

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP220007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 28. Juli 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Oktober 2021 (begründete Fassung);
Proz. FV210016**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2 und act. 27 S. 1)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 27'568.60 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 23. Mai 2020 zu bezahlen.
2. Der am 12. August 2020 erhobene Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht Zollikon Zumikon (Zahlungsbefehl vom 4. August 2020) sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 43)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 27'568.60 nebst Zins zu 5 % seit 23. Mai 2020 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, Zahlungsbefehl vom 4. August 2020, wird im Umfang von CHF 27'568.60 nebst Zins zu 5 % seit 23. Mai 2020 aufgehoben.
3. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf CHF 3'900.–.
Wird auf eine Begründung verzichtet, ermässigt sich die Entscheidungsbüher auf zwei Drittel.
4. Die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 550.–, werden dem Beklagten auferlegt.
5. Die Entscheidungsbüher wird aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 3'900.– bezogen, ist ihr jedoch vom Beklagten zu ersetzen.
Der Beklagte wird überdies verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 550.– zu ersetzen.
6. Es werden keine Partei-/Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
- 7./8. [Mitteilungen und Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 40 S. 2)

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht in vereinfachten Verfahren, vom 27. Oktober 2021 (Geschäfts-Nr. FV210016-G/U/ha) aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) ist Alleineigentümer einer Liegenschaft (Wohnung) in C._____. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) macht gegenüber dem Beklagten einen Provisionsanspruch aus einem Maklervertrag zwecks Verkauf dieser Liegenschaft geltend.
2. Die Klägerin machte vor Vorinstanz am 1. April 2021 die vorliegende Anerkennungsklage hängig (act. 1 f.). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 2. Juni 2021 Stellung (act. 13). An der Hauptverhandlung vom 20. September 2021 erstatteten die Parteien Klagebegründung, Klageantwort, Replik und Duplik sowie ihre Novenstellungnahmen. Die anschliessenden Vergleichsgespräche scheiterten (act. 30 = Prot. HV, S. 1 ff.). Am 27. Oktober 2021 erliess die Vorinstanz ein Urteil in unbegründeter Fassung, mit welcher die Anerkennungsklage vollumfänglich gutgeheissen wurde (act. 31). Der Beklagte ersuchte mit Schreiben vom 13. November 2021 rechtzeitig um Zustellung eines begründeten Entscheids (act. 33). Mit Eingabe vom 26. November 2021 legitimierte sich Rechtsanwalt lic. iur. X.____ als Vertreter des Beklagten (act. 34 f.). Diesem wurde am 28. Februar 2022 (act. 38/2) das begründete Urteil vom 27. Oktober 2021 (act. 37 = act. 42/2 = act. 43 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 43) zugestellt.
3. Mit Eingabe vom 25. März 2022 erhob der Beklagte rechtzeitig die vorliegend zu beurteilende Berufung, mit welcher er die Aufhebung des vorinstanzli-

chen Urteils und die Abweisung der Klage verlangt (act. 40). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-38). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mit dem Entscheid ein Doppel von act. 40 samt Beilage zuzustellen.

II. Prozessuales

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und entsprechender Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 8. April 2022 auferlegte Kostenvorschuss (act. 44) wurde geleistet. Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Demnach sind die Ausführungen in der Berufungsbegründung zur Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens (act. 40 Rz 9 ff.) unbeachtlich, legt doch der Beklagte mit keinem Wort dar, was diesbezüglich am Verfahren vor Vorinstanz falsch gewesen bzw. inwiefern die richterliche Fragepflicht verletzt worden sein soll.

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle

sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

III. Materielles

1. Die Parteien haben unbestritten am 5. bzw. 13. Februar 2019 einen Maklervertrag betreffend den Verkauf der Liegenschaft des Beklagten abgeschlossen (act. 3/2). Der Beklagte ging im vorinstanzlichen Verfahren davon aus, dass seine Ex-Frau den Maklervertrag hätte mitunterzeichnen müssen, da zu ihren Gunsten eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Es sei mündlich mit dem Immobilienberater der Klägerin, D._____, abgemacht gewesen, dass der Maklervertrag nur bzw. erst gelte, wenn dieser auch von seiner heutigen

Ex-Frau unterschrieben worden sei (act. 40 Rz 13 unter Verweis auf act. 43 S. 7). Der Beklagte bringt in der Berufung sodann vor, es sei erstellt bzw. von der Klägerin anerkannt, dass der Beklagte der Klägerin mitgeteilt habe, dass das Einverständnis der Ex-Ehefrau notwendig sei und dass sich D._____ bereit erklärt habe oder zumindest zu erkennen gegeben habe, sich darum zu kümmern. D._____ sei davon ausgegangen, die zu verkaufende Eigentumswohnung befinde sich entweder im Gesamt- oder Miteigentum des Beklagten und seiner Ex-Ehefrau. D._____ sei im Weiteren im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses davon ausgegangen resp. habe davon ausgehen müssen, dass die Eigentumswohnung nur mit Zustimmung des Miteigentümers oder Gesamthandpartners habe verkauft werden können, dass also dessen Zustimmung unabdingbar für einen Verkauf gewesen sei (act. 40 Rz 14, Rz 15 lit. a und b).

Zum Beleg dieser Aussagen verweist der Beklagte auf das angefochtene Urteil (act. 43), S. 10 f. E. 3.1 bis 3.3 (act. 40 Rz 15 lit. a). Die Vorinstanz hat dort, soweit im vorliegenden Zusammenhang erheblich, Folgendes festgehalten: Die Klägerin habe ausführt, D._____ sei am 30. Januar 2019 wohl irrtümlich noch davon ausgegangen, die zu vermittelnde Liegenschaft stehe im Miteigentum des Beklagten und seiner damaligen Noch-Ehefrau, weshalb er die Daten der Ehefrau erfragt habe. Die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehaltes wie von der Gegenseite behauptet gehe daraus jedoch nicht hervor. In der Tat, so die Vorinstanz weiter, habe D._____ dem Beklagten per SMS am 30. Januar 2019 mitgeteilt, dass dessen Ex-Frau den Maklervertrag ebenfalls unterschreiben müsse, und D._____ habe dementsprechend den Beklagten um die Adresse und das Geburtsdatum der Ex-Ehefrau gefragt. Im wenige Tage später redigierten Maklervertrag vom 5. bzw. 13. Februar 2019 sei dann jedoch entgegen diesem ursprünglichen Ansinnen keine Unterschriftenzeile für die Ex-Frau des Beklagten vorgesehen worden, und es gehe aus keiner der vom Beklagten zum Beweis für seine Behauptung offerierten Urkunden hervor, dass D._____ dem Beklagten versprochen oder versichert hätte, dass er (D._____) die Unterschrift der Ex-Frau des Beklagten einholen würde (act. 43 E. 3.2 f.).

2. Aus den angeblich einschlägigen Stellen des angefochtenen Entscheids ergibt sich damit, dass die Klägerin davon ausging, D. _____ sei am 30. Januar 2019 wohl irrtümlich davon ausgegangen, die zu vermittelnde Liegenschaft stehe mit Miteigentum des Beklagten und seiner Noch-Ehefrau. Die Vorinstanz hat im Weiteren festgehalten, dass D. _____ dem Beklagten am 30. Januar 2019 tatsächlich mitgeteilt habe, seine Frau/Ex-Frau müsse den Maklervertrag ebenfalls unterzeichnen; dementsprechend habe dieser beim Beklagten die Adresse und das Geburtsdatum der Ex-Ehefrau erfragt.

Entgegen dem Dafürhalten des Beklagten in der Berufungsschrift ist damit nicht erstellt bzw. anerkannt, dass D. _____ im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – mithin am 13. Februar 2019 (vgl. act. 3/2 S. 4) – davon ausging bzw. ausgehen musste, dass die Zustimmung der Ex-Frau des Beklagten unabdingbar für einen Verkauf war. Aus den einschlägigen vorinstanzlichen Erwägungen ergibt sich lediglich, dass D. _____ am 30. Januar 2019 der Meinung war, die Ex-Frau des Beklagten müsse den Maklervertrag ebenfalls unterzeichnen, dass aber im wenige Tage später redigierten Maklervertrag entgegen diesem ursprünglichen Ansinnen keine Unterschriftenzeile für die Ex-Frau des Beklagten vorgesehen war. Dies wird vom Beklagten denn auch nicht als unzutreffende Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gerügt. Ebenso wenig rügt der Beklagte die anschliessende vorinstanzliche Feststellung als unzutreffend, dass aus keiner der vom Beklagten zum Beweis für seine Behauptung offerierten Urkunden hervor gehe, dass D. _____ dem Beklagten versprochen oder versichert hätte, dass er (D. _____) die Unterschrift der Ex-Ehefrau des Beklagten einholen werde. Nach dieser unangefochten gebliebenen Feststellung kann entgegen dem Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung nicht die Rede davon sein, der für die Klägerin handelnde Makler habe beim Vertragsabschluss die Nebenpflicht übernommen, für das Einverständnis der Ex-Ehefrau des Beklagten zu sorgen (act. 40 Rz 15 lit. d, Rz 18 f., Rz 22).

Das Vorliegen einer solchen Nebenpflicht wäre vom Beklagten zu beweisen gewesen (Art. 8 ZGB). Damit zielt seine Argumentation, die Klägerin habe durch die Nichtwahrnehmung dieser Nebenpflicht nicht gehörig erfüllt, mithin den erfolg-

reichen Abschluss des Kaufvertrags selbst vereitelt, schon von der Prämisse her ins Leere. Inwiefern die Vorinstanz im Übrigen die Beweislast falsch verteilt haben soll (act. 40 Rz 25) legt der Beklagte mit keinem Wort dar, so dass sich Weiterungen dazu erübrigen (oben, E. II.2.).

3. Die Vorbringen des Beklagten in der Berufungsschrift zur angeblichen Vereinbarung eines Gültigkeitsvorbehalts des Maklervertrags (Unterzeichnung desselben durch die Ex-Frau des Beklagten) respektive zur angeblich übernommenen Nebenpflicht der Klägerin (nachträgliche Einholung der Unterschrift der Ex-Frau durch die Klägerin) vermögen damit nicht durchzudringen. Die weiteren Erwägungen der Vorinstanz – die rechtliche Würdigung des gültigen Maklervertrags sowie dessen zeitliche Gültigkeit und der Provisionsanspruch sowie dessen Höhe (act. 43 E. IV. S. 15 ff.) – sind unangefochten geblieben. Das führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Der Beklagte unterliegt mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 3-5) zu bestätigen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 27. Oktober 2021 (FV210016) wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrumfang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt einer allfälligen Verrechnungsanspruches.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 40 samt Beilage (act. 42/2), und an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, sowie mittels elektronischer Übermittlung an die Obergerichtskasse.

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. 27'568.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

Dr. M. Tanner

versandt am: