



| | |
|---------------------------|------------------------------------|
| Fall-Nr.: | BZ.2004.77, BZ.2004.78 |
| Stelle: | Kantonsgericht |
| Rubrik: | Zivilkammern (inkl. Einzelrichter) |
| Publikationsdatum: | 04.02.2020 |
| Entscheiddatum: | 18.06.2007 |

Entscheid Kantonsgericht, 18.06.2007

Art. 42 Abs. 2, 322b Abs. 3, 337, 337d Abs. 1, 340 Abs. 2 und 350a Abs. 1 OR (SR 220). Klage gegen den Arbeitnehmer zufolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung. Schadenersatzforderung (erlittene Umsatzeinbusse) sowie Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots. Widerklage des Arbeitnehmers (Auszahlung ausstehender Provisionen und des Guthabens auf dem Garantiekonto). Schätzung des mutmasslich erwirtschafteten Umsatzes. Durchführung eines Expertiseverfahrens zur Ermittlung der Schadensquote. Teilweise Gutheissung der Berufung und Anschlussberufung der Klägerin. Abweisung der Berufung des Beklagten (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 18. Juni 2007, BZ. 2004.77/78). Das Kassationsgericht (mit Entscheid vom 19. Dezember 2007) und das Bundesgericht haben dieses Urteil bestätigt (Urteil 4A_68/2008 neues Fenster vom 10. Juli 2008).

Erwägungen

I.

1. Die "A-AG" (vormals B-AG) ist gemäss Handelsregistereintrag auf dem Gebiet der Erbringung von Mediendienstleistungen, dem Betrieb von Verlagsgeschäften sowie der Herstellung und dem Vertrieb von Produkten der Werbebranche vorwiegend in der Schweiz tätig (vgl. kläg.act. 2). Am 16. November 2000 schloss sie mit dem Beklagten einen unbefristeten Arbeitsvertrag (Handelsreisendenvertrag = kläg.act. 3) mit Arbeitsbeginn am 1. Dezember 2000. Die Aufgaben des Beklagten wurden in Ziffer 2.1 des Arbeitsvertrags wie folgt umschrieben: "Der Arbeitnehmer akquiriert Werbeaufträge für die von der Arbeitgeberin vertriebenen oder noch zu vertreibenden Produkte, wobei



ihm die zu bearbeitenden Projekte fallweise von der Arbeitgeberin zugeteilt werden. Der Arbeitnehmer übernimmt auch die Betreuung der Kunden in dem ihm zugewiesenen Kundenkreis“ (kläg.act. 3). Das vertraglich umschriebene Tätigkeitsgebiet erstreckte sich gemäss Ziffer 1.3 des Arbeitsvertrags auf von Fall zu Fall von der Arbeitgeberin zugewiesene Kundenkreise in der Schweiz oder dem angrenzenden Ausland. Dabei war vorgesehen, dass die Arbeitgeberin bei der Zuteilung auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht nimmt, soweit sich dies mit dem Geschäftsgang und der Geschäftsplanung vereinbaren lässt. Ein Exklusivrecht des Arbeitnehmers an dem ihm zugewiesenen Reisegebiet und am Kundenkreis wurde ausgeschlossen. Der Arbeitsvertrag wurde mit einer ebenfalls am 16. November 2000 abgeschlossenen Zusatzvereinbarung hinsichtlich einer Lohngarantie für die ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses ergänzt (kläg.act. 4).

Der Beklagte vertrieb in der Folge für seine Arbeitgeberin vor allem Einträge für das Internetbranchenregister “XY“. Ausserdem wurde er auch mit dem Verkauf von Homepagelösungen (OPD) und Ortsplänen (OP) betraut. Im Frühjahr 2002 wies ihn die “A-AG“ an, ab anfangs April 2002 anstelle des Produktes “XY“ neu “E-Werbung“ für das Internet zu vertreiben. Am 30. Mai 2002 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der “A-AG“ fristlos (Kündigung = kläg.act. 23). Danach war er ab dem 1. Juni 2002 für die C-AG und später für die D-AG tätig (vgl. Urteil, 3 Erw. 1a; Berufung [BZ.2004.78], 20 Ziff. III.2.5.1; Berufungsantwort [BZ.2004.78], 13 Ziff. III. 2.5.1).

2. a) Mit Eingabe vom 22. Januar 2003 (vi-act. 1) reichte die “A-AG“ Klage gegen den Beklagten ein. Sie erachtete die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt und verlangte vom Beklagten Schadenersatz in Höhe von Fr. 69'873.55 für die durch die Kündigung erlittene Umsatzeinbusse sowie eine Konventionalstrafe von Fr. 50'000.- wegen Verletzung des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und verlangte mit Widerklage die Auszahlung ausstehender Provisionen und des Guthabens auf dem “Garantiekonto“ (vi-act. 9). Diese Forderung von zunächst Fr. 30'000.- reduzierte er an Schranken auf Fr. 9'892.20 (vi-act. 42).

b) Mit Entscheid vom 17./21. Juni 2004 verpflichtete das Kreisgericht den Beklagten zur Zahlung von Fr. 30'000.- nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2002. Gleichzeitig



St.Galler Gerichte

hiess es die Widerklage im Umfang von Fr. 6'658.90 gut. Die Gerichtskosten von Fr. 12'000.- auferlegte das Kreisgericht zu 3/8 dem Beklagten und zu 5/8 der Klägerin, welche ausserdem verpflichtet wurde, den Beklagten für dessen Parteikosten mit Fr. 3'944.55 zu entschädigen.

Das Kreisgericht ging in seiner Entscheidung davon aus, dass die vom Beklagten vorgebrachten Gründe aus objektiver Sicht eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen würden. Es hielt fest, dass die dem Beklagten erteilte Anweisung, anstelle von Einträgen in das Internetbranchenregister "XY" neu "E-Werbung" zu vertreiben, im Rahmen des vertraglich festgelegten Weisungsrechts der Klägerin gelegen habe. Die Anweisung sei daher grundsätzlich nicht zu beanstanden (Urteil, 7 ff. Erw. 3b und 3c). Ausserdem erachtete es die vom Beklagten geltend gemachten Existenzängste für unbegründet. Dieser hatte vorgebracht, er habe aufgrund der Produkteumstellung erhebliche Lohneinbussen in Kauf nehmen müssen, welche bei ihm existenzielle Ängste ausgelöst hätten. Das Kreisgericht führte dazu aus, dass auf einer reinen Umsatzbeteiligung basierende Arbeitsentgelt des Beklagten naturgemäss Schwankungen unterlegen (Urteil, 10 f. Erw. 3e). Im Übrigen sei die fristlose Kündigung verspätet erfolgt, weshalb der Beklagte sein Recht zur ausserordentlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohnehin verwirkt habe (Urteil, 10 Erw. 3d).

Das Kreisgericht verpflichtete den Beklagten daher gemäss Art. 337d Abs. 1 OR zur Zahlung von Schadenersatz an die Klägerin, wobei es den Schaden in richterlicher Schätzung auf Fr. 30'000.- bezifferte (Urteil, 14 Erw. 4b). Gleichzeitig sah es aber davon ab, den Beklagten zur Zahlung einer Konventionalstrafe zu verpflichten, da ihm die Klägerin begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gegeben habe (Urteil, 18 Erw. 5b).

Die vom Beklagten erhobene Widerklage hiess das Kreisgericht im Umfang von Fr. 6'658.90 gut. Dabei verpflichtete es die Klägerin, dem Beklagten den Saldo des für ihn geführten Garantiekontos in Höhe von Fr. 5'400.- auszusahlen (Urteil, 19 Erw. 6b). Zudem ermittelte es einen ausstehenden Provisionsanspruch des Beklagten aus noch nicht abgerechneten Vertragsabschlüssen mit Kunden von insgesamt Fr. 5'288.40, welchem die Klägerin allerdings nachträglich weggefallene Provisionen im Umfang von



Fr. 4'029.50 entgegen halten könne (Urteil, 20 f. Erw. 6d und 6e). Die schriftliche Urteilsbegründung ging den Parteien am 1. September 2004 zu (vi-act. 46 und 47).

3. a) Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte am 30. September 2004 mit den eingangs genannten Anträgen Berufung (act. B/1 [BZ.2004.77]; Poststempel gleichen Datums: vgl. act. B/2 [BZ.2004.77]). Die Klägerin beantragte mit Berufungsantwort vom 29. November 2004 (act. B/8 [BZ.2004.77]; Poststempel gleichen Datums: act. B/10 [BZ.2004.77]) die Abweisung der Berufung. Gleichzeitig erklärte sie Anschlussberufung. Zuvor hatte sie mit Eingabe vom 1. Oktober 2004 (act. B/1 [BZ.2004.78]; Poststempel gleichen Datums: vgl. act. B/3 [BZ.2004.78]) bereits selbst Berufung erhoben. Der Beklagte hatte diesbezüglich mit Berufungsantwort vom 26. November 2004 (act. B/7 [BZ.2004.78]; Poststempel gleichen Datums: vgl. act. B/8 [BZ.2004.78]) beantragt, die Berufung der Klägerin hinsichtlich Ziffer 3 Absatz 2 des angefochtenen Urteils im Teilbetrag von Fr. 2'457.- gutzuheissen und gleichzeitig die Widerklage im Umfang von Fr. 4'201.90 zu schützen.

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2004 nahm der Beklagte zur Anschlussberufung der Klägerin Stellung und äusserte sich gleichzeitig im Sinn einer nachträglichen Eingabe auch zu deren Berufungsantwort (act. B/12 [BZ.2004.77]). Die Klägerin teilte mit Schreiben vom 5. Januar 2005 mit, dass sie auf eine Stellungnahme hierzu verzichte (act. B/15 [BZ.2004.77]). Die Zulässigkeit der Eingabe bestritt sie nicht.

Mit Datum vom 13. Dezember 2004 reichte die Klägerin eine nachträgliche Eingabe zur Berufungsantwort des Beklagten ein (act. B/10 [BZ.2004.78]), zu welcher sich der Beklagte am 15. Dezember 2004 äusserte (act. B/14 [BZ.2004.78]). Der Beklagte beantragte, die in der nachträglichen Eingabe der Klägerin (act. B/10 [BZ.2004.78]) unter Ziffer III.3 enthaltenen Ausführungen im Berufungsverfahren nicht zuzulassen.

b) Mit Schreiben vom 2. August 2005 (act. B/18 [BZ.2004.78] und act. B/19 [BZ.2004.77]) teilte der Verfahrensleiter den Parteien mit, dass keine mündliche Verhandlung durchgeführt werde. Gleichzeitig gab er seine Absicht bekannt, die beiden Rechtsmittelverfahren zu einem einzigen Verfahren zu vereinigen. Mit Schreiben vom 3. bzw. 11. August 2005 erklärten die Parteivertreter ihr Einverständnis hierzu (act. B/19 und B/20 [BZ.2004.78] bzw. act. B/20 und B/21 [BZ.2004.77]). Am 16. August 2005



verfügte der Präsident der III. Zivilkammer die Vereinigung der beiden Verfahren (act. B/21 [BZ.2004.78] bzw. B/23 [BZ.2004.77]).

c) Am 19. August 2005 fasste die III. Zivilkammer den Beschluss, zur Frage der prozentualen Höhe der variablen Kosten der Klägerin in den Monaten Juni und Juli 2002 ("Schadensquote") eine Expertise einzuholen (act. B/24 [BZ.2004.77]). Dieser Beschluss wurden den Parteien am 25. August 2005 eröffnet. Gleichzeitig wurden sie um Mitteilung darüber ersucht, ob sie Interesse an einer Vergleichsverhandlung hätten (act. B/25 [BZ.2004.77]). Mit Schreiben vom 8. bzw. 9. September 2005 (act. B/26 und B/28 [BZ.2004.77]) bekundeten die Parteien ihr Desinteresse an weiteren Vergleichsbemühungen. Mit Schreiben vom 14. September 2005 (act. B/30 [BZ.2004.77]) wurden die Parteien eingeladen, Expertenvorschläge zu unterbreiten. Nachdem beide Parteien den von der Gegenseite vorgeschlagenen Experten abgelehnt hatten (vgl. act. B/36 und B/38 [BZ.2004.77]), benannte die III. Zivilkammer am 23. November 2005 F zum Experten (act. B/40 [BZ.2004.77]). Die schriftliche Experteninstruktion erfolgte mit Schreiben vom 3. März 2006 (act. B/50 [BZ.2004.77]). Am 20. September 2006 erstattete F das Gutachten (act. B/53-55 [BZ.2004.77]). Mit Schreiben vom 28. September 2006 (act. B/56 [BZ.2004.77]) wurden die Parteien aufgefordert, innert der angesetzten Frist Ergänzungsfragen zu formulieren sowie zur Honorarrechnung Stellung zu nehmen. Dieser Aufforderung kamen sie mit Schreiben vom 20. Oktober (act. B/60 [BZ.2004.77]) bzw. 24. November 2006 (act. B/66 [BZ.2004.77]) nach. Mit E-Mail vom 6. Dezember 2006 (act. B/69 [BZ.2004.77]) wurden dem Experten ausgewählte Ergänzungsfragen unterbreitet, auf welche dieser mit Stellungnahme vom 21. Dezember 2006 (act. B/70 [BZ.2004.77]; Poststempel vom 4. Januar 2007: vgl. act. B/71 [BZ.2004.77]) antwortete. Mit Schreiben vom 5. Januar 2007 (act. B/72 [BZ.2004.77]) wurde zunächst der Klägerin als Beweisführerin, am 21. Februar 2007 (act. B/81 [BZ.2004.77]) dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis eingeräumt. Am 19. Februar bzw. 7. Mai 2007 erstatteten sie ihre Eingaben (vgl. act. B/79 und B/88 [BZ.2004.77]).

II.



St.Galler Gerichte

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese vorliegend erfüllt sind (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. d, 225 und 229 ZPO). Auf die von der Klägerin bzw. vom Beklagten erhobene Berufung sowie die von der Klägerin erhobene Anschlussberufung ist daher einzutreten.

2. Zu prüfen bleibt die Zulässigkeit der von der Klägerin bzw. vom Beklagten in den entsprechenden Verfahren eingereichten nachträglichen Eingaben:

In Ziffer III.3 ihrer nachträglichen Eingabe vom 13. Dezember 2004 (act. B/10 [BZ.2004.78], 5f.) nimmt die Klägerin zu Vorbringen des Beklagten im Zusammenhang mit dem Verfahren zwischen ihr und der C-AG vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts Stellung. Entsprechende Ausführungen hatte der Beklagte allerdings bereits im Rahmen seiner Klageantwort im erstinstanzlichen Verfahren gemacht (Klageantwort, 8 f. Ziff. III.A.9). Im Berufungsverfahren sind diese daher keinesfalls mehr neu und vermögen somit Ziffer III.3 der unter Hinweis auf Art. 164 Abs. 1 lit. b ZPO eingereichten nachträglichen Eingabe nicht zu rechtfertigen (vgl. auch beklagtische Stellungnahme = act. B/14 [BZ.2004.78], 1). Im Übrigen enthalten die nachträglichen Eingaben des Beklagten und der Klägerin vom 8. bzw. 13. Dezember 2004 (act. B/12 [BZ.2004.77] bzw. B/10 [BZ.2004.78]) keine neuen Vorbringen oder Beweisanträge, die für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung wären. In diesem Umfang kann ihre Zulässigkeit daher dahingestellt bleiben (Art. 164 Abs. 1 ZPO).

III.

1. Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann jede Partei den Arbeitsvertrag aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Dabei liegt der wichtige Grund in aller Regel in einer besonders schweren Vertragsverletzung der gekündigten Partei (BGE 129 III 380 ff., 382 Erw. 2.2; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 331-355 OR, 3. Aufl., Zürich 1996, N 4 zu Art. 337 OR).



2. a) Der Beklagte geht davon aus, dass die Klägerin nicht berechtigt gewesen sei, ihm die Akquirierung anderer Produkte zuzuweisen, nachdem er zuvor während längerer Zeit hauptsächlich Einträge für das Internetbranchenregister "XY" vertrieben habe (Berufung [BZ.2004.77], 7 Ziff. III.B.1c; zuvor bereits Klageantwort/Widerklage, 10 Ziff. III.A.10). Die Klägerin bestreitet nicht, dass der Beklagte von anfangs Dezember 2000 bis Ende März 2002 "hauptsächlich" Einträge für das Internetbranchenregister "XY" vertrieben hat (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 4 Ziff. III.1.1; Replik/Widerklageantwort, 4 Ziff. III.A.2.3), bevor er angewiesen worden ist, ab anfangs April 2002 neu "E-Werbung" für das Internet zu vertreiben. Sie verweist diesbezüglich aber auf den klaren Wortlaut von Ziffer 2.1 des Arbeitsvertrags (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 11 Ziff. III.2.1.3.A). Darin haben die Vertragsparteien - wie eingangs dargelegt (Erw. I.1) - die Aufgaben des Beklagten näher umschrieben. Sie haben sich anlässlich des Vertragsabschlusses darauf geeinigt, dass der Beklagte Werbeaufträge für die von der Klägerin vertriebenen oder noch zu vertreibenden Produkte akquiriert, wobei ihm die zu bearbeitenden Projekte fallweise von der Klägerin zugeteilt werden sollten (kläg.act. 3, Ziff. 2.1). Der Beklagte geht jedoch davon aus, dass es durch die ihm schwergewichtig zugewiesene Akquirierung von Einträgen für das Internetbranchenregister "XY" zu einer Präzisierung des Arbeitsvertrags durch konkludentes Verhalten gekommen sei. Demzufolge sei die Klägerin nicht frei gewesen, ihn innert kurzer Frist auf ein anderes mit weniger Umsatzmöglichkeiten versehenes Produkt anzusetzen (Berufung [BZ.2004.77], 7 Ziffer III.B.1c). Die Klägerin bestreitet eine solche Vertragsänderung und verweist auf Ziff. 5.1 des Arbeitsvertrags, wonach Änderungen der Schriftform bedürfen (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 11 Ziff. III.2.1.3.A).

b) Ein Vertrag bzw. eine Vertragsänderung kommt zustande, wenn sich die Parteien über den Vertragsinhalt geeinigt haben und übereinstimmende Erklärungen in der vereinbarten Form ausgetauscht worden sind. Die Parteien haben in Ziffer 5.1 des Arbeitsvertrags vereinbart, dass Vertragsänderungen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfen (kläg.act. 3). Gemäss Art. 16 Abs. 1 OR wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung dieser vertraglich vorbehaltenen Form nicht verpflichtet sein wollen. Im Streitfall richtet sich diese Vermutung gegen denjenigen, der das Zustandekommen des Vertrags bzw. der Vertragsänderung behauptet, obwohl die vorbehaltene Form nicht eingehalten ist. Diese Vermutung kann widerlegt werden durch den Nachweis,



dass die als Gültigkeitserfordernis formulierte Formabrede nachträglich aufgehoben worden ist (vgl. unveröff. BGE 4C.92/2002 vom 19. August 2002, Erw. 2.2). Dabei sind an das Gelingen des Nachweises hohe Anforderungen zu stellen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 593 ff.). Die Übereinkunft, bei einer Abänderung gleichwohl auf die vorbehalten Form zu verzichten, muss sich eindeutig aus den konkreten Verhältnissen ergeben (SG-GVP 1989 Nr. 28, unter Hinweis auf SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Bern 1986, N 48 f. zu Art. 16 OR).

Der blosser Hinweis auf den Umstand, dass der Beklagte während 15 Monaten schwergewichtig für dasselbe Produkt der Klägerin tätig gewesen ist, reicht hierfür nicht aus. Die Parteien haben die Arbeitspflicht im Arbeitsvertrag nur in den Grundzügen festgelegt und gleichzeitig ausdrücklich verabredet, dass die Arbeitgeberin dem Beklagten die Tätigkeitsgebiete im Rahmen ihrer eigenen Geschäftstätigkeit von Fall zu Fall zuteilt. Eine solche Regelung, bei welcher der Arbeitgeber die Arbeitsleistung mittels so genannter Zielanweisungen konkretisiert, ist durchaus üblich und zulässig (REHBINDER/ PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. 1, Basel/Genf/München 2003, N 3 zu Art. 321d OR; STAEHELIN, a.a.O., N 9 zu Art. 321d OR). Sie entspricht - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urteil, 8 Erw. 3b) - dem insbesondere in Branchen mit kurzlebigen Produkten vorherrschenden Wunsch nach grösstmöglicher Flexibilität (vgl. hierzu GEISER, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, AJP 1998, 1019 ff.). Unter diesen Umständen gelingt es dem Beklagten nicht, die behauptete Änderung des Arbeitsvertrags nachzuweisen. Somit ist auf den schriftlichen Arbeitsvertrag abzustellen, wie er zwischen den Parteien am 16. November 2000 abgeschlossen worden ist (kläg.act. 3). Die Vorinstanz ist demnach zu Recht davon ausgegangen, dass die Anweisung der Klägerin an den Beklagten, anstelle des Produktes "XY" neu "E-Werbung" für das Internet zu vertreiben, keine Vertragsverletzung seitens der Klägerin darstellte, sondern vielmehr vom Weisungsrecht nach Ziffer 2.1 des Arbeitsvertrags gedeckt war.

3. a) Lehre und Rechtsprechung sind sich aber weitgehend einig, dass nicht nur Verfehlungen einer Vertragspartei, sondern auch unverschuldete objektive Gründe zu einer fristlosen Kündigung berechtigen können (BRÜHWILER, Kommentar zum



Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 7b zu Art. 337 OR; STAEHELIN, a.a.O., N 24 f. zu Art. 337; BGE 129 III 380 ff., 382 Erw. 2.2). Auch von den Parteien nicht zu verantwortende und nicht erwartete Ereignisse oder Umstände können ausnahmsweise eine ausserordentliche Vertragsbeendigung rechtfertigen. Dies setzt jedoch voraus, dass wesentliche Grundlagen der vertraglichen Bindung derart erschüttert sind, dass eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehung subjektiv und objektiv unzumutbar scheint. Die ausserordentliche Vertragsauflösung nach Art. 337 OR konkretisiert damit den Grundsatz "clausula rebus sic stantibus" (BGE 129 III 380 ff., 383 Erw. 2.2). Objektiver Grund für eine fristlose Kündigung kann deshalb ein Ereignis sein, mit dem die Parteien bei Vertragsbegründung weder rechnen konnten noch rechnen mussten (BGE 129 III 380 ff., 383 Erw. 2.2). Insofern fallen Veränderungen, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraussehbar waren, grundsätzlich ausser Betracht. Eine Vertragsanpassung bzw. eine allfällige Vertragsauflösung rechtfertigt sich zudem nur dann, wenn die veränderten Verhältnisse zu einem offenbaren Missverhältnis zwischen dem objektiven Wert der Austauschleistungen eines Vertrags geführt haben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 1300; SULZER, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002, 208 f.).

b) Den wichtigen Grund für die fristlose Kündigung sieht der Beklagte in geringeren Umsatzmöglichkeiten, welche mit dem neu zugewiesenen Produkt bestanden hätten, sowie der damit verbundenen erheblichen Verminderung des Einkommens. Während er im Jahr 2001 einen monatlichen Verdienst von über Fr. 10'000.- erzielt habe, hätte sich sein Einkommen mit dem Vertrieb von "E-Werbung" praktisch halbiert, was bei ihm damals zu Existenzängsten geführt habe (Berufung [BZ.2004.77], 8 Ziff. III.B.1c; vgl. auch kläg.act. 23). In den Monaten April und Mai 2002 habe er feststellen müssen, dass die Nachfrage nach dem neuen Produkt nur gering gewesen sei. Im April 2002 sei es ihm nur deshalb gelungen, den Umsatz noch hoch zu halten, weil er an seine bisherigen Kunden habe gelangen können. Danach habe sich der Umsatz aber schnell und aus seiner Sicht dauerhaft verschlechtert (Berufung [BZ.2004.77], 7 Ziff. III.B.1c). Weiter macht der Beklagte geltend, er sei erst am 22./23. März 2002 darüber orientiert worden, dass die Klägerin ab Ende März 2002 keine Interneteinträge mehr verkaufen werde und statt dessen ab anfangs April 2002 "E-Werbung" zu vertreiben sei (Klageantwort/Widerklage, 6 Ziff. III.A.3 und 8 Ziff. III.A.9; Duplik/Widerklagereplik, 4 Ziff. III.A.3.3; Anschlussberufungsantwort/Stellungnahme = act. B/12 [BZ.2004.77], 6



Ziff. III.8). Anlässlich eines Gesprächs habe er dann den Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin am 21. Mai 2002 auf die für ihn unbefriedigende Situation hingewiesen (Berufung [BZ.2004.77], 5 Ziff. III.A.5 und 7 f. Ziff. III.B.1c). Ausserdem habe er die Kündigung vom 30. Mai 2002 vorgängig mündlich gegenüber seinem direkten Vorgesetzten G erklärt. Dieser habe ihm geantwortet, dass die mündliche Kündigung für ihn in Ordnung sei. Er solle die Kündigung aber "für die da oben" noch schriftlich machen (Berufung [BZ.2004.77], 6 Ziff. III.A.5).

Die Klägerin bestreitet diese Darstellung des Beklagten. Sie habe ihre Arbeitnehmer bereits im Februar 2002 über die jeweiligen Gruppenleiter dahingehend orientiert, dass sie das Produkt "E-Werbung" im Internet mittels einer vorübergehenden Produktoffensive (von April bis Juni 2002) bei den aktuellen Kunden sowie allen weiteren Kunden bekannt machen wolle. Sie habe ihre Mitarbeiter ausserdem anlässlich der E-Schulung vom 22./23. März 2002 darüber informiert, dass infolge Umgestaltung und Umbenennung des Produktes "XY" in der deutschen Schweiz ab anfangs April 2002 für drei Monate keine Kunden mehr für dieses Produkt akquiriert werden würden, dass in dieser Zeit statt dessen das neu geschaffene Produkt "E-Werbung" eingeführt und ab anfangs Juli 2002 mit dem Nachfolgeprodukt von "XY", nämlich dem Produkt "k.ch", gestartet werden solle (Berufung [BZ.2004.78], 8 Ziff. III. 2.2.2 und 12 Ziff. III.2.3.1; Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 5 Ziff. III. 1.2; zuvor bereits Klageschrift, 8 Ziff. III.B.9 und Replik/Widerklageantwort, 6 f. Ziff. III.A.3.3). Von dieser Massnahme seien rund drei Viertel der üblicherweise mit dem Vertrieb von Internet-Produkten betrauten Aussendienstmitarbeiter betroffen gewesen (Replik/Widerklageantwort, 6 f. Ziff. III.A.3.3). Dass der Beklagte sich anlässlich des gemeinsamen Mittagessens mit dem Verwaltungsratspräsidenten sowie dem Verkaufsdirektor der "A-AG" über einen existenzbedrohenden Umsatzrückgang beklagt haben soll, wird von der Klägerin bestritten (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 7 ff. Ziff. III.1.5.1 und 15 Ziff. III.2C). Vielmehr sei der Beklagte damals erneut über die Portalumstellung und deren Hintergründe orientiert worden (Replik/Widerklageantwort, 7 Ziff. III.3.4). Die Klägerin bestreitet sodann, dass der Beklagte aufgrund der behaupteten geringen Nachfrage nach "E-Werbung" erhebliche Umsatzeinbussen erlitten habe (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ. 2004.77], 12 ff. Ziff. III.2C und 15 Ziff. III.2D; Berufung [BZ.2004.78], 9 ff. Ziff. III.2.2.2).



c) Die Parteien haben vertraglich vereinbart, dass der Beklagte für seine Tätigkeit eine einmalige Entschädigung je Vertragsabschluss von 26% des Nettorechnungsbetrages per Saldo aller seiner Ansprüche aus dem konkreten Vertrag erhalten soll (kläg.act. 3, Ziff. 3.2). Aus den Lohnabrechnungen geht hervor, dass der Beklagte während seiner einhalbjährigen Tätigkeit für die Klägerin einen durchschnittlichen provisionspflichtigen Monatsumsatz von rund Fr. 65'000.- erzielt hat (kläg.act. 5 bis 22). In den Monaten April und Mai 2002 erwirtschaftete er mit der Internet-E-Werbung einen provisionspflichtigen Umsatz von Fr. 48'540.- bzw. von Fr. 29'553.- (vgl. kläg.act. 21 und 22). Diese Beträge liegen zwar unter dem Durchschnitt; sie erscheinen aber keineswegs als geradezu aussergewöhnlich tief. Die Grössenordnung des Aprilumsatzes 2002 liegt nahe beim Umsatz des Monats August 2001 (vgl. kläg.act. 13) und über den jeweiligen Umsätzen der Monate Januar 2001, April 2001, Dezember 2001 und Januar 2002 (vgl. kläg.act. 6, 9, 17 und 18). Selbst wenn man mit dem Beklagten davon ausginge, dass er den Aprilumsatz 2002 nur ausnahmsweise habe hoch halten können, so fällt auf, dass auch der Maiumsatz 2002 (vgl. kläg.act. 22) durchaus mit Umsätzen früherer Monate - wie April und Dezember 2001 (kläg.act. 9 und 17) - verglichen werden kann. Dabei ist auch zu beachten, dass der Beklagte im Monat Mai 2002 während einer Woche an einer von der Klägerin organisierten Kreuzfahrt teilgenommen hat (vgl. bekl.act. 1: Kalendereintrag für 6. bis 12. Mai 2002) und somit während dieser Zeit keinen Umsatz erwirtschaften konnte.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang überdies, dass der Verdienst des Beklagten vollumfänglich auf seinem monatlich erwirtschafteten Umsatz basierte. Eine solche Regelung ist grundsätzlich zulässig, was vom Beklagten auch nicht bestritten wird (Art. 349a OR und hierzu REHBINDER/PORTMANN, a.a.O., N 1 zu Art. 349a OR, sowie STAEHELIN, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 349a OR). Dieser beruft sich denn auch nicht auf Art. 349a Abs. 2 OR, sondern bemängelt vielmehr den behaupteten erheblichen Lohnrückgang infolge der Produktumstellung (vgl. Berufung [BZ.2004.77], 8 Ziff. III.B. 1c; zuvor bereits Klageantwort/Widerklage, 12 Ziff. III.A.11).

Mit Abschluss eines Vertrags übernehmen die Parteien Risiken. Sie können im Rahmen der Vertragsfreiheit den Inhalt ihrer Bindungen und damit auch die Verteilung der Risiken autonom bestimmen (vgl. hierzu SULZER, *clausula rebus sic stantibus* und der gestörte Vertragszweck, AJP 2003, 987 ff., 989 f.). Vorliegend wurde vertraglich



vereinbart, dass die Klägerin dem Beklagten fallweise Projekte im Rahmen ihres Geschäftsbereichs zuweist und letzterer jeweils 26% des von diesem erwirtschafteten monatlichen Umsatzes als Lohn erhalten soll. Einer solchen Regelung ist das Risiko von Lohnschwankungen immanent. Der Beklagte partizipiert an Umsatzsteigerungen, trägt aber umgekehrt auch Verschlechterungen der Umsatzzahlen unter der Einschränkung von Art. 349a Abs. 2 OR anteilmässig mit. Dementsprechend musste er damit rechnen, dass sein monatlicher Verdienst grösseren Schwankungen unterworfen sein würde. Ein solches Risiko war für ihn zweifelsohne vorhersehbar. Im Übrigen entsprach auch der im Mai 2002 erwirtschaftete provisionsberechtigte Umsatz von rund Fr. 29'500.- (kläg.act. 22) einem Verdienst, welcher nur wenig unter dem für die ersten drei Arbeitsmonate garantierten Einkommen von Fr. 8'000.- (vgl. kläg.act. 4) liegt. Unter diesen Umständen kann nicht von Lohnschwankungen gesprochen werden, mit welchen die Parteien bei Vertragsbegründung weder rechnen konnten noch rechnen mussten. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erscheint auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt.

d) Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob die fristlose Kündigung - wie das Kreisgericht ausgeführt hat (Urteil, 10 Erw. 3d) - ohnehin verspätet erfolgt ist, nachdem der Beklagte zuvor während jedenfalls mehr als zwei Monaten bereits von der Produkteumstellung Kenntnis gehabt hatte. Ebenso wenig braucht entschieden zu werden, ob der Beklagte verpflichtet gewesen wäre, der Klägerin eine fristlose Kündigung vorgängig anzudrohen (Urteil, 9 f. Erw. 3c) und in welchem Ausmass er einer solchen Verpflichtung im Rahmen der Gespräche mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin oder mit seinem direkten Vorgesetzten, G, allenfalls nachgekommen ist. Die in diesem Zusammenhang verlangten Beweisabnahmen, insbesondere die Befragungen von H und G sowie die Edition des Protokolls der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (vgl. Berufungsantwort/ Anschlussberufung [BZ.2004.77], 7 f. Ziff. III.1.5.1), erübrigen sich deshalb.

4. a) Nach dem Gesagten war die fristlose Kündigung durch den Beklagten nicht rechtens. Das Kreisgericht schloss daher unter Hinweis auf Art. 337d Abs. 1 OR zu Recht, der Beklagte habe der Klägerin den durch die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstandenen Schaden zu ersetzen (Urteil, 11 Erw. 4).



Das Kreisgericht hielt allerdings den von der Klägerin verlangten Schadenersatz für während der Monate Juni und Juli 2002 erlittene Umsatzeinbussen von insgesamt Fr. 69'873.55.- für übersetzt und reduzierte die Forderung auf Fr. 30'000.-. Dabei stellte es bei der Schadensberechnung auf den vom Beklagten in den Monaten April und Mai 2002 erwirtschafteten Umsatz ab, welchen es gesamthaft mit Fr. 87'210.- ermittelt hat. Weiter zog es den ausstehenden Ferienanspruch des Beklagten von zwei Wochen sowie allfällige Auftragsstornierungen in Betracht. Ausserdem ging es für die Monate Juni und Juli 2002 von einer eher mangelhaften Motivation des Beklagten sowie sinngemäss auch von Startschwierigkeiten des ab anfangs Juli 2002 lancierten Nachfolgeproduktes von "XY", "k.ch", aus. Schliesslich wies es darauf hin, dass die Übernahme der Aufgaben des Beklagten durch andere Aussendienstmitarbeiter der Klägerin hätte möglich sein sollen. Unter diesen Umständen erachtete die Vorinstanz es als angemessen, bei einer Schadensquote von rund 50% von einem Schaden von etwa Fr. 30'000.- auszugehen (vgl. Urteil, 13 f. Erw. 4b).

Die Klägerin wendet sich in ihrer Anschlussberufung gegen diese Argumentation der Vorinstanz. Sie macht geltend, dass bei der Schadensberechnung nicht vom durchschnittlichen Umsatz der Monate April und Mai 2002 hätte ausgegangen werden dürfen. Einerseits sei im Juli 2002 bereits das neue Produkt eines "Internetbranchenverzeichnisses" von ihr vertrieben worden, welches höhere Umsatzzahlen zugelassen hätte; andererseits habe der Beklagte im Mai 2002 aufgrund der bezogenen Ferien nur reduziert gearbeitet. Auszugehen sei deshalb von einer Schadensbasis von Fr. 122'290.- anstatt von Fr. 87'210.- (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 25 f. Erw. III.3.2.1). Die Klägerin widerspricht damit der von der Vorinstanz sinngemäss vertretenen Auffassung, wonach bei der Einführung des neuen Produktes "k.ch" zunächst mit etwas tieferen Umsätzen zu rechnen gewesen sei. Sie bestreitet sodann den erstinstanzlich berücksichtigten zweiwöchigen Ferienanspruch des Beklagten. Dieser habe seine Ferien im Jahr 2001 vollumfänglich bezogen (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 27 Ziff. III.3.2.2.A und B). Es sei sodann unbestritten, dass er im Jahr 2002 vom 1. bis zum 16. Januar 2002 rund 11 Ferientage bezogen habe. Hinzu komme die einwöchige Mittelmeerkreuzfahrt (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 28 Ziff. III. 3.2.2.C). Unzulässig sei auch, wie die Vorinstanz es getan habe, dem Beklagten zugute zu halten, dass dessen Arbeitsmotivation nach einer ordentlichen Kündigung gesunken wäre



(Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 30 Ziff. III. 3.2.4). Schliesslich wendet sich die Klägerin gegen die Auffassung des Beklagten, wonach die frei gewordene Stelle mittels Einsatzes eines oder mehrerer Aussendienstmitarbeiter ganz oder teilweise hätte besetzt werden können (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 31 Ziff. III. 3.2.5).

Der Beklagte hält das Vorgehen der Vorinstanz für willkürlich. Diese habe im Rahmen der richterlichen Schadensschätzung die Angaben der Klägerin bezüglich der Schadensquote unbesehen übernommen, obwohl diese bestritten gewesen seien und darüber hätte Beweis geführt werden können (Berufung [BZ.2004.77], 9 f. Ziff. III.B.2b). Er bestreitet das Vorliegen eines Schadens. Selbst wenn ein solcher aber entstanden sein sollte, so wäre dieser vollumfänglich auf eine Verletzung der Schadensminderungspflicht seitens der Klägerin zurückzuführen. Die Klägerin sei ihrer Behauptungs- und Beweispflicht hinsichtlich von Schadensminderungsmassnahmen nicht ausreichend nachgekommen (Berufung [BZ.2004.77], 10 f. Ziff. III.B.2b und c). Der Beklagte geht weiter davon aus, dass die Klägerin angesichts der Produkteumstellungen während der fraglichen Zeit sowie vor dem Hintergrund, dass sie damals rund 110 Aussendienstangestellte beschäftigt habe, den Wegfall des Beklagten problemlos hätte kompensieren können (Berufung [BZ.2004.77], 10 Ziff. III.B.2b). Im Übrigen bestreitet der Beklagte, seine Ferien im Jahr 2001 vollumfänglich bezogen zu haben (Anschlussberufungsantwort/Stellungnahme = act. B/12 [BZ.2004.77], 6 Ziff. III.9). Ebenso wendet er sich gegen die Behauptung der Klägerin, im Rahmen der Mittelmeerkreuzfahrt fünf Tage Ferien genommen zu haben (Anschlussberufungsantwort/Stellungnahme = act. B/12 [BZ.2004.77], 6 Ziff. III.10).

b) aa) Verlässt der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle fristlos, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Ausserdem hat er gemäss Art. 337d Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens.

Beschränkt der Arbeitgeber seine Schadenersatzforderung auf den in Art. 337d Abs. 1 OR statuierten Lohnviertel, so genügt es, dass er dem Gericht diesen Schaden glaubhaft macht. Übersteigen seine Entschädigungsforderungen hingegen den Lohnviertel - wie dies vorliegend der Fall ist -, so obliegt die Behauptungs- und



Beweislast für den gesamten Schaden nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB dem Arbeitgeber (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, in: ZR 1998 Nr. 80; STAEHELIN, a.a.O., N 11 zu Art. 337d OR).

bb) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid festgehalten, dass eine genaue Ermittlung der von der Klägerin als Schaden geltend gemachten Umsatzeinbussen in den Monaten Juni und Juli 2002 nicht möglich sei, da diese von zu vielen Variablen und Unbekannten abhängen würden (Urteil, 14 Erw. 4b). Sie hat den Schaden daher in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt.

Gemäss dieser Bestimmung hat der Richter einen nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden ermessensweise mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Eine solche Schadensschätzung ist auch im Anwendungsbereich von Art. 337d OR grundsätzlich möglich (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR; vgl. hierzu auch BGE 118 II 312 ff.; BRÜHWILER, a.a.O., N 3 zu Art. 337 OR). Dabei liegt ein ziffernmässig nicht nachweisbarer Schaden grundsätzlich immer dann vor, wenn der Nachteil nicht aufgrund eines realen Sachverhaltes bestimmt und eines genau bestimmten Wertersatzes kalkuliert werden kann (SIDLER, Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot - oder: Die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden, AJP 2005, 535 ff., 536). Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn einer der Bemessungsparameter zerstört wird und damit gar nicht mehr real existieren kann (SIDLER, a.a.O., 539).

Vorliegend besteht die Problematik bei der Berechnung des Schadenersatzes unter anderem darin, dass der Beklagte als Folge der vorzeitigen Auf-lösung des Arbeitsverhältnisses in der fraglichen Periode von Anfang Juni bis Ende Juli 2002 gerade keine umsatzwirksamen Tätigkeiten mehr ausgeübt hat. Ein strikter Beweis bezüglich der Höhe des der Klägerin allenfalls entgangenen Umsatzes und damit bezüglich des behaupteten Schadens ist daher von vornherein unmöglich. Ein allfälliger Schaden lässt sich aufgrund der üblichen Schwankungen auch nicht einfach als rechnerische Differenz zwischen den Umsatzzahlen der Klägerin in den Monaten vor und nach der Kündigung des Beklagten ermitteln. Art. 42 Abs. 2 OR ist in diesem Fall sowohl für die Höhe wie auch für den Bestand des geltend gemachten Schadens



anwendbar (BREHM, Berner Kommentar, Art. 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, N 48 zu Art. 42 OR).

cc) Der Arbeitgeber hat im Rahmen von Art. 337d OR Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, wozu namentlich entgangener Gewinn zu zählen ist (BRÜHWILER, a.a.O., N 3 zu Art. 337d OR). Vorliegend hat der Beklagte die Klägerin fristlos, d.h. innerhalb eines Tages, verlassen und damit im Vergleich zur ordentlichen Kündigung während der Monate Juni und Juli 2002 keine Umsätze für die Klägerin mehr erwirtschaftet. Es entspricht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass ein fristlos wegfallender Arbeitnehmer zumindest nicht unverzüglich und vollständig ersetzt werden kann. Dies gilt vorliegend um so mehr, als sich die Klägerin in jenem Zeitraum mittels Zeitungsinseraten ohnehin auf der Suche nach neuen Mitarbeitern befand (vgl. kläg.act. 39; vgl. auch Klageschrift, 12 Ziff. III.B.12; Berufungsantwort/ Anschlussberufung [BZ.2004.77], 20 Ziff. III.2.2.2B). Darin zeigt sich, dass seitens der Klägerin eine stetige Nachfrage nach neuen Mitarbeitern bestand und somit ein neu eintretender Mitarbeiter nicht einfach einen bisherigen, austretenden ersetzen konnte. Demnach besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Klägerin die Akquisitionskapazität des Beklagten bzw. die von diesem mutmasslich während der Monate Juni und Juli 2002 erwirtschafteten Umsätze zumindest nicht vollständig und unverzüglich kompensieren konnte und ihr somit durch die fristlose Kündigung ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn entstanden ist.

dd) Im Rahmen der Schadensberechnung ist die Klägerin grundsätzlich in den Stand zu versetzen, in dem sie sich befinden würde, wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt worden wäre (STAEHELIN, a.a.O., N 7 zu Art. 337d OR; BRÜHWILER, a.a.O., N 3 zu Art. 337d i.V.m. N 3 zu Art. 337b OR). Bei der Schätzung der Schadenshöhe hat sich der Richter an den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" zu halten (Art. 42 Abs. 2 OR). Trotz der Beweiserleichterung von Art. 42 Abs. 2 OR bleibt es jedoch dabei, dass der Geschädigte alle Anhaltspunkte und Umstände, die die Abschätzung des Schadens erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar, zu behaupten und zu beweisen hat (BGE 128 III 271 ff., 276 f. Erw. 2b.aa; BGE 120 II 296 ff., 301 Erw. 3c; BGE 98 II 34 ff., 37 Erw. 2; vgl. auch ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz. 825; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Zürich 1995, § 6 N 33; BREHM, a.a.O., N 50 zu Art. 42 OR).



ee) Die Klägerin verlangt vom Beklagten anteilmässigen Ersatz am entgangenen Umsatz für die Monate Juni und Juli 2002. Sie behauptet eine Schadensquote von 53,5% (Klageschrift, 14 Ziff. III.B.13; Replik/Widerklageantwort, 14 ff. Ziff. III.A.13.1 ff.; Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 18 Ziff. III.2.2.2.A). Während sich die Höhe der Schadensquote ziffernmässig aufgrund der Betriebsrechnung der Klägerin ermitteln lässt (dazu nachfolgend: Erw. III.4b.ff), kann der vom Beklagten in den Monaten Juni und Juli 2002 mutmasslich erwirtschaftete Umsatz nur unter Zuhilfenahme von Hypothesen geschätzt werden. Hierfür ist davon auszugehen, dass der Beklagte im Juni 2002 zunächst Aufträge für "E-Werbung" und ab anfangs Juli 2002 Branchenregistereinträge für "k.ch" akquiriert hätte. Unter dieser Annahme ist der vom Beklagten in jener Zeit mutmasslich erwirtschaftete Umsatz zu schätzen. Als Richtgrösse für den im Monat Juni 2002 mutmasslich entgangene Umsatz ist von den Umsätzen der Monate April 2002 und Mai 2002 auszugehen. In diesen Monaten hat der Beklagte dasselbe Produkt (E-Werbung) vertrieben, wie er es im Monat Juni 2002 voraussichtlich getan hätte. Die Umsätze beliefen sich damals auf rund Fr. 52'000.- im April 2002 und Fr. 35'000.- im Mai 2002 (kläg.act. 21 und 22). Dabei ist allerdings in Betracht zu ziehen, dass der Beklagte im Monat Mai 2002 während einer Woche an einer von der Klägerin organisierten Kreuzfahrt teilgenommen hat (vgl. bekl.act. 1: Kalendereintrag für 6. bis 12. Mai 2002) und daher während dieser Zeit keinen Umsatz erwirtschaften konnte. Um diesen Umstand bereinigt, entspricht der Umsatz des Monats Mai 2002 praktisch jenem, wie ihn der Beklagte im April 2002 erzielt hat. Insgesamt rechtfertigt es sich somit, für den Monat Juni 2002 von einem hypothetischen Umsatz des Beklagten von rund Fr. 50'000.- auszugehen.

Ab Anfang Juli 2002 verkaufte die Klägerin mit dem neuen Produkt "k.ch" wieder Internetbranchenregistereinträge (vgl. z.B. kläg.act. 40). Nachdem der Beklagte vor der Umstellung auf "E-Werbung" Ende März 2002 hauptsächlich solche Einträge für das Register "XY" vertrieben hatte, ist davon auszugehen, dass er im Juli 2002 auch wieder auf dem Nachfolgeprodukt "k.ch" eingesetzt worden wäre (vgl. auch Berufungsantwort [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.4.2.A). Es rechtfertigt sich daher, für die Ermittlung des hypothetischen Umsatzes im Monat Juli 2002 von dem vom Beklagten in den Monaten zuvor überwiegend mit dem Verkauf von Einträgen in das Internetbranchenregister durchschnittlich erwirtschafteten Monatsumsatz auszugehen. Aufgrund des Umstands, dass es sich beim Produkt "k.ch" nicht um ein eigentlich neues Produkt gehandelt hat,



welches von Grund auf neu lanciert werden musste, ist ausserdem nicht von relevanten Startschwierigkeiten auszugehen. So lief das Branchenverzeichnis auch während der Monate April, Mai und Juni 2002 gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin weitgehend lückenlos (Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 29 Ziff. III.3.2.3; Berufung [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.2.2) und war anschliessend über den Zugang von "k.ch" sowie verschiedene andere Portale - unter anderem auch über <www.m.ch> und <www.n.ch> - zugänglich (vgl. kläg.act. 40). Lediglich die Akquisition von Einträgen war während der Zeit der Portalumstellung von "XY" auf "k.ch" eingestellt. Damit darf für Juli 2002 auf den durchschnittlichen provisionspflichtigen (abgerechnete Stornierungen sind bereits berücksichtigt) Umsatz aus den Monaten Dezember 2000 bis März 2002 von rund Fr. 68'500.- abgestellt werden (kläg.act. 5 bis 22). Die noch nicht abgerechneten Provisionen halten sich mit den Rückforderungsansprüchen der Klägerin aufgrund nachträglich nicht ausgeführter Aufträge praktisch die Waage, so dass daraus keine Veränderungen resultieren (vgl. hierzu die Ausführungen zur Widerklage, Erw. III.6).

Als Zwischenergebnis ergibt sich somit für den Monat Juni 2002 ein hypothetischer Umsatz von etwa Fr. 50'000.-, für Juli 2002 ein solcher von rund Fr. 68'500.-. Da der Lohn des Beklagten vollumfänglich vom erwirtschafteten Umsatz abhängig war, kann - entgegen der Vorinstanz (vgl. Urteil, 14 Erw. 4b) - nicht von einer mangelnden Arbeitsmotivation nach erfolgter Kündigung ausgegangen werden. Ebenso wenig rechtfertigt sich eine Reduktion des Umsatzes aufgrund von mutmasslichen Ferienbezügen des Beklagten in den Monaten Juni und Juli 2002. Zwischen den Parteien wurde ein Ferienanspruch von vier Wochen vertraglich vereinbart (kläg.act. 3, Ziff. 3.5). Aus den von der Klägerin eingereichten wöchentlichen Umsatzauszügen (kläg.act. 117-119) geht hervor, dass der Beklagte in den Monaten April, August und Dezember 2001 insgesamt vier Wochen Ferien bezogen hat. Der Beklagte bestreitet dies zwar, ohne aber selber darzutun, wieviel Ferien er 2001 tatsächlich beansprucht hat und weshalb den vorgelegten Auszügen keine Beweiskraft zukommen soll (Anschlussberufungsantwort/Stellungnahme = act. B/12 [BZ.2004.77], 6 Ziff. III.9). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass er im Jahr 2001 den vereinbarten jährlichen Ferienanspruch ausgeschöpft hat. Unbestritten ist sodann der Bezug von elf Ferientagen im Januar 2002 (Duplik/Widerklagereplik, 8 Ziff. III.A.11.1). Damit hatte der



Beklagte auch die ihm anteilmässig für das Jahr 2002 zustehenden Ferientage praktisch vollständig bezogen.

Die Klägerin hat bereits im Verfahren vor Kreisgericht behauptet, sie habe das Akquisitionspotential des Beklagten in den fraglichen Monaten Juni und Juli 2002 nicht ersetzen können (Klageschrift, 12 Ziff. III.B.12; Replik/Widerklageantwort, 13 f. Ziff. III.A.12.1 ff.). An dieser Darstellung hält sie auch im Berufungsverfahren fest (vgl. Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 31 Ziff. III.3.2.5). Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid allerdings davon ausgegangen, dass der Wegfall des Beklagten durch Mehrleistungen anderer Aussendienstmitarbeiter durchaus zu einem gewissen Grad habe aufgefangen werden können (Urteil, 14 Erw. 4b). Im Übrigen stehe nicht fest, wann die Stelle des Beklagten wieder neu besetzt worden sei (Urteil, 14 Erw. 4b). Die Klägerin hat jedoch dargelegt, dass sie sich jedenfalls im Jahr 2002 ständig auf der Suche nach weiteren, neuen Aussendienstmitarbeitern befunden hat (kläg.act. 39; dazu schon oben: Erw. III.4b.cc). Angesichts dieser Erweiterungsstrategie kann daher nicht von einem eigentlichen "Ersatz" für den als Arbeitnehmer weggefallenen Beklagten gesprochen werden. Gleichzeitig erscheint es aber auch in einer solchen Wachstumsperiode mit ständig vorhandener Nachfrage nach neuen Mitarbeitern angesichts eines unbestrittenen Personalbestands von über 100 Aussendienstmitarbeitern (Klageantwort/Widerklage, 13 Ziff. III.A.12) als äusserst wahrscheinlich, dass das Akquisitionspotential eines Mitarbeiters zumindest vorübergehend und teilweise durch Andere mitbewirtschaftet werden konnte und daher für die Klägerin nicht gänzlich verloren gegangen ist. Die Parteien beantragen, zu dieser Frage allenfalls Expertisen einzuholen und Zeugen zu befragen (Berufung [BZ.2004.77], 10 f. Ziff. III.B.2b; Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 19 f. Ziff. III.2.2.2.B). Davon ist aber wenig Aufschluss zu erwarten, hängt doch die Frage, ob und in welchem Ausmass die vorhandenen Aussendienstmitarbeiter das Akquisitionspotential des Beklagten vorübergehend mitbewirtschaften konnten, massgebend von der persönlichen Leistungsbereitschaft jedes einzelnen der damaligen Mitarbeiter der Klägerin ab.

Die Kompensationsquote ist daher in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR durch den Richter zu schätzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im fraglichen Zeitraum der Vertrieb von Einträgen ins Internetbranchenregister vorübergehend eingestellt worden



ist, während gleichzeitig ein neues Produkt in den Markt eingeführt wurde. Dies liess ohnehin eine gewisse Neuorganisation der Aussendienstmitarbeiter notwendig werden, was eine Aufteilung des Akquisitionspotentials des Beklagten auf andere Mitarbeiter leichter werden liess. Ausserdem ist in Betracht zu ziehen, dass die Klägerin im damaligen Zeitpunkt gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung des Beklagten rund 110 Aussendienstmitarbeiter beschäftigt hat. Auch wenn nur ein Teil davon für verstärkte Anstrengungen zur Bewirtschaftung des Akquisitionspotentials des Beklagten zur Verfügung stand, so konnte die Mehrarbeit jedenfalls auf eine Vielzahl von Mitarbeitern verteilt werden. Unter diesen Umständen darf davon ausgegangen werden, dass die Klägerin während der Monate Juni und Juli 2002 durch Mehrleistung ihrer Mitarbeiter durchschnittlich etwa einen Drittel des hypothetischen Monatsumsatzes des Beklagten kompensieren konnte. Von einer höheren Kompensation auszugehen, wie dies der Beklagte tut (vgl. Berufung [BZ.2004.77], 10 Ziff. III.B.2b), erscheint jedoch nicht als gerechtfertigt, da es sich beim Beklagten um einen sehr umsatzstarken Mitarbeiter gehandelt hat (vgl. bekl.act. 2; kläg.act. 37). Zudem ist der für die Klägerin durch die teilweise Aufteilung des Akquisitionspotentials des Beklagten auf andere Mitarbeiter entstandene organisatorische Mehraufwand ebenfalls in Rechnung zu stellen (STAEHELIN, a.a.O., N 7 zu Art. 337d OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 6 zu Art. 337d OR).

Unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen ist der ermittelte entgangene Umsatz für Juni und Juli 2002 somit um rund einen Drittel zu reduzieren, womit er noch Fr. 80'000.- beträgt.

ff) Zur Ermittlung der Schadensquote wurde, nachdem die diesbezüglichen Angaben der Klägerin vom Beklagten bestritten worden waren (vgl. Klageantwort/Widerklage, 15 Ziff. III.A.13; Berufung [BZ.2004.77], 9 f. Ziff. III.B.2b), eine Expertise eingeholt

(act. B/55 [BZ.2004.77]). Der Experte erstellte - ausgehend von den massgebenden Jahresrechnungen - zunächst einen Kostenkatalog, auf dessen Grundlage er variable und fixe Kosten ausschied. Alsdann stellte er die variablen Kosten dem in den jeweiligen Monaten generierten Umsatz gegenüber. Für den Vertrieb des Produktes "E-Werbung" ermittelte er variable Kosten von 36,94% (vgl. Expertise, 11), für den Vertrieb



des Produktes "Internetbranchenregistereinträge" solche von 32,47% (vgl. Expertise, 16) des durchschnittlich vom Beklagten generierten Umsatzes.

Die Vorgehensweise des Experten erscheint - soweit dies vorliegend beurteilt werden kann - als nachvollziehbar und schlüssig (zu Kriterien für die Würdigung von Gerichtsgutachten vgl. z.B. BÜHLER, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter vom 14. Mai 2007 Rz. 4 ff.). Unter Berücksichtigung der prozentualen variablen Kosten gemäss Expertise würden sich für das Produkt "E-Werbung" ein Deckungsbeitrag und damit eine Schadensquote von 63,06%, für das Produkt "Internetbranchenregistereinträge" ein Deckungsbeitrag bzw. eine Schadensquote von 67,53% ergeben. Die von der Klägerin geltend gemachte Schadensquote von 53,5% (Klageschrift, 14 Ziff. III.B.13; Replik/Widerklageantwort, 14 ff. Ziff. III.A.13; Berufungsantwort/Anschlussberufung [BZ.2004.77], 18 Ziff. III.2.2.2.A) ist somit mehr als nur ausgewiesen (vgl. auch beklagliche Stellungnahme zum Beweisergebnis = act. B/88 [BZ.2004.77], 2 Ziff. 2). Die Annahme einer höheren Schadensquote - gemäss den Ergebnissen der Expertise - fällt vorliegend ausser Betracht, da es dafür an den notwendigen Behauptungen der Klägerin fehlt: Zwar befürworten verschiedene Autoren die Berücksichtigung von Tatsachen, welche nicht ausdrücklich behauptet, jedoch durch ein Beweisverfahren (nebenbei) erwiesen werden. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie im Rahmen dessen liegen, was behauptet worden ist, bzw. den behaupteten Tatsachen im Ergebnis gleichwertig sind (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 2b zu Art. 56 Abs. 1 ZPO, m.H. auf GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, 165; LEUENBERGER, Beweis, in: Hangartner [Hrsg.], Das st. gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, 105 ff., 149; GERMANN, Die Ergebnisse des Beweisverfahrens als Urteilsgrundlage, SJZ 77 [1981] S. 303 f.; CAVELTI, Die Expertise im Bauprozess, in: Koller [Hrsg.], Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, 321; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 2b zu Art. 89 BE-ZPO; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 3 zu § 54 ZH-ZPO). Auch wenn man von dieser weiteren Auffassung in der Lehre ausgeht, darf nicht auf die höhere Schadensquote gemäss Expertise abgestellt werden, denn diese neue



Tatsache ist nicht im Ergebnis gleichwertig wie die von der Klägerin behauptete Schadensquote von (lediglich) 53,5%. Von letzterer ist daher auszugehen.

Bei einem entgangenen Umsatz von Fr. 80'000.- (dazu oben: Erw. III.4b.ee) und einer Schadensquote von 53,5% beträgt der der Klägerin vom Beklagten zu ersetzende Schaden somit total Fr. 42'800.-.

5. a) Die Vorinstanz lehnte die von der Klägerin unter Hinweis auf die behauptete Verletzung des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbots vom Beklagten geforderte Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 50'000.- ab. Ein solches Verbot sei zwar gültig vereinbart worden, entfalle vorliegend aber, da die Klägerin dem Beklagten begründeten Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gegeben habe (vgl. Urteil, 18 Erw. 5b). Ausserdem hielt die Vorinstanz fest, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot wohl als übermässig einzustufen wäre, da sich ein Verbot in örtlicher Hinsicht nur auf das bisherige Reisegebiet des Beklagten (und nicht auf die ganze Schweiz) und in sachlicher Hinsicht nur auf die von ihm vertriebenen Produkte (und nicht auf die ganze Produktpalette der Klägerin) hätte aufrecht erhalten lassen. In zeitlicher Hinsicht hätte es der Klägerin wohl innert zwei Jahren möglich sein sollen, einen neuen Aussendienstmitarbeiter bei der Kundschaft einzuführen (Urteil, 18 f. Erw. 5b). Offen liess das Kreisgericht, ob der Beklagte überhaupt in rechtlich relevanter Weise Einblick in den Kundenkreis der Beklagten gehabt und ausserdem ein massgebliches Konkurrenzverhältnis vorgelegen habe (Urteil, 18 Erw. 5b).

Die Klägerin wendet sich im Berufungsverfahren gegen diese Argumentation der Vorinstanz. Sie bestreitet, dem Beklagten begründeten Anlass zur Kündigung gegeben zu haben (Berufung [BZ.2004.78], 6 ff. Ziff. III.2.2.1 und 2.2.2). Dieser sei, wie alle anderen Aussendienstmitarbeiter, darüber orientiert worden, dass ab Juli 2002 ein Nachfolgeprodukt für das vorübergehend abgesetzte "XY" habe vertrieben werden sollen (Berufung [BZ.2004.78], 8 Ziff. III.2.2.2). Selbst wenn ein begründeter Anlass zur Kündigung bestanden hätte, so würde es im Fall des Beklagten aber jedenfalls am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Arbeitgebers und der Kündigung durch den Arbeitnehmer mangeln (Berufung [BZ.2004.78], 12 Ziff. III. 2.3). Im Weiteren habe der Beklagte im Rahmen seiner Tätigkeit nicht bloss erfahren,



wer Kunde bei der Klägerin sei, sondern vielmehr auch Kenntnis von den persönlichen Bedürfnissen, Eigenschaften und Wünschen der Kunden erhalten (Berufung [BZ.2004.78], 19 Ziff. III.2.4.3). Da der Beklagte unabhängig vom vertriebenen Produkt Einblick in den gesamten Kundenstamm erhalten habe, rechtfertige sich eine sachliche Begrenzung des Konkurrenzverbots auf den Bereich der Internetbranchenverzeichnisse, wie sie die Vorinstanz offenbar für angemessen erachte, nicht (Berufung [BZ.2004.78], 21 f. Ziff. III.2.5.2). Da die Verträge der Klägerin zum Teil eine feste Laufzeit von zwei Jahren aufwiesen, sei die Dauer des Konkurrenzverbots von drei Jahren ausserdem angemessen (Berufung [BZ.2004.78], 23 Ziff. III.2.5.3). Die Klägerin erneuert schliesslich ihre erstinstanzlichen Beweisanträge, allenfalls sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Berufung [BZ.2004.78], 24 Ziff. III.2.6).

Der Beklagte hält dem entgegen, das Konkurrenzverbot sei nicht gültig vereinbart worden, da er weder Einblick in Geschäftsgeheimnisse noch in den Kundenkreis der Klägerin erhalten habe (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 5 Ziff. III.2; zuvor schon Klageantwort/Widerklage, 15 Ziff. III.A.14.1; Duplik/Widerklagereplik, 10 Ziff. III.A.14.1.2). Die von ihm für die Klägerin abgeschlossenen Verträge hätten ausserdem regelmässig eine Laufzeit von fünf Jahren aufgewiesen, weshalb er die Klägerin nach seiner Kündigung gar nicht erheblich hätte schädigen können (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 10 Ziff. III.2.4 und 12 Ziff. III.2.4.3; zuvor schon Klageantwort/Widerklage, 16 Ziff. III.A.14.1). Der Beklagte sei weder für die C-AG, noch für seine spätere Arbeitgeberin, die D-AG, in demselben Reisegebiet tätig gewesen wie für die Klägerin (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 13 Ziff. III.2.5.1). Das Konkurrenzverbot sei im Übrigen ohnehin örtlich, sachlich und zeitlich übermässig (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 13 ff. Ziff. III.2.5 ff.).

b) aa) Die Parteien haben in Ziffer 4.2 des Arbeitsvertrags ein Konkurrenzverbot mit folgendem Inhalt verabredet (kläg.act. 3): "Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, während der Dauer dieses Vertrages sowie drei Jahre danach weder auf eigenen Namen ein die Arbeitgeberin konkurrenzierendes Unternehmen zu betreiben oder sich an einem solchen zu beteiligen, noch in Konkurrenzunternehmen tätig zu sein oder dieses mit Rat und Tat zu unterstützen oder die Arbeitgeberin in irgendeiner anderen Weise zu konkurrenzieren. Dieses Konkurrenzverbot gilt für die Schweiz und erstreckt sich auf



den ganzen Wirkungsbereich der Arbeitgeberin, insbesondere auf die Herausgabe von Werbekartographien wie Ortspläne, Pultplaner, Notrufkleber, Anzeigen im Internet etc.“

Gemäss Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Nachdem weder die Handlungsfähigkeit des Beklagten noch die Einhaltung der vorgeschriebenen Schriftform bestritten wurde, ist davon auszugehen, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültig verabredet worden ist (vgl. hierzu BOHNY, Konkurrenzverbot, in: GEISER/MÜNCH [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, Rz. 5.9 ff.).

bb) Auch ein gültig verabredetes Konkurrenzverbot ist aber nach Betriebsaustritt nur dann wirksam, wenn der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse seines Arbeitgebers erhalten hat und die anschliessende Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Diese Voraussetzungen sind zusammen mit der geltend gemachten Verbotsübertretung durch die Klägerin nachzuweisen. Demgegenüber trägt der Beklagte die Beweispflicht für den behaupteten Wegfall des Konkurrenzverbots nach Art. 340c OR (COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Freiburg 2001, Rz. 209; NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, 6 f.; Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt, in: JAR 1985 190 ff.).

Unstreitig ist, dass der Beklagte während seiner Tätigkeit für die Klägerin als Aussendienstmitarbeiter unmittelbar Kontakt mit Kunden der Klägerin hatte. Hingegen bestreitet der Beklagte ausdrücklich, Einblicke in den Kundenkreis oder in Geschäftsgeheimnisse der Klägerin erhalten zu haben (so schon oben: Erw. III.5a). Er habe den Kunden Einträge in das Internetbranchenregister der Klägerin vermittelt. Die dabei abgeschlossenen Verträge hätten regelmässig Laufzeiten von etwa fünf Jahren gehabt, so dass er den Kunden nach dem Vertragsabschluss nicht mehr gesehen habe (vgl. insbesondere Berufungsantwort [BZ.2004.78], 12 Ziff. III.2.4.3). Sein Wissen habe sich dementsprechend auf die Namen derjenigen Personen bzw. Geschäfte beschränkt, mit denen er einen “XY-Vertrag“ für die Klägerin abgeschlossen habe.



Diese Informationen seien jedoch auch über das Internet frei zugänglich (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 13 Ziff. III.2.4.3). Er selbst habe hauptsächlich übers Twixtel nach Kunden gesucht (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.4.2.A; zuvor bereits Klageantwort/Widerklage, 16 Ziff. III.A.14.1).

Die Klägerin behauptet demgegenüber, sie stehe mit ihren Kunden in einer dauernden Geschäftsbeziehung (Berufung [BZ.2004.78], 16 Ziff. III.2.4.2.A). Die Information ihrer Kunden über neue Produkte betreibe sie vorwiegend über die Aussendienstmitarbeiter. Ausserdem publiziere sie in ihren Produkten unterschiedliche Kundendaten, die einer regelmässigen Aktualisierung bedürfen würden, was ebenfalls wiederholte Kundenkontakte des Aussendienstmitarbeiters garantiere. Der Beklagte wisse ausserdem über die Laufzeiten der einzelnen Verträge Bescheid. Zudem vertreibe die Klägerin neben den Branchenregistereinträgen noch eine Vielzahl anderer Produkte, bei denen die Kundenbeziehung zur Klägerin für einen Aussenstehenden nicht ohne weiteres zu eruieren sei (vgl. Berufung [BZ.2004.78], 16 Ziff. III.2.4.2.A; zuvor bereits Klageschrift, 15 f. Ziff. III.B.14.3). Aufgrund der an die Aussendienstmitarbeiter abgegebenen Unterlagen habe der Beklagte auch Informationen über Kunden erhalten, welche andere als die von ihm selbst vertriebenen Produkte bei der Klägerin gekauft hätten (vgl. Berufung [BZ.2004.78], 19 Ziff. III.2.4.3; vgl. auch Replik/Widerklageantwort, 17 Ziff. III.A.14.1.2).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt ein Einblick in den Kundenkreis eine Beziehung voraus, die es erlaubt, die Anschauungen, Gepflogenheiten, Wünsche und Eigenheiten der Kunden kennen zu lernen, und die es ermöglicht, sich selber bei diesen Kunden "einen Namen zu machen" (BGE 81 II 152 ff., 154 Erw. 2b; BGE101 Ia 450 ff., 453 Erw. 4b; NEERACHER, a.a.O., 24). Die blosser Kundenliste ist daher nicht Schutzobjekt (JAR 1988 345; NEERACHER, a.a.O., 24). Wer die Abnehmer nur dem Namen nach kennt, kann in aller Regel wenig Schaden anrichten (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 9 zu Art. 340 OR). Nicht die Namen der Kunden, sondern die Beziehungen zu ihnen sind geschützt (COTTI, a.a.O., Rz. 220). Nicht von Bedeutung ist somit, dass der Beklagte von der Klägerin unbestrittenermassen Listen bestehender Kunden, welche zuvor bereits andere Produkte der Klägerin gekauft hatten, erhalten hat (vgl. auch Berufungsantwort [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.4.2). Die diesbezüglich als Beispiel einer "Kundenliste" eingereichte Zusammenstellung (kläg.act. 54, vgl. aber



auch kläg.act. 52) enthält keine wesentlichen Informationen, die auf besondere Bedürfnisse oder Wünsche der Kunden schliessen liesse. Sie listet hauptsächlich die Namen der Kunden auf, welche aber - wie der Beklagte zu Recht ausführt (vgl. Berufungsantwort [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.4.2.A und 13 Ziff. III.2.4.3) - im Wesentlichen ohne grösseren eigenen Aufwand auch über das fragliche Branchenregister im Internet selbst abgerufen werden können. Ausschlaggebend ist somit, ob der Beklagte während seiner Tätigkeit für die Klägerin zu den Kunden eine Beziehung von einer gewissen Intensität aufgebaut hat (NEERACHER, a.a.O., 24). Dabei ist unter anderem auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen (NEERACHER, a.a.O., 26).

Der Beklagte war in der Zeit von Anfang Dezember 2000 bis Ende Mai 2002, somit während eineinhalb Jahren, für die Klägerin tätig (vgl. auch oben, Erw. I.1). Die durchschnittliche Laufzeit der von ihm vermittelten Verträge ist zwar umstritten. So nennt die Klägerin eine solche von zwei (Berufung [BZ.2004.78], 23 Ziff. III.2.5.3), der Beklagte hingegen eine solche von fünf Jahren (Berufungsantwort [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.4.2.A). Dessen ungeachtet spricht eine mehrjährige Laufzeit angesichts der bloss eineinhalbjährigen Anstellungsdauer des Beklagten aber eindeutig dafür, dass dieser im Zusammenhang mit Vertragsverlängerungen keine regelmässigen Kontakte zu den Kunden gepflegt hat. Es fragt sich daher, ob es nach dem "Vertragsabschluss" überhaupt zu weiteren Kontakten zwischen ihm und den Kunden der Klägerin gekommen ist. Die Klägerin verweist diesbezüglich auf die regelmässige Weitergabe von Produkt- und Firmeninformationen auf dem Weg von Mailings (Berufung [BZ.2004.78], 18 Ziff. III.2.4.2.A) und legt in diesem Zusammenhang eine Kundeninformation von Ende Juni 2002 vor (kläg.act. 40). Dieses Dokument vermag aber nicht zu belegen, dass regelmässige Mailings an die Kunden der Klägerin über deren Aussendienstmitarbeiter erfolgten. Vielmehr lädt die Klägerin ihre Kunden in der fraglichen Kundeninformation ein, sich bei Fragen zu den neuen Produkten direkt per Email oder Telefon an sie zu wenden. Hierfür werden ausdrücklich die zentrale Telefonnummer der Klägerin sowie eine Sammel-E-Mail-Adresse angegeben. Dass der Kontakt in solchen Fällen vornehmlich über die Aussendienstmitarbeiter erfolgt sein soll, vermag die Klägerin mit diesem Dokument jedenfalls nicht zu belegen. Die vorgelegte Kundeninformation spricht vielmehr dafür, dass der Informationsfluss direkt zwischen der Klägerin und ihren Kunden stattgefunden hat. Im Übrigen fällt auf, dass



die von der Klägerin im Zusammenhang mit den Kundeninformationen erwähnten neuen Produkte wie "E-Werbung", "I", "J" usw. (vgl. Berufung [BZ.2004.78], 17 Ziff. III. 2.4.2.A) im Wesentlichen erst nach dem Weggang des Beklagten auf den Markt gebracht worden sind (vgl. auch Berufungsantwort [BZ.2004.78], 11 Ziff. III.2.4.2.A). Gegen eine ausreichende Beziehung zwischen dem Beklagten und den Kunden der Klägerin spricht auch, dass für einen Kunden offenbar mehrere Aussendienstmitarbeiter zuständig sein konnten. Dies ergibt sich aus der Darstellung der Klägerin, dass sie dem Beklagten Kunden genannt habe, die neben dem Internetbranchenregistereintrag - offenbar über andere Aussendienstmitarbeiter - bereits andere Produkte bei ihr gekauft hätten (vgl. Berufung [BZ.2004.78], 19 Ziff. III. 2.4.3; vgl. auch Replik/Widerklageantwort, 17 Ziff. III.A.14.1.2). Als Beweis für eine ausreichende Beziehung zwischen Kunde und Aussendienstmitarbeiter reicht schliesslich auch die bestrittene Behauptung, die regelmässige Aktualisierung der Kundendaten führe zu wiederholten Kontakten zwischen Mitarbeitern und Kunden (Berufung [BZ.2004.78], 17 Ziff. III.2.4.2.A), nicht aus. Aus den eingereichten "n"-Verträgen ist ersichtlich, dass der Kunde für die Änderungen und Aktualisierungen der Daten selber verantwortlich ist, indem er diese auf schriftlichem oder elektronischem Weg "n.ch" mitzuteilen hat (kläg.act. 31, Ziff. 4; vgl. auch Berufungsantwort [BZ. 2004.78], 12 Ziff. III.2.4.2.A). Aber selbst wenn die Mitteilung von Adressänderungen und dergleichen über die Aussendienstmitarbeiter abgewickelt worden wäre, so hätte dies vorliegend wohl kaum zu einer ausreichenden Kundenbeziehung geführt.

Unter diesen Umständen hat die Klägerin nicht ausreichend dargetan, dass der Kontakt zwischen dem Beklagten und ihren Kunden zu einer ausreichenden persönlichen Beziehung geführt und dem Beklagten damit einen Einblick in ihren Kundenkreis im Sinne von Art. 340 Abs. 2 OR ermöglicht hat. Das verabredete Konkurrenzverbot erweist sich somit als nicht verbindlich. Vor dem Hintergrund des Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern die beantragten Zeugen- und Parteibefragungen an diesem Ergebnis etwas ändern könnten. Ferner braucht bei diesem Resultat auch nicht mehr geprüft zu werden, ob überhaupt eine Schädigungsmöglichkeit bestanden hat, was vom Beklagten bestritten wird.

6. a) Der Beklagte verlangte von der Klägerin widerklageweise die Auszahlung seines Guthabens auf dem Garantiekonto sowie offene Provisionszahlungen im Umfang von



insgesamt Fr. 9'892.20. Das Kreisgericht hiess diese Widerklage im Umfang von Fr. 6'658.90 gut (vgl. Urteil, 21 Erw. 6f). Dabei verpflichtete es die Klägerin, dem Beklagten den Saldo des für ihn geführten Garantiekontos in Höhe von Fr. 5'400.- auszuzahlen. Zudem ermittelte es ausstehende Provisionen des Beklagten aus noch nicht abgerechneten Vertragsabschlüssen mit Kunden von insgesamt Fr. 5'288.40, welchem die Klägerin allerdings nachträglich wieder weggefallene Provisionsansprüche im Umfang von Fr. 4'029.50 entgegen halten könne (Urteil, 19 ff. Erw. 6a-f).

Im Berufungsverfahren macht die Klägerin weitere nachträglich weggefallene Provisionen im Umfang von Fr. 3'701.90 geltend und verweist hierfür auf gescheiterte Inkassobemühungen gegenüber Kunden (Berufung [BZ.2004.78], 25 ff. Ziff. III.3.2 ff.). Der Beklagte bestreitet die zusätzlichen Rückforderungsansprüche im Umfang von Fr. 1'244.90. Er wirft der Klägerin vor, diesbezüglich die notwendigen Eintreibungsversuche nicht oder nur verspätet unternommen zu haben. Anerkannt sind hingegen Rückforderungen in Höhe von gesamthaft Fr. 2'457.- (Berufungsantwort [BZ. 2004.78], 16 f. Ziff. III.3.2.1 ff.).

b) Gemäss Ziffer 3.2.5 Absatz 1 des Arbeitsvertrags (kläg.act. 3) "fällt der Anspruch auf Entschädigung nachträglich dahin, wenn das Geschäft von der Arbeitgeberin ohne ihr Verschulden nicht ausgeführt wird oder die Vertragserfüllung seitens des Kunden, aus welchen Gründen auch immer, nicht stattfindet." Absatz 2 derselben Ziffer lautet: "Soweit die Provision bereits von der Arbeitgeberin ausbezahlt wurde, ist sie vom Arbeitnehmer zurückzuerstatten oder kann von der Arbeitgeberin mit neuen Entschädigungsansprüchen des Arbeitnehmers oder seinem Garantiekonto verrechnet werden."

Absatz 1 der Ziffer 3.2.5 des Arbeitsvertrags entspricht weitgehend der gesetzlichen Regelung in Art. 322b Abs. 3 OR. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Handelsreisenden ist jedoch auch Art. 350a Abs. 1 OR zu beachten. Danach sind bei Vertragsbeendigung die Provisionen aus allen Geschäften auszurichten. Es fragt sich, ob damit auch das nachträgliche Dahinfallen des Provisionsanspruchs bei Nichtausführen des Geschäfts gemäss Art. 322b Abs. 3 OR aufgehoben werden sollte. Die Lehrmeinungen dazu sind geteilt. Insbesondere BRÜHWILER und STREIFF/VON KAENEL vertreten die Auffassung, dass Art. 350a Abs. 1 OR eine Anwendung von Art.



322b Abs. 3 OR für den Handelsreisenden nicht zulasse. Bereits bezahlte Provisionen könnten demnach vom Arbeitgeber für den Fall, dass der Kunde später den Kaufpreis nicht bezahlt, vom Handelsreisenden nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur in Missbrauchsfällen zurückgefordert werden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 3 zu Art. 350a OR; BRÜHWILER, a.a.O., N 7 zu Art. 322b OR; ähnlich auch Entscheid des Appellationshofs Bern, in: JAR 1981 194 ff.; Entscheid des Bezirksgerichts Bülach, in: JAR 1987 298 ff.; Entscheid des Obergerichts Zürich, in: ZR 1989 Nr. 98).

Demgegenüber vertritt STAEHELIN die Ansicht, dass der nachträgliche Wegfall von Provisionen gemäss Art. 322b Abs. 3 OR von Art. 350a "nicht berührt" werde (STAEHELIN, a.a.O., N 5 zu Art. 350a OR). REHBINDER stimmt dem im Grundsatz zwar zu (REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 331-355 OR, N 5 zu Art. 350a OR), sieht in einem Verzicht der Parteien auf eine Vereinbarung nach Art. 339 Abs. 2 OR aber automatisch auch einen Verzicht auf die Rückforderung bereits bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlter Provisionen (REHBINDER, a.a.O., N 5 zu Art. 350a OR).

Welcher Lehrmeinung zu folgen ist, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da die Rückforderungsansprüche - wie nachfolgend darzulegen ist - aus anderen Gründen abzuweisen sind. Ein nachträgliches Dahinfallen des Provisionsanspruchs würde nämlich im Weiteren voraussetzen, dass der Arbeitgeber einen säumigen Kunden zur Erfüllung angehalten und alle wirtschaftlich sinnvollen Massnahmen zur Geltendmachung seiner Ansprüche ergriffen hat. So wird bei ausstehenden Geldforderungen insbesondere eine Mahnung, Betreibung und - bei Vorliegen eines entsprechenden Titels - ein Rechtsöffnungsbegehren vorausgesetzt (REHBINDER/PORTMANN, a.a.O., N 3 zu Art. 322b OR; STAEHELIN, a.a.O., N 16 zu Art. 322b OR; BRÜHWILER, a.a.O., N 6 zu Art. 322b OR). Die Beweislast für Umstände, welche den Provisionsanspruch dahinfallen lassen, trägt der Arbeitgeber (STAEHELIN, a.a.O., N 17 zu Art. 322b OR).

c) Vorliegend sind die Rückforderungen von Provisionen im Zusammenhang mit folgenden Geschäften strittig:

aa) Der "n"-Vertrag mit "P" von Q stammt vom 9. November 2001. Die zweite und letzte Zahlungsrate war am 8. November 2002 fällig (kläg.act. 99). Mitte Mai 2004



wurde über Q der Konkurs eröffnet (kläg.act. 100). Das Verfahren wurde anschliessend am 9. Juni 2004 mangels Aktiven wieder eingestellt (kläg.act. 101). Eigentliche Inkassobemühungen vor Beginn des Konkursverfahrens werden von der Klägerin weder behauptet noch belegt. Die Rückforderung ist daher abzuweisen.

bb) Der "n"-Vertrag mit "R" von S stammt vom 10. Mai 2001 (kläg.act. 102). Die erste Rate war bei Aufschaltung der Website, die zweite am 9. Mai 2002 fällig (kläg.act. 102). Die Konkursöffnung erfolgte anfangs September 2002 (vgl. kläg.act. 104). Der Beklagte bestreitet den Wegfall des Provisionsanspruchs für die erste Ratenzahlung; für die zweite Ratenzahlung wenige Monate vor Konkursöffnung ist sie unbestritten (vgl. Berufungsantwort [BZ.2004.78], 16 Ziff. III.3.3.2).

Für die erste Zahlungsrate macht die Klägerin keine Inkassobemühungen geltend. Belegt ist lediglich eine Forderungseingabe im Konkursverfahren am 29. Januar 2003 (kläg.act. 103). Der Rückforderungsanspruch in Bezug auf die erste Zahlungsrate ist unter diesen Umständen abzuweisen.

cc) Der "n"-Vertrag mit "T" wurde anfangs März 2001 abgeschlossen (kläg.act. 105). Die vereinbarte zweite und letzte Ratenzahlung sollte anfangs März 2002 erfolgen. Die Klägerin machte die Forderung in der Folge offenbar gegen Ua geltend und erhielt in der am 25. September 2003 durchgeführten Pfändung einen provisorischen Verlustschein (kläg.act. 106). Den "n"-Vertrag hat die Klägerin aber mit Ub abgeschlossen (vgl. kläg.act. 105). Zweckdienliche Inkassobemühungen hätten sich somit zumindest auch gegen Ub richten müssen (vgl. auch Berufungsantwort [BZ.2004.78], 16 Ziff. III.3.3.3). Diesbezüglich werden von der Klägerin Eintreibungsversuche aber weder behauptet noch belegt, so dass der Rückforderungsanspruch abzuweisen ist.

dd) Der "n"-Vertrag mit V wurde am 8. November 2001 abgeschlossen (kläg.act. 107). Die Konkursandrohung stammt von anfangs Juli 2003 (kläg.act. 109). Die Klägerin ist der Auffassung, dass die "Hablosigkeit" von V zum vornherein feststand, weshalb sich weitere Erfüllungsmassnahmen erübrigt hätten (Berufung [BZ.2004.78], 27 f. Ziff. III.3.3.4), was vom Beklagten bestritten wird (vgl. Berufungsantwort [BZ.2004.78], 16 f. Ziff. III.3.3.4). Aus dem von der Klägerin vorgelegten Betreibungsregisterauszug ist



ersichtlich, dass V in den vergangenen Jahren zwar häufig betrieben worden ist, gleichzeitig aber insbesondere im fraglichen Jahr 2002 die Mehrzahl der in Betreuung gesetzten Forderungen schliesslich bezahlt hat (kläg.act. 110). Es kann daher nicht davon gesprochen werden, dass Eintreibungsbemühungen damals bereits zum Vornherein als wirtschaftlich aussichtslos beurteilt werden mussten. Nachdem die Klägerin dennoch keine Inkassobestrebungen unternommen hat, kann sie das diesbezügliche Risiko nicht auf den Beklagten überwälzen. Die Provisionsrückforderung ist daher abzuweisen.

d) Zusammenfassend sind die erstmals im Berufungsverfahren geltend gemachten Rückforderungsansprüche im anerkannten Umfang von Fr. 2'457.- zu berücksichtigen und im Restbetrag abzuweisen. Die Widerklage ist demnach im Umfang von Fr. 4'201.90 (Fr. 6'658.90 gemäss Urteil der Vorinstanz abzüglich Fr. 2'457.-) gutzuheissen.

7. Zusammenfassend ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 42'800.- nebst Zins zu 5% seit dem 1. August 2002 zu bezahlen. Die Widerklage wird im Umfang von Fr. 4'201.90 geschützt. Im Mehrbetrag werden Klage und Widerklage abgewiesen.

.....