



Fall-Nr.:	BZ.2006.41
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	04.11.2006
Entscheiddatum:	04.11.2006

Entscheid Kantonsgericht, 04.11.2006

Art. 365 OR (SR 220). Qualifikation des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages. Die Frage, ob ein Bearbeitungs- oder ein Verarbeitungsvertrag vorliegt, konnte aber letztlich offen bleiben, da der Stoffbegriff von Art. 365 Abs. 2 OR auch auf Werkgegenstände anwendbar ist. Der Unternehmer ist namentlich verpflichtet, einen allfälligen Rest des ihm von Besteller gelieferten Stoffes zurückzugeben (Kantonsgericht, Präsident der III. Zivilkammer, 4. November 2006, BZ.2006.41).

Erwägungen

I.

1. Die Klägerin hat für die Beklagte verschiedene Arbeiten ausgeführt, und zwar Arbeiten im Zusammenhang mit der Datenaufbereitung für den Satz, Druckerarbeiten sowie "Lettershop-Arbeiten". Bei den Lettershop-Arbeiten verpackte die Klägerin im Sinne eines Versandservices verschiedene Beilagen maschinell in Couverts (Klageantwort, 1; kläg. act. 6).

Für diese Arbeiten stellte die Klägerin der Beklagten die folgenden Rechnungen: Am 17. Mai 2005 die Rechnung-Nr. 2502 über Fr. 4'236.85 (kläg. act. 2), am 17. Juni 2005 die Rechnung-Nr. 2504 über Fr. 3'632.90 (kläg. act. 3) sowie am 12. Juli 2005 die Rechnung-Nr. 2505 über Fr. 708.80 (kläg. act. 4), die Rechnung-Nr. 2506 über Fr. 2'911.30 (kläg. act. 5) und die Rechnung-Nr. 2507 über Fr. 2'167.50 (kläg. act. 6).



St.Galler Gerichte

Da diese Rechnungen nicht bezahlt wurden, leitete die Klägerin gegen die Beklagte am 19. August 2005 für den Betrag von Fr. 13'657.35 die Betreuung ein. Die Schuldnerin erhob Rechtsvorschlag (kläg. act. 1).

2. Der Vorstand, angebeht am 1. September 2005, abgehalten am 15. September 2005, verlief unvermittelt (vi-act. 3). Nach dem Vorstand bezahlte die Beklagte jedoch die Rechnung vom 17. Mai 2005 über Fr. 4'236.85 (Klage; kläg. act. 2). Am 21. September 2005 reichte die Klägerin Klage ein mit dem Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den noch offenen Betrag von Fr. 9'420.50 nebst 5% Zins seit 17. Juni 2005 zu bezahlen unter Kostenfolgen (vi-act. 1 und 2). In ihrer Klageantwort vom 17. Oktober 2005 stellte die Beklagte sinngemäss den Antrag, die Klage sei abzuweisen.

Mit Entscheid vom 28. April 2006 schützte der Präsident der 3. Abteilung des Kreisgerichts die Klage im Betrag von Fr. 5'270.50 nebst Zins zu 5% seit 19. August 2005. Die Vorinstanz hält in ihrem Entscheid fest, die Richtigkeit und Begründetheit der Rechnungen der Klägerin seien von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt bestritten worden, weshalb davon auszugehen sei, dass sie den fraglichen Betrag grundsätzlich schulde. Sie prüfte jedoch die von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen im Betrag von Fr. 18'899.95 gemäss deren Rechnung vom 22. August 2005 (bekl. act. 1). Sie kam zum Schluss, die Ansprüche der Beklagten seien, soweit sie die Drucksachen und das Belichten von Filmen zum Gegenstand hätten, unbeachtlich, da diese Positionen nicht die Klägerin, sondern die Firma X-Druck-GmbH betreffen. In Bezug auf die Position "Felgenreparatur" von Fr. 500.- führt die Vorinstanz aus, diese Schadenersatzposition könne nicht berücksichtigt werden, da Herr X persönlich, und nicht die Klägerin eingeklagt werden müsste. Sie hiess hingegen die Forderung der Beklagten für die Raummiete "Lettershop" für die Monate Mai bis Juli 2005 im Betrag von Fr. 150.- gut. Ebenso wurde die Schadenersatzforderung der Beklagten von Fr. 4'000.- wegen den mangelhaften Arbeiten der Klägerin bei der Ausführung des X-Journals zur Verrechnung zugelassen. Die Schadenersatzforderung der Beklagten betreffend "Markt-Info" von Fr. 1'000.- wies sie indessen ab, da unklar sei, ob die betreffenden Arbeiten von der Klägerin oder von der X-Druck-GmbH ausgeführt worden seien. Nicht zugelassen wurde ferner die Schadenersatzforderung der Beklagten im Zusammenhang mit dem Verlust eines Grosskunden. Die Beklagte habe es, so die Vorinstanz, unterlassen, den ihr dadurch entstandenen Schaden



nachzuweisen. Die Gerichtskosten von Fr. 1280.- (Entscheidgebühr Fr. 1'200.- und Zeugenentschädigung Fr. 80.-) wurden zu 4/9 der Klägerin und zu 5/9 der Beklagten auferlegt. Die Beklagte wurde zudem verpflichtet, die Klägerin mit Fr. 40.- zu entschädigen (Urteil, 2 ff.).

3. Gegen diesen Entscheid reichte die Beklagte fristgerecht Berufung ein mit dem Begehren, ihre Schadenersatzforderung betreffend den Verlust eines Grosskunden sei gutzuheissen. Die Klägerin beantragt sinngemäss die Abweisung der Berufung. Am 14. Juli 2006 reichte die Beklagte eine nachträgliche Eingabe ein.

II.

1. Am 7. Juli 2006, Postaufgabe 6. Juli 2006, ging beim Kantonsgericht eine Eingabe der Klägerin mit dem Titel "Anschlussberufung" ein. Aus den Ausführungen ergibt sich jedoch, dass es sich dabei um die Berufungsantwort handelt (vgl. auch Schreiben Kantonsgericht vom 7. Juli 2006): Es wird darin lediglich zur Berufungsschrift der Beklagten Stellung genommen; die von der Vorinstanz gutgeheissenen Verrechnungsforderungen der Beklagten werden nicht angefochten. Sinngemäss beantragt die Klägerin die Abweisung der Berufung. Damit entspricht der Streitwert im Berufungsverfahren dem von der Vorinstanz geschützten Klagebetrag, d.h. Fr. 5'270.50 (Urteil, 8).

2. Am 14. Juli 2006 reichte die Beklagte eine nachträgliche Eingabe ein. Da die Klägerin dieser Eingabe nicht ausdrücklich zustimmt, ist deren Zulässigkeit zu prüfen (Art. 164 Abs. 3 ZPO). Die Ziffern 1 bis 3 und die Ziffer 5 der Berufungsantwort enthalten neue Vorbringen, nämlich Ausführungen betreffend das Nichtbestehen eines Konkurrenzverbotes zwischen der Beklagten und Herrn A (Ziff. 1), betreffend den Grund für die Gründung der Klägerin (Ziff. 2), betreffend Herrn F (Ziff. 3) und betreffend die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der C-AG (Ziff. 5). Die Beklagte ist berechtigt, hierzu in einer nachträglichen Eingabe Stellung zu nehmen. Die Punkte 1 bis 3 und der Punkt 5 der nachträglichen Eingabe der Beklagten sind daher zuzulassen. Ziffer 4 der Berufungsantwort enthält indessen keine neuen Vorbringen: Die Beteiligung



von Herr B an der Klägerin ist bereits vor Vorinstanz thematisiert worden (vgl. Klageantwort, 1). Des Weiteren ist die Frage der Berechtigung, einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, rechtlicher Art und berechtigt nicht zu einer nachträglichen Eingabe. Punkt 4 der nachträglichen Eingabe der Beklagten kann daher nicht berücksichtigt werden.

3. Die Berufungsschrift enthält kein eigentliches Begehren. Es ist aber davon auszugehen, dass die Beklagte mit der Berufung beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Die Beklagte äussert sich in der Berufungsschrift nur zu der von ihr geltend gemachten und von der Vorinstanz abgewiesenen Verrechnungsforderung betreffend den Verlust eines Grosskunden. Die Berufung bewirkt jedoch eine Neuurteilung der Streitsache. In diese sind nicht nur die zweitinstanzlichen Vorbringen und Beweisabnahmen einzubeziehen, sondern auch alles, was in der ersten Instanz vorgebracht und an Beweisen abgenommen worden ist (Art. 227 Abs. 1 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 1a zu Art. 227 ZPO). Die Streitpunkte, bei denen die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren unterlegen ist und bei denen in der Berufungsschrift eine tatsächliche Begründung fehlt, sind damit aufgrund der erstinstanzlichen Vorbringen zu prüfen (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 3 zu Art. 230 ZPO).

III.

1. Die Klägerin bringt vor, sie habe für die Beklagte Arbeiten im Zusammenhang mit der Datenaufbereitung für den Satz, Druckerarbeiten sowie "Lettershop-Arbeiten" ausgeführt. Offen seien noch Rechnungen im Betrag von Fr. 9'420.50. Die Beklagte habe die offenen Schuldbeträge nicht bestritten (Klage; kläg. act. 3 bis 6). Die Beklagte macht geltend, sie hätte von ihren Kunden zahlreiche Reklamationen erhalten wegen der von der Klägerin schlechten Arbeitsausführung. Die ihr von der Klägerin verursachten Schäden habe sie der Klägerin in Rechnung gestellt. Durch das Verhalten der Klägerin habe sie zudem einen Grosskunden verloren. Herr A habe die Daten, die er in ihrem Auftrag erstellt habe, als sein persönliches Geistiges Eigentum bezeichnet.



Da sie keinen Zugriff auf diese Daten gehabt habe, habe sich dieser Kunde von ihr abgewandt. Die Retention der Daten sei nicht gerechtfertigt (Klageantwort; Berufung).

2. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in Bezug auf die Arbeiten gemäss der Rechnung vom 17. Juni 2005 (kläg. act. 3) sowie gemäss den drei Rechnungen vom 12. Juli 2005 (kläg. act. 4 bis 6) ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin geforderten Betrag nicht (Urteil, 2 Ziff. 2). Damit ist der ihr von der Klägerin in Rechnung gestellte Betrag von Fr. 9'420.50 grundsätzlich geschuldet. Die Beklagte macht aber verschiedene Verrechnungsforderungen geltend, und zwar Forderungen von insgesamt Fr. 18'899.95 gemäss Rechnung Nr. 405 vom 22. August 2005 (bekl. act. 1) sowie eine Schadenersatzforderung für den Verlust eines Grosskunden (Klageantwort; Berufung). Im Folgenden sind diese Forderungen der Beklagten zu prüfen.

a) Die Vorinstanz hat, wie erwähnt, die Verrechnungsposition der Beklagten "Schadenersatz X-Journal Mai Ausgabe" im geltend gemachten Betrag von Fr. 4'000.- gutgeheissen (bekl. act. 1, 2; Urteil, 5 f. Ziff. 2 b cc). Da die Klägerin keine Anschlussberufung erhoben hat, ist diese Verrechnungsforderung im Berufungsverfahren nicht mehr zu prüfen.

b) Die Verrechnungsposition "Raummiete Lettershop" schützte die Vorinstanz im Umfang von Fr. 150.-, entsprechend den Mietzinsen für Mai bis Juli 2005 à Fr. 50.- pro Monat (Urteil, 4 Ziff. 2 b bb). Im vorinstanzlichen Verfahren hatte die Beklagte für die Raummiete Lettershop Fr. 800.- geltend gemacht, nämlich die Mietzinsen für Mai bis August à Fr. 200.- pro Monat (bekl. act. 1, 2). Anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz anerkannte Herr B von der Beklagten, dass der Mietzins Fr. 50.- pro Monat betragen habe (Urteil, 4 Ziff. 2 b bb). Es ist damit von diesem Betrag auszugehen. Die Beklagte hat zudem nicht nachgewiesen, dass die Klägerin den Raum auch im Monat August 2005 benützte: Aus den im Recht liegenden Rechnungen der Klägerin geht hervor, dass diese der Beklagten am 12. Juli 2005 die letzten Arbeiten lieferte (kläg. act. 2 bis 6). Die Beklagte behauptet denn auch nicht, dass die Klägerin nach diesem Zeitpunkt für sie noch Arbeiten ausgeführt hätte. Demnach ist, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, für die Raummiete eine Forderung der Beklagten von Fr. 150.- zu schützen.



c) Die Vorinstanz wies die Forderung der Beklagten für Drucksachen und das Belichten von Filmen ab. Sie erwog, der von der Beklagten dafür in Rechnung gestellte Betrag könne nicht geschützt werden, da diese Forderung nicht die Klägerin, sondern die X-Druck-GmbH betreffe (Urteil, 3 f. Ziff. 2 a). Die in der Rechnung Nr. 405 vom 22. August 2005 unter dem Titel "Diverse Drucksachen" aufgeführten Positionen im Gesamtbetrag von Fr. 11'265.- (bekl. act. 1, 1) entsprechen denjenigen im Angebot der Beklagten vom 28. Februar 2005 (kläg. act. 7). Da dieses Angebot an die X-Druck-GmbH adressiert war, ist zu folgern, dass diese Firma, und nicht die Klägerin, mit den strittigen Arbeiten beauftragt war. Die Klägerin ist daher nicht passiv legitimiert. Das Urteil der Vorinstanz ist in diesem Punkt zu bestätigen.

d) Die Vorinstanz hat ferner die Forderung der Beklagten für die "Felgen Reparatur" von Fr. 500.- abgewiesen. Gemäss dem erstinstanzlichen Urteil erlitt Herr A bei einer Fahrt mit einem Fahrzeug der Beklagten einen Unfall, bei dem die Felgen des Fahrzeugs beschädigt wurden. Die Vorinstanz wies die Forderung ab, da nicht nachgewiesen sei, dass die Fahrt im Zusammenhang mit geschäftlichen Verrichtungen der Klägerin stattgefunden habe (Urteil, 4 Ziff. 2 b aa). Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass die Klägerin für diesen Schaden einzustehen hätte. Die Vorinstanz hat daher die Forderung zu Recht abgewiesen.

e) In Bezug auf die Schadenersatzforderung der Beklagten "Markt Info" von Fr. 1'000.- (bekl. act. 1, 2) führt die Vorinstanz aus, da offen geblieben sei, ob die betreffenden Arbeiten von der Klägerin oder von der X-Druck-GmbH ausgeführt worden seien, könne diese Verrechnungsforderung nicht zugelassen werden (Urteil, 6 Ziff. 2 b bb [recte: dd]). Aufgrund der von der Klägerin eingereichten Rechnungen (kläg. act. 2 bis 6) ergibt sich nicht, dass die Klägerin in der Sache "Markt Info" für die Beklagte Arbeiten erledigt hätte. Auch aus kläg. act. 7 mit dem Titel "Rechnung Nr. 02" kann nicht entnommen werden, dass die Klägerin für die Beklagte in der Sache "Markt Info" tätig gewesen wäre: Bei dieser Urkunde handelt es sich um eine Kopie eines Angebots der Beklagten an die X-Druck-GmbH vom 28. Februar 2005. Seite 1 enthält eine Liste von Drucksachen mit Preisen. Auf Seite 2 sind Forderungen der Beklagten aufgeführt, namentlich ist darin die Position "Markt Info CHF. 500.00" enthalten. Auf den Seiten 2



bis 4 sind sodann Forderungen von Herrn A aufgelistet; bei den Arbeitsstunden Druckvorstufe wird die Angelegenheit "Marktinfo" erwähnt. Diese "Rechnung" ist jedoch an die X-Druck-GmbH adressiert. Es steht damit nicht fest, dass die Klägerin in der Sache "Markt Info" beauftragt gewesen wäre. Auch in diesem Punkt ist das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

f) Schliesslich ist die Schadenersatzforderung der Beklagten betreffend den Verlust eines Grosskunden zu beurteilen. Die Beklagte macht geltend, Herr A habe die Daten, die er in ihrem Auftrag für sie erstellt habe, als sein persönliches Geistiges Eigentum bezeichnet. Da sie keinen Zugriff auf diesen Daten gehabt habe, habe sich ein grosser Kunde von ihr abgewandt (Klageantwort). Die Retention der Daten durch die Klägerin sei nicht gerechtfertigt gewesen (Berufung; vgl. auch Eingabe der Beklagten vom 14. November 2005 Ziff. 2 und Ziff. 4). Die Klägerin bringt vor, es habe nie ein Konkurrenzverbot zwischen der Beklagten und Herrn A gegeben. Ihre Gründung am 21. April 2005 sei erfolgt, unter anderem um die Druckvorstufe des X-Journals über sie, und nicht mehr über die Beklagte, laufen zu lassen. Die C-AG sei auf sie zugekommen, um die Druckvorstufe für das X-Journal durch sie zu erledigen (Berufungsantwort).

aa) Die Beklagte weist darauf hin, Herr E von der C-AG habe trotz der Vereinbarung vom 16. Juni 2005 mit ihr, der Klägerin das X-Journal in Auftrag gegeben (Berufung; nachträgliche Eingabe der Beklagten vom 14. Juli 2006 Ziff. 1). Am 16./20. Juni 2005 schlossen die Beklagte und die C-AG eine Vereinbarung, wonach sich die C-AG verpflichtete, falls sich die Beklagte und Herr A trennen sollten, das X-Journal während der Dauer eines Jahres ab Unterzeichnung nicht von Herrn A produzieren zu lassen. Im Gegenzug erklärte sich die Beklagte mit allen im Schreiben der C-AG vom 9. Juni 2005 festgehaltenen Punkten einverstanden (bekl. act. 11). Eine allfällige Verletzung dieser Vereinbarung durch die C-AG ist nicht in diesem Verfahren zu prüfen. Die C-AG ist in diesem Verfahren nicht beteiligt.

bb) Die Klägerin ist der Ansicht, es sei zu berücksichtigen, dass ihre Gründungsteilnehmer Herr A sowie Herr B gewesen seien. Ein rechtswidriges Verhalten gegenüber der Beklagten sei nicht ersichtlich. Man könne keinen Schadenersatzanspruch gegenüber einer Firma geltend machen, in der man selber Gesellschafter sei (Berufungsantwort Ziff. 2 und Ziff. 4). Sowohl die Klägerin als auch



St.Galler Gerichte

die Beklagte sind eine GmbH und somit juristische Personen (Art. 783 OR). Im vorliegenden Verfahren ist zu prüfen, ob der Beklagten gegenüber der Klägerin die strittige Schadenersatzforderung zusteht. Ohne Belang ist, dass Herr B sowohl Gesellschafter der Klägerin als auch Gesellschafter der Beklagten ist.

cc) Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in Bezug auf das X-Journal ist als Werkvertrag zu qualifizieren (vgl. auch Urteil, 5). Im Folgenden ist zu prüfen, welche Eigenschaft den Daten und Unterlagen, welche die Beklagte der Klägerin in diesem Zusammenhang übergeben hat, zukommt. Die Beklagte führt aus, sie habe der Klägerin den Auftrag erteilt, Inserate für das X-Journal anzupassen oder umzubauen. Es habe sich um eine Mutation eines bestehenden Designs, Logos, Inserat etc. gehandelt (Eingabe der Beklagten vom 14. November 2005, 1). Diese Darstellung der Beklagten wird durch die von der Klägerin ausgestellten Rechnungen bestätigt. Danach führte die Klägerin für das X-Journal insbesondere die folgenden Arbeiten aus: Diverse Inserate neu gestalten, neu absetzen, Bilder scannen, bestehende Inserate ändern, Datenübernahme wie auch Datenverarbeitung (kläg. act. 3 und 5). Es handelte sich dabei um Arbeiten in der Druckvorstufe (Klageantwort Ziff. 3; Berufungsantwort Ziff. 2). Nach Erledigung dieser Arbeiten übermittelte die Klägerin die Daten und Unterlagen der Beklagten, welche alsdann einer Druckerei den Druckauftrag erteilte (vi-act. 14, 7).

Werkstoff ist Material, aus dem ein Werk erstellt wird und das im Werk verbleibt (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Nr. 66). Der Werkstoff kann vom Unternehmer oder vom Besteller geliefert werden. Beim Verarbeitungsvertrag stellt der Unternehmer ein Werk aus vom Besteller geliefertem Stoff her. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Schneider ein Kleid aus vom Besteller geliefertem Tuch anfertigt oder wenn ein Fotogeschäft einen Film seines Kunden entwickelt (THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 35 zu Art. 365 OR). Ein körperliches Werk kann auch das Ergebnis von Arbeiten an einer vorhandenen Sache sein. So kann sich der Unternehmer im Werkvertrag verpflichten, eine bei Vertragsabschluss bereits bestehende Sache zu befestigen, zu erhalten oder zu verändern (z.B. Montage-, Reparatur-, Reinigungs-, Erneuerungs-, Umgestaltungs- oder Abbrucharbeiten; PETER GAUCH, a.a.O., Nr. 28). Sachen, die dem Unternehmer zur Bearbeitung übergeben werden, sind kein Werkstoff, sondern Werkgegenstände (PETER GAUCH, a.a.O., Nr. 73; THEODOR BÜHLER, a.a.O., N 34 zu Art. 365 OR; anders BGE 113 II 422 = Praxis 1988 405). Der



von den Parteien abgeschlossene Vertrag kann als Bearbeitungsvertrag betrachtet werden. Die der Klägerin übergebenen Daten und Unterlagen stellen daher nicht Werkstoff dar. Die Frage, ob das Vertragsverhältnis als Bearbeitungs- oder aber als Verarbeitungsvertrag zu qualifizieren ist, kann aber letztlich offen bleiben, denn das Bundesgericht und ihm folgend die Doktrin wendet den Stoffbegriff von Art. 365 Abs. 2 OR sinngemäss auch auf Sachen an, die dem Unternehmer zur Veränderung oder Erhaltung übergeben werden (BGE 113 II 422 = Praxis 1988 405; THEODOR BÜHLER, a.a.O., N 34 zu Art. 365 OR; PETER GAUCH, a.a.O., Nr. 73; ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 35 ff. zu Art. 365 OR; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 4 zu Art. 365 OR).

dd) Gemäss Art. 365 Abs. 2 OR hat der Unternehmer den vom Besteller gelieferten Stoff mit aller Sorgfalt zu behandeln, über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen und einen allfälligen Rest dem Besteller zurückzugeben (vgl. auch THEODOR BÜHLER, a.a.O., N 46 zu Art. 365 OR). Wie dargelegt, hat die Beklagte der Klägerin Daten und Unterlagen übergeben, welche diese zu bearbeiten hatte. Bis Juli 2005 führte die Klägerin die Arbeiten für das X-Journal vertragsgemäss aus (vgl. Klageantwort Ziff. 3). Für die Juli Ausgabe des Journals stellte die Beklagte der C-AG denn auch am 21. Juli 2005 Rechnung (bekl. act. 10). Für die August-Ausgabe des Journals befindet sich bei den Akten weder eine Rechnung der Klägerin an die Beklagte noch eine Rechnung der Beklagten an die C-AG. Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin die Arbeiten für die August-Ausgabe des Journals nicht mehr für die Beklagte ausführte. Herr E von der C-AG erklärte bei seiner Zeugeneinvernahme, sie seien im Unklaren gewesen, ob das Journal gedruckt werde oder nicht. Herr B habe ihr Journal plötzlich nicht mehr drucken können, worauf die Beziehung beendet worden sei (vi-act. 14, 5). Herr B habe ihm mitgeteilt, dass er die Unterlagen zum Druck des Journals von Herrn A nicht erhalte. Herr A habe sich in der Folge mit ihm in Verbindung gesetzt, um nachzufragen, ob er den Satz für diese Ausgabe des Journals machen dürfe. Da Herr A bereits im Besitz aller Unterlagen gewesen sei, habe er eingewilligt. Ihm sei wichtig gewesen, dass das X-Journal erscheine (vi-act. 14, 6 f.). Damit steht fest, dass die Klägerin der Beklagten die Daten und Unterlagen für das Journal nicht herausgegeben hat.

Die Klägerin macht nicht geltend, sie sei berechtigt gewesen, die strittigen Daten und Unterlagen zurückzubehalten. Namentlich beruft sie sich nicht auf das



Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR. Ein allfälliges Zurückbehaltungsrecht wäre durch Einrede auszuüben (vgl. URS LEU, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 82 OR). Die Klägerin bringt zu diesem Punkt lediglich vor, es gäbe zwischen der Beklagten und Herrn A kein Konkurrenzverbot (Berufungsantwort Ziff. 1). Damit stellt das Zurückbehalten der Daten und Unterlagen des X-Journals durch die Klägerin eine Pflichtverletzung dar. In der Vereinbarung vom 16./20. Juni 2005 verpflichtete sich die C-AG, das Journal bis Juni 2006 von der Beklagten herstellen zu lassen (bekl. act. 5). Da die von der Klägerin zu erbringende Leistung - die Rückgabe der Daten und Unterlagen für die Ausgaben August 2005 bis Juni 2006 an die Beklagte - nicht mehr erbracht werden kann, liegt Nichterfüllung vor (vgl. WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 97 OR).

ee) Verletzt der Unternehmer die ihm aus Art. 365 Abs. 2 OR aufgetragenen Pflichten, so wird er gegenüber dem Besteller schadenersatzpflichtig gemäss Art. 97 ff. OR. Sein Verschulden wird vermutet, "sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt" (THEODOR BÜHLER, a.a.O., N 47 zu Art. 365 OR; ALFRED KOLLER, a.a.O., N 39 zu Art. 365 OR). Gestützt auf die erwähnte Vereinbarung ist anzunehmen, dass die C-AG das Journal bis Juni 2006 bei der Beklagten hätte produzieren lassen, wenn die Beklagte von der Klägerin die Daten und Unterlagen zurückerhalten hätte (bekl. act. 5). Es darf damit als erwiesen betrachtet werden, dass die Beklagte durch das Verhalten der Klägerin - Retention der Daten und Unterlagen - einen grossen Kunden verloren hat. Dadurch ist der Beklagten adäquat kausal ein Schaden entstanden. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beklagte ihren Schaden rechtsgenügend nachgewiesen hat.

Mit der Berufungsschrift gab die Beklagte, um ihren Schaden zu beweisen, fünf Rechnungen zu den Akten (bekl. act. 6 bis 10). Sie führt aus, in den Monaten April bis Juli 2005 habe ihr Umsatz Fr. 48'417.95 betragen. Somit ergäbe sich ein Schaden von durchschnittlich ca. Fr. 12'000.- pro Monat; hochgerechnet auf ein Jahr demnach eine Umsatzeinbusse von ca. Fr. 144'000.- (Berufung). Die Rechnung Nr. 0327 vom 14. April 2005 betrifft die Broschüre "Markt Info" (bekl. act. 7). Wie dargelegt, ist nicht erstellt, dass sich die Klägerin mit der Sache "Markt Info" befasst hat (vgl. Ziff. III. 2 e). Diese Rechnung kann daher nicht berücksichtigt werden. In Bezug auf die Rechnungen betreffend das X-Journal (bekl. act. 6 und 8 bis 10) ergibt sich folgendes: Ein Schaden



kann namentlich im entgangenen Gewinn bestehen. Der entgangene Gewinn entspricht jedoch nicht dem entgangenen Umsatz. So stellte die Beklagte der C-AG für die Ausgaben Juni und Juli 2005 des X-Journals Fr. 11'678.- (bekl. act. 9) bzw. Fr. 10'557.45 (bekl. act. 10) in Rechnung. Gleichzeitig verrechnete aber die Klägerin der Beklagten für diese Ausgaben Fr. 3'632.90 (kläg. act. 3) bzw. Fr. 2'911.30 (kläg. act. 5). Zudem hatte die Beklagte Auslagen für den Druck (vgl. vi-act. 14, 7; Eingabe der Klägerin vom 24. Februar 2006 Punkt 11). Ferner ist davon auszugehen, dass auch bei der Beklagten im Zusammenhang mit der Herstellung des Journals gewisse Kosten angefallen sind. Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, wie hoch der der Beklagten entgangene Gewinn ist.

Weder in der Berufung noch in der nachträglichen Eingabe vom 14. Juli 2006 stellt die Beklagte einen Beweisantrag betreffend den entgangenen Gewinn. Im Urteil der Vorinstanz ist festgehalten, Herr B habe es unterlassen, irgendwelche Unterlagen einzureichen, welche es ermöglicht hätten, diese Umsatzeinbusse und den damit verbundenen Verlust zu überprüfen (Urteil, 7). Die Beklagte wird durch deren Gesellschafter und Geschäftsführer Herr B vertreten. Nicht auszuschliessen ist, dass Herr B aus dieser Erwägung im vorinstanzlichen Urteil folgerte, er habe lediglich den Umsatz nachzuweisen. In der Berufung führt die Beklagte zudem aus, die Vorinstanz habe sie nicht darauf aufmerksam gemacht, die nötigen Unterlagen zuzusenden. Es rechtfertigte sich daher grundsätzlich, gemäss Art. 93 Abs. 3 ZPO von Amtes wegen Beweismittel zur Ermittlung des entgangenen Gewinns heranzuziehen (vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 8b zu Art. 93 ZPO). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass lediglich noch Fr. 5'270.50 strittig sind (Urteil, 8). Wird von einem Umsatzausfall von Fr. 10'000.- pro Monat (bekl. act. 6 und 8 bis 10) bzw. von Fr. 110'000.- für 11 Monate (August 2005 bis Juni 2006; bekl. act. 5) ausgegangen, so entsprechen die noch strittigen Fr. 5'270.50 4,79% des geltend gemachten Umsatzausfalls. Unter diesen Umständen ist - aus Gründen der Verhältnismässigkeit - auf das Einholen einer Expertise zu verzichten und der Schaden bzw. der entgangene Gewinn in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen, und zwar auf den noch streitigen Betrag von Fr. 5'270.50 in der Annahme, die Gewinnmarge der Beklagten betrage mindestens 4,79%.



g) Lässt man nach dem Gesagten auch diese Schadensposition von Fr. 5'270.50 noch zur Verrechnung mit der restlichen klägerischen Forderung von Fr. 5'270.50 gemäss erstinstanzlichem Urteil zu, so führt dies - in Gutheissung der Berufung - zur Abweisung der Klage.

....