

# ZH\_OBERGERICHT LB120044 vom 21. März 2013

ZH Obergericht, 2013-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB120044](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120044)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB120044 du 21 mars 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LB120044 del 21 marzo 2013

## Erwägungen

### E. 1

Juni 2010 zu erfolgen habe (act. 5/3). E.\_\_\_\_\_ stellte der Klägerin für seine Bemühungen eine Mäklerprovision in Höhe von Fr. 284'368.80 in Rechnung (act. 5/10).

### E. 1.1

Die A.\_\_\_\_\_ AG (Klägerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Klägerin) ist Eigentümerin einer grösseren Gewerbeliegenschaft in D.\_\_\_\_\_ (Grundbuch Nr. ...). Zum Zwecke des Verkaufs dieser Liegenschaft beauftragte die Klägerin am 23. April 2009 E.\_\_\_\_\_ als Alleinmäkler (act. 5/2). In der Folge kam es zum Abschluss eines Grundstückkaufvertrages zwischen der Klägerin und B.\_\_\_\_\_ (Beklagter und Berufungsbeklagter, nachfolgend Beklagter). Der Kaufvertrag über die genannte Liegenschaft zum Preis von Fr. 11.3 Mio. wurde am 13. April 2010 auf dem Notariat des Bezirkes ... öffentlich beurkundet, wobei vereinbart wurde, dass der Besitzesantritt mit der Eigentumsübertragung spätestens per

### E. 1.2

Bis zum genannten Datum des 1. Juni 2010 wurde der Kaufvertrag wegen Ausbleibens des Beklagten nicht vollzogen und die Eigentumsübertragung fand nicht statt. Der Beklagte stellte sich in seinem Schreiben an die Klägerin vom 28. Mai 2010 auf den Standpunkt, der Kaufvertrag sei wegen eines Grundlagenirrtums oder gar wegen absichtlicher Täuschung ungültig (act. 5/4). Die Klägerin teilte dem Beklagten mit Schreiben vom 2. Juni 2010 mit, dass sie auf nachträgliche Leistung (des Kaufpreises) verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange (vgl. act. 5/4-5 und act. 5/8). Mit Zahlungsbefehl vom 11. August 2010 setzte die Klägerin gegen den Beklagten die Mäklerprovision über Fr. 284'368.80 nebst Zins zu 5 % seit 2. August 2010 in Betreibung. Der Beklagte erhob am 19. August 2010 Rechtsvorschlag (Betreibung Nr. ..., act. 5/14). Am 28. Juli 2011 verkaufte die Klägerin die Liegenschaft für Fr. 10 Mio. an einen anderen Käufer (act. 33/5), und E.\_\_\_\_\_ stellte für seine diesbezüglichen Verkaufsbemühungen der Klägerin am 3. August 2011 eine Rechnung über Fr. 242'488.10 (act. 33/6).

- 5 -

### E. 1.3

Am 22. Dezember 2010 machte die Klägerin bei der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich gegen den Beklagten eine Klage mit dem vorerwähnten Rechtsbegehren anhängig (act. 2). Sie klagte (schliesslich) auf Ersatz der zweiten Mäklerprovision, welche im Zusammenhang mit dem Verkauf der Gewerbeliegenschaft in D.\_\_\_\_\_ anfiel. Der Beklagte schloss auf Abweisung der Klage (act. 16 S. 2). Die Vorinstanz führte am 18. Mai 2011 eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung und einen zweifachen Schriftenwechsel mit anschliessender Stellungnahme zu den Noven durch (vgl. Prot. I S. 3

ff.). Für die ausführliche Darstellung der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 54 = act. 63 S. 3). Mit Beschluss und Urteil vom 10. April 2012 schrieb die Vorinstanz das Verfahren im Umfang von Fr. 35'968.80 als durch Rückzug erledigt ab und wies die Klage im Übrigen mit der Begründung ab, dass der streitgegenständliche Grundstückskaufvertrag den Ersatz des positiven Vertragsinteresses ausschliesse (act. 63 S. 17).

#### **E. 1.4**

Gegen dieses Urteil führt die Klägerin mit Eingabe vom 18. Mai 2012 rechtzeitig Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (act. 60). Den ihr mit Verfügung vom 7. Juni 2012 (act. 64) auferlegten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 14'700.-- leistete sie fristgerecht (act. 65-66). Der Beklagte erstattete die Berufungsantwort innert Frist am 24. August 2012 (act. 69). Sie wurde der Klägerin am 20. September 2012 zugestellt (act. 70-71). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

#### **E. 2.1**

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt danach das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit und das Verfahren des Rechtsmittels nach den Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung. Findet diese Anwendung, so gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 [GOG]) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV).

- 6 -

#### **E. 2.2**

Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung bereits rechtshängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) korrekt angewendet wurden.

#### **E. 2.3**

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Berufung wurde rechtzeitig schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Klägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

#### **E. 3.1**

Streitig ist die Auslegung der Klausel 3.a des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages vom 13. April 2010. Sie lautet wie folgt (act. 5/3 S. 3): "Der Besitzantritt mit Übergang von Nutzen und Gefahr findet mit der Eigentumsübertragung, welche spätestens per 1. Juni 2010 (Fixtermin) zu erfolgen hat, statt. Nach Ablauf dieses Datums würde der Vertrag sofort und ersatzlos dahinfallen. Die anteilmässigen Kosten des Beurkundungsverfahrens wären der Verkäuferschaft durch die Käuferschaft zu erstatten."

- 7 -

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz begründet ihren abweisenden Entscheid zusammengefasst mit dem Umstand, dass der Beklagte gestützt auf die Vertragsbestimmung 3.a des streitgegenständlichen Kaufvertrages vom 13. April 2010 nicht im Sinne der angehobenen Klage belangt werden könne, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag gültig zustande gekommen sei oder nicht (act. 63 S. 12 ff.).

### **E. 3.3**

Zur Ermittlung des entsprechenden Vertragswillens der Parteien unterzog die Vorinstanz die Klausel unter richtigem Hinweis auf die für die Vertragsauslegung massgeblichen Grundsätze einer breiten Auslegung (vgl. act. 63 S. 12). Im Rahmen der subjektiven Auslegung stellte sie fest, dass die Klägerin nicht hinreichend behauptet habe, die Parteien hätten einen vom Wortlaut der Klausel abweichenden übereinstimmenden Willen gehabt, oder die Klägerin hätte einen abweichenden Willen gehabt, welcher dem Beklagten hätte bekannt sein sollen. Es sei deshalb eine objektivierte Auslegung der strittigen Klausel vorzunehmen, welche im Sinne des klägerischen Rechtsbegehrens den Ersatz des positiven Vertragsinteresses oder des über die Beurkundungskosten hinausgehenden Vertragsinteresses zuliessen würde (act. 63 S. 12 ff.).

#### **E. 3.3.1**

Diesem Vorgehen hält die Klägerin entgegen, die Vorinstanz habe Art. 18 OR verletzt, indem sie nur eine normative Auslegung gemacht und es unterlassen habe, den tatsächlichen Willen der Parteien zu ermitteln (act. 60 S. 6 und S. 12 ff.). Die Vorinstanz habe ihr Recht auf Beweisabnahme verletzt, weil sie auf die Durchführung eines Beweisverfahrens zum übereinstimmenden abweichenden Willen der Parteien verzichtet (act. 60 S. 6 ff.) und den Sachverhalt dadurch unrichtig festgestellt habe. Ebenso wenig habe sie das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss gewürdigt, welcher Umstand bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien auch zu beachten sei (act. 60 S. 9 ff.).

#### **E. 3.3.2**

Vorab ist der Klägerin insofern zuzustimmen, dass die gerichtliche Vertragsauslegung zuerst in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, besteht (subjektive Auslegung). Der Vertragsinhalt bestimmt sich nach diesem wirklichen Willen, vollkommen unabhängig davon wie der Wortlaut des Vertrages lautet (Art. 18 Abs. 1 OR). In diesem Sinne hat das Gericht nach dem wirklichen Willen

- 8 - der Parteien zu forschen, und erst in einem zweiten Schritt, wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen lässt, hat sich das Gericht damit zu begnügen, durch objektivierte (normative) Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben

(GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1200 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die Klägerin scheint aber zu verkennen, dass die hier angesprochene Erforschung (Ermittlung) des tatsächlichen Willens der Parteien durch das Gericht dennoch unter der auch im vorliegenden Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime steht. Danach ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen (sog. Behauptungslast). Das Gericht legt seinem Verfahren nur behauptete (und alsdann bewiesene oder unbestritten gebliebene) Tatsachen zugrunde (§ 54 Abs. 1 und § 113 ZPO/ZH). Ferner stellt die subjektive Auslegung (im Gegensatz zur normativen; die Frage nach dem mutmasslichen Parteiwillen stellt eine Rechtsfrage dar) eine rechtserhebliche Tatsache dar (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1200 ff.; statt vieler: BGE 131 III 606 = Pra 95 (2006) Nr. 80, E. 4.1). Die Partei, welche aus der subjektiven Auslegung zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet, hat also den Bestand und den Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Willens zu behaupten (Art. 8 ZGB; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1201a). Diese Behauptungslast besteht unabhängig einer allfälligen Verteidigungstaktik der Gegenpartei. Daraus erhellt, dass die Klägerin die von ihr geltend gemachten Tatsachen, dass ein gemeinsamer vom Wortlaut abweichender Wille bestand, und aufgrund welcher Umstände dieser abweichende Wille zu erkennen war, durch Behauptungen rechtzeitig in den Prozess einzuführen hat. Die Klägerin hat es im vorinstanzlichen Verfahren jedoch unterlassen, entsprechende Behauptungen zu machen. Der Beklagte führt in der Berufungsantwort denn auch zutreffend an, die Klägerin habe im vorinstanzlichen Verfahren zur subjektiven Auslegung der Vertragsbestimmung einzig ausgeführt, die Parteien hätten einen beidseits verbindlichen Vertrag abschliessen wollen, dessen Verletzung

- 9 - nach den üblichen dispositiven Gesetzesregeln gemäss Art. 107/109 OR habe gehandelt werden sollen. Die Klausel 3.a habe nur deutlich machen sollen, dass es sich um ein Fixgeschäft mit aufgeschobenem Vollzug handle (act. 69 S. 3). Solche Ausführungen wiederholt die Klägerin auch in der Berufungsschrift (vgl. act. 60 S. 6 ff., S. 12). Allein diesen Behauptungen kann aber nicht entnommen werden, dass die Parteien effektiv und übereinstimmend einen vom Wortlaut abweichenden Inhalt vereinbart haben. Der Beklagte und die Vorinstanz führen zu Recht aus, die Klägerin hätte konkret behaupten müssen, auf Grund welcher Umstände er (der Beklagte) in Abweichung zum Wortlaut den Schadenersatz bei Nichterfüllung nicht auf das negative Interesse beziehungsweise auf die Beurkundungskosten hätte beschränken wollen, beziehungsweise auf Grund welcher Umstände oder auf Grund welchen Verhaltens ihm (dem Beklagten) die von der Klägerin vertretene Auffassung bei Vertragsschluss hätte bekannt sein sollen (act. 63 S. 13-15; act. 69 S. 3, S. 9 und S. 10). Dass sie solche substantiierte Behauptungen vor der Vorinstanz aufgestellt habe, macht die Klägerin im Berufungsverfahren nicht geltend, und soweit sie solche Behauptungen sinngemäss im Berufungsverfahren nachholt (vgl. act 60 S. 7 ff.), sind sie auf Grund der geltenden Novenbeschränkung (vgl. E. 2.3. vorstehend) nicht (mehr) zu hören.

### **E. 3.3.3**

Im Weiteren sind nur behauptete, strittige Tatsachen zum Beweis zu verstellen (§ 133 ZPO/ZH). Da es wie gezeigt an entsprechenden Behauptungen der Klägerin zum

übereinstimmenden wirklichen Willen beider Parteien von vornherein fehlte, war auch kein Beweisverfahren durchzuführen und keine Würdigung von Beweisen (§ 148 ZPO/ZH) vorzunehmen.

### **E. 3.4**

Demnach kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, der wirkliche Wille der Parteien sei nicht feststellbar. Lässt sich der wirkliche Wille nicht feststellen, erfolgt die normative Auslegung. Hierzu erwog die Vorinstanz, der Wortlaut der Klausel 3.a sei klar, unmissverständlich und lasse keinen Raum für Interpretationen. Die Parteien hätten für den Fall der Nichterfüllung bis zum 1. Juni 2010 das gesetzlich vorgesehene Wahlrecht im Sinne von Art. 107 ff. OR ausgeschlossen und sich für den Fall, dass die vereinbarte Eigentumsübertragung bis am 1. Juni 2010 nicht stattfinden sollte, auf das Dahinfallen des Vertrages sowie den

- 10 - Ersatz des negativen Vertragsinteresses im umschriebenen Umfang (nämlich: die anteilmässigen Beurkundungskosten) geeinigt. Die getroffene Regelung sei im Immobilienhandel auch nicht ungewöhnlich. Sie präsentiere sich freilich ein Stück weit als Optionsvereinbarung (act. 63 S. 15 f.).

#### **E. 3.4.1**

Die Klägerin wendet dagegen ein, selbst bei der normativen Auslegung dürfe nicht allein auf den Wortlaut von 3.a abgestellt werden (also dieser zum Nennwert genommen werden), zumal dieser missverständlich sei. Die Vorinstanz gehe davon aus, die Klausel ermögliche es den Parteien im Sinne einer Option gleichermassen ohne Folgen Abstand vom Vertrag zu nehmen. In diesem Fall mache es aber keinen Sinn, dass der Käufer der Verkäuferin dann trotzdem das negative Interesse zu erstatten hätte. Die Vorinstanz habe es unterlassen, weitere Auslegungsmittel, wie die Unklarheitenregel und die Begleitumstände des Vertragsschlusses, zu berücksichtigen. Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss gebe Anlass, den Wortlaut in Frage zu stellen, und der Notar habe die Bestimmung formuliert, ohne dass er die Parteien auf eine Ungewöhnlichkeit hingewiesen hätte (act. 60 S. 14 f.). Aber auch bei Annahme, die Parteien hätten das Wahlrecht (zu ergänzen: sowohl auf den Erfüllungsanspruch wie auch auf die Sekundärleistung des positiven Vertragsinteresses) ausgeschlossen und den Schadenersatz auf das negative Interesse beschränkt, so sei dieser nach dem Wortlaut nicht auf die Beurkundungskosten beschränkt, und sie (die Klägerin) könne auch nicht auf ihre Wahl des positiven Interesses behaftet werden, weil sie diesfalls infolge des vereinbarten Ausschlusses ja gar kein entsprechendes Gestaltungsrecht gehabt habe (act. 60 S. 15 f.).

#### **E. 3.4.2**

In Bezug auf die normative Auslegung ist klarzustellen, dass entgegen der Ansicht der Klägerin nach der üblichen Vorgehensweise in erster Linie auf den Wortlaut der auszulegenden Klausel abzustellen ist. Denn ist der Wortlaut klar, so geht er als primäres Willensindiz den anderen, ergänzenden Auslegungsmitteln vor (BGE 131 III 606 = Pra 95 (2006) Nr. 80, E. 4.1 und E. 4.2; BGE 129 III 118 = Pra 92 (2003) Nr. 123, E. 2.5; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1205 ff., N 1220 und N 1228). Dabei ist der objektive Sinn der Worte massgebend. Gestützt auf

- 11 - den Wortlaut wird sodann mit Hilfe der Auslegungsregeln nach der Vertrauens-  
theorie der mutmassliche Vertragswille ermittelt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 17).  
Das Gericht stellt fest, wie eine Erklärung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände  
bei Vertragsschluss ("ex tunc") in gutem Glauben verstanden werden konnte (BGE 131 III  
606 = Pra 95 (2006) Nr. 80, E. 4.1; BGE 129 III 118 = Pra 92 (2003) Nr. 123, E. 2.5;  
GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationen- recht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9.  
Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1205 ff., N 1222 ff.). Insgesamt ist bei der Ermittlung des  
Vertragswillens somit darauf ab- zustellen, was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde  
Parteien unter den ge- gebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der  
auszulegen- den Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben  
würden. Vor diesem Hintergrund hat das Gericht zudem nach sachgerechten Re- sultaten zu  
suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unange- messene Lösung gewollt  
haben (BGE 119 II 368 E. 4; 122 III 420 E. 3; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches  
Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1201 und  
N 1235).

#### **E. 3.4.3**

Mit der Vorinstanz ist festzustellen, dass der Wortlaut dieser Klausel inso- weit klar ist, als  
er keine Zweifel an seinem objektiven Sinn lässt. Die Parteien ha- ben damit die  
Rechtsfolgen der Nichterfüllung des Vertrages bis zum 1. Juni 2010 geregelt. Die Klausel  
enthält einen expliziten Termin, bis wann der Vertrag vollzo- gen sein soll. Dieser Termin  
wird als fix bezeichnet. Mit Ablauf dieses Zeitpunktes fällt der Vertrag sofort dahin. Der  
Nichtvollzug und das Datum bilden damit die einzigen Voraussetzungen für das  
Dahinfallen. Andere Kriterien werden nicht ge- nannt. Insbesondere wird ein allfälliges  
Verhalten der Parteien mit keinem Wort erwähnt. Die Rechtsfolge des Dahinfallens ist also  
nicht vom Verschulden einer Person abhängig und tritt auch unabhängig des Willens der  
(oder einer der) Par- teien ein. Dieses Verständnis wird insofern bestätigt, als das  
Dahinfallen des Ver- trages ersatzlos erfolgt. Hinzu kommt, dass der Käufer der  
Verkäuferin die Kosten des Beurkundungsverfahrens anteilmässig zu erstatten hat. Die  
Beurkundungs- kosten sind somit als einzige Position positiv vermerkt, und ihre Bezahlung  
wird ebenfalls nicht von einem Verschulden abhängig gemacht, sondern die Kosten sind  
von den Parteien anteilmässig zu tragen. Daraus folgt, dass nach der objek-

- 12 - tiven Auslegung im Falle des Nichtvollzuges des Vertrages bis zum 1. Juni 2010  
dieser dahinfällt, und der Käufer der Verkäuferin nur seinen Anteil an den Beur-  
kundungskosten zu erstatten hat.

#### **E. 3.4.4**

In rechtlicher Hinsicht ist auf Grund der Formulierung davon auszugehen, dass die Parteien  
sich gegenseitig gar nichts zu ersetzen haben, also auch keinen möglichen, aus dem  
Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schaden. Jede Par- tei trägt ihren Schaden selbst.  
Einzig die Beurkundungskosten sind in jedem Fall anteilmässig zu tragen, das heisst der  
Beklagte als Käufer hat die der Klägerin / Verkäuferin mit der Beurkundung des  
Verpflichtungsgeschäftes entstandenen Kosten anteilmässig zu ersetzen. Mit der  
streitgegenständlichen Vertragsklausel wird weniger eine besondere Form von  
Schadenersatz, sondern eher eine Art Auslagenersatz geregelt. Die Parteien vereinbarten ein  
Fixgeschäft im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR und wichen für den Fall des Nichtvollzuges  
des Vertrages bzw. bei Ausbleiben des Verfügungsgeschäftes bis zum 1. Juni 2010 von den

dispositiven Gesetzesbestimmungen gemäss Art. 107 i.V.m. Art. 109 OR in deren Gesamtheit ab. Nach diesen Bestimmungen hat ein Gläubiger bei Schuldnerverzug die Wahl, entweder auf dem Erfüllungsanspruch zu beharren oder auf den Erfüllungsanspruch zu verzichten. Verzichtet der Gläubiger auf den Erfüllungsanspruch, kann er wiederum wählen (sog. 2. Wahlrecht) zwischen Aufrechterhaltung des Vertrages und Ersatz des positiven Vertragsinteresses (hypothetische Vertragserfüllung), oder er kann vom Vertrag zurücktreten und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen bzw. Rückforderung von allfällig bereits Geleistetem. Die Parteien schlossen aber mit Ablauf des 1. Juni 2010 die Wahl des Gläubigers insgesamt aus. Sie vereinbarten den gegenseitigen Verzicht auf die Vertragserfüllung und den Ausschluss sämtlicher Formen von Schadenersatz. Findet bis zum 1. Juni 2010 die Eigentumsübertragung nicht statt, so fällt sofort und ersatzlos der Kaufvertrag vom 13. April 2010 dahin. Damit ist kein Ersatz eines Schadens geschuldet, weder unter dem Titel des positiven noch des negativen Interesses. Die bereits angefallenen Beurkundungskosten sollen lediglich im Sinne eines gemein-

- 13 - sam zu tragenden Auslagenersatzes anteilmässig von beiden Parteien übernommen werden. Der Wortlaut lässt zu, dass alternativ auch vertreten werden kann, die Parteien haben den Ersatz eines Schadens bei Vertragsrücktritt nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur den Ersatz des positiven Interesses wegbedungen und – auf Grund der ausdrücklichen Nennung – den Ersatz des negativen Interesses auf die (anteilmässigen) Beurkundungskosten beschränkt. Davon ging die Vorinstanz aus (act. 63 S. 15). Auf diese Unterscheidung in der rechtlichen Qualifikation kommt es vorliegend im Ergebnis aber nicht an, weshalb sich auch eine diesbezügliche Festlegung nicht aufdrängt. Der Beklagte schuldet der Klägerin jedenfalls bei Nichterfüllung letztlich nur den anteilmässigen Ersatz der Beurkundungskosten, sei es als beschränkter Schadenersatz oder unter Ausschluss von Schadenersatz als eine Form des Auslagenersatzes. Für weitere Ansprüche fehlt es an einer Grundlage.

#### **E. 3.4.5**

Die Ansicht der Klägerin, dass es sich um einen für beide Parteien verbindlichen Vertrag und ein Fixgeschäft mit aufgeschobenem Vollzug handle (act. 60 S. 6), widerspricht dem dargelegten objektiven Verständnis der Klausel 3.a nicht; die Klägerin selbst hält in der Berufungsschrift fest, dass der Vollzug (d.h. das Verfügungsgeschäft der Eigentumsübertragung mittels Anmeldung beim Grundbuchamt) bis zum 1. Juni 2010 zu erfolgen habe. Nicht gefolgt werden kann aber der Klägerin, wenn sie festhält, die streitgegenständliche Vertragsklausel habe die Parteien nicht von ihren vertraglichen Verpflichtungen entbinden wollen. Wie gezeigt, soll bei Nichtvornahme des Verfügungsgeschäftes – aus welchen Gründen auch immer – bis zum besagten Zeitpunkt des 1. Juni 2010 das Verpflichtungsgeschäft sofort dahinfallen. Von vornherein ausser Betracht fällt damit und wegen der Verwendung des Begriffs "Fixtermin" die Annahme, es handle sich um einen auflösend bedingten Vertrag im Sinne von Art. 154 OR, wobei die Nichterfüllung bis zum 1. Juni 2010 die auflösende Bedingung darstelle. Die Eigentumsübertragung fand bis zum 1. Juni 2010 nicht statt. Der Rechtsgrund ist damit gemäss Vertragsverständnis dahingefallen, und die Klägerin hat sofort und ersatzlos keine Forderung mehr gegenüber dem Beklagten (mit Ausnahme

- 14 - einer anteilmässigen Erstattung von Beurkundungskosten). Darin vermögen auch die von der Klägerin geltend gemachten zusätzlichen Auslegungsregeln nichts zu ändern. Unter dem Titel der Ungewöhnlichkeit oder Unangemessenheit lässt sich nicht erkennen, dass

die Parteien entgegen der dargestellten objektiven Bedeutung eigentlich die gesetzlichen Folgen des Schuldnerverzugs haben eintreten lassen wollen. Es erscheint im Rahmen der Vertragsfreiheit und angesichts des dispositiven Charakters von Art. 107 und Art. 109 OR (vgl. BSK OR I-WIEGAND,

### **E. 3.5**

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass die von den Parteien in der Klausel 3.a des Kaufvertrags vom 13. April 2010 vereinbarten Verzugsregeln allein die anteilmässige Erstattung der Beurkundungskosten vorsehen. Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage jedoch den Ersatz von Mäklerkosten. Dafür besteht keine vertragliche Grundlage. Der angefochtene Entscheid, die Klage abzuweisen, ist daher nicht zu beanstanden, zumal das Gericht wegen des geltenden Dispositionsgrundsatzes einer Partei auch nicht mehr oder vor allem anderes (namentlich die Beurkundungskosten) zusprechen darf, als sie verlangt (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 54 N 14 f.; vgl. ergänzend ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VON ARX, 2. Aufl., Art. 58 N 10 f.). Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass bei diesem Ergebnis irrelevant bleibt, ob und in welcher Höhe die Klägerin schliesslich den Ersatz der Mäklerkosten, ob aus erstem oder zweitem Verkauf, und ob sie diesen Ersatz im Rahmen des positiven oder negativen Interesses verlangt. Deshalb erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit ihren diesbezüglichen Ausführungen (vgl. act. 60 S. 16). Die Berufung ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. 4. 4.1. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebür) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). 4.2. Die Entscheidgebür ist im Berufungsverfahren beim vorliegenden Streitwert in Höhe von Fr. 248'400.-- in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 14'700.-- festzusetzen, der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

- 17 - 4.3. Ferner hat die Klägerin den Beklagten für das Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Entschädigung richtet sich nach den Bestimmungen der AnwGebV. Die Grundgebür beträgt Fr. 11'730.-- und ist mit der Beantwortung des Rechtsmittels verdient (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Da der Beklagte keinen Mehrwertsteuerzusatz verlangt hat, ist ihm ein solcher auch nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2007). Es wird erkannt:

### **E. 5**

Aufl. 2011, Art. 107 N 22 und Art. 109 N 11) nicht von vornherein ungewöhnlich oder unangemessen eine Regelung zu treffen, wonach der Vollzug eines Vertrages zwar verbindlich beabsichtigt wird, dass aber im Falle des Ausbleibens des Verfügungsgeschäfts der Vertrag bzw. das Verpflichtungsgeschäft sofort dahinfällt und jede Partei grundsätzlich ihr eigenes Risiko beziehungsweise ihren eigenen Schaden trägt. Eine solche Regelung hat vor allem für wirtschaftlich handelnde Akteure, die das Interesse an einer raschen oder gar keiner (kostspieligen) Auseinandersetzung höher gewichten als die Schadloshaltung, durchaus ihren Sinn. An dieser Beurteilung vermag auch nichts zu ändern, dass die Beurkundungskosten hier dennoch durch beide Parteien zu tragen sind. Im Gegenteil

erscheint es dann gerade sachgerecht, wenn die bei Vollzug des Vertrages von beiden Partei- en zur Hälfte zu tragenden Notariats- und Grundbuchkosten (vgl. act. 5/3 S. 5 Best. 6) auch bei Nichtvollzug anteilmässig zu tragen sind. Nicht überzeugend ist daher im Weiteren die Argumentation der Klägerin, anlässlich des Vertrags- schlusses im April 2010 sei nicht über die Klausel gesprochen worden, oder der Notar habe nicht auf die (angebliche) Ungewöhnlichkeit der von ihm verfassten Klausel hingewiesen. Nach dem Gesagten erweist sich vielmehr die Ansicht der Klägerin als ungewöhnlich, wonach die Folgen des Schuldnerverzuges gemäss Art. 107 Abs. 2 eintreten sollten, und die Beurkundungskosten dennoch anteils- mässig von beiden Parteien zu tragen wären. So ist nicht einzusehen, weshalb ein Gläubiger bei Rücktritt vom Vertrag Beurkundungskosten bezahlen solle, ob- wohl er nach den gesetzlichen Verzugsregeln die Wiederherstellung jenes Ver- mögensstandes verlangen kann, der bestanden hätte, wenn von einem Vertrag nie die Rede gewesen wäre.

- 15 - Auch der Hinweis der Klägerin auf das Verhalten der Parteien nach Vertrags- schluss vermag nichts anderes zu ergeben. Das Verhalten der Parteien ist nur in- sofern von Bedeutung, als es Rückschlüsse auf den Willen bei Vertragsschluss zulässt (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1223). Das Verhalten der Parteien nach dem 1. Juni 2010 ist jedenfalls zurückhaltend zu beurteilen, dürfte es sich doch vorliegend bereits um taktisches Gebaren handeln, allenfalls auch im Hinblick auf eine gerichtliche Auseinandersetzung. Die Mitteilungen der Klägerin an den Be- klagten am 31. Mai 2010 sowie unmittelbar nach der nicht stattgefundenen Eigen- tumsübertragung, dass sie "das weitere Vorgehen gestützt auf Art. 108 OR i.V. mit Art. 107 Abs. 2 OR entscheide" (act. 5/5), bzw. auf die "nachträgliche Erfül- lung verzichte" und "Schadenersatz wegen Nichterfüllung" fordere (act. 5/8), ver- mögen aber ohnehin keine Abweichung von der dargelegten objektiven Bedeu- tung zu rechtfertigen. Der Vertrag lässt keine Fortsetzung des Erfüllungsanspru- ches in Form des Ersatzes des positiven Interesses zu und alleine die Anrufung verzugsrechtlicher Behelfe schafft noch keine vertragsrechtliche Bestimmung. Darüber hinaus besteht wie gezeigt zwar Raum für die rechtliche Qualifikation der Klausel als Beschränkung der Verzugsfolgen auf das negative Interesse. Dass dieses aber nicht hätte auf Beurkundungskosten beschränkt werden sollen, kann aus den Mitteilungen nicht abgeleitet werden. Auch aus dem aktenkundigen Ver- halten der Parteien zwischen dem Vertragsschluss und der geplanten Eigentums- übertragung ist nichts zu Gunsten der Klägerin abzuleiten. Der Umstand, dass sich der Beklagte in seinem Schreiben vom 28. Mai 2010 (act. 5/4) zunächst auf die Ungültigkeit des Vertrages berufen hat, begründet wegen des fehlenden Zu- sammenhangs kein anderes Verständnis in Bezug auf die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung; im konkreten Fall insbesondere auch deshalb nicht, weil von der Gültigkeit des Vertrages immerhin die Pflicht zur anteilmässigen Übernahme der Notariats- und Grundbuchkosten abhängt, was im Falle der Ungültigkeit nicht der Fall wäre. Abgesehen davon konstatierte die Vorinstanz bereits zutreffend, dass der Beklagte mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Geneh- migung eines ungültigen Vertrages im Prozess gute Gründe dafür hatte, sich pri-  
- 16 - mär auf Willensmängel und nur hilfsweise auf den Vertrag zu berufen (act. 63 S. 14).

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