

# ZH\_OBERGERICHT NP130029 vom 11. August 2014

ZH Obergericht, 2014-08-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP130029](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP130029)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP130029 du 11 août 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT NP130029 del 11 agosto 2014

## Erwägungen

### E. 1

Beim Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) handelt es sich um eine natürliche Person mit Wohnsitz in Dubai. Auf der Gegenseite findet sich der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) als Inhaber der Einzelfirma D.\_\_\_\_ A.\_\_\_\_, welche in Zürich an der ...-Strasse domiziliert ist. Neben diesen Parteien spielt im vorliegenden Verfahren E.\_\_\_\_ eine Rolle. Er war mit seiner Einzelfirma D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_, welche ebenfalls in Zürich an der ...-Strasse domiziliert war, bis zum 18. April 2011 im Handelsregister eingetragen (Urk. 12/1). Vom 11. März 2010 bis am 4. Februar 2013 war E.\_\_\_\_ einzelzeichnungsberechtigt für die Einzelfirma D.\_\_\_\_ A.\_\_\_\_ (Urk. 12/2).

- 4 -

### E. 2

Der Kläger war am Kauf eines Wohnobjektes an der ...-Strasse ... in ... Zürich, welches im Eigentum von Herrn F.\_\_\_\_ stand, interessiert. Aus diesem Grund trat er mit dem Beklagten in Kontakt, dessen Kontaktangaben im Wohnungsinserat angegeben waren. Nach einem regen Mailverkehr zwischen den Parteien unterzeichnete der Kläger am 17. Mai 2012 eine Kaufabsichtserklärung, worin er sich verpflichtete, eine Anzahlung von Fr. 20'000.– zu leisten, welche durch die D.\_\_\_\_ treuhänderisch verwaltet werde (Urk. 4/4). Der Kläger leistete die Anzahlung vereinbarungsgemäss auf ein Konto lautend auf D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_ (vgl. Urk. 4/5). Nachdem der geplante Wohnungskauf nicht getätigt wurde, weil der Kläger vom beabsichtigten Kauf der Liegenschaft zurücktrat, verlangte der Kläger die von ihm geleistete Anzahlung zurück (Urk. 4/7-4/9). Da die Anzahlung nicht zurückerstattet worden war, leitete der Kläger gegen den Beklagten am 31. August 2012 über den Betrag von Fr. 20'480.– die Betreuung ein (Urk. 4/3). Gegen diese Betreuung erhob der Beklagte innert Frist Rechtsvorschlag. Nach einer Einigung im Rahmen der Schlichtungsverhandlung widerrief der Beklagte die beim Friedensrichteramt getroffene Vereinbarung, weshalb dem Kläger die Klagebewilligung ausgestellt wurde (Urk. 1). Am 22. März 2013 machte der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende Klage hängig und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 1 und 2).

#### E. 2.1

Der Kläger machte im vorinstanzlichen Verfahren zusammengefasst geltend, laut Kaufabsichtserklärung vom 17. Mai 2012 sei die D.\_\_\_\_ mit der treuhänderischen Verwaltung der Anzahlung betraut worden, wobei dem Beklagten, über welchen die gesamte Kommunikation im Zusammenhang mit dem Wohnungskauf gelaufen sei (und dies teilweise auch über die Mailadresse D.\_\_\_\_@....ch), eine Unternehmung mit der Firma D.\_\_\_\_ A.\_\_\_\_ gehört habe. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung der

- 12 - Kaufabsichtserklärung habe sodann einzig die Firma D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ im Handelsregister existiert. Aus diesem Grund sei klar, dass mit D.\_\_\_\_\_ nur die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ gemeint sein könne. Dass das Geld auf ein Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ einbezahlt worden sei, ändere daran nichts, da E.\_\_\_\_\_ zu diesem Zeitpunkt für die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ einzelzeichnungsberechtigt gewesen sei und damit das Geld im Namen dieser Unternehmung vereinnahmt habe. E.\_\_\_\_\_ habe als Kontoinhaber klarerweise für die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ gehandelt und das Konto sei daher dem Beklagten zuzurechnen (VI-Prot. S. 4-7 und S. 12-14). Der Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Anzahlung der Fr. 20'000.– sei nicht an ihn, sondern an E.\_\_\_\_\_ geflossen. Dies gehe sowohl aus der Kaufabsichtserklärung als auch aus dem Bankbeleg hervor. Demnach habe E.\_\_\_\_\_ die Anzahlung treuhänderisch verwaltet. E.\_\_\_\_\_ sei der Geschäftspartner des Wohnungseigentümers F.\_\_\_\_\_ gewesen, während er selber lediglich als Ansprechperson im Zusammenhang mit dem Wohnungskauf figuriert habe. Es sei auch E.\_\_\_\_\_ gewesen, welcher den Vertrag (gemeint ist die Kaufabsichtserklärung) mit dem Kläger geschlossen habe (VI-Prot. S. 8-11 und S. 14 f.). Die Vorinstanz folgte der Argumentation des Klägers und hielt fest, die in der Kaufabsichtserklärung niedergeschriebene Treuhänderklausel habe die Einzelfirma D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ mit der treuhänderischen Verwaltung der Anzahlung beauftragt. So sei in der Kaufabsichtserklärung vereinbart worden, dass die D.\_\_\_\_\_ (ohne Namenszusatz) die Anzahlung verwalte, wobei in diesem Zeitpunkt lediglich die Einzelunternehmung D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Die D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ sei demgegenüber mehr als ein Jahr zuvor aus dem Handelsregister gelöscht worden. Da unter der Firma eines nicht mehr existenten Unternehmens keine Rechte und Pflichten begründet werden könnten, dränge sich unweigerlich der Schluss auf, dass nicht die D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_, sondern die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ mit der treuhänderischen Verwaltung der Anzahlung betraut worden sei. Falls tatsächlich E.\_\_\_\_\_ die

- 13 - Kaufabsichtserklärung aufgesetzt bzw. mit dem Kläger geschlossen habe, habe er dies in seiner Funktion als einzelzeichnungsberechtigter Vertreter der D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ getan. Dass die Anzahlung letztlich der D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ bzw. dem Beklagten zugeflossen sei, ergebe sich schliesslich aus einer E-Mail des Beklagten an den Kläger, welche mit "D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_" signiert sei und folgenden Wortlaut zum Inhalt habe: "Nach Erhalt der Anzahlung werden wir unverzüglich einen Notartermin vereinbaren". Der Beklagte tue in dieser E-Mail unter seiner Signatur kund, dass er die Anzahlung erwarte, weshalb es sich als höchst widersprüchlich erweise, wenn er nun geltend mache, das Geld sei nicht an die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ bzw. an ihn geflossen. Sodann sei alleine aus der Kontobezeichnung nicht ersichtlich, wer auf dieses Konto zugriffs- bzw. über dieses Konto verfügungsberechtigt sei (Urk. 26 S. 4-8).

## **E. 2.2**

Im Berufungsverfahren wehrt sich der Beklagte gegen diese Einschätzung der Vorinstanz. Die D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ (gemeint wohl die D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_) sei als Treuhänderin mit der Verwaltung der Anzahlung beauftragt worden und nicht der Beklagte. Die Kaufabsichtserklärung nenne ausdrücklich die D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ als Zahlungsempfängerin. Entsprechend sei die Anzahlung auch auf das Konto der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ geflossen. Der Beklagte habe weder in irgendeiner Weise Zugriff auf dieses Konto noch sei er darüber verfügungsberechtigt. Der Kläger habe auch nicht behauptet, geschweige denn bewiesen, dass die Zahlung nach der Überweisung auf das Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ an den Beklagten weitergeflossen sei. Daraus folge schlüssigerweise, dass mit der in der

Kaufabsichtserklärung als Treuhänderin genannten "D.\_\_\_\_\_" die gleiche Firma, nämlich die D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_, gemeint gewesen sei. Es sei völlig unlogisch, eine Firma als Zahlungsempfängerin und eine andere Firma als Treuhänderin einzusetzen. Dass E.\_\_\_\_\_ zu diesem Zeitpunkt mit seiner Einzelfirma D.\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ nicht mehr im Handelsregister eingetragen gewesen sei, sei nicht relevant, zumal eine Einzelfirma selbst bei einem Verstoss gegen die Eintragungspflicht gültige Geschäfte abschliessen könne und es E.\_\_\_\_\_ überdies unbenommen gewesen sei, sich auch als

- 14 - Privatperson an einer Liegenschaftenvermittlung zu beteiligten. Hierzu brauche es keine Firma. E.\_\_\_\_\_ sei vom Verkäufer F.\_\_\_\_\_ beauftragt worden und der Beklagte habe im Auftrag von E.\_\_\_\_\_ gehandelt. Dass dieser im Rahmen der E-Mailkommunikation nicht ständig auf dieses Stellvertretungsverhältnis hingewiesen habe, sei völlig normal. Zusammenfassend sei damit festzuhalten, dass der Beklagte zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Weise als Treuhänder verpflichtet worden sei (Urk. 25 S. 16-19).

### **E. 2.3**

Die Argumentation des Beklagten ist nicht überzeugend. Dass E.\_\_\_\_\_ als Vertreter des Wohnungsverkäufers F.\_\_\_\_\_ agiert hätte und der Beklagte lediglich der Vertreter von E.\_\_\_\_\_ gewesen sei, findet in den Akten keine Stütze. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, wurde in der Kaufabsichtserklärung vom 17. Mai 2012 die D.\_\_\_\_\_ (ohne Namenszusatz) mit der treuhänderischen Verwaltung der Anzahlung beauftragt. Dass es sich hierbei um die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ gehandelt hat, drängt sich aufgrund der Aktenlage auf. Zunächst lief die gesamte Kommunikation mit dem Kläger im Zusammenhang mit dem Wohnungskauf über den Beklagten. Der Beklagte war als Ansprechperson auf dem Wohnungsinserat bei Homegate aufgeführt (vgl. Urk. 13/1 S. 7), beantwortete dem Kläger in einem regen E- Mailkontakt zahlreiche Fragen zum Wohnobjekt (Urk. 13/1) und zeigte ihm am 12. Juni 2012 zusammen mit Herrn F.\_\_\_\_\_ die Wohnung (VI-Prot. S. 6,

### **E. 2.4**

Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach die in der Kaufabsichtserklärung niedergeschriebene Treuhandklausel die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ binde und die Anzahlung von Fr. 20'000.- letztlich dem Beklagten - wenn auch über das Konto eines Dritten - zugerechnet werden kann, nicht zu beanstanden. Der Beklagte ist entsprechend passivlegitimiert. 3. Rechtsgrundlage für die Rückforderung

### **E. 3**

Mit Urteil vom 20. Juni 2013 hiess die Vorinstanz die Klage vollumfänglich gut und verpflichtete den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 20'000.- nebst Zins sowie Fr. 112.- Zahlungsbefehlskosten (Urk. 26). Hiergegen erhob der Beklagte unter dem Datum vom 3. Oktober 2013 innert Frist Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 25). Die Berufungsantwort des Klägers datiert vom 28. November 2013 (Urk. 34). Es folgten weitere Eingaben unter dem Datum vom 10. Januar 2014 (Urk. 38),

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die Kaufabsichtserklärung vom 17. Mai 2012 formnichtig sei (Urk. 25 S. 8-11). Dies ist zutreffend und unangefochten. Damit entfällt auch die auf der Kaufabsichtserklärung basierende Treuhandvereinbarung zwischen den Parteien, weshalb kein vertraglicher Rückforderungsanspruch des Klägers besteht. Weiter führte die Vorinstanz mit Hinweis auf Art. 62 Abs. 1 OR aus, derjenige, welcher in

ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden sei, müsse die Bereicherung zurückerstatten, wenn die Leistung in Erfüllung einer nicht bestehenden Schuld erfolgt sei und sich der Leistende über das Bestehen der vermeintlich erfüllten Schuld geirrt habe. Der Kläger habe aus seinem Vermögen basierend auf der Kaufabsichtserklärung an die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ Fr. 20'000.– zwecks treuhänderischer Verwaltung gezahlt, wobei er sich über seine Leistungspflicht aufgrund der Formnichtigkeit der Kaufabsichtserklärung in einem Irrtum befunden habe. Der Kläger könne die geleistete Anzahlung

- 17 - daher gestützt auf Art. 62 OR vom Beklagten zurückfordern (Urk. 26 S. 11 f.).

### **E. 3.2**

Der Beklagte moniert im Berufungsverfahren, auf Seiten des Beklagten liege keine Bereicherung vor, da er vom Kläger kein Geld erhalten habe (Urk. 25 S. 25).

### **E. 3.3**

Dem Kläger wurde in der Kaufabsichtserklärung, in welcher die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ mit der treuhänderischen Verwaltung der Anzahlung betraut wurde, die Ermächtigung erteilt, sich durch die Leistung auf ein Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ zu befreien. E.\_\_\_\_\_ als Kontoinhaber fungierte im Rahmen des Treuhandverhältnisses als vertraglich bezeichnete Zahlstelle. Sind an einem Bereicherungsverhältnis drei oder mehr Personen beteiligt, hat der Bereicherungsausgleich grundsätzlich und zuerst zwischen den am fehlerhaften Rechtsverhältnis beteiligten Parteien stattzufinden. Auch das Bundesgericht verneint Bereicherungsansprüche zwischen rechtlich unverbundenen Parteien (BGE 82 II 430). Bereicherungsrechtlich ist die obgenannte Dreieckskonstellation wie ein Anweisungsverhältnis zu behandeln (BGE 117 II 404 Erw. 3a). Liegt ein Mangel im Deckungsverhältnis (vorliegend zwischen den Parteien der Treuhandvereinbarung, also dem Kläger und dem Beklagten) vor, entsteht ein Bereicherungsanspruch zwischen den Parteien des Deckungsverhältnisses, weil in diesem Verhältnis eine Zuwendung ohne Rechtsgrund vorliegt (Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 476 ff.; Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, S. 328 f., BGE 117 II 404). Dies bedeutet, dass der Bereicherungsanspruch des Klägers im vorliegenden Fall gegenüber dem Beklagten entsteht. Mit anderen Worten bewirkt die Zahlung der Fr. 20'000.– an E.\_\_\_\_\_ als rein faktischer Vorgang eine Vermögensverschiebung zu Gunsten des Beklagten, welcher mit der treuhänderischen Verwaltung der Anzahlung betraut wurde. Die Bereicherung tritt mithin bei Letzterem ein. Dass die Anzahlung in der Zwischenzeit nicht an den Beklagten weitergeleitet wurde,

- 18 - ist dabei unerheblich. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist die Art und Weise, wie der Beklagte mit E.\_\_\_\_\_ zusammengearbeitet hat oder mit diesem im internen Verhältnis verbunden war, weder zu beurteilen noch wesentlich (Urk. 26 S. 8). Es ist mithin nicht das Problem des Klägers, wenn ihm die Befugnis erteilt wird, durch Leistung an die Zahlstelle zu erfüllen und der Beklagte in der Folge - aus was für Gründen auch immer - nicht auf die Anzahlung zurückgreifen kann. Fakt ist, dass die Leistung der Anzahlung im Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten erfolgt ist und der Beklagte damit bereichert ist.

### **E. 3.4**

Dass der Kläger durch die Leistung der Anzahlung aus seinem Vermögen entreichert wurde und er sich dabei in einem Irrtum über seine Schuldpflicht befunden hat, ist im Berufungsverfahren nicht umstritten. Dem Kläger steht mithin in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen ein Anspruch auf Rückerstattung gestützt auf Art. 62 OR zu.

### **E. 3.5**

Der Umfang der Rückerstattungsforderung beurteilt sich anhand von Art. 64 OR. Danach kann die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. Der Beklagte macht diesbezüglich geltend, im Zusammenhang mit den Verkaufsgesprächen seien Auslagen von gesamthaft Fr. 8'000.– entstanden, welche von der Anzahlung abzuziehen seien. Konkret seien Kosten für den Kaufvertragsentwurf des Grundbuchamtes ... im Betrag von Fr. 349.80, Flugkosten für die Eltern der Familie F.\_\_\_\_\_ von Fr. 800.–, Inseratgebühren für Homegate von Fr. 2'800.– sowie Aufwandskosten von je Fr. 2'000.– für den Beklagten und E. \_\_\_\_\_ entstanden (Urk. 25 S. 12 und 25 f.). Der Kläger bestreitet die geltend gemachten Auslagen und weist auf die mangelnde Substantiierung der Positionen durch den Beklagten hin (Urk. 34 S. 6 f. und 14).

- 19 - Der nunmehr im Berufungsverfahren anwaltlich vertretene Beklagte versäumte es, die geltend gemachten Kostenpositionen ausreichend zu substantiieren. Es ist nicht ersichtlich, was unter den Kostenpositionen "Aufwand des Berufungsklägers" bzw. "Aufwand von E. \_\_\_\_\_" zu verstehen ist. Weiter ist nicht näher dargelegt, ob es sich bei dem als Kostenposition aufgeführten "Kaufvertragsentwurf Grundbuchamt ..." um einen individualisierten, auf das Kaufobjekt und den Kläger als Käufer bezogenen Vertragsentwurf handelt, oder ob ein Standardentwurf angefertigt wurde, welcher mit marginalen Änderungen für jeden beliebigen Käufer - und damit auch auf den späteren effektiven Käufer der Liegenschaft - verwendet werden konnte. Da nicht einmal das Datum des Kaufvertragsentwurfes angegeben wurde, ist unbekannt, zu welchem Zeitpunkt ein solcher Entwurf in Auftrag gegeben wurde. Die Beurteilung der Frage, ob die Auslagen in guten Treuen im Sinne von Art. 64 OR erfolgt sind, ist damit nicht möglich. Inwiefern die Kostenposition "Inserat Homegate" von einem potentiellen Kaufinteressenten übernommen werden sollte, legt der Beklagte nicht dar. Immerhin sind diese Auslagen angefallen, weit bevor der Kläger sein Interesse für die Liegenschaft bekundet hat. Was die Kostenposition "Flugkosten Eltern Fam. F. \_\_\_\_\_" anbelangt, besteht hierzu zwar ein Beleg (Urk. 40/6). Dieser wurde aber - wie bereits unter B.6 ausgeführt - verspätet eingereicht und ist daher unbeachtlich. Ausserdem ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Kosten im Zusammenhang mit dem Verkauf der Liegenschaft stehen und damit abzugsfähig sein sollen. Der Beklagte äussert sich hierzu nicht näher. Über nicht genügend substantiierte Tatsachenbehauptungen können keine Beweise erhoben werden (BGE 4A\_293/2011 vom 23. August 2011 m.w.H.). Die vom Beklagten rudimentär geltend gemachten Auslagen können vor diesem Hintergrund mangels Substantiierung nicht von der Anzahlung in Abzug gebracht werden.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend ist der Beklagte angesichts der obgemachten Ausführungen zu verpflichten, dem Kläger die Anzahlung von Fr. 20'000.– zurückzuerstatten. Der von der Vorinstanz zugesprochene Zins zu 5% seit 9. Juli 2012 wurde vom Beklagten nicht zum Thema seiner Berufung gemacht,

- 20 - weshalb es dabei sein Bewenden hat. Gleich verhält es sich mit den von der Vorinstanz dem Kläger zugesprochenen Zahlungsbefehlskosten von Fr. 112.–. Antragsgemäss ist folglich der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 (Zahlungsbefehl vom 28. August 2012) in diesem Umfang aufzuheben. D. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Abschliessend sind die erst- und zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln. 2. Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten unangefochten auf Fr. 3'150.– festgesetzt und diese dem Beklagten auferlegt. Ferner hat sie den Beklagten verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'900.– inkl. Kosten des Schlichtungsverfahrens und Mehrwertsteuer zu bezahlen (vgl. Urk. 26 S. 15, Dispositiv-Ziffern 2-4). Da der Beklagte mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, besteht kein Anlass, das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv abzuändern. 3. Im Berufungsverfahren ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 3'150.– festzusetzen und diese ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen. Ferner ist der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 3'600.– festgesetzte Parteientschädigung zu bezahlen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag entfällt zufolge des ausländischen Wohnsitzes des Klägers (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006). Es wird erkannt: 1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 20'000.– nebst Zins zu 5 % seit 9. Juli 2012 sowie Fr. 112.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.

- 21 - Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9, 8048 Zürich (Zahlungsbefehl vom 28. August 2012) gilt in diesem Umfang als aufgehoben. 2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'150.– festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 5. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'600.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich,

#### **E. 4**

Nach Art. 247 Abs. 1 ZPO wirkt das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Dennoch gilt im Ausgangspunkt die Verhandlungsmaxime und es ist primär Sache der Parteien, den Prozessstoff zu sammeln (Hauck, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 247 N 15). Auch im vereinfachten Verfahren obliegt es demnach den Parteien, die Fakten und Beweise zusammen zu tragen und die entsprechenden Behauptungen aufzustellen, zumal die Parteien dazu am Besten in der Lage sind. Dem Gericht kommt mithin eine lediglich unterstützende, nicht aber eine tragende Funktion zu, indem es darauf hinwirkt, dass die Prozesshandlungen der Parteien in richtiger Form vorgenommen werden und Parteibehauptungen und Parteierklärungen bestimmt, vollständig und klar sind. Fehlen entsprechende Angaben der Parteien, soll das Gericht den Parteien "auf die Sprünge helfen". Der Umfang richtet sich danach, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert ist und ob anwaltliche Vertretung besteht oder nicht (Hauck, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 247 N 9 ff. insbesondere N 15; BK-Killias, Art. 247 N 7 ff.).

## E. 5

Der Beklagte moniert an zwei Stellen eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht.

### E. 5.1

Zunächst habe es die Vorinstanz versäumt, den Kläger nach Beweismitteln für die Behauptung, dass die Anzahlung von Fr. 20'000.– dem Beklagten zugeflossen sei, zu fragen. Ebenso wenig habe sie den vor Vorinstanz noch unvertretenen Beklagten nach Gegenbeweismitteln zu diesem Thema befragt. Wäre die Vorinstanz ihrer Pflicht nachgekommen, so hätte der Beklagte die in Rz 0 (hierbei handelt es sich offenbar um einen Verschieb, da die Rz 0 nicht existiert) und in Rz 79 der Berufungsschrift genannten Beweismittel (Zeugenaussage E.\_\_\_\_\_ sowie Parteibefragung/Beweisaussage des Beklagten) für die Überweisung der Anzahlung auf das Konto der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ bereits im vorinstanzlichen Verfahren nennen können (Urk. 25 Rz 69-80).

- 7 - Vor Vorinstanz war unbestritten, dass die Anzahlung der Fr. 20'000.– auf ein Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ geflossen ist. Der Kläger selber hat im vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass das Geld auf das Konto der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ einbezahlt worden sei (Prot. S. 12). Überdies ergibt sich dies bereits aus der vom Kläger eingereichten Beilage Urk. 4/5. Über unstrittige Tatsachen ist kein Beweis zu führen, weshalb die Erhebung von Beweismitteln diesbezüglich nicht angezeigt war. Die Vorinstanz war deshalb nicht gehalten, die Parteien in diesem Zusammenhang zur Bezeichnung von Beweis- bzw. Gegenbeweismitteln aufzufordern. Die Tatsache, dass der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht dazu kam, die Zeugeneinvernahme von E.\_\_\_\_\_ sowie seine Parteibefragung/Beweisaussage als Gegenbeweismittel zu bezeichnen, stellt demnach keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Auch die im Berufungsverfahren eingereichten Beweismittel Urk. 29/3-4 sind vor diesem Hintergrund nicht zu beachten, da sie eine unstrittige Tatsache dokumentieren. Hingegen wäre die Vorinstanz aufgrund der ihr obliegenden richterlichen Fragepflicht gehalten gewesen, den Beklagten auf seinen ungenügenden Sachvortrag betreffend die klägerische Behauptung, das Konto der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ sei dem Beklagten zuzurechnen (vgl. VI-Prot. S. 14), hinzuweisen. Diese vom Kläger anlässlich der Replik vorgetragene Behauptung wurde vom Beklagten im Rahmen seiner Duplik nicht aufgenommen. Dem Beklagten als unvertretenem Laien war offensichtlich nicht bewusst, dass es sich hierbei um eine (u.U.) entscheidrelevante Behauptung handelte. Indem die Vorinstanz den Beklagten nicht auf die Unvollständigkeit seines Vortrages hingewiesen und ihn durch geeignete Fragen unterstützt hat, hat sie das rechtliche Gehör des Beklagten diesbezüglich verletzt. Mit Hinweis auf das unter B.3 Ausgeführte hat dies zur Folge, dass es dem Beklagten im Berufungsverfahren erlaubt ist, seinen Sachvortrag zu ergänzen. Entsprechend sind die vom Beklagten in diesem Zusammenhang in der Berufungsschrift aufgestellten neuen Vorbringen in novenrechtlicher Hinsicht zulässig. Es handelt sich hierbei um folgende Behauptungen:

- 8 - - "Weder A.\_\_\_\_\_ noch seine Firma hatten Zugriff auf das Konto der "D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_". Diese Anzahlung von CHF 20'000 wurde auch später nie auf das Konto der D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_ überwiesen." (Urk. 25 Rz 26). - "[...], auf welches weder A.\_\_\_\_\_ noch seine Firma Zugriff hatten, [...]. [...], welche das Geld nie erhalten hat (Rz. 27), [...]." (Urk. 25 Rz 49). - "Zu beachten ist ausserdem, dass der Berufungskläger nicht beweispflichtig dafür ist, dass die Zahlung nach der Überweisung an E.\_\_\_\_\_ nicht an ihn weitergeflossen ist (was der Berufungsbeklagte nicht einmal so behauptet hat). Es ist Sache des Klägers und Berufungsbeklagten, den für die Gutheissung seines angeblichen

Anspruchs erforderlichen Sachverhalt zu behaupten und zu beweisen. Ein entsprechender Beweis ist nicht erfolgt. Eine Überweisung an den Berufungskläger erfolgte nicht. Für den Fall, dass das Obergericht bezüglich der Beweislast anderer Ansicht sein sollte, seien folgende Beweismittel zu beachten." (Urk. 25 Rz 79). BO: E.\_\_\_\_\_, vorgeannt als Zeuge Befragung des Berufungsklägers Parteibefragung/Beweisaussage

### **E. 5.2**

Ferner macht der Beklagte geltend, die Vorinstanz habe es ungerechtfertigterweise unterlassen, ihn zu den entstandenen Auslagen der Verkäuferschaft (F.\_\_\_\_\_) zu befragen. Eine Rückzahlungsverpflichtung könne nur insoweit bestehen, als dass die Auslagen des Verkäufers vom Vorschuss abgezogen würden. Obwohl die Vorinstanz also gewusst habe, dass diese Kosten für die Entscheidung des Falles relevant sein könnten, habe sie den Beklagten hierzu nicht befragt (Urk. 25 Rz 88-93).

- 9 - Dem Beklagten ist zuzustimmen, dass es die richterliche Fragepflicht in diesem Zusammenhang geboten hätte, den Beklagten zu den entstandenen Auslagen der Verkäuferschaft zu befragen. Zwar hat der Kläger in seiner Klagebegründung ausführen lassen, dass keinerlei Kosten entstanden seien. Diesen ersten Parteivortrag hat der Beklagte indes nicht mitangehört und dieser wurde ihm später vom Kläger lediglich mündlich zusammengefasst (vgl. VI-Prot. S. 8). Inwiefern die Auslagen der Verkäuferschaft in dieser Zusammenfassung thematisiert worden sind, ist nicht ersichtlich. Anlässlich der Replik, welcher der Beklagte im Gerichtssaal beiwohnte, wurden die Auslagen der Verkäuferschaft nicht mehr erwähnt. Der Beklagte wurde entsprechend auch nicht durch den Vortrag des Klägers auf die Idee gebracht, die genannten Kosten zu thematisieren. Der Sachvortrag des Beklagten war in diesem Sinne offensichtlich unvollständig, weshalb das Gericht in Ausübung der richterlichen Fragepflicht nach den entstandenen Kosten der Verkäuferschaft hätte fragen müssen. Indem die Vorinstanz dies nicht getan hat, hat sie das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt. Mit Hinweis auf das unter B.3 Ausgeführte hat dies zur Folge, dass es dem Beklagten im Berufungsverfahren erlaubt ist, seinen Sachvortrag zu ergänzen. Die unter Rz 37 der Berufungsschrift aufgeführten Behauptungen samt dazugehörigen Beweismitteln sind in novenrechtlicher Hinsicht daher zulässig. Es handelt sich um folgende Behauptung: - "Nach dem Wissen des Berufungsklägers sind Kosten in der Höhe von rund CHF 8'000 entstanden. Diese Kosten setzen sich wie folgt zusammen und müssen nach der vertraglichen Vereinbarung vom Berufungsbeklagten getragen werden: ■ Kaufvertragsentwurf Grundbuchamt ...: CHF 349.80 ■ Flugkosten Eltern Fam. F.\_\_\_\_\_: CHF 800 ■ Inserat Homegate: CHF 2'800.00 ■ Aufwand des Berufungsklägers: CHF 2'000

- 10 - ■ Aufwand von E.\_\_\_\_\_: CHF 2'000 BO: E.\_\_\_\_\_, vorgeannt als Zeuge Befragung des Berufungsklägers Parteibefragung/Beweisaussage - "Die Kosten im Zusammenhang mit den Verkaufsgesprächen in Höhe von rund CHF 8'000 sind belegt und deshalb im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen (Rz. 37)." (Urk. 25 Rz 93).

### **E. 5.3**

Weitere Beanstandungen im Zusammenhang mit der richterlichen Fragepflicht bzw. deren Verletzung bringt der Beklagte nicht vor. Aus den Akten ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz andernorts gegen ihre Verpflichtung, die Parteien durch entsprechende Fragen zu unterstützen, verstossen hätte.

### **E. 6**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in der Berufungsschrift vorgetragene neuen Fakten und Beweismittel bezüglich der Zugriffs- und Verfügungsberechtigung des Beklagten über das Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ (Urk. 25 Rz 26, 49 und 79) sowie der entstandenen Kosten der Verkäuferschaft im Zusammenhang mit den Verkaufsgesprächen (Urk. 25 Rz 37) zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO darstellen. Demgegenüber stellen sämtliche restlichen neuen Vorbringen des Beklagten aus der Berufungsschrift unzulässige Noven dar, da diese bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten beigebracht werden können. Es handelt sich hierbei um die Vorbringen in den Rz 20, 21, 23, 32, 33, 35, 50, 57, 58 und 67 der Berufungsschrift. Diese Vorbringen sind im Berufungsverfahren unbeachtlich. Gleich verhält es sich mit den in diesem Zusammenhang bezeichneten Beweismitteln und der zusammen mit der Berufungsschrift eingereichten Beilage Urk. 29/2. Sofern der Beklagte im Rahmen einer weiteren Stellungnahme im

- 11 - Berufungsverfahren zusätzlich neue Vorbringen erhebt, sind diese mangels unverzüglicher Einbringung in das Verfahren von vornherein unbeachtlich (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO). Es handelt sich hierbei um die Vorbringen in den Rz 18 und 20 in der Stellungnahme vom 10. Januar 2014 (Urk. 38) sowie den Beilagen Urk. 40/5 und 40/6.

#### **E. 7**

Was die Rechtsschriften des Klägers im Berufungsverfahren betrifft, sind diejenigen Vorbringen, welche als Reaktion auf die unzulässigen Noven des Beklagten erhoben wurden, selbstredend ebenfalls unbeachtlich. Die vom Vater des Klägers persönlich an die urteilende Kammer gerichtete Stellungnahme vom 4. Februar (Urk. 46) ist hingegen - da diese innert Frist eingereicht wurde - zu berücksichtigen, nachdem die Mandatierung von zwei Vertretern und die Erstattung von mehreren Stellungnahmen entgegen der Ansicht des Beklagten (vgl. Urk. 51 Rz 9 ff.) vorliegend nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden kann. Da die Eingabe des Vaters des Klägers indes keine neuen, entscheiderelevanten Vorbringen enthält, kommt ihr ohnehin keine Bedeutung zu. C. Rückforderung der geleisteten Anzahlung 1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet im Wesentlichen die Frage, ob der Beklagte passivlegitimiert ist (nachstehend Erw. 2) und falls ja, welche Rechtsgrundlage für die Rückforderung der geleisteten Anzahlung in Frage käme (nachstehend Erw. 3). 2. Passivlegitimation des Beklagten

#### **E. 9**

und 12). Die Kommunikation lief dabei teils über die private E-Mailadresse des Beklagten (A.\_\_\_\_\_@....com), teils über die E-Mailadresse D.\_\_\_\_\_@....ch. Die Zustellung der Kaufabsichtserklärung erfolgte über die E-Mailadresse D.\_\_\_\_\_@....ch und war mit "D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_" signiert (Urk. 13/1 S. 1). Dem Kläger war damit bekannt, dass der mit ihm kommunizierende A.\_\_\_\_\_ eine Unternehmung führt, welche die Firma D.\_\_\_\_\_ trägt. Dies deckte sich sodann mit dem Eintrag im Handelsregister, welcher zum damaligen Zeitpunkt lediglich die Einzelfirma "D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_" auswies. Der Name E.\_\_\_\_\_ taucht in der gesamten Kommunikation vor Vertragsschluss kein einziges Mal auf. Vielmehr scheint E.\_\_\_\_\_ erst anlässlich eines Vorgesprächs zur Wohnungsbesichtigung im

- 15 - G.\_\_\_\_\_ am 12. Juni 2012, also lange nach Unterzeichnung der Kaufabsichtserklärung, in Erscheinung getreten zu sein (vgl. VI-Prot. S. 6). Wenn der Beklagte ausgeführt hat, E.\_\_\_\_\_ habe den Vertrag mit dem Kläger geschlossen, ist auf die

E-Mail vom 17. Mai 2012 zu verweisen, mit welcher dem Kläger die entsprechende Kaufabsichtserklärung zugestellt wurde (Urk. 13/1 S. 1). Die E-Mail scheint nicht vom Beklagten persönlich verfasst worden zu sein, wird doch auf ein Telefon mit dem Beklagten in der dritten Person verwiesen und ist die E-Mail im Gegensatz zur restlichen Kommunikation in der Sie-Form und nicht in der Du-Form verfasst. Es liegt nahe, dass die E-Mail von E.\_\_\_\_\_ verfasst worden ist, handelt es sich doch gemäss Angaben des Beklagten um die E-Mailadresse von E.\_\_\_\_\_ (was für den Kläger lediglich aufgrund der E-Mailadresse nicht ersichtlich sein konnte). E.\_\_\_\_\_ hat demnach dem Kläger eine Kaufabsichtserklärung zugestellt und die entsprechende E-Mail mit "D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_" signiert. Dies zeigt auf, dass - wenn schon - E.\_\_\_\_\_ als Vertreter des Beklagten agiert hat und nicht umgekehrt. Dies liegt auch wegen der Einzelzeichnungsberechtigung von E.\_\_\_\_\_ für die Einzelfirma "D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_", in deren Name er die betreffende E-Mail signiert hat, nahe. Unter diesen Umständen kann einzig der Schluss gezogen werden, dass die Treuhänderklausel in der Kaufabsichtserklärung vom 17. Mai 2012 diejenige Partei binden sollte, welche dem Kläger gegenüber fortwährend als Vertreter des Wohnungsverkäufers F.\_\_\_\_\_ aufgetreten ist. Dies war eindeutig der Beklagte. Dass die Anzahlung gemäss Kaufabsichtserklärung auf ein Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ geleistet werden sollte, ändert daran nichts. Der Kaufabsichtserklärung ist nichts mehr zu entnehmen, als dass der Kläger seiner Verpflichtung zur Leistung von Fr. 20'000.- durch Einzahlung auf das Konto eines Dritten nachkommen kann. Einzig aus der Bezeichnung eines Zahlungsempfängers darauf zu schliessen, die Treuhandklausel müsse zwingend den Zahlungsempfänger betreffen, geht - insbesondere unter Berücksichtigung der bereits ausführlich dargelegten Vorgeschichte des Vertragsschlusses - nicht an. Die in der Kaufabsichtserklärung vereinbarte Treuhandklausel sollte ohne Zweifel die D.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_

- 16 - binden. Die Überweisung der Fr. 20'000.- an E.\_\_\_\_\_ stellt damit eine Zahlung zu Gunsten des mit der treuhänderischen Verwaltung betrauten Beklagten dar. Dem Beklagten stand es frei, die Zahlung auf ein beliebiges Konto zu verlangen. Das bezeichnete Konto der D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ diente mithin als Zahlstelle. Dass der Beklagte auf das Konto lautend auf D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ zugriffsberechtigt sein oder darüber verfügen können müsste, ist dabei so wenig erforderlich, wie dass die Anzahlung nach der Überweisung auf jenes Konto dem Beklagten weitergeleitet worden wäre.

## **E. 10**

Abteilung, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 22 - Zürich, 11. August 2014 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. L. Stünzi versandt am: mc

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