

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT140080-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## Beschluss und Urteil vom 4. September 2014

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

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

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 3. Juni 2014 (EB130379-F)**

### **Erwägungen:**

#### A. Sachverhalt/Prozessgeschichte

1. Die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) war Eigentümerin einer Liegenschaft in C.\_\_\_\_\_ TI. Gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien schlossen die Beklagte, der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) und D.\_\_\_\_\_ am 28. März 2012 einen Mäklervertrag, wonach der Kläger und D.\_\_\_\_\_ beim Verkauf der Liegenschaft eine Prozentuale des erzielten Verkaufspreises erhalten sollten (Urk. 1 S. 3; Urk. 15 S. 3 f.). Die Liegenschaft wurde am 25. Januar 2013 von E.\_\_\_\_\_ zu einem Kaufpreis von Fr. 2'200'000.– gekauft (Urk. 15 S. 5). Die Parteien führen übereinstimmend aus, dass der erste Kontakt zwischen der Beklagten und E.\_\_\_\_\_ vom Kläger bzw. D.\_\_\_\_\_ vermittelt worden sei (Urk. 1 S. 3; Urk. 15 S. 4).
2. Nachdem der Kläger die Beklagte vergebens zur Bezahlung der Provision aufgefordert hatte (Urk. 4/2 und Urk. 4/3), betrieb er sie für den Betrag von Fr. 90'000.– nebst Zins (Urk. 2). Die Beklagte erhob innert Frist Rechtsvorschlag, worauf der Kläger bei der Vorinstanz das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren einleitete und folgenden Antrag stellte:
  - " 1. Dem Gesuchsteller sei in der Betreibu§ng Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbefehl vom 17. April 2013) die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen für den Betrag von CHF 90'000.- nebst Zins zu 4% geschuldet seit 16. Februar 2013 sowie für die Zahlungsbefehlskosten von CHF 103.-.
  2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin, wobei für den Gesuchsteller mit separater Eingabe die unentgeltliche Prozessführung und anwaltliche Vertretung beantragt wird."

Die Vorinstanz erteilte dem Kläger mit Urteil vom 3. Juni 2014 (berichtigt mit Verfügung vom 18. Juni 2014) provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 88'000.– nebst 4% Zins seit 16. Februar 2013 sowie den Betreuungskosten (Urk. 49).

3. Hiergegen erhob die Beklagte Beschwerde und stellte folgenden Antrag (Urk. 48 S. 2):

- " 1. Das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und das Begehren des Klägers und Beschwerdegegners um provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (Zahlungsbe-  
fehl vom 17. April 2013) sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die beantragte Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäss Ziff. 2 sei sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei zu treffen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten des Be-  
schwerdegegners."

Der prozessuale Antrag der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde zunächst mit Verfügung vom 8. Juli 2014 im Sinne einer superprovisorischen Regelung (Urk. 56) und hernach mit Verfügung vom 4. August 2014 definitiv gutgeheissen (Urk. 64). Die Beschwerdeantwort des Klägers datiert vom 30. Juli 2014 (Urk. 59) und wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 64).

#### B. Provisorische Rechtsöffnung

1. Der Kläger stützt sein Rechtsöffnungsbegehren auf eine von den Parteien abgeschlossene Provisionsvereinbarung vom 28. März 2012 und reicht diese als unbeglaubigte Fotokopie ins Recht (Urk. 4/1). Aus diesem Dokument geht hervor, dass der Kläger und D.\_\_\_\_\_ beim Verkauf der als Verkaufsobjekt bezeichneten "Villa in ... [Adresse]" eine Provision von 4% des Verkaufspreises erhalten. Als Verkaufspreis ist der Betrag von Fr. 2'250'000.– angegeben. Die Provisionsvereinbarung ist von den Parteien unterzeichnet.
2. Die Vorinstanz qualifizierte obgenanntes Dokument als provisorischen Rechtsöffnungstitel (Urk. 49 S. 4-6). Weiter kam sie zum Schluss, dass die Beklagte keine Einwendungen erhoben habe, welche einer Erteilung der Rechtsöffnung entgegenstehen würden. So sei entgegen der Beklagten von einer Nachweismäkelei auszugehen, weshalb der klägerische Anspruch auf die Provision bereits mit der Erstellung des Erstkontaktes zwischen E.\_\_\_\_\_ und der Beklagten verdient sei. Da dieser Erstkontakt nachweislich bereits

vor dem 31. März 2012 stattgefunden habe, sei die von der Beklagten ins Feld geführte Kündigung des Mäklervertrages am 23. April 2012 irrelevant, da der Kläger seine Leistung bereits vor diesem Datum erbracht habe. Dass der Kläger - wie von der Beklagten behauptet - auch mit E.\_\_\_\_\_ eine Provisionsvereinbarung geschlossen und damit Doppelmäkelei betrieben habe, spiele vor dem Hintergrund, dass dies nur bei der Vermittlungsmäkelei - nicht aber bei der Nachweismäkelei - verboten sei, keine Rolle. Wenn die Beklagte ausführe, die eingereichte Provisionsvereinbarung sei eine Fälschung, könne sie diesen Einwand nicht mittels Urkunden belegen. Somit stelle die geltend gemachte Fälschung der Provisionsvereinbarung eine blosser Parteibehauptung dar. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang begehrte Edition der Originalvereinbarung sei im Rechtsöffnungsverfahren nicht möglich, weshalb die Beklagte damit auf den ordentlichen Prozess zu verweisen sei. Schliesslich sei auch der Einwand der Beklagten, die F.\_\_\_\_\_ SA habe massgeblich zum Vertragsschluss zwischen E.\_\_\_\_\_ und ihr beigetragen, weshalb eine allfällige Provision aufzuteilen wäre, nicht zielführend, nachdem die Beklagte nicht dargelegt habe, inwiefern die F.\_\_\_\_\_ SA zum Abschluss beigetragen habe (Urk. 49 S. 6-8).

3. Die Beklagte wirft der Vorinstanz unrichtige Rechtsanwendung sowie offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor. Zunächst habe sich die Vorinstanz nicht mit den beklagten Einwendungen bezüglich der übersetzten Provisionshöhe, der geltend gemachten Preislimite sowie der fehlenden Aktivlegitimation des Klägers auseinandergesetzt. Weiter sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorliege. Ferner sei die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Nachweismäkelei falsch. Vielmehr hätten die Parteien eine Vermittlungsmäkelei vereinbart, was zur Folge habe, dass der Kläger seine Leistung mit dem blossen Nachweis eines Käufers nicht erbracht habe und die Kündigung des Mäklervertrages vom 31. März 2012 zulässig und entscheidend sei. Schliesslich habe der Kläger seinen Provisionsanspruch durch die betriebene Doppelmäkelei verwirkt (Urk. 48).

4. Die Beklagte hat mit Bezug auf die Vereinbarung einer Preislimite ausgeführt, dass der Mäklervertrag eine Provision für den Kläger und D. \_\_\_\_\_ vorgesehen habe, falls die Liegenschaft zum Preis von Fr. 2'250'000.- verkauft werden würde. Dieser Verkaufspreis sei die Begründung für den unüblich hohen Provisionsanteil des Klägers und klare Bedingung der Vereinbarung gewesen (Urk. 15 S. 6). Der Kläger stellte die Sachdarstellung der Beklagten als unzutreffend und darüber hinaus als blosser Behauptung dar (Urk. 21 S. 3). Die Vorinstanz hat sich mit diesen beklagtischen Einwendungen nicht auseinandergesetzt.

In der Tat kann die Beklagte den von ihr behaupteten übereinstimmenden Parteiwillen bezüglich der Vereinbarung einer Preislimite als Bedingung der Provisionszahlung nicht nachweisen. Die Provisionsvereinbarung nennt aber immerhin einen klar definierten Verkaufspreis (Urk. 4/1). Ob damit eine Preislimite oder ein blosser Richtpreis festgesetzt wurde, geht aus der eingereichten Provisionsvereinbarung nicht hervor. Die beklagtische Begründung, dass der Verkaufspreis von Fr. 2'250'000.- ausschlaggebend für den unüblich hohen Provisionsanteil des Klägers gewesen sein soll und daher eine Preislimite vorliegt, ist nachvollziehbar. Wie unter Ziffer. 4.2 aufgezeigt wird, ist ein Provisionsanteil von 3% (Darstellung Beklagte) resp. 4% (Darstellung Kläger) für die Vermittlung eines überbauten Grundstückes in der Tat sehr hoch. Unter Berücksichtigung all dessen besteht durchaus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Sachdarstellung der Beklagten. Ist aber zweifelhaft, ob ein Preislimit oder ein blosser Richtpreis vorliegt, ist das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen (BK-Gautschi, Art. 413 N 8a).

5. Auch der beklagtische Einwand bezüglich der Provisionshöhe - welchen die Vorinstanz ebenfalls nicht behandelt hat - hätte zur Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs führen müssen. Die Beklagte bezeichnete die vom Kläger geltend gemachte Provision von 4% des Verkaufspreises mit Verweis auf die ortsüblichen Tarife als übersetzt (Urk. 28 S. 3). Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, die vereinbarte Provision von 4% sei absolut im Rahmen des Geschäftsüblichen (Urk. 21 S. 3 f.).

Für die Vermittlung des Verkaufs von Grundstücken gilt heute an zahlreichen Plätzen eine Provision von 2% des effektiv erzielten Kaufpreises als ortsüblich (so z.B. in Zürich [ZR 35 (1936) Nr. 63, 41 (1942) Nr. 34, 45 (1946) Nr. 14] oder in Basel-Land [BJM 1957 S. 270]). Auch das Bundesgericht erachtet im Liegenschaftenhandel Provisionen von 1-2%, ausnahmsweise von bis zu 3%, für überbaute Grundstücke als ortsüblich (BGE 117 II 286 Erw. 5b; BGer 4C.121/2005 vom 5. Juli 2005, Erw. 4.2; BSK OR I-Ammann, Art. 417 N 5). Bei grösseren Geschäften besteht eine Tendenz zur Reduktion der Prozentuale (BSK OR I-Ammann, Art. 414 N 4). Mit Blick auf die ortsüblichen Tarife erscheint eine Provision von 4% des Verkaufspreises für ein überbautes Grundstück im Tessin als sehr hoch. Aus den Akten gehen keine Umstände hervor, welche im konkreten Einzelfall eine als Ausnahme vorgesehene Provision von 3% - geschweige denn eine solche von 4% - rechtfertigen würden. Es ist weder von besonderem Aufwand des Klägers noch von einer einmaligen Gelegenheit zum Verkauf der Liegenschaft die Rede. Die beklagte Behauptung, wonach der vereinbarte Mäklerlohn übersetzt sei, erscheint daher glaubhaft. Behauptet aber die Schuldnerin in glaubhafter Weise, der Mäklerlohn sei übersetzt, so kann der Rechtsöffnungsrichter nicht darüber befinden, sondern muss das Rechtsöffnungsbegehren abweisen (BK-Gautschi, Art. 413 N 8a).

6. Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall gestützt auf eine unbeglaubigte Fotokopie ohnehin keine Rechtsöffnung hätte erteilt werden können. Die Beklagte hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, sie habe eine Provisionsvereinbarung unterzeichnet, in welcher ein Provisionsanteil von 3% festgehalten gewesen sei. Die Prozentuale sei mit Schreibmaschine und nicht von Hand eingefügt worden. Bei der im Recht liegenden Kopie der Vereinbarung könne es sich vor diesem Hintergrund nicht um ein authentisches Dokument handeln (Urk. 15 S. 4; Urk. 28 S. 3). Die Beklagte machte damit die Fälschung des als Rechtsöffnungstitel eingereichten Dokumentes geltend und beantragte aus diesem Grund die Edition der Originalvereinbarung (Urk. 15 S. 4).

Auch im Rechtsöffnungsverfahren genügt es grundsätzlich im Sinne von Art. 180 Abs. 1 Satz 1 ZPO Kopien der massgeblichen Urkunden einzureichen. Entgegen der Vorinstanz ist für eine behauptete Fälschung kein Urkundenbeweis erforderlich, sondern die Bestreitung der Echtheit eines Dokumentes muss lediglich substantiiert werden; ein eigentliches Glaubhaftmachen kann nicht gefordert werden (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 17). Diesem Erfordernis ist die Beklagte mit ihren Ausführungen nachgekommen und sie hat als Beweis die Edition der Originalvereinbarung verlangt. Vor diesem Hintergrund wäre die Vorinstanz im Sinne von Art. 180 Abs. 1 Satz 2 ZPO zumindest gehalten gewesen, vom Kläger die Einreichung des Originals der Vereinbarung zu verlangen.

Da das Rechtsöffnungsbegehren aber ohnehin abzuweisen ist (vgl. Erw. B.4 und B.5), erübrigt sich eine Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Einholung der Originalurkunde.

7. Angesichts der obgemachten Erwägungen erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Einwendungen der Beklagten hinsichtlich Aktivlegitimation des Klägers und der Qualifikation des Vertragsverhältnisses.

#### C. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche wie auch das Beschwerdeverfahren zu entscheiden.
2. Nach erfolgter Korrektur des erstinstanzlichen Urteils wird das Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen, weshalb die unangefochten auf Fr. 500.– festgesetzten Gerichtskosten dem Kläger aufzuerlegen sind. Überdies ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 48 i.V.m. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzulegen und ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Überdies ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.–

zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

4. Der Kläger hat sowohl vor Vorinstanz wie auch im Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht. Die Vorinstanz hat das Begehren zufolge fehlender Kostenaufgabe und der Zusprechung einer Parteientschädigung als gegenstandslos abgeschrieben (Urk. 49 S. 10). Da die Kosten nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Urteils dem Kläger aufzuerlegen sind, ist das Gesuch im Beschwerdeverfahren auch für das erstinstanzliche Verfahren zu prüfen.
- 4.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.).

- 4.2 Der Kläger weist im erst- bzw. zweitinstanzlichen Verfahren einen Bedarf von Fr. 2'608.– resp. Fr. 2'625.–, bestehend aus einem Grundbetrag von Fr. 1'200.–, Wohnkosten von Fr. 1'000.– (Urk. 7/5 und Urk. 63/10), Krankenkassenkosten von Fr. 288.– im Jahr 2013 und Fr. 305.– im Jahr 2014, Telekommunikationskosten von Fr. 100.– (gerichtsnotorisch) sowie Kosten für die Hausratsversicherung von Fr. 20.– (gerichtsnotorisch) auf. Dem steht ein Einkommen von Fr. 1'549.90 aus Sozialhilfe im Jahr 2013 (Urk. 7/4) resp. Fr. 2'453.– aus einer AHV-Rente sowie Ergänzungsleistungen im Jahr 2014 (Urk. 63/6 und Urk. 63/8) gegenüber. Der Kläger war sowohl im erstinstanzlichen wie auch im Beschwerdeverfahren nicht in der Lage, seinen Bedarf zu decken. Er ist daher als mittellos zu bezeichnen. Sein Prozessstandpunkt war nicht von vornherein aussichtslos und er war als rechtsunkundige Partei zur Wahrung seiner Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen, weshalb ihm die unentgeltliche Rechtspflege für beide Verfahren zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen ist.
- 4.3 Die dem Kläger aufzuerlegenden Gerichtskosten sind angesichts der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Gegenpartei.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Kläger wird für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffer 1-4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 3. Juni 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
" 1. Das Rechtsöffnungsbegehren in der  
Betreibung Nr. ..., Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg,  
Zahlungsbefehl vom 17. April 2013,  
wird abgewiesen.  
2. Die Spruchgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.–.  
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.  
4. Der Kläger wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– zu bezahlen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Der Beklagten wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 750.– zurückerstattet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 88'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. September 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am: js