



<b>Fall-Nr.:</b>	VZ.2007.35
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.09.2007
<b>Entscheiddatum:</b>	19.09.2007

### Entscheid Kantonsgericht, 19.09.2007

**Art. 91 ZPO (sGS 961.2); Art. 322b und 377 OR (SR 220). Der Grundsatz von Treu und Glauben kann in bestimmten Fällen die Annahme einer Last des substantiierten Bestreitens rechtfertigen. Keine substantiierte Bestreitung kann hinsichtlich eines behaupteten entgangenen Gewinns verlangt werden. Zur Schadloshaltung bei Kündigung des Werkvertrags gehört im Grundsatz auch die Entschädigung für dem Unternehmer durch den Vertragsabschluss entstandene Verbindlichkeiten, also beispielsweise für Provisionsansprüche. Die Vorinstanz konnte willkürfrei annehmen, es bestehe im vorliegenden Fall weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Verpflichtung des Unternehmers zu Provisionszahlungen (Kantonsgericht St. Gallen, Präsidentin der III. Zivilkammer, 19. September 2007, VZ.2007.35).**

#### Erwägungen

I.

1. Zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin kam am 8. Mai 2006 ein Vertrag zustande (kläg. act. 1). Darin verpflichtete sich die Beschwerdeführerin für die Beschwerdegegnerin entgeltlich ein Inserat zu gestalten und in der von ihr hergestellten Gemeindeagenda 2007 zu drucken. Als Entschädigung wurde ein Betrag von Fr. 850.05 inkl. MWST vereinbart. Mit Schreiben vom 16. Mai 2006 trat die Beschwerdegegnerin vom Vertrag zurück (kläg. act. 2). Mit Schreiben vom 23. Mai 2006 (kläg. act. 3) teilte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin mit, im Falle des Vertragsrücktritts würden die Kosten für die Schadloshaltung Fr. 765.05 (90 % von Fr. 850.05) betragen. Gleichzeitig wurde der Beschwerdegegnerin ein Neuabschluss



## St.Galler Gerichte

des Vertrags angeboten. In der Folge hielt die Beschwerdegegnerin an ihrem Vertragsrücktritt fest ohne den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenersatz zu bezahlen.

2. Nachdem ein Vermittlungsversuch vor dem Vermittleramt unvermittelt blieb (vi-act. 2), erhob die Beschwerdeführerin am 14. November 2006 beim Kreisgericht Klage gegen die Beschwerdegegnerin. Diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 765.05 Schadenersatz nebst Zins zu 5 % seit 23. Mai 2006 zu bezahlen (vi-act. 1). Mit Klageantwort vom 9. Dezember 2006 (versandt am 11. Dezember 2006; vi-act. 6) verlangte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Klage. Mit Replik vom 15. Januar 2007 und Duplik vom 24. Januar 2007 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (vi-act. 8 und 9). Auf eine mündliche Verhandlung wurde verzichtet. Am 25. April 2007 erliess die Vorinstanz folgenden Entscheid:

1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 510.– nebst Zins zu 5 % seit dem 23. Mai 2006 zu bezahlen.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 600.– bezahlen die Klägerin zu einem Drittel unter Gutschrift der Einschreibgebühr von Fr. 500.– und die Beklagte zu zwei Dritteln. Der Restsaldo von Fr. 300.– wird der Klägerin von der Gerichtskasse zurückerstattet.

3. Die Beklagte hat den Vertreter der Klägerin mit Fr. 231.80 zu entschädigen.

3. Am 4. Juni 2007 reichte die Beschwerdeführerin gegen den Entscheid vom 25. April 2007 Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Kantonsgericht ein und beantragte, derselbe sei aufzuheben. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2007 die Abweisung der Beschwerde (act. B7). Die Beschwerdegegnerin reichte innert Frist keine Stellungnahme ein (act. B8).

II.

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 254, 255 ZPO; Art. 82 ff. GerG) ergibt, dass diese erfüllt sind.



Auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist einzutreten. Zuständig ist die Präsidentin der III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO).

III.

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Kreisgerichtspräsident habe bei der Ausübung seiner Befugnisse willkürlich gehandelt (Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO). Dieser Beschwerdegrund stellt eine eigentliche kantonale Willkürbeschwerde dar (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 254 N 5a). Bei der Beurteilung entsprechender Rügen ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Willkürverbot heranzuziehen (GVP 1989 Nr. 56; VETSCH, Die Rechtsverweigerungsbeschwerde des st. gallischen Zivilrechtspflegegesetzes, Zürcher Diss., Winterthur 1958, S. 123). Willkür in der Rechtsanwendung liegt nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur dann aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211; 131 I 467 E. 3.1 S. 473 f.; 131 I 217 E. 2.1 S. 219; 129 I 49 E. 4 S. 58; 127 I 60 E. 5a S. 70; 124 IV 86 E. 2a S. 88; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ART. 254 N 5b f.).

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 254 ff. ZPO ist ein unvollkommenes Rechtsmittel. Es erlaubt keine allgemeine Überprüfung des angefochtenen Entscheids. Es ist daher im Einzelnen darzulegen, welche formellen und materiellen Rechtsverweigerungen geltend gemacht werden, es gilt das Rügeprinzip (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 255 N 2b). Im Verfahren der Rechtsverweigerungsbeschwerde ist ferner die Aktenlage massgebend, die bei der Fällung des angefochtenen Entscheids bestanden hat. Es ist damit ausgeschlossen, neue Behauptungen aufzustellen und neue Beweismittel einzureichen oder zu beantragen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 255 N 3).



2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz (Art. 56 ZPO) verletzt (Beschwerde, 2 Ziff. III/2).

a) Die Beschwerdeführerin hatte den von ihr geltend gemachten Schaden unter Hinweis auf ein A-4-Blatt mit dem Titel "Aufstellung Vertragsrücktrittskosten" (kläg. act. 4) substantiiert. Die Vorinstanz hat diese Kosten mit Ausnahme der geltend gemachten Provisionsentschädigung von 25.43 % und des Personalaufwands der Geschäftsleitung inklusive Bonus von 10.2 % übernommen. Die Beschwerdegegnerin hatte erstinstanzlich den Schaden nur allgemein bestritten. Insbesondere bestritt sie nicht im Einzelnen die Schadenpositionen gemäss kläg. act. 4. Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung der Verhandlungsmaxime darin, dass die Vorinstanz in bezug auf Vertreterprovisionen und Bonusanteil nicht mangels substantiiertes Bestreitung von unbestrittenen Schadenpositionen ausging.

b) Jede Partei trifft die Behauptungslast für die tatbeständlichen Grundlagen der von ihr geltend gemachten Ansprüche. Die Tatsachen sind nicht nur pauschal, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so detailliert anzugeben, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 56 N 2a/aa). Die Gegenpartei der behauptungsbelasteten Partei trägt die Bestreitungslast. Sie hat die gegnerischen Sachvorbringen zu bestreiten, soweit sie damit nicht einig geht. Die Anforderungen an die Substantiierung der Bestreitung sind Gegenstand des kantonalen Prozessrechts. Dessen Anforderungen dürfen jedoch nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Im st. gallischen Zivilprozess genügt in der Regel eine Generalbestreitung mangels einer ausdrücklichen Bestimmung in der ZPO betreffend Substantiierung der Bestreitung (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 56 N 2a/bb; Art. 91 N 2). Dass nach st. gallischem Zivilprozessrecht grundsätzlich eine generelle Bestreitung genügen kann, geht auch aus Art. 91 Abs. 2 ZPO hervor. Gemäss dieser Norm beurteilt der Richter unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Partei und ihres Verhaltens, ob eine nicht ausdrücklich zugestandene Tatsache als streitig anzusehen ist. Kann das Gericht also sogar beim Fehlen von allgemeinen oder konkreten Bestreitungen eine Tatsache als streitig ansehen, so müssen allgemeine Bestreitungen in der Regel jedenfalls genügen, um eine Tatsache als streitig anzusehen.



Der Grundsatz von Treu und Glauben kann jedoch in bestimmten Fällen die Annahme einer Last des substantiierten Bestreitens rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die behauptungs- und beweisbelastete Partei mangels eigener näherer Kenntnisse ausserstande ist, die nötigen Behauptungen aufzustellen oder ihre Behauptungen näher zu substantiieren, während dem Bestreitenden die Verhältnisse bekannt sind (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 91 N 2). Entsprechend kann nach der bundesgerichtlichen Praxis namentlich bei Bauabrechnungen, die oft unzählige Positionen enthalten, vom Beklagten verlangt werden zu präzisieren, welche Position er nicht anerkennt (z.B. weil sie s.E. nicht oder mangelhaft erbracht wurde; BGE 117 II 113 f.). Eine allgemeine Ausdehnung dieser substantiierten Bestreitungspflicht auf jede Abrechnung wird aber abgelehnt (ALFRED BÜHLER, Beweislast im Bauprozess, in: Alfred Koller (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, 289 ff., 303). Insbesondere kann vom Beklagten keine substantiierte Bestreitung hinsichtlich des vom Kläger behaupteten entgangenen Gewinns verlangt werden (BGE 115 II 1ff.).

Der Beschwerdeführerin kann somit nicht gefolgt werden wenn sie behauptet, die Beschwerdegegnerin habe die Schadensberechnung nicht rechtsgenügend bestritten. Es liegt kein Fall vor, dass der Bestreitenden die Verhältnisse besser bekannt wären als der behauptungs- und beweisbelasteten Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin deshalb substantiiertes hätte bestritten müssen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall; der Beschwerdegegnerin wäre unter den gegebenen Umständen alles andere als eine Bestreitung, wie sie sie vorgenommen hat, gar nicht zumutbar gewesen. Die Vorinstanz durfte somit ohne Willkür annehmen, die Beschwerdegegnerin habe den behaupteten Schaden rechtsgenügend bestritten, womit diese Tatsache beweisbedürftig wurde. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

3. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Nichtanerkennung der Provisionszahlungen sowie der Boni gemäss Schadenaufstellung der Klägerin sei zu Unrecht und willkürlich erfolgt (Beschwerde, 5 Ziff. 7).

a) Inwiefern die Nichtanerkennung der Hälfte der Boni als Schaden eine Rechtsanwendung ist, die mit keinen sachlichen Gründen zu rechtfertigen ist, wird in



der Beschwerde nicht dargelegt. Da wie oben E. 1 erwähnt bei der Rechtsverweigerungsbeschwerde das Rügeprinzip gilt, ist sie in diesem Punkt abzuweisen.

b) aa) Die Beschwerdeführerin konkretisiert ihre Rüge einzig in bezug auf die Provisionsansprüche der Aussendienstmitarbeiter. Die Vorinstanz hat im Urteil ausgeführt, es sei nicht nachvollziehbar, dass der Aussendienstmitarbeiter für einen nachträglich aufgelösten Vertragsabschluss eine Provision erhalte. Etwas Gegenteiliges sei durch die Beschwerdeführerin nicht bewiesen worden (Urteil, 8 unten).

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, ihre Aussendienstmitarbeiter seien als Handelsreisende angestellt. Dies sei der Vorinstanz bekannt. Der Provisionsanspruch entstehe bereits mit dem Vertragsabschluss und werde nicht erst bei Vertragserfüllung fällig. Bereits ausbezahlte Provisionen könnten vom Aussendienstmitarbeiter nur zurückverlangt werden, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Schritte unternommen habe, damit der Kunde seiner Obliegenheit nachkomme. Zur Obliegenheit des Kunden gehöre auch die Schadloshaltung des Unternehmers und indirekt dessen Mitarbeitern im Aussendienst im Falle eines Rücktritts gemäss Art. 377 OR. Solange sich die Beschwerdeführerin in einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit einem Kunden befinde und umfassende Schadloshaltung geltend mache, sei die dem Mitarbeiter im Aussendienst bereits ausbezahlte Provision zu ersetzender Schaden. Indem die Vorinstanz anders entschieden habe, habe sie willkürlich und in hohen Masse unbillig gehandelt. Das vorinstanzliche Urteil würde zum stossenden Ergebnis führen, dass die Beschwerdeführerin für alle ihre Auslagen unter Einschluss des entgangenen Gewinns entschädigt würde, nicht jedoch ihr am Vertragsrücktritt schuldloser Mitarbeiter im Aussendienst, der seine Provision zurückzahlen müsste. Das Urteil widerspreche ferner in willkürlicher Weise dem Grundsatz, dass die gesetzlichen Vorschriften über das Dahinfallen der Provision dispositiver Natur seien. Habe die Beschwerdeführerin mit ihren Mitarbeitern im Aussendienst vereinbart, dass die bezahlte Provision beim Vertragsrücktritt nicht per se zurückzuleisten sei, sei die bezahlte Provision Schaden, unabhängig davon wie Art. 322b OR auszulegen sei (Beschwerde, 5 f. Ziff. 8).

bb) Nach Art. 322b Abs. 3 OR fällt der Anspruch auf Provision nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird. Der



Provisionsanspruch ist somit auflösend bedingt, wobei die fehlende Ausführung des Geschäfts die Resolutivbedingung darstellt (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, V2c, Zürich 1996, Art 322b N 14; REHBINDER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 322b N 8; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 322b N 2). Diese Bestimmung ist dispositiver Natur (ZK-STAEHELIN, Art. 322b N 18; BK-REHBINDER, Art. 322b N 8; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322b N 8).

Nach Art. 377 OR kann der Besteller eines Werks, solange dieses unvollendet ist, jederzeit gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten (respektive diesen kündigen). Die Rücktritts- oder Kündigungserklärung des Bestellers bewirkt die fristlose Beendigung des Werkvertrags. Der Vertrag wird mit Wirkung ex nunc aufgelöst (GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 528; ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 377 N 11 und 15). Zur Schadloshaltung gehört im Grundsatz auch die Entschädigung für dem Unternehmer durch den Vertragsabschluss entstandene Verbindlichkeiten, also beispielsweise für Provisionsansprüche, sofern solche entstanden sind.

cc) Fest steht, dass vorliegend das provisionsbegründende Geschäft nicht ausgeführt wurde und wird. Unabhängig von der gesetzlichen Regelung gemäss Art. 322b Abs. 3 OR könnte ein Anspruch auf Provision entstanden sein, wenn dies zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Aussendienstmitarbeitern vereinbart wurde. Solches wurde von der Beschwerdeführerin jedoch nicht bewiesen. Sie hat vielmehr darauf verzichtet, die entsprechenden Verträge mit ihren Aussendienstmitarbeitern ins Recht zu legen.

dd) Besteht keine vertragliche Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu Provisionszahlung beziehungsweise ist eine solche nicht nachgewiesen, ist zu prüfen, ob die Aussendienstmitarbeiter gemäss Art. 322b OR gesetzliche Ansprüche haben. Solche Ansprüche müssten sich aus Art. 322b OR unmissverständlich ergeben, denn nur dann liesse sich der Vorinstanz Willkür (krasse Verletzung einer Norm) vorwerfen. Der Provisionsanspruch entfällt gemäss dem Wortlaut von Art. 322b Abs. 3 OR unter anderem, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt



wird. Geht man von diesem Wortlaut aus, so besteht von Gesetzes wegen kein Provisionsanspruch. Denn die Kündigung gemäss Art. 377 OR bewirkte, dass der Werkvertrag ex nunc dahinfiel und das Geschäft ohne Verschulden der Beschwerdeführerin nicht ausgeführt wurde.

Allenfalls liesse sich einwenden, dass die Nichtausführung als Folge einer Kündigung gemäss Art. 377 OR - entgegen dem Wortlaut - nicht gemeint sein könne. Danach wäre Art. 322b Abs. 3 (1. Fall) OR so auszulegen, dass nur die einzig durch Umstände auf Seiten des Unternehmers verursachte Nichtausführung darunter zu subsumieren ist. So erwähnt STAEHELIN (ZK, Art. 322b OR N 15) einzig verschiedene Anwendungsfälle der objektiven Unmöglichkeit (Art. 119 OR) auf Seiten des Unternehmers, ohne freilich andere Fälle der Nichtausführung klar auszuschliessen. Eine einschränkende Auslegung von Art. 322b Abs. 3 (1. Fall) OR in diesem Sinn würde der Provisionsregelung entsprechen, wie sie das deutsche Recht enthält (§ 87a Abs. 3 HGB: "Der Handelsvertreter hat auch dann einen Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Das gilt nicht, wenn und soweit die Ausführung des Geschäfts unmöglich geworden ist, ohne dass der Unternehmer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, ...").

Würde man von obiger einschränkender Auslegung des Art. 322b Abs. 3 OR ausgehen und somit der Provisionsanspruch nicht wegen der hier vorliegenden Nichtausführung des Geschäfts dahinfallen, wäre aber zu prüfen, ob er dahinfällt, "weil der Dritte seine Verbindlichkeit nicht erfüllt". "Verbindlichkeit" wäre in diesem Fall nicht nur die vertragliche Erfüllungsverpflichtung (als Folge der Ausführung des Geschäfts durch den Unternehmer), sondern jede Art von Verbindlichkeit, also auch die Pflicht des Bestellers zur Schadloshaltung des Unternehmers gemäss Art. 377 OR. Voraussetzung für ein Dahinfallen in diesem Sinn ist aber, dass der Arbeitgeber den Dritten in zumutbarer Weise zur Zahlung angehalten hat. Dazu gehören gemäss Lehre Mahnung und Betreibung, die Anhebung eines ordentlichen Prozesses nur bei grösseren ausstehenden Leistungen, bei zumutbarem Aufwand und Kostenrisiko sowie bei zweifelsfreier Solvenz des Dritten (ZK-STAEHELIN, Art. 322b OR N 16). Aufgrund der gesetzlichen Umschreibung ist daher im Einzelfall nicht eindeutig, welche Massnahmen der Arbeitgeber einleiten muss, damit der Anspruch entfällt. Art. 322b Abs. 3 OR lässt



also Spielraum für eine vertragliche Konkretisierung, ohne dass dadurch zwingende Bestimmungen zum Schutze des Arbeitnehmers verletzt würden. Wo im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Aussendienstmitarbeitern die Grenze liegt, kann nicht gesagt werden, da sie die Arbeitsverträge nicht eingereicht hat. Jedenfalls bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, bzw. führt sie selber an, nachträgliche Stornierungen kämen vor, beispielsweise im Einklang mit Art. 322b OR, wenn der Werklohn oder ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 377 OR nicht erhältlich gemacht werden könne (Beschwerde, 6 f. Ziff. 9).

ee) Daraus folgt, dass die Vorinstanz ohne Willkür die dispositive Bestimmung von Art. 322b Abs. 3 OR heranziehen durfte und diese auch willkürfrei angewandt hat. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

4. Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, das Abstützen der Vorinstanz auf ein anderes Verfahren, das nicht aktenkundig sei und dem ein völlig anderer Sachverhalt zugrunde liege, sei willkürlich (Beschwerde, 6 Ziff. 9).

Es kann offen bleiben, welche Tragweite der Hinweis der Vorinstanz auf das frühere Verfahren hatte. Da sich ergeben hat, dass sie ohne Willkür davon ausgehen durfte, aus Art. 322b Abs. 3 OR ergebe sich kein zwingender gesetzlicher Anspruch der Aussendienstmitarbeiter auf Provision und da die vertragliche Regelung nicht bekannt ist, ist dieser Hinweis auf das frühere Verfahren nicht von Bedeutung. Die Vorinstanz konnte im Ergebnis willkürfrei davon ausgehen, dass für die Beschwerdeführerin nicht zwingend Provisionsverpflichtungen entstanden waren, welche trotz Nichtausführung des Geschäfts ohne weiteres bestehen blieben.