

# ZH\_OBERGERICHT NP160009 vom 30. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP160009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP160009)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP160009 du 30 août 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT NP160009 del 30 agosto 2016

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Die Kläger führten vor Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass zwischen den Parteien bereits seit 2012 eine Zusammenarbeit bestehe. Dabei sei es insbesondere um den Verkauf von Inhaberaktien der D.\_\_\_\_\_ AG gegangen. Der ursprüngliche Eigentümer der Aktien, E.\_\_\_\_\_, sei an die Kläger herangetreten und habe angefragt, ob diese für ihn die genannten Inhaberaktien verkaufen könnten. E.\_\_\_\_\_ habe jedoch im Rahmen der Aktienverkäufe auf eigenen Wunsch hin nicht namentlich gegen aussen auftreten wollen. Die Parteien hätten daraufhin Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ aus Zürich damit beauftragt, formell als Verkäufer aufzutreten. Für die Umsetzung dieses Vorhabens sei am 12. Dezember 2012 eine als "Abrechnungsvereinbarung" betitelte Übereinkunft zwischen Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_, der G.\_\_\_\_\_ AG, vertreten durch den Kläger 1, und der H.\_\_\_\_\_ Finance GmbH, vertreten durch den Kläger 2, geschlossen worden (Urk. 3/10). Es sei zu mehreren Treffen zwischen den Parteien in der Kanzlei von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ gekommen. Dort sei auch die erwähnte schriftliche Vereinbarung aufgesetzt worden. Der Beklagte selbst habe zwar darauf bestanden, nicht formell Partei der Abrechnungsvereinbarung zu werden, im Hintergrund habe er aber an den Aktienverkäufen gleichberechtigt mitgewirkt (Urk. 26 S. 4). Neben der schriftlichen Abrechnungsvereinbarung sei zwischen den Klägern und dem Beklagten anlässlich der Treffen in der Kanzlei von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ eine zweite, mündliche Vereinbarung geschlossen worden. Diese mündliche Vereinbarung habe eine Zusammenarbeit der Parteien auf diversen Gebieten, insbesondere betreffend die gemeinsame Veräusserung der D.\_\_\_\_\_-Aktien, vorgesehen. Die Parteien hätten unter anderem einen detaillierten Verteilschlüs-

- 7 - sel für den Erlös aus den Aktienkäufen vereinbart. Diese Vereinbarung habe sowohl bei formeller Kaufabwicklung über Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ als auch für den Fall, dass eine der Parteien die Aktien in eigenem Namen erwerben und weiterverkaufen sollte, Geltung gehabt. In der Folge sei es zu mehreren Kaufabwicklungen über Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ gekommen, bei denen der Erlös wie vereinbart aufgeteilt worden sei (Urk. 26 S. 5). Im Laufe der Zeit habe der Beklagte diese Vorgehensweise jedoch eigenmächtig geändert. Er habe selbst in vier Tranchen von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ Inhaberaktien der D.\_\_\_\_\_ AG erworben. Danach habe er diese Aktien gewinnbringend an verschiedene Dritte weiterveräussert, wobei er den gesamten Verkaufserlös für sich behalten habe, anstatt vereinbarungsgemäss mit den Klägern abzurechnen. Insbesondere habe der Beklagte am 29. Juli 2013 mit I.\_\_\_\_\_ einen Kaufvertrag über 10'000 Inhaberaktien der D.\_\_\_\_\_ AG zu einem Kaufpreis von Fr. 58'000.– geschlossen. Gemäss dem vereinbarten Verteilschlüssel schulde der Beklagte den Klägern aus dieser Transaktion einen Betrag von Fr. 26'175.–

(Urk. 26 S. 6 f.). Zwischen den Parteien habe nach Ansicht der Kläger eine einfache Gesellschaft bestanden. Die Kläger hätten den Kontakt zum Eigentümer der Aktien hergestellt und damit den Kaufgegenstand eingebracht. Der Beklagte habe wiederum Käufer für die Aktien ausfindig gemacht. Gemäss dem vereinbarten Verteilschlüssel hätten alle Parteien am Verkaufserlös teilhaben sollen. Der Beklagte habe jedoch in Verletzung seiner Treuepflicht und des Konkurrenzverbots die Aktien in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erworben und wieder veräussert, ohne im Innenverhältnis mit den Klägern abzurechnen (Urk. 26 S. 7).

### **E. 1.2**

Zur Untermauerung ihrer Standpunkte offerierten die Kläger in ihrer Klageschrift vom 3. April 2014 – nebst den eingereichten Urkunden – folgende Beweismittel (vgl. Urk. 2 und Beweismittelverzeichnis zu Beginn von Urk. 3): - Parteibefragung der Kläger; - Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_ (Eigentümer der D.\_\_\_\_ AG-Aktien); - Zeugenbefragung von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_;

- 8 - - Zeugenbefragung von Rechtsanwalt J.\_\_\_\_ (Mitarbeiter von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_); - Zeugenbefragung von K.\_\_\_\_ (Käufer von D.\_\_\_\_ AG-Aktien); - Zeugenbefragung von L.\_\_\_\_ (Käufer von D.\_\_\_\_ AG-Aktien); - Zeugenbefragung von I.\_\_\_\_ (Käufer von D.\_\_\_\_ AG-Aktien).

### **E. 1.3**

Nach den Ausführungen des Beklagten seien die Kläger und der Beklagte befreundet gewesen, eine Zusammenarbeit, jedenfalls in Form einer einfachen Gesellschaft, habe aber zwischen den Parteien nie bestanden. Der Beklagte brachte vor Erstinstanz diesbezüglich vor, er selbst habe nie Partei der schriftlichen "Abrechnungsvereinbarung" werden wollen, entsprechend sei er auch nicht als Vertragspartei in der Vereinbarung aufgeführt und deren Abmachungen betreffen ihn nicht. Vielmehr habe der Beklagte von Anfang an die Absicht gehabt, selbständig Inhaberaktien von E.\_\_\_\_ bzw. aus dem treuhänderisch verwalteten Bestand von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_ zu erwerben, eigenständig Käufer für diese Aktien zu finden und die Aktien schliesslich selbständig weiterzuverkaufen. Rechtsanwalt F.\_\_\_\_ habe den Klägern nie ein exklusives Recht eingeräumt, für ihn Aktienkäufer zu finden, so dass der Beklagte berechtigt gewesen sei, sowohl von E.\_\_\_\_ als auch von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_ selbst Aktien zu erwerben und weiterzuverkaufen (Urk. 26 S. 7 f.). Entgegen den Behauptungen der Kläger sei anlässlich der Treffen in der Kanzlei von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_ keine mündliche Vereinbarung zwischen den Parteien geschlossen worden. Vielmehr sei zwischen den Gesellschaften der Kläger, also der G.\_\_\_\_ AG und der H.\_\_\_\_ Finance GmbH, sowie dem Beklagten abgemacht worden, dass dem Vermittler eines Aktienkäufers jeweils von den anderen Parteien eine Provision zu bezahlen sei. Die Höhe der vereinbarten Provision habe zwischen 20% und 35% des Aktienkaufpreises betragen, wobei die genaue Höhe von der Zahl der verkauften Aktien abhängig gewesen sei (Urk. 26 S. 8 f.). In diesem Zusammenhang bestritt der Beklagte auch die Aktivlegitimation der Kläger, da nicht sie, sondern die G.\_\_\_\_ AG und H.\_\_\_\_ Finance GmbH Parteien der Provisionsabrede gewesen seien (Urk. 15 S. 11; Prot. I S. 15).

- 9 - Dass der Beklagte am 29. Juli 2013 einen Kaufvertrag über 10'000 Inhaberaktien der D.\_\_\_\_ AG für Fr. 58'000.– geschlossen habe, sei unbestritten. Allerdings habe der Beklagte den Verkaufserlös ohne Weiteres behalten können, da nicht die Kläger I.\_\_\_\_ als Käufer vermittelt hätten. Somit schulde der Beklagte den Klägern auch keine

Provisionszahlung. Da die Kläger auch nicht anderweitig an diesem Aktienverkauf mitgewirkt hätten, sei der Beklagte nicht zur Abrechnung mit den Klägern verpflichtet, bzw. den Klägern stünden aus diesem Geschäft keine finanziellen Ansprüche zu (Urk. 26 S. 9). Zu den rechtlichen Ausführungen der Kläger im Zusammenhang mit dem Bestand einer einfachen Gesellschaft brachte der Beklagte vor, den Parteien würde betreffend den Verkauf der Aktien die "affectio societatis" fehlen. Es sei nicht mit gemeinsamen Mitteln und Kräften ein gemeinsamer Zweck gefördert worden. Zudem hätten die Kläger nichts in die behauptete Gesellschaft eingebracht, insbesondere nicht den Kontakt zu E.\_\_\_\_\_. Vielmehr sei zwischen den Parteien für die Vermittlung eines Käufers gegenseitig ein Provisionsanspruch vereinbart worden. Diese Vereinbarung entspreche einem Auftrag bzw. einem Mäklervertrag (Urk 26 S. 9 f.).

#### **E. 1.4**

Zur Untermauerung seiner Standpunkte offerierte der Beklagte in seiner Klageantwort anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. November 2014 folgende Beweismittel (vgl. Urk. 15): - Parteibefragung des Beklagten; - Parteibefragung der Kläger; - Zeugenbefragung von M.\_\_\_\_ (Bekannter des Beklagten, welcher angeblich den Kontakt zu E.\_\_\_\_\_ hergestellt hat); - Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_\_ (Eigentümer der D.\_\_\_\_\_ AG-Aktien); - Zeugenbefragung von Rechtsanwalt F.\_\_\_\_; - Zeugenbefragung von K.\_\_\_\_\_ (Käufer von D.\_\_\_\_\_ AG-Aktien); - Zeugenbefragung von L.\_\_\_\_\_ (Käufer von D.\_\_\_\_\_ AG-Aktien); - Zeugenbefragung von I.\_\_\_\_\_ (Käufer von D.\_\_\_\_\_ AG-Aktien).

- 10 - 2. Erwägungen der Vorinstanz

#### **E. 2**

Prozessverlauf

##### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, dass die schriftliche Abrechnungsvereinbarung vom 12. Dezember 2012 (Urk. 3/10) bestehe, sei belegt und werde von den Parteien nicht bestritten. Ebenso sei erstellt, dass der Beklagte vom Inhalt dieser Vereinbarung Kenntnis gehabt habe. Darüber hinaus sei die schriftliche Abrechnungsvereinbarung jedoch nicht weiter von Bedeutung, da weder die Kläger noch der Beklagte vorliegend zu beurteilende Ansprüche daraus geltend machen würden (Urk. 26 S. 13 f.).

##### **E. 2.2**

Bezüglich der bestrittenen Aktivlegitimation führte die Vorinstanz aus, da die Kläger geltend machen würden, dass sie persönlich die mündliche Vereinbarung mit dem Beklagten geschlossen hätten, müsse für die Beurteilung der Aktivlegitimation darauf abgestellt werden (Urk. 26 S. 12).

##### **E. 2.3**

Weiter erwog die Vorinstanz, für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft gebe es mehrere "Anhaltspunkte" aus den Akten und den Ausführungen der Parteien. So habe der Beklagte in einer E-Mail an die Kläger selbst von einem "Team" gesprochen. Der Beklagte widerspreche sich demnach, wenn er ausführe, er hätte keine Zusammenarbeit mit den Klägern beabsichtigt, sie alle aber zugleich als Team betrachtet. Sodann habe der Kläger 1 den Beklagten in der E-Mail vom 20. Dezember 2012 nicht bloss gefragt, was letzterer von der schriftlichen Abrechnungsvereinbarung halte, sondern habe ihm diese mit der Bitte um

Studium und Rückbestätigung zugestellt. Die Forderung nach einer Rückbestätigung verlange eine Erklärung der Zustimmung und des Einverständnisses, welche der Beklagte dann mit seiner Antwort "Finde ich OK" gegeben habe. Auch weitere E-Mails der Kläger betreffend den Zahlungsverkehr und andere Einzelheiten seien dem Beklagten jeweils zugestellt worden. Es ergebe keinen Sinn, den Beklagten über solche Details zu informieren, wenn er gar nicht mit den Klägern zusammengearbeitet hätte – so die Vorinstanz weiter. Schliesslich sei im Aktienkaufvertrag zwischen dem Beklagten und I.\_\_\_\_\_ vom 29. Juli 2013 (Urk. 3/26) in Ziffer 6 explizit die H.\_\_\_\_\_ Finance GmbH erwähnt. Hätte der Beklagte die Aktien der D.\_\_\_\_\_ AG tatsächlich gänzlich unabhängig von den Klägern verkaufen wollen, hätte es keinen Grund gegeben, die Gesellschaft des Klägers 2 in einen

- 11 - Aktienkaufvertrag des Beklagten mit einem Dritten miteinzubeziehen. Aus den Akten und den Ausführungen der Parteien ergebe sich somit, dass sich die drei Beteiligten zu einem partnerschaftlichen Zusammenwirken, einem Team, zusammengefunden und ein gemeinsames Ziel angestrebt hätten (Urk. 26 S. 15 ff.).

#### **E. 2.4**

Die Behauptung des Beklagten, er habe die streitgegenständlichen Aktien von Beginn weg alleine erwerben und weiterverkaufen wollen, finde gemäss Vorinstanz in den Akten keine Stütze und stehe auch im Widerspruch zu seinem Verhalten. So sei unbestritten, dass er die Käufer K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ vermittelt und dafür von den Klägern Geld erhalten habe. Er habe somit nicht alleine gehandelt. Weiter sei nicht sinnfällig, weshalb der Beklagte, wenn er die Aktien selbst gewinnbringend habe kaufen und verkaufen wollen und keinerlei Zusammenarbeit mit den Klägern gewünscht hätte, diesen dann doch Käufer vermittelt und dafür – nach seiner Darstellung – eine Provision kassiert habe. Im Alleingang hätte er den ganzen Gewinn einnehmen können anstatt lediglich eine Provision. Der Beklagte verweise zur Untermauerung seiner Behauptung auf seine Schreiben, in welchen er die Bezahlung einer "Provision" verlangt (Urk. 3/16 und 3/23). Weiter führe der Beklagte aus, der Kläger 1 hätte jeweils diese Rechnungen geschrieben, er habe sie dann nur noch unterzeichnet. Selbst wenn der Kläger 1 diese Rechnungen stellt und entsprechend selbst die Bezeichnung "Provision" verwendet hätte, könne nicht allein aufgrund dieser Terminologie auf die Vereinbarung einer Provision geschlossen werden. Bei den Parteien handle es sich um juristische Laien, so dass auf die Begriffe, welche diese im Rechtsverkehr benützten, nicht unbesehen abgestellt werden könne. Im Übrigen sei nicht ausgeschlossen, dass eine einfache Gesellschaft den Gesellschaftern für erfolgreiche Tätigkeit eine Zahlung zukommen lasse, welche untechnisch auch als Provision bezeichnet werden könne. Dies ändere nichts am vorliegenden gemeinschaftlichen Zusammenwirken der Parteien. Das Vorbringen des Beklagten, es sei die Bezahlung einer Provision vereinbart worden, was als Auftrag oder Mäklervertrag zu qualifizieren sei, überzeuge damit nicht (Urk. 26 S. 17 f.).

#### **E. 2.5**

Nach der vorstehend dargelegten Aktenlage und den Vorbringen der Parteien sei objektiv überzeugend, dass die Parteien gemeinsam den Zweck verfolgt

- 12 - hätten, Aktien der D.\_\_\_\_\_ AG zu vermitteln bzw. zu verkaufen und dadurch einen Gewinn zu erwirtschaften. In diesem partnerschaftlichen Zusammenwirken auf ein gemeinsames Ziel hätten die Parteien eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff.

OR gebildet. Die vom Beklagten dargelegten Gegenargumente seien nicht plausibel und vermöchten diese Überzeugung nicht in Zweifel zu ziehen. Es hätten sich keine Anhaltspunkte für einen einfachen Auftrag oder einen Mäklervertrag ergeben (Urk. 26 S. 18). Das Bestehen einer einfachen Gesellschaft habe ein umfassendes Interessenskollisionsverbot zur Folge gehabt, was den Parteien als Gesellschafter jegliche Handlung verboten habe, die den Gesellschaftszweck hätte beeinträchtigen können. Selbstredend sei es damit den Parteien nicht gestattet gewesen, neben der Vermittlung von Käufern selbst Aktien zu erwerben und diese weiterzuverkaufen. Indem er eigenmächtig Aktien erworben und diese selbständig weiterverkauft habe, habe der Beklagte den Zweck der einfachen Gesellschaft der Parteien unterlaufen. Dadurch sei der einfachen Gesellschaft der angestrebte Gewinn entgangen. Aufgrund der Verletzung des Interessenskollisionsverbots stehe der einfachen Gesellschaft ein Anspruch auf Gewinnherausgabe zu. Folglich habe der Beklagte den durch sein eigennütziges Geschäft erlangten Gewinn herauszugeben, wobei die von den Klägern geltend gemachte Abrechnungsmethode zwar nicht gänzlich nachvollziehbar sei, aber zumindest annähernd stimmen würde. Die Ausführungen des Beklagten zu der angeleglichen Provisionsvereinbarung seien dahingegen vage und unkonkret (Urk. 26 S. 20-24). Entsprechend hiess die Vorinstanz die Klage gut und verpflichtete den Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Forderung von Fr. 26'175.– zuzüglich Zins von 5% seit 30. August 2013 (Urk. 26 Dispositiv-Ziff. 1). 3. Materielle Beurteilung 3.1 Nach den vorstehenden Erwägungen ging die Vorinstanz gestützt auf die Akten und die Vorbringen der Parteien davon aus, dass die von den Klägern behauptete mündliche Vereinbarung plausibel und glaubhaft sei. Entsprechend anerkannte sie auch die Aktivlegitimation der Kläger. Aufgrund des Verhaltens der Parteien schloss die Vorinstanz auf ein gemeinsames Zusammenwirken und bejahte demgemäss das Bestehen einer einfachen Gesellschaft. Auf ein förmliches

- 13 - Beweisverfahren hat sie dabei verzichtet. Sie hat anlässlich der Hauptverhandlung lediglich den Beklagten im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO zu einigen wenigen Punkten befragt. 3.2 Der Beklagte beanstandet dieses Vorgehen der Vorinstanz in seiner Berufungsschrift. Der erstinstanzliche Entscheid sei schon deshalb fehlerhaft, weil die Vorinstanz trotz den substantiierten Behauptungen bzw. Bestreitungen des Beklagten und trotz den von ihm ausdrücklich angebotenen Gegenbeweisen ohne genügende Begründung überhaupt keine Beweisabnahmen durchgeführt habe. Der Beklagte habe im erstinstanzlichen Verfahren verschiedene Beweise zur Stützung seines Standpunktes angeboten, wonach zwischen den Parteien nie eine einfache Gesellschaft bestanden bzw. wonach es neben der schriftlichen "Abrechnungsvereinbarung" vom 12. Dezember 2012 nicht auch noch eine mündliche "Zusammenarbeitsvereinbarung" gegeben habe. Der Beklagte habe in diesem Zusammenhang nicht nur die formelle Parteibefragung nach Art. 191 ZPO, sondern insbesondere auch explizit mehrfach die Befragung von wichtigen Zeugen als Beweismittel angeboten. Die Vorinstanz habe über die vom Beklagten bestrittenen Punkte bzw. über die Parteistandpunkte nach dem Scheitern des Vergleichs überhaupt keine Beweise abgenommen, obschon solche vom Beklagten gehörig angeboten worden seien. Die Vorinstanz habe stattdessen – in Verletzung von Art. 231 ZPO und ohne gehöriges Beweisverfahren – einfach auf die Parteistandpunkte der Kläger abgestellt. Indem die Vorinstanz ohne Beweisabnahmen, die den Standpunkt des Beklagten bekräftigt hätten, ein Urteil zu seinen Ungunsten gefällt habe, habe sie es dem Beklagten von vornherein vereitelt, seinen Standpunkt zu beweisen (Urk. 25 S. 4 f.). 3.3

Ein Beweisverfahren hat grundsätzlich stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht Beweismittel angeboten hat. Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisangebote übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern (OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5). Grundsätzlich

- 14 - sind (unter dem Vorbehalt einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung, vgl. dazu nachstehend E. 3.4.3) alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A\_145/2015 vom 6. Juli 2015, E. 5.4.2). Ist im Sinne von Art. 150 Abs. 1 und 152 Abs. 1 ZPO ein Beweisverfahren durchzuführen, so hat vor der Beweisabnahme die in Art. 154 ZPO obligatorisch vorgesehene Beweisverfügung des Gerichts zu ergehen. Das Gericht hat dort die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und darüber zu bestimmen, welcher Partei zu welchen Tatsachenbehauptungen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Mit dem angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz gewisse umstrittene Sachverhaltsumstände gewürdigt, ohne zuvor eine Beweisverfügung erlassen zu haben. Das ist im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren grundsätzlich unzulässig (vgl. OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5). 3.3.1 So stellt die Vorinstanz mehrfach auf Aussagen des Beklagten ab, welche dieser anlässlich der gerichtlichen Befragung nach Art. 56 ZPO gemacht hat (Urk. 26 S. 15, S. 17 und S. 24 mit Verweis auf Prot. I S. 18 ff.). Beispielsweise stützt sich die Erstinstanz auf Aussagen des Beklagten, wonach dieser als Team verstehe, wenn er mit Leuten zusammenarbeite und wenn diese Leute am gleichen Strick ziehen würden. Daraus schloss die Vorinstanz, dass sich der Beklagte widersprüchlich verhalte, wenn er ausführe, er habe keine Zusammenarbeit mit den Klägern gewollt, sie alle aber zugleich als Team betrachtet (Urk. 26 S. 15 mit Verweis auf Prot. I S. 19). 3.3.2 Die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO dient dazu, unklare, widersprüchliche, unbestimmte oder offensichtlich unvollständige Parteivorbringen klarzustellen oder zu ergänzen, also den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt durch entsprechende Fragen des Gerichts zu ermitteln. Mit anderen Worten ist die richterliche Fragepflicht somit kein förmliches Beweismittel, sondern dient als Verfahrensgrundsatz der Ergänzung oder Klarstellung der Parteivorbringen. Demgegenüber geht es bei der Parteibefragung nach Art. 191 ZPO darum, ein förmliches Beweismittel zu produzieren, auf welches im Entscheidfall

- 15 - lich abgestellt werden kann (BGer 4A\_498/2014 vom 3. Februar 2015, E. 3.3). Der Zweckgedanke der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO besteht darin, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem der Richter bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf jedoch keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. In jedem Fall wird die Fragepflicht nur ausgelöst, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 56 ZPO gegeben sind, mithin ein unklares, widersprüchliches, unbestimmtes oder offensichtlich unvollständiges Parteivorbringen vorliegt (BGer 4A\_444/2013 vom 5. Februar 2014, E. 6.3.3). Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGer 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 7.6, m.w.H.).

Sie dient jedoch nicht der beweismässigen Erstellung eines Sachverhalts. 3.3.3 Vorliegend ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass ein Rechtsstreit im vereinfachten Verfahren vorliegt. Im vereinfachten Verfahren hat das Gericht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Hingegen sind auch der verstärkten Fragepflicht im vereinfachten Verfahren klare Grenzen gesetzt. Die gerichtliche Fragepflicht kann nicht dazu dienen herauszufinden, ob das von den Parteien Behauptete stimmt oder nicht. Und ist eine Partei anwaltlich vertreten, so wären die Fragen grundsätzlich dem Anwalt und nicht der Partei zu stellen, denn mit dem Beweisverfahren hat die gerichtliche Fragepflicht nichts zu tun. Damit gibt es auch keine Grundlage für eine formlose Befragung, die der Wahrheitsfindung ausserhalb eines förmlichen Beweisverfahrens dienen soll (MÜLLER, Beweisen nach der ZPO, in: Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, 2015, S. 494 f.). Zudem ist bei anwaltlicher Vertretung auch die Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO stark gemildert (OGer ZH NP150028 vom 05.04.2016, E. II./3.2.3). 3.4 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die gerichtliche Befragung im Rahmen von Art. 56 ZPO bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO keinen Ersatz darstellt für ein

- 16 - förmliches Beweisverfahren. Dementsprechend stellt sich vorliegend die Frage, ob die Vorinstanz auf die Abnahme der von den Parteien (form- und fristgerecht) offerierten (Gegen)Beweismittel verzichten durfte. Aus der Begründung des angefochtenen Entscheids geht nicht hervor, aus welchen Gründen die Vorinstanz auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet hat. Dabei ist nochmals hervorzuheben, dass die Kläger den eingeklagten Anspruch vorwiegend auf eine angeblich mündlich geschlossene Vereinbarung stützen (Urk. 2 S. 6 f., Rz 16-18; Prot. I S. 10-13), deren Zustandekommen bzw. deren Inhalt zwischen den Parteien umstritten ist. Diesbezüglich hat der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren insbesondere folgende substantiierte Behauptungen aufgestellt und dabei jeweils die vorstehend in E. III./1.4 aufgeführten (Gegen)Beweismittel (Partei- und Zeugenbefragungen) offeriert: - Eine "Zusammenarbeit" in Form einer einfachen Gesellschaft hat zwischen den Parteien nie bestanden (Urk. 15 S. 3); - E.\_\_\_\_\_ hat die Kläger schon damals nur als Mitläufer des Beklagten betrachtet (Urk. 15 S. 3); - Der Beklagte wollte weder eine "Zusammenarbeit" mit den Klägern betreffend den Verkauf von D.\_\_\_\_\_ AG-Aktien, noch wollte er solche Aktien zusammen mit ihnen über Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ erwerben; der Beklagte hatte vielmehr die Absicht, diese Aktien vom Eigentümer alleine zu erwerben und allenfalls weiterzuverkaufen (Urk. 15 S. 4); - Der Beklagte beabsichtigte von Anfang an, selbständig allfällige Käufer für die Aktien zu finden (Urk. 15 S. 5); - Zwischen den Klägern und dem Beklagten hat zu keinem Zeitpunkt eine "Zusammenarbeitsvereinbarung" bestanden, auch keine mündliche (Urk. 15 S. 5); - Zwischen der G.\_\_\_\_\_ AG, vertreten durch den Kläger 1, der H.\_\_\_\_\_ Finance GmbH, vertreten durch den Kläger 2, und dem Beklagten wurde lediglich vereinbart, dass für die Vermittlung eines Käufers gegenseitig jeweils eine Provision bezahlt wird (Urk. 15 S. 5); - Nie war von einer "Gewinnbeteiligung" oder einer "Geschäftskasse" die Rede (Urk. 15 S. 6); - Der Beklagte durfte ohne weiteres die selbständig erworbenen Aktien weiterverkaufen und den Erlös behalten. Es gibt keine Vereinbarung, welche

- 17 - ihm einen solchen Weiterverkauf verbieten würde oder ihn zu einer "Abrechnung" verpflichten würde (Urk. 15 S. 9); - Der Beklagte durfte ohne weiteres den Verkaufserlös behalten, weil die Kläger beim streitgegenständlichen Aktienverkauf überhaupt nicht mitgewirkt und insbesondere den Käufer nicht vermittelt haben (Urk. 15 S. 10). 3.4.1 Das

Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast insbesondere das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind. Aus Art 8 ZGB ergibt sich sodann auch das Recht des Gegners der beweisbelasteten Partei zum Gegenbeweis (BGE 126 III 315 E. 4a). Bereits 1936 hielt das Bundesgericht in Bezug auf den Anspruch auf Beweisführung folgendes fest (BGE 62 II 317 E. 3, S. 326): "In der Nichtberücksichtigung an sich tauglicher Beweismittel liegt aber nach ständiger Praxis eine Verletzung von Bundesrecht; denn damit wird die betreffende Partei effektiv um ihr Recht zum Beweis (oder Gegenbeweis) gebracht, das ihr als notwendiger Ausfluss des materiellen Anspruches von bundesrechtswegen zustehen muss." Das Gesagte gilt auch für den Nachweis der Aktivlegitimation. Materiellrechtlich hat der Gläubiger seine Aktivlegitimation zu beweisen, beispielsweise das Zustandekommen des als Rechtsgrund einer Forderung beanspruchten Vertrags (BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 267 mit Verweis auf BGE 123 III 60 E. 3a). Sofern die Aktivlegitimation vom Beklagten substantiiert und unter Nennung geeigneter Beweismittel bestritten wird, ist es nicht zulässig, dass das Gericht – analog zu den doppelrelevanten Tatsachen – einfach auf die Behauptungen des Klägers abstellt und dessen Aktivlegitimation ohne Würdigung der Gegenbeweise bejaht.

3.4.2 Der Gegner der beweisbelasteten Partei hat sodann einen Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht Zweifel an der Richtigkeit des Hauptbeweises wecken und diesen dadurch vereiteln sollen (HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., 2016, Art. 152 N 9c mit Verweis auf BGE 120 II 393 E. 4b). Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird, nicht aber auch, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt

- 18 - wird. Der Gegenbeweis ist somit bereits erfolgreich, wenn beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenbehauptungen bestehen bleiben, welche Gegenstand des Hauptbeweises bilden (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 11, m.w.H.).

3.4.3 Vermutungsweise hat sich die Vorinstanz beim Entscheid, kein Beweisverfahren durchzuführen, auf eine antizipierte Beweiswürdigung gestützt, wobei dies aus der Urteilsbegründung nicht explizit hervorgeht. Eine richterliche antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, "wenn das Gericht in einem konkreten Prozess nach einer vorgängigen (negativen) Prognose, mithin in vorgreifender Würdigung, auf die Abnahme eines oder mehrerer an sich zulässiger Beweismittel verzichtet" (TANNER, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, S. 735 ff., S. 740). Die antizipierte Beweiswürdigung wird in der ZPO (im Gegensatz zum Vorentwurf der Expertenkommission) nicht geregelt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlaubt die antizipierte Beweiswürdigung dem Gericht, weitere Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 136 I 229 E. 5.3, m.w.H.). Die antizipierte Beweiswürdigung darf allerdings nicht bloss auf allgemeiner Lebenserfahrung, allgemeinen tatsächlichen Vermutungen oder mittelbaren Indizien beruhen (BGE 115 II 305; BGer 4A\_526/2009 vom 21. Dezember 2009, E. 1.2.2). Die antizipierte Beweiswürdigung dient der effizienten Prozessführung und -erledigung, d.h. der Prozessbeschleunigung und Prozessökonomie. Voraussetzung für die Ablehnung weiterer Beweismassnahmen ist die Gewissheit des Gerichts, dass das abgelehnte Beweismittel auch dann nichts mehr an der richterlichen Überzeugung zu ändern vermöchte, wenn die Beweisabnahme die von der Beweis

führenden Partei auf- gestellte Tatsachenbehauptung stützen würde (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 58). Auf jeden Fall ist erforderlich, dass die Parteien und die Rechtsmittel- instanz die subjektive richterliche Überzeugung anhand von objektiven Kriterien nachvollziehen und überprüfen können. Dies ist nur dann möglich, wenn das Gericht – insbesondere bei widersprechenden Beweismitteln – eingehend begründet, weshalb es eine Tatsache als bewiesen erachtet oder nicht. Sodann darf das Ge-

- 19 - richt die Beweisanträge nicht einfach mit Stillschweigen übergehen, sondern muss sich zumindest implizit dazu äussern, weshalb es im konkreten Fall auf eine Beweisabnahme verzichtet hat (TANNER, a.a.O., S. 742 f. und S. 747, m.w.H.). Besondere Vorsicht ist geboten, wenn es – wie im vorliegenden Fall – um den Gegenbeweis geht (LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 121). Kann ein Beweiser- gebnis bereits durch Zweifel erschüttert werden, ist es grundsätzlich unzulässig, den Gegenbeweis in antizipierter Beweiswürdigung abzulehnen (HASENBÖHLER, a.a.O., Art. 157 N 47, m.w.H.). 3.5 Gemäss vorstehenden Erwägungen hätte die Vorinstanz vorab begründen müssen, weshalb sie kein einziges von den Parteien offeriertes Beweismittel (Par- tei- und Zeugenbefragung) abgenommen hat. Die bundesgerichtliche Rechtspre- chung ist in solchen Fällen streng, in denen das Gericht die form- und fristgerecht gestellten Beweisanträge eines Rechtssuchenden ohne jede Begründung über- geht (BGer 5A\_305/2014 vom 13. Oktober 2014, E. 3.3.1 mit Verweis auf BGer 5A\_487/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 3.3.1). Im Falle einer antizipierten Be- weiswürdigung muss sich aus den Erwägungen zumindest implizit ergeben, wes- halb das Gericht dem nicht abgenommenen Beweismittel jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abspricht (BGer 5A\_305/2014 vom 13. Oktober 2014, E. 3.3.1; BGE 114 II 289 E. 2a; BGer 5P.322/2001 vom 30. November 2001, E. 3c). Gemäss Bundesgericht ist es mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Grundsatz nicht vereinbar, wenn ein kantonales Gericht sich mit einem Beweisantrag in keiner Weise auseinandersetzt und diesen einfach mit Stillschweigen übergeht (BGer 5P.322/2001 vom 30. November 2001, E. 3c mit Verweis auf BGE 101 Ia 545, E. 4d). Vorliegend stützt die Vorinstanz ihren Entscheid hauptsächlich auf das Verhalten der Parteien, auf die Ausführungen der Rechtsvertreter sowie auf "An- haltspunkte" in den Akten (vgl. Urk. 26 S. 15, E. 3.3). In solchen Fällen, in denen das Gericht vorwiegend auf mittelbare Indizien abstellt, ist eine antizipierte Be- weiswürdigung grundsätzlich nicht zulässig, zumal der Beklagte Partei- und Zeu- genbefragungen als unmittelbare Gegenbeweismittel offeriert hat (vgl. vorstehend E. 3.4.3). Überdies liegt es im vorliegenden Fall nicht auf der Hand, dass es sämt- lichen von den Parteien beantragten Beweismitteln von Anfang an jeder Erheb- lichkeit oder Tauglichkeit fehlen würde. Auch mit der Prozessbeschleunigung und

- 20 - Prozessökonomie lässt sich in casu eine vorweggenommene Beweiswürdigung nicht rechtfertigen. Immerhin blieb die Vorinstanz fast ein ganzes Jahr untätig, nachdem sie darüber informiert worden ist, dass der Vergleich gescheitert sei und das Verfahren entsprechend fortgeführt werden müsse. Zwischen Januar und De- zember 2015 hätte die Vorinstanz genügend Zeit gehabt, um die beantragten Par- tei- bzw. Zeugenbefragungen durchzuführen. Stattdessen hat die Vorinstanz – ohne entsprechende Begründung – auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet, obwohl in den Akten auch Anhaltspunkte zu finden sind, die gegen die Version der Kläger sprechen. So ist in der Korrespondenz zwischen den Parteien mehrmals explizit von einer "Provision" die Rede (Urk. 3/16 und 3/23). Zudem sind die erwähnten Schreiben jeweils an die G.\_\_\_\_\_ AG adressiert und nicht an die Kläger persönlich, was ein Indiz dafür sein könnte, dass eben doch die Ge-

sellschaften der Kläger an der mündlichen Vereinbarung beteiligt gewesen sind. Weiter hielt die Vorinstanz selbst fest, dass sich die von den Klägern geltend gemachte Abrechnungsmethode betragsmässig nicht exakt nachvollziehen lasse, aber zumindest annähernd stimmen würde (Urk. 26 S. 24). Trotz diesen Zweifeln hat die Erstinstanz jedoch auf die Berechnung der Kläger abgestellt und diesen die eingeklagte Summe vollumfänglich zugesprochen. Es wäre jedoch vorab die prozessuale Pflicht der Kläger gewesen, die der Klage zugrundeliegenden Sachverhaltselemente mit den von ihnen offerierten Beweismitteln zu beweisen. In einem zweiten Schritt wären dann die (Gegen)Beweismittel des Beklagten zu prüfen und gegebenenfalls abzunehmen gewesen. Aufgrund der widersprüchlichen Indizien in den Akten ist es nicht statthaft, einfach die Vorbringen der Kläger als plausibler und schlüssiger zu bezeichnen und entsprechend vollumfänglich auf die klägerische Sachverhaltsdarstellung abzustellen. Bei dieser Ausgangslage hätte vorliegend zwingend ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen, wobei die Kläger vorab den Hauptbeweis für diejenigen Sachverhaltselemente zu erbringen haben, auf welche sie ihre geltend gemachte Forderung abstützen. 3.6 Nach dem Gesagten stellte die Vorinstanz den Sachverhalt in einem wesentlichen Teil unvollständig fest, indem sie von den Parteien form- und fristgerecht angebotene (Gegen)Beweismittel nicht abgenommen hat. Indem zu den umstrittenen Sachverhaltsfragen überhaupt keine Beweisabnahmen stattgefunden

- 21 - den haben, wurde den Parteien, insbesondere dem Beklagten, die Möglichkeit verwehrt, ihrer Beweispflicht nachzukommen. Der Vorwurf der Vorinstanz, die Ausführungen des Beklagten zur angeblichen Provisionsabrede seien "vage" und "unkonkret" (Urk. 26 S. 24), erscheint vor dem Hintergrund, dass der Beklagte seine persönliche Parteibefragung mehrfach beantragt hat, aber dennoch nicht angehört wurde, als stossend. 4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 318 N 35). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt kein Beweisverfahren durchgeführt wurde und die Berufungsinstanz daher durch eine nachträgliche Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Hinzu kommt, dass im Falle einer umfassenden Beweisabnahme durch die Berufungsinstanz diese als erste Instanz über wichtige Tatfragen entscheiden würde und die Parteien im Ergebnis eine Instanz verlieren würden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die Vorinstanz wird kaum darauf verzichten können, zumindest eine Parteibefragung nach Art. 191 ZPO durchzuführen. Alsdann wird sie zu entscheiden haben, ob das Verfahren spruchreif ist oder ob weitere Zeugen einzuvernehmen sind. Falls sie in ihrem Urteil eine antizipierte Beweiswürdigung vornehmen sollte, hat sie diese im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu begründen. 5. Nach dem Gesagten ist das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 23. Dezember 2015 aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts mittels Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 22 - III. 1. Zuzugriff Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt

werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Gerichtskosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der §§ 2 Abs. 1 i.V.m. 4 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 3'650.– festzusetzen. 2. Zudem ist vorzumerken, dass der Beklagte im Berufungsverfahren einen Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'650.– und für die Entschädigung der Gegenpartei eine Sicherheit von Fr. 4'600.– geleistet hat (Urk. 43). Es wird beschlossen: 1. Das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 23. Dezember 2015 (FV140012-E) wird aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts, zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 3'650.– festgesetzt. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte für das vorliegende Berufungsverfahren einen Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'650.– geleistet hat. 3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte für die Entschädigung der Gegenpartei eine Sicherheit von Fr. 4'600.– geleistet hat. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

- 23 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'175.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 30. August 2016  
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber:  
Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer versandt am: mc

## **E. 6**

Juni 2016 verpflichtet, für die Entschädigung der Gegenpartei eine Sicherheit von Fr. 4'600.– zu leisten (Urk. 42), was dieser fristgerecht tat (Urk. 43). Die Berufungsantwortschrift wurde dem Beklagten schliesslich mit Verfügung vom 4. Juli

- 6 - 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 44), woraufhin sich dieser nicht mehr vernehmen liess.

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