

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050163 vom 29. September 2006

Zh Kassationsgericht, 2006-09-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA050163](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA050163)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050163 du 29 septembre 2006

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050163 del 29 settembre 2006

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 15. März 2004 liess X. (nachfolgend Beschwerdeführer) unter Beilage der Weisung (BG act. 1) beim Bezirksgericht \_\_\_\_ Klage gegen die Y. AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) auf Bezahlung von Fr. 376'600.-- nebst Zins zu 5% seit 16. Oktober 2003 einreichen (BG act. 2). Der Beschwerdeführer brachte zur Begründung seiner Forderung vor, er habe die ihn gemäss Mäklervereinbarung vom 27. August 2003 treffenden Verpflichtungen vollumfänglich erfüllt, weshalb die Beschwerdegegnerin zur Leistung der vereinbarten Mäklerprovision zu verpflichten sei (BG act. 2 S. 3 ff.). Mit Urteil vom 11. November 2004 wurde die Beschwerdegegnerin verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 376'600.-- nebst Zins zu 5% seit 16. Oktober 2003 sowie Fr. 200.-- Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wurde zudem der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 55447 des Betreibungsamtes \_\_\_\_ aufgehoben (BG act. 28 S. 21).

### E. 2

Die Beschwerdegegnerin erhob Berufung gegen das bezirksgerichtliche Urteil (OG act. 35). Mit Urteil vom 9. September 2005 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) die Klage ab.

### E. 3

Gegen das obergerichtliche Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Hinwil sei zu bestätigen; eventualiter sei das Obergericht anzuweisen, die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an das Bezirksgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 26. Oktober 2005 nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 20'000.-- wurde fristgemäss geleistet (KG act. 5/1 und 9). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer Beschwerde-

- 3 - antwort die vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10 S. 2). Mit Eingabe vom 10. Februar 2006 nahm der Beschwerdeführer zur Beschwerdeantwort Stellung (KG act. 14). Die Beschwerdegegnerin ihrerseits verzichtete auf eine Äusserung zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 10. Februar 2006 (KG act. 17).

### E. 3.1

a) Der Beschwerdeführer sieht eine willkürliche Annahme des Obergerichts in der Erwähnung, dass der Beschwerdeführer A. als Hilfsperson beigezogen habe und er (der Beschwerdeführer) für A.s Handlungen hafte, wie wenn es seine eigenen wären (KG act. 1

S. 13). b) Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe erwähnt, dass er drei weitere Personen zugezogen und diesen Provisionen versprochen habe. In der Klageantwort habe die Beschwerdegegnerin ausgeführt, sie habe nun in Erfahrung gebracht, wer diese Leute gewesen seien: B., C. und A. Der Beschwerdeführer habe darauf repliziert, von einer Geschäftsverbindung C./A. habe er nichts gewusst, und der Kontakt zu A. sei über die Zwischenstationen B. und C. zustande gekommen. Er habe darauf bestanden, dass ihm der Beizug von Fachpersonen nicht untersagt gewesen sei - er habe aber nicht die hier wesentliche Behauptung der Beschwerdegegnerin bestritten, er habe (auch) A. als eine solche Fachperson beigezogen und ihm eine Provision versprochen (KG act. 2 S. 14). c) Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, einen im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Die Vorinstanz bezieht sich u.a. auf eine Stelle in der Klagebegründung, wo der Beschwerdeführer ausführen liess (BG act. 2 S. 4): "Um den ihm erteilten Auftrag innert der kurzen Frist von lediglich einem Monat erfüllen zu können[,] zog der Kläger drei Untermäkler bei. Diesen Untermäklern versprach der Kläger je eine P[ro]visionsbeteiligung für den Fall, dass die Beklagte ihm die gemäss Mäklervertrag vom 27.8.2003 (Beilage 3) vereinbarte Provision ausbezahlt". Ob die Vorinstanz nun A. aufgrund dieser Darstellung sowie angesichts der vorstehend wiedergegebenen weiteren Behauptungen der Parteien zu Recht als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR qualifizierte, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts. Inwiefern eine willkürliche tatsächliche Feststellung getroffen worden wäre, ist nicht ersichtlich.

- 7 -

### **E. 3.2**

a) Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Erwägung des Obergerichts, der Beizug weiterer Fachleute sei nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie im Interesse der Beschwerdegegnerin erfolgt, sondern hätte (an sich legitimerweise) den eigenen Interessen des Beschwerdeführers gedient, der sich dadurch eine bessere Erfolgschance verschafft habe, das als Erfolgsprämie ausgestaltete Mäklerhonorar zu verdienen, beruhe auf willkürlicher Annahme. Der unbestrittene Sachverhalt erhelle, dass der gesamte Ablauf der Vermittlungstätigkeit des Beschwerdeführers im Interesse der Beschwerdegegnerin erfolgt sei. Die gegenseitige (gemeint wohl gegenteilige) Erwägung des Obergerichts sei unzutreffend und beruhe auf willkürlichen Annahmen. Die Akten gäben nichts her, was diese Annahmen zu stützen vermöchte (KG act. 1 S. 14 f.). b) Aus den Vorbringen des Beschwerdeführers wird nicht klar, inwieweit die Vorinstanz mit der angefochtenen Erwägung eine willkürliche Annahme zum Nachteil des Beschwerdeführers getroffen haben sollte. Ein Nichtigkeitsgrund ist nicht dargetan.

### **E. 3.3**

a) Das Obergericht erwäge, jedenfalls unzutreffend sei die Auffassung des Beschwerdeführers, er habe der Beschwerdegegnerin nur Interessenten zuzuführen müssen, und alles Weitere (namentlich die Festsetzung des Preises) sei nicht mehr seine Sache gewesen. Auch dabei handle es sich, so die Ansicht des Beschwerdeführers, um eine willkürliche Annahme. Angesichts des konkreten Mäklervertrags hätten die Parteien klassische Nachweismäkelei vereinbart. Es sei aktenkundig, dass der Beschwerdeführer lediglich einen geeigneten Kaufinteressenten nachzuweisen gehabt habe. Es ergebe sich aus den Akten keineswegs, wie die Vorinstanz im Widerspruch zu ihren eigenen

Erwägungen und willkürlich annehme, dass der Beschwerdeführer etwas anderes habe vorgehen müssen bzw. vorgekehrt habe, als der Beschwerdegegnerin einen kaufwilligen Interessenten zuzuführen, welcher die Vorgaben der Beschwerdegegnerin akzeptiert habe (KG act. 1 S. 15 f.). b) Die Vorinstanz erwog an der vom Beschwerdeführer bezeichneten Stelle, richtig sei, dass die Doppelmäkelei nicht absolut ausgeschlossen sei, und dass das Bundesgericht die Abgrenzung nicht abschliessend definiert habe. Jedenfalls

- 8 - unzutreffend sei aber die Auffassung des Beschwerdeführers, er habe der Beschwerdegegnerin nur Interessenten zuführen müssen, und alles Weitere (namentlich die Festsetzung des Preises) sei nicht mehr seine Sache gewesen. Nach dem Mäklervertrag habe er einen Interessenten nachzuweisen gehabt, welcher mindestens Fr. 17,5 Mio. zu zahlen bereit gewesen sei; die Abstufung der Provision mache allerdings klar, dass das kein fester Preis gewesen sei, und das Ziel nicht dieser Betrag, sondern eine möglichst hohe Summe gewesen sei (KG act. 2 S. 15). c) Beschwerdeführer und Vorinstanz sind sich darin einig, dass der Beschwerdeführer gemäss Mäklervereinbarung einen Interessenten nachzuweisen hatte, welcher mindestens den genannten Betrag zu zahlen bereit war, und dass eine abgestufte Provision abgemacht war. Welche Rechtsfolgen mit einer solchen Vereinbarung verbunden sind, stellt eine von bundesrechtlichen Bestimmungen beherrschte Rechtsfrage dar. Mithin kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht geprüft werden, ob die Vorinstanz aus den genannten Vertragsklauseln die richtigen Schlüsse gezogen hat. Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen hätte, ist nicht ersichtlich.

#### **E. 3.4**

a) Eine weitere willkürliche Annahme sieht der Beschwerdeführer in der obergerichtlichen Folgerung, die Abstufung der Provision mache klar, dass der genannte Betrag von Fr. 17,5 Mio. kein fester Preis gewesen sei, und das Ziel nicht dieser Betrag, sondern eine möglichst hohe Summe gewesen sei. Im Mäklervertrag sei gerade nicht festgehalten, dass der Verkauf "bestmöglich" oder zu einem "möglichst hohen Preis" zu erfolgen habe; vielmehr habe die Beschwerdegegnerin erklärt, dass sie die fragliche Liegenschaft verkaufe, wenn ein Preis über dem Schwellenwert/Richtwert von Fr. 17,5 Mio. gelöst werden könne. Das Bezirksgericht habe zutreffend festgehalten, der Mäklervertrag und die Provisionsabstufung könnten nicht anders verstanden werden, als dass die Beschwerdegegnerin die Erzielung eines höheren Verkaufspreises der (freien) Initiative des Beschwerdeführers überlasse. Die Beschwerdegegnerin sei mit Bezug auf den Kaufpreis nach eigener Zugabe auch mit weniger zufrieden gewesen, als sie sich ursprünglich vorgestellt habe. Aktenkundig sei zudem, dass der letztlich massgebliche Kaufpreis von Fr. 17,9 Mio. von der Beschwerdegegnerin festgesetzt

- 9 - worden sei. Davon auszugehen, das Erzielen einer möglichst hohen Summe sei beabsichtigt gewesen, sei willkürlich (KG act. 1 S. 16 f.). b) Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Rüge geltend machen will, die vorinstanzliche Auffassung ergebe sich nicht aus dem Mäklervertrag bzw. sei entsprechend willkürlich, so ist dieser Einwand unbegründet. Dass es bei einer abgestuften Provisionsvereinbarung das Ziel des Mäklers sein wird, eine möglichst hohe Provision (und damit verbunden einen möglichst hohen Kaufpreis) erzielen zu können, liegt auf der Hand und ist nicht unhaltbar. Ebenso wenig ist seitens der Verkäuferin ein anderes Ziel ersichtlich, als dass sie die Liegenschaften - wenn auch unter Beachtung gewisser weiterer Kriterien - zu einem möglichst hohen Preis verkaufen wollte. Dass sich der Beschwerdeführer je nach Situation möglicherweise entscheiden musste, ob

er einen Käufer mit Mindestpreisangebot vermitteln oder noch einen anderen Käufer suchen wollte (KG act. 1 S. 17) bzw. die Erzielung eines höheren Kaufpreises von der Initiative des Mäklers abhing (KG act. 1 S. 16), ändert daran nichts. Wollte der Beschwerdeführer überdies einwenden, die Vorinstanz habe den Mäklervertrag falsch ausgelegt (Art. 18 OR), so könnte dieser Einwand im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht geprüft werden.

### **E. 3.5**

a) Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe der Beschwerdegegnerin "eine Kaufzusage zu den obigen Bedingungen" (Mindestpreis, Anzahlung, Übernahme Mietverträge, Tragung Kosten und Steuern) vorzulegen, also den Vertrag schon weitgehend vorzubereiten gehabt - auch wenn er selber zum Abschluss nicht bevollmächtigt gewesen sei, hätten seine Verhandlungen mit einem potentiellen Käufer einen wesentlichen Einfluss auf den Inhalt des späteren Vertrages gehabt, darin eingeschlossen den Preis (KG act. 2 S. 16). b) Der Beschwerdeführer begründet die Rüge der aktenwidrigen Annahme damit, das Obergericht sage selbst, dass es sich bei Ziff. 2 des Mäklervertrages um Parameter, Vorgaben der Beschwerdegegnerin handle. Diese Parameter hielten nur fest, was gesetzlich vorgeschrieben bzw. branchenüblich sei. Die Parameter seien Gegenstand des Auftrages gewesen, den die Beschwerdegegnerin

- 10 - dem Beschwerdeführer längst vor Abschluss des Kaufvertrages erteilt habe. Die Parameter hätten daher vom Beschwerdeführer nicht zum Inhalt von Vertragsverhandlungen gemacht werden können - im Gegenteil: es sei ihm untersagt gewesen, an den Parametern etwas zu ändern, habe er seine Mäklerprovision nicht verlieren wollen. Aktenkundig sei, dass die Beschwerdegegnerin die Parameter nachträglich geändert habe. Die Beschwerdegegnerin habe dem Beschwerdeführer den Mäklerlohn gerade deshalb verweigert, weil die von ihr nachträglich veränderten Parameter nicht mehr vollumfänglich denjenigen in der Mäklereinbarung entsprochen hätten. Somit habe der Beschwerdeführer mit der Kaufinteressentin keine Vertragsverhandlungen führen können bzw. geführt haben können. Seine Bemühungen hätten sich in der Beibringung der Kaufzusage "zu den obigen Bedingungen" erschöpft. Der Beschwerdeführer habe der Käuferin nur den von der Beschwerdegegnerin verlangten Kaufpreis (sowie die übrigen Parameter und Vorgaben der Beschwerdegegnerin) mitteilen können. Für ihn habe es nur die Alternative gegeben: Entweder akzeptiere die Kaufinteressentin den von der Beschwerdegegnerin verlangten Kaufpreis und die übrigen Vorgaben oder eben nicht. Aus all diesen Gründen sei die Erwägung des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe an den Vertragsverhandlungen mitgewirkt, eine geradezu aktenwidrige, jedenfalls aber willkürliche Annahme (KG act. 1 S. 18 f.). c) Die Vorinstanz hat nicht verkannt, dass es die Beschwerdegegnerin war, welche die Parameter bestimmte. Hingegen vertritt sie die Ansicht, das Tätigwerden des Beschwerdeführers bis zur Präsentation eines Kaufinteressenten mit Kaufzusage zu den von der Beschwerdegegnerin festgelegten Parametern sei als eine derartige Mitwirkung bei den Vertragsverhandlungen zu qualifizieren, wie sie das Bundesgericht in seiner Entscheidung BGE 111 II 368 umschreibe. Ob diese obergerichtliche Auffassung zutrifft, beurteilt sich nach materiellem Bundesrecht. Auf die Rüge des Beschwerdeführers kann - auch wenn er sie unter dem Titel der Aktenwidrigkeit bzw. willkürlichen Annahme erhebt - im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

### **E. 3.6**

a) Schliesslich wendet der Beschwerdeführer unter dem Titel "willkürliche Annahme" ein, die vorinstanzliche Erwägung, es sei klar, dass sich der vom Beschwerdeführer beigezogene und von ihm als Mäkler honorierte A. nicht in er-

- 11 - ster Linie am Interesse der Beschwerdegegnerin an einem möglichst hohen Preis orientiert habe, sondern als Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin (gemeint wohl der Käuferin) gerade das umgekehrte Interesse vertreten habe, sei unhaltbar (KG act. 1 S. 19).

b) Was der Beschwerdeführer zur Begründung seiner Rüge vorbringt (KG act. 1 S. 19 f.), ist nicht geeignet, einen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Aus den Einwänden des Beschwerdeführers geht nicht hervor, weshalb es willkürlich wäre, davon auszugehen, A. habe sich als Verwaltungsrat der Käuferin nicht in erster Linie am Interesse der Verkäuferin und Beschwerdegegnerin orientiert.

#### **E. 4**

Im zweiten Teil der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 21 ff.) rügt der Beschwerdeführer, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei in verschiedener Hinsicht verletzt worden, indem die Vorinstanz die Bestimmungen der ZPO über seinen Anspruch auf Beweisführung missachtet habe. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung der bundesrechtliche Anspruch auf Beweisführung tangiert ist, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 223; Vogel, Das Recht auf den Beweis, in recht 1991, S. 43; BGE 126 III 317, 123 III 40, 114 II 290 f., 105 II 145, ZR 95 Nr. 73). Demgegenüber stellt die Abnahme nicht aller angerufenen, sondern nur einzelner Beweismittel allenfalls eine Gehörsverweigerung dar bzw. beruht auf willkürlicher (antizipierter) Beweiswürdigung, was in jedem Fall als Verletzung von kantonalem bzw. Verfassungsrecht zu rügen ist. Nach kantonalem Prozessrecht bestimmt sich auch, wie das Beweisverfahren durchzuführen ist (ZR 95 Nr. 73; Lieber, a.a.O., S. 224, 229).

#### **E. 4.1**

Inwiefern in Bezug auf die Ausführungen unter Ziffer 23.2 (KG act. 1 S. 21) ein Nichtigkeitsgrund vorliegend sollte, ist nicht ersichtlich. Weiterungen hiezu erübrigen sich.

- 12 -

#### **E. 4.2**

a) Als unzutreffend bezeichnet der Beschwerdeführer die obergerichtliche Erwägung, er habe die hier wesentliche Behauptung der Beschwerdegegnerin, er habe (auch) A. als eine solche Fachperson beigezogen und ihm eine Provision versprochen, nicht bestritten (KG act. 1 S. 21 f.). b) Wie vorstehend dargelegt, ist der bundesrechtliche Anspruch auf Beweisführung tangiert, wenn geltend gemacht wird, die Vorinstanz habe eine tatsächliche Behauptung zu unrecht als unbestritten bezeichnet. Auf die Kritik des Beschwerdeführers ist demzufolge nicht einzutreten.

#### **E. 4.3**

a) Schliesslich wendet der Beschwerdeführer ein, er habe zur Frage des Vermittlungsvorganges als Zeugen die Beteiligten B., C. und A. sowie seine eigene persönliche Befragung bzw. Beweisaussage offeriert. Er habe ausgeführt, dass er nach

Erteilung des Mäklerauftrages B. kontaktiert, der dann C. ausfindig gemacht und mit dem Beschwerdeführer zusammengebracht habe und es sei C. gewesen, der dem Beschwerdeführer den Kaufinteressenten A. zugeführt habe. Das Obergericht habe sich über die Beweisanträge des Beschwerdeführers hin- weggesetzt und erwogen, A. sei Hilfsperson des Beschwerdeführers gewesen (KG act. 1 S. 22 f.). b) Aus der Beschwerdeschrift geht nicht hervor, dass bzw. aus welcher Stelle des angefochtenen Entscheides ersichtlich ist, die Vorinstanz wäre von ei- nem anderen als dem vom Beschwerdeführer geschilderten Vermittlungsvorgang ausgegangen. Vielmehr hielt das Obergericht den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Vermittlungsvorgang auch im Urteil fest (KG act. 2 S. 14). Wenn aber Vorinstanz und Beschwerdeführer von denselben tatsächlichen Behauptungen ausgehen, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz einen im kantonalen Be- schwerdeverfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund gesetzt hätte.

#### **E. 5**

Zusammengefasst ergibt sich demnach, dass der Beschwerdeführer kei- nen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist demzufolge ab- zuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

- 13 - II I. Ausgangsgemäss sind dem Beschwerdeführer die Kosten des Kassations- verfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), und er ist zu verpflichten, der Be- schwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Das Gericht beschliesst:

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