

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP150025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Urteil vom 6. April 2016

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 11. Februar 2015 (FV140041-M)

Rechtsbegehren:

(Urk. 14 S. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 20'520.– nebst Zins zu 5% seit 30. April 2014 sowie CHF 170.20 Betreuungskosten anzuerkennen und zu bezahlen;
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon sei aufzuheben.
3. Unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht
Dietikon vom 11. Februar 2015:**

(Urk. 23 S. 14)

- " 1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'192.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'274.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Eine **Beschwerde** hinsichtlich der Gerichtskosten und die Parteientschädigung in diesem Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin und Klägerin (Urk. 22 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon (Einzelgericht im vereinfachten Verfahren) vom 11. Februar 2015 sei aufzuheben;
2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 20'520.– nebst Zins zu 5% seit 20. April 2014 sowie CHF 170.20 Betreuungskosten anzuerkennen und zu bezahlen;
3. Der Rechtsvorschlag der Betreuung-Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon sei aufzuheben;
4. Unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten und Beklagten (Urk. 28 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Die Berufungsklägerin und Klägerin (fortan: Klägerin) ist professionelle Personalvermittlerin mit Sitz in Zürich, die Berufungsbeklagte und Beklagte (fortan: Beklagte) eine grosse Büromaterialhändlerin mit Sitz in C._____. Nach vorgängigem Telefongespräch vom 27. Februar 2014 zwischen D._____ von der Klägerin und E._____ von der Beklagten stellte die Klägerin der Beklagten gleichentags per E-Mail das Bewerbungsdossier von F._____ als Kandidatin (fortan: Kandidatin) für eine von der Beklagten ausgeschriebene Stelle zu. Dieser E-Mail hängte die Klägerin ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) an. In der Folge kam es zur Anstellung der Kandidatin, allerdings unter Mitwirkung der Personalvermittlerin G._____, die der Beklagten nach der Klägerin und unabhängig von dieser ebenfalls das Dossier derselben Kandidatin unterbreitete. Die Klägerin bean-

spruchte für ihre behauptete Mäklertätigkeit ein Honorar. Nachdem die Beklagte sich auf den Standpunkt stellte, sie schulde ihr mangels Zustandekommen eines Vertrags kein solches, erhob die Klägerin nach erfolglosen aussergerichtlichen Unterredungen gestützt auf die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt C._____ vom 28. Juli 2014 am 30. Oktober 2014 beim Einzelgericht am Bezirksgericht Dietikon (fortan: Vorinstanz) Klage mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren.

2. Die Vorinstanz lud ohne vorgängigen Schriftenwechsel (unbegründete Klage) zur Hauptverhandlung auf den 11. Februar 2015 vor (Urk. 8). Mit Urteil vom 11. Februar 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 23 S. 14). Die Klägerin nahm das begründete Urteil am 4. August 2015 entgegen (Urk. 19).

3. Mit Eingabe vom 14. September 2015 erhob die Klägerin dagegen rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 22, Beweismittelverzeichnis: Urk. 24). Am 6. Oktober 2015 bezahlte die Klägerin fristgemäss den ihr auferlegten Kostenvorschuss (Art. 98 ZPO) von Fr. 3'200.– (Urk. 25 und 26). Die Beklagte beantwortete die Berufung innert ihr angesetzter Frist am 11. November 2015 (Urk. 27 und 28). Nachdem die Berufungsantwort der Klägerin zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 29), erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Materielles

1.1. Die Klägerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe unzutreffend angenommen, dass der Beklagten das Dossier der Kandidatin unverlangt zugestellt worden sei (Urk. 22 S. 3 Rz 6, 1. ...). Die E-Mail von D._____ von der Klägerin an E._____ von der Beklagten vom 27. Februar 2014 (Urk. 3/5) spreche klar dafür, dass dieser sich mit E._____ über die Zusendung der Unterlagen der Kandidatin telefonisch geeinigt habe, namentlich aufgrund der Formulierung "wie besprochen" (Urk. 22 S. 8). Im Bestätigungsmail von H._____ von der Beklagten an die Klägerin seien die im E-Mail von D._____ enthaltenen Behauptungen nicht dementiert worden, weshalb von deren Richtigkeit auszugehen sei. Es spiele keine Rolle, dass die Bestätigungsmail von einer anderen, allenfalls nicht zeichnungsberech-

tigten Person (H._____) versandt worden sei. Die Personalabteilung der Beklagten sei kaum so gross, dass eine Bestätigungsmail ohne Wissen der Chefin (E._____) "rausgehe" (Urk. 22 S. 8). Weiter beanstandet die Klägerin – immer noch unter dem gleichen Beschwerdegrund der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung –, die Vorinstanz habe das Zustandekommen eines Mäklerauftrages anlässlich des Telefonats zwischen D.____ und E.____ verneint, ohne die als Beweis dafür angebotene Zeugenbefragung von D.____ zum geführten Telefonat durchzuführen (Urk. 22 S. 7 Rz 8 Abs. 2).

1.2. Die Beklagte erwidert, D.____ habe sich von sich aus unverlangt auf eine Stellenausschreibung gemeldet und die Bewerbungsunterlagen der Kandidatin an die E-Mail-Adresse der Beklagten gesandt. An der unverlangten Zustellung der Unterlagen ändere nichts, dass D.____ zuvor mit E.____ telefoniert habe. Die Klägerin behaupte selber nicht, dass D.____ E.____ auf eine Mäklertätigkeit oder Honorarerwartung aufmerksam gemacht habe oder dass E.____ einen Vermittlungsauftrag erteilt habe (Urk. 28 Rz 6 ff.). Aus der in der E-Mail von D.____ verwendeten Floskel "wie besprochen" ergebe sich nicht, dass sich E.____ mit D.____ auf die Zusendung von Bewerbungsunterlagen geeinigt hätte (Urk. 28 Rz 12). Bei der Bestätigungsmail handle es sich erkennbar um eine Standard-Antwort, die von einer Personalassistentin ohne vorgängige Prüfung des erhaltenen E-Mails oder angehängten Unterlagen versandt worden sei (Urk. 28 Rz 17), weshalb die Klägerin daraus nichts für sich abzuleiten vermöge (Urk. 28 Rz 13).

1.3. Vorab ist zu bemerken, dass die Parteien zwei unterschiedliche Fragen vermischen. Ob die Zustellung des Dossiers unverlangt erfolgte, ist Tatfrage. Ob durch eine allfällige Zustimmung zur Zusendung des Dossiers ein Mäklervertrag zustande kam, ist Rechtsfrage. Diese Fragen sind auseinanderzuhalten und es ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob die Zustellung des Dossiers unverlangt erfolgte. Die zweite Frage ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu beantworten.

1.4. Vor Vorinstanz behauptete die Klägerin, sie habe die Beklagte auf deren Inserat hin telefonisch kontaktiert, ihr von der geeigneten Interessentin berichtet und sie anschliessend mit dem Dossier der zu vermittelnden Person bedient (Urk. 14

S. 7). Man habe dabei vereinbart: "Ich schicke dir das Dossier – ja ist gut, tu das." (Prot. I S. 6). Diese Formulierung wird von der Beklagten nicht bestritten. Ebenso wenig trug die Beklagte vor, sie habe die Zusendung des Dossiers im Telefonat vom 27. Februar 2014 abgelehnt. Sie beschränkte sich darauf zu betonen, es sei anlässlich des Telefonats kein Vermittlungsauftrag erteilt worden (Urk. 16 Rz 14 ff.; Prot. I S. 8 f.). Da der massgebliche Inhalt des Telefonats nicht strittig ist, erweist sich eine Befragung von D._____ zu diesem Thema als obsolet.

1.5. Schon aufgrund des unbestritten gebliebenen Inhalts des Telefongesprächs vom 27. Februars 2014 ("Ich schicke dir das Dossier – ja ist gut, tu das."; Prot. I S. 6) steht fest, dass die Zustellung des Dossiers *mit Zustimmung* der Beklagten erfolgte. Auf den Wortlaut der Bestätigungsmail von H._____ (Urk. 3/8) und die Vertretungsberechtigung von H._____ kommt es deshalb nicht an.

2.1. Die Klägerin beanstandet weiter, die Vorinstanz habe tatsachenwidrig festgestellt, dass seitens der Klägerin weder behauptet noch belegt sei, dass ihr die Beklagte einen Vermittlungsauftrag erteilt habe. Die Vorinstanz selbst habe die Klägerin mit den Worten zitiert: "Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass die Beklagte sich wissentlich auf ein Vertragsverhältnis mit der Klägerin eingelassen habe" (Urk. 22 S. 4 Rz 6, 2. Spiegelstrich; Urk. 22 S. 9 Rz 9).

2.2 Der Klägerin ist beizupflichten, dass sie vor Vorinstanz, unter anderem mit der zitierten Aussage, die fragliche Behauptung aufstellte. Zudem führte die Klägerin dort aus: "Schliesslich hat [die Beklagte] nicht etwa einfach zur unterbreiteten Vertragsofferte geschwiegen – dieser Fall wäre ja auch möglich und könnte unter Umständen auch zum Vertragsschluss führen –, sondern klar bestätigt, dass sie diese prüfen würde" (Urk. 14 S. 7; Prot. I S. 6).

3.1. Weiter rügt die Klägerin, die Vorinstanz unterstelle fälschlicherweise, die Beklagte habe aufgrund der E-Mail vom 27. Februar 2014 nicht wissen können, dass die Klägerin eine Personalvermittlung sei und mit ihr einen Mäklervertrag eingehen bzw. für ihre Leistungen bezahlt werden wolle (Urk. 22 S. 4 Rz 6 3. ...). Aufgrund der telefonischen Besprechung zwischen D._____ und E._____, der Zustellung des Dossiers samt AGB, der professionellen Präsentation der Bewerbungsunterlagen sowie dem Wortlaut der E-Mail von D._____ vom 27. Februar 2014 sei

die Beklagte darüber informiert gewesen, dass es sich bei der Klägerin um eine gewerbliche Personalvermittlerin handle, der bei einer Einstellung der Kandidatin Honorar geschuldet sei.

3.2. Die Beklagte setzt sich in der Berufungsantwort mit dieser Rüge nicht auseinander. Die Vorinstanz konstatierte, in der Signatur der besagten E-Mail fehle ein ausdrücklicher und unmissverständlicher Hinweis darauf, dass es sich bei der Klägerin um eine Personalvermittlungsfirma handle und die Klägerin habe darin mit keinem Wort ihre AGB und die Honorarforderungen erwähnt oder auf einen beabsichtigten Mäklervertrag hingewiesen. Erschwerend komme hinzu, dass die Klägerin unter verschiedenen Markennamen auftrete, wobei erst bei genauerem Hinsehen ersichtlich werde, dass die Klägerin hinter diesen stecke. Es sei deshalb für die Beklagte nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, dass die Klägerin mit ihr einen Mäklervertrag habe eingehen wollen (Urk. 23 S. 11).

3.3. D._____ bewirbt sich in der E-Mail vom 27. Februar 2014 unmissverständlich nicht selber für die ausgeschriebene Stelle, sondern empfiehlt eine "Kandidatin". Ferner lautet der Betreff der E-Mail "Kandidatenvorschlag" (Urk. 3/5). Damit war klar, dass es um die Vermittlung einer Drittperson, eben einer Kandidatin, ging. Hinzu kommt das prominent platzierte Firmen- bzw. Markenlogo der Klägerin ("I._____, ein Spezialist der A._____" ; Urk. 3/5). Dadurch war auf den ersten Blick und selbst für den Laien, der die Klägerin und deren Markennamen nicht kennt, erkennbar, dass es sich bei der Klägerin um eine gewerbliche Personalvermittlerin handeln muss. Dass die Klägerin unter verschiedenen Markennamen auftritt, spielt dabei keine Rolle. Jedermann muss sodann klar sein, dass eine professionelle Personalvermittlerin tätig wird, um ein Honorar zu erwirtschaften. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung ist deshalb dahingehend zu korrigieren, dass ohne Weiteres erkennbar war, dass es sich bei der Klägerin um eine kommerzielle Personalvermittlerin handelt, welche mit ihrer Tätigkeit Geld verdienen will. Nicht ohne Weiteres erkennbar war indessen, dass die Klägerin *mit der Beklagten* einen Vertrag eingehen und von ihr Honorar beanspruchen wollte. Ebenso gut könnte die Klägerin von der Kandidatin beauftragt worden sein und deshalb ihr Honorar von dieser beziehen. Deshalb bleibt es im Ergebnis bei der vorinstanzlichen Fest-

stellung, dass für die Beklagte nicht ohne Weiteres erkennbar war, dass die Klägerin mit ihr einen Maklervertrag eingehen wollte.

4.1. Die Klägerin rügt weiter, die Vorinstanz sei unrichtigerweise davon ausgegangen, dass die Beklagte das ihr zugestellte Mail vom 27. Februar 2014 und damit das Dossier und die AGB nicht zur Kenntnis genommen habe (Urk. 22 S. 4 Rz 6 4. ...). Die Beklagte habe den Empfang der E-Mail einige Stunden später mit einer nicht automatisierten Antwort bestätigt, mitgeteilt, dass jede Bewerbung sorgfältig geprüft werde und den AGB nicht widersprochen. Aufgrund der bis zur Beantwortung vergangenen Zeit müsse davon ausgegangen werden, dass das Dossier zwischenzeitlich bereits einer ersten groben Prüfung unterzogen und die AGB zumindest global übernommen worden seien (Urk. 22 S. 10 f. Rz 11). Der Umstand, dass E. _____ die Antwort nicht selber verfasst, sondern dies H. _____ übertragen habe, sei ein gewichtiges Indiz dafür, dass die E-Mail vor der Antwort einer summarischen Prüfung unterzogen worden sei, ansonsten E. _____ die Bestätigungsmail selber hätte absetzen können (Urk. 22 S. 9 Rz 8).

4.2. Die Beklagte entgegnet, sie habe die AGB nicht zur Kenntnis genommen (Urk. 28 Rz 20). Auch sei das Bewerbungsdossier vor dem Versand der Empfangsbestätigung keiner groben Prüfung unterzogen worden. Dass die Empfangsbestätigung nicht von E. _____ selbst versandt worden sei und der Zeitablauf seien keine Hinweise auf eine Prüfung der E-Mail und der Unterlagen. Es handle sich dabei offensichtlich um eine Standard-Antwort (Urk. 28 Rz 17 f. und 23).

4.3. Die E-Mail von D. _____ an sich hat die Beklagte offenkundig und unbestritten zur Kenntnis genommen. Ansonsten hätte sie auch keine Empfangsbestätigung absetzen können. Es handelt sich dabei nämlich unzweifelhaft um eine standardisierte, nicht jedoch automatisierte Antwort (Urk. 3/8). Ob das Kandidatendossier (nicht jedoch die AGB) davor einer Prüfung unterzogen wurde, spielt mit Bezug auf das Zustandekommen eines Vertrags keine Rolle, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Mit Bezug auf die Kenntnisnahme von den AGB vermag die Klägerin weder durch den Zeitablauf noch durch den Umstand, dass H. _____ die Empfangsbestätigung absetzte, etwas für sich abzuleiten. Beides bietet weder Beweis noch Indiz dafür, dass die Klägerin die AGB tatsächlich gelesen oder zumindest zur Kenntnis genommen hat. Weitere Beweise für eine tatsächliche

Kenntnisnahme von den AGB bot die Klägerin nicht an. Sie vermag damit nicht nachzuweisen, dass die Beklagte die AGB tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Von der Frage der tatsächlichen Kenntnisnahme zu unterscheiden sind die Rechtsfragen, ob der Beklagten allenfalls nach dem Vertrauensprinzip die Kenntnisnahme anzurechnen ist und ob sie durch ihr Stillschweigen bzw. Verhalten die AGB akzeptiert hat. Darauf ist unten einzugehen.

5.1. Schliesslich rügt die Klägerin im Sinne einer Sachverhaltsrüge, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass sich aus dem E-Mail-Verkehr vom 27. Februar 2014 kein Akzept im Hinblick auf ein Vertragsverhältnis ergebe, insbesondere weil die Mitarbeiterin, welche das Antwortmail verschickt habe, nicht zeichnungsberechtigt gewesen sei (Urk. 22 S. 4 Rz 6 5. ...).

5.2. Es handelt sich dabei um Rechtsfragen, welche, soweit relevant, sogleich im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu behandeln sind. Tatfrage ist einzig der unbestrittene Inhalt der beiden E-Mails (Urk. 3/5 und 3/8).

6. Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung dahingehend zu korrigieren, dass die Zustellung des Dossiers der Kandidatin zwar auf Initiative der Klägerin, aber mit Zustimmung der Beklagten erfolgte. Weiter ist festzustellen, dass die Beklagte die E-Mail von D._____ vom 27. Februar 2014, nicht jedoch die daran angehängten AGB zur Kenntnis genommen hat. Sodann war für die Beklagte zwar unschwer erkennbar, dass die Klägerin eine professionelle Personalvermittlerin ist und nur gegen Honorar tätig wird, nicht jedoch, dass sie mit ihr in eine vertragliche Beziehung treten und von ihr Honorar beanspruchen wollte. Entgegen der vorinstanzlichen Feststellung stellte die Klägerin sodann die – bestrittene – Behauptung auf, mit der Bestätigungsmail (Urk. 3/8) habe die Beklagte ihr einen Vermittlungsauftrag erteilt.

7.1. Mit Bezug auf die rechtliche Würdigung rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe Art. 1 ff. und Art. 412 ff. OR verletzt, indem sie fälschlicherweise davon ausgegangen sei, es sei kein Mäklervertrag zustande gekommen, und gegen Art. 462 OR verstossen, indem sie davon ausgegangen sei, H._____ sei nicht zur rechtsverbindlichen Bestätigung des unterbreiteten Mäklerverhältnisses befugt gewesen (Urk. 22 S. 4 f. Rz 7). Die Klägerin bringt im Hinblick auf das Zu-

standekommen eines Mäklervertrages im Wesentlichen vor, indem die Beklagte der Zustellung des Dossiers zugestimmt und im Bestätigungsmail um etwas Geld gebeten und angekündigt habe, das Dossier zu prüfen, habe sie deutlich gemacht, sowohl die E-Mail als auch das Dossier zur Kenntnis genommen zu haben und mit den Spielregeln der Klägerin einverstanden zu sein. Sie habe damit ausdrücklich ihr Einverständnis erklärt, die Dienstleistung der Klägerin in Anspruch zu nehmen, zumal der Beklagten bekannt gewesen sei, dass es sich bei der Klägerin um eine professionelle Personalvermittlerin handle. Dass in der E-Mail der Klägerin selbst keine Honorarforderungen erwähnt und nicht explizit auf den beabsichtigten Mäklervertrag hingewiesen worden sei, ändere nichts daran (Urk. 22 S. 13 f. Rz 14). Dabei seien die AGB auch zum Vertragsbestandteil geworden, da diese der E-Mail angehängt gewesen und mit dem Bestätigungs-mail akzeptiert worden seien, was auch gelten würde, wenn diese nicht explizit zur Kenntnis gebracht worden wären, da in der Personalvermittlungsbranche – dies wisse die hochprofessionelle Personalabteilung der Beklagten – ausschliesslich mit AGB gearbeitet werde und die Beklagte von der Klägerin bereits in der Vergangenheit diverse Dossiers erhalten habe, welche stets mit den AGB versehen gewesen seien (Urk. 22 S. 15 f Rz 15). Sodann wäre – selbst wenn ein direktes Zustandekommen eines Vertrags verneint würde – immer noch konkludent ein Mäklervertrag zustande gekommen. Unter Verweis auf diverse Bundesgerichtsentscheide macht die Klägerin geltend, der Mäkler könne sich nach dem Vertrauensprinzip darauf berufen, er habe dem Auftraggeber seine Dienste angeboten und aus dem Verhalten des Auftraggebers auf einen stillschweigenden Abschluss eines Mäklervertrages schliessen dürfen. Unter Umständen könne das Zustandekommen des Vertrags auch dann bejaht werden, wenn jemand die Tätigkeit eines (insbesondere gewerbsmässig handelnden) Mäklers lediglich wesentlich dulde oder sie stillschweigend genehmige und seine Dienstleistung nach den Umständen nicht als unentgeltliche Gefälligkeit verstanden werden dürfe. Dies sei aufgrund des professionellen Auftritts der Klägerin, des Telefonats im Vorfeld und des Inhalts der E-Mail vom 27. Februar 2014 der Fall. Damit sei das vom Bundesgericht geforderte, genügend bestimmte, unmissverständliche Verhalten des Mäklers gegeben, welches für das Ausbleiben eines Widerspruchs gegen seine Tätigkeit nach Treu und Glauben nur den Schluss auf einen Ge-

geschäftswillen des Auftraggebers zulasse. Nachdem vorliegend auf die Zusage des Mäklers sogar eine Antwort erfolgt sei, habe die Klägerin erst recht von einem Geschäftswillen der Beklagten ausgehen können (Urk. 22 S. 16 f. Rz 16). Schliesslich könne aber auch die stillschweigende Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit als Vertragskonsens ausgelegt werden (Urk. 14 S. 6).

7.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, in der E-Mail-Korrespondenz vom 27. Februar 2014 habe sie sich nicht auf ein Vertragsverhältnis mit der Klägerin oder auf deren AGB eingelassen. Sie habe nicht erklärt, dass sie die Dienstleistung der Klägerin in Anspruch nehmen oder deren AGB akzeptieren würde (Urk. 28 Rz 58). Aus der Empfangsbestätigung lasse sich keine Willensäusserung zum Abschluss eines Mäklervertrages ableiten (Urk. 28 Rz 54). Eine Annahme der AGB scheidet bereits deshalb aus, weil kein Hinweis auf diese in der mündlichen und schriftlichen Kommunikation erfolgt sei. Es bestehe auch keine andere Usanz in der Personalvermittlungsbranche bzw. Übung zwischen den Parteien (Urk. 28 Rz 55 f.). Unter Verweis auf verschiedene Bundesgerichtsentscheide argumentiert die Beklagte, der konkludente Abschluss eines Mäklervertrages erfordere, dass das Verhalten des Mäklers hinreichend klar sei, damit das Schweigen des Auftraggebers als Zustimmung interpretiert werden könne. Ein stillschweiger Erstabschluss sei nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Um den Auftraggeber vor Zudringlichkeit zu schützen, dürfe aus der blossen Duldung gewisser Vermittlungstätigkeiten nicht ohne Weiteres auf einen Vertragswillen geschlossen werden. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Am erforderlichen unmissverständlichen Verhalten der Berufungsklägerin fehle es bereits deshalb, weil die E-Mail von D._____ an E._____ keinen Hinweis auf eine Mäklertätigkeit, eine Honorarerwartung oder die AGB der Berufungsklägerin enthalten habe (Urk. 28 Rz 61). Da die Klägerin abgesehen von der Zustellung des streitgegenständlichen Bewerbungsdossiers keine Vermittlungstätigkeiten erbracht habe, scheidet auch eine stillschweigende Genehmigung der Mäklertätigkeit aus (Urk. 28 Rz 62). Schliesslich könne auch kein Mäklervertrag gestützt auf die Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit angenommen werden, da die Einstellung der Kandidatin nicht unter der Mithilfe der Klägerin, sondern eines anderen Personalvermittlers erfolgt sei (Urk. 28 Rz 63).

7.3. Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Elemente des Geschäfts, die sogenannten *essentialia negotii* geeinigt haben (Zellweger-Gutknecht/Bucher, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basl. Komm. OR I, 6. Aufl., Basel 2015, N 20 zu Art. 1). Vorliegend sind sich die Parteien einig, dass einzig ein Mäklervertrag in Frage kommt. Im Mäklervertrag verspricht der Auftraggeber dem Mäkler eine Vergütung, wenn dessen Tätigwerden zum Abschluss des vom Auftraggeber angestrebten Geschäfts führt oder beiträgt. Die Tätigkeit kann nach dem Willen der Parteien auf den Nachweis von Interessenten beschränkt (Nachweismäkler) oder auf die Zuführung von Interessenten (Zuführungsmäkler) oder auf die Vermittlung in den Verhandlungen zwischen den Parteien (Vermittlungsmäkler) gerichtet sein. Die Regelung, ob Nachweis- oder Vermittlungsmäkerei vereinbart wurde, gehört zu den Essentialia des Mäklervertrages (Ammann, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basl. Komm. OR I, 6. Aufl., Basel 2015, N 1 und 5 zu Art. 412). Der im Einzelfall geschuldete Umfang der Mäklertätigkeit ergibt sich aus der Parteivereinbarung. Das Gesetz stellt dazu keine Vermutung auf. Eine allfällige Übung (z.B. Nachweismäkerei bei Berufsmäklern) ist nur dann beachtlich, wenn sie durch die Parteien zum Vertragsbestandteil erhoben wurde oder nach dem Vertrauensprinzip als Hilfsmittel für die Auslegung der Parteierklärungen in Betracht kommt. Haben die Parteien den Umfang der zu erbringenden Mäklertätigkeit bei Vertragsschluss offen gelassen, ist der Mäklervertrag nach BGE 90 II 92, Erw. 6, unverbindlich (Art. 2 OR), sofern sich eine Einigung darüber nicht aus den gesamten Umständen ergibt, insbesondere dem Verhalten der Parteien vor oder nach dem Vertragsschluss (Bracher, in: Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar zum Schweiz. Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 4 zu Art. 412 OR). Zu den Essentialia als wesentliche Begriffsmerkmale gehört ferner auch die Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnanspruchs (Bracher, a.a.O., N 1 zur Art. 412 OR). Die Höhe des Lohnanspruchs ist indessen nicht zwingend im Vorherein zu vereinbaren, kann diese doch durch den Richter festgesetzt werden (Art. 414 OR). Der Abschluss des Mäklervertrags unterliegt keinen Formvorschriften. Er kann sowohl ausdrücklich als auch durch konkluden-

tes Verhalten erfolgen (Bracher, a.a.O., N 10 zu Art. 412 OR). Mit Bezug auf AGB gilt, dass diese zwischen den Parteien nur Recht erzeugen, wenn sie durch Vereinbarung zum Vertragsbestandteil erhoben worden sind. AGB gelten im Falle ausdrücklicher Vereinbarung (Unterzeichnung der die AGB enthaltenden Urkunden oder eines auf diese hinweisenden Textes mit Kleingedrucktem auf der Rückseite), darüber hinaus nach dem Vertrauensprinzip dann (und nur dann), wenn der Unternehmer aufgrund des Verhaltens des Kunden auf dessen Bereitschaft schliessen darf, sich den AGB zu unterziehen (evtl. Anschlagen des Textes im Geschäftslokal, allgemeines Bekanntsein in den betroffenen Geschäftskreisen usw.). Fehlt eine ausdrückliche Bezugnahme auf AGB im Rahmen des Vertragschlusses, können diese nur bei Vorliegen einer klaren Indikation für die Bereitschaft des Kunden zur Unterwerfung als Vertragsbestandteil gelten (Zellweger-Gutknecht/Bucher, a.a.O., N 52 f. zu Art. 1).

7.4. Anlässlich der telefonischen Besprechung zwischen D._____ und E._____ vom 27. Februar 2014 sagte D._____ gemäss der massgeblichen Sachverhaltsfeststellung: "Ich schicke dir das Dossier." Darauf antwortete E._____: "Ja ist gut, tu das." In dieser Konversation kamen somit die Essentialia des Mäklervertrags nicht zur Sprache. In der E-Mail vom 27. Februar 2014 sandte D._____ E._____ mit den Worten "wie besprochen" das Dossier der Kandidatin und hängte die AGB der Klägerin an. Sodann schrieb er: "Gerne empfehle ich Ihnen Frau F._____ für ein Vorstellungsgespräch und würde mich über eine Einladung sehr freuen. Bei weiteren Fragen stehe ich Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung." Mit diesem Wortlaut wurden die Essentialia des Mäklervertrags ebenfalls nicht angesprochen. Da ein Hinweis auf die AGB im Textkörper der E-Mail fehlt, können diese nicht zum eigentlichen Inhalt der E-Mail gezählt werden. Ausserdem beinhalten die als Dateianhang übermittelten AGB bloss die Geschäftsbedingungen, jedoch nicht die explizite Erklärung eines Geschäftswillens. Folglich fehlt es bereits an einer ausdrücklichen Offerte der Klägerin. Selbst wenn man von einer Offertstellung ausginge, fehlte es dennoch an einem ausdrücklichen Akzept. Die einzige infrage kommende Akzepterklärung der Beklagten ist die E-Mail von H._____ vom 27. Februar 2014 (Urk. 3/8). Darin bedankt sich die Beklagte mit Bezug auf die Bewerbung der Kandidatin für das Interesse und bittet um Geduld, da jede Bewerbung sorgfältig geprüft werde, hingegen äussert sich die Beklagte

mit keinem Wort zu ihrem Vertragswillen, dem Honorar oder stimmt den AGB zu (Urk. 3/8). Ein Vertragsabschluss durch Austausch übereinstimmender, ausdrücklicher Willenserklärungen steht also ausser Frage, weil in der telefonischen und in der E-Mail-Kommunikation vom 27. Februar 2014 eben gerade keine Essentialia des Mäklervertrages besprochen wurden.

7.5. Der Mäklervertrag kann hingegen auch durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden, wobei verlangt wird, dass das Verhalten des Mäklers hinreichend klar sein muss, damit das Schweigen des Auftraggebers als Zustimmung interpretiert werden kann (BGer 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007, E. 3.1; BGer 4A_283/2012 vom 31. Juli 2012). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu orientiert sich an einem älteren Leitentscheid (BGE 72 II 84). In jenem Fall stimmte ein Notar – auf Anfrage eines Mäklers hin – weder zu, noch untersagte er, dass der Mäkler eine Liegenschaft aus einer vom Notar verwalteten Erbschaft einem Kaufinteressenten zeige. Der Umstand, dass es sich bei beiden Parteien um Berufsleute handelte, veranlasste das Bundesgericht anzumerken, der Notar hätte die Praktiken der Mäkler kennen müssen und gegenüber dem Mäkler eine klarere Haltung einnehmen und sich zurückhaltender zeigen können. Nichtsdestotrotz habe der Notar keinen Grund gehabt, dem Mäkler zu verbieten, dem Interessenten die Immobilie zu zeigen. Es könne daraus kein stillschweigend erteilter Auftrag abgeleitet werden (S. 87). Das Bundesgericht fand klare Worte (BGE 72 II 84, E. 1, S. 87): *"Etant donnée l'insistance de certains agents immobiliers qui reviennent constamment à la charge, le silence gardé par le vendeur à l'égard de telle ou telle démarche ou déclaration d'un courtier ne saurait d'emblée être considéré comme une acceptation. En décider autrement, serait permettre à des agents peu scrupuleux d'obtenir par surprise des mandats des courtage."* Angesichts der Hartnäckigkeit gewisser Mäkler dürfe also das Schweigen eines Auftraggebers zu einer bestimmten Handlung oder Erklärung des Mäklers nicht als Akzept ausgelegt werden, da ansonsten skrupellosen Mäklern ermöglicht würde, sich mit einem Überraschungsangriff Aufträge zu verschaffen.

7.6. Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass die Beklagte keinen Grund gehabt hat, die Zustellung des Bewerbungsdossiers der Kandidatin abzulehnen und sich aus der Zustimmung zur Zustellung kein Akzept zu einem Mäklervertrag ab-

leiten lässt. Da die Klägerin nämlich weder im vorgängigen Telefonat vom 27. Februar 2014 zwischen D._____ und E._____, noch in der E-Mail, mit welcher das Dossier schliesslich zugestellt wurde (Urk. 3/5), auf ihre Mäklertätigkeit und die damit verbundenen Honorarforderungen hinwies, bestand für die Beklagte auch kein Anlass, anlässlich des Telefonats oder in der Empfangsbestätigung vom 27. Februar 2014 (Urk. 3/8) darauf hinzuweisen, dass sie keinen Mäklervertrag eingehen und kein Honorar bezahlen wolle. Es spielt dabei keine Rolle, ob die Beklagte eine professionelle Personalabteilung hat. Auch für erfahrene Berufsleute wäre aufgrund des blossen Angebots, ein Kandidatendossier zuzustellen, nicht erkennbar gewesen, ob der Mäkler mit dem Arbeitgeber einen Vertrag eingehen will oder im Auftrag (und mit Entschädigung) des Stellensuchenden tätig wird, sowie ob der Mäkler Nachweis- oder Vermittlungsmäkelei betreibt. Die einzige Äusserung der Klägerin hinsichtlich der von ihr angestrebten vertraglichen Bindung bestand nämlich im kommentarlosen Anhängen der AGB an die E-Mail vom 27. Februar 2014 (Urk. 3/5).

Vorliegend vermochte die Klägerin nicht darzutun, dass die Beklagte von den AGB tatsächlich Kenntnis genommen hat (vgl. oben Ziff. 6). Nachdem jeglicher Hinweis auf die AGB im Textkörper der E-Mail fehlte, durfte die Klägerin auch gestützt auf den Vertrauensgrundsatz nicht davon ausgehen, dass die Beklagte davon Kenntnis genommen hat. Aus dem Schweigen der Beklagten zu den AGB vermag die Klägerin schon deshalb nichts für sich abzuleiten. Ausserdem können AGB ohne eine ausdrückliche Bezugnahme darauf im Rahmen des Vertragschlusses nur bei Vorliegen einer klaren Indikation für die Bereitschaft des Vertragspartners zur Unterwerfung als Vertragsbestandteil gelten (vgl. Zellweger-Gutknecht/Bucher, a.a.O., N 52 f. zu Art. 1). Eine solche liegt hier nicht vor. Das bloss Anhängen von AGB an eine E-Mail ohne Bezugnahme darauf stellt jedenfalls nicht das vom Bundesgericht geforderte klare Verhalten des Mäklers dar, welches einen konkludenten Vertragsabschluss ermöglichen würde.

In der telefonischen Zustimmung der Beklagten zur Zustellung des Dossiers bzw. in der Bestätigungsmail vom 27. Februar 2014 (Urk. 3/8) wäre also nur dann ein Akzept zum angestrebten Mäklervertrag zu sehen, wenn die Klägerin anlässlich des Telefonats resp. in der E-Mail vom 27. Februar 2014 (Urk. 3/5) ausdrücklich

erwähnt hätte, dass sie im Falle der Einstellung der Kandidatin von der Beklagten ohne weitere Dienstleistungen zu erbringen ein Honorar beanspruche. Es ist nämlich, abgesehen von reiner Nachlässigkeit, kein Grund ersichtlich, weshalb die Klägerin diese – simplen, aber wichtigen – Punkte am Telefon oder in der E-Mail nicht kurz hätte ansprechen können, ausser sie wäre davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht bereit ist, für die blosser Zustellung des Dossiers im Erfolgsfall ein Honorar von über Fr. 20'000.– zu bezahlen. Gerade einen solchen Fall dürfte das Bundesgericht aber im Auge gehabt haben, wenn es ausführte, skrupellosen Mäklern dürfe nicht ermöglicht werden, sich mit einem Überraschungsangriff Aufträge zu verschaffen (BGE 72 II 84, E. 1, S. 87). Vielmehr ist von Mäklern wie auch von allen anderen Anbietern von Dienstleistungen und Waren zu verlangen, dass sie ihren Geschäftswillen, ihre Leistungen und ihre Preise dem Kunden gegenüber transparent deklarieren. Tun sie dies bewusst oder aus Nachlässigkeit nicht, vermögen sie keinen Vertrag mit dem Kunden zu begründen. Vorliegend konnte jedenfalls mangels genügend klaren Verhaltens der Klägerin kein Mäklervertrag durch konkludentes Verhalten zustande kommen.

7.7. Mit Bezug auf das Zustandekommen eines Mäklervertrags durch Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass die Beklagte die Kandidatin gar nicht aufgrund der Bemühungen der Klägerin einstellen konnte. Die Mäklertätigkeit der Klägerin erschöpfte sich nämlich in der Zustellung des Kandidatendossiers, welches keine Kontaktangaben der Kandidatin enthielt (Urk. 28 Rz 33 ff. und Rz 63; Urk. 3/7a).

8. Resümierend ist festzustellen, dass weder aufgrund ausdrücklicher Willenserklärungen der Parteien noch aufgrund konkludenten Verhaltens noch durch Aneignung des Nutzens der Mäklertätigkeit ein Vertrag zustande kam und deshalb kein Honorar geschuldet ist. Auf die weiteren Vorbringen der Parteien im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung und dem angeblichen Erlass des Honorars ist deshalb nicht einzugehen. Die Berufung ist abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Prozessausgang ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen ohne Weiteres zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).
2. Die Klägerin wird sodann für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG bei einem Streitwert von Fr. 20'520.– auf Fr. 3'200.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.
3. Die Klägerin hat der Beklagten ausserdem antragsgemäss (Urk. 28 S. 2) eine Parteientschädigung für ihre anwaltliche Vertretung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf Fr. 2'650.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 11. Februar 2015 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'650.– zu bezahlen.
5. 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.

6. 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. 20'520.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. April 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
gs