

ZH_OBERGERICHT LB240005 vom 21. Januar 2025

ZH Obergericht, 2025-01-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB240005

FR: ZH_OBERGERICHT LB240005 du 21 janvier 2025

IT: ZH_OBERGERICHT LB240005 del 21 gennaio 2025

Erwägungen

E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan: Kläger oder Verkäufer) sowie der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter oder Mäkler) sind zwei natürliche Personen, welche einen Mäklervertrag betreffend den Verkauf eines Mehrfamilienhauses in C._____ abgeschlossen hatten. Der Kläger verlangte vor Bezirksgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz) vom Beklagten die Rückerstattung der Mäklerprovision in der Höhe von Fr. 142'164.–, da sich nach Überweisung der Provision herausgestellt habe, dass die Käuferin der Liegenschaft dem Mäkler bereits eine Mäklerprovision in der gleichen Höhe bezahlt hatte. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Beklagte habe eine (unzulässige) Doppeltätigkeit als Vermittlungsmäkler inne gehabt, was zur Verwirkung seines Provisionsanspruchs führe, und hat die Klage in ihrem Urteil vollumfänglich gutgeheissen. Dagegen wehrt sich der Beklagte mit der vorliegenden Berufung.

E. 2

Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

- 5 - Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). 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 (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 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 wirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

E. 3

Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe aktenwidrig festgehalten, der Kläger sei davon ausgegangen, die Provision zu schulden; es sei "unerfindlich", wie die Vorinstanz zu dieser Feststellung gekommen sei. Der Kläger habe sich zur Frage des Irrtums nur sehr pauschal in der Replik im Rahmen einer Bestreitung geäußert (act. 52 S. 6 f. unter Hinweis auf act. 55 S. 10 E. 10.2.). Dieser Einwand geht offensichtlich fehl: Der Kläger hat gemäss unangefochten gebliebener Feststellung im vorinstanzlichen Urteil bereits in der Klageschrift geschildert, wie sich erst nach Begleichung der Rechnung von Fr. 142'164.– herausgestellt habe, dass H._____ bzw. die G._____ AG dem Beklagten bereits am 25. März 2020 denselben Betrag bezahlt hätte. Der Kläger habe sodann, nachdem die vorgängig geführte Korrespondenz ergebnislos verlaufen sei, aufgrund der Doppelbuchung der Maklerprovision gegen den Beklagten die Betreibung über diesen Betrag eingeleitet (act. 55 S. 4 E. 4.). Daraus erhellt, dass der Kläger im Zeitpunkt der Bezahlung der Provision davon ausgegangen war, diese zu schulden, während er – nachdem er von der Doppelzahlung erfahren hatte – die Rückforderung der Summe wegen Doppelmäklerlei verlangte (act. 4/13). Der Vorwurf der Aktenwidrigkeit zielt damit ins Leere.

E. 4

Unter dem Titel unrichtige Rechtsanwendung bringt der Beklagte an erster Stelle vor, dem Kläger fehle die Aktivlegitimation für die Klage, da die Zahlung, die zur Entreichung geführt habe, nicht vom Kläger selbst geleistet worden sei, sondern von der F._____ AG, deren Alleinaktionär der Kläger sei. Da die Entreichung einzig bei der F._____ AG eingetreten sei, wäre nur diese zu einer Rückforderungsklage aktivlegitimiert (act. 52 S. 8 f.). Die Vorinstanz hat hierzu festgehalten, der Maklervertrag sei zwischen dem Kläger persönlich und dem Beklagten abgeschlossen worden und die Rechnung des Beklagten sei an den Kläger adressiert gewesen. Die Provisionszahlung sei lediglich über die F._____ AG gelaufen, deren Aktien unstreitig zu 100% vom Klä-

- 9 - ger gehalten worden seien. Die Zahlung sei dem persönlichen Konto des Klägers belastet worden (act. 55 S. 7 E. 9.4.). Der Beklagte anerkennt in der Berufung ausdrücklich an, dass die Zahlung dem persönlichen Konto des Klägers belastet worden sei. Damit ist sehr wohl der Kläger durch die geleistete Provisionszahlung entreichert und nicht mehr die F._____ AG. Richtig ist zwar, dass in den Büchern der F._____ AG, d.h. im Aktionärskonto des Klägers, eine separate Verbuchung notwendig war, wie der Beklagte vorbringen lässt (act. 52 S. 9). Unerfindlich bleibt, was der Beklagte daraus für seinen Standpunkt ableiten möchte. Die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens wird dadurch entgegen dem Beklagten nicht verneint. Durch die Belastung auf dem persönlichen Konto des Klägers ist

dieser entreichert. Daran ändert sich nichts, wenn die Aktien der F._____ AG durch den Aktienkauf bereits im Februar 2020 auf Herrn H._____ übergangen, wie der Beklagte in der Berufung im Weiteren vorbringt (act. 52 S. 10). Entgegen dem Beklagten wird dadurch auch offensichtlich nicht Herr H._____ aktivlegitimiert, denn die mittlerweile von ihm gehaltene F._____ AG hatte durch die Verbuchung im persönlichen Konto des Klägers diesem gegenüber einen Anspruch in der Höhe der erfolgten Provisionszahlung; dass die F._____ AG (oder mittelbar deren neuer Eigentümer) entreichert gewesen wäre, geht offensichtlich an der Sache vorbei. Weiterungen erübrigen sich.

E. 5

Der Beklagte ist der Ansicht, es habe keine unzulässige Doppelmäkelei vor- gelegen (act. 52 S. 11 ff.).

E. 5.1

Die Vorinstanz hat hierzu unter Hinweis auf BGE 141 III 64 festgehalten, im Immobiliengeschäft entstehe für den Makler, der einen Vermittlungsmaklervertrag mit dem Verkäufer oder dem Käufer einer Liegenschaft abschliesse, zwangsläufig ein Interessenkonflikt, wenn er einen zweiten solchen Vertrag mit der anderen Kaufvertragspartei abschliesse. Es sei nämlich undenkbar, dass der Immobilien- makler, der für den Verkäufer den höchstmöglichen und für den Käufer den tiefst- möglichen Preis erzielen müsse, sich nicht der Gefahr eines Interessenkonflikts aussetze, da er ja entgegengesetzte Interessen vertreten müsse. Entweder be- günstige der Makler die finanziellen Interessen der einen oder anderen Partei des Immobiliengeschäfts, so dass er seine Treuepflicht verletze gegenüber einem sei-

- 10 - ner Auftraggeber. Oder er handle in seinem eigenen Interesse und missachte da- mit die Treuepflichten, die durch den Abschluss der beiden Maklerverträge mit seinen Auftraggebern entstanden seien. Die Unvermeidbarkeit des Interessen- konflikts beim Immobilienverkauf sei in der Lehre anerkannt. Das Bundesgericht schliesse folglich, dass im Immobilienbereich die doppelte Verhandlungsmaklertä- tigkeit (recte: Vermittlungsmaklertätigkeit) unter den Tatbestand von Art. 415 in fine OR falle, beide Verträge nichtig seien und der Makler seinen Vergütungsan- spruch aus beiden Verträgen verliere (act. 55 S. 8 f. E. 9.7. unter Hinweis auf BGE 141 III 64 E. 4.3).

E. 5.2

Der Beklagte wendet dagegen vorerst ein, anders als im Fall, den das Bun- desgericht im genannten Entscheid zu beurteilen gehabt habe, habe er vorliegend nicht im eigenen Interesse gehandelt. Das ist insoweit zutreffend, als im vom Bun- desgericht beurteilten Fall der Makler ein eigenes finanzielles Interesse hatte, dass die Immobilie an den Kaufinteressenten mit dem tieferen Angebot ging, da er für diesen ebenfalls als Vermittlungsmakler tätig war und er dadurch seine ei- genen Interessen vor diejenigen des Verkäufers stellte. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid am angeführten Ort indes ausdrücklich festgehalten, dass dies bloss die eine der beiden denkbaren Konstellationen sei ("*soit il agit, comme dans la présente espèce, dans son propre intérêt*"), weshalb ein Interessenskonflikt drohe. Ein Interessenskonflikt ist indes nicht nur in diesen Fällen auszumachen, sondern generell der Doppelmäkelei beim Vermittlungsmakler im Immobilienbe- reich, jedenfalls dort, wo der Verkaufspreis nicht zum Vornherein vorgegeben ist ("*soit le courtier favorise les intérêts financiers de l'une ou l'autre des parties à la transaction immobilière*"). Schliesst ein Immobilienmakler sowohl mit dem Verkäu- fer

als auch dem Käufer einen Vermittlungsmäkeleivertrag, so ist es gemäss Bundesgericht undenkbar ("inconceivable"), dass der Vermittlungsmakler, der für den Verkäufer einen höchstmöglichen und für den Käufer einen tiefstmöglichen Preis erzielen sollte, sich nicht der Gefahr eines Interessenskonflikts aussetzt.

E. 5.3

Zusammenfassend ist damit nicht zu bemängeln, dass die Vorinstanz von einer unzulässigen Doppelmäkelei ausgegangen ist. 6.1. Schliesslich bringt der Beklagte in seiner Berufung vor, der Kläger hätte auch keinen Anspruch auf Rückerstattung der bezahlten Provision, da vorliegend der Kläger die Provision irrtumsfrei geleistet habe. Der Kläger sei klar im Bild gewesen, dass der Beklagte nicht nur mit ihm, sondern auch mit dem Käufer einen Maklervertrag abgeschlossen hätte. Da der Kläger deshalb keinem Irrtum unterlegen habe, sei eine Forderung gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 63 Abs. 1 OR nicht entstanden (act. 55 S. 18 lit. c). Zudem sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger den Irrtum bewiesen habe und unklar sei schon, inwiefern der Kläger einen Irrtum überhaupt behauptet habe. Dadurch, dass die Vorinstanz ohne Abnahme der offerierten Beweise von einem Irrtum des Klägers ausgegangen sei, habe sie Art. 8 ZGB verletzt (act. 55 S. 18 ff. lit. d). 6.2. Der Beklagte hat bereits in der Klageantwort vorgebracht, es sei beiden Parteien des Kaufvertrags bewusst gewesen, dass er für beide Seiten tätig war (act. 12 S. 5). Dies hat der Kläger nicht bestritten. Die Vorinstanz hat wie gesehen lediglich festgehalten, selbst wenn dem so sei, würde dies nichts am bejahten Verstoß gegen Treu und Glauben ändern, da diese Information nicht hätte verhindern können, dass der Beklagte bei seiner Tätigkeit die Interessen beider Parteien hätte vertreten können (act. 55 S. 9). Das ist nicht ganz zutreffend: Wenn beide Parteien des Kaufvertrags wussten, dass der Beklagte auch für die Gegenseite tätig war, so befand sich der Kläger bei der Begleichung der vom Beklagten gestellten Rechnung bezüglich dieses Sachverhalts nicht in einem Irrtum. Und so-

- 13 - weit der Kläger in der Berufungsantwort wiederholt vorbringt, er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass der Beklagte auch für die Gegenseite tätig gewesen sei resp. auch mit der Gegenseite einen Maklervertrag abgeschlossen habe (act. 64 Rz. 8, Rz. 10, Rz. 20, Rz. 24 f.), so ist er mit diesem neuen Vorbringen nicht zu hören. Denn anders als der Kläger in der Berufungsantwort möglicherweise insinuieren möchte (act. 64 Rz. 8 i.f. mit den Hinweisen auf act. 2 Rz. 10 f. und 12 f. sowie auf act. 17 Rz. 7) hat er dies vor Vorinstanz nicht geltend gemacht. Der Kläger hatte somit im Zeitpunkt der Zahlung wohl Kenntnis davon, dass der Beklagte auch für die Gegenseite als Makler tätig war. Allerdings kann der für den Rückforderungsanspruch gemäss Art. 63 Abs. 1 OR erforderliche Irrtum über die Schuldspflicht keineswegs nur ein Sachverhaltsirrtum sein (also die Frage, ob der Beklagte mit beiden Seiten einen Maklervertrag abgeschlossen hatte), sondern auch einen Rechtsirrtum betreffen (BSK OR I- SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 4 m.w.H.). Der Rechtsirrtum im vorliegenden Fall liegt darin, dass der Kläger davon ausging, die Provision zu schulden, obwohl er um die Doppelvertretung wusste, der Kläger sich also nicht bewusst war, dass die vorliegende Doppelmäkelei des als Vermittlungsmakler agierenden Beklagten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unzulässig war und folglich ein Anspruch auf die Provision gemäss Art. 415 OR nicht bestand. Entgegen dem Beklagten hatte der Kläger damit nicht irrtumsfrei geleistet, da sich des Klägers Irrtum (zulässigerweise) auf die rechtliche Ungültigkeitsfolge der Doppelvertretung bei Vermittlungsmäkelei bezog. Der Kläger hat diesen Irrtum in der Klageschrift zwar nicht expressis verbis, aber zumindest

implizit geltend gemacht (act. 2 Rz. 10-14), und es wird vom Beklagten denn auch nicht geltend gemacht, die Frage der Gültigkeit der doppelseitigen Vermittlungsmäkelei sei damals je thematisiert worden. Entgegen dem Beklagten wäre die Vorinstanz auch nicht gehalten gewesen, die Frage des Vorliegens dieses (Rechts-)Irrtums zum Beweis zu verstellen. Da der Beklagte – wie gesehen zu Unrecht (oben, E. 5.) – davon ausgeht, es habe gar keine unzulässige Doppelmäkelei bestanden, also gar keinen Irrtum über die Rechtslage anerkennt, hat er den Rechtsirrtum des Klägers gar nicht bestritten. Ein diesbezügliches Beweisverfahren war daher mangels Bestreitung

- 14 - nicht durchzuführen, wobei für das Vorliegen eines Irrtums ohnehin kein strenger Massstab anzulegen gewesen wäre (BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 9).

E. 7

Die Berufung ist damit abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. IV. 1. Der Beklagte unterliegt vollumfänglich. Entsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 10'400.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Der Beklagte ist zudem zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf § 13 Abs. 1-2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 8'900.– (zuzüglich 8.1 % MwSt.) zu bezahlen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Dezember 2023 wird vollumfänglich bestätigt. 2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 10'400.– festgesetzt und dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt. Sie werden mit dem Vorschuss verrechnet. 3. Der Beklagte und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 8'900.– (zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 15 - 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 142'164.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Lichti Aschwanden MLaw D. Fabio versandt am:

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