-17). Die Besprechung habe gemäss der Beklagten am 10. Mai 2016 stattgefunden. Das Schreiben, in dem dies fälschlicherweise bestätigt werde, datiere vom 18. Mai 2016. Die Abtretungsvereinbarung zwischen der Erbengemeinschaft und dem Kläger datiere jedoch erst vom 15. Juli 2016. Schon aus diesem

Grund könne der Kläger gar nicht auf die Geltendmachung der vorliegend strittigen Forderung verzichtet haben (act. 26 S. 27).

#### 7.1.2. Würdigung

Auf die Geltendmachung einer Forderung kann verzichtet werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Verzichtende im Zeitpunkt des Verzichts Berechtigter der Forderung ist. Daran mangelt es nun aber im vorliegenden Fall, denn unstrittig stand die Forderung im Zeitpunkt des von der Beklagten behaupteten Verzichts des Klägers der Erbengemeinschaft zu. Aus diesem Grund erübrigt sich eine Einvernahme des offerierten Zeugen J. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 31 S. 12), da selbst die Bestätigung von J. \_\_\_\_\_, dass der Kläger auf die CHF 100'000.– verzichtet habe, nichts daran ändern würde, dass es im vorliegenden Fall um die Forderung der Erbengemeinschaft geht. Es wird aber nicht behauptet, die Erbengemeinschaft habe auf die CHF 100'000.– verzichtet. Nur am Rande sei bemerkt, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger aus diesem Schreiben vom 18. Mai 2016 (act. 3/15) nichts für sich ableiten könnte, da diesem Schreiben umgehend durch den Kläger widersprochen wurde.

#### 7.2. Widersprüchliches Verhalten des Klägers

##### 7.2.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger sich mit seiner Klage in absoluten Widerspruch zu seinem eigenen Handeln in der Vergangenheit setze. So habe er als Organ der I. \_\_\_\_\_ AG mit seiner Unterschrift ihren Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung begründet, ignoriere deren Anspruch aber im nächsten Moment komplett und fordere mit einer abenteuerlichen Begründung, welche auf dem internen Verhältnis zwischen ihm persönlich und der Erbengemeinschaft beruhe, die Leistung der Anzahlung an sich selbst. Es könne nicht sein, dass dies belohnt werde (act. 10 S. 9 Rz. 21 f.). Der Kläger führt aus, dass er mit Schreiben vom 25. Mai 2016 von der Beklagten die Rückzahlung der CHF 100'000.– verlangt habe (an sich selber, nicht als Abtretungsgläubiger). Diese Korrespondenz sei aber durch die Beklagte provoziert worden (act. 26 S. 6 und S. 11). Richtig sei, dass

die Erbengemeinschaft mit E-Mail vom 29. Oktober 2015 die Überweisung der Anzahlung verlangt habe, da das Scheitern des Kaufvertrags festgestanden habe (act. 26 S. 6 und S. 11).

#### 7.2.2. Rechtliche Würdigung

Was die angeblich abenteuerliche Begründung des Klägers anbelangt, kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden. Es mag zwar zutreffen, dass der Sachverhalt mit Bezug auf die Legitimationsfrage durchaus verwirrend ist. Die Beklagte muss sich aber entgegen halten lassen, dass nach dem Scheitern des Kaufvertrages im Oktober 2015 RA X. \_\_\_\_\_ als damaliger Vertreter der Erbengemeinschaft die Beklagte in mehreren Schreiben konsequent und in Übereinstimmung mit dem heutigen Standpunkt mehrfach darum ersuchte, die Anzahlung an die Erbengemeinschaft und nicht an den Kläger zu überweisen (act. 3/8+9+10+11+12+14). Ferner war es die Erbengemeinschaft, und nicht der Kläger, welche im Mai 2015 ein Schlichtungsverfahren gegen die Beklagte einleitete und eine Klagebewilligung erwirkte (act. 3/2). Erst als die Beklagte in einem Schreiben an den Kläger vom 18. Mai 2016 festhielt, dieser habe am 10. Mai 2016 telefonisch erklärt, auf die Rückzahlung der Anzahlung zu verzichten, meldete sich der Kläger in einem Schreiben vom 25. Mai 2016 bei der Beklagten und erklärte, nun die Überweisung der Anzahlung direkt an sich zu fordern, dies nachdem eine Verrechnung der Forderung der Erbengemeinschaft gegenüber ihm aufgrund der nicht erfolgten Freigabe der Anzahlung durch die Beklagte nicht möglich sei (act. 3/16). Am 15. Juli 2016 erfolgte die Abtretung (act. 3/3). Demzufolge widersprach nur dieses Schreiben des Klägers vom 25. Mai 2016, mit welchem er die Auszahlung direkt an sich forderte, seiner heute vertretenen Auffassung, dass eigentlich die Erbengemeinschaft daran berechtigt war. Dieses Schreiben war allerdings durch das Schreiben der Beklagten vom 18. Mai 2016 veranlasst, wenn nicht – so der Kläger in act. 26 S. 6 – provoziert. Die Äusserungen der Beklagten in diesem Brief widersprachen wiederum ihrem eigenen Standpunkt, richtete es sich doch an den Kläger persönlich (und nicht an die I. \_\_\_\_\_ AG) und wird ein Verzicht des Klägers persönlich bestätigt, ohne je die I. \_\_\_\_\_ AG zu erwähnen, welche gemäss Auffassung der Beklagten an der An-

zahlung berechtigt gewesen sein soll. Vor diesem gesamten Hintergrund besteht kein Anlass für eine Klageabweisung wegen widersprüchlichen Verhaltens des Klägers.

### 7.3. Zweimalige Forderung der CHF 100'000.–

#### 7.3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte macht geltend, dass der Kläger selber behauptet habe, dass er die CHF 100'000.– erhalten hätte. So habe er in der Eingabe vom 14. Juli 2017 selber ausgeführt, dass die I.\_\_\_\_\_ AG des Klägers die Anzahlung von CHF 100'000.– geleistet und sein Anwalt ihm diese ausgewiesenen Kosten bezahlt habe. Es sei daher nicht einzusehen, dass der Kläger dieses Geld vorliegend noch einmal erhalten sollte (act. 31 S. 3). Weiter stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die Erbengemeinschaft gemäss Kaufvertrag vom 15. Juli 2016 die CHF 100'000.– bereits erhalten habe. Daher könne die Erbengemeinschaft diesen Betrag nicht ein zweites Mal von der Beklagten fordern (act. 31 S. 11 Rz. 27 mit Hinweis auf act. 22/2 S. 7).

#### 7.3.2. Würdigung

Der Anspruch der I.\_\_\_\_\_ AG ist vom Anspruch der Erbengemeinschaft zu unterscheiden. Im vorliegenden Verfahren geht es nur um den Anspruch der Erbengemeinschaft. Selbst wenn die I.\_\_\_\_\_ AG die Zahlung von CHF 100'000.– erstattet erhalten hätte, so würde dies nichts daran ändern, dass sich die CHF 100'000.–, die die Beklagte in Vertretung für die Erbengemeinschaft entgegen genommen hat, nach wie vor bei der Beklagten befinden. Ohnehin, sollte der klägerische Rechtsvertreter bzw. dessen Gesellschaft K.\_\_\_\_\_ AG der I.\_\_\_\_\_ AG CHF 100'000.– bezahlt haben, so wäre dies im Rahmen einer Abtretung des Anspruchs der I.\_\_\_\_\_ AG an die K.\_\_\_\_\_ AG geschehen (vgl. act. 21 S. 3). Dieses Vorgehen hatte seinen Grund denn vielmehr in einer Vereinfachung der Abläufe mit dem Ziel, dass weder die Erbengemeinschaft selber noch die I.\_\_\_\_\_ AG weiter in den Streit um die Anzahlung involviert sind. Denn unbestrittenermassen wurde das Grundstück zu einem späteren Zeitpunkt an die K.\_\_\_\_\_ AG verkauft.

Die CHF 100'000.– konnten somit der neuen Käuferschaft zugerechnet werden, wie wenn diese ursprünglich die Anzahlung geleistet hätte.

Auch der beklagte Einwand, dass die Erbengemeinschaft die CHF 100'000.– gemäss Kaufvertrag vom 15. Juli 2016 bereits erhalten habe, hält einer näheren Betrachtung nicht stand: Zwar trifft zu, dass die Erbengemeinschaft während dieses Verfahrens am 15. Juli 2016 einen Kaufvertrag mit der K.\_\_\_\_\_ AG abschloss und sich darin der Passus befindet, dass CHF 100'000.– bereits früher an die veräussernde Partei, d.h. die Erbengemeinschaft, bezahlt worden seien (vgl. act. 22/2 S. 7). Diese Bestimmung diene aber bloss dazu, den Umstand der noch ausstehenden CHF 100'000.– möglichst sinnvoll zu berücksichtigen bzw. einer Partei zuzurechnen. Denn die CHF 100'000.– sind sehr wohl an die Erbengemeinschaft geleistet worden, aber aufgrund des Verhaltens der Beklagten noch nicht in deren Machtbereich gelangt. Wenn der Kläger nun erfolgreich diese CHF 100'000.– von der Beklagten für die Erbengemeinschaft erhältlich machen kann, entspricht die Situation derjenigen, die im Kaufvertrag abgemacht worden ist: Die Erbengemeinschaft würde die Anzahlung erhalten bzw. aufgrund der Abtretung der Kläger selber. Da die K.\_\_\_\_\_ AG den Anspruch der I.\_\_\_\_\_ AG erworben hat, ist schliesslich die K.\_\_\_\_\_ AG diejenige, die wirtschaftlich die CHF 100'000.– geleistet hat. Zusammenfassend ist es somit nicht so, dass der Kläger bereits befriedigt worden ist. Der von der Beklagten aufgebrachte Vorwurf der doppelten Inanspruchnahme verfängt nicht.

#### 7.4. Verjährung

Die Beklagte erhebt die Verjährungseinrede. Diese basiert auf ihrer Annahme, dass die I.\_\_\_\_\_ AG die an der Anzahlung Berechtigte und die Kaufzusage vom 5. November 2012 mangels öffentlicher Beurkundung formungültig sei. Die Leistung aus einem formungültigen Vertrag stelle eine Zuwendung ohne jeden gültigen Grund im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR dar. Dieser bereicherungsrechtliche Anspruch der I.\_\_\_\_\_ AG sei von dieser selbst gegenüber der Beklagten bis heute nie geltend gemacht worden. Gemäss Art. 67 Abs. 1 OR verjähre der Anspruch auf Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung innerhalb eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten habe. Da mit der

Mitteilung des Gegenanwaltes vom 29. Oktober 2015 (act. 3/8) bereits festgehalten habe, dass das Kaufgeschäft gescheitert sei, womit die Verjährungsfrist zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe, sei der Anspruch verjährt (act. 10 S. 3 f.).

Es wurde bereits ausgeführt, dass der Kläger einen vertraglichen Anspruch geltend macht. Dieser Anspruch unterliegt der zehnjährigen Verjährungsfrist. Weiter wurde ausgeführt, dass sich die Kaufzusage als formgültig erweist. Folglich ist die Verjährung nicht eingetreten.

## 8. Verrechnung

### 8.1. Gegenansprüche der Beklagten und deren Reihenfolge

Die Beklagte macht verschiedene Gegenforderungen geltend, die sie zur Verrechnung bringen will. Da sich vor dem zweiten Schriftenwechsel ergeben hat, dass das Grundstück inzwischen verkauft worden ist, hat die Beklagte ihre Verrechnungsforderungen angepasst. Die Beklagte macht in der Duplik neu einen Provisionsanspruch von CHF 96'000.– nebst Zins zu 5% seit 15. Juli 2016 geltend (Provision von 2% auf CHF 4.8 Millionen, act. 31 S. 3 und S. 18). Eventualiter verlangt die Beklagte eine Provisionszahlung von CHF 68'000.– (ausgehend vom tatsächlichen Verkaufspreis des Grundstücks von CHF 3.4 Mio. [act. 31 S. 40 Rz. 152]). Unabhängig von der Provision habe die Beklagte Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäss Ziff. 4 des Verkaufsauftrags (act. 31 S. 41 Rz. 156). Im Hauptstandpunkt macht die Beklagte geltend, dass es sich bei den Aufwendungen um die Abklärung gewisser bautechnischer Bedingungen handle, eventualiter sei konkludent resp. stillschweigend der Verkaufsauftrag erweitert worden (act. 31 S. 4). So oder anders stehe ihr ein Gegenanspruch von CHF 58'380.– zzgl. 5% Zins seit 1. November 2015 zu (act. 31 S. 4 und S. 32, S. 41 Rz. 157). Die Beklagte äussert sich in der Duplik nicht mehr zur in der Klageantwort noch geforderten Provision von CHF 82'425.60 resp. eventualiter CHF 42'212.80 sowie den dort geltend gemachten CHF 2'160.–, die ihr im Zusammenhang mit der Mandatierung von RA Dr. Y1.\_\_\_\_\_ entstanden sind (act. 10 S. 24 Rz. 91 und S. 25 Rz. 93). In welcher Reihenfolge die Beklagte diese Ansprüche geltend machen

will, führt sie nicht explizit aus. Es drängt sich aber auf, den geltend gemachten Provisionsanspruch von CHF 82'425.60 resp. CHF 42'212.80 nach der nunmehr in der Duplik höher geltend gemachten Provision zu prüfen. Zu den Kosten der Mandatierung von RA Y1.\_\_\_\_\_äussert sich die Beklagte in der Duplik nicht mehr. Sie sind daher am Ende zu prüfen.

## 8.2. Provisionszahlung von CHF 96'000.–

### 8.2.1. Zeitraum der Provisionspflicht

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass sie bis im Oktober 2015 auf den Grundstückkaufvertragsschluss hingewirkt und die Erbgemeinschaft dies geduldet habe, und aus diesem Verhalten auch bis mindestens Oktober 2015 Nutzen zu ziehen beabsichtigt habe. Folglich sei von einer entsprechenden Vertragsverlängerung bis Ende Oktober 2015 auszugehen (act. 31 S. 19 Rz. 58). Der Kaufvertrag zwischen der Erbgemeinschaft und der K.\_\_\_\_\_ AG sei am 15. Juli 2016 abgeschlossen worden, somit innerhalb der Jahresfrist gemäss Ziff. 2 Abs. 3 des Verkaufsauftrags vom 27. August 2012, wonach die Erbgemeinschaft provisionspflichtig sei, falls innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf des Auftrags ein Kaufvertrag zustande komme (act. 31 S. 19 Rz. 59).

Der Kläger bestreitet nicht, dass der Mäklervertrag trotz Befristung weitergelebt worden ist und der am 15. Juli 2015 abgeschlossene Kaufvertrag zwischen der Erbgemeinschaft und der K.\_\_\_\_\_ AG in den provisionspflichtigen Zeitraum fällt. Liegt eine stillschweigende Duldung vor, so ist der Inhalt des stillschweigend abgeschlossenen neuen Mäklervertrags identisch mit dem Inhalt des alten ausdrücklich abgeschlossenen Vertrags (GAUTSCHI, der Auftrag, in: Berner Kommentar zu 407-424 OR, Bern 1964, Rz. 5c zu Art. 412 OR mit Hinweis auf BGE 72 II 88). Folglich ergibt sich der Inhalt aus den schriftlich festgehaltenen Bestimmungen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der am 15. Juli 2016 abgeschlossene Kaufvertrag zwischen der Erbgemeinschaft und der K.\_\_\_\_\_ AG grundsätzlich in den provisionspflichtigen Zeitraum fällt.

## 8.2.2. Psychologischer Zusammenhang

### a) Parteistandpunkte

Der Kläger führt aus, L. \_\_\_\_\_ habe sich beim klägerischen Rechtsvertreter (damals noch handelnd für die Erbengemeinschaft) erkundigt und für das Bauprojekt der I. \_\_\_\_\_ AG interessiert. Er sei an den neu eingesetzten Mäkler, die M. \_\_\_\_\_ AG, verwiesen worden (act. 26 S. 22 mit Hinweis auf act. 27/1). Die Beklagte sei am Verkauf des Grundstücks an die K. \_\_\_\_\_ AG in keiner Art und Weise beteiligt gewesen, daher mangle es an einem psychologischen Zusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit der Beklagten und dem Kauf des Grundstücks durch die K. \_\_\_\_\_ AG (act. 26 S. 22).

Die Beklagte macht geltend, dass zwischen der Beibringung des Klägers durch die Beklagte zur Erbengemeinschaft und deren Kaufvertrag mit der K. \_\_\_\_\_ AG ein psychologischer Zusammenhang bestehe. Der Kläger habe auf dem zu verkaufenden Grundstück ein Bauprojekt inkl. Baubewilligung vom 14. Oktober 2014 nach den Wünschen der Erbengemeinschaft (Neubau Mehrfamilienhaus mit vier Wohneinheiten) entwickelt, dies in der Absicht, das Grundstück zwischenzukaufen, den Bau zu realisieren und die vier Wohneinheiten an die Endkäufer weiterzuverkaufen (act. 31 S. 16 Rz. 49). Am 15. Juli 2016 habe der klägerische Rechtsvertreter und Anwalt der Erbengemeinschaft mit seiner am 12. Juli 2016 neu gegründeten K. \_\_\_\_\_ AG das zu verkaufende Grundstück von der Erbengemeinschaft für CHF 3.4 Mio. erworben, um den Bau gemäss Baubewilligung vom 14. Oktober 2014 zu realisieren und die vier Wohneinheiten danach weiterzuverkaufen. Hierzu habe er dem Kläger die Rechte am Bauprojekt für CHF 500'000.– abgekauft und dessen I. \_\_\_\_\_ AG mit dem Abverkauf der Einheiten gegen eine Provision von 2.5% auf dem Verkaufspreis von CHF 9.4 Mio. beauftragt. Das Bauprojekt werde nun realisiert, der Rohbau sei abgeschlossen und die vier einzelnen Einheiten seien verkauft. Der Kläger tue auf der Website seiner I. \_\_\_\_\_ AG ein Projektvolumen von CHF 9.4 Mio. kund (act. 31 S. 16 f. Rz. 49).

Der Kläger habe ein finanzielles Interesse an diesem Kaufvertrag, indem er beim Kauf von der K. \_\_\_\_\_ AG CHF 500'000.– für das Bauprojekt erhalten habe.

Ebenso habe er CHF 235'000.– (2.5 % auf CHF 9.4 Mio.) für den Abverkauf der einzelnen Wohneinheiten erhalten. Zwischen dem Kläger und der K.\_\_\_\_\_ AG bestehe ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang. Der Verkauf an die K.\_\_\_\_\_ AG habe nur erfolgen können, weil der von der Beklagten beigebrachte Kläger sein Projekt der K.\_\_\_\_\_ AG verkauft und den Abverkauf der Einheiten gegen Provision übernommen habe (act. 31 S. 3 und 18 Rz. 54). Der Verkauf an die K.\_\_\_\_\_ AG sei notwendigerweise an die Mitwirkung des Klägers bei der Projektverwirklichung geknüpft gewesen. Die K.\_\_\_\_\_ AG sei beim Landkauf auf die Mitwirkung des Klägers angewiesen gewesen, da erst er die Realisierung des Projekts ermöglicht habe (act. 31 S. 18 Rz. 55).

b) Rechtliches

Vorab kann auf die rechtlichen Ausführungen unter Ziff. 4.2 verwiesen werden. Es wurde bereits dargelegt, dass der Mäklerlohn nur geschuldet ist, wenn das Zustandekommen des Vertrags zwischen Auftraggeber und dem Dritten auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Der Auftraggeber darf den Eintritt der Bedingung nicht treuwidrig verhindern, ansonsten die Bedingung als eingetreten gilt (Art. 156 OR). Entschliesst sich der Auftraggeber nicht zum Abschluss, obschon der vom Mäkler beigebrachte Interessent bereit ist, auf die Vorstellungen des Auftraggebers einzugehen, so verhindert er nicht den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben, da jede Potestativbedingung von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängt (BGE 84 II 525 E. 2b; AMMANN, a.a.O., N 2 zu Art. 413 OR). Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Mäklertätigkeit und dem Vertragsabschluss bestehen (AMMANN, a.a.O., N 8 zu Art. 413 OR). Der Vertragsabschluss muss aber nicht unmittelbare Folge der Mäklertätigkeit sein: Es genügt, wenn zwischen den Bemühungen des Mäklers und dem Entschluss des Dritten ein sog. psychologischer Kausalzusammenhang besteht (BGE 84 II 548 E. 5; AMMANN, a.a.O., N 85 zu Art. 413 OR). Der Mäkler hat somit auch dann Anspruch auf den vollen Mäklerlohn, wenn der Auftraggeber die vom Mäkler in Gang gebrachten Verhandlungen selber an die Hand nimmt und es erst ihm gelingt, den Vertrag auf der Basis der vom Mäkler angeknüpften Beziehungen zu schliessen (BGE 72 II 422; AMMANN, a.a.O., N 8 zu Art. 413 OR). Der psycho-

logische Zusammenhang kann auch dann bestehen, wenn der Mäkler an den Verhandlungen nicht bis zum Schluss teilnahm und der Geschäftsabschluss durch einen anderen, nachträglich bestellten Mäkler zustande gekommen ist (BGE 62 II 344; AMMANN, a.a.O., N 8 zu Art. 413 OR). Erfolgt der Abschluss zwar nicht auf den Namen des vom Mäkler genannten Interessenten, aber für dessen Rechnung oder in dessen Interesse auf einen anderen Namen (z.B. der Ehefrau) oder auf den Namen einer Gesellschaft, so ist der Mäklerlohn dennoch verdient. Gleiches gilt, wenn zwischen dem Interessenten und dem Dritten ein enger wirtschaftlicher oder menschlich-sozialer Zusammenhang besteht (Urteil des Bundesgerichts vom 24. April 2008 [4A\_155/2008] E. 3.1). Von letzterem kann gemäss Bundesgericht aber nicht gesprochen werden, wenn keine eigentliche Interessengemeinschaft besteht, sondern bloss in gewissen Punkten parallele Interessen vorliegen. Dann lägen keine identischen Interessen vor. Im zu beurteilenden Fall verneinte das Bundesgericht in der Folge das Vorliegen eines psychologischen Kausalzusammenhangs, da im konkreten Fall jeder der Kaufinteressenten seine eigenen Ziele verfolgte (BGE 76 II 378 E. 4).

c) Würdigung

aa) Zur Provisionsberechtigung in Bezug auf den abgeschlossenen Kaufvertrag

Die K.\_\_\_\_\_ AG und der klägerische Rechtsanwalt sind wirtschaftlich zwar als Einheit zu betrachten. Indes darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass es nicht die Beklagte war, die den klägerischen Rechtsanwalt in Verbindung zum Projekt brachte. Vielmehr war der klägerische Rechtsanwalt vorher Rechtsvertreter der Erbengemeinschaft, wurde folglich von dieser mit der Wahrung von deren Interessen beauftragt. Somit war es die Erbengemeinschaft, die zuerst in Kontakt mit dem klägerischen Rechtsanwalt getreten ist, indem sie mit diesem ein Auftragsverhältnis einging. Die Beklagte hat nicht darauf hingewirkt, dass der klägerische Rechtsanwalt das Grundstück erwirbt. Dies macht die Beklagte auch nicht geltend. Es ist nun aber auch nicht so, dass der Verkauf nur hätte erfolgen können, da der Kläger mitgemacht habe, wie dies die Beklagte behauptet. Es trifft zwar zu, dass die I.\_\_\_\_\_ AG in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang zum Kläger steht und sie die Projektierung bis und mit Erhalt der Baubewilligung

erwirkt hat. Indes hätte der klägerische Rechtsvertreter das Grundstück auch losgelöst von diesem Projekt kaufen können, um seine eigenen Ideen zu verwirklichen oder ein neues Projekt zu verfolgen. Insoweit liegt keine Interessengemeinschaft zwischen dem Kläger resp. der I. \_\_\_\_\_ AG und dem klägerischen Rechtsvertreter resp. der K. \_\_\_\_\_ AG vor, vielmehr verfolgten beide grundsätzlich ihre eigenen Interessen, die in gewissen Punkten gleichgeschaltet waren. Daran vermag auch die zeitliche Nähe zwischen Abschluss des Kaufvertrags und der Unterzeichnung u.a. der Abtretungsvereinbarung nichts zu ändern (act. 31 S. 18 Rz. 53). Denn dabei handelt es sich um ein sinnvolles und ökonomisches Vorgehen. Mangels Vorliegens eines engen wirtschaftlich-sozialen Zusammenhangs zwischen der I. \_\_\_\_\_ AG und der K. \_\_\_\_\_ AG ist der Beklagten keine Mäklerprovision (weder CHF 96'000.– noch CHF 68'000.–) geschuldet.

bb) Zum Vorwurf der treuwidrigen Vereitelung des Eintritts einer Bedingung

In der Klageantwort – und damit vor Kenntnis des später zustande gekommenen Kaufvertrags – erhebt die Beklagte den Vorwurf, der Kläger, sein Rechtsvertreter und die Erbengemeinschaft hätten sich zusammengetan und würden das Projekt nun alleine, ohne die Beklagte realisieren, was einer Vereitelung gleichkomme (act. 10 S. 24 Rz. 90 f. S. 16 Rz. 49 f., S. 17 Rz. 55 f. und S. 25 Rz. 98). Zwischenzeitlich wurde unstrittig ein Kaufvertrag abgeschlossen. In der Duplik hat die Beklagte nichts mehr zu diesen noch in der Klageantwort erhobenen Vorwürfen und ihrem geltend gemachten Anspruch von CHF 82'425.60 ausgeführt. Da sie in der Duplik neu eventualiter eine Provision von CHF 68'000.– verlangt, ist davon auszugehen, dass sie am Vorwurf der Vereitelung nicht mehr festhält. Selbst wenn doch, ist die Beklagte mit diesem Einwand nicht zu hören: Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das von der Beklagten postulierte Zusammentun einer Vereitelung gleichkommen sollte. Der Kläger führt denn auch aus, dass die Erbengemeinschaft den Provisionsanspruch der Beklagten nicht vorsätzlich vereitelt habe, hätte sie doch das Grundstück sehr gerne verkauft (act. 26 S. 22). In der Folge ist es denn auch zu einem Kaufvertragsabschluss gekommen. Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich Ausführungen zur allfälligen Höhe der Mäklerprovision.

### 8.3. Auslagenersatz von CHF 58'380.–

#### 8.3.1. Abklärung gewisser bautechnischer Bedingungen als Vorbereitung für Projekte

##### a) Parteistandpunkte

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, unabhängig von der Provision stehe ihr ein Anspruch auf Aufwändungsersatz gemäss Ziff. 4 des Verkaufsauftrags zu (act. 31 S. 41 Rz. 156; act. 3/6). Bei den tabellarisch in act. 10 Rz. 27 bzw. act. 12/2 aufgeführten Arbeiten handle es sich um Aufwendungen, die unter Ziff. 4 lit. f) "Abklärung gewisser bautechnischer Bedingungen als Vorbereitung für Projekte" des Verkaufsauftrags vom 27. August 2012 fallen würden. Damit bestehe eine Entschädigungspflicht. Entsprechend stehe ihr ein Gegenanspruch in der Höhe von CHF 58'380.– zzgl. 5% Zins seit 1. November 2015 zu (act. 10 S. 17 Rz. 53; act. 31 S. 4 und S. 32, S. 41 Rz. 157).

Der Kläger stellt dies in Abrede und hält dafür, dass nur Barauslagen zu ersetzen seien (act. 26 S. 12). Der Makler könne keine Aufwendungen geltend machen, da er erfolgsabhängig entschädigt werde (act. 26 S. 16). Ohnehin werde bestritten, dass die Beklagte bautechnische Bedingungen als Vorbereitung für das konkrete Projekt abgeklärt habe und welche Bedingungen denn abgeklärt worden seien. Unter Kosten für die "Abklärung gewisser bautechnischer Bedingungen als Vorbereitung für Projekte" könne verstanden werden, wenn der Makler gewisse Bohrungen und geologische Abklärungen vornehme, damit er in der Folge das Projekt besser anbieten könne. Die geologischen Abklärungen habe aber vollumfänglich die I. \_\_\_\_\_ AG bezahlt (act. 26 S. 20). Weiter sei unklar, ob die Beklagte die Abklärungen gewisser bautechnischer Bedingungen der Erbgemeinschaft in Rechnung stellen dürfte oder ob sie nicht vielmehr der I. \_\_\_\_\_ AG Rechnung dafür hätte stellen müssen (act. 26 S. 21).

##### b) Rechtliche Würdigung

Die Erbgemeinschaft hat mit der Beklagten vereinbart, dass dem Auftraggeber die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Abklärung gewisser bautechni-

scher Bedingungen als Vorbereitung für das Projekt (fortan Abklärung) erfolgsunabhängig verrechnet werden dürfen (vgl. act. 3/6). Es geht klar aus dem Wortlaut hervor, dass solche Aufwendungen separat verrechnet werden können und unabhängig von einer allfälligen Provision geschuldet sind. Die Beklagte trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass ihre Aufwendungen der Abklärung gewisser bautechnischer Bedingungen dienten. Die Beklagte bestreitet nicht, dass es die I. \_\_\_\_\_ AG war, die die geologischen Abklärungen vorgenommen hat (vgl. act. 31 S. 41 Rz. 157). Die Beklagte führt nun aber nicht aus, inwiefern die in der Tabelle aufgeführten insgesamt 233 Stunden betragenden Aufwendungen unter die Position "Abklärung" zu subsumieren sein sollen und was neben den geologischen Abklärungen sonst unter diese Ziffer zu subsumieren und folglich von der Erbegemeinschaft zu vergüten wäre. Ein pauschaler Hinweis, es handle sich um Aufwendungen, die unter die Position Abklärung fallen, reicht nicht aus. Damit kommt die Beklagte ihrer Behauptungslast nicht nach. Vielmehr hätte die Beklagte für jede in der Tabelle dargelegte Position darzutun gehabt, inwiefern die entsprechenden Aufwendungen von der Position Abklärung erfasst würden und folglich separat zu entschädigen gewesen wären. Trotz entsprechendem Substantiierungshinweis des Klägers unterliess die Beklagte weitere Ausführungen. Zusammenfassend ist eine Entschädigung gestützt auf Ziff. 4 des Verkaufsauftrags daher schon mangels Substantiierung abzuweisen. Ohnehin wäre nicht ersichtlich, inwiefern sämtliche in der Tabelle aufgeführten Aufwendungen unter die Position "Abklärung" fallen sollten, handelt es sich doch mehrheitlich um Aufwendungen betreffend Sitzungen, Käufersuche und Kaufvertragsvorbereitung (vgl. act. 12/2).

### 8.3.2. Änderung des Verkaufsauftrags vom 27. August 2012

#### a) Parteistandpunkte

##### aa) Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte ist im Eventualstandpunkt der Ansicht, der Verkaufsauftrag sei konkludent resp. stillschweigend per Ende Oktober 2012 erweitert worden. Es sei eine weitere Aufgabe "hinzugekommen", nämlich das Bauprojekt der I. \_\_\_\_\_ AG zu entwickeln und zu realisieren resp. für die Auftraggeberschaft als Projektbetreue-

rin und zentrale Koordinationsstelle entsprechend darauf einzuwirken (act. 10 S. 17 Rz. 54). Das Hinwirken der Beklagten auf die Projektrealisierung mit dem Kläger sei wie die Leistungen gemäss Ziff. 4 letzter Absatz zu entschädigen (act. 31 S. 41 Rz. 157). Entsprechend schulde die Erbengemeinschaft ihr CHF 58'380.– (act. 31 S. 41 Rz. 157). Im Einzelnen begründet die Beklagte dies damit, dass schon im Oktober 2012 die Beklagte mit der I.\_\_\_\_\_ AG des Klägers eine Interessentin für das Grundstück gefunden habe. Anlässlich einer von der Beklagten organisierten Sitzung vom 26. Oktober 2012 habe im Beisein von J.\_\_\_\_\_ ein Treffen zwischen dem Kläger und den Mitgliedern der Erbengemeinschaft stattgefunden. Der Kläger habe hierbei bereits konkrete Vorstellungen hinsichtlich der Überbauung, welche er auf dem zu erwerbenden Grundstück zu realisieren beabsichtigt habe, formuliert (act. 10 S. 12 Rz. 28). E.\_\_\_\_\_ habe gewollt, dass die Beklagte den Liegenschaftsverkauf und die Realisierung einer Überbauung auf dem Grundstück mit dieser Interessentin weiterverfolge und in diesem Sinne für die Erbengemeinschaft tätig werde (act. 10 S. 12 Rz. 29 unter Hinweis auf act. 12/3). J.\_\_\_\_\_ habe die Erbengemeinschaft über die entsprechenden Fortschritte orientiert und E.\_\_\_\_\_ sei mit diesen resp. mit der Weiterverfolgung des Verkaufsprojekts durch die Beklagte im Interesse der Erbengemeinschaft einverstanden gewesen (act. 10 S. 13 Rz. 33). Aus der E-Mail vom 20. Juni 2013 gehe hervor, dass E.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Auftraggeberschaft die Beklagte und J.\_\_\_\_\_ unter Druck gesetzt habe, dass seine Vorstellungen beim Bauprojekt verwirklicht würden, andernfalls er die ganze Sache mittels Verweigerung der Unterschrift zum Kaufvertrag versenken würde (act. 10 S. 14 Rz. 36 mit Hinweis auf act. 12/11). Die Kommunikation zwischen der I.\_\_\_\_\_ AG und E.\_\_\_\_\_ sei bis zur Baugesuchseingabe vom 12. Mai 2014 grossmehrheitlich über die Beklagte und J.\_\_\_\_\_ als Schnittstelle gelaufen (act. 10 S. 14 Rz. 38). Der Beklagten sei die Koordination mit weiteren Involvierten wie dem Architekten, dem Notariat und Grundbuchamt sowie der Gemeindeverwaltung oblegen (act. 10 S. 15 Rz. 43). Aufgrund des riesigen Aufwands, den die Beklagte für die Erbengemeinschaft betrieben habe, sei klar, dass die Beklagte für diesen Aufwand entschädigt werden müsse (act. 10 S. 23 Rz. 82). Zudem habe E.\_\_\_\_\_ verlangt, dass nur mit dem bereits zugeführten Beklagten (recte: Kläger) ein Bauprojekt realisiert werde

(act.31 S. 4). Es sei im Übrigen festzuhalten, das der Kläger einzelne Positionen nicht bestritten und damit Aufwendungen der Beklagten im Umfang von 61.5 Stunden anerkannt habe (act. 31 S. 27 Rz. 98).

bb) Standpunkt des Klägers

Der Kläger sieht in den von der Beklagten dargelegten Aufwendungen keinen verrechenbaren Aufwand, da im Mäklervertrag ein Erfolgshonorar vereinbart worden sei (act. 26 S. 12). Die Beklagte habe mit der Tiefgaragenzufahrt nichts zu tun gehabt (act. 26 S. 17). Die Kommunikation sei direkt zwischen dem Kläger und E.\_\_\_\_\_ gelaufen (act. 26 Rz. 17). Es sei korrekt, dass ein Liegenschaftsverkauf und veränderte Preise einen Einfluss auf die Grundstückgewinnsteuer hätten. Diese Themen abzuklären, sei Sache des Mäklers (act. 26 S. 18). Richtig sei, dass das Notariat den Kaufvertrag vorbereitet habe. Den Kontakt mit der Gemeindeverwaltung habe der Kläger im Namen der I.\_\_\_\_\_ AG geführt. Mit der Baubewilligung habe die Beklagte nichts zu tun gehabt, dies sei alles von der I.\_\_\_\_\_ AG abgewickelt worden (act. 26 S. 18). Die Konzeptentwicklung sei Sache des Mäklers. Ob sie hierfür Hilfspersonen beiziehe oder nicht, sei ihr überlassen (act. 26 S. 19 und 28). Es treffe nicht zu, dass die Beklagte das Projekt "fixfertig" gemacht habe (act. 26 S. 19). Selbst wenn die Beklagte das Bauprojekt der I.\_\_\_\_\_ AG entwickelt und realisiert hätte – was bestritten werde –, könne der Aufwand sicher nicht der Erbgemeinschaft in Rechnung gestellt werden. Denn von der Erbgemeinschaft sei die Beklagte nie mit dieser Aufgabe beauftragt worden (act. 26 S. 21). Eine ausdrückliche oder konkludente separate Auftragserteilung durch die Erbgemeinschaft habe nie stattgefunden (act. 26 S. 34). Neben dem Mäklervertrag hätten keine separaten und separat zu entschädigenden Aufträge bestanden. Die Beklagte sei nie aktiv am Bauprojekt der I.\_\_\_\_\_ AG beteiligt gewesen (act. 26 S. 21). Jedenfalls seien sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Ausfertigung des Kaufvertrags in der erfolgsabhängigen Mäklerprovision inbegriffen gewesen (act. 26 S. 34). Zudem handle es sich bei L1.\_\_\_\_\_ Architekten um den geschiedenen Ehemann der Beklagten, der von der I.\_\_\_\_\_ AG beauftragt worden sei, ein Bauprojekt zu erstellen. Inwiefern dies die Maklerfirma Geld gekostet haben solle, sei nicht ersichtlich (act. 26 S. 13). Die Beklagte

habe einfach versäumt, neben der I.\_\_\_\_\_ AG andere Käufer zu vermitteln (act. 26 S. 19).

c) Rechtliche Würdigung

Als Exklusivbeauftragte war die Beklagte zum Tätigwerden verpflichtet (BSK OR I-AMMANN N 13 zu Art. 412 OR). Was die Intensität dieses Tätigwerdens anbelangt, gibt es im Mäklervertrag allerdings keine Begrenzung. So steht es dem Mäkler frei, seine Tätigkeit nach eigenem Gutdünken zu organisieren und von denjenigen Mitteln Gebrauch zu machen, die ihm am geeignetsten erscheinen, ohne verpflichtet zu sein, die Meinung des Auftraggebers beizuziehen (a.a.O., N 7). Er wird in seinem eigenen Verdienstinteresse alles tun, was er tun darf und kann, um den Vertragsabschluss zustande zu bringen (BK-GAUTSCHI, Vorbemerkungen zu Art. 412 ff., N 3c; ZR 35 (1936) Nr. 3). Daraus ist zu schliessen, dass selbst aussergewöhnlich intensive Bemühungen des Mäklers und das Erbringen weiterer, auch unüblicher Dienstleistungen durch ihn grundsätzlich unter dieses Handeln nach eigenem Gutdünken fallen.

Da die Parteien keinen übereinstimmenden wirklichen Willen behaupten bzw. die Beklagte keine Beweismittel offeriert, die einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen zu beweisen vermögen, ist für die Qualifikation vom Inhalt des Vertrages aufgrund der objektivierten Auslegung auszugehen. Der Vertrag ist folglich so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensprinzip verstanden werden durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4). Auszugehen ist zunächst vom Verkaufsauftrag vom August 2012, mit welchem der Beklagten wie erwähnt der Exklusivauftrag für den Verkauf des Grundstücks G.\_\_\_\_\_ mit Wirkung bis zum 31. August 2013 erteilt wurde und in welchem die zu entfaltenden Verkaufsaktivitäten und Aufgaben einzeln in Ziffer 4 aufgelistet wurden. Einen Schriftlichkeitsvorbehalt haben die Parteien nicht abgeschlossen, was den Weg auch für mündliche oder konkludente Änderungen ebnet. Das Ziel der im folgenden stillschweigend verlängerten Abrede war demnach der Verkauf des Grundstückes, worauf die Beklagte mittels Verkaufsaktivitäten, wie Bewerbung des Objekts auf verschiedenen Kanälen, Besichtigungen, Verkaufsverhandlungen, Redaktion des Verkaufes und Dienstleistungen im Rahmen der Beurkundung und Eigentumsübertragung hinarbeiten konnte.

Diese Palette an Aktivitäten war breit gefächert und liess der Beklagten viel Raum (vor allem in Ziffer 4 Abs. 1 lit. h).

Es drängt sich eine nähere Auseinandersetzung mit Ziffer 4 des Verkaufsauftrags auf. Die Systematik würde den Schluss zulassen, dass abschliessend festgehalten worden sei, dass nur lit. a), b) und f) neben der allfälligen Provision zu entschädigen seien und die übrigen Leistungen alle mit der Mäklerprovision abgedeckt seien (vgl. Ziffer 4 letzter Absatz, letzter Satz von act. 3/6). Andererseits könnte Ziffer 4 auch so verstanden werden, dass die Vertragsparteien unter lit. c), d), e), g) bis j) festgehalten haben, welche Aufwendungen nicht zu entschädigen sind. Dies würde dazu führen, dass sämtliche weiteren Aufgaben zu entschädigen wären. Zu diesem Schluss gelangt man, wenn der letzte Satz "Die übrigen Leistungen sind alle mit der Mäklerprovision abgedeckt" so interpretiert wird, dass er sich nur auf die ausdrücklich im Vertrag genannten Aufgaben bezieht. Sieht man sich die zu entschädigenden Aufwendungen lit. a), b) und f) genauer an, lässt sich überdies erkennen, dass es sich dabei um Leistungen handelt, für die der Beklagten zumindest teilweise Drittkosten anfallen (z.B. Inserieren und Abklärung bautechnischer Bedingungen). Aufgaben, die sie selbständig erledigen kann, wie beispielsweise Ausfertigung des Kaufvertrags oder Führen von Verkaufsverhandlungen, sind nur im Erfolgsfall honoriert.

Die Beklagte macht zwar geltend, dass sie Koordinationsaufwand betrieben habe, der nicht unter die in Ziffer 4 des Verkaufsauftrags definierten Aufgaben falle. Es darf aber nicht vergessen werden, dass zwischen der Erbengemeinschaft und der Beklagten ein Mäklervertrag abgeschlossen worden ist, der sich durch seine Erfolgsbedingtheit bzw. ein aleatorisches Element (entweder Kaufabschluss mit hoher Provision oder nichts resp. nur die abgemachten Aufwendungsposten lit. a), b) und f) auszeichnet. Selbst wenn die Beklagte Koordinationsaufwand betrieben haben sollte – was offen gelassen werden kann –, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beklagte als Mäklerin zwangsläufig als Bindeglied zwischen Käufer und Verkäufer zu walten hatte (so auch Ziff. 8 von act. 3/6), anders ein Verkaufsauftrag gar nicht durchführbar wäre. Koordinationsaufwand, den die Beklagte heute als Zusatzaufwand entschädigt haben will, enthält aber im Gegen-

satz zu den separat zu entschädigenden Aufgaben (lit. a, b und f) keine Komponente von Drittleistungen. Selbst wenn, wie von der Beklagten dargelegt, "eine weitere Aufgabe hinzugekommen" (act. 10 S. 17 Rz. 54) bzw. der Kläger bereits "konkrete Vorstellungen hinsichtlich der Überbauung formuliert" (act. 10 S. 12 Rz. 28) hätte: Solches würde – wie gezeigt – noch nicht zu einer entschädigungspflichtigen Auftragserweiterung führen. Denn selbst wenn E.\_\_\_\_\_ gegen die Tätigkeiten der Beklagten nicht eingeschritten sein sollte, kann daraus nicht ohne Weiteres der Umkehrschluss gezogen werden, dass hierbei konkludent eine Vergütung vereinbart worden sei. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass ein Makler ein Eigeninteresse daran hat, möglichst alles zu tun, damit es zum Abschluss eines Kaufvertrags kommt, der ihm Anspruch auf eine hohe Provisionszahlung gegeben hätte. Ohnehin weist der Kläger zutreffend darauf hin, dass es sich beim projektausführenden Architekten um den geschiedenen Ehemann der Beklagten handelte. Auch dies spricht dafür, dass die Beklagte autonom, wenn nicht mit einem gewissen Eigeninteresse, sich dafür entschieden hatte, sich ausschliesslich auf einen Verkauf an den Kläger bzw. die I.\_\_\_\_\_ AG zu konzentrieren und anderweitige Bemühungen einzustellen bzw. auf deren Weiterführung zu verzichten (act. 12/3: "Wir sehen es als moralisch verpflichtend, nach Unterzeichnung einer Kaufzusage, die Ausschreibung der Immobilie zu stoppen und die Verhandlung mit anderen Interessenten abzubrechen"; act. 12/2 Position 39 und 47, 12/5, 12/6, 12/7; 12/10): Erwähnung des Architekten L.\_\_\_\_\_). Vor diesem Hintergrund kann auf die Einvernahme des vom Kläger offerierten Zeugen E.\_\_\_\_\_ (act. 26 Rz. 17) zur Frage, ob die Beklagte Koordinationsaufwand betrieben habe, verzichtet werden, da dies nicht entscheidend ist.

Die Beklagte äussert in der Duplik die Ansicht, dass E.\_\_\_\_\_ verlangt habe, dass nur mit dem bereits zugeführten Kläger ein Bauprojekt zu realisieren sei (act. 31 S. 4). Der Kläger hat bereits in der Replik ausgeführt, dass es die Beklagte versäumt habe, weitere Käufer zu vermitteln (act. 26 S. 19). Die beweisbelastete Beklagte offeriert nun aber für ihre Behauptung keinen Beweis (vgl. act. 31 S. 4). Folglich misslingt der Beklagten der Beweis, dass nur mit dem zugeführten Kläger ein Bauprojekt hätte realisiert werden sollen. Soweit die Beklagte ausführt, E.\_\_\_\_\_ habe mit der Verweigerung seiner Unterschrift gedroht, so mag dies –

falls zutreffend – zwar unschön sein. Dem Verkäufer steht es aber wie dargelegt frei, vom Abschluss eines Kaufvertrags abzusehen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass nicht von einer konkludenten Auftragserweiterung auszugehen ist, die der Beklagten ermöglicht hätte, der Erbengemeinschaft, dem Kläger bzw. der I. \_\_\_\_\_ AG nach Aufwand Rechnung stellen zu dürfen.

bb) Alternativbegründung

Selbst wenn man von einer konkludenten Auftragserweiterung ausgehen würde, hätte die Beklagte keine Gegenforderung gegen die Erbengemeinschaft oder den Kläger. Die Aufwendungen, die bereits im schriftlich abgeschlossenen Mäklervertrag als durch die Provision abgedeckt vereinbart wurden, sind gemäss Wortlaut abgesehen von Ziff. 4 lit. a), b) und f) nicht zu entschädigen; dies gilt auch im Fall einer allenfalls konkludenten Aufgabenerweiterung. Weiter sieht die Beklagte in der Sitzung vom 26. Oktober 2012 eine konkludente Auftragserteilung. Damit ist auch die Beklagte nicht der Meinung, dass sie für die in der Tabelle aufgeführten Aufwendungen bis zum 25. Oktober 2012 Anspruch auf Entschädigung habe. Vorliegend geht es somit einzig um die Frage, ob in der Tabelle aufgeführte Aufwendungen ab 26. Oktober 2012 separat zu entschädigen sind, was voraussetzt, dass diese Aufwendungen nicht bereits unter Ziff. 4 subsumiert werden können; denn diesbezüglich haben die Erbengemeinschaft und die Beklagte bereits eine Regelung getroffen, was entschädigt werden soll und was nicht.

Die Beklagte trägt die Behauptungs- und Beweislast für Aufwand, der im Zusammenhang mit einer konkludenten Auftragserweiterung entstanden sein soll. Die Beklagte macht zwar unter diversen Titeln einen Aufwand von mindestens 233 Stunden geltend. Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, die von ihr geltend gemachten Gegenforderungen seien durch den Kläger teilweise nicht bestritten worden, ist sie damit nicht zu hören. Gegenteiliges ist der Fall (vgl. act. 26 S. 12 bis S. 18).

Die Beklagte führt aus, J.\_\_\_\_\_ habe in der Sache hunderte E-Mails verfasst und erhalten, an einer Vielzahl von Sitzungen teilgenommen und die Projektentwicklung koordiniert. Sie unterlässt es aber in der Folge, näher auszuführen, weshalb es sich bei den Sitzungen-, E-Mails und Telefonaten um Aufwendungen handeln sollte, die unter eine allfällige Auftragserweiterung (Projektentwicklung und Koordination) fallen. Der allgemeine und pauschale Hinweis, man habe auch die Koordination übernommen, ist zu unbestimmt. Die Beklagte unterlässt es, die geltend gemachten Arbeiten aufzuschlüsseln und zu jeder Zeile die notwendigen Behauptungen aufzustellen. So wäre es an ihr gewesen, darzulegen, welche Aufwendungen unter Ziff. 4 des Mäklervertrags und welche Arbeiten unter die behauptete Auftragserweiterung fallen. Die einzelnen Stundenaufwände werden nicht konkret dargelegt und auch nicht durch Urkunden belegt. Bei der Tabelle handelt es sich um blosse Parteibehauptungen. Die Beklagte substantiiert zwar in der Duplik nach (vgl. act. 31 S. 20 Rz. 60 ff.). Sie tut dies aber in erster Linie im Zusammenhang mit dem notwendigen Zeitaufwand. Die Frage des Zeitaufwands stellt sich aber erst, wenn vorher genügend dargelegt worden ist, dass die Aufgabe ausserhalb des eigentlichen Verkaufsauftrags wahrgenommen worden ist. Entsprechend kann auf die Einvernahme des offerierten Zeugen J.\_\_\_\_\_ (act. 10 S. 12; act. 31 S. 20 ff.) bzw. der Zeugen E.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ (act. 26 S. 16) verzichtet werden. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, eine konkludente Auftragserweiterung hinsichtlich Projektkoordination habe bestanden, so wäre der damit zusammenhängende Aufwand nicht genügend dargetan. Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich Ausführungen zur allfälligen Stundenanzahl bzw. einem allfälligen Stundenansatz.

Zusammenfassend dringt die Beklagte mit den geltend gemachten Gegenforderungen in der Höhe von CHF 58'380.– (in der Tabelle aufgeführte Aufwendungen inkl. MwSt) nicht durch.

#### 8.4. Anwaltskosten RA Y1.\_\_\_\_\_

##### a) Parteistandpunkte

Die Beklagte macht schliesslich geltend, dass RA Dr. Y1.\_\_\_\_\_beigezogen worden sei, um sich um die Konzeptentwicklung hinsichtlich Darlehen und Kaufrecht zu kümmern (act. 10 S. 16 Rz. 47). Die Aufgabe von RA Dr. Y1.\_\_\_\_\_habe darin bestanden, den Kaufvertrag zu prüfen resp. Anpassungen des Kaufvertrags vorzunehmen. Es sei ein Aufwand von 6.92 Stunden zu CHF 300.–/h entstanden, was zu einer Rechnung über CHF 2'160.– geführt habe (act. 10 S. 25 Rz. 93 mit Hinweis auf act. 12/21). Die Mandatierung von RA Dr. Y1.\_\_\_\_\_sei im Interesse der Erbengemeinschaft gelegen. Zudem sei sie erforderlich und im Umfang adäquat gewesen (act. 10 S. 25 Rz. 94). Beim genannten Rechnungsbetrag handle es sich um eine i.S.v. Ziff. III. 8. der Klage anzuerkennende Aufwendung (act. 10 S. 25 Rz. 95).

Der Kläger führt demgegenüber aus, für die Ausfertigung des Kaufvertrags in Abstimmung mit dem Notariat habe die Beklagte besorgt sein müssen. Wenn sie hierfür Hilfspersonen beiziehe, so sei dies ihre Sache. Dies sei aber im Mäklerhonorar inbegriffen (act. 26 S. 28). Es werde bestritten, dass es sich beim Honorar von RA Y1.\_\_\_\_\_um eine Aufwendung i.S.v. Ziff. 4 lit. a), b) oder f) des Maklervertrags handle (act. 26 S. 29).

##### b) Rechtliche Würdigung

Was die Aufwendungen im Zusammenhang mit RA Dr. Y1.\_\_\_\_\_betrifft, so ergibt sich aus dem Verkaufsvertrag, dass es Aufgabe der Beklagten ist, den Kaufvertrag in Abstimmung mit dem Notariat auszufertigen. Es ist mit Blick auf Ziff. 4 lit. i) des Verkaufsauftrags nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagten ein verrechenbarer Aufwand entstanden sein soll. Einzig für Aufwendungen, die unter a), b) oder f) fallen, wurde im Mäklervertrag eine separate Entschädigung vereinbart. Andere Bemühungen sind mit dem Mäklerhonorar abgegolten. Unerheblich ist, ob die Beklagte diese Aufgaben alleine wahrnahm oder hierzu weitere Personen beizog.

Ein Anspruch auf Entschädigung besteht weder in Bezug auf die Erbengemeinschaft noch in Bezug auf den Kläger selbst.

#### 8.5. Zur Rolle von E.\_\_\_\_\_

Der Vollständigkeit halber ist kurz auf die von der Beklagten thematisierte Rolle von E.\_\_\_\_\_ zu sprechen zu kommen. Die Beklagte erörtert, dass er als zukünftiger Nachbar mit fortschreitender Realisierung des Bauprojekts zunehmend Einfluss genommen habe und seine spezifischen Vorstellungen bezüglich Projektverwirklichung bei ihr deponiert habe (vgl. act. 10 S. 13 Rz. 35, S. 14 Rz. 39 f.). Welche konkreten zusätzlichen Leistungen die Beklagte in Zusammenhang mit den von ihr substantiierten Änderungswünschen von E.\_\_\_\_\_ erbracht hat und welcher konkrete Mehraufwand ihr deswegen entstand, legt die Beklagte nicht dar. Auch aus der Excel-Tabelle der Beklagten könnten keine Informationen hierzu herausgelesen werden. Darauf ist folglich nicht weiter einzugehen.

#### 8.6. Fazit Verrechnungsforderungen

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beklagten keine Gegenforderungen zustehen. Bei dieser Ausgangslage braucht auf die Voraussetzungen einer Verrechnung nicht eingegangen zu werden.

### 9. Verzugszins

Der Kläger verlangt auf der eingeklagten Forderung Verzugszins ab 8. November 2015. Zur Begründung führt er aus, dass der Vertreter des Klägers der Beklagten mit E-Mail vom 29. Oktober 2015 Frist bis zum 7. November 2015 zur Rückzahlung des Betrags angesetzt habe (act. 1 S. 2; act. 1 S. 11 Rz. 9). Die Beklagte bestreitet den Erhalt der besagten E-Mail nicht (act. 10 S. 25 Rz. 96). Der Kläger macht zwar in der Replik Verzugszins bereits ab 29. Oktober 2015 geltend (act. 26 S. 34 Rz. 10). Damit ist er aber nicht zu hören, denn massgebend ist einzig das – unverändert gebliebene – klägerische Rechtsbegehren. Folglich schuldet die Beklagte dem Kläger Verzugszins zu 5 % seit 8. November 2015 (Art. 102 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 1 OR).

#### 10. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Erbengemeinschaft hat einen vertraglichen – noch nicht verjährten – Anspruch auf CHF 94'898.20 zzgl. 5 % Zins seit 8. November 2015, die die Beklagte als ihre Vertreterin entgegen genommen hat. Dieser Anspruch wurde in zulässiger Weise an den Kläger zediert. Es liegt weder ein widersprüchliches Verhalten des Klägers vor noch haben die Erbengemeinschaft oder der Kläger bereits CHF 100'000.– erhalten.

Die Beklagte dringt mit ihren Gegenforderungen nicht durch. Eine Provisionspflicht besteht nicht, da es einerseits am psychologischen Zusammenhang mangelt und andererseits kein treuwidriges Verhindern des Eintritts einer Bedingung vorliegt. Der Beklagten steht auch keine Forderung auf Auslagenersatz zu, da keine konkludent vereinbarte Aufgabenerweiterung mit Entschädigungsfolgen vorliegt. Ohnehin wären die geltend gemachten Aufwendungen mangels genügender Substantiierung abzuweisen gewesen. Es besteht auch kein Anspruch auf Übernahme der mit dem Beizug von RA Dr. Y1. \_\_\_\_\_ angefallenen Kosten.

#### 11. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 94'898.20 ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG – unter Berücksichtigung des Umfangs der Akten (vier Rechtsschriften, zahlreiche Beilagen), der gerichtlichen Verfügungen, vorab aber auch der Durchführung einer Vergleichsverhandlung mit entsprechender Vorbereitung, schliesslich der Komplexität der Rechtsfragen (mit zahlreichen Beteiligten und verschiedenen Rechtsverhältnissen) – auf rund 133 % der Grundgebühr und damit auf CHF 11'000.– festzusetzen. Die Kosten sind nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beklagten als unterliegender Partei aufzuerlegen. Die Kosten sind aber vorab teilweise aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, wobei dem

Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist; im nicht durch den Kostenvorschuss gedeckten Betrag erfolgt der Kostenbezug bei der Beklagten.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlung und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass eine Vergleichsverhandlung durchgeführt, und eine zweite Rechtsschrift (Replik bzw. Duplik) verfasst wurde. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 16'000.–. Der Kläger beantragt die Zusprechung der Parteientschädigung zzgl. MwSt (act. 1 S. 2). Die Mehrwertsteuer ist nach neuester Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.) nicht zu berücksichtigen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 94'898.20 nebst Zins zu 5 % seit 8. November 2015 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden vorab teilweise aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Dem Kläger wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Im nicht durch den Kostenvorschuss gedeckten Betrag erfolgt der Kostenbezug bei der Beklagten.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 16'000.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 94'898.20.

Zürich, 8. August 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Adrienne Hennemann