

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140075-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

## Urteil vom 9. März 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Zivilgerichtes des Bezirksgerichtes Uster  
vom 11. September 2014; Proz. CG110029**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2, act. 41 S. 2, sinngemäss)

Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 100'000.– zzgl. Zins zu 5% seit dem 5. Oktober 2010 zu bezahlen und es sei in diesem Umfang der Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl vom 7. September 2011 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Dübendorf) zu beseitigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer), einschliesslich CHF 600.– Friedensrichterkosten sowie Umtriebsentschädigung von CHF 150.– für unentschuldigtes Nichterscheinen des Beklagten zur Sühnverhandlung zu Lasten des Beklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 11. September 2014:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 9'500.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 100.– Zeugenentschädigung
3. Die Gerichtskosten sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 600.– werden der klagenden Partei auferlegt. Sie werden (unter Ausschluss der bereits durch die klagende Partei geleisteten Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 600.–) mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 350.– wird von der klagenden Partei nachgefordert. Zudem hat die klagende Partei der beklagten Partei den von ihr geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 400.– zu ersetzen.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.– zuzüglich Fr. 1'440.– (8% MWSt) zu bezahlen.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (act. 90 S. 2):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 11. September 2014 sei aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 100'000 zzgl. Zins zu 5% seit dem 05.10.2010 zu bezahlen und es sei in diesem Umfang der Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl vom 07. September 2011 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Dübendorf) zu beseitigen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) einschliesslich CHF 600 Friedensrichterkosten sowie Umtriebsentschädigung von CHF 150 für unentschuldigtes Nichterscheinen des Beklagten zur Schlichtungsverhandlung zulasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt

1.1. Der Kläger betreibt eine Autogarage, der Beklagte ist als Geschäftsführer im Sexgewerbe tätig. Sie lernten sich vor Jahren im "C.\_\_\_\_\_" kennen, einem Etablissement in Zürich, das erotische Dienstleistungen anbietet. Der Beklagte arbeitete dort anfänglich als Barkeeper, später als Geschäftsführer, der Kläger war Besucher des Clubs. Der Kläger gewann den Beklagten als Kunde seiner Garage und die beiden hatten regelmässig Kontakt, der über das rein Geschäftliche hinausging.

1.2. Der "C.\_\_\_\_\_" wird von der D.\_\_\_\_ GmbH betrieben, die E.\_\_\_\_ gehört. Eine andere Gesellschaft, die F.\_\_\_\_ GmbH, an der neben E.\_\_\_\_ auch der Beklagte, allerdings nur zu einem geringfügigen Teil, beteiligt war, eröffnete im Sommer 2008 in Dübendorf einen weiteren Erotikclub namens "G.\_\_\_\_\_", nachdem in den Monaten zuvor die gemieteten Räumlichkeiten durch die F.\_\_\_\_ GmbH entsprechend ausgebaut worden waren. Finanzielle Schwierigkeiten zwangen die Gesellschafter im Jahre 2009, diesen Club zu verkaufen. Der Beklagte informierte den Kläger über diese Verkaufsabsicht. Dieser fand einen Interessenten, H.\_\_\_\_\_, der über die von ihm beherrschte I.\_\_\_\_ AG den Club "G.\_\_\_\_\_" tatsächlich kaufte. Der Club wurde im Zuge dieser Transaktion in

"J.\_\_\_\_\_" umbenannt und der Beklagte wurde von der I.\_\_\_\_ AG als Geschäftsführer dieses Clubs angestellt.

1.3. Für die Vermittlung des Käufers fordert der Kläger vom Beklagten den Betrag von Fr. 100'000.–. Er macht geltend, der Beklagte persönlich habe ihm für den Fall, dass er einen Käufer finde, mündlich eine Provision in dieser Höhe versprochen. Der Beklagte bestreitet eine Zahlungspflicht. Er anerkennt, den Kläger über die Verkaufsabsicht informiert und eine Provision erwähnt zu haben. Aber nicht er selber habe eine Provision versprochen, sondern er habe den Kläger einzig über die Verlautbarung von E.\_\_\_\_ informiert, dass diese dem Vermittler eines Käufers, der einen Kaufpreis von mindestens Fr. 2,5 Mio. für den Club bezahle, eine Provision von Fr. 100'000.– ausrichte.

## 2. Prozessgeschichte

2.1. Am 26. Oktober 2011 erhob der Kläger bei der Vorinstanz Klage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 2). Nach Eingang der Klageantwort (act. 19) fand am 22. August 2012 die Instruktionsverhandlung statt (Prot. VI S. 7 f.). Der Referent befragte K.\_\_\_\_ als Zeuge (act. 34). L.\_\_\_\_, welcher ebenfalls als Zeuge vorgeladen war (act. 30 f.), erschien unentschuldigt nicht zur Verhandlung (Prot. VI S. 7). Nachdem der Kläger zunächst noch an der Einvernahme von L.\_\_\_\_ festgehalten hatte (Prot. VI S. 7), verzichtete er später darauf (act. 37). Es folgten die schriftliche Replik (act. 41) und Duplik (act. 45).

Am 17. September 2013 erging der Beweisbeschluss (act. 52). Die Beweisabnahme, die Parteibefragung des Klägers (act. 65) und des Beklagten (act. 67) und die Einvernahme der Zeugen E.\_\_\_\_ (act. 64) und M.\_\_\_\_ (act. 66) erfolgten am 21. Januar 2014 (Prot. VI S. 14 f.). Die Befragung der Zeugen E.\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_ veranlasste den Kläger am 24. Januar 2014 zu einer Noveneingabe (act. 71). Ihre Schlussvorträge hielten die Parteien im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels (act. 74, 78, 81 und 83). Mit Urteil vom 11. September 2014 wies die Vorinstanz die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers ab (act. 87 [= act. 91/1]).

2.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 15. Oktober 2014 innert Frist Berufung (act. 90). Er beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Gutheissung der Klage. Am 30. Oktober 2014 leistete er aufforderungsgemäss den Kostenvorschuss (act. 92-94). Weitere prozessuale Anordnungen erfolgten nicht; da sich die Berufung als unbegründet erweist, konnte darauf verzichtet werden, eine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

### 3. Urteil der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz erwog (act. 87), die Vereinbarung, wie sie vom Kläger behauptet werde – er habe das mündliche Angebot des Beklagten, ihm eine Provision von Fr. 100'000.– zu zahlen, falls er einen Käufer für den Club "G.\_\_\_\_\_" (heute "J.\_\_\_\_\_" ) finde, angenommen – sei als Mäklervertrag im Sinne von Art. 412 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Sein Zustandekommen setze übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien voraus (Art. 1 OR). Gemäss Art. 8 ZGB sei der Kläger dafür beweispflichtig (S. 5 ff.).

3.2. Die Aussagen von K.\_\_\_\_\_, der vom Kläger hinsichtlich des Provisionsversprechens als Zeuge offeriert worden war, erachtete sie als differenziert und in sich stimmig und erweckten bei der Vorinstanz den Eindruck, auf eigenen Wahrnehmungen zu beruhen. Negativ wertete das Bezirksgericht allerdings, dass der Zeuge sich wörtlich an das Provisionsversprechen habe erinnern wollen, dieses aber zweimal mit anderen Worten wiedergegeben habe. Hinzu komme, dass er wiederholt die Richtigkeit beschworen habe, was Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit aufkommen lasse. Diese werde auch dadurch herabgesetzt, dass er zu Beginn seiner Einvernahme, zur Beziehung zu den Parteien befragt, lediglich Meinungsverschiedenheiten mit dem Beklagten erwähnt, und erst auf Nachfragen des Vertreters des Beklagten zu Protokoll gegeben habe, dass ein Prozess mit dem Beklagten am Bezirksgericht Uster laufe. Dies lege die Vermutung nahe, dass er ein eigenes Interesse am Prozessausgang habe, und auch seine Unbefangenheit sei nicht auszuschliessen. Insgesamt erscheine seine Glaubwürdigkeit als stark eingeschränkt (S. 9).

3.3. Die Aussagen des Klägers anlässlich seiner Befragung als Partei, eine weitere Beweisofferte des Klägers, wertete die Vorinstanz ebenfalls als klar und in sich stimmig. Als auffällig bezeichnete sie mehrfaches Abweichen von der Fragestellung, fehlender Detailreichtum sowie unterschiedliche Angaben zum genauen Wortlaut des Provisionsversprechens. Dies lasse Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen aufkommen. Das eigene Interesse am Verfahrensausgang mache die Aussagen zum Zeugnis in eigener Sache, was zwingend zu einer Herabsetzung der Glaubwürdigkeit führe (S. 10).

3.4. Im Ergebnis erachtete sie den Hauptbeweis des Klägers als gescheitert. Dieser liesse sich auch nicht durch eine Beweisaussage des Klägers erbringen, da kein anderes Ergebnis als bei der Parteibefragung zu erwarten wäre. Ohnehin habe der Kläger auf dieses Beweismittel verzichtet. Könne der Kläger den Hauptbeweis nicht erbringen, erübrige es sich, auf das Thema des Gegenbeweises des Beklagten – er habe ein Provisionsversprechen über Fr. 100'000.– von E. \_\_\_\_\_ weiterverbreitet, das an die Bedingung eines (Mindest-) Kaufpreises von Fr. 2,5 Mio. geknüpft gewesen sei – einzugehen und damit insbesondere auf den Antrag des Klägers gemäss seiner Noveneingabe vom 24. Januar 2014, mit E. \_\_\_\_\_ und M. \_\_\_\_\_ eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen, da sich diese auf das Thema des Gegenbeweises beziehe. Der weitere Antrag des Klägers in seinem zweiten Schlussvortrag, bei Zweifeln an der Glaubwürdigkeit des Zeugen K. \_\_\_\_\_ zusätzlich L. \_\_\_\_\_ als Zeuge zum Hauptbeweis des Klägers einzuvernehmen, sei eine unzulässige Beweisofferte im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO, zumal der Kläger zuvor auf die Einvernahme dieses Zeugen gültig verzichtet habe (S. 11).

3.5. Der Nachweis eines verbindlichen Antrags des Beklagten zum Abschluss eines Mäklervertrages sei damit nicht erbracht und ein Maklervertrag folglich nicht zustande gekommen.

#### 4. Beanstandungen

4.1. Die Kritik des Klägers (act. 90) bezieht sich auf die Ermittlung des Sachverhalts durch die Vorinstanz. Vom Beklagten anerkannt sei, dass er ihm, dem Kläger, gegenüber eine Erklärung abgegeben habe, welche eine Provision von

CHF 100'000.– für die Vermittlung eines Käufers für den Club "G.\_\_\_\_\_" zum Gegenstand gehabt habe. Nach seiner Darstellung habe der Beklagte sich selber zur Bezahlung dieser Provision verpflichtet, nach der Version des Beklagten habe dieser über das Provisionsversprechen einer Drittperson, E.\_\_\_\_\_, berichtet, das zudem einen Mindestverkaufspreis von Fr. 2,5 Mio. beinhaltet habe. Bei dieser Ausgangslage könne sich das Gericht nicht auf die Würdigung der Beweismittel zu seiner Darstellung (Hauptbeweis) beschränken, sondern müsse sich auch mit den abgenommenen Beweisen zur Version des Beklagten (Gegenbeweis) auseinandersetzen. Dies habe die Vorinstanz fälschlicherweise unterlassen (S. 2 ff.). Komme eine andere Sachverhaltsvariante als jene, welche er, der Kläger, vorgebracht habe, vernünftigerweise nicht mehr in Frage, sei das Gericht gehalten, bei weit überwiegender Wahrscheinlichkeit des vom Kläger behaupteten Sachverhalts diesen als erwiesen anzunehmen (S. 16 f.).

#### 4.2.

4.2.1. Die Vorinstanz habe die Aussagen des Zeugen K.\_\_\_\_\_ als grundsätzlich differenziert und in sich stimmig qualifiziert. Dies stehe im Vordergrund und nicht die Glaubwürdigkeit des Zeugen, welche von der Vorinstanz zu Unrecht angezweifelt worden sei. Dessen Aussagen zum konkreten Wortlaut des Provisionsversprechens würden im Sinngehalt übereinstimmen. Die Unterschiede in der Satzstellung und der Wortwahl seien unmassgeblich, wenn schon aber positiv zu werten, indem sie darauf hindeuteten, dass der Zeuge nicht lüge und nicht nur auswendig Gelerntes vortrage. Dass der Zeuge die Richtigkeit seiner Aussagen beschworen habe, sei kein Indiz für seine Unglaubwürdigkeit. Seine Angaben zu seinem Verhältnis zum Beklagten seien nicht unvollständig gewesen und ebenfalls kein Zeichen einer Voreingenommenheit (S. 5 ff. und S. 8 ff.).

4.2.2. Die Vorinstanz habe seine eigene Parteiaussage ebenfalls als grundsätzlich klar und in sich stimmig beurteilt. Ihre Kritik an seiner Glaubwürdigkeit sei demgegenüber nicht schlüssig. Dass er, der Kläger, den Inhalt des Provisionsversprechens des Beklagten in den Rechtsschriften und in seiner Parteiaussage nicht mit demselben Wortlaut wiedergegeben habe, sei nicht negativ zu werten. Massgebend sei der Sinngehalt des Provisionsversprechens und nicht der exakte

Wortlaut; den Club "retten" und den Club "kaufen" meine dasselbe. Die weitere Kritik der Vorinstanz, er sei mehrfach von der eigentlichen Fragestellung abgewichen und seine Antworten würden einen gewissen Detailreichtum vermissen lassen, sei ebenfalls ungerechtfertigt. Die Vorinstanz konkretisiere nicht, welchen Fragen er ausgewichen sei. Abgesehen davon wäre es Sache des Richters gewesen, nachzuhaken, sollte er "abweichende" Antworten wahrgenommen haben. Die Fragen des Richters seien sodann mehrheitlich geschlossener Natur gewesen, weshalb auch der Vorwurf fehlenden Detailreichtums verfehlt sei (S. 12 ff.).

4.2.3. Die Aussagen von K.\_\_\_\_\_, so der Kläger, würden sich nahtlos in den unbestrittenen Sachverhalt einbetten, was für seinen Standpunkt spreche: Er habe tatsächlich einen Käufer vermittelt, und diesen Käufer, H.\_\_\_\_\_, habe er mit dem Beklagten zusammengebracht, nicht mit E.\_\_\_\_\_. Wäre der Beklagte nur Bote eines Provisionsversprechens von E.\_\_\_\_\_ gewesen, wäre zu erwarten gewesen, dass er, der Kläger, sich bei dieser vergewissert und ihr die Rechnung über die Provision schickt, was er nicht getan habe (S. 14 ff.).

4.3.

4.3.1. Wie das Strafgericht, so der Kläger weiter, habe auch das Zivilgericht seine Überzeugung auch nach dem Ausschlussprinzip zu bilden. Dies führe nicht zu einer Absenkung des Beweismasses vom vollen Beweis auf jenes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit könne derart überwiegen, dass andere Sachverhaltsvarianten vernünftigerweise ausgeschlossen werden könnten, was einem vollen Beweis gleichzusetzen sei. Der vom Beklagten behauptete Sachverhalt stelle die einzige denkbare Sachverhaltsalternative dar und erscheine nur dann als glaubwürdig, wenn der Nachweis zu erbringen sei, dass das entsprechende Provisionsversprechen tatsächlich geäußert worden sei. Der Beklagte habe dazu das Zeugnis von E.\_\_\_\_\_ und von M.\_\_\_\_\_ sowie die eigene Parteiaussage angeboten. Diese Beweise seien abgenommen worden (S. 16 f.).

4.3.2. E.\_\_\_\_\_, deren Aussagen das wesentlichste Beweismittel des Beklagten darstellten, habe verneint, das vom Beklagten behauptete Provisionsversprechen

abgegeben zu haben. Deren Aussagen seien klar, in sich geschlossen und konsistent. Anhaltspunkte für eine geschmälerte Glaubwürdigkeit bestünden nicht. Ins Gewicht falle, dass die Zeugin keinen Anlass gehabt habe, die Unwahrheit zu sagen. Bei Bestätigung der Version des Beklagten hätte sie sich keinem Haftungsrisiko gegenüber dem Kläger ausgesetzt, da der angebliche Mindestverkaufspreis von Fr. 2,5 Mio. nicht erreicht worden sei.

4.3.3. Der zweite Zeuge des Beklagten, M.\_\_\_\_\_, habe die Darstellung seines ehemaligen Chefs und Geschäftspartners pflichtschuldigst bestätigt, dabei aber so offensichtlich überzogen, dass die Unglaubwürdigkeit seiner Aussage mit Händen zu greifen sei. M.\_\_\_\_\_ wolle bei E.\_\_\_\_\_ gearbeitet haben. Diese kenne M.\_\_\_\_\_ demgegenüber gar nicht. M.\_\_\_\_\_ habe ausgesagt, E.\_\_\_\_\_ habe auch mittels Inseraten nach einem Käufer gesucht und dabei ebenfalls eine Provision in Aussicht gestellt. E.\_\_\_\_\_ habe dies in Abrede gestellt. Die Richtigkeit dieser Aussage von E.\_\_\_\_\_ werde durch ein Inserat im Tagesanzeiger vom tt. Oktober 2008, das er, der Kläger, nach der Beweisverhandlung mit einer Noveneingabe eingereicht habe, bestätigt. Seine Aussage, selber Inserate geschaltet zu haben, sei von M.\_\_\_\_\_ nicht in konkreter Form und damit nicht auf überprüfbare Weise erfolgt (S. 18 f.).

4.3.4. Die Aussagen von M.\_\_\_\_\_ seien erfunden und würden die Darstellung des Beklagten nicht bestätigen sondern widerlegen. Dies spreche für die Wahrhaftigkeit seiner eigenen Darstellung und stütze die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage K.\_\_\_\_\_. Nach dem erwähnten Ausschlussprinzip müsse somit selbst bei Restzweifeln an der Glaubwürdigkeit des Beweises des Hauptbeweissatzes dieser als geglückt gelten (S. 20 f.).

4.4. Die Beanstandungen des Klägers sind hier sachgemäss – es geht darum, eine Übersicht zu geben – verknüpft dargestellt. Die nachstehenden Erwägungen berücksichtigen hingegen alle Vorbringen, und zwar auch dann, wenn das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

## 5. Beweis des Vertragsschlusses

5.1. Der Streit der Parteien dreht sich um das Zustandekommen eines Vertrages bzw. um den konkreten Inhalt der (Willens-) Erklärung des Beklagten gegenüber dem Kläger im Zusammenhang mit dem Verkauf des Clubs "G.\_\_\_\_\_". Die Bedeutung seiner Erklärung, die rechtliche Natur des geltend gemachten Vertrages, zur Debatte steht ein Mäklervertrag, sowie dessen rechtlichen Konsequenzen werfen keine besonderen Fragen auf und bedürfen keiner näheren Erörterung. Es kann diesbezüglich ohne Wiederholungen und Ergänzungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 87 Erw. Ziff. 4.1. ff.).

5.2. Die Vorinstanz ging korrekt vor, indem sie die unterschiedlichen Sachdarstellungen der Parteien zum Inhalt der (Willens-) Erklärung des Beklagten zum Gegenstand eines Beweisverfahrens machte. Den Rahmen der folgenden Erörterungen bilden deshalb Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des Beweisbeschlusses der Vorinstanz vom 17. September 2013 (act. 52), die inhaltlich – Auflistung der relevanten und bestrittenen Tatsachenbehauptungen, Verteilung der Beweislast und Bezeichnung der zugelassenen Beweismittel – vom Kläger mit seiner Berufung nicht beanstandet wurden:

- "1. Dem Kläger wird der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der Beklagte dem Kläger erklärt hat, wenn er ihm jemanden bringe, der den Club G.\_\_\_\_\_ (heute J.\_\_\_\_\_) kaufe, er ihm Fr. 100'000.– als Provision bezahle.

### Hauptbeweismittel des Klägers:

- **Zeugen:**

1. K.\_\_\_\_\_ (...),
2. L.\_\_\_\_\_ (...)  
(Verzicht auf Abnahme durch Kläger, act. 37).

- **Parteibefragung/Beweisaussage:** Kläger.

2. Wo dem Kläger der Hauptbeweis auferlegt wurde, steht dem Beklagten der Gegenbeweis offen, insbesondere

- a) dass der Beklagte eine Aussage von E.\_\_\_\_\_ u.a. auch beim Kläger weiter verbreitet hat, in etwa mit folgenden Worten:

*"Frau E.\_\_\_\_\_ (oder E'.\_\_\_\_\_, so ihr Pseudonym) will den Club G.\_\_\_\_\_ (heute J.\_\_\_\_\_) verkaufen und sucht einen Käufer. Sie*

*hat gesagt, wer ihr einen Käufer bringt, der den Club für mindestens Fr. 2,5 Mio. kauft, bekommt eine Provision von Fr. 100'000.-.",*

- b) dass sich M.\_\_\_\_\_ – wie der Beklagte selbst – um die Verbreitung dieser Nachricht und den Verkauf des Clubs bemüht hat.

Gegenbeweismittel des Beklagten:

- **Zeugen:**
- 3. E.\_\_\_\_\_ (...),
- 4. M.\_\_\_\_\_ (...).
- **Parteibefragung/Beweisaussage:** Beklagter."

5.3. Der Kläger kritisiert zunächst, dass die Vorinstanz den Hauptbeweis als gescheitert betrachtete, ohne die Beweismittel zur Sachdarstellung des Beklagten, dem Thema des Gegenbeweises, in die Würdigung miteinzubeziehen. Dazu erweisen sich vorweg einige rechtliche Ausführungen als angezeigt.

Hauptbeweis ist der Beweis, mit dem die beweisbelastete Partei das Gericht von der Wahrheit ihrer Sachbehauptung zu überzeugen sucht. Gegenbeweis ist der Beweis des Beweisgegners, mit dem er Zweifel des Gerichts an der Wahrheit der tatsächlichen Behauptung der beweisbelasteten Partei wecken und damit den Hauptbeweis erschüttern will. Die beweisbegünstigte Partei beschränkt sich nicht darauf, eine Tatsachenbehauptung zu bestreiten, sondern stellt ihrerseits Umstände unter Beweis, welche das Gericht davon abhalten sollen, von der Wahrheit der gegnerischen Behauptung auszugehen. Haupt- und Gegenbeweis können nicht beide gelingen. Ist der eine erbracht, wird der andere obsolet oder gilt als gescheitert. Misslingt bereits der Hauptbeweis, stellt sich die Frage des Gegenbeweises nicht mehr, sondern greift unmittelbar die Beweislastregel (WALTER, Berner Kommentar, N 65 ff. zu Art. 8 ZGB; KUKO ZPO-SCHMID, vor Art. 150 – 193 N 4; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 34 und 36).

Führt also die Würdigung der zum Hauptbeweis offerierten und zugelassenen Beweismittel nicht zur erforderlichen Überzeugung des Gerichts, dass der behauptete Sachverhalt zutrifft, braucht das Gericht die Beweismittel zum Gegenbeweis nicht zu würdigen; der Gegenbeweis ist dann gegenstandslos. Das Vorgehen der Vorinstanz kann demnach nicht beanstandet werden, sofern ihre Auffassung zutrifft, wonach der Hauptbeweis bereits bei einer Würdigung der Haupt-

beweismittel – Aussagen des Zeugen K.\_\_\_\_\_ und des Klägers – als gescheitert zu betrachten ist. Der Kläger beanstandete diese Auffassung der Vorinstanz, so dass auf die Würdigung der Hauptbeweismittel näher einzugehen ist (vgl. Erw. Ziff. 5.6. ff.). Vorangestellt seien die nachstehenden Ausführungen zur Frage, mit welcher Intensität das Gericht vom Wahrheitsgehalt der Behauptung des Klägers überzeugt sein muss (Beweismass; vgl. Erw. Ziff. 5.4.), und zu den Grundsätzen der Beweiswürdigung (vgl. Erw. Ziff. 5.5.).

5.4. Das Beweismass regelt, wann der Beweis gelungen ist. Als Grundsatz gilt das Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit (striktter Beweis). Danach ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist und keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder allenfalls verbleibende leicht erscheinen. Eine Stufe darunter liegt das Beweismass der hohen bzw. überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Es ist erbracht, wenn nach Auffassung des Gerichts kein ernst zunehmender Raum für eine von der behaupteten abweichende Sachverhaltsversion verbleibt; ein anderer als der behauptete Hergang ist zwar denkbar, fällt aber bei vernünftig realistischer Betrachtung nicht massgeblich in Betracht (SCHMID, a.a.O., vor Art. 150 – 193 N 13; WALTER, a.a.O., N 134 ff. und N 138 ff. zu Art. 8 ZGB; LARDELLI, a.a.O., Art. 8 N 15 ff.). Die dritte und letzte Stufe ist das Beweismass der einfachen Wahrscheinlichkeit bzw. der Glaubhaftigkeit. Diese steht vorliegend nicht zu Debatte und braucht daher nicht weiter erläutert zu werden.

Der Reduktion des Beweismasses auf hohe Wahrscheinlichkeit liegt der Gedanke zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern soll, welche für bestimmte Sachverhalte charakteristisch sind. Sie setzt, mit anderen Worten, eine Beweisnot voraus, was gegeben ist, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache regelmässig unmöglich oder unzumutbar ist. Eine das Beweismass berührende Beweisnot ist dagegen nicht bereits gegeben, wenn eine Tatsache, die ihrer Natur nach einem stringenten Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im Einzelfall rechtfertigen eine Beweiserleichterung nicht (WALTER, a.a.O., N 142 f. zu Art. 8 ZGB; LARDELLI, a.a.O., Art. 8 N 18).

Der Kläger leitet seinen eingeklagten Anspruch aus einem Vertrag ab. Er ist, wie erwähnt, für das Zustandekommen und den Inhalt des von ihm behaupteten Vertrages, insbesondere für die Vertragsofferte (Willenserklärung) des Klägers, beweispflichtig. Diese Tatsachen sind nicht typischerweise mit Beweisschwierigkeiten verbunden (WALTER, a.a.O., N 147 zu Art. 8 ZGB), weshalb dafür am Erfordernis des Regelbeweismasses der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festzuhalten ist, was auch der Kläger zu anerkennen scheint (act. 90 Rz 50 f.).

5.5. Die wesentlichen Grundsätze der Beweiswürdigung – d.h. der (Be-) Wertung der Ergebnisse des Beweisverfahrens – wurden von der Vorinstanz zutreffend dargelegt, und es kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, darauf verwiesen werden (act. 87 Erw. 5.2. und 5.3.). Richtig sind die ergänzenden Hinweise des Klägers insoweit, als die Aussagen der einvernommenen Personen zur Sache (seien es Zeugen oder Parteien) im Vordergrund stehen und primär auf ihre Glaubhaftigkeit zu überprüfen sind, und zwar unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der Aussagepsychologie. Zu weit geht der Kläger, wenn er festhält, dass die allgemeine Glaubwürdigkeit und die persönlichen Eigenschaften der aussagenden Person (schlicht) keine Rolle spielen würden. Es reicht aus, solchen Aspekten ohne konkreten Bezug zum Prozess, nur (aber immerhin) untergeordnete Bedeutung beizumessen. Näher zu vertiefen ist diese Thematik allerdings nicht, da in der Person von K.\_\_\_\_\_ keine derartigen (positiv oder negativ zu wertenden) Merkmale vorliegen. Bestehen konkrete Beziehungen der aussagenden Person zu den Prozessparteien und/oder zum Prozessgegenstand, sind diese sehr wohl von Bedeutung und deshalb in die Beweiswürdigung miteinzubeziehen. Unter Umständen können sie die Beweiskraft der Aussagen erheblich schmälern, selbst wenn diese in der Sache überzeugen sollten und damit glaubhaft erscheinen.

## 5.6. Aussagen des Zeugen K. \_\_\_\_\_

5.6.1. Die Aussagen des Zeugen K. \_\_\_\_\_ erachtete die Vorinstanz in der Sache als grundsätzlich differenziert und in sich stimmig; sie erweckten bei ihr den Eindruck, auf eigenen Wahrnehmungen des Zeugen zu beruhen. Der Kläger stimmte diesen Erwägungen vorbehaltlos zu. Der Aspekt, der bei der Vorinstanz Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussagen von K. \_\_\_\_\_ weckte – unterschiedliche Angaben zum Wortlaut des Provisionsversprechens verbunden mit einer Wahrheitsbeteuerung – sei, so der Kläger, demgegenüber falsch gewürdigt worden. Darauf ist zunächst einzugehen.

Vom vorinstanzlichen Referenten zum Inhalt des Provisionsversprechens des Beklagten befragt, sagte K. \_\_\_\_\_ aus, "Herr B. \_\_\_\_\_ sagte wörtlich: ‚Ich gebe Dir die Fr. 100'000.–, wenn Du jemanden findest, der den Club ‚G. \_\_\_\_\_‘ kauft.“ (act. 34 S. 4). Später, auf (Ergänzungs-) Frage des Rechtsvertreters des Beklagten nach dem genauen Wortlaut des Versprechens des Beklagten gegenüber dem Kläger, sagte der Zeuge aus, "Er sagte: ‚Wenn Du mir jemanden bringst, der den Laden kauft, gebe ich Dir Fr. 100'000.–.“ (act. 34 S. 10 f.).

Richtig ist der Hinweis des Klägers, dass die Abweichungen im Wortlaut, "bringst" statt "findest" und "Laden" statt "Club G. \_\_\_\_\_", und die unterschiedliche Satzstellung am Sinn nichts ändern. Die beiden Antworten des Zeugen hatten indessen nicht den Sinn des Versprechens zum Gegenstand sondern explizit den Wortlaut ("Herr B. \_\_\_\_\_ sagte *wörtlich*:" [act. 34 S. 4 (*Hervorhebung* durch den Verfasser)]; "Ich möchte von Ihnen den *genauen Wortlaut* hören." [act. 34 S. 10 f. (*Hervorhebung* durch den Verfasser)]). Insofern sind die Unterschiede in den Antworten des Zeugen durchaus bemerkenswert und im Rahmen der Glaubhaftigkeit der Aussagen negativ zu würdigen. Die Erklärung des Klägers, der Zeuge habe ausgesagt, dass der Beklagte diese Aussage mehrfach bei verschiedenen Gelegenheiten wiederholt habe, so dass "wörtlich" in diesem Zusammenhang nur heissen könne, dass er, der Beklagte, genau diese Aussage *inhaltlich* gemacht habe, überzeugt nicht und lenkt vom Thema ab. Ein Unvermögen, vier Jahre später den (genauen) Wortlaut der Erklärung des Beklagten wiederzugeben, würde nicht er-

staunen. Der Zeuge machte dies allerdings nicht geltend sondern äusserte sich explizit zum Wortlaut.

Zurückzuweisen ist der sinngemässe Einwand des Klägers, das Protokoll der Vorinstanz gebe die Aussagen des Zeugen nicht wortgetreu wieder. Wenn die Protokollführer, der Referent und der Gerichtsschreiber, Aussagen des Zeugen mit Anführungs- und Schlusszeichen versehen, darf und muss davon ausgegangen werden, dass diese Aussagen *wortwörtlich* wiedergegeben wurden und nicht in "paraphrasierter" Weise. So verwundert es denn auch nicht, dass der Kläger wortlos übergeht, dass der Zeuge – wie es das Gesetz verlangt (Art. 176 Abs. 1 ZPO) – selber das Protokoll unterzeichnete, nachdem er es vorgängig gelesen, und damit dessen Richtigkeit bestätigt hatte (act. 34 S. 12).

Die Bemerkung des Zeugen, er schwöre das, wertete die Vorinstanz im Zusammenhang mit seiner unterschiedlichen Wiedergabe des Wortlauts des Provisionsversprechens negativ. Daran ist nichts auszusetzen. Wenn ein Zeuge im Kontext der Wiedergabe des exakten Wortlauts einer Willenserklärung die Wahrheit schwört, darf davon ausgegangen werden, dass er die grösstmögliche Sorgfalt aufbringt und sich der Bedeutung seiner Aussage bewusst ist. Weichen seine Antworten voneinander ab, obschon der Zeuge, ohne jeden Vorbehalt, zum Ausdruck bringt, den exakten Wortlaut wiederzugeben, sind Zweifel angebracht. Entgegen der Auffassung des Klägers ging es der Vorinstanz nicht darum, die blosser Tatsache, dass der Zeuge im Laufe der Einvernahme zweimal die Wahrheit bezeugte, negativ zu bewerten. Auf die entsprechenden Ausführungen des Klägers (act. 90 Rz 16 und 27 ff.) ist daher nicht weiter einzugehen.

5.6.2. Als besonderes Wahrheitssignal erwähnt der Kläger sodann die Tatsache, dass der Zeuge von sich aus eine Frage des Einvernehmenden berichtigte: Der Richter habe im Zusammenhang mit dem Provisionsversprechen vom "J.\_\_\_\_\_" gesprochen, worauf K.\_\_\_\_ darauf hingewiesen habe, dass es sich um den Club "G.\_\_\_\_\_" gehandelt habe (act. 90 Rz 24). Dieser Hinweis des Klägers ist berechtigt und im Rahmen der Gesamtwürdigung der Aussagen des Zeugen positiv zu berücksichtigen.

5.6.3. Nach Auffassung der Kammer sind weitere Aussagen des Zeugen zu erwähnen, welche besonders auffallen.

Die Parteien sind sich darin einig, dass sie sich vor Ausbruch des Streits um die Provision bereits längere Zeit kannten und häufigen Kontakt pflegten: der Beklagte pflegte "regelmässig, bisweilen fast jeden Morgen", so der Kläger (act. 2 Rz 6 und act. 65 S. 3), bzw. "gelegentlich", so der Beklagte (act. 19 S. 4), beim Kläger einen Kaffee zu trinken. Dies war auch die Wahrnehmung des Zeugen K.\_\_\_\_\_. Er, der Zeuge, will den Kläger fast jeden Tag getroffen haben, manchmal ein Mal, manchmal zwei Mal oder manchmal gar kein Mal. Jedes Mal, wenn er beim Kläger vorbeigefahren sei, sei der Beklagte auch dort gewesen. In der Zeit, als der Beklagte mitbekommen habe, dass der Kläger jemanden finden könnte, sei der Beklagte zwar nicht jeden Tag aber doch viel dort gewesen (act. 34 S. 8). Angesichts dieses regen Kontakts zwischen den Parteien, auch während der Phase, als der Club "G.\_\_\_\_\_" zum Verkauf stand, erstaunt die vom Beklagten bestrittene (act. 45 Rz 66) Aussage des Zeugen, dass der Beklagte ihn aufgefordert haben soll, beim Kläger noch mehr Druck zu machen, damit er jemanden finde (act. 34 S. 5). Für eine solche Aufforderung an den Zeugen bestand unter den gegebenen Umständen kein Anlass. Die Aussage des Zeugen ist in diesem Punkt nicht stimmig.

Die Darstellungen der Parteien über die Befugnisse des Beklagten als Geschäftsführer im "C.\_\_\_\_\_" und im Club "G.\_\_\_\_\_" gehen auseinander: der Beklagte will nach seiner Darstellung keine selbständige Entscheidungsbefugnis gehabt haben, sämtliche Entscheide seien von E.\_\_\_\_\_ getroffen worden (act. 19 Rz 7 ); nach dem Kläger soll der Beklagte eine wesentlich grössere Machtbefugnisse gehabt haben, als er angab (act. 42 Rz 10.1.). Wie es sich damit genau verhielt, kann offen bleiben. Nach Darstellung des Klägers (act. 2 Rz 7) war E.\_\_\_\_\_ zu 99% an der F.\_\_\_\_\_ GmbH, welche den Club "G.\_\_\_\_\_" aufbaute, beteiligt und der Beklagte zu 1% (vgl. Erw. Ziff. 5.7.3.). Bei dieser Beteiligungsquote E.\_\_\_\_\_ als Eigentümerin dieser Gesellschaft und damit des Clubs zu bezeichnen, ist zwar nicht ganz präzise aber inhaltlich nicht zu beanstanden. Der Kläger führte in der Replik selber aus, dass E.\_\_\_\_\_, im Unterschied zu ihrem Nachfolger, H.\_\_\_\_\_, *nach*

aussen als Besitzerin ihrer Etablissements auftrete (act. 41 Rz 25.2.; *Hervorhebung* durch den Verfasser). Nach Meinung des Zeugen K.\_\_\_\_\_ soll demgegenüber der Beklagte Eigentümer des Clubs "G.\_\_\_\_\_" gewesen sein (act. 34 S. 6). Diese Aussage erstaunt. Der Zeuge war selber Gast des "C.\_\_\_\_\_" und wusste, dass E.\_\_\_\_\_ die Besitzerin ist (act. 34 S. 7). Er half beim Aufbau des neuen Clubs "G.\_\_\_\_\_" als beauftragter Handwerker mit (act. 34 S. 3). Auch wenn ihm die Aufträge vom Beklagten, dem Geschäftsführer, erteilt wurden (act. 34 S. 6), konnte ihm angesichts des Auftretens von E.\_\_\_\_\_, wie es der Kläger schilderte, kaum entgangen sein, dass hinter dem Club "G.\_\_\_\_\_" ebenfalls E.\_\_\_\_\_ stand und nicht, jedenfalls nicht massgeblich, der Beklagte. Dieser Umstand ist hinsichtlich der Frage nach dem Motiv des Beklagten, selber eine Provision für die Vermittlung des Clubs zu versprechen, von Relevanz, weshalb dieser wenig glaubhaften Aussage des Zeugen einige Bedeutung zukommt (vgl. Erw. Ziff. 5.7.3.).

5.6.4. Der Kläger kritisiert schliesslich die Ausführungen der Vorinstanz zur Glaubwürdigkeit des Zeugen und ihre Schlussfolgerung, diese sei stark eingeschränkt. Dazu soviel:

Vom Referenten zu Beginn der Einvernahme zu seiner Beziehung zum Beklagten befragt, sagte K.\_\_\_\_\_ aus, mit dem Beklagten sehr gut befreundet gewesen zu sein, seit gut einem Jahr aber nicht mehr, da sie Meinungsverschiedenheiten gehabt hätten. Besondere Umstände, die seine Glaubwürdigkeit als Zeuge beeinträchtigen könnten, verneinte er (act. 34 S. 2). Gegen Ende seiner Einvernahme bestätigte er auf Ergänzungsfrage des Vertreters des Beklagten, sich mit dem Beklagten in einem Streit bzw. einem Prozess zu befinden, der am vorinstanzlichen Gericht ausgetragen werde. Für ihn seien das aber zwei verschiedene Sachen. Auf die weitere Frage, ob es demnach zutrefte, dass er mit dem Beklagten verstritten sei, antwortete er, sie hätten Meinungsverschiedenheiten, er sehe gewisse Dinge anders (act. 34 S. 11 f.).

Die Vorinstanz erwog, die Tatsache, dass sich der Zeuge K.\_\_\_\_\_ in einem hängigen Rechtsstreit mit dem Beklagten befinde, der Zeuge diesen Umstand erst auf Ergänzungsfrage des Vertreters des Beklagten erwähnt habe und der Zeuge in dieser Auseinandersetzung vom gleichen Anwalt wie der Kläger im vorliegenden

Prozess vertreten werde, lege die Vermutung nahe, dass der Zeuge ein eigenes Interesse am Prozessausgang haben könnte, und auch seine Unbefangenheit sei nicht auszuschliessen (act. 87 S. 8).

Differenzen, die vor Gericht ausgetragen werden, werden üblicherweise mit (Rechts-) Streit oder Prozess bezeichnet, was den Grad der Auseinandersetzung auf sachgerechte Weise zum Ausdruck bringt. Dies dürfte auch dem Zeugen K.\_\_\_\_\_ geläufig sein. Hier von (nicht näher konkretisierten) "Meinungsverschiedenheiten" zu sprechen, ist offensichtlich beschönigend und gerade bei einem Zeugen nicht zu erwarten, der, wie K.\_\_\_\_\_, wiederholt die Wahrheit, welche auch Genauigkeit und Vollständigkeit umfasst, bekräftigt. Der Kläger mag dieses Aussageverhalten des Zeugen nicht kritisieren. Für den Zeugen habe kein Anlass bestanden, diesen Prozess zu erwähnen, da nicht der Beklagte sondern die I.\_\_\_\_\_ AG Gegenpartei sei. Dieser Rechtfertigungsversuch überzeugt nicht, machte doch der Zeuge selber, wie seine Aussagen zeigen (act. 34 S. 2 und S. 11 f.), in diesem Punkt keinen Unterschied zwischen dem Beklagten und der I.\_\_\_\_\_ AG. Aus den Stellungnahmen der Parteien zu den Aussagen des Zeugen K.\_\_\_\_\_ und der dazu eingereichten Beilage ist denn auch zu schliessen, dass der Beklagte in der vom Zeugen erwähnten Auseinandersetzung persönlich für die I.\_\_\_\_\_ AG vor Gericht auftritt (act. 45 Rz 65; act. 47/5; act. 74 Rz 28 f.).

Ein Motiv, dem Beklagten mit unwahren Aussagen zu schaden, liegt vor, so dass der Zeuge K.\_\_\_\_\_, wie die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht festhielt, nicht als unbefangen bezeichnet werden kann. Eine erhebliche Einschränkung der Glaubwürdigkeit des Zeugen K.\_\_\_\_\_ ist in der Tat zu bejahen.

## 5.7. Aussagen des Klägers

5.7.1. Der Eindruck der Vorinstanz, der Kläger sei in seinen Antworten mehrfach von der Fragestellung abgewichen und seine Antworten würden einen gewissen Detailreichtum vermissen lassen (act. 87 Erw. 5.5.), ist nicht nachvollziehbar. Weder veranschaulichte die Vorinstanz, was der Kläger zu Recht beanstandet (act. 90 Rz 39), ihre Wertung mit konkreten Beispielen, noch ist dieser Eindruck bei blosser Lektüre der Aussagen des Klägers offensichtlich.

5.7.2. Berechtigt sind demgegenüber die Bedenken der Vorinstanz, was die Angaben des Klägers zum Provisionsversprechen des Beklagten betrifft. Anlässlich seiner Parteibefragung sagte der Kläger aus, der Beklagte habe ihm gesagt, er bekomme Fr. 100'000.–, wenn er jemanden finde, der den Club kaufe bzw. rette. Mit Club meinte der Kläger den Club "G.\_\_\_\_\_", wie das fragliche Etablissement damals, als es zum Verkauf stand, tatsächlich hiess (act. 65 S. 1 und S. 3). Höchst erstaunlich ist, dass dem Kläger in der Klageschrift, die ohne Zeitdruck und mit der grösstmöglichen Sorgfalt verfasst werden konnte, in der zentralen Streitfrage ein Fehler unterlief: Der Kläger sprach, das angebliche Provisionsversprechen des Beklagten "ziemlich wörtlich", in Form eines Zitats, wiedergebend, vom "J.\_\_\_\_\_" (act. 2 Rz 10 und 31) und nicht, wie es richtig gewesen wäre, vom Club "G.\_\_\_\_\_". Diese Bedenken vermag der Kläger mit seiner wenig überzeugenden, nachträglichen Rechtfertigung (act. 45 Rz 16.1.) nicht zu zerstreuen. Stellt der Hinweis des Zeugen K.\_\_\_\_\_ an den einvernehmenden Richter, dass es damals nicht um den "J.\_\_\_\_\_" sondern um den Club "G.\_\_\_\_\_" ging, nach eigenem (zutreffendem) Bekunden des Klägers ein Wahrheitskriterium dar (act. 90 Rz 24), verhält es sich bei der Verwechslung des Klägers gerade umgekehrt.

5.7.3. Es finden sich weitere, erhebliche Widersprüche in den Angaben des Klägers, und zwar zum Motiv des Beklagten, eine Provision von Fr. 100'000.– zu versprechen.

Nach seinen eigenen Ausführungen in der Klagebegründung verfügte der Beklagte über einen Stammanteil von Fr. 1'000.– (act. 2 Rz 7), was einer Beteiligung von einem Prozent an der F.\_\_\_\_\_ GmbH entsprach. Die Angabe des Beklagten in der Klageantwort, sein Anteil habe 10% betragen (act. 19 Rz 7, vgl. demgegenüber act. 45 Rz 4), beruht offensichtlich auf einem Versehen, was sich dem Handelsregisterauszug, den der Kläger zum Nachweis seiner Darstellung einreichte (act. 4/4), und den Aussagen der Zeugin E.\_\_\_\_\_ (act. 64 S. 5) entnehmen lässt (vgl. auch act. 74 Rz 33). Grund für den Verkauf des Clubs "G.\_\_\_\_\_" waren gemäss Darstellung des Klägers schwerwiegende finanzielle Probleme der Gesellschaft (act. 2 Rz 9). Wenige Monate nach dem Verkauf des Clubs fiel die F.\_\_\_\_\_ GmbH in Konkurs (act. 2 Rz 7). Es überrascht daher nicht, dass der Kläger in der

Klagebegründung und Replik nicht die Chance des Beklagten, mit seiner Investition einen Gewinn zu erzielen, als Motiv für das Provisionsversprechen bezeichnete, sondern dessen Aussicht, vom Käufer des Clubs auch in Zukunft als Geschäftsführer eingesetzt zu werden (act. 2 Rz 19 und Rz 35; act. 41 Rz 10.3.). Im Widerspruch dazu sagte der Kläger anlässlich seiner Befragung als Partei zum Motiv des Beklagten aus, dieser habe befürchtet, sein ganzes Geld, das er investiert habe, zu verlieren (act. 65 S. 2 f.). Davon, dass der Beklagte sich vom Käufer eine Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer erhoffte, war keine Rede mehr.

Hinzu kommt ein Weiteres: Käme die Chance, mit einem Verkauf des Clubs einen Gewinn auf die getätigte Investition zu erzielen, als Motiv für ein Provisionsversprechen durchaus in Betracht, mag die Aussicht, vom Käufer des Clubs als Geschäftsführer weiterbeschäftigt zu werden, als Beweggrund für eine Provision in der stattlichen Höhe von Fr. 100'000.– nicht wirklich zu überzeugen. Eine Weiterbeschäftigung der Geschäftsleitung eines Betriebes im Falle des Verkaufs eines Unternehmens ist eher die Ausnahme als die Regel. Der Beklagte hatte sodann im Zeitpunkt des behaupteten Provisionsversprechens noch gar keine Ahnung, wer am Kauf interessiert sein könnte. Die Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer käme vernünftigerweise dann als Motiv eines Provisionsversprechens in Betracht, wenn die Provision an die Bedingung der Weiterbeschäftigung durch den Käufer geknüpft wäre. Solches wurde vom Kläger nicht behauptet.

5.7.4. Eine Parteiaussage zu eigenen Gunsten stellt nach dem Konzept der eidgenössischen Zivilprozessordnung, im Gegensatz etwa zur abgelösten zürcherischen Zivilprozessordnung (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH), ein zulässiges Beweismittel dar (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO). Dem augenscheinlichen Interesse der Prozesspartei am Ausgang des Prozesses ist bei der Würdigung dieses Beweismittels selbstverständlich auch nach neuer, vereinheitlichter Prozessordnung Rechnung zu tragen, was schon die Botschaft zur ZPO klarstellte (S. 7326). Die Vorinstanz erachtete deshalb die Glaubwürdigkeit des Klägers zu Recht als herabgesetzt, was vom Kläger auch gar nicht beanstandet wurde (act. 90).

5.8. Weitere Beweismittel zum Hauptbeweis des Klägers stehen nicht zur Debatte. Zwar hatte der Kläger zunächst auch L.\_\_\_\_\_ als Zeuge für das von ihm

behauptete Provisionsversprechen des Beklagten offeriert (act. 24). Zur Instrukti-  
onsverhandlung vom 22. August 2012 erschien indessen allein der Zeuge  
K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_ blieb der Verhandlung unentschuldig fern (Prot. VI S. 7). Kurz  
nach dieser Verhandlung erklärte der Kläger mit Eingabe vom 24. August 2011  
(recte: 2012), "auf die nochmalige Ladung" des Zeugen L.\_\_\_\_\_ zu verzichten  
(act. 37). Die Vorinstanz wertete diese Erklärung zutreffend als Verzicht auf die-  
ses Beweismittel und handelte korrekt, indem sie der Erneuerung dieser Beweis-  
offerte im Rahmen des zweiten Schlussvortrages des Klägers (act. 81 Rz 11) un-  
ter Hinweis darauf, dass die Novenvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO  
nicht erfüllt seien, keine Beachtung schenkte (act. 87 Erw. 5.8.). Dieses Vorgehen  
der Vorinstanz wurde vom Kläger in der Berufung denn auch zu Recht nicht ge-  
rügt, ebensowenig die Unterlassung der Abnahme der Beweisaussage des Klä-  
gers, nachdem dieser nach seiner Befragung als Partei im Sinne von Art. 191  
ZPO auch darauf verzichtet hatte (Prot. VI S. 15).

5.9. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Aussagen des Zeugen  
K.\_\_\_\_\_ Ungereimtheiten aufweisen. Im Bewusstsein, die Erklärung des Beklag-  
ten gegenüber dem Kläger wortwörtlich wiederzugeben, er zitierte (!), vermochte  
der Zeuge keine übereinstimmenden Aussagen zu machen. Andere Aussagen  
erweisen sich bei näherer Betrachtung als nicht stimmig – Aufforderung des Be-  
klagten an den Zeugen, beim Kläger Druck zu machen; der Beklagte sei Eigen-  
tümer des Clubs "G.\_\_\_\_\_" gewesen. Seine anfänglich beschönigenden Aussa-  
gen zu seiner Beziehung zum Beklagten lassen zudem Zweifel an seiner Glaub-  
würdigkeit aufkommen. Auch unter Berücksichtigung der positiv zu würdigenden  
Aspekte seiner Aussagen, insbesondere seinem Bemühen um Berichtigung eines  
Fehlers in der Frage des Referenten, vermögen die Aussagen des Zeugen  
K.\_\_\_\_\_ das Gericht nicht zu überzeugen. Eine nochmalige Einvernahme dieses  
Zeugen, wie dies der Kläger anregt (act. 90 Rz 35), kann unterbleiben. Weder be-  
steht ein Anlass noch ein Anspruch des Klägers auf eine Wiederholung der Zeu-  
genbefragung.

Die Würdigung der Aussagen des Klägers führen zu keinem anderen Schluss. Im  
Gegenteil, die fehlerhafte Angabe in der Klagebegründung zum Gegenstand des

vom Provisionsversprechen betroffenen Kaufobjekts und die widersprüchlichen und ungläubhaften Aussagen zum Motiv des Beklagten verstärken die bereits aufgrund der Aussagen des Zeugen bestehenden Zweifel an der Richtigkeit der Sachdarstellung des Klägers.

Der Hauptbeweis ist damit gescheitert. Eine Würdigung der Gegenbeweismittel erübrigt sich.

5.10. Existiert keine Offerte des Beklagten, wonach er dem Kläger eine Provision von Fr. 100'000.- bezahle, wenn dieser ihm einen Käufer für den Club "G.\_\_\_\_\_" bringe, ist eine Annahme dieser Erklärung und damit das Zustandekommen eines Vertrages nicht möglich. Ein Anspruch des Klägers auf Ausrichtung einer Provision ist somit zu verneinen, ohne dass auf die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs einzugehen wäre. Die Berufung ist abzuweisen, und es ist das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

#### 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von §§ 2, 4 und 12 GebV OG auf Fr. 8'750.- festzusetzen. Dem Beklagten sind keine Aufwendungen entstanden, so dass kein Anlass besteht, den Kläger zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Zivilgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 11. September 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'750.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Dem Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 90, sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: