

# NW\_GERICHTE ZA 21 8 vom 7. April 2022

NW Gerichte, 2022-04-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_ZA 21 8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_ZA 21 8)

FR: NW\_GERICHTE ZA 21 8 du 7 avril 2022

IT: NW\_GERICHTE ZA 21 8 del 7 aprile 2022

## Erwägungen

### E. 1.1

Eintretensvoraussetzungen Gegen einen Endentscheid in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 10'000.– kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO (SR 272) Berufung erhoben werden. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Streitwertgrenze ist im vorliegenden Fall klar erreicht. Gemäss Art. 22 Ziff. 3 i.V.m. Art. 27 GerG (NG 261.1) ist die Zivilabteilung des Obergerichts in Fünferbesetzung für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide des Kollegialgerichts sachlich zuständig. Die Berufungsklägerin hatte ihren Sitz bei Klageeinreichung in X. \_\_\_/NW, womit das Obergericht Nidwalden gestützt auf Art. 31 ZPO örtlich zuständig ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerechte Berufung ist demnach einzutreten.

### E. 1.2

Kognition Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend

8■46 gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür ebenso wenig wie Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Berufungsinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich vielmehr – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). 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 (Urteile

BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4 und 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. Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird. Eine Berufung ist denn auch nicht die Fortsetzung des Sachprozesses in einer anderen Instanz (ausführlich MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N 6 und 8 f. zu Art. 310 ZPO; KURT BLICKENSTORFER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO-Komm., 2. Aufl. 2016, N 8 ff. zu Art. 310 ZPO).

### **E. 1.3**

Noven Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Demnach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf sog. unechte (bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestehende Noven beruft, hat in der Berufung die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz in den Prozess hat einbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1 mit Hinweis). Grund für dieses Novenrecht ist, dass alle Tatsachen und Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht

9■46 der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

### **E. 2**

Bevollmächtigung Rechtsanwalt P.

#### **E. 2.1**

Formell macht die Berufungsklägerin mit Triplik vom 20. Januar 2022 geltend, die Duplik der Berufungsbeklagten vom 29. November 2021 sei aus dem Recht zu weisen, weil der im Anwaltsregister des Kantons Z. \_\_ eingetragene Rechtsanwalt P. \_\_ von der Berufungsbeklagten nicht gehörig bevollmächtigt worden sei. Die Berufungsbeklagte werde von Rechtsanwalt O. \_\_ vertreten. Dies sei zumindest dem Rubrum der Rechtsschriften zu entnehmen. Bis anhin habe jeweils Rechtsanwalt P. \_\_ in Vertretung für Rechtsanwalt O. \_\_ unterzeichnet. In der am 29. November 2021 eingereichten Duplik der Berufungsbeklagten habe Rechtsanwalt P. \_\_ allerdings nicht als Stellvertreter von O. \_\_, sondern als Vertreter der Berufungsbeklagten gezeichnet. Dies stehe im Widerspruch zum Rubrum der betreffenden Rechtsschrift, die weiterhin Rechtsanwalt O. \_\_ als Vertreter aufführe. Rechtsanwalt P. \_\_ gebe sich in der genannten Rechtsschrift als Vertreter der Berufungsbeklagten zu erkennen. Das Rubrum sei unerheblich. Für Rechtsanwalt P. \_\_ fehle es allerdings an einer gültigen Anwaltsvollmacht. Die von der Berufungsbeklagten unterzeichnete, im Recht liegende Anwaltsvollmacht sei undatiert. Sie weise jedoch einzig Rechtsanwalt O. \_\_ als Bevollmächtigter aus. Im Sinne der Rechtsprechung des Kantons Solothurn (OGer SO ZKBER.2020.82 vom 11. Januar 2021) fehle es vorliegend an einer gehörigen Bevollmächtigung von Rechtsanwalt P. \_\_ durch die Berufungsbeklagte. Dieser

formelle Fehler sei nicht verbesserungsfähig, weshalb die Duplik aus dem Recht zu weisen sei. Sollte das Obergericht Nidwalden wider Erwarten nicht im Sinne des Verfahrensanspruchs der Berufungsklägerin entscheiden, so sei zumindest die Beilage der Duplik aus dem Recht zu weisen. Die Beilage eines Handelsregistrauszuges im Rahmen der Duplik sei im Berufungsverfahren schlichtweg verspätet. Die Berufungsbeklagte äussere sich schliesslich auch nicht dazu, inwiefern dieses Novum vorliegend zulässig sein solle. Aus diesem Grund sei es aus dem Recht zu weisen.

10■46

### **E. 2.2**

Die Berufungsbeklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, es sei «völlig absurd», die Duplik aus dem Recht zu weisen. Der vorliegende Sachverhalt sei nicht mit dem Sachverhalt des zitierten Beschlusses der Zivilkammer des Kantons Solothurn vom 11. Januar 2021 vergleichbar. Auch sei unklar, welche Beilage der Duplik aus dem Recht zu weisen sei, denn mit Duplik vom 29. November 2021 seien keine Beilagen, auch kein Handelsregistrauszug, eingereicht worden.

### **E. 2.3**

Zur berufsmässigen Vertretung sind Anwältinnen und Anwälte befugt, die nach dem Anwaltsgesetz (BGFA; SR 934.61) berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Nach dem Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit können Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, in der Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (Art. 4 BGFA). Die Vertreterin oder der Vertreter hat sich durch eine Vollmacht auszuweisen (Art. 68 Abs. 3 ZPO).

### **E. 2.4**

Rechtsanwalt P. \_\_ ist im kantonalen Anwaltsregister in Y. \_\_ eingetragen und arbeitet als Partner in der Anwaltskanzlei «O. \_\_ & PARTNER», B.strasse, Z. \_\_. Als solcher wird er auch mit O. \_\_ im Briefkopf der Kanzlei aufgeführt. Rechtsanwalt P. \_\_ ist mithin berechtigt, Personen vor schweizerischen Gerichten zu vertreten und Rechtsschriften zu unterzeichnen. Mit Klage vom 13. November 2015 reichte die Berufungsbeklagte eine Anwaltsvollmacht ein (vi-KB 1 [ZK 15 42]). Darin wird O. \_\_ unter expliziter Einräumung des Substitutionsrechts unter anderem beauftragt und bevollmächtigt, die Berufungsbeklagte in der Angelegenheit «H. \_\_ AG» gerichtlich zu vertreten. Offensichtlich gestützt auf diese Vollmacht hat Rechtsanwalt P. \_\_ den Hauptbevollmächtigten O. \_\_ bereits in sämtlichen früheren Verfahren (ZK 15 42, ZA 16 21, Urteil BGer 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018, ZK 19 8) untervertreten und seine Eingaben stets mit dem Vermerk «Für O. \_\_» unterzeichnet. Ferner vertrat er O. \_\_ auch an den mündlichen Hauptverhandlungen und bei den Partei- und Zeugenbefragungen sowie an der Konfrontationseinvernahme. Dabei anwesend war stets auch Herr R. \_\_, Vizedirektor der Berufungsbeklagten. Auch im vorliegenden Rechtsmittelverfahren wurde in der Berufungsantwort vom

### **E. 7**

Juli 2021 auf diese bei den Akten befindliche Anwaltsvollmacht verwiesen. Rechtsanwalt P. \_\_ ist somit offensichtlich bevollmächtigt, die Berufungsbeklagte in der hier zu beurteilenden Streitsache und im vorliegenden Rechtsmittelverfahren zu vertreten. Das Fehlen des

11■46 Vertretungsvermerks «Für O. \_\_» in der Duplik vom 29. November 2021 ist als verbesserungs- fähiges Versehen zu würdigen. Die Duplik wurde zudem zur Kenntnis auch an die Klientschaft versandt und ein Vollmachtswiderruf liegt dem Gericht nicht vor. Mit Quadruplik vom 1. Februar 2022 hat die Berufungsbeklagte zudem eine Substitutionsvollmacht nachgereicht (BB 1) und den Mangel damit endgültig behoben. Rechtsanwalt P. \_\_ hat offensichtlich stets in Vertretung von O. \_\_ gehandelt. Es gibt deshalb keinen Grund, die Duplik aus dem Recht zu weisen; dies wäre überspitzter Formalismus. Dem Antrag der Berufungsklägerin, es sei zumindest die Bei- lage zur Duplik aus dem Recht zu weisen, kann schliesslich nicht gefolgt werden, da der Duplik keine Beilagen beigelegt waren, auch keinen Handelsregisterauszug. 3. Materiell ist strittig, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Berufungsbeklagte aus Mäk- lervertrag zwischen der Berufungsklägerin und der J. \_\_ (Zweitmäklerin) in Verbindung mit dem Zessionsvertrag vom 17./19. Februar 2015 (vi-KB 13) einen Provisionsanspruch gegenüber der Berufungsklägerin geltend machen kann. 4. Mündlicher Mäklervertrag 4.1 Die Vorinstanz hat die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zum Mäklervertrag (Art. 412 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 OR; SR 220) sowie die nach Lehre und Rechtsprechung (BGE 131 III 268 [= Pra 2006 Nr. 19] E. 5.1.2; Urteile BGer 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006 E. 2.3; 4A.67/2011 vom 7. Juni 2011 E. 1.2; 4C.282/2002 vom 10. Dezember 2002 E. 2; 4A\_283/2012 vom 31. Juli 2012 E. 4; 4A\_510/2013 vom 3. März 2014 E. 3.1; PETER BURKHALTER, Makler- recht in der Immobilienwirtschaft, 2005, N. 6 zu § 2) massgeblichen Voraussetzungen für den Abschluss eines mündlichen Mäklervertrages in Erwägung 2.1 zutreffend dargestellt, darauf kann verwiesen werden (vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 54 zu Art. 318 ZPO). Zum Vertragsabschluss hat die Vorinstanz zusammengefasst festgestellt, dass das Vor- liegen eines konkludent zu Stande gekommenen Mäklervertrages zwischen der Berufungsklä- gerin und der Zweitmäklerin mittlerweile unbestritten sei. Die Parteien seien sich aber uneins, welche Art von Mäkelei vorliege. Die Klägerin (Berufungsbeklagte) sei der Ansicht, dass ver- mutungsweise Nachweismäkelei vorliege und die Beklagte (Berufungsklägerin) vertrete die Auffassung, dass eine Vermittlungsmäkelei vereinbart worden sei. Zu unterscheiden sei zwischen der Nachweis- und der Vermittlungsmäkelei (Art. 412 Abs. 1 OR). Die Tätigkeit des

12■46 Nachweismäklers beschränke sich auf die Mitteilung einer oder mehrerer konkret bestimmter Abschlussgelegenheiten, während der Vermittlungsmäkler auf den Vertragsabschluss aktiv hinwirke. Aus den Umständen sei hier zu folgern, dass eine Vermittlungsmäkelei vorliege. Da auch über die weiteren Vertragspunkte Konsens bestehe, sei zwischen der Berufungsklägerin und der Zweitmäklerin ein mündlicher Mäklervertrag zustande gekommen (vgl. vorinstanzliche E. 2.4 ff.). 4.2 4.2.1 Die Berufungsklägerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe auf die Umstände abgestellt und die Berufungsbeklagte von jeglicher Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast dispensiert. Die Berufungsbeklagte führe lediglich aus, aus den Akten und den Befragungsprotokollen nicht erkennbar, dass die Parteien eine Vermittlungsmäkelei vereinbart hätten. Vermutungsweise sei von Nachweismäkelei auszugehen (vgl. Ziff. 12 Parteivortrag vom 26. August 2020 [ZK 19 8]). Mehr schreibe sie dazu nicht. Auch in ihrer Klage vom 13. November 2015 (ZK 15 42) habe die Berufungsbeklagte an keiner Stelle ausgeführt, welche Art von Mäkler- tätigkeit vereinbart worden sei. Sie habe damit die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast nicht erfüllt. In den Erwägungen 2.5 bis 2.5.5 habe die Vorinstanz der Berufungs- beklagten diese Lasten vollständig erlassen, was eine Verletzung von Art. 55

ZPO und Art. 8 ZGB bedeute. Es sei nicht Sache des Gerichts, einen Mäklervertrag und insbesondere die Art der vereinbarten Mäkelei zu erforschen. Es handle sich auch nicht um einen Anwendungsfall des Grundsatzes von «iura novit curia» (Art. 57 ZPO). 4.2.2 Die Berufungsbeklagte hält dem hauptsächlich entgegen, sie habe ihre prozessualen Pflichten erfüllt. Sie habe seit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs vom 8. April 2015 wiederholt das Zustandekommen eines mündlichen Mäklervertrages behauptet, substantiiert und bewiesen. Sie habe auch die Tätigkeiten der Zweitmäklerin, welche die Merkmale und Voraussetzungen einer Vermittlungsmäkelei erfüllt hätten, stets behauptet, substantiiert und nachgewiesen. Die Vorinstanz habe nicht von sich aus ohne entsprechende Behauptungen einen Sachverhalt erforscht. Dass die Vorinstanz eine Rechtsfrage dem Grundsatz «iura novit curia» folgend anders als sie beurteilt habe, erscheine ganz normal und korrekt. Es sei nicht ersichtlich, wie dies Art. 55 ZPO und Art. 8 ZGB verletzen sollte. Der vorinstanzliche Schluss, es sei Vermittlungsmäkelei vereinbart worden, sei richtig.

13■46 4.2.3 In Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien trifft die sog. Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Bestreitet der Prozessgegner jedoch den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (Urteile BGer 4A\_724/2016 vom 19. Juli 2017 E. 3.1; 4A\_427/2016 vom 28. November 2016 E. 3.3; DANIEL GLASL, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Komm., a.a.O., N. 26 zu Art. 55 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: Widmer/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 27 zu Art. 221 OR; NAEGELI/RICHERS, in: Oberhammer/Dojmeij/Haas, Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 27 zu Art. 221 ZPO). Das Gericht wendet das Recht hingegen von Amtes wegen an. Es gilt der Grundsatz «iura novit curia» (Art. 57 ZPO). Tatsachenbehauptung ist mithin Sache der Parteien, die entsprechende Rechtsanwendung diejenige des Gerichts (SUTTER-SOMM/VON ARX, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 5 f. zu Art. 57 ZPO). 4.2.4 Den Akten ist zu entnehmen, dass die Berufungsbeklagte bereits mit Einreichung der Klage nicht nur das Zustandekommen eines Mäklervertrages zwischen der Berufungsklägerin und der Erstmäklerin, sondern auch ein Vermittlungsgeschäft zwischen der Berufungsklägerin und der Zweitmäklerin behauptete (vgl. Klage vom 13. November 2015, Ziff. 2 S. 9 samt Beilagen vi-KB 1-15 [ZK 15 42]). Die Berufungsbeklagte hat die Tätigkeiten der J. \_\_\_ bzw. die ihrer Vertreterin I. \_\_\_ bereits bei Klageeinreichung umfassend dargelegt. Dazu übermittelte sie unter anderem die relevante E-Mail-Korrespondenz mit F. \_\_\_ und betonte wiederholt, I. \_\_\_ habe auch mit H. \_\_\_ gesprochen (vgl. Klage S. 6; Sammelbeleg vi-KB 8). Dieser Kontakt wurde von H. \_\_\_ bestätigt (Parteibefragungsprotokoll [PBP] vom 24. Juni 2020 mit H. \_\_\_, Ziff. 4 [ZK 19 8]). Zum behaupteten Provisionsanspruch legte die Berufungsbeklagte ferner die

14■46 Zessionsvereinbarung mit der J. \_\_ vom 17./19. Februar 2015 (vi-KB 13) auf und verlangte die Edition des Kaufvertrages zwischen der Berufungsklägerin und der K. \_\_ AG (vi-BB 2 zum Schreiben vom 25. April 2016 [ZK 15 42]). Die Berufungsbeklagte führte in ihrer Klageschrift sodann explizit aus, auch der J. \_\_ als Zweitmäklerin stehe eine Provision zu. Diese habe im Auftrag der Beklagten (Berufungsklägerin) einen Käufer für die Liegenschaft gesucht und in D. \_\_ bzw. dessen Firma K. \_\_ AG auch gefunden. Die Zweitmäklerin habe über längere Zeit mit Herrn F. \_\_ in Kontakt gestanden, der zunächst selbst interessiert gewesen sei, dann aber im Auftrag und als Vertreter von D. \_\_ agiert habe. D. \_\_ wiederum habe aufgrund dieser Vermittlung die Liegenschaft über seine Firma K. \_\_ AG gekauft. Da auch die Zweitmäklerin professionell Vermittlungsgeschäfte tätige, sei auch ihr ein Erfolgshonorar geschuldet (vgl. Klage vom 13. November 2015, Ziff. 2 S. 9; vgl. auch vi-BB 3 [ZK 15 42]). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. August 2016 führte die Berufungsbeklagte weiter aus, der Sammelbeleg vi-KB 8 zeige, dass die Zweitmäklerin über Frau I. \_\_ die Verhandlung geführt habe. Man sehe, dass von der Beklagten (Berufungsklägerin) viele Unterlagen an die Zweitmäklerin gesendet worden seien. Die Beklagte habe die J. \_\_ als Vermittlerin akzeptiert, weshalb sie auch ein Honorar zahlen müsse. Es bestehe zwar kein schriftlicher Verkaufsauftrag, aber es ergebe sich, dass H. \_\_ von der Beklagten die Unterlagen an die Zweitmäklerin gesendet habe (vgl. Hauptverhandlungsprotokoll [HVP] vom 10. August 2016, RAK S. 2 und 3 [ZK 15 42]). Die Berufungsbeklagte hat die Umstände und insbesondere den Informations- und Unterlagenaustausch sowie das Kontaktverhältnis zwischen I. \_\_ und H. \_\_ mithin bereits im ersten Klageverfahren rechtsgenügend behauptet. Sie ist ihrer Pflicht bzw. Obliegenheit, das Tatsachenfundament darzulegen, d.h. ihr Rechtsbegehren in tatsächlicher Hinsicht zu begründen, zweifelsohne nachgekommen (vgl. Art. 221 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungen waren so bestimmt und detailliert (substantiiert), dass darüber auch Beweis abgenommen und dagegen von der Berufungsklägerin (Beklagten) der Gegenbeweis angetreten werden konnte. Anhand dieses Fundaments konnte die Berufungsklägerin mühelos beurteilen, ob sie die behauptete Provisionsforderung als ausgewiesen erachten oder bestreiten will. Die Berufungsbeklagte hat insbesondere nicht bloss auf eingereichte Urkunden verwiesen, sondern sich auch in ihren Vorträgen auf die behaupteten Tatsachen und das Klagefundament berufen. Im schriftlichen Parteivortrag vom 26. August 2020 (ZK 19 8) ging die Berufungsbeklagte ausserdem einlässlich auf den Abschluss des (mündlichen) Mäklervertrages nach Art. 412 ff. OR zwischen der Berufungsklägerin und der Zweitmäklerin ein. Sie führte ausführlich aus, weshalb ihrer Meinung nach ein mündlicher bzw. konkludenter Mäklervertrag zustande gekommen ist.

15■46 Dazu ging sie auf die Tatbestandsmerkmale des Mäklervertrages ein und untermauerte ihren Standpunkt zusätzlich mit einer rechtlichen (fakultativen) Begründung. Die Berufungsbeklagte argumentierte, gemäss herrschender Lehre liege vermutungsweise Nachweismäkelei vor, denn es handle sich um ein Immobiliengeschäft und die übliche Form für diese Art von Mäklergeschäft sei die Nachweismäkelei. Es liege keine explizite «Vermittlungsmäkelei-Abrede» vor (vgl. Ziff. 6 ff. S. 4-6). Es ist daher unzutreffend, dass sich die Berufungsbeklagte an keiner Stelle zur Art der Mäklertätigkeit geäussert hat. Die auf den Sachverhalt anwendbaren Normen musste die Vorinstanz schliesslich von Amtes wegen und unabhängig von den Ausführungen der Parteien feststellen und anwenden. Es gilt wie erwähnt der Grundsatz «iura novit curia» (Art. 57 ZPO). Insgesamt ist nicht ersichtlich, inwiefern die Berufungsbeklagte ihren verfahrensrechtlichen Pflichten nicht nachgekommen sei bzw. die Vorinstanz den Sachverhalt nicht ohne entsprechende

Behauptungen erforscht haben soll. Die klägerische Darstellung des Sachverhalts ist als rechtlich genügend behauptet und substantiiert zu qualifizieren. Die Vorinstanz hat der Berufungsbeklagten die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast nicht erlassen. Die von der Berufungsklägerin vorgetragene Einwendung ist allesamt nicht stichhaltig. 4.3 4.3.1 Die Berufungsklägerin rügt weiter, ein Vertragsabschluss zwischen der Berufungsklägerin und der Zweitmäklerin sei auch deshalb zu verneinen, weil sich die Auftraggeberin nach dem Misserfolg der Erstmäklerin eine zum Ziel führende professionelle Begleitung eines Verkaufs der Liegenschaft, eine Vermittlungsmäkelei, gewünscht habe. Die Berufungsbeklagte führe in ihrem schriftlichen Parteivortrag vom 26. August 2020 hingegen aus, aus den Akten und anhand der Befragungsprotokolle sei nicht zu erkennen, dass die Parteien im mündlichen Vertrag Vermittlungsmäkelei vereinbart hätten. Die Berufungsbeklagte gehe folglich davon aus, dass Nachweismäkelei vereinbart worden sei. Selbst Frau I. \_\_ gehe nur von Nachweismäkelei aus. Es bestehe daher keine übereinstimmende Willenserklärung in Bezug auf die Art der Mäkelei. Es fehle eine Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte mit der Folge, dass zwischen den Parteien kein gültiger Mäklervertrag zustande gekommen sei. Aufgrund der Umstände könne nicht auf eine übereinstimmende Willenserklärung mit Bezug auf eine Vermittlungsmäkelei geschlossen werden. Ein Mäklervertrag mit der Zweitmäklerin sei zu Unrecht bejaht worden. Aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen I. \_\_ und F. \_\_ könne nicht auf eine Vermittlungsmäkelei geschlossen werden. Die Berufungsklägerin rügt ferner, die Vorinstanz lasse ausser

16■46 Acht, dass – selbst wenn ein Vertrag zustande gekommen wäre – kein schriftlicher Vertrag über die Tätigkeit mit Bezug auf die G. \_\_ AG geschlossen worden sei. Ein solcher sei von der Auftraggeberin abgelehnt worden; sie habe I. \_\_ aus ihrem Büro gewiesen. Diese Wegweisung sei ein unmissverständliches Verhalten und könne rechtlich nur als klarer Verzicht auf einen Bindungswillen der Auftraggeberin für ein zukünftiges Handeln im Rahmen eines Vertrages ausgelegt werden. 4.3.2 Die Berufungsbeklagte hält dem zusammengefasst entgegen, es sei für alle Beteiligten klar gewesen, dass I. \_\_ bei den fraglichen Verhandlungen als Mäklerin und als Vertreterin der J. \_\_ tätig gewesen sei. Es sei offensichtlich gewesen, dass I. \_\_ beruflich als Mäklerin involviert gewesen sei und daher ihre Vermittlungstätigkeit nicht unentgeltlich ausgeübt habe. H. \_\_ habe der Zweitmäklerin einen Verkaufsauftrag erteilt. Dies werde von der Gegenpartei nicht bestritten. Tatsächlich habe die Berufungsklägerin mit ihrem schriftlichen Parteivortrag anerkannt, dass zwischen ihr und der J. \_\_ ein Mäklervertrag nach Art. 412 ff. OR zustande gekommen sei. Bestritten und unklar sei nur, welche Art von Mäklervertrag abgeschlossen worden sei. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass I. \_\_ und F. \_\_ befreundet seien. I. \_\_ sei zu diesem Zeitpunkt als Immobilienmäklerin der J. \_\_ tätig gewesen und es habe daher nicht davon ausgegangen werden können, dass sie ihre Tätigkeit unentgeltlich ausübe. Ihre Mäklertätigkeit sei offensichtlich gewesen. Ferner sei es I. \_\_ gewesen, die nach Vertragsabschluss mit der Berufungsklägerin F. \_\_ als möglichen Kaufinteressenten kontaktiert habe. Es sei nicht so gewesen, dass F. \_\_, der sich für den Kauf der Liegenschaft interessiert habe und I. \_\_ als Freundin um ihre professionelle Meinung gefragt habe. Des Weiteren erscheine es missbräuchlich, dass sich die Berufungsklägerin nach all den wichtigen und zeitaufwendigen Verhandlungen geweigert habe, einen schriftlichen Vertrag mit der Zweitmäklerin zu unterzeichnen. Dieser «Verzicht auf einen Bindungswillen» sei jedoch irrelevant. Ein konkludenter Vertragsabschluss sei sogar nach Beendigung oder Auflösung eines Mäklervertrages noch möglich, wenn der Mäkler mit Wissen des Auftraggebers seine

Bemühungen im Sinne der vereinbarten Mäkler- tätigkeit fortgesetzt habe. 4.3.3 Wie andere Verträge kommt der Mäklervertrag durch den Austausch übereinstimmender ge- genseitiger Willensäusserungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Die Regelung, ob Nachweis- oder

17■46 Vermittlungsmäkelei vereinbart wurde, gehört – ebenso wie die Entgeltlichkeit und Erfolgsbe- dingtheit – zu den Essentialia des Mäklervertrages. Der Mäklervertrag ist daher gemäss Art. 2 OR nur verbindlich, wenn die Parteien über diesen Punkt einig wurden (ZELLWEGER-GUT- KNECHT, in: BSK-OR I, N. 20 zu Art. 1 OR). Haben die Parteien diesen Punkt im Einzelfall nicht geregelt, kann sich eine Einigung allerdings auch aus den Umständen ergeben, insbesondere aus dem Verhalten der Parteien vor oder nach dem Vertragsabschluss (BGE 90 II 92 E. 6; 143 III 157 E. 1.2.2; 142 III 239 E. 5.2.1; 140 III 86 E. 4.1; 132 III 626 E. 3.1; PETER BURKHAL- TER, a.a.O., N. 13 zu Art. 412 OR; CATERINA AMMANN, in: BSK-OR I, a.a.O., N. 1 zu Art. 412 OR). Des Weiteren kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorinstanzliche Erwä- gung 2.1 verwiesen werden, welche die wesentlichen Punkte korrekt ausführt. Zur Abgrenzung von Nachweis- und Vermittlungsmäkelei wird zudem auf die vorinstanzliche Erwägung 2.5 ver- wiesen (vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). 4.3.4 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen erwogen, die Vertragsparteien hätten nicht ausdrücklich eine bestimmte Art von Mäkelei vereinbart, zumal der Mäklervertrag mündlich bzw. konkludent abgeschlossen worden sei. Aus den Umständen könne jedoch auf eine Vermittlungsmäkelei geschlossen werden. Da auch über die weiteren Vertragspunkte Konsens bestehe, sei zwi- schen der Berufungsklägerin und der J.\_\_ ein mündlicher Mäklervertrag zustande gekommen (vgl. vorinstanzliche E. 2.4 ff.). Die Vorinstanz hat die im Recht liegenden Beweise und die relevanten Umstände sorgfältig und überzeugend gewürdigt. Dabei hat sie insbesondere in Erwägung gezogen, dass H.\_\_ als Vertreter der Berufungsklägerin vor Gericht aussagte, er habe der J.\_\_ bzw. deren Mitarbeiterin I.\_\_ den Auftrag erteilt und sich durch sie eine profes- sionelle Begleitung für den Verkauf erhofft (vgl. PBP vom 24. Juni 2020 mit H.\_\_, Ziff. 3 [ZK 19 18]; Konfrontationseinvernahmeprotokoll [KEVP] vom 24. Juni 2020, Ziff. 3/B [ZK 19 18]). Ferner führte die Vorinstanz aus, dass demzufolge die Tätigkeit der Immobilienmäklerin aus Sicht der Beklagten (Berufungsklägerin) nicht auf die Mitteilung eines oder mehrerer Kauf- interessenten beschränkt gewesen sei. Dies ergebe sich auch aus dem E-Mail-Verkehr zwi- schen I.\_\_ und F.\_\_ (Sammelbeleg vi-KB 8). Die Betreuung von Interessenten habe zum Zweck, diese zu einem Verkaufsabschluss zu motivieren. Deshalb sei auch vor diesem Hin- tergrund anzunehmen, dass die Vertragsparteien beidseits von Vermittlungsmäkelei ausge- gangen seien. Für das Zustandekommen des Mäklervertrages sei indes nicht massgebend, welche Tätigkeit I.\_\_ als Mitarbeiterin der J.\_\_ in der Folge tatsächlich ausgeübt und welche Leistungen sie erbracht habe. Ob sie eine Tätigkeit von der Art, wie sie vereinbart worden sei,

18■46 tatsächlich entfaltet habe, sei vielmehr bei der Prüfung des Provisionsanspruchs zu betrach- ten. Aufgrund des sich aus dem E-Mail-Verkehr mit F.\_\_ ergebenden Verhaltens von I.\_\_ sei jedenfalls anzunehmen, dass sie in Übereinstimmung mit der Aussage von H.\_\_ nicht bloss von einer Nachweismäkelei ausgegangen sei (vgl. vorinstanzliche E. 2.5.5). Auf diese zutref- fenden Erwägungen kann verwiesen werden, zumal die Berufungsklägerin nicht überzeugend darlegen kann, dass im massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über die Art der Mäklertätigkeit keine Willensübereinstimmung vorlag

(vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). Die vorinstanzliche Beweiswürdigung ist nicht zu beanstanden. 4.3.5 Ergänzend und bezugnehmend auf die einzelnen Argumente der Berufungsklägerin ergibt sich überdies Folgendes: a) Für das Zustandekommen des Mäklervertrages ist, wie bereits erwähnt, erforderlich, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien vorlag. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht alle Umstände in ihre Erwägungen miteinbezogen und insbesondere auch das frühere und das spätere Verhalten der Parteien auf eine Einigung hin geprüft. b) Der Wille der Berufungsklägerin wirft vorliegend keine weiteren Fragen auf, zumal dieser relativ klar und unbestritten ist. So gab H. \_\_ zu Protokoll, er habe I. \_\_ Unterlagen über die Liegenschaft (Verkaufsunterlagen, Bewertung der Liegenschaft, Mieterspiegel usw.) gegeben und ihr einen Auftrag erteilt. Er habe sich eine professionelle Begleitung für den Verkauf erhofft (PBP vom 24. Juni 2020 mit H. \_\_, Ziff. 3 und 4 [ZK 19 8]). Eine Mäklerfirma müsse alles organisieren (PBP vom 24. Juni 2020 mit H. \_\_, Ziff. 6 [ZK 19 8]). Die Vorinstanz schloss aus dieser Aussage zu Recht, dass die Tätigkeit der Zweitmäklerin aus Sicht der Berufungsklägerin nicht auf die blosser Mitteilung eines oder mehrerer Kaufinteressenten (Nachweismäkelei) beschränkt war, sondern eine umfassende Vermittlungsmäkelei sein sollte. Die Berufungsklägerin plädierte gestützt auf diese Aussage denn auch bereits im vorinstanzlichen Verfahren für eine Vermittlungsmäkelei (vgl. schriftlicher Parteivortrag vom 6. November 2020 Ziff. 24, S. 7 [ZK 19 8]). Konkret führte sie unmissverständlich aus, es sei ein Mäklervertrag zustande gekommen. Es sei eine Vermittlungsmäkelei vereinbart worden und I. \_\_ sei als Vermittlungsmäklerin tätig gewesen. Insofern ist es widersprüchlich, wenn die Berufungsklägerin nun im Rechtsmittelverfahren behauptet, es sei mangels übereinstimmender Willenserklärung kein

19■46 Mäklervertrag zustande gekommen bzw. sie habe die Existenz des Mäklervertrages zwischen ihr und der J. \_\_ nie anerkannt. Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV [SR 101] und Art. 2 ZGB) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr und verbietet u.a. ein widersprüchliches Verhalten. Die Berufungsklägerin wird daher auf ihrer Aussage im vorinstanzlichen Verfahren behaftet, wonach zwischen ihr und der J. \_\_ ein Mäklervertrag bzw. eine Vermittlungsmäkelei zustande gekommen sei. c) Da die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren uneins waren, welche Art der Mäkelei sie vereinbart haben bzw. die Berufungsbeklagte zunächst für eine Nachweismäkelei plädierte (vgl. Parteivortrag vom 26. August 2020 Ziff. 13, S. 7 [ZK 19 8]), sei nachfolgend auch der Wille der Zweitmäklerin nochmals erörtert. aa) Die Berufungsbeklagte begründete ihren ursprünglichen Standpunkt hauptsächlich damit, dass es um ein Immobiliengeschäft gehe und die übliche Form für diese Art von Mäklergeschäft die Nachweismäkelei sei. Da eine explizite «Vermittlungsmäkelei-Abrede» fehle, spiele gemäss herrschender Lehre die Vermutung zugunsten der Nachweismäkelei. Dazu ist präzisierend festzuhalten, dass eine allfällige Übung (wie z.B. die Nachweismäkelei bei Berufsmäklern) gemäss Lehre und Rechtsprechung nur beachtlich ist, wenn sie durch die Parteien zum Vertragsbestandteil erhoben wurde oder nach dem Vertrauensprinzip als Hilfsmittel für die Auslegung der Parteierklärungen in Betracht kommt (CATERINA AMMANN, in: BSK-OR I a.a.O., N.12 zu Art. 412 OR mit Hinweis auf BGE 90 II 92 E. 2 und Urteil BGer 4A.75/2016 vom 13. September 2016 E. 3.2). Vorliegend haben die Parteien eine entsprechende Übung nicht explizit zum Vertragsbestandteil erhoben und die Vermutung kann anhand der konkreten Umstände widerlegt werden. bb) Dazu ist insbesondere auf den regen E-Mailverkehr zwischen I. \_\_ und F. \_\_ (Sammelbeleg vi-KB 8 [ZK 15 42]) sowie auf die bei den Akten

liegenden Protokolle zu verweisen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass auch I. \_\_ als Vertreterin der J. \_\_ im Zeitpunkt des (konkludenten) Vertragsabschlusses von einer Vermittlungsmäkelei ausgegangen war. So steht fest, dass I. \_\_ – nachdem sie das Mandat unstrittig direkt von H. \_\_ erhalten hatte – am

### **E. 7.1**

Weiter ist die von der Berufungsklägerin erhobene Verrechnungseinrede zu prüfen.

### **E. 7.2**

Die Berufungsklägerin macht zusammengefasst geltend, ihr sei ein Schaden in Höhe der der J. \_\_ gegebenenfalls geschuldeten Provision entstanden. Denn nach dem letzten Kontakt zwischen H. \_\_ und I. \_\_ (Beendigung der Zusammenarbeit; Wegweisung aus dem Büro) sei der Berufungsklägerin nicht angezeigt worden, dass die J. \_\_ bzw. I. \_\_ weiterhin Mäklertätigkeiten für die Berufungsklägerin erbringe. Insbesondere sei ihr nicht angezeigt worden, dass die J. \_\_ für die Vermittlung von D. \_\_ bzw. der Käuferin eine Provision fordern würde. Hätte die Berufungsklägerin davon gewusst, so hätte sie entweder von weiteren Verkaufsbemühungen im gegebenen Umfeld Abstand genommen oder den Kaufpreis um die Provision erhöht. Dies sei nachweislich unterblieben, weswegen der Berufungsklägerin im Umfang der geschuldeten Provision ein Schaden entstanden sei. Dieser Schaden werde mit der geschuldeten Provision verrechnet. Die dieser Verrechnung zugrunde liegende Forderung sei von der Berufungsklägerin nicht bestritten und gelte als anerkannt. Die Berufungsbeklagte habe sich erst mit Schreiben vom 14. Januar 2021 dazu geäußert. Die Vorinstanz habe es in ihrem Urteil unterlassen, sich mit der Verrechnungseinrede auseinanderzusetzen. Damit sei das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt worden.

### **E. 7.3**

Die Berufungsbeklagte trägt dagegen zusammengefasst vor, die am 16. November 2020 (recte: 6. November 2020) geltend gemachte Verrechnung infolge Schadenersatzanspruchs der Berufungsklägerin gegen die J. \_\_ verspätet gewesen und müsse daher unberücksichtigt bleiben. Darüber hinaus sei die Berufungsklägerin ihren prozessualen Pflichten im Hinblick auf ihre Beweislast für diesen behaupteten Schaden durch die J. \_\_ nicht nachgekommen. Die Berufungsklägerin habe für keine der Schadenersatzvoraussetzungen Belege vorgelegt. Zudem sei die für die Berufungsklägerin sowohl die Mäklertätigkeit von I. \_\_ als auch die Entgeltlichkeit des Auftrages offensichtlich gewesen. Es sei völlig ausgeschlossen, dass die Berufungsklägerin nicht gewusst habe, dass I. \_\_ Mäklertätigkeiten in Zusammenhang mit dem zwischen den beiden Parteien mündlich abgeschlossenen Vertrag zum Verkauf der Liegenschaft ausgeübt habe.

39■46

### **E. 7.4**

Ob und bis wann eine Verrechnungseinrede erhoben werden kann, bestimmt sich nach der Novenregelung von Art. 229 ZPO, da es sich bei der Verrechnungseinrede prozessrechtlich um eine Tatsachenbehauptung handelt (Urteil BGer 4A\_432/2013 vom 14. Januar 2014 E. 2.2 mit Hinweisen und 4A\_305/2012 vom 6. Februar 2013 E. 3.3; FLAVIO COMETTA, in: Jolanta Kren Kostkiewicz u.a. [Hrsg.], OR Handkommentar, 2002, N. 3 zu Art. 120 OR). Demgemäss kann die Einrede der Verrechnung im Vorbereitungsstadium, das heisst im Rahmen des Schriftenwechsels und anlässlich der Instruktionsverhandlung unbeschränkt

vorgebracht werden. Tritt die Verrechnungsmöglichkeit erst nach Abschluss des Vorbereitungsstadiums ein (echtes Novum), so ist die Verrechnungseinrede zugelassen bei unverzüglicher Prozesseinbringung (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Bestand die Verrechnungsmöglichkeit hingegen bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung (unechte Noven), so ist die Verrechnungseinrede nur zugelassen, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher hat eingebracht werden können (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

### **E. 7.5**

Gestützt auf den Entscheid des hiesigen Gerichts vom 10. Januar 2019 (ZA 18 8) führte die Vorinstanz ein ergänzendes Beweisverfahren (ZK 19 8) durch. Dieses wurde mit der vorinstanzlichen Instruktionsverhandlung vom 24. Juni 2020 abgeschlossen. Gemäss Verfügung des Kantonsgerichtspräsidenten vom 14. Juli 2020 haben die Parteien sodann gemeinsam auf eine weitere mündliche Verhandlung verzichtet. Absprachegemäss erhielten die Parteien stattdessen Gelegenheit, einen schriftlichen «Parteivortrag» einzureichen, wobei dieser ausdrücklich keine kontradiktorische Stellungnahme zur Gegenpartei darstellte, sondern der Stellungnahme zum Beweisergebnis und zur Sache insgesamt diene. Diesen «Parteivortrag» reichte die Berufungsklägerin am 6. November 2020 bei der Vorinstanz ein und erhob erstmals Verrechnungseinrede für den Fall, dass der behauptete Provisionsanspruch gutgeheissen werden würde. Gemäss angeführter Novenregelung (Art. 229 ZPO) war diese Verrechnungseinrede bzw. das Einbringen der verrechnungsbegründenden Tatsachen zu diesem Zeitpunkt verspätet. Die Berufungsklägerin weist kein Novenrecht nach und es liegt auch keine Ausnahme nach Art. 229 Abs. 2 ZPO vor. Da das Tatsachenfundament der Einrede verspätet vorgetragen wurde, kann sie nicht berücksichtigt werden. Zum Einwand der Berufungsklägerin, sie habe bereits anlässlich der Verhandlung vom 10. August 2016 bzw. in ihrem Protokollvermerk vom 10. August 2015 (ZK 15 42) ihre Verrechnungseinrede begründet, ist festzustellen, dass sich die damalige Verrechnungseinrede

40■46 offensichtlich gegen die Berufungsbeklagte («Erstmäklerin») richtete und nicht gegen die J. \_\_ («Zweitmäklerin»). Eine Verrechnungseinrede gegen die «Zweitmäklerin» machte die Berufungsklägerin wie ausgeführt erstmals in ihrem schriftlichen Parteivortrag vom 6. November 2020 geltend und kann daher nicht mehr berücksichtigt werden. Darüber hinaus wurde die mittels Verrechnungseinrede behauptete Schadensforderung aus Vertragsverletzung von der Berufungsklägerin ohnehin nur unzureichend substantiiert. Sie zeigt insbesondere nicht auf, inwiefern die Mäklerin ihrer Sorgfalts- und Treuepflicht nicht nachgekommen sein soll. Die angegebliche Gläubigerin muss nämlich die Schadenersatzpflicht nach den üblichen Haftpflichtvoraussetzungen beweisen (Art. 8 ZGB). Die Behauptung, die Berufungsbeklagte habe die Verrechnungseinrede nicht bestritten und damit anerkannt, ist sodann unzutreffend und nicht nachvollziehbar. Des Weiteren ist wie soeben ausgeführt, davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin bzw. H. \_\_ bei Vertragsunterzeichnung mit der K. \_\_ AG wusste, dass die J. \_\_ bzw. I. \_\_ auch nach dem Verzicht von F. \_\_ immer noch in den Verkaufsprozess involviert war. Einen klaren Verzicht auf einen Bindungswillen für ein zukünftiges Handeln der J. \_\_ vermochte die Berufungsklägerin nicht nachzuweisen. Die Berufungsklägerin hätte mithin damit rechnen müssen, dass durch die Vertragsunterzeichnung ein Anspruch der J. \_\_ auf Mäklerlohn entsteht und hätte diesen bei der Festlegung des Kaufpreises berücksichtigen können. 8. Aktivlegitimation Nachdem feststeht, dass ein mündlicher Mäklervertrag

zwischen der Berufungsklägerin und der Zweitmäklerin zustande gekommen ist, bleibt zu prüfen, ob der behauptete Provisionsanspruch der J. \_\_ mittels Zessionsvertrag vom 17./19. Februar 2015 überhaupt rechtsgültig an die Berufungsbeklagte abgetreten wurde. 8.1 Die Berufungsklägerin bestreitet die Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten bzw. ihre Berechtigung, die Forderung der J. \_\_ einzuklagen. Im Wesentlichen macht sie einen Interessenkonflikt geltend. O. \_\_ sei Verwaltungsrat der Zweitmäklerin und zeichne für dieselbe mit Einzelunterschrift. Er sei aber zugleich Rechtsvertreter der Erstmäklerin. Damit habe er sich faktisch selbst ermächtigt, den behaupteten Provisionsanspruch durchzusetzen. Dies führe zur Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts. Des Weiteren laute der unterzeichnete Zessionsvertrag auf eine Mäklerprovision aus Vermittlungsmäkelei. Da die Berufungsbeklagte in ihrem Parteivortrag jedoch von einer Nachweismäkelei ausgegangen sei, fehle es sachlogisch an einer gültigen Abtretung.

41■46 8.2 Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt. Dies gilt auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. Auch in diesem Fall bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht. Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, wo nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen. Ein Schutzbedürfnis (der vertretenen Gesellschaft) entfällt aber, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär ist, da unter diesen Umständen zwingend zu folgern ist, der Abschluss des betreffenden Geschäftes entspreche zugleich dem Willen der Generalversammlung und werde deshalb von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt (BGE 144 III 388 E. 5.1 mit Hinweisen). 8.3 Vorliegend liegt kein Interessenkonflikt vor, welcher zur Ungültigkeit des Zessionsvertrags vom 17./19. Februar 2015 (vi-KB 13) führen würde. Der Berufungsbeklagte vermag die behauptete Ungültigkeit nicht zu beweisen. Der strittige Zessionsvertrag ist ein gültig zustande gekommener Vertrag, unterzeichnet von O. \_\_ als Vertreter der J. \_\_ und Rechtsanwalt Q. \_\_ als Vertreter der Berufungsbeklagten. Der Zessionsvertrag wurde von O. \_\_ im Interesse der J. \_\_ mit einer internen Vereinbarung bezüglich der Gegenleistung für die Forderung abgeschlossen. Das hat entgegen der Meinung der Berufungsklägerin nichts mit einer Doppelvertretung im Sinne der vorgenannten Lehre und Rechtsprechung zu tun und die Berufungsbeklagte trägt zu Recht vor, dass ein Selbstkontrahieren daher völlig ausgeschlossen sei. Der Zessionsvertrag vom 17./19. Februar 2015 ist ein gültig zustande gekommener Vertrag, und es ist keine unerlaubte Selbstermächtigung ersichtlich. Sämtliche Forderungen, die mit dem Honoraranspruch der

42■46 Zweitmäklerin im Zusammenhang gestanden haben, sind gültig an die Berufungsbeklagte (Erstmäklerin) abgetreten worden. Es liegen keine gegensätzlichen Interessen vor und es ist auch nicht erkennbar, inwiefern die Interessen eines Dritten verletzt würden. Die Beratung verschiedener Mandanten oder die Vertretung mehrerer Klienten im Prozess ist grundsätzlich unproblematisch, wenn deren Interessen übereinstimmen (FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, BGFA, Zürich 2011, Art. 12 N. 105). Kommt hinzu, dass O. \_\_ zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Zessionsvertrages Alleinaktionär der J. \_\_ war und damit gemäss Rechtsprechung das Schutzbedürfnis der vertretenen Gesellschaft ohnehin entfällt (BGE 144 III 388 E. 5). Selbst wenn also der Zessionsvertrag als Selbstkontrahieren von O. \_\_ beurteilt werden würde, wäre der Vertrag nicht ungültig. Inwiefern Rechtsanwalt Q. \_\_ «nur dem Schein nach» unterzeichnet haben soll, ist nicht ersichtlich. Die Belege KB 10, 13 und 14 vermögen jedenfalls nicht zu belegen, dass Rechtsanwalt Q. \_\_ per Datum der Vertragsunterzeichnung (17./19. Februar 2015) nicht mehr Vertreter der Berufungsbeklagten war. Insbesondere aus dem Umstand, dass O. \_\_ am 6. Februar 2015 mit der Berufungsklägerin Kontakt aufnahm, um Zahlungen sowohl an die Berufungsbeklagte als auch an die J. \_\_ zu fordern (KB 14), bedeutet nicht, dass Rechtsanwalt Q. \_\_ das Mandat zur Vertretung der Berufungsbeklagten entzogen wurde.

8.4 Aus dem Wortlaut des Zessionsvertrages vom 17./19. Februar 2015 (vi-KB 13) kann die Berufungsklägerin ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Berufungsklägerin und die J. \_\_ haben einen konkludenten mündlichen Mäklervertrag über eine Vermittlungsmäkelei abgeschlossen, was durch den Begriff «Vermittlung» im Zessionsvertrag zusätzlich indiziert wird. Dass die Berufungsbeklagte in ihrem Parteivortrag vom 26. August 2020 (ZK 19 8) von einer Nachweismäkelei ausgegangen ist (vgl. Ziff. 6 ff. S. 4-6), schadet dem Vertrag wie gesagt nicht. Kommt hinzu, dass gemäss Zessionsvertrag vom 17./19. Februar 2015 «die J. \_\_ sämtliche Forderungen gegenüber der H. \_\_ AG betreffend Honorar Liegenschaft A.gasse, Z. \_\_ an die B. \_\_ AG» abgetreten hat. Sämtliche Forderungen, die mit dem Honoraranspruch der J. \_\_ gegenüber der Berufungsklägerin im Zusammenhang standen, wurden somit an die Berufungsbeklagte abgetreten. Damit bleibt insgesamt kein Zweifel, dass eine gültige Forderungsabtretung vorliegt.

43■46 8.5 Ausserdem ist mit der Berufungsbeklagten einig zu gehen, dass die Gültigkeit des Zessionsvertrages vom 17./19. Februar 2015 zwischen der Berufungsbeklagten und der J. \_\_ von der Berufungsklägerin im Verfahren ZK 15 42 nie in Frage gestellt wurde, obwohl dieser Vertrag und die daraus resultierende Aktivlegitimation bereits mit Klage vom 13. November 2015 (Klage S. 6 f.) geltend gemacht wurde. Die Berufungsklägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren weder Ausführungen zur Ungültigkeit des Zessionsvertrages (KB 13) gemacht noch entsprechende Beweisanträge gestellt. Die Ungültigkeit des Zessionsvertrages behauptete die Berufungsklägerin erstmals in ihrer Stellungnahme zum schriftlichen Parteivortrag vom 4. Januar 2021 (ZK 19 8). Damit verhält sie sich widersprüchlich.

8.6 Insgesamt liegen keine Umstände vor, welche die Ungültigkeit des Zessionsvertrages zur Folge hätten. Die Berufungsbeklagte war legitimiert, den gegenüber der Berufungsklägerin geltend gemachten Provisionsanspruch der J. \_\_ einzuklagen und das vorinstanzliche Urteil ist nicht mangels Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten in Zweifel zu ziehen bzw. aufzuheben. Es sei schliesslich angemerkt, dass eine fehlende Aktivlegitimation entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zu einem Nichteintretensentscheid führen würde. Bereits die Vorinstanz führte dazu richtigerweise

aus, dass die Sachlegitimation keine Prozessvoraussetzung sei, sondern Bedingung der materiellen Begründetheit der Rechtsbehauptung. Eine fehlende Sachlegitimation hätte im vorliegenden Fall mithin nicht zu einem Nichteintreten geführt, sondern zur Abweisung der Klage (BGE 121 III 118 E. 3; Urteil BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013 E. 1.2.3 und 4A\_1/2014 vom 26. März 2014 E. 2.3; DANIEL STAEHELIN, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 23 N. 2). 9. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte gestützt auf den Zessionsvertrag vom 17./19. Februar 2015 gegenüber der Berufungsklägerin einen Forderungsanspruch in der Höhe von Fr. 239'760.– nebst Zins zu 5% seit dem 7. Mai 2015 hat. Damit ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

44■46 10. Prozesskosten

## E. 9

April 2014 F.\_\_\_\_ per E-Mail kontaktierte, um ihm die Immobilie anzubieten (Sammelbeleg vi-KB 8; vgl. auch ZEVP vom 10. August 2016 mit F.\_\_\_\_, Ziff. 7, 10, 11 [ZK 15 42]). Nach diesem ersten Anschreiben hat es die Mäklerin jedoch nicht dabei bewenden lassen, F.\_\_\_\_ der Berufungsklägerin als Kaufinteressenten vorzustellen (ZEVP vom 10. August 2016 mit F.\_\_\_\_, Ziff. 11 [ZK 15 42]). Ihr Engagement ging weit über die Tätigkeit bei

20■46 Nachweismäkelei hinaus und entsprach vielmehr jenem bei Vermittlungsmäkelei. Sie unterrichtete den Kaufinteressenten beispielsweise über den Verkaufspreis, schickte ihm umfangreiche Unterlagen, pries sich als Ansprech- und Begleitperson bei weiteren Fragen an, zeigte F.\_\_\_\_ persönlich die Liegenschaft und stellte ihn H.\_\_\_\_ vor (Sammelbeleg vi-KB 8). Darüber hinaus hatte I.\_\_\_\_ auch mehrfach Kontakt zu H.\_\_\_\_. Laut Aussage der Berufungsklägerin hat sie ihn insgesamt viermal getroffen (Replik vom 6. September 2021 Ziff. 16; vgl. auch PBP vom 24. Juni 2020 mit H.\_\_\_\_ Ziff. 7 [ZK 19 8], ZEVP vom 10. August 2016 mit F.\_\_\_\_, Ziff. 11 [ZK 15 42]). (Sammelbeleg vi-KB 8 [Mail vom 5. Mai 2014]; ZEVP vom 10. August 2016 mit F.\_\_\_\_, Ziff. 11 [ZK 15 42], ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I.\_\_\_\_, Ziff. 8-13 [ZK 19 8]). Ferner erkundigte sie sich bei F.\_\_\_\_ über den Verlauf der Verhandlungen und blieb offensichtlich auch noch später seine Ansprechperson. Dieser wiederum hielt die Mäklerin fortwährend über jeden Schritt im Verkaufs- bzw. Kaufprozess der Liegenschaft und insbesondere auch über die mögliche Finanzierung auf dem Laufenden (Sammelbeleg vi-KB 8). Auch nachdem ein Verkauf an F.\_\_\_\_ unsicher war, nahm I.\_\_\_\_ nochmals mit H.\_\_\_\_ Kontakt auf und teilte daraufhin F.\_\_\_\_ mit, es sehe nun so aus, als ob er «betreffend Süesswinkel abschliessen» könne. Für Rückfragen sei sie immer per Handy oder auch im Büro erreichbar. F.\_\_\_\_ bedankte sich sodann per E-Mail für ihr «Engagement», was ebenfalls darauf hindeutet, dass die Mäklerin aktiv auf den Vertragsabschluss hinwirkte, die Interessenten betreute und zu einem Verkaufsentschluss motivieren wollte (vgl. Urteil BGer 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.3.1). cc) Weiter ist festzustellen, dass I.\_\_\_\_ auch noch in den Verkaufsprozess involviert war, nachdem D.\_\_\_\_ als Kaufinteressent an die Stelle von F.\_\_\_\_ trat. F.\_\_\_\_ hielt nach wie vor Kontakt zu I.\_\_\_\_ und informierte sie über jeden Schritt. Er traf sich am 6. August 2014 mit D.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ als Vertreterin der J.\_\_\_\_ (Sammelbeleg 8 [E-Mail vom 7. August 2014]; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I.\_\_\_\_, Ziff. 15, 17 und 18; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit D.\_\_\_\_, Ziff. 9-11 [beide ZK 19 8]). Nach diesem Treffen hatte I.\_\_\_\_ per E-Mail wieder Kontakt mit F.\_\_\_\_ und fragte etwa am 19. August 2014 nach dem Stand der Dinge. Daraufhin antwortete F.\_\_\_\_, sie hätten ein neues Angebot gemacht, mit dem die Berufungsklägerin einverstanden sei. Die Verträge würden ausgefertigt. dd) Aus all diesen Umständen erhellt, dass die Tätigkeit von I.\_\_\_\_

weiter ging als bei einer blossen Nachweismäkelei, sie vielmehr aktiv auf den Vertragsabschluss hinwirkte. Vor diesem Hintergrund ist tatsächlich anzunehmen, dass auch I. \_\_ im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von einer Vermittlungsmäkelei ausgegangen ist, anders kann ihr «Engagement» nicht erklärt werden. Daran ändert auch die Freundschaft mit F. \_\_ nichts. Es ist nicht glaubhaft, dass die

21■46 Bemühungen von I. \_\_ – wie zum Beispiel der Kontakt mit dem Verkäufer, der Austausch von E-Mails, das Zusenden von Informationen und Unterlagen, mehrere Telefonate sowie Besichtigungen und Treffen – nur aufgrund ihrer Freundschaft mit F. \_\_ erfolgten. I. \_\_ war zu diesem Zeitpunkt als Immobilienmäklerin der J. \_\_ tätig (vgl. KEVP vom 24. Juni 2020, Ziff. 3 [ZK 19 18]; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit D. \_\_, Ziff. 11 und 14 [ZK 19 8]; ZEVP vom 10. August 2016 mit F. \_\_, Ziff. 13 [ZK 15 42]; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I. \_\_, Ziff. 11 [ZK 19 8]) und wurde als solche von H. \_\_ mit dem Verkauf der Liegenschaft beauftragt (vgl. auch ZEVP vom 24. Juni 2020 mit D. \_\_, Ziff. 14 [ZK 19 8]). Dieser wünschte sich eine professionelle Begleitung des Verkaufs. Erst dann hat I. \_\_ F. \_\_ als möglichen Kaufinteressenten kontaktiert (Sammelbeleg vi-KB 8). Es ist daher nicht plausibel, dass sich F. \_\_ einzig als Ausdruck der freundschaftlichen Beziehung mit I. \_\_ über die Liegenschaft ausgetauscht hat beziehungsweise diese ihrerseits nur freundschaftshalber und unentgeltlich mehr Engagement gezeigt hat als vereinbart war. Im Übrigen hat I. \_\_ ihre Korrespondenz stets auch mit der Signatur der J. \_\_, Immobilien & Verwaltung, unterzeichnet (vgl. Sammelbeleg, vi-KB 8). ee) Ferner vermag auch die Aussage von I. \_\_ bei der Zeugeneinvernahme vom 24. Juni 2020 den Vertragsabschluss nicht in Frage zu stellen. I. \_\_ gab zu Protokoll, sie habe «in erster Linie» die Leute zusammengebracht und sei die erste gewesen, welche die Immobilie an F. \_\_ weitergegeben habe; sonst eigentlich nicht viel anderes (ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I. \_\_, Ziff. 19 [ZK 19 8]). Diese Aussage wird einerseits durch den Zusatz «in erster Linie» relativiert und andererseits durch die oben erwähnten Akten klar widerlegt. So gab I. \_\_ etwa in derselben Zeugeneinvernahme zu Protokoll, sie habe F. \_\_ und H. \_\_ mehrmals getroffen und eine Besichtigung im Auftrag der J. \_\_ durchgeführt (ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I. \_\_, Ziff. 8-13 [ZK 19 8]). Ausserdem gab sie im Laufe der Einvernahme mehrfach zu, dass sie sich nicht mehr an die Einzelheiten des Ablaufs der Ereignisse erinnern könne (vgl. Ziff. 6, 7, 12-14). Anlässlich der Konfrontationseinvernahme sagte sie jedoch klar aus, dass es «absolut Vermittlung» gewesen sei, «ohne diese wäre es nicht zustande gekommen». Auch damit wird ihre in Ziffer 19 protokollierte Aussage relativiert und vermag das Zustandekommen einer Vermittlungsmäkelei nicht zu widerlegen. ff) Ebenso wenig kann die Berufungsklägerin aus dem behaupteten Umstand, dass ihr Vertreter H. \_\_ einen schriftlichen Vertrag mit der J. \_\_ bzw. deren Vertreterin I. \_\_ über die Tätigkeit mit Bezug auf die G. \_\_ AG nachträglich abgelehnt und die Mäklerin aus dem Büro gewiesen bzw. die Zusammenarbeit mit der J. \_\_ beendet habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dieser behauptete «Verzicht auf Bindungswillen» vom Mai 2014 wurde nicht

22■46 rechtsgenügend nachgewiesen. Den Akten kann kein ausdrücklicher Widerruf des Mäklerauftrags entnommen werden. Ausserdem ist ein konkludenter Vertragsabschluss auch nach Beendigung oder Auflösung eines Mäklervertrags möglich, wenn der Mäkler mit Wissen des Auftraggebers seine Bemühungen im Sinne der vereinbarten Mäkler Tätigkeit fortsetzt (Urteil BGer 4C.70/2003 vom 6. Juni 2003 E. 3.1), was vorliegend der Fall ist. Den Akten ist nämlich zu entnehmen, dass sich die G. \_\_ AG, vertreten durch F. \_\_, Ende Mai 2014 vom Kauf der Liegenschaft zurückgezogen hat. Der von der

Berufungsklägerin verlangte Kaufpreis von Fr. 12'000'000.– war für F. \_\_ nicht finanzierbar. An seine Stelle trat D. \_\_ als Kaufinteressent. Dieser übernahm von F. \_\_ die Projektvorbereitungen samt Businessplan unverändert gegen Entgelt (ZEVP vom 10. August 2016 mit D. \_\_, Ziff. 11; ZEVP vom 10. August 2016 mit F. \_\_, Ziff. 16-17 [beide ZK 15 42]). F. \_\_ hatte jedoch auch danach noch Kontakt zu I. \_\_ und informierte sie über jeden Schritt. Am 6. August 2014 haben sich D. \_\_, F. \_\_ und I. \_\_ wie bereits erwähnt sogar gemeinsam getroffen (Sammelbeleg vi-KB 8 [E-Mail vom 7. August 2014]; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I. \_\_, Ziff. 15, 17-18; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit D. \_\_, Ziff. 9 und 10 [beide ZK 19 8]) und auch nach diesem Treffen hatte I. \_\_ wieder E-Mail-Kontakt mit F. \_\_. Am 19. August 2014 fragte sie ihn beispielsweise nach dem Stand der Dinge (Sammelbeleg vi-KB 8; KEVP vom 24. Juni 2020, Ziff. 4/Z1 [ZK 19 18]). Daraufhin antwortete F. \_\_, sie hätten nun ein neues Angebot gemacht, mit dem die Berufungsklägerin einverstanden sei. Die Verträge würden nun ausgefertigt. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 24. Juni 2020 antwortete I. \_\_ zudem auf die Frage, ob sie H. \_\_ nach dem Treffen mit D. \_\_ und F. \_\_ am 6. August 2014 mitgeteilt habe, dass D. \_\_ an dem Kauf interessiert gewesen sei, wie folgt: «Ich weiss schon. Es ist auf jeden Fall so passiert. Ob es über mich direkt oder über das Büro gelaufen ist, weiss ich nicht mehr.» (vgl. ZEVP vom 24. Juni 2020 mit I. \_\_, Ziff. 22 [ZK 19 8]). Des Weiteren schrieb I. \_\_ über einen Monat nach dem von der Berufungsklägerin behaupteten Ende der Zusammenarbeit (Mai 2014) erneut an F. \_\_ und hielt fest, dass sie in der Zwischenzeit noch mit H. \_\_ gesprochen habe und es so aussehe, dass er betreffend Süsswinkel abschliessen könne (Sammelbeleg vi-KB 8). Aufgrund dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die fortwährende Mäklertätigkeit der J. \_\_ bzw. von I. \_\_ im Wissen der Berufungsklägerin erfolgt ist und die Mäklertätigkeit der J. \_\_ mithin noch nicht beendet war. gg) Schliesslich hat auch die Berufungsbeklagte den relevanten Sachverhalt und die Umstände stets dergestalt behauptet, dass von einer Vermittlungsmäkelei auszugehen war. In ihrer Schilderung räumte sie beispielsweise ein, dass die Mäklerin umfangreiche Unterlagen über die Liegenschaft von H. \_\_ entgegengenommen habe und auch sehr stark in den Verkauf der Liegenschaft involviert gewesen sei (vgl. Stellungnahme vom 26. August 2020 [ZK 19 8]).

23■46 Dass die Berufungsbeklagte in ihrem Parteivortrag vom 26. August 2020 (vgl. Ziff. 6 ff. S. 4-6 [ZK 19 8]) für eine Nachweismäkelei und erst später (vgl. Berufungsantwort S. 9 letzte Ziffer) für eine Vermittlungsmäkelei plädierte, vermag dem Vertragsabschluss nicht zu schaden, denn sie nahm lediglich eine Korrektur ihrer rechtlichen Würdigung, nicht jedoch ihrer Tatsachenbehauptungen vor. Massgeblich ist sodann einzig der übereinstimmende Wille im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und dass das Klagefundament seit Prozessbeginn feststand und von der Berufungsbeklagten auch nicht mehr geändert wurde. Während die Parteien wie erwähnt dem Gericht den strittigen Sachverhalt vorzulegen haben, muss das Gericht die Rechtsanwendung vornehmen («iura novit curia»). 4.4 Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat das Zustandekommen eines mündlichen Mäklervertrags (Vermittlungsmäkelei) zwischen der Berufungsklägerin und der J. \_\_ aufgrund der gesamten Umstände zu Recht bejaht und ist vermutungsweise korrekt von Entgeltlichkeit ausgegangen (vgl. vorinstanzliche E. 2.6). 5. Mäklerlohn 5.1 Nachdem zwischen der Berufungsklägerin und der J. \_\_ eine gültige Vermittlungsmäkelei zustande gekommen ist, hat das Gericht zu prüfen, ob zu Recht auch ein Mäklerlohn (Provisionsanspruch) bejaht wurde. Unstrittig ist, dass ein rechtsgültiger Kaufvertrag über die Liegenschaft zustande gekommen ist. Am 16. Oktober 2014 wurde die Liegenschaft mit öffentlich beurkundetem

Kauvertrag an die K. \_\_ AG, vertreten durch den Verwaltungsratspräsidenten D. \_\_, zu einem Kaufpreis von 12 Millionen Franken verkauft (vi-BB 2). Der Zielvertrag ist nach Inhalt und Form rechtsgültig und frei von Willensmängeln zustande gekommen. Strittig ist da- gegen der psychologische Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit der Zweitmäklerin und dem Abschluss des Kaufvertrags mit der K. \_\_ AG, vertreten durch D. \_\_. 5.2 Die Vorinstanz hat die anwendbare gesetzliche Bestimmung zum Mäklerlohn (Art. 413 Abs. 1 OR) sowie die nach Lehre und Rechtsprechung (BGE 144 III 43 E. 3.1.1; Urteil BGer 2C\_2012 vom 1. April 2013 E. 3.3; CATERINA AMMANN, in: BSK-OR I a.a.O., N. 8 zu Art. 413 OR) mass- geblichen Voraussetzungen für einen Provisionsanspruch zutreffend dargestellt (vgl. E. 4.1

24■46 ff.). Zur Kausalität führte die Vorinstanz in Erwägung 4.6 insbesondere aus, der Mäklerlohn sei nur verdient, wenn der Vertragsschluss kausal auf den Nachweis oder auf die Vermittlung des Mäklers zurückzuführen sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe der Mäkler den Lohn aber nicht erst dann verdient, wenn der Vertrag ausschliesslich oder vorwiegend infolge seiner Vermittlung zustande gekommen sei, sondern bereits dann, wenn diese den Dritten bloss mitbestimmt habe, den Vertrag abzuschliessen. Es genüge, wenn die Mäklertä- tigkeit auch nur zu einer entfernten Ursache des Entschlusses des Dritten geworden sei. Es schade denn auch nicht, wenn der Mäkler nicht bis zum Abschluss des Vertrages involviert gewesen sei. Zur Begründung eines Provisionsanspruchs müsse sich der Mäkler durch zweck- gerechte Förderung des Vertragsschlusses um dessen Zustandekommen verdient gemacht haben; denn er werde nicht für einen Erfolg schlechthin, sondern für einen Arbeitserfolg ent- löhnt. Es genüge, dass der Mäkler im Rahmen seiner vertragsgemässen Tätigkeit ein Motiv habe setzen helfen, welches für die Abschlussbereitschaft des Interessenten mitbestimmend gewesen sei. In personeller Hinsicht sei das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zu ver- neinen, wenn der Hauptvertrag nicht mit dem vom Mäkler bearbeiteten Interessenten zustande komme, sondern mit einem Dritten. In einem solchen Fall fehle es an der erforderlichen aktiven Einwirkung des Mäklers auf den Willensentschluss der Gegenpartei. Das gelte grundsätzlich auch dort, wo der Dritte durch den vom Mäkler bearbeiteten ursprünglichen Interessenten ver- anlasst werde, den Vertrag abzuschliessen. Allerdings könnten in derartigen Fällen besondere Umstände wiederum den Zusammenhang herstellen. Eine scharfe Begrenzung des Zusam- menhanges auf die Person des Bearbeiteten erscheine unbillig und würde Missbräuchen zum Nachteil des Mäklers Tür und Tor öffnen. Auf diese zutreffenden Erwägungen kann verwiesen werden (vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). 5.3 Die Vorinstanz ist sodann in Auseinandersetzung mit den Parteivorbringen in einlässlicher Be- gründung zum Ergebnis gelangt, aus dem E-Mail-Verkehr zwischen I. \_\_ und F. \_\_ sowie den Zeugenaussagen von F. \_\_ und D. \_\_ ergebe sich, dass die Tätigkeit von I. \_\_ sich nicht darauf beschränkt habe, F. \_\_ auf die zum Verkauf stehende Liegenschaft aufmerksam zu machen und ihn der Beklagten (Berufungsklägerin) vorzustellen. Die Bemühungen von I. \_\_ hätten auch dazu beigetragen, dass die G. \_\_ AG, vertreten durch F. \_\_, der Beklagten am 13. Mai 2014 ein konkretes Kaufangebot unterbreitet habe. Namentlich die Übermittlung von Unterlagen und Informationen über das Kaufobjekt an F. \_\_ seien als mäklertypische Tätigkeiten anzusehen. Die Verhandlungsgespräche mit H. \_\_ habe zwar stets F. \_\_ geführt, allerdings sei I. \_\_ im Hin- tergrund durch F. \_\_ jeweils über den Stand der Verkaufsverhandlungen in Kenntnis gesetzt

25■46 worden. I. \_\_ habe D. \_\_ schliesslich auch persönlich kennengelernt. Zu den zwischen F. \_\_ und H. \_\_ geführten Verkaufsverhandlungen, welche dem Verkaufsabschluss mit der K. \_\_ AG, vertreten durch D. \_\_, vorangegangen seien, sei es im Ergebnis auch aufgrund der Tätigkeit von I. \_\_ als Mäklerin gekommen. Insbesondere sei das Zustandekommen des Grundstückskaufvertrages auf ihre Kontaktherstellung zu F. \_\_ zurückzuführen. F. \_\_ habe D. \_\_ erst nach weit fortgeschrittenen Verhandlungen mit der Beklagten und der Unterbreitung eines Kaufangebots beigezogen, da er selbst die geforderte Summe nicht habe aufbringen können. Insgesamt sei die Mäklertätigkeit von I. \_\_ als Mitarbeiterin der Zweitmäklerin unter den gegebenen Umständen als Mitursache des Vertragsabschlusses mit der K. \_\_ AG zu betrachten. Anhand der aufgelegten E-Mail Korrespondenz und der Zeugenaussagen, insbesondere von F. \_\_ und D. \_\_, sei der Beweis erbracht, dass zwischen der Mäklertätigkeit der J. \_\_ und dem Kaufvertrag über die Liegenschaft insofern ein psychologischer Kausalzusammenhang bestehe, als die Beklagte ohne die Bemühungen von I. \_\_ als Mitarbeiterin der Zweitmäklerin, welche F. \_\_ und die Beklagte zusammengeführt habe, zu keinem Vertragsabschluss mit der K. \_\_ AG gekommen wäre. Die J. \_\_ habe demzufolge Anspruch auf einen Mäklerlohn. Auf diese zutreffenden Erwägungen kann ebenfalls uneingeschränkt verwiesen werden, zumal die nachfolgenden Einwendungen der Berufungsklägerin allesamt nicht zielführend sind (vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 54 zu Art. 318 ZPO). 5.4 5.4.1 So rügt die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang zunächst erneut eine Verletzung der zivilprozessualen Grundsätze. Sie macht geltend, der Nachweis des psychologischen Kausalzusammenhangs zwischen der Tätigkeit der Zweitmäklerin und dem abgeschlossenen Kaufvertrag sei der Berufungsbeklagten nicht gelungen. Die von der Berufungsbeklagten vorgebrachten Behauptungen und Begründungen würden sich offensichtlich nicht mit der Begründung der Vorinstanz decken. Diese habe den behaupteten Provisionsanspruch erneut in einer Art und Weise begründet, welche die zivilprozessualen Grundsätze (Behauptungs- und Substantiierungs- [Art. 55 ZPO] sowie Beweislast [Art. 8 ZGB]) verletze. 5.4.2 Die Berufungsbeklagte hält dem zusammengefasst entgegen, die Mäklertätigkeit von I. \_\_ als Vertreterin der J. \_\_ sei unmittelbar kausal gewesen und habe damit in psychologischem Kausalzusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen der Berufungsklägerin und

26■46 der K. \_\_ AG, vertreten durch D. \_\_, gestanden. Die Berufungsbeklagte habe seit den ersten Rechtsschriften zum Rechtsstreit, d.h. seit der Klage vom 13. November 2015 (Klage S. 6), behauptet, argumentiert und die Belege zur Begründung des später von mehreren Rechtsinstanzen anerkannten Sachverhalts vorgelegt. Auch der psychologische Zusammenhang als Voraussetzung zur Provisionsforderung sei immer wieder thematisiert worden. Dass die Vorinstanz den mündlichen Vertrag als Vermittlungsmäkelei und nicht als Nachweismäkelei eingestuft habe, entspreche den prozessualen Grundsätzen. 5.4.3 Sodann wurde bereits in der voranstehenden E. 4.2.4 festgehalten, dass die Berufungsbeklagte ihren verfahrensrechtlichen Pflichten stets nachgekommen ist. Sie hat den massgeblichen Sachverhalt seit der Klage vom 13. November 2015 rechtsgenügend behauptet und die notwendigen Belege vorgelegt. Obwohl die Berufungsbeklagte den Mäklervertrag zunächst als Nachweismäkelei bezeichnete, hat sie immer Mäklertätigkeiten beschrieben, die einer Vermittlungsmäkelei entsprechen. Die Berufungsklägerin verkennt erneut, dass sich die rechtliche Begründung der Berufungsbeklagten nicht mit jener der Vorinstanz decken muss. Es entspricht den prozessualen Grundsätzen, dass die Tatsachenbehauptung Sache der Parteien ist und die entsprechende Rechtsanwendung diejenige des Gerichts. In der

Beweiswürdigung ist das Gericht im Übrigen im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens frei (vgl. Art. 157 ZPO; FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 157 ZPO). 5.5 5.5.1 Des Weiteren moniert die Berufungsklägerin, der Vertrag laute auf eine Drittpartei (K.\_\_), zu welcher die Zweitmäklerin in keiner Beziehung und in keinem Kontakt gestanden habe. In diesem Fall sei die Tätigkeit des Mäklers gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 76 II 378; Urteil BGer 3A\_155/2008 vom 24. April 2008 E. 3.1) nicht kausal und damit unerheblich. Die vom Bundesgericht angeführte ausnahmsweise Zurechnung eines Erfolgs stelle einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB dar. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten oder eine rechtsmissbräuchliche Konstellation sei vorliegend nicht gegeben. Es könne auch keine Rede sein von «Vertragsverhandlungen im Endstadium». Vielmehr hätten ab dem Zeitpunkt der Vorstellung von D.\_\_ durch F.\_\_ neue Verhandlungen hinsichtlich des Kaufs/Verkaufs der Liegenschaft begonnen.

27■46 5.5.2 Die Berufungsbeklagte macht demgegenüber zusammengefasst geltend, die Bedingungen des Kaufvertrages seien von der Zweitmäklerin wirtschaftlich im Interesse von F.\_\_ verhandelt worden. Die Tatsache, dass der Kaufvertrag nicht mit F.\_\_ oder D.\_\_ persönlich, sondern mit der K.\_\_ AG geschlossen worden sei, ändere nichts am Anspruch der J.\_\_ auf den Mäklerlohn. Zwischen dem von der Mäklerin genannten Interessenten D.\_\_ und der K.\_\_ AG bestehe eine enge wirtschaftliche Beziehung und der Vertrag sei vorwiegend im Interesse von D.\_\_ geschlossen worden. Ferner könne auch zwischen F.\_\_ und D.\_\_ ein besonders enger wirtschaftlicher Zusammenhang bejaht werden. Zusammenfassend habe F.\_\_ ein finanzielles Interesse daran gehabt, den Vertragsabschluss durch die K.\_\_ AG zu ermöglichen, was ebenfalls zu einer wichtigen wirtschaftlichen Beziehung zwischen den beiden geführt habe. Würde im vorliegenden Fall der Kausalzusammenhang nur in Bezug auf F.\_\_ bejaht, wäre dies unbillig und würde Missbräuchen zum Nachteil des Mäklers Tür und Tor öffnen. 5.5.3 a) Den von der Berufungsbeklagten vorgebrachten Gegenargumenten ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Berufungsklägerin übersieht auch, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar mehrere Vermittlungsmäkler parallel oder nacheinander im Hinblick auf denselben Geschäftsabschluss tätig werden können (vgl. BGE 72 II 421 E. 3; Urteile BGer 4A\_334/2018 vom 20. März 2019 E. 4.1.2; 4C.178/2001 vom 28. November 2001 E. 3b). Der einzelne Vermittlungsmäkler geht in diesem Fall seines Lohnanspruchs nur dann infolge fehlenden psychologischen Zusammenhangs vollständig verlustig, wenn seine Tätigkeit zu keinem Resultat führte, die Verhandlungen definitiv abgebrochen und der Verkaufsabschluss schliesslich auf einer ganz neuen Basis abgeschlossen wird (BGE 72 II 84 E. 2; 62 II 342 E. 2; Urteile BGer 4A\_334/2018 vom 20. März 2019 E. 4.1.2; 4A\_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.1; 4A\_96/2016 vom 4. April 2016 E. 2.1). Die Tätigkeit des Mäklers muss demzufolge nicht den ausschliesslichen oder auch nur überwiegenden Grund für den Vertragsschluss gesetzt haben, sondern es reicht aus, wenn sie mitbestimmend gewesen ist. Als genügend wird etwa anerkannt, wenn der Vermittlungsmäkler die Verhandlungen beginnt, der Auftraggeber selbst diese aber zu Ende führt oder wenn der Vertrag nicht mit der vom Mäkler beigebrachten Partei, sondern mit einer mit dieser wirtschaftlich, verwandtschaftlich oder sonst eng verbundenen Partei abgeschlossen wird. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Vermittlung und Abschluss genügt somit und der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der die Provision bewirkt, ist unerheblich; er kann sogar nach dem Erlöschen des Mäklervertrags erfolgen, wenn die vom

28■46 Mäkler unternommenen Schritte vor dem Ablauf, der Kündigung oder dem Widerruf des Mandats erfolgten. Der Zeitraum zwischen der letzten Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Hauptvertrags ist an sich eine unbedeutende Tatsache (BGE 84 II 542 E. 3; 97 II 355 E. 3; Urteil BGer 4C.322/2003 vom 5. April 2004 E. 2.4). Lohnanspruch liegt auch vor, wenn die späteren Vertragsschlüsse Teil eines von Beginn in Aussicht genommenen Geschäfts waren und mit dem ersten Auftrag eine wirtschaftliche Einheit bilden (BGE 75 II 53; CATERINA AM-MANN, in: BSK-OR I, a.a.O., N. 11 zu Art. 413 OR). b) Vorliegend ist richtig, dass der Grundstückskaufvertrag weder mit F. \_\_ noch mit D. \_\_ persönlich, sondern mit der K. \_\_ AG zustande gekommen ist. Mit der Berufungsbeklagten ist jedoch einig zu gehen, dass dies nichts am Anspruch der Zweitmäklerin auf den Mäklerlohn ändert, denn zum Vertragsabschluss ist es letztlich auch aufgrund der Mäklertätigkeit der J. \_\_ bzw. deren Vertreterin I. \_\_ gekommen; ihre Tätigkeit war zumindest mitbestimmend für den Vertragsabschluss (vgl. dazu die nachstehende E. 5.6.3). I. \_\_ hat nach Ablauf des Verkaufsvertrages vom 31. März 2014 die Verkaufsbemühungen übernommen. Sie hat insbesondere den Kontakt zum Erstinteressenten F. \_\_ bzw. der G. \_\_ AG hergestellt und ist auch später noch – nachdem D. \_\_ bzw. die K. \_\_ AG als Zweitinteressentin aufgetreten ist – die Ansprechperson von F. \_\_ geblieben (vgl. vorstehende E. 4.3.5 c/bb). I. \_\_ war weiterhin über Monate in den Verkaufsprozess involviert (vgl. auch KEVP vom 24. Juni 2020, Ziff. 1/Z1, Ziff. 2/Z2 und Ziff. 4/Z2 [ZK 19 8]) und war auch beim Treffen vom 6. August 2014 mit F. \_\_ und D. \_\_ als Vertreter der K. \_\_ AG dabei. Gemäss eigener Aussage informierte sie anschliessend H. \_\_ über das Kaufinteresse von D. \_\_ (vgl. vorstehende E. 4.3.5 c/cc und c/ff). Insofern ist es unzutreffend, dass die Zweitmäklerin nicht an den Verkaufsverhandlungen teilgenommen und in keiner Beziehung und in keinem Kontakt zur Käuferin gestanden hat. D. \_\_ gab denn auch am

## E. 10

August 2016 zu Protokoll, er habe mit I. \_\_ in Sachen Liegenschaftserwerb Kontakt gehabt (vgl. ZEVP vom 10. August 2016 mit D. \_\_, Ziff. 13 [ZK 15 42]). c) Der Verkaufsabschluss mit der K. \_\_ AG wurde auch nicht auf einer ganz neuen Basis abgeschlossen. Aus den Akten ergibt sich, dass die wesentlichen Bedingungen des Kaufvertrages bereits von der Zweitmäklerin wirtschaftlich im Interesse von F. \_\_ ausgehandelt worden waren. So hat die Berufungsklägerin F. \_\_ bzw. der G. \_\_ AG bereits Ende Mai 2014, nach den von I. \_\_ durchgeführten Verhandlungen, einen Gegenvorschlag zum Kaufpreis von 12 Millionen Franken unterbreitet (vgl. Sammelbeleg vi-KB 8). Erst nach diesem Gegenangebot der Berufungsklägerin wurde D. \_\_ bzw. die K. \_\_ AG in die Verkaufsverhandlungen miteinbezogen und der Berufungsklägerin bzw. H. \_\_ vorgestellt. Die Umsetzung der Kaufbedingungen von

29■46 D. \_\_, d.h. die Kündigung des in der Liegenschaft befindlichen Nachtclubs und die Reduktion des Verkaufspreises auf 12 Millionen Franken (vgl. ZEVP vom 10. August 2016 mit D. \_\_, Ziff. 14 [ZK 15 42]), war mithin nicht das Ergebnis neuer Verhandlungen zwischen dem Käufer und der Berufungsklägerin, sondern offensichtlich das Resultat der Verhandlungen der Zweitmäklerin und F. \_\_ für die G. \_\_ AG. Die Vertragsverhandlungen befanden sich demnach zum Zeitpunkt als D. \_\_ der Berufungsklägerin vorgestellt wurde bereits im Endstadium und D. \_\_ konnte nur noch in die bereits weit fortgeschrittenen und von der Zweitmäklerin begleiteten Verkaufsverhandlungen zwischen F. \_\_ und H. \_\_ einsteigen (vgl. auch vorinstanzliche E. 4.7). F. \_\_ gab gar zu Protokoll, dass die

Verhandlungen fertig gewesen seien und D. \_\_ das Glück gehabt habe, das fertige Paket übernehmen zu können (ZEVP vom 10. August 2016 mit F. \_\_, Ziff. 15 [ZK 15 42]). Und auch H. \_\_ bestätigte, dass F. \_\_ ihm D. \_\_ «nach den ganzen Verhandlungen» vorgestellt habe (PBP vom 24. Juni 2020, Ziff. 4 [ZK 19 8]). d) Des Weiteren ist mit der Berufungsbeklagten einig zu gehen, dass zwischen F. \_\_ und D. \_\_ ein besonders enger wirtschaftlicher Zusammenhang bestand (vgl. Urteil BGer 4A\_155/2008 vom 24. April 2008 E. 3.1). Aus den Akten ergibt sich, dass beide ein wirtschaftliches Interesse am Kauf der Liegenschaft hatten und F. \_\_ die Liegenschaft sogar zusammen mit D. \_\_ erwerben wollte (vgl. ZEVP vom 10. August 2016 mit D. \_\_, Ziff. 7 [ZK 15 42]; ZEVP vom 24. Juni 2020 mit D. \_\_, Ziff. 11 [ZK 19 8]). Im Oktober 2016 kaufte D. \_\_ als Vertreter der K. \_\_ AG die Liegenschaft letztlich zwar allein, übernahm jedoch die Projektvorbereitungen von F. \_\_ gegen Entgelt (ZEVP vom 10. August 2016 mit F. \_\_, Ziff. 16 f. [ZK 15 42]). Somit konnte sich auch F. \_\_ mit seiner Firma bei der Realisierung des Bauprojektes A.gasse einbringen (vgl. vorstehende E. 4.3.5 c/ff) und damit ebenfalls ein wirtschaftliches Interesse am Kauf der Liegenschaft durch die K. \_\_ AG. Ferner ergibt sich aus den Akten, dass F. \_\_ und D. \_\_ auch sonst beruflich miteinander zu tun haben (ZEVP vom 10. August 2016 mit F. \_\_, Ziff. 14 [ZK 15 42]). Eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung besteht zudem zwischen D. \_\_ und der K. \_\_ AG. Bei der K. \_\_ AG war D. \_\_ zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift und gemäss seiner Aussage Mehrheitsaktionär mit 60 % der Anteile. Die restlichen 40 % der Aktien sind im Besitz seines Sohnes L. \_\_, welcher – ebenso wie M. \_\_ – Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift ist (vi-KB 9; ZEVP vom 10. August 2016 mit D. \_\_, Ziff. 15 f. [ZK 15 42]). Im Ergebnis schadet es dem Lohnanspruch der Zweitmäklerin nicht, dass der Kaufvertrag mit der K. \_\_ AG und nicht mit F. \_\_ bzw. die G. \_\_ AG abgeschlossen wurde. Würde im vorliegenden Fall der Kausalzusammenhang nur in Bezug auf F. \_\_ bejaht, wäre dies auch nach Meinung des Gerichts unbillig und würde Missbräuchen in der Tat zum Nachteil des Mäklers Tür und Tor öffnen.

30■46 5.6 5.6.1 Die Berufungsklägerin trägt weiter zusammengefasst vor, I. \_\_ habe weder in den Verhandlungen mit dem Erstinteressenten F. \_\_ noch mit dem Zweitinteressenten D. \_\_ eine mäklertypische Tätigkeit erbracht, weshalb es an einem Kausalzusammenhang fehle. Die Übermittlung von Unterlagen und Informationen über das Kaufobjekt reiche für die Erfüllung einer Vermittlungsmäkelei nicht aus. I. \_\_ habe insbesondere die Vertrags- und Verkaufsverhandlungen nicht geführt, wie dies von der Berufungsklägerin gewünscht gewesen sei. Die Berufungsklägerin habe die Zusammenarbeit mit der Zweitmäklerin im Mai 2014 beendet. 5.6.2 Die Berufungsbeklagte hält im Wesentlichen dagegen, dass der Vermittlungsmäkler den Vertragsabschluss aktiv fördern und auf die Abschlussbereitschaft des potenziellen Vertragspartners hinwirken solle. I. \_\_ habe mit Kaufinteressenten, insbesondere mit F. \_\_ Kontakt aufgenommen. Sie habe Unterlagen erstellt, die für eine detaillierte Beschreibung der Liegenschaft notwendig gewesen seien und habe diese Unterlagen dem Kaufinteressenten zur Verfügung gestellt. Überdies habe I. \_\_ die für den Verkauf der Liegenschaft notwendigen Informationen gesucht und übermittelt, habe die Besichtigung des betreffenden Objekts gemeinsam mit dem Kaufinteressenten durchgeführt und habe mit diesem in engem Kontakt gestanden (Telefonate, E-Mails, Besprechungen). Die Verkäuferin (Berufungsklägerin) habe sie zudem durch Besprechungen und Telefonate über den Stand der Dinge auf dem Laufenden gehalten und sie habe versucht, eine Einigung zwischen den Vertragsparteien zu erzielen. Die Behauptung, I. \_\_ habe an den Verkaufsverhandlungen nicht teilgenommen oder den

Vertragsabschluss in irgendeiner Weise beeinflusst, sei daher falsch. Im Übrigen handle es sich um einen mündlichen Mäklervertrag, der keine spezifischen Mäklertätigkeiten vorgesehen habe. 5.6.3 a) Der Vermittlungsmäkler hat weitergehende Pflichten als der Nachweismäkler. Er muss aktiv auf die Abschlussbereitschaft des potenziellen Vertragspartners hinwirken und den Abschluss des Vertrages fördern. Es reicht nicht aus, dass der Mäkler einzig Interessenten nachweist und das beabsichtigte Geschäft ohne weiteres Zutun des Mäklers (ohne Beihilfe) zustande gekommen ist, da er eben weitergehende Pflichten hat als der Nachweismäkler (vgl. auch vorstehende E. 4.1).

31■46 b) Wie bereits in Erwägung 4.3.5. c/bb ausführlich dargelegt wurde, hat die Zweitmäklerin bzw. I. \_\_ mit F. \_\_ Kontakt aufgenommen und es fand zwischen der Mäklerin und dem Erstinteressenten ein reger E-Mailverkehr über die zu vermittelnde Liegenschaft statt. I. \_\_ hat die Liegenschaft F. \_\_ angeboten und ihn der Berufungsklägerin als potenziellen Käufer vorgestellt. Ausserdem stellte sie dem Interessenten umfangreiche Unterlagen zur Verfügung und belieferte diesen mit Informationen. I. \_\_ priess sich überdies als Ansprech- und Begleitperson an und hatte mehrfach Kontakt zu H. \_\_. Sie war auch an der Besichtigung des Verkaufsobjekts dabei und tauschte sich wiederholt mit F. \_\_ über den Verlauf der Verhandlungen aus und stand zu diesem in engem Kontakt (Telefonate, E-Mails, Besprechungen). Die Zweitmäklerin war offensichtlich bemüht, eine Einigung zwischen den Parteien zu finden und wirkte aktiv auf den Abschluss des Kaufvertrags hin (vgl. vorstehende E. 4.3.5 c/bb). Daraus erhellt, dass I. \_\_ nicht bloss Unterlagen und Informationen übermittelt hat, sondern insbesondere in den Verhandlungen mit dem Erstinteressenten F. \_\_ weitergehende, mäklertypische Tätigkeiten erbracht hat. Die Vorinstanz hat daher zu Recht gefolgert, dass es zu den zwischen F. \_\_ und H. \_\_ geführten Verkaufsverhandlungen im Ergebnis auch aufgrund der Tätigkeit von I. \_\_ als Mäklerin gekommen sei. Die Zweitmäklerin war zudem auch noch später, nachdem D. \_\_ den Erstinteressenten als potenzieller Käufer abgelöst hatte, in den Verkaufsprozess involviert. Sie nahm insbesondere auch am Treffen mit D. \_\_ vom 6. August 2014 teil und blieb stets die Ansprechperson von F. \_\_ (vgl. vorstehende E. 4.3.5 c/cc). Dass am Treffen vom 6. August 2014 offenbar auch andere Themen als der Verkauf der Liegenschaft besprochen wurden, ist hier irrelevant. Relevant ist einzig, dass (auch) der Verkauf der Liegenschaft besprochen wurde und dass I. \_\_ bei den Verkaufsverhandlungen als Mäklerin anwesend war. Auch wenn die Verhandlungsgespräche mit D. \_\_ primär von F. \_\_ geführt wurden, so war I. \_\_ als Mäklerin anwesend und zumindest im Hintergrund ebenfalls an den Gesprächen beteiligt und in den Verkauf involviert. So informierte sie – beziehungsweise eventuell die Zweitmäklerin – im Anschluss an das Treffen vom 6. August 2014 beispielsweise auch H. \_\_ über das Kaufinteresse von D. \_\_. Die Zweitmäklerin bzw. ihre Vertreterin I. \_\_ ist offensichtlich als Mäklerin aufgetreten und hat auch als solche gehandelt. Ihre Tätigkeit hat sich auch nicht nur auf die Bekanntgabe einer oder mehrerer konkret bestimmter Abschlussgelegenheiten (Nachweismäkelei) beschränkt. Sie wirkte vielmehr aktiv auf den Vertragsabschluss hin. Der Einwand der Berufungsklägerin, I. \_\_ habe weder an den Verkaufsverhandlungen teilgenommen noch habe sie den Vertragsabschluss in irgendeiner Weise beeinflusst, erweist sich als unbegründet. Im Übrigen weist die Berufungsbeklagte zu Recht darauf hin, dass es sich um einen mündlichen Mäklervertrag

32■46 handle und keine spezifischen Mäklertätigkeiten vereinbart worden seien. Den Makler trifft grundsätzlich keine Tätigkeitspflicht, ausser eine solche sei vereinbart worden.

Mangels anderer vertraglicher Abrede kann der Makler seine Tätigkeit frei organisieren und ist in der Wahl der Mittel ungebunden. Die Meinung des Auftraggebers muss er dazu grundsätzlich nicht einholen (BGE 103 II 129 E. 4; BGE 84 II 527 E. 2; CATERINA AMMANN, in: BSK-OR I, a.a.O., N. 7 zu Art. 412 OR). c) Zum Vorbringen der Berufungsklägerin, die Mäklertätigkeit sei im Mai 2014 beendet worden, wird auf die vorstehende E. 4.3.5 c/ff verwiesen. Der behauptete «Verzicht auf Bindungswillen» vom Mai 2014 wurde wie gesagt nicht rechtsgenüchlich nachgewiesen und ist daher unbeachtlich. 5.7 Schliesslich sind auch alle anderen Argumente der Berufungsklägerin nicht zielführend und es wird – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – nochmals auf die Erwägungen des angefochtenen Urteils vom 16. Februar 2021 (insbesondere E. 4.7) verwiesen. 5.8 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte den Nachweis des kausalen Zusammenhangs zwischen dem Tätigwerden der Zweitmäklerin und dem Abschluss des Kaufvertrags erbracht hat. Die Mäklertätigkeit von I. \_\_ als Mitarbeiterin der Zweitmäklerin ist zumindest als Mitursache des Vertragsabschlusses mit der K. \_\_ AG zu betrachten. Ohne ihre Bemühungen, welche F. \_\_ und die Berufungsklägerin zusammengeführt haben, wäre es auch zu keinem Vertragsabschluss mit der K. \_\_ AG gekommen. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung ist nicht zu beanstanden und die Zweitmäklerin bzw. die Berufungsbeklagte hat demzufolge Anspruch auf einen Mäklerlohn. 6. Höhe des Mäklerlohns 6.1 Die Berufungsklägerin trägt gegen die festgesetzte Höhe des Mäklerlohns hauptsächlich vor, die Vorinstanz lasse völlig ausser Acht, dass die Berufungsbeklagte beweispflichtig sei. Die J. \_\_ sei ihren Pflichten nicht nachgekommen. Es liege eine mangelhafte Erfüllung vor. Vor diesem Hintergrund sei eine Provision von maximal 1% bzw. Fr. 120'000.– angemessen. Dies entspreche denn auch der Übung. Es sei üblich, Abstufungen auf der Provision vorzunehmen,

33■46 wenn bestimmte vertragliche Pflichten nicht erfüllt worden seien. Es würden sich auch nicht dieselben Parteien gegenüber stehen wie im Erstvertrag, weshalb nicht auf den Verkaufsauftrag vom 14. August 2013 abgestellt werden könne. Der Berufungsbeklagten sei lediglich eine Forderung zediert worden. Gleiches gelte für die Mehrwertsteuer. Es könne zudem nicht unbesehen auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.121/2005 vom 5. Juli 2005 abgestellt werden. Diesem Entscheid habe ein schriftlicher Vertrag zugrunde gelegen und er äussere sich einzig zur Höhe der vereinbarten Provision, nicht aber zur Frage, ob, sofern kein Mehrwertsteuerzuschlag explizit vereinbart worden sei, eine Mehrwertsteuer zusätzlich veranschlagt werden könne. Die Vorinstanz setze sich nicht mit diesem Argument der Berufungsklägerin auseinander (vgl. Stellungnahme vom 14. Januar 2021, Ziff. 35). Was für Anwälte betreffend Mehrwertsteuer gelte, müsse auch für Mäkler gelten. Die Berufungsbeklagte bestreite dies im Übrigen nicht substantiiert, weswegen von einer Anerkennung auszugehen sei. Eine pauschale Bestreitung genüge nicht. Die geschuldete Provision betrage maximal Fr. 120'000.– (inkl. MWST). 6.2 Die Berufungsbeklagte vertritt demgegenüber zusammengefasst die Meinung, die Berufungsklägerin anerkenne mit ihrer Aussage «Es liegt mithin eine mangelhafte Erfüllung vor» förmlich das Vorliegen eines Vertrages, da ohne einen Vertrag eine mangelhafte Erfüllung nicht möglich wäre. Eine nicht ordnungsgemässe Erfüllung des betreffenden Mäklervertrages sei jedoch ausgeschlossen. Die Berufungsklägerin habe sodann vor Vorinstanz behauptet, dass 1% Provision im Kanton Y. \_\_ der Übung entspreche, ohne dies zu belegen. Entgegen ihrer bisherigen Argumentationsweise behauptete sie nun, der Berufungsbeklagten stehe nur deshalb 1% des Verkaufspreises zu, weil der Mäklervertrag mangelhaft erfüllt worden sei. Dies werde bestritten. Da die J. \_\_ gewerbsmässig mit

Liegenschaften handle und diese vermittele, stehe ihr ein branchenübliches Honorar zu. Gestützt auf Lehre und Rechtsprechung erscheine eine Provi- sion von 1.85%, berechnet auf einen Verkaufspreis von Fr. 12'000'000.–, mehr als gerechtfertigt, wenn nicht sogar zu niedrig. Die Vorinstanz habe die im schriftlichen Mäklervertrag vom

### **E. 10.1**

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO). Mit Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils wird der unterliegende Berufungskläger kosten- und entschädigungspflichtig.

### **E. 10.2**

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erste Instanz massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG; NG 261.2). In Verfahren mit einem Streitwert über Fr. 150'000.– bis Fr. 300'000.– betragen die Entscheide- bühren vor dem Kantonsgericht zwischen Fr. 3'000.– bis Fr. 9'000.– (Art. 7 Abs. 1 PKoG). Somit betragen die Gerichtskosten vor Obergericht zwischen Fr. 2'000.– und Fr. 6'000.–. In- nerhalb dieses Rahmens bemessen sich die Gebühren nach der persönlichen und wirtschaft- lichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Die Kosten für Vorladungen, Telekommunikation, die Ausfertigung und Zustellung von Entscheiden sowie für die Rechtskraftbescheinigung in den Gebühren enthalten (Art. 2 Abs. 2 PKoG). Die vorliegende Streitigkeit scheint für die Parteien von erheblicher persönlicher und wirt- schaftlicher Bedeutung zu sein. Die Streitigkeit zwischen den Parteien zieht sich bereits über mehrere Jahre hin und hat mehrere Instanzen durchlaufen. In Anbetracht dessen sowie ange- sichts der sich im Rahmen der Neubeurteilung des Falles stellenden Fragen rechtfertigen sich für das vorliegende Berufungsverfahren Gerichtskosten von pauschal Fr. 5'500.–. Sie werden mit dem Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin in gleicher Höhe verrechnet und sind damit bezahlt (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

### **E. 10.3**

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu; die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Im Beru- fungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.–; zuzüglich – sofern verlangt – Auslagen und Mehrwertsteuer (Art. 43, 52 und

45■46 54 PKoG). Bei einem Streitwert über Fr. 200'000.– bis Fr. 500'000.– beträgt das ordentliche Honorar vor der ersten Instanz Fr. 10'000.– bis Fr. 40'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG). Somit liegt der Kostenrahmen für das Honorar des vorliegenden Berufungsverfahrens zwischen Fr. 2'000.– und Fr. 24'000.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätzen sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Mit Kostennote vom 2. Dezember 2021 macht der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren bis und mit zweiter

Rechtsschriftenwechsel ein Honorar von Fr. 8'628.10 inkl. MWST (50% der Parteientschädigung gemäss Urteil vom 16. Februar 2021 des Kantonsgerichts) geltend. Die Kostennote liegt im anwendbaren Honorarrahmen und erscheint in Anbetracht des umfangreichen doppelten Schriftenwechsels angemessen. Sie kann demnach im geltend gemachten Umfang genehmigt werden. Im Rahmen eines weiteren Rechtsschriftenwechsels liess sich der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten zur 20-seitigen Triplik der Berufungsklägerin kurz vernehmen (2 Seiten). Die Parteientschädigung entsprechend auf Fr. 9'000.■ (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt.

46■46

#### **E. 14**

August 2013 (KB 3, Ziff. 5.2 [ZK15 42]) sämtliche Honorare «zuzüglich» der gesetzlichen Mehrwertsteuer vereinbart wurden. Daher darf angenommen werden, dass implizit auch beim mündlichen Mäklervertrag mit der J. die Provision von 1.85% «zuzüglich» und nicht «inklusive» Mehrwertsteuer vereinbart wurde (vgl. auch vorinstanzliche E. 5.4 S. 25). Der nunmehr vorgebrachte Einwand der Berufungsklägerin, dass bei der Mehrwertsteuer die gleiche Regelung gelte wie beim Rechtsanwalt in Bezug auf die Parteientschädigung, überzeugt nicht. Die Mäklerprovision, welche an das kausale Zustandekommen des Zielvertrages anknüpft, ist nicht mit einer vom Rechtsanwalt für seine Zeitaufgaben beanspruchte Parteientschädigung vergleichbar. Im Übrigen ist die Behauptung der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte ihre Gegenargumente nicht bestritten, falsch. Diese wurden von der Berufungsbeklagten in ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2021 ausdrücklich abgelehnt (vgl. S. 3, Ziff. 4 [ZK 19 8]). Sodann verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht, dass sich die Vorinstanz über alle Rügen der Parteien ausspricht. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, N. 838; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 1001 ff.; BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 126 I 97 E. 2b). 6.6 Im Ergebnis ist daher mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass die Berufungsbeklagte gegenüber der Berufungsklägerin einen Provisionsanspruch in Höhe von 1.83% von 12 Millionen Franken bzw. Fr. 220'000.– zzgl. 8% MWST (Fr. 17'760.–) hat. Gegen die korrekte Verzugszinsberechnung der Vorinstanz (5% seit dem 7. Mai 2015; vgl. vorinstanzliche E. 6) hat die Berufungsklägerin keine Einwände vorgebracht.

38■46 7- Verrechnungseinrede / Schadenersatzanspruch Berufungsklägerin

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.