

sie vor der letzten kantonalen Instanz noch streitig waren (Art. 59, Abs. 1 OG). Dabei versteht es sich aber von selbst, dass nur diejenigen Rechtsbegehren in Betracht fallen, die nach kantonalem Prozessrecht zulässigerweise erhoben worden sind, und der Entscheid hierüber entzieht sich der Überprüfung des Bundesgerichts (vgl. BGE 42 II 146). Wenn daher die Vorinstanz auf die Klageforderung, soweit sie 5000 Fr. übersteigt, wegen Unzulässigkeit der nachträglichen Erhöhung des vor Friedensrichteramt anhängig gemachten Schadenersatzbegehrens nicht eingetreten ist, so kann auch nur diese Summe als Streitwert berücksichtigt werden, und es hat demnach das schriftliche Berufungsverfahren Platz zu greifen.

88. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. November 1928 i. S. Solothurner Handelsbank gegen Konkursmasse der A.-G. Obrecht & C^{ie}.

Unzulässigkeit der Berufung gegen ein kantonales Urteil, durch welches verneint wird, dass die von der unterlegenen Partei (gegen ein ebenfalls mit der Berufung angefochtenes Urteil) geltend gemachten Revisionsgründe zutreffen. OG Art. 58.

Durch Urteil vom 31. März 1928 hat das Obergericht des Kantons Solothurn die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage zugesprochen.

Am 10. April 1928 hat die Klägerin beim Obergericht um Revision dieses Urteiles wegen offenbarer Gesetzesverletzung nachgesucht. Doch ist dieses Revisionsgesuch am 10. Juli 1928, « weil die angegebenen Gründe nicht erheblich sind, als unbegründet abgewiesen » worden.

D. — Nach der am 6. September 1928 erfolgten Mitteilung von der Auflage der beiden Urteile hat die Klägerin am 26. September die Berufung gegen beide Urteile eingelegt mit den Anträgen auf Aufhebung derselben und Gutheissung der Hauptklage und Abweisung der Widerklage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Das Rechtsmittel der Revision ist durch §§ 235 /7 der Zivilprozessordnung für den Kanton Solothurn dahin geregelt: Wird wegen einer vom Obergericht bei einem Urteile begangenen offenbaren Gesetzesverletzung durch schriftliche Eingabe der Gründe die Revision verlangt, so entscheidet das Obergericht zunächst ohne Anhörung der Parteien, ob die angegebenen Gründe erheblich seien oder nicht, und nur wenn das Obergericht die Gründe erheblich findet, sind die Parteien unter Angabe der Revisionsgründe vorzuladen zur Anhörung darüber, ob das Revisionsgesuch begründet sei — in welchem Falle dann das Obergericht sein früheres Urteil aufhobe und neuerdings über den Rechtshandel abspräche. Danach enthält das Urteil des Obergerichtes vom 10. Juli 1928 nur eine rein prozessualische und zwar verneinende Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Revision, nicht eine Entscheidung in der Sache selbst, und ist es daher nicht ein dem Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht unterstehendes Haupturteil im Sinne des Art. 58 OG (vgl. BGE 28 II S. 174 und 31 II S. 776). Somit erweist sich die Berufung gegen dieses Urteil als nicht statthaft.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Auf die gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 10. Juli 1928 gerichtete Berufung wird nicht eingetreten.

89. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Dezember 1928 i. S. M. gegen E.

Indizienbeweis: Der Entscheid des kantonalen Richters darüber, ob Indizien von hinreichendem Gewichte für die zu erweisenden, entscheidenden Tatsachen vorhanden seien, entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichts, und zwar auch insoweit, als die Tatsachenfeststellung auf allgemein logischen Schlussfolgerungen beruht.

A. — Im Herbst 1926 erteilte die Genossenschaft « Alte Post » in Zürich durch ihren Bevollmächtigten, E. Schneebeli, dem Agenten Rosenthal in Zürich den Auftrag, die ihr gehörende Liegenschaft Bahnhofstrasse 26, in Zürich, zu verkaufen. Die Provision wurde auf 2 % des Verkaufspreises bestimmt. Im Oktober 1926 gab Rosenthal diesen Auftrag an den Beklagten E. weiter, laut schriftlicher Bestätigung vom 10. November 1926 mit dem Versprechen, ihm die Hälfte der Provision zu überlassen, wenn ein Vertrag mit einem von ihm zugeführten Käufer zustandekomme.

Anfangs November 1926 (das genaue Datum steht nicht fest) fragte der Beklagte den Kläger M., den er damals regelmässig beim Mittagskaffee im St. Annahof in Zürich traf, ob er einen Käufer für ein Haus an der Bahnhofstrasse kenne. Über den weiteren Verlauf der Unterredung gehen die Darstellungen der Parteien auseinander. Am 11. November 1926 schrieb der Beklagte an Rosenthal: « ... beehre mich, Ihnen mitzuteilen, dass ich die Liegenschaft Bahnhofstrasse 26, in Zürich 1, durch Herrn M. ... der Schweizerischen Kreditanstalt offeriert habe. Ich bitte Sie, davon Vormerk zu nehmen. Die Verhandlungen werden voraussichtlich durch die Schweizerische Bodenkreditanstalt geführt. Indessen bitte ich Sie auf Wunsch des Herrn M., weder mit der Kreditanstalt, noch mit der Bodenkreditanstalt einzuweilen direkt in Verhandlungen einzutreten. » Rosenthal gab Schneebeli von diesem Schreiben gleichen Tages Kenntnis.

Im Dezember 1926 kam dann mit der Schweiz. Kreditanstalt ein Vertrag zustande, wonach diese die Anteile der Genossenschaft « Alte Post » zum Preise von Fr. 2,000,000 kaufte. Die Anteilscheine wurden ihr am 1. April 1927 übergeben.

Mittlerweile waren zwischen den Parteien Differenzen wegen der Provision entstanden. Am 31. März 1927 schrieb Schneebeli dem Kläger u. a.: « Wenige Tage

später, nachdem ich mit Ihnen Fühlung genommen hatte, wies ich gleich bei Beginn der Verhandlungen darauf hin, dass Sie sich mit Herrn E. bezüglich Provisionsanteil zu verständigen hätten. Aus Ihren damaligen Äusserungen konnte ich entnehmen, dass Ihnen mindestens die Hälfte der an E. zugesprochenen Provision zukommen würde... Ich ersuche Sie deshalb, sich mit Herrn E. zu verständigen, damit der Ihnen zukommende Provisionsanteil definitiv formuliert werde, worauf jeder der Herren seine Zuweisung separat empfangen sollte. » Diesen Brief liess der Kläger am 8. April dem Beklagten zustellen, der daraufhin gleichen Tages an Schneebeli schrieb:

« Die Behauptungen des Herrn M. sind unrichtig und widersprechen dem, was zwischen uns vorliegt. Ich will im Interesse des Herrn M. nicht weiter darauf eingehen. Dagegen müsste ich dagegen protestieren, wenn Sie, in Unkenntnis der Sachlage und auf die einseitige Darstellung des Herrn M., den Kuchen verteilen würden. Sie haben m.W. eine Abmachung mit Herrn Rosenthal und ich meinerseits eine solche mit dem letztern. Die Bereinigung der Beziehungen mit Herrn M. ist lediglich meine Sache... »

Eine Kopie dieses Briefes stellte der Beklagte am 8. April 1927 dem Kläger zu, wobei er im Begleitschreiben u. a. ausführte: « Sie erklärten mir s. Zt., dass Sie die Provision, welche Ihnen von der Käuferschaft direkt zugesichert war, mit einem Interessenten teilen müssten, verweigerten mir aber die nähere Auskunft und verschanzten sich hinter Ihr Ehrenwort. Auf mein neuerliches Befragen um offene Aussprache, wozu ich berechtigt war, nachdem Sie mir die widersprechendsten und in ihrem Zusammenhang einfach unmöglichen Angaben gemacht hatten, erklärten Sie dann endgültig vor einem Zeugen: Sie verzichteten auf alles, mehr könne man doch nicht tun. »

In seiner Antwort vom 23. April 1927 beharrte der

Kläger auf der Zuweisung der Hälfte der Provision von Fr. 20,000, die der Beklagte von Rosenthal erhalte.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangt M. den Beklagten E. auf Bezahlung dieses Provisionsanteils von Fr. 10,000 nebst 5 % Zins seit 30. April 1927. Zur Begründung machte er im wesentlichen geltend: Der Beklagte habe ihn bei der ersten Unterredung im November 1926 gefragt, ob er nicht einen Käufer für ein Haus an der Bahnhofstrasse finden könnte, und ihm das Objekt bezeichnet, unter Kennnisgabe des von Rosenthal erhaltenen Auftrages. Der Kläger habe die Hälfte der Provision beansprucht, womit E. einverstanden gewesen sei. Am folgenden Tage habe sich der Kläger zu Direktor Schulthess von der Bodenkreditanstalt begeben, der ihn an die Schweizerische Kreditanstalt als allfälligen Interessenten verwiesen habe, mit welcher dann nach schwierigen und zähen Unterhandlungen ein Kaufabschluss zustande gekommen sei. Direktor Jöhr von der Kreditanstalt gegenüber sei er als Mandatar des Verkäufers aufgetreten; ebenso habe er Dr. Schulthess und Schneebeli erklärt, er erhalte eine Provision vom Beklagten. Dieser habe auch, als er ihm den Vertragsabschluss meldete und beifügte, er rechne auf die Hälfte der Provision, in zustimmendem Sinne geantwortet.

Laut seiner Zugabe in der persönlichen Befragung hat der Kläger von Schneebeli eine Vergütung von Fr. 15,000 erhalten, wovon er Fr. 7000 für sich behalten und den Rest an Dritte weitergegeben haben will. Ausserdem hat ihm die Schweiz. Kreditanstalt Fr. 5000 zukommen lassen.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, indem er bestritt, dem Kläger einen Verkaufsauftrag erteilt zu haben. M. habe sich im Oktober 1926 im St. Annahof einmal geäussert, er suche für einen erstklassigen Käufer ein Haus an der Bahnhofstrasse, woraufhin ein gemeinsamer Bekannter, Giroud, erklärt habe, sein Associé habe ein solches zu verkaufen. Es sei dann

aber nicht weiter verhandelt worden, weil weder Giroud das Objekt, noch der Kläger den Käufer bezeichnen wollte. Nach Erhalt des Auftrages von Rosenthal habe der Beklagte den Kläger am 11. November 1926 im St. Annahof gefragt, ob er immer noch ein Haus an der Bahnhofstrasse suche. Auf dessen bejahende Antwort und die Bemerkung hin, dass er von der Käuferschaft 2 % Provision bekomme, habe ihm der Beklagte die Liegenschaft und seinen Mandanten, Rosenthal, genannt, woraufhin der Kläger die Schweiz. Kreditanstalt als seine Auftraggeberin bezeichnet und darum gebeten habe, dass weder Rosenthal, noch E. mit der Bank in Verkehr treten sollten. Dieser Instruktion gemäss sei in der Folge jede Einmischung in die Kaufsverhandlungen unterblieben. Kurze Zeit vor Abschluss des Geschäftes habe dann der Kläger in Gegenwart des Sohnes des Beklagten erklärt, er erhalte von der Käuferschaft nichts. Als sich E. anerbieten habe, für ihn zu intervenieren, habe er sich geäussert, er verzichte auf alles, mehr könne er ja nicht tun. Aus dem Schreiben Schneebeli's vom 31. März 1927 gehe hervor, dass bis zu diesem Zeitpunkte ein Provisionsanspruch des Klägers gegenüber dem Beklagten nicht bestanden habe. Der Umstand, dass M. keinen schriftlichen Provisionsschein vorlegen könne, spreche gegen seine Darstellung.

C. — Das Bezirksgericht Horgen schützte die Klage vollumfänglich, das Obergericht des Kantons Zürich dagegen wies sie mit Urteil vom 31. August 1928 ab.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Begehren um Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Klage gründet sich auf die Behauptung, dass der Beklagte den Kläger mündlich mit dem Verkaufe der Liegenschaft Bahnhofstrasse Nr. 26, in Zürich, beauftragt habe, unter Zusicherung der Hälfte der von Rosen-

thal versprochenen Provision. Auf den Standpunkt, dass der Beklagte etwa schon mit Rücksicht auf eine stillschweigende Annahme der Vermittlung provisionspflichtig sei, hat sich der Kläger nicht gestellt, sondern auch heute wieder geltend gemacht, dass er lediglich auf Veranlassung des Beklagten seine Vermittlertätigkeit ausgeübt habe.

Gemäss konstanter Rechtsprechung ist die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertragsschlusses Rechtsfrage insofern, als es dem Bundesgericht zusteht, den beiderseitigen Parteiwillen zu ermitteln, d. h. nachzuprüfen, welche rechtliche Bedeutung und Tragweite den von der Vorinstanz als feststehend erachteten Tatsachen zukomme, ob dieselben die daraus gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen zu rechtfertigen vermögen, da es sich hierbei um die Anwendung von Rechtsätzen handelt. Dagegen ist Tatfrage und als solche der Überprüfung des Bundesgerichts entzogen, welche Erklärungen die Parteien unter sich und Dritten gegenüber abgegeben haben, welche sonstigen tatsächlichen Momente, die als Ausdruck rechtsgeschäftlichen Willens in Betracht kommen, erwiesen seien, und wie sich überhaupt die Verhältnisse, insbesondere auch aus Inzichten zu schliessen, gestaltet haben, da es Sache des kantonalen Richters ist, die Partei- und Zeugenaussagen und die aus den Begleitumständen sich ergebenden Indizien auf ihre Beweiskraft hin zu würdigen (vgl. WEISS, Berufung, S. 174, 216 ff.; BGE 33 II 249, 274; 38 II 199; 40 II 154; 41 II 32; 50 II 228).

Während nun hier die erste Instanz den dem Kläger obliegenden Beweis für die Erteilung eines Auftrages durch den Beklagten als erbracht ansieht, bezeichnet ihn das Obergericht auf Grund der nämlichen Beweismittel und Indizien als misslungen. Zu dieser Annahme ist aber der Vorderrichter nicht auf dem Wege der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen unter den Parteien, des Rechtsschlusses aus Tatsachen,

sondern der tatsächlichen Schlussfolgerung gelangt. Da nach der eigenen Darstellung des Klägers nur eine mündliche Abrede in Frage kommt, die von den Parteien unter vier Augen getroffen worden sein soll, war ein direkter, unmittelbar auf die für das streitige Rechtsverhältnis entscheidenden Tatsachen gerichteter Beweis naturgemäss ausgeschlossen, und der Kläger daher auf die indirekte Beweisführung durch Indizien angewiesen, d. h. auf den Nachweis von Tatsachen, die selber den Rechtsanspruch nicht zu begründen vermögen, die aber nach ihrer regel- und erfahrungsmässigen Bedeutung einen zuverlässigen Schluss auf die Wahrheit der zum Beweise verstellten, rechtsbegründeten Tatsachen gestatten (vgl. HEUSLER, Grundlagen des Beweisrechts, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 62 S. 228). Auf diesem indirekten Wege, durch Schlussfolgerung aus gegebenen oder durch Beweisaufnahme, speziell durch Zeugenabklärung über Äusserungen des Klägers Dritten gegenüber, gewonnenen Tatsachen auf andere indizierende Tatumstände, ist die Vorinstanz zur Überzeugung von der Unwahrheit des Beweissatzes gelangt. Dabei beschränkte sich ihre Tätigkeit ausschliesslich auf die Erforschung dessen, was die Parteien, aus den indizierenden Tatsachen zu folgern, gesagt und getan haben müssen; auf Grund welcher Indizienwürdigung dann der Rechtsschluss auf das Nichtzustandekommen eines Mäklervertrages ohne weiteres gegeben war. So wie der Fall liegt, hat man es daher einzig mit der vom kantonalen Prozessrecht beherrschten Frage zu tun, ob Indizien von hinreichendem Gewichte für die zu erweisenden, entscheidenden Tatsachen vorhanden seien. Die Auffassung des Vorderrichters hierüber aber entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichts auch insoweit, als die Tatsachenfeststellung nicht auf besonderer prozessualer Beweisführung, sondern auf allgemein logischen Schlussfolgerungen beruht (vgl. WEISS, a. a. O. S. 253). Bundesrechtlich ist die vorinstanzliche Indizienwürdigung nur im

beschränkten Rahmen des Art. 81 OG anfechtbar. Indessen liegt nichts dafür vor, dass sie an einer Aktenwidrigkeit leide, indem keine andere, von der Vorinstanz nicht berücksichtigte Tatsache feststeht, aus der sich die Erteilung eines Auftrages durch den Beklagten an den Kläger mit Notwendigkeit ergäbe; ebensowenig verstösst sie gegen bundesrechtliche Grundsätze über die Beweislastverteilung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. August 1928 bestätigt.



OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

90. **Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 21 novembre 1928** dans la cause **Charrière & C^{ie}** contre **Fragnière**.

Application par analogie de l'art. 49 CO en matière contractuelle (consid. 1 et 2).
Evaluation du dommage matériel causé à l'employeur par la rupture d'un contrat de travail (consid. 3).

Résumé des faits :

Par convention du 11 janvier 1927, la maison Charrière & C^{ie} a engagé M. Fragnière comme voyageur pour une période de plus de trois ans, allant du 1^{er} février 1927 au 31 décembre 1930, avec reconduction tacite d'année en année si le contrat n'était pas dénoncé de part ou d'autre au moins trois mois avant son expiration par lettre chargée.

Fragnière n'était pas un inconnu pour Charrière & C^{ie}. Ceux-ci s'étaient plaints dans une lettre écrite le 8 juillet 1924 à M. Emch, instruments de musique, à Montreux, chez qui Fragnière travaillait comme voyageur, des « menées déloyales et anticommerciales », et des « procédés déloyaux » de ce dernier à leur égard. Ils rappelaient que le passé de M. Fragnière n'était « malheureusement pas sans tache ».

Le lendemain de la conclusion du contrat, soit le 12 janvier 1927, Fragnière se rendit à Montreux pour signifier son congé à Emch. Celui-ci prétendit que son voyageur ne pouvait se libérer de son engagement envers lui qu'en dénonçant, par lettre chargée, le contrat en vigueur; il lui rétablit les conditions, plus favorables, de son ancien contrat, lui remit la lettre écrite par la maison Charrière le 8 juillet 1924, dont il a été fait