



Fall-Nr.:	BZ.2008.22
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	18.09.2008
Entscheiddatum:	18.09.2008

Entscheid Kantonsgericht, 18.09.2008

Art. 20 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, Art. 29, Art. 163 OR (SR 220). Beurteilung des offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bei einem Vertrag mit wesentlichen Merkmalen eines aussergerichtlichen Vergleichs. Irrtumsanfechtung eines solchen Vertrags. Schwelle für die Leichtsinnigkeit. Vorliegend keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch eine Abrede die Beweislast betreffend. Berücksichtigung des nachträglichen Verhaltens des angeblich Bedrohten bei der Frage, ob eine Drohung bei ihm kausal eine Furcht bewirkt habe. Keine Übermässigkeit der Konventionalstrafe (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 18. September 2008, BZ.2008.22).

Erwägungen

I.

1.1 Der Kläger und die Beklagte, welche gemäss Handelsregister den Handel mit Spezial- und Präzisionswerkzeugen für die Maschinenindustrie sowie den Betrieb einer Serviceabteilung bezweckt, unterzeichneten am 27. Januar 2005 einen mit "Anstellungsvertrag für Büro- und Verkaufspersonal" überschriebenen unbefristeten Arbeitsvertrag (kläg. act. 1). Für die Beklagte unterzeichnete Bb, Präsidentin des Verwaltungsrats, den Arbeitsvertrag. Als Arbeitsbeginn wurde der 1. Mai 2005 vereinbart. Die Stellung des Klägers wurde mit "Kundenberater" beschrieben. Als Aufgabenbereich hält der Arbeitsvertrag fest, der Kläger sei für die Kundenbetreuung und Besuche vor allem in den PLZ Gebieten 7, 8 und 9 verantwortlich. Als Salär vereinbarten die Parteien "Fr. 6'800.- Mt. inkl. 13."; Spesen sollten nach effektiven



Ausgaben ersetzt werden. Die gemäss Ziff. 2 des Arbeitsvertrags separat erstellte Arbeitsplatzbeschreibung liegt nicht im Recht.

1.2 Vor seiner Tätigkeit bei der Beklagten war der Kläger bei der E-AG tätig (Klage, 4 unten). Diese ist gemäss Handelsregister im Bereich Fabrikation und Verkauf von Werkzeugen, Maschinen, Apparaten und Hilfsstoffen, insbesondere der eingetragenen Marke E, für die Metall-, Kunststoff- und Holzbearbeitung, aktiv.

1.3 Seit der Handelsregistereintragung der Einzelunternehmung A am 14. Januar 2004 hatte der Kläger für diese Einzelunterschrift. Die Anschrift der A ist mit der Adresse des Klägers (und seiner Frau Ab) identisch. Zweck der A ist gemäss Handelsregistereintrag "Industrieberatung, 'Z' Marketing und Verkauf, Arbeitsprozesse optimieren und Engineering". Am 11. Juni 2008 wurde die A im Handelsregister des Kantons St. Gallen zufolge Sitzverlegung in einen andern Kanton gelöscht und im Handelsregister der Kantons Tessin eingetragen.

2.1 Der Kläger hat während der Dauer seines Arbeitsvertrags mit der Klägerin unbestritten für die A mit Kunden der Beklagten verschiedene Geschäfte abgewickelt (vgl. Klageantwort, 12 ff.; Replik und Widerklageantwort, S. 8 ff.; Berufung, 5 ff.). Der Kläger selber bezeichnet den so erzielten Umsatz auf Fr. 8'025.95, die Bruttogewinnmarge auf Fr. 1'351.68 (Berufung, 8 f.).

2.2 Gb von der G-AG nahm eine Rüge die vom Kläger besorgten Gewindeschneidfutter betreffend zum Anlass, der Beklagten Mitteilung zu machen, dass eine Konkurrenzierung vorliege (Klage, 6 Mitte).

2.3 Die Parteien trafen sich darauf am 6. Dezember 2006 bei der Beklagten für eine Besprechung (Klageantwort, 20 Ziff. 2.4; Replik und Widerklageantwort, 13 unten). Sie unterzeichneten eine "Vereinbarung (...) betreffend arbeitsvertraglicher Pflichtverletzung" (kläg. act. 9). Für die Beklagte unterzeichneten Bb und Bc. Die Parteien hielten unter lit. B insbesondere fest, es habe sich herausgestellt, dass der Kläger während der Arbeitszeit gewisse Artikel nicht auf Rechnung der Beklagten, sondern der A verkauft habe. Nach lit. C anerkannte der Kläger, dass es sich dabei um eine absichtliche Pflichtverletzung gegenüber der Beklagten gehandelt habe. Unter



St.Galler Gerichte

lit. D erklärte sich die Beklagte bereit, unter gewissen Bedingungen auf eine fristlose Kündigung und die Einleitung strafrechtlicher Schritte zu verzichten. Ziff. 2 und 3 der Vereinbarung lauten alsdann:

2. Zur Feststellung der genauen Schadenssumme legt Aa [= der Kläger] den gesamten Umsatz, den er während der Beschäftigungsdauer bei der B-AG [=die Beklagte] für sich selbst, für die "A" oder für eine andere Gesellschaft getätigt hat, offen. Er erstellt dazu eine Liste, die er unterzeichnet. Diese Liste enthält die getätigten Umsätze sowie die jeweiligen Kunden.

Weiter legt Aa sämtliche Geschäftsunterlagen der "A" inklusive aller Steuerunterlagen, die die Zeit betrifft, in der er bei der Firma B-AG beschäftigt ist, offen. Dies bedeutet, dass er diese Unterlagen im Original zur Einsicht oder in Kopie der B-AG abgibt. Aa bestätigt, dass er berechtigt ist, diese Unterlagen offenzulegen.

Sollten die Angaben von Aa unglaubwürdig sein, hat die B-AG das Recht, einseitig von dieser Vereinbarung zurückzutreten.

3. Der Schaden den die B-AG erlitten hat, wird hier pauschal auf 60% des gesamten Fremdumsatzes festgelegt. Wenn Aa seine Pflichten gemäss Ziff. 2 nicht einhält (Erstellung der Liste, Offenlegung der Akten), und damit die Schadenssumme nicht beziffert werden kann, wird eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.00, zahlbar von Aa an die Firma B-AG, vereinbart.

Noch am selben Tag überbrachte der Kläger der Beklagten eine Anzahl Belege (bekl. act. 5-19; Klageantwort, 21 Mitte). Seinen Verpflichtungen aus der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 kam der Kläger aber nie vollständig nach (umstritten; vgl. S. 12 unten).

2.4 Mit Schreiben vom 22. Dezember 2006 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auf Ende Februar 2007 (kläg. act. 11). Am 8. Januar 2007 fand nochmals eine Besprechung zwischen den Parteien statt, wobei der Kläger diesmal durch seine Ehefrau begleitet wurde (Klageantwort, 21 unten; Replik und Widerklageantwort, 14 Mitte). Die Beklagte übergab dem Kläger dabei eine Zusammenstellung der ihrer Ansicht nach noch offenen Forderungen des Klägers in der



Höhe von Fr. 17'626.80 (bekl. act. 25) und erklärte Verrechnung mit der pauschal vereinbarten Schadenersatzforderung gemäss der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 (Klageantwort, 21 f.). Der Kläger legte seinerseits ein Papier über eine mögliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien vor (bekl. act. 26; Replik und Widerklageantwort, 15 Mitte). Der Kläger wurde alsdann freigestellt (kläg. act. 12).

2.5 Der Kläger hatte noch verschiedene im Eigentum der Beklagten stehende Gegenstände in seinem Besitz und machte daran ein Retentionsrecht für seine Lohnforderung geltend. Damit der Kläger die Gegenstände herausgeben konnte, ohne die Sicherheit für seine behauptete Forderung zu verlieren, schlossen die Parteien sowie H am 2./3. April 2007 einen mit "Escrow-Vereinbarung" überschriebenen Vertrag (bekl. act. 2). Die Beklagte verpflichtete sich dabei, Fr. 21'000.- auf ein Treuhandkonto von H zu überweisen, der Kläger verpflichtete sich, daraufhin der Beklagten die Gegenstände herauszugeben und H verpflichtete sich, die Fr. 21'000.- nur unter bestimmten Bedingungen ganz oder teilweise an die eine oder andere Partei auszusahlen.

3.1 Mit Klage vom 28. Juni 2007 machte der Kläger die Streitsache beim Arbeitsgericht anhängig (vi-act. 1). Die Klage lautete auf den Betrag von Fr. 30'000.- und stellte eine Teilklage dar. Mit Klageantwort vom 17. August 2007 (vi-act. 7) beantragte die Beklagte, die Klage sei abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne. Ausserdem erhob sie widerklageweise eine negative Feststellungsklage und beantragte, es sei festzustellen, dass dem Kläger aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten keine Provisionsansprüche zuständen. Mit Replik und Widerklageantwort vom 13. November 2007 (vi-act. 14) beantragte der Kläger, die Widerklage sei abzuweisen. Im Übrigen hielt er im Wesentlichen an seinen Ausführungen in der Klage fest. Mit Duplik vom 7. Dezember 2007 (vi-act. 20) hielt die Beklagte im Wesentlichen an ihren Ausführungen in der Klageantwort fest. Auf eine Widerklagereplik verzichtete sie, weshalb auch die Widerklageduplik entfiel.

3.2 Die Hauptverhandlung vor der Vorinstanz fand am 16. Januar 2008 statt (vi-act. 17). An dieser änderte der Kläger sein Rechtsbegehren dahingehend, dass er auf die mit der Klage noch geltend gemachten Provisionsansprüche und das Nachklagerecht verzichtete. Der Forderungsbetrag verringerte sich dadurch auf Fr. 20'586.13 nebst



Zins zu 5 % seit 1. Januar 2007. Infolgedessen zog die Beklagte ihre Widerklage zurück (Urteil, 4 f. Ziff. 5, 8 Ziff. 2). Das Arbeitsgericht schrieb in der Folge die Widerklage zufolge Rückzugs als erledigt ab. Auf die Leistungsklage die Herausgabe eines Teils der Escrow-Summe betreffend trat die Vorinstanz mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein (Urteil, 7 unten), wohl aber auf die Forderungsklage (Urteil, 5 f. Ziff. 1a/aa). Das Arbeitsgericht bejahte einen Anspruch des Klägers in der Höhe von Fr. 19'009.13 (Urteil, 9), gleichzeitig aber auch eine ohne Beschränkung verrechenbare Gegenforderung der Beklagten in einem die klägerische Forderung übersteigenden Ausmass, weshalb es die Klage abwies (Urteil, 17 lit. e). Das Urteil wurde am 29. Januar 2008 an die Parteien versandt (Urteil, 18) und ging dem Kläger am 30. Januar 2008 zu (vi-act. 25).

3.3 Mit Berufung vom 26. Februar 2008 (Postaufgabe am 29. Februar 2008 [act. B2 und B3]) erhob der Kläger Berufung ans Kantonsgericht (act. B1). Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufungsantwort vom 17. April 2008, die Berufung sei abzuweisen (act. B8). Ein zweiter Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung wurde nicht durchgeführt (GVP 2005 Nr. 67).

II.

1. Wie gesehen hat die Beklagte an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ihre Widerklage zurückgezogen. Entsprechend hat die Vorinstanz die Widerklage als erledigt abgeschrieben. Wenn nun der Kläger in Ziff. 3 seines Rechtsbegehrens die Abweisung der Widerklage verlangt, mangelt es ihm offensichtlich an einem Rechtsschutzinteresse (Art. 63 ZPO). Auf Ziff. 3 des Rechtsbegehrens des Klägers ist nicht einzutreten (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 63 N 2).

2. Ansonsten ergibt die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. b, 225, 229 ZPO; Art. 82 ff. GerG), dass diese erfüllt sind. Zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 15 lit. d GerO).



Auf die Ziff. 1, 2 und 4 der Berufung ist einzutreten.

III.

1. Ob die Vorinstanz zur Beurteilung des Hauptanspruchs des Klägers (Leistungsklage auf Bezahlung der Fr. 20'586.13 nebst Zins) tatsächlich örtlich zuständig war, kann offen bleiben, da dies vor Kantonsgericht nicht mehr strittig ist und eine Einlassung in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten jedenfalls möglich ist (Art. 10 Abs. 1 GestG i. V. m. Art. 24 Abs. 1 GestG). Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts war durch den Rückzug der negativen Feststellungswiderklage unbestritten gegeben.

2.1 Unstrittig ist, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch von Fr. 19'009.13 hat (Urteil, 9; Berufungsantwort, 23 Ziff. 5.1). Eine Forderung in dieser Höhe hat auch die Vorinstanz dem Kläger zuerkannt (Urteil, 10 oben).

2.2 In seiner Klage vertrat der Kläger die Ansicht, sein diesbezüglicher Anspruch belaufe sich auf Fr. 20'586.13 (Urteil, 9 oben; Klage, 8 lit. bb; vgl. auch kläg. act. 14). Der Kläger vertrat die Ansicht, sein Anspruch "zuviel abgezogen während der Monate September bis November 2006" (es ging offenbar um die Rückzahlung eines Darlehens; vgl. kläg. act. 26) betrage Fr. 2'973.60 (kläg. act. 14; Urteil, 9 oben), während die Beklagte unter dem Titel "Nachzahlung Darlehen nur Fr. 2'929.80 anerkannte (bekl. act. 25; Urteil, 9). Nicht anerkannt hat die Beklagte die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche "Garagen Miete B-AG Fahrzeug" Fr. 1'033.20 und "Inkonvenienzen" Fr. 500.- (kläg. act. 14; Urteil, 9 unten).

Die Vorinstanz hat letztere beiden Ansprüche dem Kläger in der Folge nicht zugesprochen. Einerseits sei fraglich, ob er darauf überhaupt Anspruch habe, andererseits seien diese beiden Forderungen nicht belegt; der Kläger sei seiner Beweislast diesbezüglich nicht nachgekommen (Urteil, 9 unten).

2.3.1 Vor Kantonsgericht hält der Kläger daran fest, sein Anspruch aus zuviel zurückbezahltem Darlehen betrage Fr. 2'973.60 (und nicht wie von der Beklagte zugestanden Fr. 2'929.80). Es habe sich herausgestellt, dass dem Kläger statt



Fr. 6'000.- von der Beklagten Fr. 8'973.60 abgezogen worden seien (Berufung, 14 lit. b). Dem kann nicht gefolgt werden. Den im Recht liegenden Lohnabrechnungen des Klägers vom März bis September 2007 (kläg. act. 27-33) kann entnommen werden, dass dem Kläger monatlich Fr. 991.20 unter dem Titel "Vorauszahlung" abgezogen wurden, gesamthaft sind also Abzüge in der Höhe von Fr. 6'938.40 belegt. Für die Monate Oktober und November 2007 liegen keine Lohnabrechnungen im Recht. Es besteht allerdings kein Grund zu Annahme, dass die Abzüge in diesen Folgemonaten höher ausgefallen wären. Es ist somit davon auszugehen, dass dem Kläger gesamthaft neun Mal Fr. 991.20, gesamthaft Fr. 8'920.80 abgezogen wurden, mithin Fr. 2'920.80 zuviel. Diese sind mit den von der Beklagten anerkannten Fr. 2'929.80 abgedeckt.

2.3.2 Weiter hält der Kläger an seinem Anspruch von Fr. 1'033.20 für Garagenmiete fest. Er beruft sich in diesem Punkt auf die Billigkeit. Es sei angemessen, die verlangte Entschädigung zuzusprechen (Berufung, 14 lit. d). Dem kann nicht gefolgt werden. Ob der Kläger als Retentionsgläubiger von der Beklagten als Retentionsschuldnerin grundsätzlich einen Anspruch auf Auslagenersatz hätte, kann vorliegend offen gelassen werden, da der Kläger infolge Verrechnung ohnehin keine Forderung gegenüber der Beklagten mehr hatte (vgl. nachfolgend E. 3.7) und die Retention somit unberechtigt war. Selbst wenn aber die Retention berechtigt gewesen wäre, wäre dem Kläger vorliegend mangels Nachweis seiner Auslagen kein Ersatz zuzusprechen. Weshalb es billig sein sollte, dem Kläger seine Auslagen zu ersetzen, wird durch diesen nicht weiter begründet und ist auch nicht ersichtlich.

2.3.3 Schliesslich hält der Kläger auch an seinem Anspruch von Fr. 500.- für Umtriebe fest. Dies sei angemessen (Berufung, 14 lit. e). Es ist nicht ersichtlich, worin die vom Kläger geltend gemachten Umtriebe bestanden haben. Falls sie im Zusammenhang mit der Retention der anderen Gegenstände als dem Fahrzeug stehen, kann auf das oben E. 2.3.2 Gesagte verwiesen werden. Jedenfalls sind auch diese Auslagen weder belegt noch auch nur glaubhaft gemacht. Unter diesem Umständen kommt eine Zusprechung der Fr. 500.- nicht in Frage.

2.4 Somit steht fest, dass der Kläger einen Anspruch in der Höhe von Fr. 19'009.13 gegenüber der Beklagten hat. Soweit die Berufung auf die Zusprechung eines höheren Betrags gerichtet ist, erweist sie sich als unbegründet.



3.1 Dieser Forderung des Klägers gegenüber der Beklagten hat letztere eine Gegenforderung in der Höhe von Fr. 30'000.- zur Verrechnung gegenübergestellt (bekl. act. 23, S. 4; Klageantwort, 26 oben). Die Beklagte leitet diese Forderung aus der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 ab (kläg. act. 9). Vor der Vorinstanz brachte der Kläger zu dieser Vereinbarung vor, es handle sich dabei um "einen ausgesprochenen Knebelvertrag, bei welchem auf massive Art und Weise Druck auf den Kläger ausgeübt" worden sei. Es sei "ihm praktisch das Messer an den Hals gesetzt" worden. "Man habe ihm mit der Polizei gedroht, mit der fristlosen Entlassung und mit einer Hausdurchsuchung in Widnau" (Replik und Widerklageantwort, 7 unten). Er berief sich auf die einseitige Unverbindlichkeit wegen Furchterregung (Art. 29 OR; vi-act. 13, S. 2 Mitte; Urteil, 10 lit. aa) und Übervorteilung (Art. 21 OR; Replik und Widerklageantwort, 15 unten).

Die Vorinstanz erwog, bezüglich der Drohung mit der Polizei beziehungsweise rechtlicher Schritte liege keine Furchterregung vor (Urteil, 11 unten), jedenfalls sei der Kläger durch sämtliche Drohungen nicht kausal dazu in Furcht versetzt worden (Urteil, 13 lit. ccc). Ferner verneinte die Vorinstanz eine Übervorteilung; es könne nicht von einem objektiven Missverhältnis der Leistungen ausgegangen werden (Urteil, 14 f. lit. bb), jedenfalls habe es der Kläger unterlassen, ein solches Missverhältnis zu belegen (Urteil, 15). Sodann prüfte die Vorinstanz, ob die Vereinbarung eine unzulässige Beschränkung der Persönlichkeit des Klägers darstelle, was verneint wurde (Urteil, 15 f. lit. cc). Die Vereinbarung sei darum verbindlich und der Kläger schulde der Beklagten daraus Fr. 30'000.-.

3.2.1 In seiner Berufung bringt der Kläger vor, das krasse Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von Art. 21 OR bestehe darin, dass er ohne Grund zugegeben habe, die Beklagte konkurriert zu haben. Durch dieses inhaltlich falsche aussergerichtliche Geständnis habe sich die Beweislast (bezüglich der Konkurrenzierung) umgekehrt. Dazu komme, dass er eine Schuldanererkennung in der Höhe von Fr. 30'000.- unterzeichnet habe, obwohl sich die bestrittene konkurrierende Tätigkeit auf maximal Fr. 1'194.75 belaufen habe (Berufung, 10 lit. b; in Berufung, 13 Ziff. 4 wird dieser Betrag dann mit maximal Fr. 1'351.68 angegeben). Die Vereinbarung sei unter Ausnutzung seines Leichtsinns abgeschlossen worden (Berufung, 11 lit. c).



3.2.2 Der Tatbestand der Übervorteilung setzt kumulativ (i) ein offenes Missverhältnis zwischen den versprochenen Leistungen, (ii) die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Übervorteilten und (iii) die Ausbeutung der daraus resultierenden Übervorteilungsmöglichkeit durch die Gegenseite voraus (Art. 21 OR). Die offenbare inhaltliche Inäquivalenz der Leistungen allein genügt noch nicht, es muss noch ein subjektives, den Willensentschluss beziehungsweise die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigendes Kriterium hinzukommen (Kramer, Berner Kommentar, VI/1/2/1a, Bern 1991, Art. 21 N 5).

3.2.3.1 Um beurteilen zu können, ob zwischen den Leistungen der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 (kläg. act. 9) ein offenes Missverhältnis besteht, sind die beiden Leistungen einander gegenüberzustellen.

Bei der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 handelt es sich um einen Innominatkontrakt. Im Wesentlichen haben die Parteien damit die Situation zu bereinigen versucht, die entstand, als der Verdacht aufkam, der Kläger konkurreiere seine Arbeitgeberin. Mit der Vereinbarung sollte vor allem verhindert werden, dass das Verhältnis zwischen den Parteien eskaliert: weder sollte der Kläger fristlos entlassen werden, noch sollten gegenüber ihm strafrechtliche Schritte unternommen werden, noch sollte ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht die Summe bestimmen, die der Kläger der Beklagten als Schadenersatz zu bezahlen hatte. Für die Bestimmung dieser Summe sieht die Vereinbarung vor, dass der Kläger Akten zu beschaffen und offenzulegen habe und die Summe sodann auf 60 % des Fremdumsatzes festgelegt wird. Falls der Kläger seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, sieht die Vereinbarung vor, dass der Kläger der Beklagten Fr. 30'000.- bezahlen muss. Die Vereinbarung weist nach dem Gesagten wesentliche Merkmale eines (aussergerichtlichen) Vergleichs auf: Die Parteien beseitigen einen Streit oder eine Ungewissheit über ein bestehendes Rechtsverhältnis durch gegenseitige Zugeständnisse (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 52). Eher atypisch für einen Vergleich ist an der vorliegenden Vereinbarung, dass die Leistungen der Parteien noch nicht definitiv festgelegt wurden, sondern noch von den vom Kläger offenzulegenden Akten abhingen. Ganz ungewöhnlich ist aber auch eine solche Vereinbarung nicht, namentlich die Ergebnisse von (noch zu erstellenden) Gutachten werden regelmässig als die Vergleichssumme bestimmende Elemente festgelegt. Jedenfalls kann Rechtsprechung und Lehre zum Vergleichsvertrag zur Beurteilung des



vorliegenden Sachverhalts ohne weiteres herangezogen werden. Entsprechend gilt auch für den vorliegenden Vertrag bezüglich der Beurteilung des offenbaren Missverhältnisses zwischen den Leistungen, dass es auf die gegenseitigen Zugeständnisse der Parteien ankommt. Entscheidend ist also nicht die Höhe der von den Parteien vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen, sondern das Ausmass des gegenseitigen Nachgebens, und zwar vom subjektiven Standpunkt der Beteiligten aus betrachtet (Gauch/Schluep/ Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., N 752 m. w. H.). Durch einen Vergleich wird nämlich bewusst auf eine nähere Abklärung des Sachverhalts verzichtet. Lässt sich im Nachhinein die objektive Rechtslage vor Abschluss des Vergleichs doch noch ermitteln, wird sich daher oft herausstellen, dass die eine Partei unter dem Vergleich weniger erhalten hat, als ihr tatsächlich zugestanden wäre. Retrospektiv kann zwischen den Zugeständnissen unter Umständen ein objektives Missverhältnis bestehen. Die Zugeständnisse sind jedoch aus der damaligen subjektiven Sicht der Parteien zu betrachten. Die Abweichung von der objektiven Rechtslage ist ein von den Parteien zu tragendes und bewusst eingegangenes Risiko (Hünerwadel, Der aussergerichtliche Vergleich, St. Galler Diss., Bern 1989, 91).

Zwischen den Parteien war vor Abschluss der Vereinbarung am 6. Dezember 2006 strittig beziehungsweise unklar, ob und in welchem Ausmass der Kläger die Beklagte konkurriert hatte, in welchem Ausmass der Beklagten dadurch ein Schaden entstanden ist, ob die Beklagte deswegen berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis ausserordentlich zu kündigen und ob das Verhalten des Klägers sogar strafrechtlich relevant gewesen wäre. Diese Unsicherheiten wurden durch den Vergleich dahingehend bereinigt, dass die Beklagte auf eine ordentliche oder fristlosen Entlassung und die Einleitung strafrechtlicher Schritte verzichtete, während der Kläger eingestand, er habe seine arbeitsvertraglichen Pflichten durch sein Verhalten absichtlich verletzt und sich bereit erklärte, den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Zur Bestimmung desselben sollte der Kläger der Beklagten gewisse Akten offenlegen, ansonsten er sich bereit erklärte, der Beklagten Fr. 30'000.- zu bezahlen.

Vom damaligen subjektiven Standpunkt der Beteiligten aus betrachtet ist der Vergleich nicht offenbar unverhältnismässig (im Sinne eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung). Es lagen offensichtliche Anhaltspunkte vor, die eine



Konkurrenzierung der Beklagten durch den Kläger nahelegten und die Beklagte zu zivil- und allenfalls auch strafrechtlichen Schritten berechtigt hätten. Darauf verzichtete die Beklagte. Dass der Kläger heute behauptet, es habe keine Konkurrenzierung vorgelegen, ist nicht von Bedeutung. Beide Parteien verzichteten sodann auf eine genaue Festlegung der Schadenssumme und einigten sich darauf, diese auf 60 % des Fremdotsatzes festzulegen. Nur für den Fall, dass der Kläger seinen Pflichten aus dem Vergleich nicht nachkomme, wurde die von ihm zu zahlende Summe pauschal auf Fr. 30'000.- festgelegt. Wenn der Kläger nun behauptet, der Betrag von Fr. 30'000.- stehe in einem krassen Missverhältnis zum von ihm ohnehin bestrittenen Umsatz aus der konkurrierenden Tätigkeit, so ist ihm entgegenzuhalten, dass es an ihm gelegen wäre, seine Fremdotsätze offenzulegen und so der Zahlung der Fr. 30'000.- zu entgehen. Dass die von ihm verlangte Beschaffung und Offenlegung dieser Unterlagen unverhältnismässig sei, wird vom Kläger nicht behauptet. Die Festsetzung der Fr. 30'000.- für den Fall, dass sich der Kläger nicht an seine Offenlegungspflichten halte, kann nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Einerseits liegt es in der Natur der Sache, dass Vertragsstrafen hoch angesetzt und damit die Parteien zur Realerfüllung angehalten werden. Andererseits bildet die so festgesetzte Summe faktisch auch den Höchstbetrag, den der Kläger der Beklagten zu leisten hatte. Sollten seine Fremdotsätze nämlich höher als Fr. 50'000.- ausgefallen sein, hätte er diese kaum offengelegt, wäre doch sonst der vertraglich zugestandene Schadenersatz höher als Fr. 30'000.- ausgefallen. Insoweit hat die Beklagte auf einen allenfalls höheren Schadenersatz verzichtet. Aus damaliger Sicht kann die Vereinbarung einer Konventionalstrafe von Fr. 30'000.- für den Fall, dass wegen des Klägers die vereinbarte Schadensberechnung nicht durchgeführt werden kann, nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Dies umso mehr, als der Betrag nicht den Charakter einer reinen Konventionalstrafe hat, sondern ebenfalls einen allfälligen Schadenersatzanspruch ersetzt. Auch das Zugeständnis, dass es sich um eine absichtliche Pflichtverletzung gehandelt habe, kann nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Dies hat einzig zur Folge, dass die Beklagte ihre Forderung mit der Lohnforderung des Arbeitnehmers unbeschränkt verrechnen darf (vgl. Art. 323b OR). Am Bestand der Forderung hätte die Weglassung dieses Zugeständnisses nichts geändert.



Wie gesehen kommt es auch nicht darauf an, ob und in welchem Ausmass der Kläger die Beklagte tatsächlich konkurriert hat. Fest steht nämlich, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs eine Konkurrenzierung durchaus naheliegend war und nicht gesagt werden kann, der Kläger habe mit seinem Eingeständnis etwas zugestanden, das jeglicher Grundlage entbehre. Sein Verzicht darauf, dies gerichtlich klären zu lassen, steht nicht in einem Missverhältnis zum Verzicht der Beklagten, den Kläger zu entlassen sowie ihn zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

Hinzu kommt, dass der Kläger auch zum heutigen Zeitpunkt entgegen seiner Ansicht "aufgrund der Buchhaltungen" (Berufung, 5 Ziff. 4) mitnichten widerlegt hat, dass er die Beklagte konkurriert hat oder dass die als Vertragsstrafe festgelegte Summe von Fr. 30'000.- übermässig war. Die vom Kläger mit seiner Berufung eingereichten und von ihm als Buchhaltung 2006 der A bezeichneten Abrechnungen stellen weder eine Buchhaltung dar (schon gar nicht für die gesamte Dauer seiner Beschäftigung), noch machen sie auch nur glaubhaft, dass dies die gesamten Fremdumsätze darstellten. Letzteres wurde von der Beklagten mit ihrer Berufungsantwort denn auch widerlegt (Berufungsantwort, 8 f. Ziff. 1.3; bekl. act. 39 und 40). Zudem ist den Rechnungen der A zu entnehmen, dass sie ihren Kunden MWST belastet hat, was grundsätzlich erst bei Unternehmen mit Umsätzen ab Fr. 75'000.- der Fall ist (Art. 21 Abs. 1 MWSTG; allerdings führt die A auf ihren Rechnungen keine MWST-Nummer auf, was aber nach Art. 37 Abs. 1 lit. a MWSTG auch nicht zwingend der Fall sein muss). Als solches Unternehmen ist die A buchführungspflichtig (Art. 56 MWSTG).

3.2.3.2 Als Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit macht der Kläger einzig seinen Leichtsinns geltend, wobei er diesen lediglich pauschal dahingehend begründet, dass nur wer leichtsinnig sei, einen solchen Wisch unterzeichne (gemeint: die Vereinbarung vom 6. Dezember 2006). Man habe ihn im Glauben gelassen, er könne nachher weiterarbeiten, wie wenn nichts geschehen sei (Berufung, 11 lit. c).

Der Leichtsinns besteht in einem Mangel an Vorsicht und Überlegtheit. Es ist vorausgesetzt, aber auch genügend, dass es der Benachteiligte gerade bei Abschluss des konkreten Vertrags - aus irgendeinem Grund - an der gebotenen Vorsicht und Überlegtheit fehlen lässt, indem er sorglos und unbekümmert handelt, die Bedeutung und Tragweite seines Vertragsverhaltens nicht hinreichend würdigt und allfällige



Bedenken leichthin in den Wind schlägt (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 737; ZR 98 [1999] Nr. 37 E. 4b S. 153).

Die Schwelle für die Leichtsinnigkeit ist bei einem Vergleich hoch anzusetzen, da dabei naturgemäss Eingeständnisse eingegangen werden, die sich im Nachhinein für die eine Partei allenfalls als unvorteilhaft herausstellen können. Allein deswegen kann jedenfalls keine Leichtsinnigkeit angenommen werden. Auch das klägerische Argument, man habe ihn im Glauben gelassen, er könne nachher weiterarbeiten, hilft dem Kläger nicht. Soweit ersichtlich hätte er tatsächlich weiterarbeiten können, wenn er denn seinen Verpflichtungen aus dem Vergleich nachgekommen wäre und er selber mit seiner Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hätte. Inwiefern daraus auf seinen Leichtsinn beim Abschluss des Vergleichs geschlossen werden könnte, legt der Kläger nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

3.2.3.3 Ausbeutung im Sinne von Art. 21 OR bedeutet, dass die Gegenpartei die Schwäche des anderen - im vorliegenden Fall die vom Kläger behauptete Leichtsinnigkeit - bewusst ausnutzt, um sich durch den Vertragsabschluss übermässige Vorteile auf Kosten ihres Partners zu verschaffen (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 741; Kramer, Art. 21 N 33).

Dass es zu einer solchen Ausbeutung gekommen ist, wird vom Kläger nicht substantiiert dargelegt. Wer aber einen Vertrag wegen Übervorteilung nicht gelten lassen will, trägt die Beweislast für das Vorhandensein aller drei Tatbestandselemente (Gauch/ Schluemp/Schmid/Rey, N 744 lit. c; Kramer, Art. 21 N 67). Keine Ausbeutung liegt insbesondere bezüglich der Höhe der Konventionalstrafe vor, lag es doch am Kläger, mit der Erfüllung seiner Beschaffungs- und Offenlegungspflichten die Bezahlung der Konventionalstrafe zu verhindern. Dass auch die Bezahlung der vertraglich vereinbarten Schadenersatzsumme ausbeuterisch gewesen wäre, behauptet der Kläger jedenfalls nicht.

3.2.4 Die Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 ist nicht wegen Übervorteilung einseitig unverbindlich. Entsprechend steht dem Kläger die Erklärung, er halte den Vertrag nicht ein, nicht zur Verfügung.



3.3.1 Der Kläger erachtet die Voraussetzungen von Art. 20 OR als gegeben, da er zu einer Leistung verpflichtet werde, die seine Persönlichkeit in erheblichem Masse tangiere. Dies sei der Fall, weil er für eine marginale Leistung eine Schuldanerkennung in der Höhe von Fr. 30'000.- eingegangen sei und zudem der Beklagten die Beweislast für die behauptete Konkurrenzierungstätigkeit des Klägers abgenommen worden sei (Berufung, 11 Ziff. 2).

3.3.2 Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts (Art. 27 ZGB) stellt im Rahmen von Art. 20 Abs. 1 OR einen Unterfall der Sittenwidrigkeit dar (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 658). Im Gebiet des Vertragsrechts richtet sich Art. 27 Abs. 2 ZGB gegen rechtsgeschäftliche Verpflichtungen, welche die Freiheit eines Vertragspartners in sittenwidriger Weise beschränken. Eine solche sittenwidrige Freiheitsbeschränkung hat ihren Grund stets in der konkreten vertraglichen Bindung. Sie kann im Gegenstand oder im Übermass der Bindung begründet sein. Ein Übermass an vertraglicher Bindung wird angenommen, wenn sie die persönliche (auch wirtschaftliche) Freiheit des Vertragspartners in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher Hinsicht derart einschränkt, dass sie diesen der Willkür eines anderen ausliefert ("knebelt"), seine wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit aufhebt oder die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Art. 27 Abs. 2 ZGB verbietet aber niemandem, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu binden (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 659 ff. m. w. H.). Wie der Kläger richtig anerkennt, fällt die Disparität von Leistung und Gegenleistung nicht unter Art. 20 OR (Berufung, 11 Ziff. 2; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 663).

3.3.3.1 Die Verpflichtung, bei Nichterfüllung des Vertrags eine Vertragsstrafe von Fr. 30'000.- zu bezahlen, stellt gemäss dem oben Ausgeführten keine Persönlichkeitsverletzung dar. Der Kläger behauptet denn auch gar nicht, durch die Verpflichtung sei seine wirtschaftliche Existenz gefährdet oder seine wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit aufgehoben.

3.3.3.2 Sodann ist eine Vertragsabrede über die Beweislast nach herrschender Lehre keine im Gegenstand sittenwidrige Freiheitsbeschränkung und grundsätzlich zulässig (GVP 1992 Nr. 19; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 90 ff. N 3i; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 10 N 57; Schmid, in: SJZ 100 [2004], Zum Beweislastvertrag, 477 ff. m. w. H.).



Vorliegend hat der Kläger einerseits eingestanden, (i) er habe während der Arbeitszeit gewisse Verkäufe und Beratungsdienstleistungen nicht auf Rechnung der Beklagten sondern auf eigene Rechnung respektive auf Rechnung der A erbracht. Weiter anerkannte er, (ii) dass es sich dabei um eine absichtliche Pflichtverletzung gehandelt hatte und er einigte sich mit der Beklagten, (iii) wie der von ihm zu ersetzende Schaden bestimmt werden sollte. Als sittenwidrig wird vom Kläger einzig der erste Punkt kritisiert; worin die unzulässige Beschränkung seiner persönlichen Freiheit liegen soll, legt er hingegen nicht dar.

Eingeschränkt wäre der Kläger dann gewesen, wenn es in einem Prozess zwischen den Parteien darum gegangen wäre, ob der Kläger die Beklagte konkurriert hat (beispielsweise weil dann die fristlose Entlassung allenfalls gerechtfertigt gewesen wäre oder weil der Kläger dann allenfalls schadenersatzpflichtig geworden wäre). In so einem Prozess wäre aufgrund des Vergleichs wohl davon ausgegangen worden, dass eine Konkurrenzierung vorgelegen hätte, was ansonsten - wenigstens in den zwei erwähnten Beispielen als berechtigter Grund für eine fristlose Entlassung respektive als schädigende Handlung - die Beklagte hätte beweisen müssen. Indessen wäre es dem Kläger immer noch möglich gewesen, den Gegenbeweis anzutreten. Dies mag zwar aufwendiger und mühsamer als die reine Bestreitung der beklagtischen Vorwürfe sein, als übermässig schwierig oder beinahe unmöglich erscheint es hingegen - insbesondere weil der Kläger offenbar Zugang zur Buchhaltung der A hat - nicht. Die kritisierte Beweislastverteilung beschränkt darum die persönliche Freiheit des Klägers nicht in unzulässiger Weise und ist nicht sittenwidrig. Dies ist umso weniger der Fall, als die Vereinbarung nicht schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses oder in AGB getroffen wurde, sondern erst nachdem schon Anhaltspunkte für eine Konkurrenzierung vorlagen und das Eingeständnis des Klägers nicht ohne Zugeständnisse der Beklagten erfolgt ist.

3.3.4 Die Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 ist nicht wegen Verletzung der persönlichen Freiheit des Klägers sittenwidrig und deswegen nichtig.

3.4.1 In Bezug auf die Furchterregung führt der Kläger aus, bei deren Prüfung sei einzig auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen; wenn er sich nachher



wieder aufgerappelt habe, heisse dies nicht, dass er sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht im Zustand der Furcht befunden habe (Berufung, 12 unten).

3.4.2 Wie die Vorinstanz richtig erwogen hat, setzt Art. 29 OR eine widerrechtliche Drohung voraus (Urteil, 10 lit. aa). Sodann hat die Vorinstanz richtig festgestellt, die beiden Drohungen mittels Polizei und fristloser Kündigung seien nicht widerrechtlich gewesen (Urteil, 13 lit. ccc). Darauf kann verwiesen werden. Diese Feststellung wird vom Kläger in seiner Berufung nicht angefochten, er äussert sich einzig zur Frage, ob eine begründete Furcht vorgelegen habe. Nur schon aus diesem Grund ist die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

3.4.3 Überdies wäre aber auch sein diesbezüglicher Einwand unbeachtlich. Richtig ist zwar, dass bezüglich der Frage, ob die Drohungen beim Kläger kausal eine Furcht bewirkt haben, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist. Hingegen spricht nichts dagegen, zur Beantwortung dieser Frage auch das nachträgliche Verhalten des angeblich Bedrohten heranzuziehen. Es vermag - zusammen mit den vor und während des Vertragsabschlusses eingetretenen Umständen - einen Rückschluss darauf zu geben, ob die innere Tatsache der begründeten Furcht tatsächlich eingetreten ist.

Mit der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, dass dies nicht der Fall war. Dagegen spricht der E-Mail Verkehr zwischen dem Kläger und Bb (bekl. act. 28 bis 38), der in einem normalen Ton geführt wurde und aus dem keine Anzeichen dafür hervorgehen, dass der Kläger anlässlich des Vertragsabschlusses einer Furcht ausgesetzt war. Auch in seiner Kündigung vom 22. Dezember 2006 spricht der Kläger lediglich davon, dass ihm aufgrund der Anschuldigungen und dem Misstrauen ein befriedigendes Arbeiten mit der Beklagten nicht mehr möglich sei (kläg. act. 11; Hervorhebung hinzugefügt). Dass ihm eine Weiterarbeit wegen der Vorfälle geradezu unzumutbar war, geht aus der Kündigung jedenfalls nicht hervor. Schliesslich wären die Vorschläge zur Möglichkeit einer weiteren Zusammenarbeit anlässlich der Sitzung vom 8. Januar 2007 vollends nicht nachvollziehbar, wenn davon ausgegangen würde, der Kläger sei durch die Beklagte einen Monat vorher derart bedroht und in Furcht versetzt worden, dass er sich gezwungen sah, einen ihm angeblich ungünstigen Vertrag abzuschliessen. Das Verhalten des Klägers lässt vielmehr darauf schliessen, dass er



nach wie vor an einer gütlichen Einigung und offenbar trotz von ihm selber ausgesprochenen Kündigung weiterhin an einer Zusammenarbeit mit der Beklagten interessiert war. Aus diesem Verhalten kann ohne weiteres geschlossen werden, dass der Kläger die Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 nicht im Zustand der begründeten Furcht abgeschlossen hat.

3.4.4 Die Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 ist nicht wegen Furchterregung einseitig unverbindlich.

3.5.1 Sodann beruft sich der Kläger auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Auf den Grundlagenirrtum berief sich der Kläger ohne weitere Begründung bereits vorprozessual (kläg. act. 10, S. 2 Mitte; kläg. act. 13, S. 2 Ziff. 4), nicht jedoch vor der Vorinstanz. In der Berufung bringt er nun vor, Grundlage des Vertragsschlusses sei die Hoffnung gewesen, dass er weiterarbeiten könne, was umso mehr/erst recht ("a fortiori") gegolten habe, als er nach dem Vorfall vom 6. Dezember 2006 einen Kreislaufkollaps erlitten habe. Diese Hoffnung sei dahingefallen (Berufung, 13 oben).

3.5.2 Auf einen Grundlagenirrtum kann sich berufen, wer sich (subjektiv) über eine notwendige Grundlage des Vertrags geirrt hat und (objektiv) den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Grundlage des Vertrags betrachten durfte (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 779 ff.). Auf aussergerichtliche Vergleiche sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar, sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 51; 111 II 349 E. 1 S. 350; Hünerwadel, 95 ff.). Als relevante Sachverhalte für Willensmängel kommen nur Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt wurden. Betrifft der Irrtum dagegen einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt werden sollte, ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 51; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 939).

3.5.3 Der Kläger bringt vor, eine solche Grundlage sei in der vorliegenden Vereinbarung seine Hoffnung gewesen, dass er bei der Beklagten weiterarbeiten könne.



Dass der Kläger bei der Beklagten weiter arbeiten können, war Bestandteil der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 (kläg. act. 9, lit. D und Ziff. 6). Die Beklagte hat diesen Teil der Vereinbarung nicht verletzt, war es doch der Kläger, der seinen Arbeitsvertrag kündigte (kläg. act. 11). Von daher ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger sich geirrt hat. Sodann könnte bei einer vom Kläger geltend gemachten "Hoffnung" ohnehin nicht gesagt werden, der Kläger habe sich überhaupt "geirrt" (Gauch/Schluep/Schmid/ Rey, N 798; BGE 118 II 297 E. 2c S. 300 f.; 109 II 105 E. 4b/aa S. 111).

3.5.4 Die Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 ist nicht wegen Grundlagenirrtum einseitig unverbindlich.

3.6.1 Schlussendlich beruft sich der Kläger auf Art. 163 OR und verlangt, die vereinbarte Konventionalstrafe sei durch das Gericht gemäss Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen (Berufung, 13 Ziff. 4).

3.6.2 Eine Reduktion der Konventionalstrafe nach richterlichem Ermessen kommt gemäss Art. 163 Abs. 3 OR nur in Betracht, wenn die von den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe übermässig hoch ist. Zu berücksichtigen ist namentlich die Schwere des Verschuldens und die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Die Konventionalstrafe ist nicht schon deshalb übermässig, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger wegen Nichterfüllung beanspruchen könnte. Eine Konventionalstrafe kann nämlich selbst dann geschuldet sein, wenn dem Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners kein Schaden entsteht. Vorliegend hat die Beklagte in der Vereinbarung zudem auf einen Anspruch auf den Mehrbetrag eines allfälligen Schadens über Fr. 30'000.- (Art. 161 Abs. 2 OR) verzichtet. Die Konventionalstrafe trägt somit Züge eines pauschalierten Schadenersatzes. Bei der Beurteilung, ob die Konventionalstrafe übermässig hoch ist, ist diesfalls nicht auf den tatsächlich eingetretenen, sondern den höchstmöglichen Schaden abzustellen ist (Gauch/Schluep/Schmid/ Rey, N 4048; Ehrat, in: Honsell/Vogt/ Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 163 N 16 f. je m. w. H.).

3.6.3 Der Kläger bringt einzig vor, die von ihm bestrittene Konkurrenzierung habe sich auf maximal Fr. 1'351.68 belaufen (Berufung, 13 Ziff. 4; wobei der Kläger in Berufung,



10 lit. b noch behauptet, die Konkurrenzierung habe sich auf maximal Fr. 1'194.75 belaufen). Dies entspricht der Bruttogewinnmarge der von ihm eingestandenen Fremdgeschäfte (Berufung, 9). Wie hoch die Fremdotsätze des Klägers tatsächlich waren, ist - da er seinen Beschaffungs- und Offenlegungspflichten aus der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 nicht nachgekommen ist und tatsächlich feststeht, dass der Kläger nicht alle Umsätze offengelegt hat (bekl. act. 39 und 40) - ungewiss. Wie hoch der vom Kläger gemäss der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 zu bezahlende Schadenersatz gewesen wäre (60 % des Fremdotsatzes) lässt sich somit nicht feststellen. Dass dieser Schadenersatz nicht berechnet werden kann, hat der Kläger verschuldet. Da der Kläger ein Interesse daran haben kann, den Fremdotsatz nicht offen zu legen, (ab einem Fremdotsatz von Fr. 50'001.- ist für ihn die Leistung der Konventionalstrafe günstiger als der vertraglich vereinbarte Schadenersatz), er keinen Grund nennt, warum er seine Fremdotsätze nicht offen gelegt hat und deshalb von einem grossen Verschulden seinerseits auszugehen ist und darum nicht gesagt werden kann, die Beklagte werde mit der Zusprechung der Konventionalstrafe übermässig bereichert und da der Kläger auch nicht darlegt, die wirtschaftliche Lage der beiden Parteien würde eine Reduktion rechtfertigen, besteht kein Grund, in die von den Parteien autonom vereinbarte Regelung die Konventionalstrafe betreffend einzugreifen.

3.7 Damit steht fest, dass der Beklagten eine Gegenforderung zumindest in der Höhe der Forderung des Klägers zusteht.

4.1 Damit die Verrechnungslage eintritt, müssen nach Gesetz und Lehre (vgl. statt vieler Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 3394 ff.) neben der Gegenseitigkeit der beiden Forderungen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die beiden Forderungen müssen gleichartig sein, die Verrechnungsforderung muss fällig und klagbar sein und die Verrechnung darf weder durch Gesetz noch Vertrag ausgeschlossen sein. Die Verrechnung tritt gemäss Art. 124 Abs. 1 OR nur ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch machen will. Der Schuldner muss m. a. W. eine Gestaltungserklärung hinsichtlich der Verrechnung abgeben (GVP 2007 Nr. 52 E. 2a).



4.2 Vorliegend ist höchstens unklar, ob der Verrechnung das Verrechnungsverbot von Art. 323b Abs. 2 OR entgegensteht. Danach kann der Arbeitgeber mit Lohnforderungen nur soweit verrechnen, als diese pfändbar sind (vgl. Art. 93 SchKG). Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden dürfen jedoch unbeschränkt verrechnet werden.

4.3 Die Vorinstanz hat angenommen, der Kläger habe in der Vereinbarung vom 6. Dezember 2006 anerkannt, dass er Fremdumsätze getätigt und sogar ausdrücklich zugestanden habe, dass es sich dabei um eine absichtliche Pflichtverletzung gehandelt habe. Die Vorinstanz verneinte deshalb ein gesetzliches Verrechnungsverbot (Urteil, 17).

5. Mit der Abweisung der Forderung ist auch das Begehren um Freigabe der Escrow-Summe abzuweisen, wurde die Summe doch von der Beklagten zur Sicherung der vom Kläger in diesem Verfahren geltend gemachten Forderungen hinterlegt. Ein Herausgabeanspruch des Klägers setzt somit voraus, dass die Forderungsklage - zumindest teilweise - geschützt wird. Diese Voraussetzung ist offensichtlich nicht erfüllt.

Die Berufung ist damit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
