

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_68/2008 /len

Urteil vom 10. Juli 2008
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Speck,

gegen

X. _____ AG,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Federico A. Pedrazzini.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; ungerechtfertigte fristlose Kündigung; Verletzung des Konkurrenzverbots,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, III. Zivilkammer, vom 18. Juni 2007.

Sachverhalt:

A.
Die W. _____ AG - heute: X. _____ AG - (Arbeitgeberin) mit Sitz in B. _____, schloss am 16. November 2000 mit A. _____ (Arbeitnehmer) einen unbefristeten Arbeits- bzw. Handelsreisendenvertrag ab. Gemäss diesem Vertrag wurde der Arbeitnehmer als Aussendienstmitarbeiter angestellt (Ziff. 1.2). Sein Tätigkeitsgebiet erstreckte sich auf ihm zugeteilte Kundenkreise in der Schweiz oder dem angrenzenden Ausland (Ziff. 1.3). Er hatte Werbeaufträge für die von der Arbeitgeberin vertriebenen oder noch zu vertreibenden Produkte (wie Ortspläne, Pultplaner, Notrufkleber, Anzeigen im Internet, etc.) zu akquirieren, wobei ihm die zu bearbeitenden Projekte fallweise von der Arbeitgeberin zugeteilt wurden (Ziffer 2.1). Für seine Tätigkeit erhielt er eine einmalige Entschädigung pro Vertragsabschluss von 26 % des Verkaufspreises gemäss Bestellung nach Abzug aller Rabatte, Skonti, Steuern, etc. (Ziff. 3.2). Das Arbeitsverhältnis konnte nach Ablauf der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten je auf das Ende eines Monats aufgelöst werden (Ziff. 4.1). Gemäss einer ebenfalls am 16. November 2000 abgeschlossenen Zusatzvereinbarung garantierte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer für die ersten drei Monate eine Bruttoentschädigung von monatlich Fr. 8'000.--.

Nach seinem Stellenantritt am 1. Dezember 2000 vertrieb der Arbeitnehmer vor allem Einträge für das Internetbranchenregister "i-line/y-line". Nach eigenen Angaben verdiente er damit im Jahr 2001 über Fr. 200'000.--. Im Frühjahr 2002 wies die Arbeitgeberin ihn an, ab anfangs April 2002 anstelle des Produktes "i-line/y-line" neu "Bannerwerbung" für das Internet zu vertreiben.

Am 30. Mai 2002 kündigte der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis fristlos mit der Begründung, er habe auf Grund der Produkteumstellung erhebliche Lohneinbussen hinnehmen müssen, welche bei ihm Existenzängste ausgelöst hätten. Ab dem 1. Juni 2002 war er für die Y. _____ AG und später für die Z. _____ AG tätig.

B.
Mit Eingabe vom 22. Januar 2003 klagte die Arbeitgeberin (Klägerin) beim Kreisgericht Rorschach gegen den Arbeitnehmer (Beklagter) auf Zahlung von Fr. 119'873.55 nebst Zins, davon Fr. 69'873.55 als Schadenersatz für die durch die Kündigung erlittene Umsatzeinbusse und Fr. 50'000.-- als

Konventionalstrafe wegen Verletzung des arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Zahlung von Fr. 30'000.-- nebst Zins, die er später auf Fr. 9'892.20 reduzierte.

Mit Entscheid vom 17./21. Juni 2004 hiess das Kreisgericht die Klage im Umfang von Fr. 30'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2002 und die Widerklage im Umfang von Fr. 6'658.90 gut. Es hielt dafür, die fristlose Kündigung sei objektiv nicht gerechtfertigt gewesen und zudem verspätet erfolgt. Der Beklagte habe der Klägerin daher gemäss Art. 337d Abs. 1 OR Schadenersatz in der richterlich geschätzten Höhe von Fr. 30'000.-- zu bezahlen.

Auf Berufung beider Parteien und Anschlussberufung der Klägerin hin hob das Kantonsgericht St. Gallen mit Entscheid vom 18. Juni 2007 das erstinstanzliche Urteil auf und hiess die Klage im Umfang von Fr. 42'800.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2002 und die Widerklage im Umfang von Fr. 4'201.90 nebst Zins zu 5 % seit 22. November 2002 gut. Im Übrigen wies es die Klage und die Widerklage ab.

Eine dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wies das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen am 19. Dezember 2007 ab.

C.

Der Beklagte (Beschwerdeführer) erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren, der Entscheid des Kassationsgerichts vom 19. Dezember 2007 sei aufzuheben; der Entscheid des Kantonsgerichts vom 18. Juni 2007 sei mit Ausnahme von Ziff. 1 Abs. 3 (teilweise Gutheissung der Widerklage) vollumfänglich aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.

Die Klägerin (Beschwerdegegnerin) schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Kantons- und das Kassationsgericht verzichteten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1 Der Entscheid des Kassationsgerichts vom 19. Dezember 2007 ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 75 Abs. 1 BGG). Soweit der Beschwerdeführer Rügen betreffend die Verletzung von Bundeszivilrecht vorbringt, welche das Kassationsgericht nicht prüfen konnte, ficht er in seinen Rechtsbegehren sowie in der Beschwerdebegründung zu Recht den Entscheid des Kantonsgerichts vom 18. Juni 2007 mit an (sog. Dorénaz-Praxis, BGE 134 III 141 E. 2, mit Hinweisen).

1.2 Die Eintretensvoraussetzungen sind gegeben, weshalb auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist. Zu beachten ist jedoch, dass das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht nur insofern prüft, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgetragen und begründet wird (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Rügen müssen daher klar und detailliert erhoben und, soweit möglich, belegt werden. Auf ungenügend begründete Rügen und bloss allgemein gehaltene, appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 133 II 396 E. 3.1 und E. 3.2 S. 399 f. mit Hinweisen).

2.

2.1 In seiner kantonalen Berufungsschrift machte der Beschwerdeführer geltend, er habe anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung behauptet, er habe die Kündigung vom 30. Mai 2002 vorgängig mündlich gegenüber seinem direkten Vorgesetzten, C._____, ausgesprochen. Dieser habe ihm erklärt, die mündliche Kündigung sei für ihn in Ordnung, der Beschwerdeführer solle die Kündigung aber "für die da oben" noch schriftlich machen. Zum Beweis dieser Behauptung verlangte der Beschwerdeführer die Einvernahme von C._____ als Zeugen.

2.2 Das Kantonsgericht verzichtete auf die Einvernahme von C._____, ohne dies zu begründen.

2.3 Vor Kassationsgericht rügte der Beschwerdeführer, das Kantonsgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem es C._____ nicht als Zeugen darüber befragte, ob er die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses akzeptiert habe.

2.4 Das Kassationsgericht erwog dazu, der Beschwerdeführer habe im Verfahren vor Kreisgericht und vor dem Kantonsgericht nicht behauptet, dass aus einem bestimmten tatsächlichen Verhalten von C._____ oder aus Äusserungen die Rechtsfolge abzuleiten sei, dass die mündliche Kündigung "akzeptiert" (gemeint wohl: dass eine einvernehmliche Vertragsauflösung gegeben wäre) und ein solches "Akzept" von C._____ der Beschwerdegegnerin zuzurechnen sei. Das Kantonsgericht

habe sich dazu mangels Behauptungen des Beschwerdeführers nicht äussern müssen. Der Beschwerdeführer berufe sich mithin auf eine neue Behauptung, die im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen sei.

2.5 Vor Bundesgericht macht der Beschwerdeführer geltend, diese Feststellung des Kassationsgerichts sei aktenwidrig und damit willkürlich. Wenn der direkte Vorgesetzte und Verkaufsleiter einer Unternehmung erkläre, die fristlose Kündigung sei für ihn in Ordnung, werde man das wohl als Akzept auslegen müssen.

2.6 Aus der vor dem Kantonsgericht vorgetragenen Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers geht hervor, dass C._____ die schriftliche Bestätigung der mündlichen Kündigung nicht für sich, sondern für "die da oben" verlangte. Darunter sind unter den gegebenen Umständen die ihm hierarchisch übergeordneten Personen zu verstehen, welche sich mit der Kündigung zu befassen haben. Demnach ist aus den Angaben des Beschwerdeführers in seiner Berufungsschrift nicht abzuleiten, dass er behauptete, C._____ habe die Kündigung als dazu berechtigter Vertreter der Beschwerdegegnerin genehmigt. Dies wird dadurch bestätigt, dass der Beschwerdeführer vor dem Kantonsgericht der ersten Instanz nicht vorwarf, die einvernehmliche Vertragsauflösung verkannt, sondern die rechtliche Zulässigkeit der fristlosen Kündigung zu Unrecht verneint zu haben. Damit haben die kantonalen Instanzen mangels einer entsprechenden tatsächlichen Behauptung des Beschwerdeführers seinen Anspruch auf Abnahme von Beweisen (vgl. dazu E. 5.5 hiernach) nicht verletzt, wenn sie auf die Einvernahme von C._____ zur Frage der Genehmigung der Kündigung verzichteten.

3.

3.1 Das Kantonsgericht verneinte die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung. Zur Begründung führte es aus, die Parteien hätten die Arbeitspflicht im Arbeitsvertrag nur in den Grundzügen festgelegt und gleichzeitig ausdrücklich verabredet, dass die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer die Tätigkeitsgebiete im Rahmen ihrer eigenen Geschäftstätigkeit von Fall zu Fall zuteile. Eine solche arbeitsvertragliche Regelung sei durchaus üblich und zulässig. Die Beschwerdegegnerin sei daher entgegen der Meinung des Beschwerdeführers berechtigt gewesen, den Beschwerdeführer anzuweisen, anstelle des Produktes "i-line/y-line" neu "Bannerwerbung" für das Internet zu vertreiben. Das Kantonsgericht verneinte auch das Vorliegen objektiver Gründe, die zu einem offenbaren Missverhältnis zwischen dem Wert der Austauschleistungen geführt hätten, habe doch der im Mai 2002 erwirtschaftete provisionsberechtigte Umsatz von rund Fr. 29'500.-- einem Verdienst entsprochen, welcher nur wenig unter dem für die ersten drei Arbeitsmonate garantierten Einkommen von Fr. 8'000.-- liege. Somit könne nicht von Lohnschwankungen gesprochen werden, mit welchen die Parteien bei Vertragsschluss weder rechnen konnten noch mussten. Die fristlose Aufhebung des Arbeitsvertrages erscheine auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Arbeitsvertrag habe ihn der Willkür der Beschwerdegegnerin ausgeliefert, da diese gemäss Ziff. 2.1 und 3.1 dieses Vertrages nicht nur das Reisegebiet, sondern auch das zu vertreibende Produkt nach Belieben habe festlegen können, ohne dass er Anspruch auf einen festen Lohnbestandteil hatte. Je nach Zuteilung hätte er damit nur noch einen sehr geringen Lohn erzielen können. Die genannten Vertragsbestimmungen seien daher sittenwidrig und gemäss Art. 20 Abs. 2 OR nichtig. Mit der Umstellung auf Bannerwerbung habe die Beschwerdegegnerin auch einen anderen Kundenkreis angesprochen. Nach Art. 349 Abs. 2 OR stelle eine Änderung des Reisegebietes oder des Kundenkreises einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar, wenn diese Änderung zu einer erheblichen Verdienstreduktion führe. Die Reduktion um 50 % genüge dazu. Tatsächlich habe sein Lohn im März 2002 Fr. 18'678.20, im April 2002 (mit Bannerwerbung) Fr. 12'320.40 und im Mai 2002 Fr. 4'610.35 betragen. Der Umsatz mit Bannerwerbung sei vom April auf Mai 2002 von Fr. 52'000.-- auf Fr. 30'320.-- gesunken. Auch unter Berücksichtigung der Teilnahme des Beschwerdeführers an einer von der Beschwerdegegnerin organisierten Kreuzfahrt vom 6. bis zum 12. Mai 2002 sei der Umsatz von Fr. 52'040 auf "hochgerechnete" Fr. 40'000.-- gesunken, d.h. er habe sich um 20 % reduziert.

3.3

3.3.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Derartige

Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 32; 130 III 213 E. 3.1 S. 220, je mit Hinweisen).

3.3.2 Gemäss Art. 27 ZBG kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Geht es um die Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung, ist das Bundesgericht zurückhaltend in der Annahme eines Verstosses gegen Art. 27 ZGB. Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (BGE 123 III 337 E. 5; 114 II 159 E. 2a S. 162, mit Hinweisen).

3.3.3 Gemäss Art 349a Abs. 2 OR ist eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt. Diese Bestimmung soll verhindern, dass der Arbeitgeber dem Handelsreisenden Provisionen verspricht, welche sich nachträglich als ungenügend erweisen. Eine Provision ist angemessen, wenn sie dem Handelsreisenden einen Verdienst garantiert, mit dem er seinen Lebensunterhalt gemäss seinem Arbeitseinsatz, seiner Ausbildung, seinen Dienstjahren, seinem Alter und seinen sozialen Aufgaben auf eine zufriedenstellende Weise finanzieren kann. Als Richtlinie ist zu berücksichtigen, was branchenüblich ist (BGE 129 III 664 E. 6.1. S. 670 mit Hinweisen). Bezüglich der Angemessenheit ist auf den durchschnittlichen Verdienst abzustellen (vgl. BGE 129 III 664 E. 6.2 S. 671).

3.4 Nach dem Gesagten hätte der Beschwerdeführer zur Geltendmachung einer übermässigen Einschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit darlegen und beweisen müssen, dass er mit der ihm zugeteilten Arbeit kein angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit erwirtschaften konnte und es ihm daher nicht zuzumuten war, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von zwei Monaten weiterzuführen. Dabei ist gemäss der zutreffenden Annahme des Kantonsgerichts zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer mit Lohnschwankungen rechnen musste und ihm daher auch ein vorübergehend unterdurchschnittlicher Lohn zuzumuten war, sofern er über längere Zeit ein angemessenes Entgelt erreichen konnte. Dass er dazu bei ordentlicher Kündigung nicht in der Lage gewesen wäre, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Demnach hat das Kantonsgericht das ihm zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn es annahm, dem Beschwerdeführer sei die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar gewesen.

4.

4.1 Das Kantonsgericht erwog, bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung des Arbeitnehmers habe der Arbeitgeber gemäss Art. 337d OR Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns. Da dieser nicht strikt bewiesen werden könne, sei er gemäss Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin zur Zeit der Kündigung mittels Zeitungsinseraten neue Mitarbeiter gesucht habe, belege, dass sie den Wegfall des Beschwerdeführers nicht vollständig und unverzüglich kompensieren konnte. Dass sein Akquisitionspotential zumindest teilweise auf andere Mitarbeiter hätte übertragen werden können, sei jedoch bei einem Personalbestand von rund 110 Aussendienstmitarbeitern auch in einer Wachstumsperiode wahrscheinlich. Nach Einschätzung des Kantonsgerichts hätte die Beschwerdegegnerin etwa einen Drittel des weggefallenen Umsatzes des Beschwerdeführers durch Mehrleistungen ihrer Mitarbeiter kompensieren können.

4.2 Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Zur Ermöglichung der richterlichen Schadensschätzung hat der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Zudem muss der geltend gemachte Schaden nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen, sondern als annähernd sicher erscheinen (BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f.; Urteil 4C.468/2004 vom 27. Oktober 2005 E. 3.1, publ. in: sic! 4/2006 S. 284). Zum Nachweis des geschätzten Schadens genügt damit die überwiegende Wahrscheinlichkeit seines Eintritts (BGE 133 III 153 E. 3.3; 130 III 321 E. 3.2 S. 324 mit Hinweisen). Das Bundesgericht prüft als Rechtsfrage, ob Umstände von der Art, wie sie der Geschädigte im kantonalen Verfahren vorgebracht hat, grundsätzlich geeignet sind, den Eintritt des geltend gemachten Schadens nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als annähernd

sicher bzw. überwiegend wahrscheinlich erscheinen zu lassen. Sobald hingegen das kantonale Sachgericht gestützt auf eine

Würdigung von Beweisen und konkreten Umständen die erforderliche Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bejaht oder verneint hat, liegt eine tatsächliche Feststellung vor (BGE 122 III 219 E. 3b S. 222 f.; 131 III 360 E. 51. S. 364). Eine solche kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG; vgl. auch 105 Abs. 2 BGG). Eine Feststellung ist "offensichtlich unrichtig" wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4338). Dabei ist zu beachten, dass dem Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung ein erhebliches Ermessen zusteht. Die Beweiswürdigung ist daher nur willkürlich, wenn das Sachgericht dieses Ermessen überschreitet, indem es zum Beispiel offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht oder erhebliche Beweise übersieht (BGE 129 I 8 E. 2.1. S. 9; 120 Ia 31 E. 4b S. 40, mit Hinweisen).

4.3 In seiner Nichtigkeitsbeschwerde machte der Beschwerdeführer geltend, das Kantonsgericht sei in Willkür verfallen, wenn es angenommen habe, die Beschwerdegegnerin habe den Wegfall des Beschwerdeführers nicht durch eine Aufteilung seiner Arbeit auf ihre 110 Aussendienstmitarbeiter kompensieren können.

4.4 Das Kassationsgericht trat auf diese Rüge mit der Begründung nicht ein, damit werde die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR und die Ausübung des Ermessens kritisiert. Zudem sei die Rüge unbegründet, weil damit rein appellatorische Kritik an der Würdigung der Vorinstanz geübt werde.

4.5 Vor Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer, das Kassationsgericht sei insoweit in Willkür verfallen. Er habe in allen drei kantonalen Instanzen ausgeführt, die Beschwerdegegnerin habe seinen Weggang durch die 110 Aussendienstmitarbeiter ohne Umsatzeinbusse bewältigen können. Ausserdem habe er geltend gemacht, die Annahme des Kantonsgerichts, die Beschwerdegegnerin sei auf permanenter Suche nach neuen Aussendienstmitarbeitern gewesen, sei aktenwidrig.

4.6 Der Beschwerdeführer hat bereits vor dem Kassationsgericht anerkannt, dass die Beschwerdegegnerin im eigenen Werbeblatt permanent Aussendienstmitarbeiter suchte. Zudem gab er in seiner Berufungsantwort vom 26. November 2004 (S. 4) an, die Beschwerdegegnerin beschäftige zur Zeit 170 Aussendienstmitarbeiter, womit er selber davon ausging, dass die Zahl solcher Mitarbeiter nach seiner Kündigung erheblich erhöht wurde. Damit konnte das Kantonsgericht willkürfrei annehmen, zur Zeit der Kündigung habe ein Mangel an Aussendienstmitarbeitern bestanden, weshalb die Beschwerdeführerin nur einen Teil der hypothetisch vom Beschwerdeführer geleisteten Arbeit auf die ihr verbleibenden oder neu angeworbenen Mitarbeiter aufteilen konnte.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer machte vor Kassationsgericht geltend, das Kantonsgericht habe im Zusammenhang mit der Ermittlung des ihm anzurechnenden Umsatzes seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da es formrichtig und rechtzeitig angebotene Beweise nicht abgenommen habe.

5.2 Das Kassationsgericht trat auf diese Rüge nicht ein, da das Recht auf Beweis auf Art. 8 ZGB abgestützt werde, dessen Verletzung - abgesehen von der hier nicht gegebenen antizipierten Beweiswürdigung - mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gerügt werden könne.

5.3 Der Beschwerdeführer gibt diese Annahme als willkürlich aus, ohne diese Rüge rechtsgenügend zu begründen, weshalb darauf nicht einzutreten ist (vgl. E. 1.2 hiervor).

5.4 Vor Bundesgericht wiederholt der Beschwerdeführer seine bereits vor dem Kassationsgericht vorgebrachte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen Nichtabnahme von Beweisen, indem er vorbringt, er habe in seiner kantonalen Berufungsschrift auf Seite 3 (recte: 8) in Bezug auf die Bannerwerbung die Edition der Lohnabrechnungen der Aussendienstmitarbeiter der Beschwerdegegnerin für die Zeit vom April bis Juli 2002 beantragt. Auf Seite 8 der Berufung habe er geltend gemacht, dass im Zeitpunkt der Berufung nur noch eine Aussendienstmitarbeiterin Bannerwerbung vertrieben habe und dafür Frau D. _____ als Zeugin angerufen. In Bezug auf das Produkt "gate24.ch" habe er auf S. 4 der Berufungsantwort geltend gemacht, dass der Umsatz in der Ferienzeit regelmässig absinke und zum Beweis die Edition der monatlichen Umsatzzahlen der Beschwerdegegnerin von 1999 bis 2002 beantragt. Durch die Nichtabnahme dieser Beweise hätten die kantonalen Gerichten das rechtlichen Gehör gemäss Art. 55 ZPO/SG, Art. 2 Abs. 1 lit. c KV/SG

und Art. 29 Abs. 2 BV sowie den Beweisanspruch gemäss Art. 8 ZGB verletzt.

5.5 Art. 8 ZGB regelt nach der Rechtsprechung einerseits für den Bereich des Bundeszivilrechts die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweispflichtigen Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, zum Beweis zugelassen zu werden, sofern ihr Beweisantrag rechtserhebliche Tatsachen betrifft und nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Prozessrechts entspricht (BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299; 132 III 222 E. 2.3 S. 226, je mit Hinweisen).

5.6 Auf Seite 8 der Berufung vom 30. September 2004 verlangte der Beschwerdeführer zu der im Zusammenhang mit der Frage der Berechtigung zur fristlosen Kündigung erhobenen Behauptung, er sei nicht der Einzige gewesen, der [mit dem Vertrieb von Bannerwerbung] massive Umsatzrückgänge habe hinnehmen müssen, die Edition sämtlicher Lohnabrechnungen April bis Juli 2002 seitens der Beschwerdegegnerin. An derselben Stelle brachte der Beschwerdeführer vor, dass seine Darstellung hinsichtlich der rückläufigen Umsatzmöglichkeiten mit dem Produkt "Bannerwerbung" zutreffe, zeige sich daran, dass die Klägerin heute nur noch eine Mitarbeiterin mit dem Vertrieb dieses Produktes beschäftige, was er mittels Einvernahme von D. _____ als Zeugin beweisen wolle.

Diese Beweisanträge wurden nur bezüglich des Rechts zur fristlosen Kündigung gestellt und waren insoweit nicht rechtserheblich. Denn dem Beschwerdeführer stand selbst dann kein Recht zur fristlosen Kündigung zu, wenn er und seine Arbeitskollegen auf Grund der vorübergehenden Umstellung auf Bannerwerbung Umsatzeinbussen erleiden mussten (vgl. E. 3 hiavor).

5.7 Auf Seite 4 der Berufungsantwort vom 26. November 2004 machte der Beschwerdeführer geltend, er hätte im Sommer 2002 tatsächlich noch zwei Wochen Ferien gemacht, wogegen die Beschwerdegegnerin wohl kaum Einwände erhoben hätte, nachdem der Geschäftsgang im Juli jeweils gegenüber den anderen Monaten absinke. Zum Beweis verlangte der Beschwerdeführer die Edition der monatlichen Umsatzzahlen 1999 bis 2002.

Die Frage, ob die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer den Bezug von Ferien im Juni oder Juli 2002 zugestimmt hätte, ist ebenfalls nicht entscheidend, weil das Kantonsgericht zum Ergebnis kam, dass der Beschwerdeführer die ihm anteilmässig für das Jahr 2002 zustehenden Ferientage vollständig bezogen hatte. Damit ist eine Verletzung des aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Beweisführungsanspruchs zu verneinen.

6.

6.1 Bei der Schätzung der vom Beschwerdeführer hypothetisch erzielten Umsätze ging das Kantonsgericht davon aus, dass er im Juni 2002 Aufträge für "Bannerwerbung" akquiriert und im Juli 2002 Registerinträge auf dem "gate24.ch" als Nachfolgeprodukt des "i-line/y-line" vertrieben hätte. Da das "gate24.ch" nicht ein neues Produkt gewesen sei, welches von Grund auf neu lanciert werden müssen, sei nicht mit relevanten Startschwierigkeiten zu rechnen gewesen. So sei das Branchenverzeichnis auch während der Monate April, Mai und Juni 2002 weitgehend lückenlos gelaufen. Während der Portalumstellung von "i-line/y-line" auf "gate24.ch" sei lediglich die Akquisition von Einträgen eingestellt gewesen. Damit sei für Juli 2002 auf den durchschnittlichen provisionspflichtigen Umsatz aus den Monaten Dezember 2001 bis März 2002 von rund Fr. 68'500.-- abzustellen.

6.2 Vor Kassationsgericht machte der Beschwerdeführer geltend, die Feststellung des Kantonsgerichts, der Umsatz mit "gate24.ch" sei gleich gewesen wie derjenige mit "i-line/y-line", sei willkürlich.

6.3 Das Kassationsgericht erwog dazu, zumindest im Zusammenhang mit der Ermittlung des hypothetischen Umsatzes in den Monaten Juni und Juli finde sich keine solche Feststellung. Das Kantonsgericht sei [lediglich] davon ausgegangen, dass es sich beim Produkt "gate24.ch" nicht um ein Produkt gehandelt habe, welches von Grund auf neu lanciert werden müssen, sodass keine nennenswerten Startschwierigkeiten zu erwarten gewesen seien. Diese Feststellung kritisiere der Beschwerdeführer nicht.

6.4 Vor Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer, die Feststellung, das Kantonsgericht habe den hypothetischen Umsatz im Juli mit "gate24.ch" nicht nach dem Umsatz mit "i-line/y-line" bemessen, sei aktenwidrig und damit willkürlich.

6.5 Zutreffend ist, dass das Kantonsgericht davon ausging, der Beschwerdeführer hätte im Juli 2002 mit "gate24.ch" den gleichen Umsatz erreicht wie in den Monaten Dezember 2001 bis März 2002 mit "i-line/y-line". Der Beschwerdeführer legt jedoch nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern

diese Annahme unhaltbar sein soll, weshalb der angefochtene Entscheid insoweit im Ergebnis vor dem Willkürverbot standhält.

7.

Weiter übt der Beschwerdeführer appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung des Kantonsgerichts, wenn er anführt, es habe verkannt, dass die Beschwerdegegnerin nicht behauptet habe, irgendwelche Kunden seien nur in den Monaten Juni oder Juli bereit gewesen, mit ihr zu kontrahieren. Darauf ist nicht einzutreten.

8.

8.1 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Behauptungs- und Substanziierungspflicht im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 OR sei von der Beschwerdegegnerin nicht erfüllt worden, da sie keine Angaben zur Entwicklung des Personalbestandes gemacht und keine Umsatzvergleiche zwischen 2001 und 2002 beigebracht habe.

8.2 Die Rüge ist unbegründet. Die von der Beschwerdegegnerin dargelegten und vom Kantonsgericht willkürfrei als bewiesen erachteten Umstände waren auch ohne die vom Beschwerdeführer verlangten Angaben grundsätzlich geeignet, den Eintritt des vom Kantonsgericht zugesprochenen Schadens nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als überwiegend wahrscheinlich erscheinen zu lassen.

9.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer und dem Kassationsgericht des Kantons St. Gallen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Juli 2008

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber:

Klett Gelzer