

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP200002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 4. Mai 2020

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_,**

2. **C.\_\_\_\_\_,**

Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren  
des Bezirksgerichts Uster vom 20. Juni 2019; Proz. FV170054**

### Erwägungen:

1.

1.1. B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen, nachfolgend Beschwerdegegnerinnen) beauftragten mit Mäklervertrag vom 30. Juni 2017 die A.\_\_\_\_\_ AG (Beklagte und Beschwerdeführerin, nachfolgend Beschwerdeführerin), gegen eine Provision von 3 %, mindestens jedoch Fr. 15'000.-- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) des effektiv erzielten Kaufpreises den Abschluss eines Kaufvertrages betreffend das Einfamilienhaus D.\_\_\_\_\_ [Strasse] ... in E.\_\_\_\_\_ nachzuweisen beziehungsweise zu vermitteln (act. 4/4). Am 29. August 2017 wurde das Haus zum Preis von Fr. 795'000.-- verkauft und die Käufer der Liegenschaft bezahlten der Beschwerdeführerin Fr. 30'000.-- und Fr. 5'000.--. In der Folge verlangten die Beschwerdegegnerinnen von der Beschwerdeführerin die Rückerstattung des Differenzbetrages zwischen der bezahlten Summe und der gestützt auf den genannten Mäklervertrag geschuldete Provision in Höhe von Fr. 25'758.-- (act. 2 S. 2 f., act. 4/7; act. 13 S. 3, S. 5 und S. 9.). Die Beschwerdeführerin verweigerte die Zahlung mit der Behauptung, im Verlauf des Vertragsverhältnisses sei die Provisionsabrede dahingehend abgeändert worden, dass im Ergebnis eine Provision in Höhe von Fr. 35'000.-- geschuldet sei (act. 2 S. 3 f.; act. 4/8, act. 13 S. 4).

1.2. Am 18. Dezember 2017 leiteten die Beschwerdegegnerinnen beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Uster Klage gegen die Beschwerdeführerin auf Bezahlung von Fr. 9'342.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 20. Juli 2017 ein (act. 2 S. 2). An der Hauptverhandlung modifizierten die Beschwerdegegnerinnen das Rechtsbegehren insoweit, als sie den verlangten Betrag um Fr. 100.-- auf Fr. 9'242.-- (jeweils nebst Zins zu 5 % seit dem 20. Juli 2017) herabsetzten (Prot. VI S. 7).

Mit Verfügung vom 20. Juni 2019 schrieb das Einzelgericht die Klage bezüglich Fr. 100.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 20. Juli 2017 zufolge Klagerückzugs als erledigt ab. Gleichzeitig verpflichtete das Einzelgericht mit Urteil vom 20. Juni 2019 die Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegnerinnen Fr. 9'242.-- nebst Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2017 zu bezahlen, im Übrigen wies das Einzelgericht die

Klage ab, auferlegte die auf Fr. 1'700.-- festgesetzte Entscheidgebühr der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, den Beschwerdegegnerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 3'231.-- (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 250.-- zu ersetzen (act. 37 = act. 43).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 22. Januar 2020 Beschwerde bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (act. 40). Sie beantragt, es sei das genannte Urteil aufzuheben und zwecks Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventualiter sei das Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen.

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-38). Den ihr mit Verfügung vom 28. Januar 2020 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'700.-- leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (act. 44-46). Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich zudem, dass die Beschwerde Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Die vorliegende Beschwerde vom 22. Januar 2020 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz hielt in der Begründung zu ihrem Urteil zusammengefasst fest, die Beschwerdeführerin behauptete, nach Abschluss des Mäklervertrages hätten die Parteien die Provisionsabrede mündlich abgeändert und vereinbart, dass sich der Provisionsanspruch neu anhand der Differenz zwischen dem Nettomindestverkaufspreis von Fr. 760'000.-- und dem tatsächlich erzielten Verkaufspreis berechne. Daraus leite die Beschwerdeführerin einen höheren Provisionsanspruch ab, als (unbestrittenermassen) im ursprünglichen Vertrag verabredet worden sei, weshalb sie für das Zustandekommen der von den Beschwerdegegnerinnen bestrittenen Vertragsänderung die Beweislast trage (act. 43 S. 5 f.). Der Beschwerdeführerin gelinge der Beweis über eine Änderung der Provisionsabrede nicht, weshalb die gemäss Ziff. 4 des Mäklervertrags vom 30. Juni 2017 zu berechnende Provision geschuldet sei, nämlich Fr. 25'758.--. Unter Verrechnung des Provisionsanspruches mit den von den Käufern der Liegenschaft an die Beschwerdeführerin insgesamt überwiesenen Fr. 35'000.--, verbleibe den Beschwerdegegnerinnen ein Anspruch auf Rückerstattung des Differenzbetrages von Fr. 9'242.-- (act. 43 S. 12).

3.2. Im Einzelnen erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin offeriere zum Beweis vordergründig die Parteibefragung, ohne aber ein konkretes Organ zu bezeichnen. Da sich aus dem Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin mehrere einzelzeichnungsberechtigte und mehrere kollektivzeichnungsberechtigte Organe ergeben würden, sich aus dem Zusammenhang der Rechtsschriften auch kein (mit dem Sachverhalt vertrautes) Organ eruieren lasse und der damals zuständige Makler, F.\_\_\_\_\_, kein (formelles) Organ der Beschwerdeführerin zu sein scheine, genüge diese Beweisofferte den Anforderungen an eine genügend konkrete Bezeichnung nicht, so dass die Beweisofferte nicht formgerecht erfolgt und deshalb nicht abzunehmen sei (act. 43 S 6 f.).

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe es unterlassen, sie auf den aus Sicht der Vorinstanz ungenügenden Beweisantrag betreffend Parteibefragung hinzuweisen, ihr Gelegenheit zu geben, diesen zu verbessern bzw. zu konkretisieren und den offerierten Beweis abzu-

nehmen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stütze die Vorinstanz das Urteil auf rechtliche Argumente, die für den entscheidenderheblichen Sachverhalt relevant und von den Parteien bislang ersichtlich übersehen worden seien. Zwar sei die richterliche Fragepflicht bei anwaltlicher Vertretung stark gemildert, jedoch falle die Festlegung des Beweismittels gerade bei zweifelhafter Organstellung bekannterweise schwer. Wäre die Vorinstanz ihrer richterlichen Fragepflicht nachgekommen, hätte sie, die Beschwerdeführerin, ein weiteres Organ als Partei aufführen sowie die faktische Organstellung von Herrn F.\_\_\_\_\_ darlegen können (act. 40 S. 4 f.). F.\_\_\_\_\_ nehme bei der Beschwerdeführerin den Rang eines Direktors ein und sei im Hinblick auf die Unterzeichnung des Mäklervertrags unterzeichnungsberechtigt gewesen. Er sei ein langjähriger Mitarbeiter und habe sich eine massgebende und führende Stellung im Unternehmen der Beschwerdeführerin erarbeitet. Er treffe für die Beschwerdeführerin massgebende Entscheide und besorge für gewisse Bereiche die Geschäftsführung. Mit der Unterzeichnungsbezeichnung für Maklerverträge beeinflusse er den Willen der Beschwerdeführerin ebenfalls tatsächlich und in entscheidender Weise. Er sei daher als faktisches Organ im Prozess als Partei zu behandeln und unterstehe als solcher der Partei- bzw. Beweisaussage. Zudem habe die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt im Hinblick auf die Organstellung von Herrn F.\_\_\_\_\_ offensichtlich unrichtig festgestellt (act. 40 S. 5 f.).

3.3. Damit rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO sowie eine Verletzung ihres Rechts auf Beweis gemäss Art. 152 ZPO durch die Vorinstanz. Die unrichtige Rechtsanwendung prüft die Beschwerdeinstanz mit freier Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). Umfasst wird davon also auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (vgl. zum Ganzen etwa ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 320 N 3 f. i.V.m. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 310 N 36).

3.4. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt hat, sind bestrittene rechtserhebliche Tatsachen von derjenigen Partei zu beweisen, welche daraus etwas zu ihren Gunsten ableitet (Art. 8 ZGB und Art. 150 Abs. 1 ZPO). Das Gericht nimmt

die ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel ab (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Ein zulässiges Beweismittel ist nebst anderen die Parteibefragung (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO), bei welcher das Gericht eine (oder beide) Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragt (Art. 191 ZPO). Ist eine juristische Person Partei, so werden ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt (Art. 159 ZPO); das gilt auch für faktische Organe (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7315). So unterliegen Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und leitende Angestellte einer juristischen Person, denen die eigentliche Geschäftsführung oder Organqualität zukommt, der Parteibefragung (ZK ZPO-WEIBEL/WALZ, 3. Aufl. 2016, Art. 191-192 N 9; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. , Art. 191 N 9). Art. 191 Abs. 1 ZPO sieht keine amtswegige Abnahme der Parteibefragung vor. Diese setzt daher im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes einen entsprechenden Beweisantrag voraus (BK ZPO-BÜHLER, Art. 191 und Art. 192 N 58; MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. , Art. 191 N 40). Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO ist die beweisbelastete Partei im Sinne einer Obliegenheit gehalten, die Beweismittel für die von ihr zu beweisenden Tatsachenbehauptungen zu benennen, zu beantragen und anzubieten (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 31b). Die Beweismittel sind den behaupteten Tatsachen zuzuordnen, im Einzelnen genau und vollständig zu bezeichnen. Aus dem Beweisantrag muss auch klar hervorgehen, wie der Beweis geführt werden soll. So sind beispielsweise angerufene Zeugen vollständig mit Name und Adresse zu bezeichnen (BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 221 N 31 f.; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N 17; BK ZPO-KILLIAS, Art. 221 N 29; ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 221 N 56a).

3.5. Daraus folgt, dass eine juristische Person auch bei der Parteibefragung anzugeben hat, *welche* natürliche Person als Organ (zu welcher Tatsachenbehauptung) zu befragen ist, es sei denn es kommt nach den Umständen überhaupt nur eine einzige natürliche Person in Frage. Das ist vorliegend bereits angesichts der diversen eingetragenen Personen im Handelsregisterauszug nicht der Fall, was die Vorinstanz bereits zutreffend festgestellt hat (act. 43 S. 7). Bei der Vorinstanz offerierte die Beschwerdeführerin in verschiedenen Zusammenhängen die Parteibefragung zum Beweis, ohne aber anzugeben, welches Organ bzw. welche Per-

son konkret befragt werden soll (act. 13 Rz. 10, Rz. 18, Rz. 27 und Rz. 28). Auch aus den dazugehörigen Tatsachenbehauptungen ergibt sich das betreffende Organ nicht. Demnach ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass es die Beschwerdeführerin versäumt hat, ihren Antrag auf Parteibefragung hinreichend zu substantiieren.

3.6. Erfolgt die Beweisantretung ungenügend, greift gegebenenfalls die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 221 N 35; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N 18). Da es sich vorliegend um eine Streitigkeit im vereinfachten Verfahren handelt, ist die richterliche Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO verstärkt. Die gerichtliche Hilfestellung durch Fragen und Erläuterungen geht weiter als im ordentlichen Verfahren, um der Laientauglichkeit als wesentlichem Merkmal des vereinfachten Verfahrens gerecht zu werden. Mit dieser gemässigten (sozialen) Untersuchungsmaxime soll der (sozial) schwächeren Prozesspartei die Durchsetzung ihrer Ansprüche bzw. die Abwehr gegnerischer Begehren erleichtert und ihr die Prozessführung ohne anwaltliche Vertretung ermöglicht werden (BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 4 und N 9). Das Gericht hat demnach durch Befragung darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben zum Sachverhalt oder ungenügende Beweisangebote ergänzt bzw. geeignete Beweismittel genannt werden (BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 12 und N 15), wobei das Ausmass der richterlichen Hilfeleistung im Einzelfall davon abhängt, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert ist und ob sie anwaltlich vertreten wird. Wenn sich also – wie vorliegend – zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüber stehen, darf und soll sich das Gericht wie im ordentlichen Verfahren zurückhalten (Botschaft ZPO, BBI 2006, 7348; so auch BSK ZPO-MAZAN, 3. Aufl. 2017, Art. 247 N 19, BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 247 N 12).

3.7. Auch im ordentlichen Verfahren hängt es von den Umständen des Einzelfalls, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei, ab, wie weit das Gericht eingreifen soll (BGer 4A\_444/2013 vom 05.02.2014 E. 6.3.3). Ist eine Partei anwaltlich vertreten, hat das Gericht auch hier die Fragepflicht mit grosser Zurückhaltung vor allem dann auszuüben, wenn Irrtum oder unverschuldetes Versehen

hen zu vermuten sind (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, 3. Aufl. 2016, Art. 56 N 40). Die gerichtliche Fragepflicht dient hingegen nicht dazu, Unsorgfalt oder prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 5A\_921/2014 vom 11.03.2015, BGer 4A\_444/2013 vom 05.02.2014 E. 6.3.3). Gegenüber Anwälten besteht eine allgemeine Erwartung an ihre Befähigung zur Prozessführung und sie haben sich an einem objektiven Sorgfaltsmassstab messen zu lassen (BK ZPO-HURNI, Art. 56 N 29; OFK ZPO-SARBACH, 2. Aufl. 2015, Art. 56 N 2).

Darüber hinaus bezieht sich die gerichtliche Fragepflicht primär auf die Sammlung des Prozessstoffs, mithin auf das Tatsächliche des Rechtsstreits, wenn ein Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, N 11 ff.). Gegenstand der Fragepflicht kann zwar auch ein offensichtlich unvollständiges oder unverständliches Beweisangebot sein (BGer 4A\_444/2013 vom 05.02.2014 E. 6.3.3), wobei aber Zurückhaltung angezeigt ist (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, N 16). Das Gericht ist nicht gehalten, einer Partei bei der Beweisführung behilflich zu sein (BGer 5A\_921/2014 vom 11.03.2015 mit Hinweisen). Ein mangelhaftes Beweisangebot im Sinne von Art. 56 ZPO liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beispielsweise vor, wenn die Partei vergisst, die Adresse eines angerufenen Zeugen anzugeben (BGer 4A\_444/2013 vom 05.02.2014 E. 6.3.3).

3.8. Im vorliegenden Fall hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin aber nicht nur solche näheren Angaben zu einem benannten Organ versäumt, sondern überhaupt nicht ausgeführt, wer zu befragen ist. Dieses Versäumnis ist nicht bloss als Versehen zu qualifizieren, sondern stellt eine prozessuale Nachlässigkeit dar, der hier nach dem Gesagten nicht mit der gerichtlichen Fragepflicht zu begegnen ist. Daran ändert auch der Hinweis der Beschwerdeführerin nichts, dass die Festlegung des Beweismittels gerade bei zweifelhafter Organstellung bekannterweise schwer falle. Denn das betrifft nur die Festlegung der Art des Beweismittels. Unabhängig davon kann von der Partei erwartet werden, dass sie die zu den behaupteten Tatsachen zu befragende Person nennt, ob nun als Organ im Rahmen einer Parteibefragung oder als Zeuge. Demnach hat die Vorinstanz kein Recht verletzt, indem sie die richterliche Fragepflicht nicht ausgeübt, die beschwerdefüh-

rende Partei nicht auf die mangelhafte Beweisofferte hingewiesen, ihr keine Gelegenheit zur Ergänzung gegeben und letztlich den offerierten Beweis der Parteiaussage nicht abgenommen hat.

4.

4.1. Des Weiteren hielt die Vorinstanz in ihrer Begründung fest, der Beschwerdeführerin gelinge es ebenfalls nicht, den Beweis einer Vertragsänderung mithilfe des vorgelegten E-Mail-Verkehrs vom 17. Juli 2017 zu erbringen. Zum Einen, weil das E-Mail von F. \_\_\_\_\_ nicht unmissverständlich von einer Änderung der Provisionsabrede spreche, sich die Beschwerdegegnerinnen in ihren Bestätigungsmails "mit den 760'000.--" bzw. "mit dem Preis" einverstanden erklären würden und daraus kein innerer Wille erkennbar sei, die Provisionsabrede abzuändern. Zum Anderen sei fraglich, ob die Beschwerdeführerin objektiv darauf habe vertrauen dürfen, dass die Beschwerdegegnerinnen den Satzteil: "dass nach Abzug unserer Provision ein Mindestverkaufspreis in Höhe von minimum CHF 760'000.00 erzielt werden muss" als Willensäußerung zur Abänderung der Provisionsabrede – oder präzise: als schriftliche Bestätigung der mündlichen Willensäußerung zur Abänderung der Provisionsabrede – hätten verstehen müssen. Ein Provisionsanspruch, welcher anhand der Differenz zwischen dem Betrag von Fr. 760'000.-- und dem tatsächlich erzielten (höheren) Verkaufspreis zu berechnen sei, würde mathematisch in jedem Fall die Folge haben, dass der Nettoverkaufserlös abzüglich der Provision genau Fr. 760'000.-- betrage. F. \_\_\_\_\_ spreche im E-Mail aber gleich doppelt von einem Nettoverkaufserlös abzüglich Provision von mindestens und nicht von exakt Fr. 760'000.-- ("Mindestverkaufspreis" und "in Höhe von minimum CHF 760'000.00"). Damit habe er eine Provisionsabrede, welche anhand der Differenz zwischen dem Betrag von Fr. 760'000.-- und dem tatsächlich erzielten Verkaufspreis zu berechnen sei, offensichtlich nicht bestätigt. Vielmehr lasse die Formulierung des E-Mails objektiv betrachtet den gegenteiligen Schluss zu, dass eine mündliche Änderung der Provisionsabrede mit dem Inhalt, den die Beschwerdeführerin behaupte, zumindest bis zu diesem Zeitpunkt gerade nicht stattgefunden habe. Sodann versichere F. \_\_\_\_\_ den Beschwerdegegnerinnen, dass er um die Erzielung des bestmöglichen Kaufpreises bemüht sei. Das spre-

che ebenfalls gegen die Änderung der Provisionsabrede, weil jeglicher Mehrwert, der den Betrag von Fr. 760'000.-- übersteigen würde, allein der Beschwerdeführerin zugute käme und die Beschwerdegegnerinnen diesfalls an einem "bestmöglichen Kaufpreis" gar kein Interesse hätten (act. 43 S. 7 ff.).

Ferner sei es für die Beschwerdegegnerinnen infolge der gesetzlichen Herausgabepflicht der Beschwerdeführerin als Mäklerin im Aussenverhältnis unerheblich gewesen, ob und in welchen Anteilen der Kaufpreis an sie persönlich oder an die Beschwerdeführerin bezahlt worden sei, weil sie darauf hätten vertrauen können, dass im Innenverhältnis nach Beendigung des Auftragsverhältnisses abgerechnet werde bzw. werden müsse. Die Beschwerdegegnerinnen hätten deshalb wegen der Reservationszahlung, nach Einsicht in den von der Beschwerdeführerin erstellten Entwurf des Grundstückkaufvertrages oder nach Einsicht in das Zahlungsverprechen nicht intervenieren müssen, wie es die Beschwerdeführerin vorbringe. Die Beschwerdegegnerinnen seien nicht Partei der Reservationsvereinbarung gewesen und sie hätten darauf vertrauen dürfen, dass ein allenfalls zu viel an die Beschwerdeführerin bezahlter Betrag an sie zurückerstattet würde. Deshalb lasse sich vorliegend auch nicht aus dem Umstand, wie die Zahlungsmodalitäten im Aussenverhältnis geregelt worden seien, oder der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerinnen vorgängig Einsicht in das Zahlungsverprechen und den Entwurf des Grundstückkaufvertrages gehabt hätten, implizit erkennen, dass eine mündliche Anpassung der Provisionsabrede stattgefunden habe (act. 43 S. 10 ff.). Der Beschwerdeführerin gelinge damit der Beweis einer Änderung der Provisionsabrede nicht, weshalb gemäss Ziffer 4 des Mäklervertrags vom 30. Juni 2017 eine Provision von lediglich Fr. 25'758.-- geschuldet und der Differenzbetrag zu Fr. 35'000.-- in Höhe von Fr. 9'242.-- zurückzuerstatten sei (act. 43 S. 12).

4.2. In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin vor, die Änderung der Provisionsabrede sei durch übereinstimmende Willensäusserung und somit durch tatsächlichen Konsens zustande gekommen. Die Parteien hätten sich zunächst mündlich darüber geeinigt, den Provisionsanspruch neu anhand der Differenz zwischen dem Nettomindestverkaufspreis von CHF 760'000.-- und dem tat-

sächlichen Verkaufspreis zu berechnen. Auf Grund der Nichtabnahme des Beweises durch die Vorinstanz habe sie hierzu keine Parteiaussage machen können. Aus der E-Mail-Korrespondenz vom 17. Juli 2017 gehe klar und unmissverständlich hervor, dass die Provisionsabrede zuerst mündlich angepasst und danach per E-Mail bestätigt worden sei. Ein Dissens habe nicht vorgelegen, was auch eindeutig und unmissverständlich aus dem Grundstückkaufvertrag und dem Zahlungsverprechen ersichtlich sei (act. 40 S. 7 f.). Selbst wenn Unklarheiten beim Vertragsinhalt festzustellen wären, müsste die Vorinstanz unter Anwendung von Art. 18 OR und unter Betrachtung der gesamten Umstände zum Schluss kommen, dass die Provisionsabrede dahingehend angepasst worden sei (act. 40 S. 8).

Zudem stellt sich die Beschwerdeführerin eventualiter auf den Standpunkt, es liege ein normativer Konsens über die Abänderung der Provisionsabrede vor und kritisiert, die Vorinstanz habe sich bei der Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste ausschliesslich auf den Wortlaut der E-Mail von F. \_\_\_\_\_ vom 17. Juli 2017 gestützt (act. 40 S. 9). Die Beschwerdegegnerinnen hätten mit E-Mails vom 17. Juli 2017 die Anpassung der Vertragsklausel bestätigt. Im Zahlungsverprechen und im Grundstückkaufvertrag sei die Begleichung des Kaufpreises detailliert geregelt worden, wobei CHF 180'000.-- zur Ablösung eines Namensschuldbriefes zu verwenden seien, je CHF 290'000.-- auf die jeweiligen Konti der Beschwerdegegnerinnen zu überweisen und CHF 30'000.-- auf das Konto der Beschwerdeführerin einzubezahlen seien. Daneben sei ausdrücklich noch eine zusätzliche separate Zahlung von CHF 5'000.-- an die Beschwerdeführerin vorgesehen worden. Gehe man davon aus, diese Zahlung von CHF 5'000.-- stehe den Beschwerdegegnerinnen zu, liege es auf der Hand, dass in diesem Fall der Betrag hälftig zu den Zahlungen von je CHF 290'000.-- geschlagen worden und direkt an die Beschwerdegegnerinnen überwiesen worden wäre. Es mache keinen Sinn, diesen Betrag zunächst an die Beschwerdeführerin zu überweisen, damit diese ihn an die Beschwerdegegnerinnen weiterleite. Wäre die Provisionsabrede nicht abgeändert worden, so wären die vorgesehenen Modalitäten der Kaufpreisbegleichung sinn- und zwecklos ge-

wesen. Hinzu komme, dass die Beschwerdegegnerinnen vorgängig zur öffentlichen Beurkundung des Grundstückkaufvertrages diesen zugestellt erhalten und damit Gelegenheit gehabt hätten, gegen die zusätzliche Zahlung von CHF 5'000.- zu intervenieren. Auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung und des nicht unerheblichen Betrags wäre eine Intervention zu erwarten gewesen, wenn die Abänderung der Provisionsabrede nicht ihrem Willen entsprochen hätte (act. 40 S. 9 ff.). Auch werde die Herausgabepflicht im Auftragsrecht durch den Umstand relativiert, dass sie nicht zwingender Natur sei und der Auftraggeber zumindest im Nachhinein darauf verzichten könne, wenn er über die Ablieferungsansprüche wahrheitsgetreu informiert sei. Die Beschwerdegegnerinnen hätten deshalb angesichts der E-Mail von Herrn F. \_\_\_\_\_ vom 17. Juli 2017 und den übrigen dargelegten Umständen nicht ohne Weiteres darauf vertrauen können, dass ihr Verhalten von der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht als Willenserklärung zur Abänderung der Provisionsabrede habe verstanden werden dürfen (act. 40 S. 11 ff.).

4.3. Im Schweizerischen Vertragsrecht besteht bei der Beurteilung der Frage, ob die Parteien einen Vertrag geschlossen haben, der Vorrang des subjektiven Willens vor dem objektiven Willen. Wenn sich die Parteien übereinstimmend ausgedrückt haben, diese übereinstimmende Willenserklärung tatsächlich verstanden haben und sich folglich binden wollten, besteht ein tatsächlicher Konsens (BGE 144 III 93 = Pra 108 (2019) Nr. 40, E. 5.2.1). Haben sich die Parteien übereinstimmend ausgedrückt, hat aber eine von ihnen oder haben beide den inneren Willen des anderen nicht verstanden, was ihnen nicht von Anfang an bewusst war, liegt ein versteckter Dissens vor und der Vertrag wird entsprechend dem objektiven Sinn geschlossen, den man ihren Willenserklärungen gemäss dem Vertrauensprinzip geben kann und muss; in diesem Fall handelt es sich um eine rechtliche (oder normative) Einigung. Im Prozess prüft das Gericht zunächst die wirkliche und gemeinsame Absicht der Parteien (subjektive Auslegung), gegebenenfalls empirisch auf der Grundlage von Indizien. Indizien in diesem Sinne bilden nicht nur der Wortlaut der Willenserklärungen, seien sie mündlich oder schriftlich, sondern auch ihr allgemeiner Kontext, das heisst alle Umstände, welche die Entdeckung des wirklichen Willens der Parteien erlauben (BGE 144 III 93 = Pra 108

(2019) Nr. 40, E. 5.2.1 und E. 5.2.2). Erst wenn es dem Richter also nicht gelingt, den wirklichen und gemeinsamen Willen der Parteien festzustellen, weil die Beweise fehlen oder nicht überzeugen, oder wenn er feststellt, dass eine Partei den von der anderen erklärten Willen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht verstanden hat, hat er auf die normative (oder objektive) Auslegung zurückzugreifen und den wirklichen Willen festzustellen, indem er in Anwendung des Vertrauensprinzips den Sinn feststellt, den jede Partei den Willenserklärungen der anderen Partei vernünftigerweise beimessen konnte und musste. Relevant sind dabei einzig Umstände, die der Willenserklärung vorausgegangen sind oder diese begleitet haben, nicht aber nachträgliche Ereignisse (BGE 144 III 93 = Pra 108 (2019) Nr. 40, E. 5.2.3 m.w.H.).

4.4. Die Feststellung des objektiven Willens der Parteien auf Grundlage des Vertrauensprinzips ist eine Rechtsfrage. Diese Frage ist allerdings auf Grundlage des Inhalts der Willenserklärung sowie der Umstände zu entscheiden, wobei es sich um Tatfragen handelt (BGE 144 III 93 = Pra 108 (2019) Nr. 40, E. 5.2.3). Im Gegensatz zur Prüfung der richtigen Rechtsanwendung (siehe vorstehend E. 3.3.), gilt für die Sachverhaltsfeststellung in der Beschwerde eine beschränkte Kognition auf offensichtliche Unrichtigkeit (Art. 320 lit. b ZPO). Erforderlich ist eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts, wobei "offensichtlich unrichtig" gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV ist (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 320 N 5).

4.5. Die Beschwerdeführerin stützt sich für den Beweis eines Konsenses über die Vertragsanpassung (nebst der Parteibefragung, siehe dazu vorstehend E. 3.) auf den E-Mail-Verkehr der Parteien vom 17. Juli 2017 (act. 14/2-4). F.\_\_\_\_\_ gelangte mit E-Mail vom 17. Juli 2017 für die Beschwerdeführerin unter dem Betreff "Verkaufspreis - D.\_\_\_\_\_ ..., E.\_\_\_\_\_" an die Beschwerdegegnerinnen und schrieb (act. 14/2):

"Sodass ich die Abschlussverhandlungen suchen kann bitte ich um kurze Rückbestätigung, dass nach Abzug unserer Provision ein Mindestverkaufspreis in Höhe von minimum CHF 760'000.00 erzielt werden muss.

Handänderungsgebühren werden 50/50 übernommen und sind kein Bestandteil davon.

Derzeitig rücken die Preisvorstellungen der Interessenten zwar noch nach, jedoch bin ich bemüht, den bestmöglichen Kaufpreis herauszuholen um werde voraussichtlich im Verlauf dieser Woche Ihnen Bescheid geben. Hier erhoffe ich mir nach morgigem Banktermin ein Ergebnis sowie eine finale Erhöhung des Kaufangebots".

Diesem Text kann keine Erklärung über die Berechnung der Provision, geschweige denn über eine Änderung der im Mäklervertrag vom 30. Juni 2017 vereinbarten Provisionsabrede entnommen werden. Vielmehr wird die Berechnung oder der tatsächliche Betrag der Provision offen gelassen und die Aussage beschränkt sich auf die Anfrage einer Rückbestätigung, dass der Käuferlös (also der Kaufpreis abzüglich Provision) für die Beschwerdegegnerinnen mindestens Fr. 760'000.-- betragen solle. Diese Aussage wird von der Beschwerdegegnerin 1 mit den Worten "Für mich ist das mit den 760'000 absolut in Ordnung." (act. 14/3) und von der Beschwerdegegnerin 2 mit dem Worten "Vielen Dank für die Info. Wie bereits telefonisch bereits bestätigt, bin ich mit dem Preis so einverstanden." (act. 14/4) bestätigt. Nach dem Wortlaut ihrer Erklärungen haben sich die Parteien somit übereinstimmend geäußert, jedoch nicht über eine Abänderung der Provisionsabrede, sondern über die Höhe eines Mindestverkaufspreises. Auch ein anderer wirklicher Wille der Beschwerdegegnerinnen lässt sich nicht erkennen. Einerseits sind deren E-Mails in ihrer Formulierung sehr knapp gehalten, so dass kein grosser Interpretationsspielraum besteht; auch nicht im Zusammenhang mit der E-Mail von Herrn F.\_\_\_\_\_, welche entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin keine vorherige mündlich vereinbarte Anpassung der Provisionsabrede thematisiert. Einzig die Beschwerdegegnerin 2 verweist in ihrer E-Mail auf ein vorhergehendes Telefongespräch, ohne aber dessen Inhalt konkret wiederzugeben. Vielmehr lässt die Formulierung nur den Schluss zu, im Telefongespräch sei ebenfalls der Mindestverkaufspreis besprochen worden. Mangels Nachweis durch die Beschwerdeführerin bleibt der Inhalt dieses Telefongesprächs aber jedenfalls offen.

4.6. Auch das spätere Verhalten der Beschwerdegegnerinnen, lässt nicht zwingend darauf schliessen, der wirkliche Wille sei die Abänderung der Provisionsabrede gewesen. Hierfür wären konkrete Anhaltspunkte notwendig, die einen klaren Willen erkennen lassen würden. Die von der Beschwerdeführerin ausgearbeitete Reservationsvereinbarung vom 18. Juli 2017, der Grundstückkaufvertrag vom 29. August 2017 sowie das Zahlungsverprechen vom 25. August 2017, das den Regelungen im Kaufvertrag entspricht (vgl. act. 14/7), enthalten keine konkreten Angaben zur Höhe oder (angeblich abgeänderten) Berechnung der Provision. Solche ergeben sich auch nicht zwangsläufig aus den darin festgelegten Zahlungsmodalitäten: Mit der Reservationsvereinbarung wurde zwischen der Käuferschaft und der Beschwerdeführerin die Leistung einer Anzahlung von Fr. 30'000.-- vereinbart, die in Abhängigkeit des Zustandekommens eines Kaufvertrages vollumfänglich an den Kaufpreis angerechnet oder aber zurückerstattet wird; im Falle des Rücktritts der Käuferschaft abzüglich einer Pauschalentschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin in Höhe von Fr. 9'000.-- (act. 14/5). Damit betrifft die Reservationszahlung ausschliesslich das Verhältnis zwischen der Käuferschaft und der Beschwerdeführerin als Mäklerin und sagt nichts darüber aus, wie der Betrag bei Abschluss eines Kaufvertrages im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnerinnen als Auftraggeber abzurechnen ist. Dementsprechend wurde auch im Kaufvertrag dieser Betrag lediglich als "Reservationszahlung" vermerkt und es wurde kein Hinweis angebracht, dass es sich um eine Provisionsleistung handelt (vgl. act. 14/6). Das erscheint auch sinnvoll, weil der Mäklerlohn nicht Gegenstand des Kaufvertrags zwischen den Beschwerdegegnerinnen und der Käuferschaft ist. Die Schlussabrechnung über das Auftragsverhältnis erfolgt zwischen den Beschwerdegegnerinnen als Auftraggeber und der Beschwerdeführerin als Mäklerin. Darauf hat bereits die Vorinstanz unter Anmerkung der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen über die Rechenschaftsablegung (Art. 412 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR) zutreffend hingewiesen (act. 43 S. 11). Dass der Kaufvertrag ausdrücklich erwähnt, die Käufer hätten bereits Fr. 30'000.-- an die Mäklerin bezahlt, und diese erhalte weitere Fr. 5'000.--, ist durchaus ein Indiz für die Behauptung der Beschwerdeführerin. Wenn die Verkäuferinnen der Meinung waren, die Mäklerin habe eine Provision von 3% und MWSt

zugut, wäre objektiv ihr Widerspruch zu erwarten gewesen. Es ist aber nicht zwingend, dass sie davon ausgingen, es handle sich um einen nach erfolgter Rechenschaftsablegung definitiv noch ausstehenden Provisionsanteil, mit dessen Bezahlung die Parteien als auseinandergesetzt gelten würden. Formelle Schriftstücke wie etwa Verträge, ein Erbschein oder Ähnliches sind für Laien selbst mit Erläuterungen oft nur schwer verständlich. Alleine die Nichtintervention der Beschwerdegegnerinnen gegen die genannten Schriftstücke oder die Unterzeichnung des Kaufvertrages reichen somit nicht aus, einen klaren Willen der Beschwerdegegnerinnen zur Abänderung der Provisionsabrede erkennen zu lassen. Demnach ist die vorinstanzliche Feststellung, es liege kein tatsächlicher Konsens vor, jedenfalls nicht willkürlich.

4.7. Die Parteien haben auch nach dem objektiven Sinn ihrer Willenserklärungen und ihres Verhaltens keine Abänderung der Provisionsabrede vereinbart. Die Beschwerdegegnerinnen mussten die E-Mail der Beschwerdeführerin auch unter den gesamten Umständen nach Treu und Glauben nicht als Bestätigung einer mündlichen Erklärung zur Abänderung der Provisionsabrede verstehen, wie es die Beschwerdeführerin behauptet. Für diese Beurteilung sind die Umstände im fraglichen Zeitpunkt und damit mangels weiterer behaupteter bzw. bewiesener Tatsachen nur der Mäklervertrag vom 30. Juni 2017 sowie die E-Mail von F. \_\_\_\_\_ vom 17. Juli 2017 massgebend. In Ziffer 12 des Mäklervertrages haben die Parteien mündliche Nebenabreden als nichtig bezeichnet (act. 4/4). Zwar kann ein vertraglicher Formvorbehalt grundsätzlich formfrei aufgehoben oder abgeändert werden BSK (OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 7. Aufl. 2020, Art. 16 N 10). Auch kann die Formvorschrift nur zu Beweis Zwecken gewollt sein und kein Wirksamkeitserfordernis darstellen (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 7. Aufl. 2020, Art. 16 N 5a f.). Gleichwohl wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Zudem mutet es seltsam an, wenn sich gerade die Beschwerdeführerin auf eine konkludente bzw. mündliche Vertragsänderung beruft, nachdem der Mäklervertrag ihren Briefkopf trägt, woraus zu schliessen ist, dass sie den Formvorbehalt selbst formuliert oder zumindest vorgelegt hat (act. 4/4). Sodann führt auch die Auslegung der E-Mail nach dem Vertrauensprinzip zu keinem anderen Ergebnis: Wie die Vo-

rinstanz bereits zutreffend erwog, deutet die Formulierung in der E-Mail vielmehr darauf hin, dass gerade keine Änderung vereinbart wurde. Denn würde sich die Provision nach der Differenz zwischen dem tatsächlichen Verkaufspreis und Fr. 760'000.-- berechnen, so müsste nicht "nach Abzug unserer Provision ein Mindestverkaufspreis in Höhe von minimum CHF 760'000.--" erzielt werden, sondern der Mindestverkaufspreis bzw. der Nettoverkaufserlös würde jedenfalls genau Fr. 760'000.-- betragen. Die Beschwerdegegnerinnen hätten bei der behaupteten Berechnung der Provision auch kein Interesse an einem "bestmöglichen Kaufpreis", weil der Fr. 760'000.-- übersteigende Betrag ohnehin vollumfänglich der Beschwerdeführerin zukommen würde. Diese Erwägungen der Vorinstanz werden letztlich von der Beschwerdeführerin auch nicht kritisiert (vgl. act. 40 S. 13 Rz. 64). Der angefochtene Entscheid ist daher auch in Bezug auf den (fehlenden) normativen Konsens nicht zu beanstanden.

4.8. Vor diesem Hintergrund bleibt schliesslich für eine Vertragsauslegung nach Art. 18 OR, wie es die Beschwerdeführerin verlangt, kein Raum, weil die Provisionsabrede im Mäklervertrag zwischen den Parteien nicht strittig ist, und eine Änderung der Provisionsabrede nach den vorstehenden Feststellungen nicht zustande gekommen ist.

5.

5.1. Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

5.2. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr im Kanton Zürich berechnet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Ausgehend von einem Verfahrensstreitwert in Höhe von Fr. 9'242.-- ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'700.-- festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist den Beschwerde-

gegnerinnen mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären, nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'700.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Den Beschwerdegegnerinnen wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerinnen unter Beilage eines Doppels von act. 40, sowie an das Einzelgericht des Bezirksamtes Uster und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 9'242.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw C. Funck

versandt am: