

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Urteil vom 6. Juni 2018

in Sachen

A._____ **AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder
Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 21. Dezember 2017 (CG150010-A)

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 38'896.20 zzgl. Verzugszins zu 5% seit 16. Februar 2015 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWST) zu Lasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. Dezember 2017 (Urk. 90 S. 28):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
6'214.– ; die weiteren Auslagen betragen:
500.– Zeugenentschädigung.
3. Die Kosten des begründeten Entscheids sowie die Auslagen für die Zeugenentschädigung werden der Klägerin auferlegt und mit den von ihr geleisteten Vorschüssen in Höhe von insgesamt Fr. 5'062.– und mit dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss von Fr. 100.– verrechnet. Die Klägerin hat dem Beklagten den von ihm geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 100.– zu ersetzen. Der Fehlbetrag wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 525.– werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 9'685.– (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. [Mitteilungen].
7. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 89 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. Dezember 2017 (Geschäfts-Nr. CG150010) sei aufzuheben und das vor erster Instanz gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich gutzuheissen, welches lautet:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 38'896.20 zzgl. Verzugszins zu 5% seit 16. Februar 2015 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWST) zulasten des Beklagten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Verfahren vor der Vorinstanz und für dieses Berufungsverfahren (zzgl. MWST von 8% auf der Parteientschädigung) zulasten des Beklagten.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 98 S. 2):

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer auf der Parteientschädigung.

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Der am tt. März 1920 geborene und am tt.mm.2011 verstorbene C._____ hinterliess die folgenden Erben:

- D._____, geb. tt. Oktober 1947;
- E._____, geb. tt. Februar 1951;
- B._____, geb. tt. September 1953 (Beklagter);
- F._____, geb. tt. Januar 1958.

1.2. Durch letztwillige Verfügung setzte C._____ den am tt. März 1941 geborenen G._____ als Willensvollstrecker ein. G._____ ist Immobilienfachmann und Präsident des Verwaltungsrates der Klägerin, wobei ihm für diese die Kollektivunterschrift zu zweien zusteht. Die Klägerin ist in ... [Ort] domiziliert, weist ein Aktienkapital von Fr. 300'000.00 auf und bezweckt unter anderem die Vermittlung, den Kauf und den Verkauf von Liegenschaften.

1.3. In den Nachlass des C._____ gehörten unter anderem zwei Mehrfamilienhäuser, nämlich die Liegenschaft H._____-Strasse ... in Zürich sowie die Liegenschaft I._____-Strasse ... in J._____. Am 18. Juni 2013 fand im Nachlass des

C._____ unter dem Vorsitz des Willensvollstreckers G._____ die achte Erbenversammlung statt. Der Erbe F._____ nahm an dieser Versammlung nicht teil und der Beklagte liess sich durch seinen Treuhänder K._____ vertreten. Gemäss Ziff. 2 des Protokolls dieser Versammlung beschlossen "alle anwesenden Erben ... schlussendlich übereinstimmend, dass beide Liegenschaften freihändig verkauft werden sollen". Ziff. 3 des Protokolls dieser Versammlung lautet wie folgt (Urk. 3/3):

"3. Weiteres Vorgehen beim Freihandverkauf

- a) Es werden folgende Mindestverkaufspreise festgelegt:
H._____ -Strasse ... CHF 5'500'000
I._____ -Strasse ... CHF 3'000'000
- b) Die Verwaltung erstellt die Verkaufsdossiers und stellt sie informationshalber ebenfalls den Erben zu.
- c) Die Häuser werden im Tagesanzeiger, der NZZ und im Internet ausgeschrieben.
- d) Es wird mit einer Anzahl Bestbieter, die von den Erben bestimmt werden, eine 2. Angebotsrunde durchgeführt.
- e) Vor einem Zuschlag an einen Dritten erhält jeder Erbe die Möglichkeit, das eine oder andere Haus selber zum offerierten Marktpreis zu übernehmen.
- f) G._____ [Willensvollstrecker] ermittelt bei den zuständigen Steuerämtern den Wert der beiden Häuser vor 20 Jahren (Grundstückgewinnsteuer).
- g) Es wird ein Zeitplan für den Verkauf erstellt und den Erben vorgelegt."

1.4. Am 2. Juli 2013 unterzeichneten G._____ in seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker im Nachlass des C._____ einerseits und die Klägerin, diese handelnd durch die beiden Kollektivzeichnungsberechtigten L._____ und M._____, andererseits zwei separate "Verkaufsaufträge" für die beiden Liegenschaften (Urk. 3/4-5). Gemäss Ziff. 5 der Verträge erteilte G._____ der Klägerin den "*Auftrag (exklusiv) für den Verkauf des beschriebenen Objektes*". Vorgesehen wurde eine Laufzeit des Vertrages von sechs Monaten, wobei er sich "ohne vorherige Kündigung" jeweils um weitere sechs Monate verlängern sollte. Und sollte innerhalb von zwei Jahren "*nach Ablauf oder Auflösung ein Verkauf an einen Interessenten zustande ... [kommen], mit dem der Beauftragte [d.h. die Klägerin] verhandelt hat, ist der Auftraggeber provisionspflichtig*". Gemäss Ziff. 6 der Verträge ist sodann eine "Provision von 1½ % (Mindestansatz) des erzielten Verkaufspreises geschuldet", "*wenn im Rahmen dieses Auftrages infolge Nachweis oder Ver-*

mittlung ein Kaufvertrag zustande kommt". Gemäss den Verträgen gehörte zu den versprochenen Dienstleistungen der Klägerin unter anderem die "Ausarbeitung der Verkaufsdokumentation". Für die Liegenschaft in Zürich wurde ein Mindestverkaufspreis von 5,5 Mio. Franken und für jene in J._____ ein solcher von 3 Mio. Franken festgelegt. Die von der Klägerin erstellten Verkaufsdokumentationen liegen bei den Akten (Urk. 3/7 und 3/8).

1.5. Im Gegensatz zu den andern Erben bestritt der Beklagte die Provisionsansprüche der Klägerin im Zusammenhang mit der Veräusserung der beiden Liegenschaften. Am 21. November 2013 schlossen die Parteien dieses Prozesses sowie G._____ als Willensvollstrecker eine "Vereinbarung betreffend Provisionsanspruch i.S. Nachlass C._____" (Urk. 3/2). Dort wurde festgehalten, dass der Beklagte die Rechtmässigkeit der "Verkaufsaufträge" zwischen den Erben des C._____ und der Klägerin bestreite, wogegen die andern Erben die Provisionsansprüche gemäss den Verkaufsaufträgen anerkannt und ihre Zustimmung zu den Handänderungen bereits erteilt hätten. Mit der Vereinbarung vom 21. November 2013 erteilte auch der Beklagte diese Zustimmung, d.h. er erklärte sich mit dem Verkauf der Liegenschaft in Zürich einverstanden und erklärte weiter, die Liegenschaft in J._____ zum Anrechnungspreis von Fr. 3.27 Mio. selber übernehmen zu wollen. Der Willensvollstrecker verpflichtete sich sodann, dem Beklagten die von ihm bestrittenen "anteiligen Provisionsansprüche" im Umfange von Fr. 23'625.00 bzw. Fr. 12'262.50 nach Eingang der Kaufpreiszahlungen "ohne Präjudiz und Anerkennung einer Rechtspflicht" auszubezahlen, und der Beklagte übernahm dafür die von ihm bestrittene anteilige Provisionsschuld. Für den Fall, dass die Klägerin auf den Provisionsansprüchen bestehen sollte, hätte sie sich gemäss der Vereinbarung vom 21. November 2013 an den Beklagten zu halten, "welcher wiederum auf den Willensvollstrecker G._____ Rückgriff nehmen würde". "Im Gegenzug" verzichtete die Klägerin "auf die Geltendmachung des anteiligen Provisionsanspruches" gegenüber den übrigen Erben.

1.6. Am 12. Dezember 2013 verkaufte G._____ für die Erben die Liegenschaft in Zürich zu einem Preis von Fr. 6'334'000.00 an die N._____ AG (Urk. 3/17). Gleichentags schlossen die vier Erben einen schriftlichen Vertrag über die "teil-

weise Erteilung". Gemäss diesem Vertrag wiesen sie die Liegenschaft in J._____ dem Beklagten zu Alleineigentum zu, und zwar zu einem Anrechnungspreis bzw. "Übernahmewert" von Fr. 3'270'000.00 (Urk. 3/18).

1.7. Mit Rechnungen vom 11. November 2014 stellte die Klägerin dem Beklagten für die Liegenschaft in Zürich eine "Verkaufsprovision aus Kaufvertrag" von Fr. 24'293.00 netto bzw. von Fr. 26'236.45 inkl. Mehrwertsteuer und für die Liegenschaft in J._____ eine "Verkaufsprovision aus Kaufvertrag / Übertrag B._____" von Fr. 12'803.00 netto bzw. von Fr. 13'827.25 inkl. Mehrwertsteuer in Rechnung (Urk. 3/26-27). Der Beklagte bezahlte nicht.

2. Prozessverlauf

2.1. Am 17. Februar 2015 ging das Schlichtungsgesuch der Klägerin beim zuständigen Friedensrichteramt ein, worauf dieses die Klagebewilligung am 25. August 2015 ausstellte (Urk. 6). Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene und vom 21. Dezember 2017 datierende Urteil verwiesen (Urk. 90 S. 2-4).

2.2. Das angefochtene Urteil, mit dem die Klage abgewiesen wurde, wurde den Parteien am 12. Januar 2018 zugestellt (Urk. 86 und 87). Mit Eingabe vom 12. Februar 2018 erhob die Klägerin Berufung, mit der sie die oben vermerkten Anträge stellte. Der Beklagte beantwortete die Berufung mit Rechtsschrift vom 9. Mai 2018 (Urk. 98). Mit Verfügung vom 14. Mai 2018 wurde den Parteien eröffnet, dass weder eine Berufungsverhandlung noch ein zweiter Schriftenwechsel statfinde und dass die Phase der Urteilsberatung beginne (Urk. 101).

3. Prozessuales

3.1. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, son-

dem auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen vorgetragen und auch Beweisanträge gestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort im bundesgerichtlichen Verfahren ergangenen BGE 140 III 115 E. 2). Ein Berufungsbeklagter, der die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht gelten lassen will, hat sich ebenso mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen wie das

ein Berufungskläger tun muss, der mit der Berufung ein erstinstanzliches Urteil anfecht.

3.2. Die Klägerin verweist mit ihrer Berufung teilweise auf ihre Vorträge im erstinstanzlichen Verfahren (Urk. 89 Rz 52). Solche Verweisungen sind nach dem Gesagten unzulässig und damit unbeachtlich. Soweit die Berufungsinstanz Rechtsfragen prüft, verfügt sie allerdings über eine freie Kognition. Das verkennt der Beklagte, wenn er vorträgt, dass die Berufungsinstanz dann in den vorinstanzlichen Entscheid nicht eingreifen könne, wenn die Vorinstanz "auf eine vertretbare – durch Entscheide und grundlegende Kommentare erhärtete – Lehrmeinung abstellt" (Urk. 98 S. 5).

4. Materielles: Die Frage eines unzulässigen Insichgeschäfts

4.1. Mit ihrer Eventualbegründung stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass der Provisionsanspruch der Klägerin auf einem unzulässigen Insichgeschäft beruhe, weil G._____ beim Vertragsschluss mit der Klägerin einerseits Willensvollstrecker im Nachlass des C._____ und andererseits "Mehrheitseigentümer" der Klägerin gewesen sei. Die Interessenkollision sei darin zu erblicken, dass "– mit grosser Wahrscheinlichkeit –" die Gesamtkosten bei einer Veräusserung der Liegenschaft durch die Klägerin höher ausfallen würden, als wenn G._____ die Liegenschaften als Willensvollstrecker unter Mithilfe der Klägerin verkauft hätte, denn "die Maklerprovision dürfte höher ausfallen, als das Willensvollstrecker-Honorar", was für G._____ vorteilhafter gewesen sein "dürfte". Für die Erben habe dies zu "Mehrkosten im Umfang der Kostendifferenz" geführt. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass schliesslich "insgesamt ein deutlich höherer Verkaufspreis als die durch die Erbengemeinschaft festgelegten Mindestpreise erzielt werden konnte" (Urk. 90 S. 24 f.). Für den Willensvollstrecker sei im Zweifelsfalle "ein Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung" unzulässig, denn "ein solches sog. Insichgeschäft" könne "nur in Frage kommen, wenn ein Interessenkonflikt zwischen den eigenen und den Erbschaftsinteressen ausgeschlossen" sei. Die Klägerin beanstandet das mit der Berufung (Urk. 89 Rz 45 ff.), wogegen der Beklagte mit der Berufungsantwort an seiner Auffassung festhält, dass eine unzulässige Doppelvertretung vorliege (Urk. 98 S. 12 ff.).

4.2. Schliesst der Vertreter einer Gesellschaft ein Geschäft, das er für die Gesellschaft bzw. für den Vertretenen vornimmt, mit sich selber ab, liegt ein Fall von Selbstkontrahieren bzw. ein Insichgeschäft vor. Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt (BGE 138 III 755 E. 6.2; 127 III 332 E. 2a S. 333; 126 III 361 E. 3a S. 363). Das Selbstkontrahieren hat daher grundsätzlich die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge. Bei einem Interessenkonflikt besteht nämlich eine negative Vermutung in dem Sinne, dass die Vollmacht des Vertreters ein Selbstkontrahieren nicht abdeckt. Das Insichgeschäft gilt mangels Zurechenbarkeit an den Vertretenen zunächst als schwebend unwirksam. Die Vermutung der Ungültigkeit kann nach der Rechtsprechung entweder durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist, oder aber durch den Nachweis, dass der Vertretene den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt hat. Nur wenn die negative Vermutung widerlegt wird, ist das Insichgeschäft gültig zustande gekommen. Andernfalls ist es als von Anfang an ungültig zu erachten (BGE 127 III 332 E. 2a; BGE 126 III 361 E. 3a; Gauch/Schluop et. al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Rz 1438-1440; Straessle/von der Crone, Die Doppelvertretung im Aktienrecht, SZW 2013 S. 342).

4.3. Im vorliegenden Fall ist allerdings nicht von einem Insichgeschäft auszugehen, denn bei den Vertragsschlüssen mit der Klägerin hat G._____ einzig als Willensvollstrecker im Nachlass des C._____ mitgewirkt, nicht aber als Vertreter der Klägerin. Für die Klägerin handelten bei den Vertragsschlüssen die gemäss Handelsregister Zeichnungsberechtigten L._____ und M._____. Den Hinweis der Vorinstanz, dass G._____ damals "Mehrheitseigentümer" der Klägerin gewesen sei, bestätigt die Klägerin zwar mit der Berufung (Urk. 89 Rz 43). Dieser Umstand allein macht die mit der Klägerin abgeschlossenen Verträge aber noch nicht zu unzulässigen Insichgeschäften, auch wenn solche Vorgänge in krassen Fällen durchaus zur Intervention der Aufsichtsbehörde gegenüber dem Willensvollstrecker führen könnten (vgl. Art. 518 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 595 Abs. 3 ZGB

und § 139 Abs. 2 GOG). Wenn G._____ als Willensvollstrecker befugt war, die Dienstleistungen eines professionellen Liegenschaftsmäklers in Anspruch zu nehmen (vgl. dazu unten E. 5.3.), dann ist allerdings nicht einzusehen, weshalb er nicht auf ein Unternehmen hätte zurückgreifen dürfen, das er bestens kannte und mit dem er in geschäftlichen Beziehungen stand, solange dadurch für die Erben ein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt werden konnte. Zu Recht weist die Klägerin mit der Berufung auch darauf hin, dass die zwischen ihr und dem Willensvollstrecker vereinbarte Provision von 1½ % des Verkaufspreises an der untersten Grenze dessen liegt, was üblich ist (Urk. 89 Rz 49). Im Liegenschaftshandel ist vielerorts von einer üblichen Provision von 2% auszugehen "mit Tendenz zur Reduktion bei grösseren Geschäften" (so BSK OR I-Ammann, Art. 414 N 4; vgl. auch BGE 117 II 286 E. 5). Das ist jedenfalls auch ein Umstand, der gegen eine unzulässige Interessenkollision spricht.

5. Materielles: Die Verträge zwischen Willensvollstrecker und der Klägerin sowie die Befugnis des Willensvollstreckers zu deren Abschluss

5.1. Die zwischen dem Willensvollstrecker und der Klägerin unterzeichneten "Verkaufsaufträge" sind als Mäklerverträge im Sinne der Art. 412 ff. OR zu qualifizieren. Gemäss Gesetz setzt die Vergütung des Mäklers entweder den Auftrag voraus, die "Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen", oder aber den Auftrag, "den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln" (Art. 412 Abs. 1 OR). Verdient ist der Mäklerlohn gemäss Art. 413 Abs. 1 OR, sobald der Vertrag "infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist".

5.2. Die Vorinstanz hat die Klage namentlich auch mit dem Argument abgewiesen, dass ein Willensvollstrecker gemäss Art. 398 Abs. 3 OR gehalten sei, das Amt persönlich auszuüben. Daher sei er im Zusammenhang mit der Veräusserung der beiden Liegenschaften nicht zur "umfassenden Substitution" durch die Klägerin befugt gewesen (Urk. 90 S. 20-24). Die Klägerin beanstandet die vorinstanzliche Rechtsauffassung mit der Berufung. Art. 398 Abs. 3 OR sei im vorliegenden Zusammenhang nicht anwendbar. Ferner sei zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis zu unterscheiden. Davon abgesehen stellten die hier in-

teressierenden mit der Klägerin abgeschlossenen Verträge ohnehin keine umfassende Substitution dar (Urk. 89 Rz 27 ff., insbesondere Rz 27, 31, 36).

5.3. Dem Willensvollstrecker kommt eine exklusive Verfügungsmacht über den Nachlass zu, welche die Verfügungsfähigkeit der Erben einschränkt. Diese externe Verfügungsmacht umfasst insbesondere auch die Veräusserung von Grundstücken, wobei freilich ein freihändiger Verkauf, wie das hier geschehen ist, der Zustimmung der Erben bedarf, weil ohne diese Zustimmung Grundstücke gemäss Art. 596 Abs. 2 und Art. 612 Abs. 3 ZGB einzig auf dem Wege der Versteigerung veräussert werden könnten (BK-Künzle, Art. 517-518 ZGB N 198 ff.). Von dieser externen Verfügungsmacht ist die interne Verfügungsbefugnis zu unterscheiden, denn auch beim Willensvollstrecker ist es so, dass sein Können weiter reicht als sein Dürfen (vgl. BK-Künzle, Art. 517-518 ZGB N 204). Da im vorliegenden Fall die Erben einem Freihandverkauf der beiden Liegenschaften bei *Mindestverkaufspreisen* von Fr. 3,0 bzw. 5,5 Mio. zugestimmt hatten, war der Willensvollstrecker in diesem Zusammenhang ohne weiteres befugt, einen professionellen Mäkler beizuziehen, um über den Mindestverkaufspreisen liegende Ergebnisse zu erzielen. Das hat der Willensvollstrecker im vorliegenden Falle mit dem Beizug der Klägerin denn auch getan, weshalb die Erben die sich aus den Mäklerverträgen ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen haben. Mit einer "umfassenden Substitution", wie die Vorinstanz meint, hat das nichts zu tun. Durch den Abschluss von Mäklerverträgen übertrug der Willensvollstrecker keineswegs seine Befugnisse als Willensvollstrecker auf den Mäkler, sondern sicherte sich lediglich dessen Dienstleistungen zugunsten des Nachlasses bezüglich eines begrenzten Aufgabenbereichs (vgl. BK-Künzle, Art. 517-518 ZGB N 63). Die Erteilung eines Mäklerauftrages seitens des Willensvollstreckers hatte zwei gewichtige Vorteile: Einerseits reagiert der Markt beim Verkauf von Liegenschaften mit höheren Millionenwerten anders, wenn hinter dem Angebot keine Einzelperson, sondern eine im Liegenschaftshandel tätige Handelsgesellschaft mit einem gewissen Renommee steht. Und andererseits hat die Mandatierung eines Mäklers den Vorteil, dass seine Verkaufsbemühungen nicht entschädigt werden müssen, wenn der Verkauf schliesslich nicht zustande kommt. Im vorliegenden Fall sollten zwei Liegenschaften zu einem Mindestverkaufspreis von immerhin 8,5 Mio. Franken verkauft wer-

den. Der Willensvollstrecker hätte daher geradezu sorgfaltswidrig gehandelt, wenn er sich nicht die Dienstleistungen und die Infrastruktur von Fachleuten gesichert hätte. Auch wenn der Willensvollstrecker selber ein Immobiliensachverständiger ist, durfte er sich bei der Bewältigung der ihm gestellten Aufgabe der Dienstleistung eines berufsmässigen Mäklers bedienen, denn für den Verkauf von Liegenschaften mit einem solchen Wert bedarf es der Unterstützung eines ganzen Dienstleistungsapparats, der Anfragen von Interessenten auslöst und beantwortet, ordnet, kanalisiert, beurteilt und auch die Besichtigung der Objekte organisiert. Das sind Dienstleistungen, die zum Angebot eines professionellen Mäklers gehören und die mit dem Mäklerlohn abzugelten sind. Der Willensvollstrecker war daher befugt, für die Erben solche Dienstleistungen einzukaufen, ohne dass es deren Zustimmung bedurft hätte. Die Erben des C._____ sind daher verpflichtet, den Mäklerlohn zu bezahlen, der sich aus den Verträgen ergibt, die der Willensvollstrecker mit der Klägerin abgeschlossen hat. Nur weil der Willensvollstrecker mit der Klägerin geschäftlich verbunden ist, heisst das noch längst nicht, dass deren Infrastruktur den Erben gratis hätte zur Verfügung stehen sollen, wie das der Beklagte offensichtlich meint (vgl. Urk. 98 S. 13). Entgegen der vom Beklagten mit der Berufungsantwort vertretenen Meinung (Urk. 98 S. 4) kann auch keine Rolle spielen, dass sich der Willensvollstrecker schliesslich an den Vertragsverhandlungen aktiv beteiligt hat (BGE 72 II 421 E. 3 S. 422). Stand der engere Kreis der Bewerber einmal fest, war dies vielmehr seine Pflicht als Willensvollstrecker.

5.4. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass es gemäss dem Beschluss der Erbenversammlung vom 18. Juni 2013 Sache der "Verwaltung" war, die "Verkaufsdossiers" zu erstellen. Mit "Verwaltung" konnte nur die mit dem Willensvollstrecker liierte Klägerin gemeint gewesen sein. Insoweit akzeptierten die Erben, namentlich auch der Beklagte durch seinen ihn vertretenden Treuhänder K._____, das Tätigwerden der Klägerin ausdrücklich. Nicht annehmen durften die Erben bei dieser Ausgangslage, dass die Leistungen der Klägerin umsonst erbracht würden. Immerhin anerkennt auch der Beklagte vor Obergericht, dass G._____ "sehr stark die Infrastruktur der Klägerin genutzt hat" (Urk. 98 S. 12). Weshalb diese Infrastruktur hätte gratis zur Verfügung gestellt werden sollen, erklärt er aber nicht.

6. Materielles: Mäklerlohn aus der Veräusserung der Liegenschaft H. _____ - Strasse ...

6.1. Fest steht, dass die Liegenschaft H. _____-Strasse ... am 12. Dezember 2013 zum Preis von Fr. 6'334'000.00 verkauft werden konnte, d.h. zu einem Preis, der Fr. 834'000.00 über dem von den Erben gesetzten Mindestverkaufspreis lag. Die Klägerin verlangt unter diesem Titel vom Beklagten $\frac{1}{4}$ der gesamten Provision von 1,5%, d.h. Fr. 23'752.50 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer = Fr. 25'652.70. Der Willensvollstrecker hat in diesem Zusammenhang die Dienstleistungen der Klägerin in Anspruch genommen, was der Beklagte an und für sich nicht bestreitet. Vor Vorinstanz führte die Klägerin aus, dass sie das Verkaufskonzept, die Factsheets und Verkaufsdokumentationen sowie das Formular für den Verkauf im Bieterverfahren erstellt habe. Weiter habe sie Inserate in Zeitungen und im Internet veranlasst und mit Interessenten korrespondiert, wobei es 300 Anfragen gegeben habe. Ferner habe sie vier Besichtigungen durchgeführt, die Angebote ausgewertet und schliesslich "die beiden Kaufverträge" entworfen (Urk. 1 Rz 11). Die entsprechenden Unterlagen liegen als Urk. 3/6-14 bei den Akten.

6.2. Vor Obergericht macht der Beklagte geltend, es seien nicht die Bemühungen der Klägerin gewesen, die zu diesem für die Erben günstigen Vertragsabschluss geführt hätten, sondern es sei dies einzig auf die "Marktnachfrage nach entsprechenden Renditeobjekten" zurückzuführen gewesen (Urk. 98 S. 3 f.). Er bestreitet allerdings nicht, dass die Käuferin N. _____ AG von der Klägerin nachgewiesen wurde. Unter dieser Voraussetzung ist der Mäklerlohn allerdings auch bei günstiger Marktlage geschuldet. Vor Vorinstanz liess die Klägerin denn auch ausführen, dass sie nach einer ersten Phase den Bietern das aktuelle Höchstangebot mitgeteilt habe, um ihnen die Gelegenheit zu geben, ein neues Angebot abzugeben. Schliesslich habe nach der zweiten Angebotsrunde der Meistbietende den Zuschlag erhalten (Urk. 1 Rz 14 mit Hinweis auf die Dokumentation der eingegangenen Offerten, Urk. 3/22 und 3/23). Dem hielt der Beklagte vor Vorinstanz einzig entgegen, dass alle Orientierungen der Erben im Zusammenhang mit den Verkaufsbemühungen bezüglich der beiden Liegenschaften durch den Willensvollstrecker und nicht durch die Klägerin erfolgt seien (Urk. 14 Ziff. 2.9). Das ist aber nicht der entscheidende Gesichtspunkt, trug doch der Willensvollstrecker

den Erben gegenüber die Verantwortung und nicht die Klägerin. Entscheidend ist aber, dass der Willensvollstrecker sich auf das Ergebnis der Arbeit der Klägerin stützen konnte.

6.3. Damit ist davon auszugehen, dass die Klägerin bezüglich des Verkaufs der Liegenschaft H.____-Strasse ... im Sinne ihrer Mäklertätigkeit einen entscheidenden Beitrag geleistet hat. Und damit schuldet der Beklagte der Klägerin im Sinne der von den Parteien am 21. November 2013 abgeschlossenen "Vereinbarung betreffend Provisionsanspruch" den auf ihn entfallenden "anteiligen Provisionsanspruch". Das Schlichtungsgesuch ist beim zuständigen Friedensrichteramt am 17. Februar 2015 eingegangen. Der verlangte Verzugszins, der vom Beklagten nicht bestritten wird (vgl. Urk. 98), ist daher zuzusprechen. Auch bezüglich des Masses wird dieser Provisionsanspruch nicht bestritten. Der Beklagte schuldet daher der Klägerin den Betrag von Fr. 25'652.70 nebst Zins zu 5% seit dem 16. Februar 2015.

7. Materielles: Mäklerlohn aus der Liegenschaft I.____-Strasse ...

7.1. Anders verhält es sich bezüglich des von der Klägerin im Zusammenhang mit der Liegenschaft I.____-Strasse ... in J.____ verlangten Provisionsanspruchs. Versprochen war der Mäklerlohn gemäss dem schriftlichen Mäklervertrag vom 2. Juli 2013 im Hinblick auf den *Verkauf* der Liegenschaft (Urk. 3/5 Ziff. 5 und 6 Abs. 2). Bezüglich dieser Liegenschaft kam indessen kein Kaufvertrag zustande, weil die Erben auf einen Verkauf der Liegenschaft verzichteten und die Liegenschaft im Rahmen der Erbteilung dem Beklagten zu Alleineigentum zuwiesen. Kam aber kein Kaufvertrag zustande, so ist gemäss Art. 413 Abs. 1 OR der Mäklerlohn auch nicht verdient. Es ist dies die Folge des aleatorischen Charakters des Mäklervertrags (vgl. BSK OR I-Ammann, Art. 413 N 3). In diesem Punkte ist daher die Klage abzuweisen.

7.2. Mit der Berufung macht die Klägerin allerdings geltend, sie habe bereits vor Vorinstanz vorgetragen, dass ein "tatsächlicher Konsens zwischen den Vertragsparteien" bestanden habe, "dass der Provisionsanspruch auch bei dieser Konstellation", d.h. "auch bei Ausübung des *Vorkaufsrechts* durch einen Erben entstehen

sollte" (Urk. 89 Rz 14 mit Hinweis auf Urk. 25 Rz 17-21 und Rz 33). Im vorinstanzlichen Verfahren stellte die Klägerin in diesem Zusammenhang denn auch eine Reihe von Beweisanträgen (vgl. Urk. 25 Rz 18 f.), die von der Vorinstanz sinngemäss zu Beweissatz 1.10 ihrer Beweisverfügung vom 22. Juli 2016 wenigstens teilweise vermerkt worden sind (Urk. 28 S. 7).

7.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass bezüglich der Liegenschaft in J._____ von einem Vorkaufsfall gar nicht die Rede sein kann. Weder stand dem Beklagten bezüglich dieser Liegenschaft ein gemäss Art. 216 Abs. 2 OR begründetes Vorkaufsrecht zu noch vermag die Klägerin auf ein Rechtsgeschäft hinzuweisen, das im Sinne von Art. 216c Abs. 1 OR als Vorkaufsfall gewertet werden könnte. Fest steht dagegen, dass die Liegenschaft dem Beklagten von der Gesamtheit der Erben im Rahmen der *Erbteilung* zu Alleineigentum zugewiesen wurde.

7.2.2. Die Frage, ob der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien im Sinne der Behauptungen vorgelegen habe, war Gegenstand von Beweissatz 1.10 der vorinstanzlichen Beweisverfügung (Urk. 28 S. 7). Die Vorinstanz würdigte mit dem angefochtenen Urteil die von ihr zu Beweissatz 1.10 abgenommenen Beweise nicht und auch mit der Berufung wird nichts zur Beweiswürdigung in diesem Zusammenhang gesagt. Insoweit fehlt es der Berufung daher an der notwendigen Begründung, weshalb es schon aus diesem Grunde beim angefochtenen Urteil sein Bewenden haben muss. Nur ergänzend sei erwähnt, dass die Klägerin vor Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis zu Beweissatz 1.10 ausführte, dass sich die befragten Zeugen in diesem Zusammenhang nicht mehr erinnern könnten. Und zur Parteibefragung G._____s führte sie aus, dass dieser ausgesagt habe, dass über die Provision nicht gesprochen worden sei (Urk. 81 Rz 38). Damit steht aber fest, dass der von der Klägerin behauptete tatsächliche Konsens im Beweisverfahren nicht nur nicht nachgewiesen werden konnte, sondern dass es einen solchen Konsens nicht gab. Es bleibt daher bei der oben (E. 7.1.) vorgenommenen Vertragsauslegung.

8. Zusammenfassung und Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klage bezüglich der Provision für die Liegenschaft H.____-Strasse ... gutzuheissen ist, d.h. für Fr. 25'652.70 nebst Zins zu 5% seit dem 16. Februar 2015. Im Übrigen, d.h. bezüglich der Provision für die Liegenschaft I.____-Strasse ... (Fr. 12'262.50 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer = Fr. 13'243.50), ist die Klage aber abzuweisen. In diesem Sinne ist die Berufung teilweise gutzuheissen.

8.2. Bei diesem Prozessausgang rechtfertigt es sich bezüglich beider Instanzen, der Klägerin $\frac{1}{3}$ und dem Beklagten $\frac{2}{3}$ der Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In diesem Sinne schuldet der Beklagte der Klägerin für beide Instanzen eine auf $\frac{1}{3}$ reduzierte Parteientschädigung.

8.2.1. Die Gerichts- und Parteikosten für das erstinstanzliche Verfahren werden von den Parteien vor Obergericht nicht beanstandet. Die von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtskosten sind ohne weiteres zu bestätigen. Im Sinne von Art. 207 Abs. 2 ZPO hat der Beklagte der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 525.00 im Umfange von $\frac{2}{3}$, d.h. im Umfange von Fr. 350.00, zu ersetzen (vgl. Urk. 6).

8.2.2. Mit der Vorinstanz ist für das erstinstanzliche Verfahren von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 9'685.00 auszugehen. Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine auf $\frac{1}{3}$, d.h. auf Fr. 3'228.30, reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist für das Berufungsverfahren auf Fr. 3'300.00 zu bemessen (einschliesslich 7,7% Mehrwertsteuer). Entsprechend hat der Beklagte der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'100.00 zu bezahlen. Insgesamt ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für beide Instanzen eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'328.30 zu bezahlen. Die Vorschüsse sind mit den Gerichtskosten zu verrechnen. Soweit die Klägerin zu hohe Vorschüsse geleistet hat, sind sie ihr vom Beklagten zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung von Berufung und Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 25'652.70 nebst Zins zu 5% seit dem 16. Februar 2015 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'214.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 500.00 Zeugenentschädigung.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'700.00.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden zu $\frac{1}{3}$ der Klägerin (= Fr. 2'238.00) und zu $\frac{2}{3}$ dem Beklagten (= Fr. 4'476.00) auferlegt. Die Vorschüsse der Parteien (Klägerin Fr. 5'062.00; Beklagter Fr. 100.00) werden mit diesen Gerichtskosten verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfange von Fr. 2'824.00 zu ersetzen. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu $\frac{1}{3}$ der Klägerin (= Fr. 1'566.70) und zu $\frac{2}{3}$ dem Beklagten (Fr. 3'133.30) auferlegt. Der Vorschuss der Klägerin (Fr. 4'700.00) wird mit diesen Gerichtskosten verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfange von Fr. 3'133.30 zu ersetzen.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfange von Fr. 350.00 zu ersetzen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für beide Instanzen eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'328.30 zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 38'896.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. Juni 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
am