

lassen Wahl der Lieferzeit und der Qualität für den Kläger ein etwelches Risiko gegeben war, das sich auch durch eine größere Gewinnchance ausgleichen müsse, so werde mit Erhöhung der Summe von 7200 Fr. auf das Doppelte allen gerechten Ansprüchen des Klägers Genüge geleistet. Wichtig ist nun unzweifelhaft, daß der eingetretene Schaden genauer Ermittlung nicht fähig ist, sondern nur durch ungefähre richterliche Abschätzung ex aequo et bono kann festgestellt werden. Das Sachverständigengutachten gibt dafür einige Anhaltspunkte. Wenn dasselbe zwar auf die Höhe des Gewinnes abstellt, auf welchen ein Großhändler bei Abschluß eines so abnormen Geschäftes vernünftigerweise werde gerechnet haben, so beruhen seine Ausführungen einerseits, wie die Vorinstanz gezeigt hat, auf einer theilweise unrichtigen Auffassung des mit dem streitigen Geschäftes für den Kläger verbundenen Risikos; andererseits aber ist dieser Ausgangspunkt für die Schadensberechnung überhaupt prinzipiell verfehlt. Nicht darauf ja kann es ankommen, auf welchen Gewinn ein Großhändler bei Abschluß eines derartigen Geschäftes nach gewöhnlichen geschäftlichen Grundsätzen rechnet, sondern darauf, welchen Gewinn der Kläger durch die Ausführung des konkreten Geschäftes unter den Verhältnissen, wie sie zur Vertragszeit bestanden, wirklich erzielt hätte. Hierüber aber geben die gedachten Ausführungen des Gutachtens keinen Aufschluß. Dagegen ist dem Gutachten allerdings zu entnehmen, daß der Gewinn, welcher im Petroleumgroßhandel bei gewöhnlichen Geschäftes regelmäßig erzielt wird, 25 Cts. per 100 Kilogramm oder 2 % beträgt. Ohne Weiteres darf nun angenommen werden, daß der Kläger diesen Gewinn wirklich erzielt hätte, und es hat dies denn auch der Beklagte in der appellationsgerichtlichen Verhandlung im Grunde zugegeben. Dagegen liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, anzunehmen, der Kläger hätte einen weitergehenden, außergewöhnlichen Gewinn erzielt. Nach dem Vertrage hatte er zu seinem gewöhnlichen Genueser Marktpreis, abzüglich eines offenbar wegen der Größe des Geschäftes gewährten Rabattes von 25 Cts. per 100 Kilogramm, zu liefern. Nun hat er es gänzlich unterlassen, darzutun, daß der Anschaffungspreis des Petrols in der Vertragszeit zu diesem (vertraglichen) Preise in einem Verhältnisse gestanden habe, welches

ihm die Erzielung eines außergewöhnlichen Gewinnes ermöglicht hätte. Es liegt daher kein Grund vor, bei Bemessung der Entschädigung weiter zu gehen, um so weniger, als offenbar im zweiten Vertragsjahr der Kläger sich auf wirkliche Lieferung nicht ernstlich zu rüsten brauchte, sondern sehr bald nach der Haltung des Beklagten annehmen mußte, es werde zu wirklicher Lieferung nicht kommen. Die Entschädigung ist demnach auf 7200 Fr. festzusetzen.

5. In Bezug auf den Termin der Verzinslichkeit der Entschädigung ist die zweitinstanzliche Entscheidung zu bestätigen. Aus der Verletzung der durch den Vorvertrag vom 26. Juli 1885 begründeten Pflicht zum Abschluß von Kaufverträgen entstand für den Beklagten eine Schadenersatzobligation. Für die Erfüllung dieser Schadenersatzobligation war ein bestimmter Verfalltag nicht verabredet; der Schuldner gerieth daher mit der Erfüllung erst durch die Mahnung des Gläubigers, hier durch die Klageanhebung, in Verzug. (Art. 117 D.-R.)

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird abgewiesen; diejenige des Beklagten wird dahin für begründet erklärt, daß, in Abänderung des angefochtenen Urtheils des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt, die vom Beklagten dem Kläger zu zahlende Entschädigung auf 7200 Fr. sammt Zins à 5 % seit dem Tage der Klage heruntergesetzt wird. Im Uebrigen ist das angefochtene Urtheil bestätigt.

128. Urtheil vom 22. Oktober 1892 in Sachen
Frey gegen Bendel.

A. Durch Urtheil vom 23. Juli 1892 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt:

1. Der Beklagte ist gerichtlich angehalten an den Kläger aus Schadenersatz den Betrag von 850 Fr. zu bezahlen.

2. Der Kläger ist mit seiner weitergehenden Forderung abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei der Rekurs gutzuheissen und das angefochtene Urtheil in dem Sinne abzuändern, daß dem Kläger eine Entschädigung von 4000 Fr. sammt Zins à 5% seit 1. März 1892, zugesprochen werde. Der Anwalt des Beklagten trägt auf Verwerfung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zwischen den Parteien wurde am 4. Februar 1892 ein Vertrag abgeschlossen, wonach der Kläger mit 1. März 1892 als Reisender für die Kantone Basellstadt und Baselland, Solothurn, Bern und einen Theil des Kantons Aargau in den Dienst des Beklagten treten sollte. Dem Kläger, welcher seinen festen Wohnsitz in Basel zu nehmen hatte, war ein fixes Salär von 2400 Fr. per Jahr, sowie 2% Provision von den durch ihn oder die Kundschaft gemachten und effektuirten Bestellungen zugesichert; überdem hatte ihm der Beklagte die Reisespesen mit 20 Fr. per Tag auf dem Plage Basel und 25 Fr. per Tag auswärts zu ersetzen. In Bezug auf die Dauer des Anstellungsverhältnisses bestimmt der Vertrag Folgendes: Art. 5. Dieser Vertrag gilt zunächst probeweise für ein Jahr, nachher auf zwei weitere Jahre fest. Nach Ablauf desselben kann der Vertrag von jedem Theil auf drei Monate gekündigt werden. Art. 9. Sollte nach Ablauf des Probejahres der Vertrag von einem der beiden Kontrahenten grundlos gebrochen werden, so verfällt der Schuldige in eine Konventionalstrafe von 3000 Fr. Dem Kläger war das Recht eingeräumt, auf Abrechnung seines Salärs, unter jeweiliger Anzeige, aus den von ihm für das Geschäft eingezogenen Geldern monatliche Erhebungen bis zum Betrage von 300 Fr. zu machen. Am 29. Februar kam der Kläger nach Schaffhausen, um andern Tages seinen Dienst anzutreten. Am Morgen des 1. März erklärte ihm jedoch der Beklagte, er verzichte auf seine Dienste und betrachte den Vertrag als aufgehoben, so daß der Kläger seinen Dienst gar nicht antreten konnte. Der Beklagte behauptete, nach

dem Vertrage berechtigt zu sein, den Kläger während des Probejahres jeden Augenblick beliebig zu entlassen; überdem sei er aus wichtigen, vom Kläger verschuldeten Gründen zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt. Der Kläger habe bei seiner Ankunft in Schaffhausen sich mehr darum bekümmert, wo am besten gegessen und getrunken werde, als um die Vorbereitung seiner geschäftlichen Thätigkeit; er habe zudem sofort einen Vorschuß von 600 Fr. verlangt. Endlich sei er mit seinem frühern Prinzipale nach Schaffhausen gekommen und habe so zu der Vermuthung Anlaß gegeben, er werde für diesen auch in Zukunft Geschäfte besorgen, obgleich ihm vertraglich die Vertretung anderer Häuser untersagt gewesen sei. Der Kläger hat wegen Vertragsbruches eine Entschädigung von 5000 Fr. verlangt.

2. Beide Vorinstanzen gehen davon aus, dem Art. 5 des Vertrages könne nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß während des Probejahres beide Theile oder doch der Beklagte das Dienstverhältniß jederzeit beliebig auflösen können; der Beklagte möge zwar eine derartige Stipulation beabsichtigt haben, allein im Vertrage sei diese Absicht nicht zu unzweideutigem Ausdrucke gelangt. Nach dem Vertrage habe vielmehr der Kläger annehmen dürfen, er werde auf die Dauer eines Jahres unkündbar angestellt. Einen wichtigen Grund, der ihn zu vorzeitiger Lösung des Vertrages berechtigt hätte, habe der Beklagte nicht dargethan. Heute hat der Beklagte (welcher sich gegen die vorinstanzliche Entscheidung nicht beschwert hat), nicht daran festgehalten, daß er aus wichtigen, vom Kläger verschuldeten Gründen, gemäß Art. 346 D.-R. zu vorzeitiger Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigt gewesen sei. Und zwar mit Recht nicht. Denn die Thatfachen, welche er in dieser Richtung angeführt hatte, sind selbst, wenn sie erwiesen wären, offenbar nicht derart, daß deswegen das Dienstverhältniß vorzeitig hätte gelöst werden dürfen. Dagegen hat der Beklagte, gegenüber dem klägerischen Antrage auf Erhöhung der vorinstanzlichen Entschädigung, auch heute geltend gemacht, er sei nach dem Vertrage berechtigt gewesen, den Kläger während der Dauer des Probejahres jederzeit beliebig zu entlassen. Diese Behauptung ist indeß unbegründet. Die Entscheidung der Vorinstanzen, daß der Vertrag jedenfalls auf ein Jahr unkündbar abgeschlossen worden

sei, beruht auf keinem Rechtsirrtum; es ist derselben vielmehr durchaus beizutreten. Wie aus dem gesammten Inhalte des Vertrages sich ergibt, war von beiden Parteien beabsichtigt, ein Dienstverhältnis auf längere Dauer zu begründen. Wenn der Vertrag nicht von vornherein einfach auf drei Jahre fest abgeschlossen sondern das erste Vertragsjahr als Probejahr bezeichnet wurde, so hat dies nicht die Bedeutung, daß während dieses Jahres der Dienstherr zu beliebiger Entlassung des Angestellten befugt sein solle; vielmehr liegt darin einfach, daß zunächst während der Dauer eines Jahres erprobt werden sollte, welche Resultate der durch den Angestellten zu vermittelnde Geschäftsverkehr ergeben werde. Die Anstellung eines Reisenden war für das Geschäft des Beklagten neu; der Beklagte wollte nun, da die Ergebnisse der neuen Einrichtung sich nicht mit Sicherheit vorhersehen ließen, sich nicht von vornherein auf längere Dauer an die Bestimmungen des Vertrages binden, sondern stipulirte, daß diese Bestimmungen vorerst nur probeweise für die Dauer eines Jahres gelten sollen. Auf einen Vertrag dagegen, wie der Beklagte ihn behauptet, welcher gestattet hätte, ihn während Jahresfrist von einem Tag auf den andern ohne weiters zu entlassen, hätte sich der Kläger, welcher bei seinem frühern Prinzipale eine feste Anstellung besaß und durchaus nicht mehr zu den Anfängern in seinem Berufe gehört, offenbar niemals eingelassen. Es ist also mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß der Kläger auf die Dauer eines Jahres fest angestellt war. Dagegen gehen die Parteien, nach den heutigen Vorträgen, darin einig, daß auf Ende des Probejahres das Dienstverhältnis beliebig gelöst werden konnte.

3. Die Klage ist somit prinzipiell begründet. Rückfichtlich des Quantitativen der Entschädigung haben die Vorinstanzen angenommen, es sei dem Kläger, einem tüchtigen Weinreisenden, möglich gewesen, binnen kurzer Frist, binnen längstens drei Monaten, anderweitig lohnende Beschäftigung zu finden. Sie haben ihm daher als Entschädigung eine Vierteljahrsbesoldung von 600 Fr. und für entgangene Provision 250 Fr. zugesprochen, indem sie der Berechnung des letztern Postens einen jährlichen Umsatz von 50,000 Fr. zu Grunde legten. Die kantonalen Instanzen gehen dabei von dem richtigen Grundsatz aus, der Interessenanspruch

des unbefugterweise vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen umfasse den Betrag der vertraglich versprochenen Gegenleistung, unter Abrechnung der Auslagen, welche dem Dienstpflichtigen durch die Entbindung von der Leistungspflicht erspart wurden und desjenigen Erwerbess, welchen er während der Vertragsdauer anderweitig zu machen in der Lage war. Dagegen haben die kantonalen Instanzen bei ihrer Entschädigungsfestsetzung übersehen, daß zu den Vermögensvorthellen, auf welche der Kläger vertragsmäßig Anspruch hatte, nicht nur das fixe Gehalt und die Provision sondern auch die Reisepesen gehörten; diese Reisepesen erscheinen allerdings theilweise als Ersatz für die besondern Auslagen, welche die Geschäftsreisen erfordert hätten, allein auf der andern Seite ist klar, daß dieselben den gesammten persönlichen Unterhalt des Klägers während der Reisezeit gedeckt hätten und daher insoweit bei Bestimmung der Entschädigung mit in Anschlag gebracht werden müssen. Ferner hat das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen, daß es bei unbefugter, vorzeitiger Entlassung eines Angestellten Sache des beklagten Dienstherrn ist, solche Umstände darzuthun, aus welchen sich ergibt, daß der Dienstpflichtige während der Vertragszeit durch anderweitige, seiner Stellung entsprechende Verwendung seiner Arbeitskraft, einen Erwerb entweder wirklich gemacht hat, oder doch zu machen in der Lage war. (Siehe Entscheidung in Sachen Kaiser gegen Solothurn, Amtliche Sammlung XV, S. 674; in Sachen Surber gegen Werneke, ibid. XVI S. 207 u. ff.). Nun hat der Beklagte vor der zweiten kantonalen Instanz zwar wohl behauptet, daß der Kläger nach wie vor für seinen frühern Prinzipal Geschäfte mache und nunmehr auch für eine Leckerli- und Liqueurhandlung reise und hat eventuell Ansetzung einer Frist zum Beweise dieser Behauptungen erbeten. Allein diese seine Behauptungen und Beweisangebote sind zu unbestimmt und allgemein gehalten, als daß darauf eingetreten werden könnte. Es ist demnach ein positiver Beweis dafür, daß der Kläger während der Vertragszeit bis jetzt einen anderweitigen Erwerb, von bestimmter Höhe, wirklich gemacht habe, nicht erbracht. Dagegen darf allerdings auch ohne besondern Beweis erfahrungsgemäß angenommen werden, daß der Kläger bei seiner Lebensstellung und Befähigung nicht während der ganzen

festen Vertragsdauer eines Jahres beschäftigungslos bleiben mußte, sondern es ihm vielmehr möglich war, während dieser Frist wieder eine seiner Stellung angemessene, lohnende Beschäftigung zu finden. Es ist ihm danach nicht der ganze Betrag der vertraglichen Gegenleistung, auf welchen er während der Vertragsdauer Anspruch gehabt hätte, zuzusprechen. Dagegen ist immerhin die von den Vorinstanzen gesprochene Entschädigung einer Quartalsbefoldung nebst verhältnismäßigem Provisionsantheil nicht genügend, sondern erscheint in Würdigung aller Umstände eine Erhöhung der Entschädigung auf 2000 Fr., d. h. auf den ungefähren Betrag des halbjährlichen reinen Dienst Einkommens des Klägers als angemessen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird dahin für begründet erklärt, daß der Beklagte in Abänderung des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen, verpflichtet wird ihm eine Entschädigung von 2000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit Anhebung der Klage zu bezahlen.

129. Urtheil vom 29. Oktober 1892 in Sachen
Fankhauser gegen Käsergesellschaft Gerberhof.

A. Nachdem das Bundesgericht durch Entscheidung vom 27. Februar 1892 (siehe dieselbe, aus welcher der Thatbestand ersichtlich ist, Amtliche Sammlung XVIII, S. 295) die Sache an den Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern zu erneuter Beurtheilung auf Grund dieser Entscheidung zurückgewiesen hatte, ist der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern am 18. Juni 1892 zu erneuter Beurtheilung geschritten. Sein Urtheil geht dahin: Der Kläger Gottfried Fankhauser ist mit seinem Klagebegehren abgewiesen und zu den Kosten der beklagten Käsergesellschaft verurtheilt, bestimmt auf 869 Fr. 65 Cts. In der Begründung dieser Entscheidung wird ausgeführt: Der Appel-

lations- und Kassationshof habe heute nicht etwa das früher von ihm in der nämlichen Sache gefällte Urtheil nur in einem Punkte zu revidiren, sondern unter Zugrundelegung des ganzen Prozeßmaterials neu zu urtheilen. Offenbar seien im aufgehobenen Urtheile nicht alle Gründe angegeben worden, welche für Zuspruch oder Abweisung der Klage prozeßualisch haben in Betracht fallen können, sondern es sei ein nach Ansicht des Gerichtshofes für die Abweisung der Klage maßgebendes Motiv hervorgehoben worden. Nachdem dieses von der Rekursinstanz als auf unrichtiger Rechtsauffassung beruhend bezeichnet worden sei, könne die Aufgabe des Appellations- und Kassationshofes doch nicht allein darin bestehen, einfach dieses Motiv unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Rekursinstanz abzuändern, abgesehen von der Frage, ob überhaupt ein Gerichtshof in dieser Weise gezwungen werden könne, seine Rechtsauffassung aufzugeben und einem von ihm auszufällenden Urtheile eine fremde zu Grunde zu legen. Das Bundesgericht scheine denn auch selbst von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß der neue Entscheid sich nicht auf eine andere Beantwortung der Frage des Vorbehalts schriftlicher Vertragsform beschränken, sondern eine neue Prüfung der Sache überhaupt zur Grundlage haben solle; denn in den Motiven des aufgehobenen Urtheils sei die erwähnte Frage auch beantwortet worden für den Fall, daß die Vertheilung der Beweislast in der vom Bundesgerichte als richtig anerkannten Weise angeordnet würde; dieses wäre somit in der Lage gewesen, die Sache selbst unter Berücksichtigung jener eventuellen Beantwortung des Vorbehaltes der schriftlichen Vertragsform zu entscheiden, wenn es eben nicht gefunden hätte, daß eine neue Prüfung des gesammten Prozeßstoffes durch die Vorinstanz vor sich gehen solle. Nun habe die Beklagte bestritten, daß eine die Parteien verpflichtende Willenseinigung überhaupt zu Stande gekommen sei, und zwar nicht allein mit Rücksicht auf den behaupteten Vorbehalt schriftlicher Form, sondern in allgemeiner Weise. Allerdings habe die Beklagte dann das Hauptgewicht für ihre negative Litiskonfestation auf den Vorbehalt der Schriftlichkeit gelegt und sich damit nach dem bundesgerichtlichen Urtheile auf einen unrichtigen Boden gestellt; allein trotzdem stehe prozeßualisch fest, daß das Zustande-