



Fall-Nr.:	BZ.2009.36
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	26.10.2009
Entscheiddatum:	26.10.2009

Entscheid Kantonsgericht, 26.10.2009

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, Art. 28, Art. 124, Art. 320 Abs. 3, Art. 323b Abs. 2, Art. 324 Abs. 2, Art. 327a Abs. 1 und Art. 337c Abs. 2 OR (SR 220).

Grundlagenirrtum respektive Täuschung beim Abschluss eines Arbeitsvertrags. Folgen der Ungültigkeit des Arbeitsvertrags. Gutgläubige Erbringung der Arbeitsleistung. Lohnanspruch während Freistellung. Verrechnung. Auslagenersatz. Bei der Prüfung, ob bestimmte Eigenschaften oder Fähigkeiten eines Arbeitnehmers verkehrswesentlich sind, kann auf die Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers abgestellt werden. Eine solche besteht nur ausnahmsweise, wenn der Bewerber für die Arbeitsstelle absolut ungeeignet ist und die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausgeschlossen ist. Bei Verletzung der Offenbarungspflicht liegt eine Täuschung vor. Die Folgen der Ungültigkeit des Einzelarbeitsvertrags im Vollzugsstadium treten ex nunc ein. Der Lohnanspruch während der Freistellung entfällt, wenn der Arbeitnehmer aus Bequemlichkeit die Stellensuche unterlässt oder eine zumutbare Beschäftigung nicht annimmt. Die Voraussetzungen der Verrechnung müssen im Zeitpunkt des Eintreffens der Verrechnungserklärung beim Verrechnungsgegner gegeben sein (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 26. Oktober 2009, BZ.2009.36).

Erwägungen

I.

1.1 Am 25. Januar 2005 unterzeichneten A und der Kläger mit der Firma XY in Z je einen mit "Geheimhaltungserklärung, Vermittlungs- und Honorarvereinbarung" überschriebenen Vertrag (bekl. act. 13 und 14). Der Kläger wurde dabei als "Käufer", A als "Verkäufer" und "Inhaber der M AG" bezeichnet, die Firma XY jeweils als



"Vermittler". Sodann wurde zwischen dem Kläger, der beabsichtigte, einen kleineren Industriebetrieb entweder vollständig oder mehrheitlich zu erwerben (Klage, 3 unten), und A, der für die in seinem Alleineigentum stehenden Aktien der M AG (Beklagte) und der P AG, Buchs, einen Käufer suchte (Klageantwort, 7 oben), ein Kontakt vermittelt (Klage, 4 oben; Klageantwort, 7 lit. b).

1.2 Am 19. Mai 2005 unterzeichneten A als Verkäufer und der Kläger als Käufer eine mit "LOI (Binding Letter of Intent)" respektive "Letter of Intent (Binding LOI)" überschriebene Vereinbarung (kläg. act. 3). Darin erklärten A und der Kläger im Wesentlichen die Absicht, die Aktien der Beklagten und der P AG zu verkaufen respektive zu kaufen. Gemäss § 9 der Vereinbarung sollte diese enden, falls der Kläger binnen acht Wochen die Finanzierungszusage nicht erbringen würde. Diese Frist wurde in der Folge dreimal verlängert: Am 7. Juli 2005 (bis zum 15. August 2005), am 12. August 2005 (bis zum 3. September 2005) und letztmals am 2. September 2005 bis zum 30. Oktober 2005 (kläg. act. 4). Der Kaufvertrag über die Aktien kam nicht zustande.

1.3 Am 22. Juni 2005 schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin, vertreten von A, und der Kläger als Arbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab (kläg. act. 5). Die Anstellung des Klägers erfolgte als Geschäftsführer der M-Gruppe. Als Arbeitsbeginn wurde der 1. Juli 2005 vereinbart. Die Arbeitszeit sollte 20 Stunden, verteilt auf fünf Wochentage, betragen. Den Jahreslohn legten die Parteien auf Fr. 155'500.-- brutto, entsprechend dreizehn Mal Fr. 11'961.50 brutto, fest. Die Probezeit betrug drei Monate, die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit zwei Monate.

1.4 A teilte dem Kläger am 23. Dezember 2005 mit, er möchte aufgrund des Nichtzustandekommens des Kaufvertrags über die Aktien der Beklagten und der P AG das Anstellungsverhältnis auflösen, was der Kläger als ordentliche Auflösung des Arbeitsvertrags per Ende Februar 2006 interpretierte. In der Folge wurde das Arbeitsverhältnis bis Ende März verlängert (kläg. act. 7). Für die Beklagte wurde die Verlängerungsvereinbarung von As Tochter B, die im Handelsregister ab dem 8. März 2006 als einzelzeichnungsberechtigt für die Beklagte eingetragen war, unterzeichnet.



St.Galler Gerichte

1.5 Am 31. März 2006 schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin, vertreten von B, und der Kläger als Arbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab (kläg. act. 8). Die Anstellung des Klägers erfolgte als Berater der Geschäftsleitung der M-Gruppe. Als Arbeitsbeginn wurde der 1. April 2006 vereinbart. Die Arbeitszeit sollte 20 Stunden, verteilt auf fünf Wochentage, betragen. Den Jahreslohn legten die Parteien auf Fr. 155'500.-- brutto, entsprechend dreizehn Mal Fr. 11'961.50 brutto, fest. Die Probezeit betrug drei Monate, die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit sechs Monate.

1.6 Der Kläger bemühte sich weiter, von A die Aktien der Beklagten und der P AG zu erwerben (vgl. kläg. act. 9 bis 13).

1.7 Am 11. November 2006 verstarb A. Die Aktien der Beklagten und der P AG gingen gemäss Ehevertrag vom 15. Dezember 1993 (kläg. act. 16) im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf seine Witwe über (Klage, 8 Ziff. 10). Am 21. November 2006 fanden unter deren Leitung Universalversammlungen beider Gesellschaften statt, wobei B je als einzige Verwaltungsrätin gewählt wurde (Klage, 9 Ziff. 14). Ebenfalls am 21. November 2006 kaufte B sämtliche Aktien der beiden Gesellschaften von ihrer Mutter (Klage, 9 Ziff. 15). Der Kläger wurde am 9. Januar 2007 als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer beider Gesellschaften im Handelsregister eingetragen.

1.8 Am 17. November 2006 unterzeichneten die Parteien, die Beklagte vertreten von B, eine Kostenübernahmeerklärung. Darin verpflichtete sich die Beklagte, für die Dauer des Arbeitsverhältnisses dem Kläger monatlich Fr. 2'000.-- an eine von diesem gemietete Wohnung zu bezahlen, welche er auch als Büro nutzte (kläg. act. 32).

1.9 Mit Schreiben vom 24. April 2007 kündigte die Beklagte, vertreten durch B, das mit Vertrag vom 31. März 2006 geschlossene Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist von sechs Monaten und stellte den Kläger per sofort frei (kläg. act. 27). Am 14. Mai 2007 wurde der Kläger im Handelsregister gelöscht. In der Folge weigerte sich die Beklagte, dem Kläger den Lohn von April bis Oktober 2007, den (anteiligen) 13. Monatslohn 2007, die Kosten gemäss Kostenübernahmeerklärung, vom Kläger für



die Monate März und April geltend gemachten Spesen und von diesem behauptete Überstunden zu bezahlen.

1.10 Mit Schreiben vom 27. November 2007 (bekl. act. 11) erklärte die Beklagte infolge Irrtum und Täuschung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ex tunc.

1.11 Während der Dauer seiner Anstellung hat der Kläger von der Beklagten regelmässig die Erstattung von Spesen verlangt und ihr dazu Belege, teilweise versehen mit einer Zusammenstellung vorgelegt (vgl. bekl. act. 38-83). Die verlangten Beträge wurden dem Kläger jeweils erstattet, wobei unbestritten ist, dass die diesbezüglichen Zahlungsaufträge von B ausgelöst worden sind und nicht vom Kläger, der nie über eine Bankvollmacht verfügte.

1.12 Am 21. November 2008 trat die Beklagte, vertreten vom kollektivzeichnungsberechtigten C und von B, eine ihr "aus einem ehemaligen Arbeitsverhältnis zwischen [der Beklagten und dem Kläger zustehende] Forderung von insgesamt Fr. 194'929.50" an B ab (kläg. act. 63). B wendete diese Forderung in einem vom Kläger gegen sie angestregten Forderungsprozess als Gegenforderung ein (kläg. act. 64, S. 5 unten).

2.1 Mit Klage vom 27. September 2007 machte der Kläger die Streitsache direkt beim Kreisgericht anhängig (vi-act. 1; Art. 136 lit. a ZPO). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort am 11. Februar 2008 ein und erhob gleichzeitig Widerklage (vi-act. 14). Es folgten die Replik und Widerklageantwort des Klägers vom 26. März 2008 (vi-act. 20), die Duplik und Widerklagereplik des Beklagten vom 13. Mai 2008 (vi-act. 25) und die Widerklageduplik des Klägers vom 16. August 2008 (vi-act. 31).

2.2 Die vorinstanzliche Hauptverhandlung fand am 15. Januar 2009 statt (vi-act. 34). Daran nahmen neben den beiden Rechtsvertretern der Kläger und B teil (Urteil, 6 Ziff. 15). Der Entscheid vom gleichen Tag wurde am 16. Januar 2009 im Dispositiv an die Parteien versandt (vi-act. 38). Der Versand des begründeten Urteils erfolgte am 3. März 2009 (Urteil, 26; Zugang bei der Beklagten am 4. März 2009 [vi-act. 41]).

3.1 Am 3. April 2009 erhob die Beklagte gegen diesen Entscheid Berufung beim Kantonsgericht (act. B1). Am 20. Mai 2009 stellte der Kläger den Antrag, die Beklagte



habe für die Parteikosten des Berufungsverfahrens Sicherheit zu leisten (act. B10). Mit Entscheid vom 8. Juni 2009 wurde die Beklagte verpflichtet, innert 10 Tagen die verlangte Sicherheit von Fr. 8'000.-- zu leisten (act. B15). Die Beklagte überwies dem Kantonsgericht in der Folge diesen Betrag. Sodann reichte der Kläger am 26. Juni 2009 seine Berufungsantwort ein (act. B20).

3.2 Die Beklagte ersuchte am 3. Juli 2009 um Zulassung einer nachträglichen Eingabe (act. B23). Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 13. Juli 2009, die nachträgliche Eingabe der Beklagten sei nicht zuzulassen, soweit sie sich nicht auf die Abtretung der behaupteten Verrechnungsforderung der Beklagten beziehe (act. B26).

3.3 Ein zweiter Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung wurde nicht durchgeführt (act. B29).

II.

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

2.1 Der Kläger hat seinen Wohnsitz in Liechtenstein. Damit liegt ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 IPRG vor (BGE 131 III 76 E. 2.3 S. 80). Entsprechend richten sich Zuständigkeit und anwendbares Recht vorbehältlich völkerrechtlicher Verträge nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Bilaterale völkerrechtliche Verträge bestehen mit dem Fürstentum Liechtenstein diesbezüglich nicht.

2.2 Bezüglich der international örtlichen Zuständigkeit stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des LugÜ. Diese ist, obwohl das Fürstentum Liechtenstein nicht zu den Vertragsstaaten des LugÜ gehört, zu bejahen. Die Anwendung von Art. 2 LugÜ setzt lediglich den Wohnsitz des Beklagten in einem Vertragsstaat sowie ein internationales Element voraus (BGE 135 III 185 E. 3.3 S. 189 f. m. w. H.; Entscheid des



Bundesgerichts 4C.98/2003 vom 15. Juni 2004 E. 2.1; Volken, in: Girsberger et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, vor Art. 2 N 17; Dasser, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Bern 2008, Art. 1 N 12, 17). Im Lichte dieser Rechtsprechung und Lehrmeinungen ist Art. 2 LugÜ auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, denn die Beklagte hat ihren Sitz in der Schweiz und aus dem Wohnsitz des Klägers ergibt sich ein Auslandsbezug. Eine solche Konstellation wird vom räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des Art. 2 LugÜ erfasst. Entsprechend steht dem Kläger vorliegend gestützt auf das LugÜ der Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung. Die örtliche Zuständigkeit ist nach den massgeblichen Bestimmungen des IPRG zu bestimmen.

Für Klagen aus Vertrag sind gemäss IPRG die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig (Art. 112 Abs. 1 IPRG). Für Klagen aus Arbeitsvertrag bestimmt sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nach dem Wohnsitz des Beklagten oder des Orts, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 115 Abs. 1 IPRG). Die Vorinstanz hat ihre örtliche Zuständigkeit daher zu Recht bejaht.

2.4 Auf die vorliegende Streitsache ist gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG schweizerisches Recht anwendbar.

3. Die Beklagte verzichtet ausdrücklich auf eine Berufung gegen das Nichteintreten auf ihre Widerklage (Berufung, 2 Ziff. 5). Der Kläger verzichtet ausdrücklich auf eine Anschlussberufung (Berufungsantwort, 3 Ziff. 8). Damit sind die Ziff. 2 und 3 des vorinstanzlichen Dispositivs in Rechtskraft erwachsen.

4.1 Eine Partei, die eine nachträgliche Eingabe zur Wahrung des rechtlichen Gehörs einreicht, hat im Einzelnen darzutun, welche neuen Vorbringen der Gegenpartei eine Stellungnahme erfordern. Unterlässt sie dies, kann das Gericht die nachträgliche Eingabe daher ohne Weiteres aus dem Recht weisen, es sei denn, dass die Zulässigkeit geradezu evident erscheint, was insbesondere dann der Fall ist, wenn mit der nachträglichen Eingabe auf neue Urkunden geantwortet wird (GVP 1993 Nr. 65 lit. b; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 164 N 3b).



4.2 Wenn die Beklagte in ihrer nachträglichen Eingabe selber vorträgt, sie beziehe sich auf erneut oder wiederholt vorgetragene klägerische Behauptungen (act. B23, S.3), ist die nachträgliche Eingabe von vornherein unzulässig. Im Weiteren enthält die nachträgliche Eingabe, soweit vom Kläger verlangt wird, sie sei nicht zuzulassen, keine neuen Vorbringen oder Beweisanträge, die für den Ausgang des Prozesses von Bedeutung wären. Entsprechend kann deren Zulässigkeit offen gelassen werden und ist nur der Abschnitt S. 2 II/B1 der nachträglichen Eingabe zuzulassen.

III.

1.1 Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe ihr im Verlaufe der Vertragsverhandlungen unzutreffende Angaben gemacht und wesentliche Informationen vorenthalten. Sie habe sich bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 22. Juni 2005 in einem Grundlagenirrtum befunden und sei vom Kläger getäuscht worden. Deshalb habe sie den Vertrag angefochten, weshalb er nach ihrer Auffassung ex tunc, also rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dahingefallen sei (Klageantwort, 6 lit. d; Berufung, 3 Ziff. 2).

Den Grundlagenirrtum beziehungsweise die Täuschung sieht die Beklagte darin, dass ein Lebenslauf des Klägers, den die Firma XY im Rahmen der Vermittlung der Beklagten an A faxte (Klageantwort, 7 lit. b; bekl. act. 8), bezüglich der Dauer des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der S AG falsche Angaben enthielt. Gemäss dortigen Angaben war der Kläger vom Februar 2000 bis zum Januar 2003 bei der S AG tätig, während er in Tat und Wahrheit am 9. September 2002 fristlos entlassen wurde. Die Beklagte bringt vor, es sei dem Kläger vorgeworfen worden, seine damalige Arbeitgeberin und eine Kundin in strafrechtlich relevanter Weise geschädigt zu haben. Der Kläger sei beschuldigt worden, sich in erheblichem Umfang unrechtmässig bereichert und sich anvertrautes Geld angeeignet zu haben. Er habe sich verpflichtet, den einvernehmlich festgestellten Schaden von Fr. 433'927.-- bis zum 11. September 2002 zu begleichen und diverse Gegenstände zurückzugeben. Sodann habe sich der Kläger in einer weiteren Vereinbarung mit der S AG verpflichtet, weitere Fr. 51'132.75 für durch ungerechtfertigt bezogene Spesen sowie weitere verursachte Kosten zu



bezahlen (Klageantwort, 4; bekl. act. 4, 5 und 7). Sodann habe der erwähnte Lebenslauf auch bezüglich der Dauer der Anstellung bei der T AG nicht der Wahrheit entsprochen, indem dadurch, dass dort nur aufgeführt worden sei, dass er seit Februar 2003 bei der T AG arbeite, der Eindruck erweckt worden sei, der Kläger sei in ungekündigter Stellung bei der T AG tätig. Auch habe der Kläger in einem Faxschreiben an A vom 16. Juni 2005 mitgeteilt, sein Dienstverhältnis mit der T AG befinde sich auf den 1. Juli 2005 in Auflösung. Tatsächlich sei das Arbeitsverhältnis bereits am 31. Juli 2004 beendet worden (Klageantwort, 5 lit. c; bekl. act. 10).

Der Kläger behauptet, in seinem gesamten Bewerbungsdossier hätten sich auch die Arbeitsbestätigung der S AG und das Arbeitszeugnis der T AG befunden (Replik, 2 Ziff. 1.1; kläg. act. 40 und 41). Über das unerfreuliche Ende seiner Anstellung bei der S AG habe er A vor Anstellungsbeginn und B spätestens im Februar 2006 informiert (Replik, 3 Ziff. 1.4). Bezüglich der Zeit nach seinem Ausscheiden aus der T AG will der Kläger für ungenannte Klienten der T AG, insbesondere eine nicht weiter bezeichnete "bekannte Zürcher Unternehmerfamilie" tätig gewesen sein, weshalb er diese Tätigkeit der Übersicht halber unter dem Punkt T AG aufgeführt habe (Replik, 3 Ziff. 1.3; Widerklageduplik, 5 Ziff. 3).

1.2 Die Anfechtung eines Vertrags wegen Irrtums oder Täuschung hat binnen eines Jahres seit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung zu erfolgen (Art. 31 OR). Nach der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB hat derjenige das Einhalten der Frist zu beweisen, der den Vertrag anfechten will, vorliegend die Beklagte. Zu beachten ist, dass die Einrede der Täuschung unverjährbar ist, sofern die Getäuschte – wie vorliegend – ihre Leistung noch nicht erbracht hat (Art. 60 Abs. 3 OR; BGE 127 III 83 E. 1a S. 85 m. w. H.).

Die Beklagte behauptet, sie habe am 23. November 2007 (gemäss Klageantwort, 4 lit. b) oder am 25. November 2007 (gemäss Duplik, 6 oben) diejenigen Unterlagen anonym zugestellt erhalten, welche gezeigt hätten, dass der Kläger hinsichtlich der Zeitpunkte der Auflösung der Arbeitsverhältnisse mit der S AG und der T AG unwahre Angaben gemacht habe. Sodann habe sie unmittelbar, am 27. November 2007, die Anfechtung erklärt (bekl. act. 11).



Der Kläger bringt wie gesehen vor, er habe A schon vor seiner Anstellung darüber informiert und B die entsprechenden Dokumente spätestens im Februar 2006 anlässlich eines Gesprächs betreffend seinen Ehescheidungsprozess selber übergeben, da seine Frau die fristlose Entlassung bei der S AG im Rahmen dieses Verfahrens gegen ihn verwendet habe (Replik, 3 Ziff. 1.4; Berufungsantwort, 4 Ziff. 2.1). Dies wird von der Beklagten bestritten. Das behauptete Gespräch habe im Herbst 2006 stattgefunden und es sei in diesem Zusammenhang weder über die vorhergehenden Arbeitsverhältnisse des Klägers gesprochen worden, noch seien entsprechende Dokumente ausgehändigt worden (Duplik, 6 oben).

Die beklagtische Behauptung, wonach sie ihren Irrtum erst am 23. November 2007 entdeckt haben will, kann unter diesen Umständen – für die angeblich am 23. oder 25. November 2007 anonym erfolgte Zustellung der Dokumente fehlt jeglicher Beweis (beispielsweise Zustellcouvert; Eingangsstempel; Zeugenaussage eines Angestellten der Beklagten, der allenfalls das Couvert geöffnet hat) – nicht als bewiesen erachtet werden. Damit misslingt der Beklagten der ihr obliegende Beweis, dass die Verwirkungfrist des Art. 31 Abs. 1 OR eingehalten ist. Ihre Vorbringen betreffend Irrtum und das ex tunc Dahinfallen des Arbeitsvertrags sind bereits deshalb nicht zu hören. Sie sowie die Ausführungen zur Täuschung erweisen sich im Übrigen auch materiell als unbegründet.

1.3 Damit von einem Grundlagenirrtum ausgegangen werden kann, muss der Irrende (subjektiv) den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet haben und der Irrende muss den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (objektiv) als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet haben dürfen (Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 779 ff.). Bei der Prüfung, ob bestimmte Eigenschaften oder Fähigkeiten eines Arbeitnehmers verkehrswesentlich oder nur für den betreffenden Arbeitgeber wesentlich sind, kann auf die Frage zurückgegriffen werden, ob der Arbeitnehmer verpflichtet gewesen wäre, auf das Fehlen dieser Eigenschaften oder Fähigkeiten von sich aus aufmerksam zu machen, auch wenn der Arbeitgeber nicht nach ihnen fragt. In diesen Fällen verletzt er seine im Rahmen der Bewerbung bestehende Mitteilungspflicht (Rehbinder, Berner Kommentar,



VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 320 N 32). Eine Mitteilungspflicht besteht in der Regel nicht (Portmann; in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 320 N 13; BK-Rehbinder, Art. 320 N 32). Sie besteht ausnahmsweise, wenn der Bewerber für die betreffende Arbeitsstelle absolut ungeeignet ist, die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausgeschlossen oder diese doch erheblich behindert ist (BGE 132 II 161 E. 4.2 S. 166; ZR 100 [2001] Nr. 68; BSK-Portmann, Art. 320 N 13; BK-Rehbinder, Art. 320 N 32; Staehelin, Zürcher Kommentar V2c, Art. 319-330a, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 320 N 34; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 328b N 11). Dies ist der Fall, wenn er die fragliche Arbeitsleistung mangels entsprechender Fähigkeiten überhaupt nicht erbringen kann, wenn er zur Arbeitsleistung infolge chronischer Leiden, schwerer oder ansteckender Krankheit nicht imstande ist oder wenn ein Konkurrenzverbot den vorgesehenen Arbeitseinsatz behindert (BGE 132 II 161 E. 4.2 S. 167; BSK-Portmann, Art. 320 N 13; BK-Rehbinder, Art. 320 N 32). Keine Mitteilungspflicht besteht hingegen selbst bei einschlägigen Vorstrafen, denn die Vorstrafe behindert den Bewerber nicht an der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten (BK-Rehbinder, Art. 320 N 32; a. M. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 320 N 8b). Das Bundesgericht hat in BGE 132 II 161 bezüglich solcher (hängiger) Verfahren eine Offenbarungspflicht bejaht, bei denen die konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsplatzverhinderung oder doch das erhebliche Risiko einer wesentlichen Verminderung der Arbeitsleistung besteht (im zu beurteilenden Fall ein Tötungsdelikt).

Gemäss dieser Lehre und Rechtsprechung traf den Kläger vorliegend keine Mitteilungspflicht bezüglich seines unrühmlichen Abgangs bei der S AG. Weder kam es damals zu einer strafrechtlichen Verurteilung des Klägers, noch ist ersichtlich, inwiefern ihn dieser Umstand bei der Tätigkeit bei der Beklagten hätte behindern sollen und er deshalb für die Stelle absolut ungeeignet war. Dass auch die Beklagte nicht von einer Ungeeignetheit des Klägers für die Stelle ausging, zeigt allein schon die Tatsache, dass sie das Arbeitsverhältnis mit ihm einmal verlängerte und es anschliessend erneuerte. Es mag zutreffen, dass die Vorgänge, welche zur fristlosen Entlassung des Klägers bei der S AG geführt haben, ein eher schiefes Licht auf diesen werfen und man sich durchaus fragen kann, ob er charakterlich für die Stelle bei der Beklagten geeignet war. Allein darauf kommt es nicht an, denn objektiv hat ihn sein früheres Verhalten während seiner Tätigkeit bei der Beklagten nicht behindert. Entsprechend kann – angenommen, der



Kläger habe A entgegen der Behauptung der Beklagten nicht ohnehin informiert – nicht von einem Grundlagenirrtum der Beklagten ausgegangen werden. Dasselbe gilt auch für die unwahren Angaben bezüglich des Zeitpunkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der T AG.

1.4 Eine Täuschung würde vorliegen, wenn der Kläger eine Offenbarungspflicht verletzt hätte. Dies wäre einerseits der Fall, wenn er durch eine Unterlassung seine Mitteilungs-/Aufklärungspflicht verletzt hätte und andererseits dann, wenn er durch positives Tun (unrichtige Angabe) seiner Auskunftspflicht nicht nachgekommen wäre (BK-Rehbinder, Art. 320 N 35).

Wie in E. 1.3 gesehen, kann dem Kläger keine Verletzung seiner Mitteilungs-/Aufklärungspflicht vorgeworfen werden. Dass er seine Auskunftspflicht auf Befragen seiner Vertragspartnerin verletzt hätte, wird von der Beklagten nicht behauptet. Eine Täuschung kann wie erwähnt auch dann vorliegen, wenn der Kläger die Wahrheitspflicht verletzt hat, also von sich aus falsche oder unvollständige und damit irreführende Angaben gemacht hat. Werden nämlich trotz fehlender Mitteilungs-/Aufklärungspflicht freiwillig Angaben gemacht, müssen diese wahr sein (BK-Rehbinder, Art. 320 N 37; Streiff/von Kaenel, Art. 328b N 12). Diesbezüglich ist davon auszugehen, dass der Kläger bezüglich der Beendigungszeitpunkte seiner letzten beiden Anstellungen in seinem Lebenslauf nicht die Wahrheit gesagt hat. Zwar wurde sein Lebenslauf (bekl. act. 8) nicht der Beklagten, sondern A im Rahmen des geplanten Verkaufs der Beklagten zugestellt, doch wusste mit Sicherheit auch der Kläger, dass ebendieser Lebenslauf auch eine Grundlage für die Anstellungsgespräche mit der Beklagten, die ja damals von A vertreten wurde, waren. Ausserdem erwähnte der Kläger in einem Faxschreiben vom 16. Juni 2005 an A wahrheitswidrig, sein Dienstverhältnis mit der T AG befinde sich auf den 1. Juli 2005 hin in Auflösung (bekl. act. 10). Ob diese beiden Aspekte – die unwahren Angaben im Lebenslauf und das wahrheitswidrige Faxschreiben – die Beklagte tatsächlich zu täuschen vermochten, oder ob wegen der unbewiesenen klägerischen Behauptung, wonach dem Bewerbungsdossier auch die Arbeitsbestätigung der S AG und das Arbeitszeugnis der T AG beilagen (Replik, 2 Ziff. 1.1; Berufungsantwort, 4 Ziff. 2.1; kläg. act. 40 und 41), eine Täuschung zu verneinen wäre, kann offen gelassen werden. Die allenfalls täuschenden klägerischen Handlungen wären nämlich höchstens für den



Vertragsabschluss vom 22. Juni 2005 (Arbeitsvertrag, welcher von der Beklagten per Ende Februar 2006 gekündigt und alsdann bis Ende März 2006 verlängert wurde), jedoch nicht für den Vertragsabschluss vom 31. März 2006 ursächlich. Beim Abschluss des zweiten Arbeitsvertrags war kein Willensmangel mehr vorhanden. Die Beklagte schloss den neuen Arbeitsvertrag mit dem Kläger ab, weil sie auf ihn angewiesen war, dessen Fähigkeiten und Erfahrungen schätzte und die Kommunikation zwischen ihm und B bis im Winter 2006/Frühjahr 2007 gut war (Duplik, 14 oben). Das Motiv eines gänzlich unbefleckten Leumunds war beim Abschluss des zweiten Arbeitsvertrags nicht mehr zentral.

1.5 Kommt hinzu, dass selbst wenn sich die Beklagte auf einen Irrtum oder eine Täuschung berufen könnte, sie damit nicht die von ihr angestrebte Auflösung des Arbeitsverhältnisses ex tunc erreichen könnte.

Art. 320 Abs. 3 OR als lex specialis zu Art. 20 Abs. 1 OR bestimmt, dass die Folgen der Ungültigkeit des Einzelarbeitsvertrags im Vollzugsstadium ex nunc eintreten, also in dem Zeitpunkt, da sich eine Partei auf die Ungültigkeit beruft (BGE 132 III 242 E. 4.2 S. 245; BK-Rehbinder, Art. 320 N 47; ZK-Staehelin, Art. 320 N 27).

Anwendungsvoraussetzung von Art. 320 Abs. 3 OR ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gutgläubig erbracht hat. Ob dies der Fall war, ist im vorliegenden Fall strittig. Der Kläger stützt sich dabei auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 242, gemäss dem es am Erfordernis der Gutgläubigkeit für die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses nur dann fehle, wenn dem Arbeitnehmer positive Kenntnis von der Ungültigkeit des Vertrags nachgewiesen werden kann (BSK-Portmann, Art. 320 N 24; BK-Rehbinder, Art. 320 N 47; ZK-Staehelin, Art. 320 N 31). Dies sei nicht der Fall (Berufung, 9 lit. b). Die Beklagte hat von diesem Bundesgerichtsentscheid zwar Kenntnis genommen, findet ihn aber nicht überzeugend. Der Sozialschutz von Art. 320 Abs. 3 OR solle nur demjenigen Arbeitnehmer zukommen, der den Grund der Auflösung des Vertrags nicht selber bösgläubig gesetzt habe. Als bösgläubig gelte insbesondere auch jener, der die Auflösung durch unwahre Angaben von seiner Seite (Täuschung) verursacht habe (Berufung, 9 unten m. H. a. Streiff/von Kaenel, Art. 320 N 11). Zudem würde der Ansatz des Bundesgerichts im praktischen Ergebnis auf eine Unterscheidung nach juristischer Ausbildung des Arbeitnehmers hinauslaufen



(Berufung, 9 unten m. H. a. Hartmann, Rückabwicklung und "faktisches Vertragsverhältnis" bei ungültigen Arbeitsverträgen, in: ZBJV 143 [2007] 277 ff., 284). Ausserdem verweist die Beklagte darauf, dass der Kläger im Verlaufe seiner Ausbildung bei der HSG auch juristische Kurse besucht habe und sein Vater Rechtsanwalt sei. Selbst wenn man der Rechtsauffassung des Bundesgerichts folgen sollte, wäre darum die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR im Fall des Klägers ausgeschlossen.

Der Auffassung der Beklagten kann nicht gefolgt werden. So scheint sie insbesondere zu übersehen, dass im vom Bundesgericht entschiedenen Fall der Arbeitnehmer seine Arbeitgeberin durch Vorlage eines gefälschten Arbeitszeugnisses im Sinne von Art. 28 OR getäuscht hatte und das Bundesgericht die Argumentation des kantonalen Gerichts, wonach sich ein Arbeitnehmer, der die Auflösung des Vertrags durch Täuschung im Sinne von Art. 28 OR verursacht habe, nicht in den Genuss von Art. 320 Abs. 3 OR kommen könne (BGE 132 III 242 E. 4.2.2 S. 245), explizit verworfen hat. Bezüglich des Arguments, dass der Ansatz des Bundesgerichts faktisch auf eine unterschiedliche Behandlung zwischen juristisch ausgebildeten und anderen Arbeitnehmern hinauslaufen würde, ist einerseits festzuhalten, dass das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR bewusst weit fassen wollte, und dass andererseits juristisch nicht ausgebildeten Arbeitnehmern der gute Glaube mittels Aufklärung ohne Weiteres genommen werden kann. Schliesslich ist die beklagte Auffassung abwegig, wonach der Kläger wegen seiner während seines Wirtschaftsstudiums besuchten juristischen Kurse und weil sein Vater (in Österreich) als Anwalt tätig ist, im vorliegenden Fall nicht gutgläubig im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts war.

Damit steht für den vorliegenden Fall – die Beklagte hat sich erst auf die Ungültigkeit des Arbeitsvertrags berufen, als dieser nach Ablauf der Kündigungsfrist bereits beendet war – fest, dass die Berufung der Beklagten auf die Ungültigkeit des Arbeitsvertrags keinen Einfluss auf die aus diesem geschuldeten Leistungen mehr hatte.

2.1 Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass sich der Kläger anrechnen lassen muss, was er während seiner Freistellung anderweitig verdient hat respektive absichtlich zu



verdienen unterlassen hat (Berufung, 12 Ziff. 8). Sie habe ihn mit dem Kündigungsschreiben und der damit verbundenen Freistellung darauf aufmerksam gemacht, dass er verpflichtet sei, sich umgehend um eine neue Anstellung zu bemühen (kläg. act. 27 Ziff. 1). Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht habe (Berufung, 12 lit. b). Er wäre aber in der Lage gewesen, ab dem 1. Mai 2007 monatlich zwischen Fr. 20'000.-- und Fr. 25'000.-- netto zu verdienen (Berufung, 12 f. lit. c).

Der Kläger behauptet, während der Zeit seiner Freistellung nicht untätig gewesen zu sein. Er habe sowohl bei der AZ Consulting (am 27. Juni 2007; vgl. E-Mail kläg. act. 57) wie auch, zu einem nicht genannten Zeitpunkt, bei namhaften Personalvermittlern in Frankfurt und Hamburg sein Bewerbungsdossier hinterlegt. Kaderstellen im obersten Management seien aber nicht einfach zu finden. Dazu sei zu berücksichtigen, dass ihm die Beklagte im Kündigungsschreiben verboten habe, sie zu konkurrenzieren (unzutreffend, vgl. kläg. act. 27). Sodann habe ihm die Beklagte kein Zeugnis ausgehändigt, was die Stellensuche ebenfalls erschwere. Ausserdem sei seine Freundin in einem nicht näher bezeichneten Zeitpunkt während der Freistellung schwanger geworden, womit die Arbeitssuche auch geographisch eingeschränkt gewesen sei. Nichtsdestotrotz sei er aber nicht untätig geblieben und habe sich namentlich auf den Eintritt in die Selbständigkeit vorbereitet, die er nach seiner Freistellung am 1. November 2007 aufgenommen habe (Berufungsantwort, 11 Ziff. 3.3).

2.2 Die Pflicht des Freigestellten, sich den anderweitig erzielten respektive den absichtlich zu erzielen unterlassenen Lohn anrechnen zu lassen, wird teils in analoger Anwendung von Art. 324 Abs. 2 OR (Brühwiler, Art. 324 N 10; ZK-Staehelin, Art. 324 N 22, 33; Streiff/von Kaenel, Art. 324 N 13 S. 267), teils in analoger Anwendung von Art. 337c Abs. 2 bejaht (BGE 118 II 139 E. 1b S. 142; offen gelassen in BGE 128 III 271 E. 4a/bb S. 281 f.). Entgegen der Auffassung der Beklagten (Berufung, 12 lit. a) hat die analoge Anwendung der einen oder anderen Norm jedoch keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung. Die Beweislast für den anderweitigen Verdienst respektive für den unterlassenen Ersatzverdienst liegt beim Arbeitgeber, vorliegend bei der Beklagten (Brühwiler, Art. 337c N 9; BSK-Portmann, Art. 324 N 13; BK-Rehbinder, Art. 324 N 20; Rehbinder, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 337 N 5; Streiff/von Kaenel, Art. 324 N 13 S. 266 unten, Art. 337 N 7 S. 774). Dennoch hat der Arbeitnehmer den



St.Galler Gerichte

Nachweis zu erbringen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht hat (Brühwiler, Art. 337c N 9; BK-Rehbinder, Art. 337c N 5; Streiff/von Kaenel, Art. 337c N 7 S. 774).

Der Lohnanspruch entfällt, wenn ein Arbeitnehmer aus Bequemlichkeit die Stellensuche unterlässt oder eine zumutbare Beschäftigung nicht annimmt (Brühwiler, Art. 324 N 10; BSK-Portmann, Art. 324 N 13; BK-Rehbinder, Art. 324 N 18 f., Art. 337c N 5; ZK-Staehelin, Art. 324 N 34; Staehelin, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 331-355, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 337c N 10; Streiff/von Kaenel, Art. 324 N 13 S. 266). Wer sich ohnehin selbständig machen wollte, ist nicht verpflichtet, während der Freistellung nochmals eine unselbständige Anstellung anzunehmen. Er muss sich aber den Vorteil der besseren Vorbereitung oder früheren Starts der selbständigen Tätigkeit anrechnen lassen (ZR 84 [1985] Nr. 124; Brühwiler, Art. 337c N 9; BK-Rehbinder, Art. 337c N 5; ZK-Staehelin, Art. 337c N 11; Streiff/von Kaenel, Art. 337c N 7 S. 775).

2.3 Dass der Kläger – wovon die Beklagte ausgehen will – bereits eine Woche nach seiner Freistellung eine Stelle gefunden haben sollte, bei welcher er zwischen Fr. 20'000.-- und Fr. 25'000.-- netto hätte verdienen sollen, erscheint als abwegig. Tatsache ist aber auch, dass sich die klägerischen Bemühungen um eine neue Stelle als äusserst dürftig erweisen. Seinem Vorbringen, Kaderstellen im obersten Management seien nicht einfach zu finden, ist entgegenzuhalten, dass es ihm einerseits nicht nur zumutbar gewesen wäre, eine Stelle im obersten Management anzunehmen, sondern dass durchaus auch eine Stelle in einer tieferen Hierarchieebene, allenfalls in einer grösseren Gesellschaft, in Frage gekommen wäre. Andererseits zeigt die E-Mail des Klägers an AZ Consulting (kläg. act. 57), dass sich der Kläger ohnehin nicht nur eine Kaderstelle im obersten Management hätte vorstellen können, sondern dass er auch einen Wiedereinstieg ins Projektgeschäft ins Auge fasste. Dass die Stellensuche ohne Zeugnis der letzten Arbeitsstelle erschwert ist, erscheint als glaubwürdig, der Kläger legt jedoch nicht dar, dass er sich um ein solches Zeugnis bemüht hätte. Was seine behauptete geographische Gebundenheit wegen der während der Freistellung eingetretenen Schwangerschaft seiner Freundin angeht, ist anzumerken, dass sich eine solche Gebundenheit einerseits nicht ohne Weiteres ergibt und andererseits beim Kläger wohl auch tatsächlich nicht gegeben war, ist doch nicht ersichtlich, warum er sonst gemäss seinen Behauptungen sein Bewerbungsdossier bei zwei Personalvermittlern in Frankfurt und Hamburg hinterlegt haben will, insbesondere



wenn diejenige Personalvermittlerin in Frankfurt auch ein Büro in Zürich, diejenige in Hamburg solche in Frankfurt oder München hätte. Entscheidend ist aber, dass der Kläger sich gemäss eigenen Angaben auf den 1. November 2007 selbständig gemacht hat. Dies korrespondiert mit einem Schriftverkehr mit dem Amt für Volkswirtschaft des Fürstentums Liechtenstein. Der Kläger hat in einer E-Mail vom 3. September 2007 ausgeführt, er möchte per 1. November 2007 sein Gewerbe als Selbständiger wieder aufnehmen. Ein entsprechender Rahmenvertrag mit einem ersten Klienten werde gerade verhandelt und komme ab dem 1. November 2007 zum Tragen (kläg. act. 58).

2.4 Insgesamt erscheint es aufgrund dieser Umstände jedenfalls als angemessen, den dem Kläger während der Freistellung zustehenden Lohn um zwei Monatslöhne zu kürzen respektive ihm den entsprechenden Betrag an den ihm zustehenden Lohn anzurechnen. Dass er früher wieder eine zumutbare Stelle gefunden hätte, erscheint als wenig wahrscheinlich. Hingegen muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich spätestens ab dem Zeitpunkt nicht mehr ernsthaft um eine Stelle bemüht hat, als er sich dazu entschlossen hat, wieder selbständig zu werden. Wenn der Kläger nun während dieser Zeit seine selbständige Tätigkeit vorbereitet hat, schuldet ihm die Beklagte dafür keinen Lohn mehr, denn die für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit notwendigen Vorbereitungen erfordern einige Zeit und diese hätte der Kläger nicht aufbringen können, wäre er nicht freigestellt gewesen. Der oben zitierten E-Mail vom 3. September 2007 kann entnommen werden, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt bereits Vertragsverhandlungen führte. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der Kläger spätestens seit anfangs September 2007 seinen geplanten Wiedereinstieg in die Selbständigkeit in die Tat umzusetzen begann und Zeit und Ressourcen darin investierte. Ab anfangs September 2007 schuldet die Beklagte dem Kläger darum keinen Lohn mehr.

2.5 Damit schuldet die Beklagte dem Kläger noch den Lohn von April bis August 2007, also fünf Mal Fr. 11'961.50 (brutto), entsprechend Fr. 59'807.50 (brutto). Entsprechend ist auch der 13. Monatslohn nur bis zum August 2007, also für acht Monate geschuldet. Daraus stehen dem Kläger Fr. 7'974.35 (brutto; Fr. 11'961.50 : 12 x 8) zu.

Betreffend die vom Kläger geltend gemachte Erstattung von Spesen für die Monate März und April 2007 kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urteil, 17 f. Ziff. 6). Die Beklagte schuldet dem Kläger unter diesem Titel Fr. 2'102.80.



Bezüglich der vom Kläger geltend gemachten Entschädigung aus der Kostenübernahmeerklärung vom 17. November 2006 von Fr. 2'000.-- monatlich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses stellt sich die Frage, ob diese trotz der ungenügenden Suche für eine neue Stelle ab dem September 2007 respektive trotz der ab diesem Zeitpunkt aufgenommenen Vorbereitungen für seine selbständige Erwerbstätigkeit bis Ende Oktober 2007 geschuldet ist. Dies ist zu verneinen, denn es ist davon auszugehen, dass der Kläger die Büroräumlichkeiten in seiner Privatwohnung für die Vorbereitung zu seinem Wiedereinstieg in die Selbständigkeit genutzt hat. Daher ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte den Kläger ab diesem Zeitpunkt noch entschädigen sollte. Die Beklagte schuldet dem Kläger demgemäss noch die Entschädigungen für die Monate April bis August 2007, entsprechend gesamthaft Fr. 10'000.--.

Betreffend Zinsenlauf für die einzelnen Forderungen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wobei der mittlere Verfall für die Lohnzahlungen neu beim 26. Juni 2007 liegt.

3.1 Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger von ihr Fr. 194'929.50 zu viel an Spesen bezogen hat (Klageantwort, 18 lit. d) und will diesen Betrag mit dem Betrag verrechnen, der dem Kläger aus seinem Arbeitsvertrag zusteht (Berufung, 13 Ziff. 10). Der Kläger bringt einerseits vor, die Verrechnungsforderung stehe der Beklagten nach einer Abtretung an B gar nicht mehr zu (Berufungsantwort, 12 Ziff. 4.1) und bestreitet andererseits den Vorwurf des ungerechtfertigten Spesenbezugs (Berufungsantwort, 13 Ziff. 4.2). Die Beklagte wendet gegen das erstere Vorbringen ein, sie habe die Verrechnung bereits vor erster Instanz erklärt; soweit sich Forderungen des Klägers und der Beklagten gegenüber ständen, trete damit die Verrechnungswirkung rückwirkend ein. Die am 21. November 2008 erfolgte Abtretung tangiere die zuvor abgegebene Verrechnungserklärung daher nicht. Die Wirkung der Abtretung der Forderung von der Beklagten an B beschränke sich auf nicht bereits zuvor durch Verrechnung erloschene Forderungen der Beklagten gegenüber dem Kläger (act. B23, S. 2 Ziff. II/B1). Der Kläger wiederum hält diese Ansicht für irrig. Jede Verrechnung setze die Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen voraus; die Beklagte sei aber bezüglich der abgetretenen Forderung gar nicht mehr Gläubigerin des Klägers. Die Beklagte habe über einen Prozessgegenstand verfügt (act. B26, S. 1 unten).



3.2 Damit die Verrechnungslage eintritt, müssen nach Gesetz und Lehre (vgl. statt vieler Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3200 ff.) folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Es müssen zwei Forderungen existieren, diese müssen gegenseitig und 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. Vorliegend sind – neben dem Bestand der Verrechnungsforderung – nur die Voraussetzungen der Gegenseitigkeit und des gesetzlichen Verrechnungsausschlusses strittig.

3.3 Die Beklagte hat gegenüber dem Kläger erstmals in einem Schreiben vom 25. Mai 2007 die Verrechnung mit allfälligen Lohnansprüchen geltend gemacht. Sie machte damals Gegenforderungen in der Höhe von Fr. 66'719.96 geltend (kläg. act. 35). In ihrer Klageantwort vom 11. Februar 2008 hat die Beklagte dann erklärt, der Kläger habe Fr. 194'929.50 ungerechtfertigt bezogen (Klageantwort, 18 lit. d), stellte diese Bezüge zur Verrechnung mit allfälligen Guthaben des Klägers und erhob im Restbetrag Widerklage (Klageantwort, 27, oben). Durch die am 21. November 2008 erfolgte Abtretung dieser Forderung hat die Beklagte zumindest ihre Aktivlegitimation bezüglich der Widerklage verloren. Die Vorinstanz hätte sie, wenn sie denn darauf überhaupt eingetreten wäre, ohne Weiteres abzuweisen gehabt. Ebenso klar ist, dass die Gegenseitigkeit der Verrechnungsforderung mit der Hauptforderung seit dem 21. November 2008 nicht mehr gegeben ist. Es stellt sich die Frage, ob die Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung oder – bei einer Verrechnungserklärung im Prozess – im Zeitpunkt des Entscheids des Gerichts gegeben sein muss.

Es gilt, dass die Voraussetzungen der Verrechnung im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung respektive des Eintreffens der Erklärung beim Verrechnungsgegner gegeben sein müssen (BGE 132 III 342 E. 4.2 S. 350; Aepli, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 120 N 11, 23, Art. 124 N 19). Entsprechend entfalten die von der Beklagten abgegebenen Verrechnungserklärungen im vorliegenden Prozess ihre Wirkung auch dann, wenn die Verrechnungsforderung von der Beklagten inzwischen abgetreten worden ist.



3.4 Art. 323b Abs. 2 OR enthält für Lohnforderungen ein gesetzliches Verrechnungsverbot, soweit diese pfändbar sind. Nicht vom Verrechnungsverbot erfasst sind Entschädigungen für Auslagenersatz (ZK-Staehelin, Art. 323b N 10). Soweit die Beklagte ohne Begründung "fest[hält], dass Art. 323b OR nicht zur Anwendung gelangt" (Berufung, 16 Ziff. 13), ist ihre Rechtsauffassung unrichtig. Massgebend für die Bestimmung des unverrechenbaren Umfangs der Lohnschuld ist das betriebsrechtliche Existenzminimum gemäss Art. 93 SchKG (Brühwiler, Art. 323b N 8; BSK-Portmann, Art. 323b N 3; BK-Rehbinder, Art. 323b N 9; ZK-Staehelin, Art. 323b N 12). Entscheidend ist der Zeitpunkt der Fälligkeit des Lohnes, nicht der tatsächlichen Auszahlung (BK-Rehbinder, Art. 323b N 10; ZK-Staehelin, Art. 323b N 12). Die Beweislast für den Ausschluss der Verrechnung trägt der Arbeitnehmer (BK-Rehbinder, Art. 323b N 17; ZK-Staehelin, Art. 323b N 14).

3.5 Der Kläger beziffert sein Existenzminimum nach Art. 93 SchKG für die Zeit von April bis Oktober 2007 auf Fr. 12'208.40 monatlich (Widerklageduplik, 12 Ziff. 12), also rund Fr. 250.-- mehr als er monatlich brutto verdiente. Die Beklagte anerkennt die Berechnung des Klägers nicht (Berufung, 16 Ziff. 13). Dass sein Auto ein Kompetenzgut wäre (vgl. das Kreisschreiben der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs über die Berechnung über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf] nach Art. 93 SchKG vom November 2000, Ziff. 4.4.5), legt der Kläger nicht dar und davon kann, da er in diesem Zeitpunkt nicht erwerbstätig war, auch nicht ausgegangen werden. Ein Zuschlag für "AHV und Steuern" kann ebenfalls nicht gewährt werden. Für die AHV ist ein solcher ohnehin nicht zulässig, zumal die Beklagte für die Zeit, während der sie dem Kläger Lohn schuldet, AHV-Beiträge abzuliefern hat. Für die Steuern kann der Zuschlag nicht gewährt werden, weil einerseits unklar ist, wie viel der Kläger mit Wohnsitz im Fürstentum Liechtenstein dafür geltend macht (den Betrag von Fr. 1'000.-- macht er für AHV und Steuern geltend) und der Kläger andererseits nicht nachweist, dass er seine laufenden Steuern – deren Anrechnung an das Existenzminimum ohnehin umstritten ist (vgl. Ziff. 10 des neuen Kreisschreibens [vom Dezember 2008]) – regelmässig bezahlt hat (GVP 2002 Nr. 108). Bezüglich der übrigen Beträge, insbesondere der behaupteten Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau und das Kind hat der Kläger wohl die Existenz solcher Forderungen nachgewiesen, nicht aber, dass diese Beträge einerseits dazu dienen, der unterstützten Person das unumgänglich Notwendige zu verschaffen und



dass er andererseits diese Beträge tatsächlich bezahlt (BGE 121 III 20, 111 III 13). Sodann könnten dem Kläger im Rahmen seines Existenzminimums für sich alleine auch keine Wohnkosten inklusive Nebenkosten von rund Fr. 4'140.-- für eine 4.5 Zimmerwohnung mit zwei Garagen und einem Aussenparkplatz zugestanden werden, zumal der Kläger die Wohnung zu 40 bis 50 % geschäftlich genutzt hat und von der Beklagten dafür monatlich Fr. 2'000.-- eingeklagt hat (vgl. kläg. act. 32). Entsprechend sind die Wohnkosten um Fr. 2'000.-- zu reduzieren und die Nachzahlung der Nebenkosten, für welche der Kläger Fr. 107.80 monatlich geltend macht, auch nur zur Hälfte (Fr. 53.90) dem klägerischen Existenzminimum zuzurechnen.

Das klägerische Existenzminimum beträgt entsprechend Fr. 3'438.15 monatlich (Grundbetrag Fr. 1'100.--; Wohnkosten Fr. 2'083.90; Krankenkasse und Unfallversicherung Fr. 254.25), allenfalls Fr. 8'821.15 (mit den behaupteten Unterhaltsbeiträgen von Fr. 5'383.--). Vorliegend kann auf die genaue Bestimmung des Existenzminimums verzichtet werden, insbesondere kann darauf verzichtet werden, dem Kläger Gelegenheit zu geben, Zahlungsnachweise für die behaupteten Unterhaltsbeiträge nachzuliefern und nachzuweisen, dass die Beträge dazu dienen, den Unterhaltsberechtigten das unumgänglich Notwendige zu verschaffen, da die beklagliche Verrechnungsforderung nicht so gross ist, dass unzulässigerweise auch nur in den höheren der beiden Beträge eingegriffen werden müsste (nachfolgend E. 4).

3.6 Die Verrechnungsforderung der Beklagten setzt sich aus Spesenbezügen des Klägers zusammen, die aus beklaglicher Sicht ungerechtfertigt waren. Die Beklagte hat eine Reihe von Spesenbezügen im Gesamtbetrag von Fr. 194'929.50 zusammengestellt, welche sie als ungerechtfertigt betrachtet haben will, sofern der Kläger im vorliegenden Verfahren nicht den strikten Nachweis zu erbringen vermag, dass es sich um Geschäftsaufwand der Beklagten gehandelt hat (Klageantwort, 18 lit. d; Duplik, 13 Ziff. 14; Berufung, 14 Ziff. 11). Der Kläger wendet dagegen ein, er habe jede einzelne Auslage mit einem Beleg versehen. Es gebe keine Zahlung ohne Beleg und es gebe nicht einen einzigen Beleg, in welchem der Kläger unter einem falschen Titel Spesenersatz gefordert hätte. Sowohl aus seiner detaillierten Zusammenstellung der angefallenen Spesen als auch aus den konkreten Belegen ergebe sich der Verwendungszweck. Alle diese Belege und Zusammenstellungen seien B vorgelegt worden, welche sie auch teilweise visiert habe und welche die einzige Person bei der



Beklagten gewesen sei, die Zahlungen habe auslösen können. B habe genau gewusst, was sie bezahlt habe. Sie habe auf Rechnung der Beklagten auch private Auslagen übernommen und habe alles vorbehaltlos ausbezahlt. Dafür habe sie dem Kläger keine Gratifikation bezahlt, obwohl die guten Geschäftsergebnisse dafür begründeten Anlass gegeben hätten. Der Kläger vertritt die Auffassung, es sei nicht seine Aufgabe, nach Genehmigung der Spesenabrechnungen und nach Eingang der Zahlungen die geschäftsmässige Begründetheit der Zahlungen nachzuweisen, vielmehr treffe die Beklagte die Beweislast für die geschäftsmässige Unbegründetheit, nachdem sie alle Spesen vorbehaltlos akzeptiert und bezahlt habe (Replik, 8 f. Ziff. 9.1 ff.; Widerklageduplik, 7 ff. Ziff. 9.1 f.; Berufung, 13 Ziff. 4.2).

3.7 Nach Art. 327a Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigen entstehenden Auslagen zu ersetzen. Notwendigkeit und Höhe der Auslagen sind vom Arbeitnehmer unter Vorlage von Belegen wie Rechnungen oder Quittungen und allenfalls detaillierten Abrechnungen darzutun und zu beweisen (BGE 131 III 439 E. 5.1 S. 444; BSK-Portmann, Art. 327a N 1; BK-Rehbinder, Art. 327a N 9; ZK-Staehelin, Art. 327a N 10; Streiff/von Kaenel, Art. 327a N 8).

Dieser Pflicht ist der Kläger im vorliegenden Fall grundsätzlich nachgekommen, wie anhand der bekl. act. 38 bis 84 unschwer zu erkennen ist. Es war klar erkennbar, für welche Ausgaben er Ersatz geltend macht, von einer Täuschung der Beklagten kann keine Rede sein. Wenn nun die Beklagte die vom Kläger behaupteten und belegten Beträge ohne den ausdrücklichen Vorbehalt einer nachträglichen Prüfung ausbezahlt, kann sie grundsätzlich nicht darauf zurückkommen und vom Kläger nachträglich verlangen, er habe die Notwendigkeit der Auslagen zu belegen. Entsprechendes kann die Beklagte auch aus BGE 131 III 439 E. 5.1 nicht ableiten. Mit der Vorinstanz (Urteil, 21) ist davon auszugehen, dass die Arbeitgeberin bezüglich der vom Arbeitnehmer geltend gemachten Auslagen eine unmittelbare Prüfungspflicht trifft und es im heutigen Zeitpunkt nicht mehr Sache des Klägers sein kann, die Notwendigkeit sämtlicher Auslagen nachzuweisen. Die Auffassung der Beklagten, wonach sie ihre Forderungen nicht einwandfrei beweisen müssen, sondern der Kläger die geschäftsmässige Begründetheit seiner Auslagen zu beweisen habe, kann nicht gefolgt werden. Die Beklagte ist vielmehr dafür beweispflichtig, dass der Kläger unberechtigterweise Geld bezogen hat.



Mit der Vorinstanz (Urteil, 23) ist davon auszugehen, dass allein mit der Auflistung verschiedener Auslagen des Klägers verbunden mit den Hinweisen, es bestehe für deren Übernahme keine vertragliche Grundlage, es seien gar keine Spesen gemäss den jeweiligen Abrechnungen des Klägers angefallen, es fehle der geschäftliche Bezug der Auslagen oder die erstandenen Waren seien noch im Besitz des Klägers beziehungsweise er habe sie der Beklagten nie übergeben (vom Kläger alles detailliert bestritten in Replik, 10 ff.), der Beweis, dass der Kläger unberechtigte Bezüge getätigt hat, nicht erbracht ist. Näher einzugehen ist deshalb nur auf die von der Beklagten in ihrer Berufung erneut aufgeworfenen Punkte.

Nach Ansicht der Beklagten stellen Barbezüge für eine angebliche Option für ein Fabrikgebäude in der Höhe von Fr. 24'120.-- geschäftsmässig nicht begründete Bezüge des Klägers dar. Die Beklagte bringt vor, der Kläger hätte zwar mit der im Auftrag der Konkursverwaltung der Grundeigentümerin tätigen V AG Verhandlungen geführt und die V AG habe dem Kläger eine Mietoption in Aussicht gestellt. Weder die V AG noch die Gläubigerbank hätten jedoch vom Kläger eine Reservationszahlung für eine allfällige Mietoption gefordert oder erhalten (Berufung, 14 f. Ziff. 12). Der Kläger führte zu zwei Barauszahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. 16'060.-- aus, B habe diese bei der Bank abgeholt. Das Geld hätten die Beklagte und er für die Sicherung einer Mietoption in G verwendet (Replik, 13 Ziff. 9.5.21). Fest steht, dass der Kläger von der Beklagten einen Betrag von Fr. 24'120.-- erhalten hat (vgl. Auszahlungsbelege bekl. act. 60 und 97 mit Visum des Klägers). Der Kläger hat auf den Auszahlungsbelegen jeweils handschriftlich vermerkt "Liegenschaft ROSENWEG / G Option bis 31.12.2006", "bez. Option Fabrikgebäude JAN-MAR 2007" respektive "Option Gebäude Rosenweg G". Einen schriftlichen Vertrag betreffend die "Sicherung der Mietoption" als Rechtsgrundlage für die von ihm behaupteten Zahlungen hat der Kläger offenbar nicht unterzeichnet, jedenfalls legt er einen solchen Vertrag weder ins Recht noch verlangt er die Edition desselben. Ebenso wenig scheint er Quittungen für die behaupteten Zahlungen verlangt zu haben. Beide Tatsachen machen die klägerischen Behauptungen unglaubwürdig. Einerseits ist nicht davon auszugehen, dass Verträge betreffend Sicherungen von Mietoptionen in Liegenschaften von durch eine Konkursverwaltung vertretenen Grundeigentümern nicht schriftlich abgeschlossen werden. Andererseits ist es beinahe unvorstellbar, dass der Kläger über drei Zahlungen von rund Fr. 8'000.-- keine Quittungen verlangt hat, wenn man sieht, für welche



St.Galler Gerichte

Kleinstbeträge er sonst Zahlungsbelege aufbewahrt hat respektive sich eine Quittung ausstellen liess. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, der Kläger habe die Gelder anderweitig als von ihm behauptet verwendet. Entsprechend steht der Beklagten diesbezüglich eine Verrechnungsforderung in der Höhe von Fr. 24'120.-- zu.

Die Beklagte bringt vor, der Kläger hätte sich von ihr verschiedene Auslagen ersetzen lassen, welche die Verwendung seines Privatfahrzeugs betrafen (Berufung, 15 Mitte). Der Kläger hat dazu vorgebracht, er habe bis zum Dezember 2006 kein Dienstfahrzeug gehabt, keine Fahrzeugpauschale erhalten und keine Fahrtstrecken abgerechnet. Er habe jedoch regelmässig sein Privatfahrzeug dienstlich verwendet. Sämtliche direkten Kosten ab dem 1. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2006 (Versicherung, Steuern, Wartung und Reparaturen) für sein Fahrzeug seien gemäss mündlicher Vereinbarung von der Beklagten übernommen worden. Die Abschreibungen habe er selbst getragen (Klage, 14 Mitte; Replik, 7 Ziff. 6). Die Beklagte bestreitet sowohl, dass der Kläger sein Privatfahrzeug geschäftlich verwendet hat, als auch, ihm ab Dezember 2006 einen Dienstwagen zur Verfügung gestellt zu haben. Ein Firmenfahrzeug sei ihm lediglich für ein Wochenende zur Verfügung gestellt worden und er habe in der Folge die Rückgabe verweigert (Duplik, 11 Ziff. 11). Im Recht liegt eine Rückgabequittung von 3 Schlüsseln für einen Audi RS4 vom 25. April 2006 (recte wohl: 2007; kläg. act. 49). Aufgrund dieser Sachlage kann es nicht als bewiesen erachtet werden, dass es sich bei den von der Beklagten ersetzten Auslagen tatsächlich um nicht berechtigte Bezüge des Klägers handelt.

Nach Ansicht der Beklagten stellen an den Kläger adressierte Rechnungen eines liechtensteinischen Anwalts unberechtigte Bezüge des Klägers dar (Berufung, 15 unten). Die Dienstleistungen betrafen das damalige Scheidungsverfahren des Klägers sowie die von ihm angestrebte Firmenübernahme. Der Kläger verweist darauf, dass ihn die Beklagte wiederholt gebeten habe, für sie Rechtsauskünfte einzuholen. Dass ein Teil der Kosten auf von ihm selber zum Eherecht eingeholte Auskünfte fiel, bestreitet der Kläger nicht, die Beklagte habe aber auf eine Aufteilung der Kosten verzichtet und die ganze Rechnung bezahlt (Replik, 16 Ziff. 9.5.32). Den von der Beklagten bezahlten Rechnungen vom 4. Oktober 2006 und vom 13. Dezember 2006 (bekl. act. 64 und 82) kann entnommen werden, dass der Rechnungsbetrag für Beratungen zu folgenden



St.Galler Gerichte

Themen zustande gekommen ist: Ehevertrag Eheleute A; div. Auskünfte zum Eherecht; Erbrecht, Erbverträge; Firmenübergang. Damit kann es nicht als bewiesen betrachtet werden, dass es sich bei den von der Beklagten ersetzten Auslagen tatsächlich um nicht berechnigte Bezüge des Klägers handelt.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass Kosten für den privaten Umzug des Klägers und für Schreibarbeiten unberechnigte Bezüge des Klägers darstellen (Berufung, 16 oben). Der Kläger weist darauf hin, dass zwei Rechnungen ausdrücklich auf "M AG, Frau B" (bekl. act. 65 und 66) respektive auf "M AG, Hr. D (Kläger)" (bekl. act. 68 und 78) lauten und dass die Sekretariats-Dienstleistungen für die Beklagte erbracht worden seien (Replik, 12 f.). Aufgrund dieser Sachlage, die Rechnungen sind an die Beklagte adressiert und bezüglich der Sekretariats-Dienstleistungen wird auf den Rechnungen erwähnt, diese seien für die Beklagte erbracht worden, kann es nicht als bewiesen erachtet werden, dass es sich bei den von der Beklagten ersetzten Auslagen tatsächlich um nicht berechnigte Bezüge des Klägers handelt.

Nach Ansicht der Beklagten stellen Messekosten, eine Brille, die Teilnahme an einem Ball in Österreich, privater Blumenkauf und ein Hotelaufenthalt in Frankreich unberechnigte Bezüge des Klägers dar (Berufung, 16 Mitte). Der Kläger führt zu den Messekosten aus, er habe diese Vergütung nicht veranlasst, meine sich aber erinnern zu können, dass die Empfängerin der Gutschrift als Hostess auf verschiedenen Messen gearbeitet habe. Die Rechnung (bekl. act. 77) trage sein Visum nicht. Betreffend die Rechnung für die Brille (bekl. act. 79) weist der Kläger darauf hin, dass diese an die Beklagte adressiert sei. Zur Teilnahme am Ball in Österreich betont der Kläger, dass die Teilnahme (mitsamt seiner Frau) daran mit der Beklagten abgesprochen gewesen sei und dementsprechend habe die Beklagte die damit zusammenhängende detaillierte Spesenrechnung vorbehaltlos bezahlt (Replik, 15 f.). Aufgrund dieser Sachlage kann es nicht als bewiesen erachtet werden, dass es sich bei den von der Beklagten ersetzten Auslagen tatsächlich um nicht berechnigte Bezüge des Klägers handelt. Anders sieht die Sache hingegen bezüglich zweier Blumeneinkäufe und eines Hotelaufenthalts in Frankreich im Gesamtbetrag von Fr. 4'691.33 aus (bekl. act. 83). Einerseits legte der Kläger der Beklagten bezüglich dieser Auslagen keine Quittungen vor, sondern bezahlte sie mit einer auf die Beklagte lautenden Kreditkarte. Andererseits wurden die beklaglichen Vorbringen, wonach es sich dabei nicht um Geschäftsaufwand



gehandelt habe, nicht bestritten (vgl. Replik, 10 ff., wo zu sämtlichen von der Beklagten aufgeworfenen Posten ausser der erwähnten Kreditkartenabrechnung Stellung genommen wird). Kommt hinzu, dass der Hotelaufenthalt erst Ende Mai 2007 stattfand, also über einen Monat nach der Freistellung des Klägers. Unter diesen Umständen kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, die Blumenkäufe und der Hotelaufenthalt seien geschäftsmässig begründet gewesen. Entsprechend steht der Beklagten diesbezüglich eine Verrechnungsforderung in der Höhe von Fr. 4'691.33 zu.

4.1 Zusammenfassend ergibt sich Folgendes:

Die Beklagte schuldet (vgl. oben E. 2.5) dem Kläger Fr. 59'807.50 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit dem 26. Juni 2007 (Lohn), Fr. 7'974.35 (brutto) nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 2007 (13. Monatslohn) und Fr. 12'102.80 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. November 2007 (Spesen). Die gemäss dem geschuldeten Bruttobetrag von insgesamt Fr. 67'781.85 zu bestimmenden Beiträge an die Sozialversicherungen sind von der Beklagten abzuführen und die Verrechnung hat auf dem resultierenden Nettobetrag zu erfolgen.

Der Beklagten steht gegenüber dem Kläger eine Verrechnungsforderung von Fr. 28'811.33 zu (Fr. 24'120.-- plus Fr. 4'691.33; vgl. vorne E. 3.7).

Bezüglich der Lohnforderungen besteht im Umfang von Fr. 17'190.75 (fünf Mal Fr. 3'438.15), allenfalls maximal Fr. 44'105.75 (fünf Mal Fr. 8'821.15) ein Verrechnungsverbot nach Art. 323b Abs. 2 OR (vgl. vorne E. 3.5).

4.2 Die Forderungen für Spesen von Fr. 12'102.80 und für den Nettolohn von Fr. 60'150.35^[1] abzüglich der Verrechnungsforderung von Fr. 28'811.33 unterschreiten das maximale Existenzminimum von Fr. 44'105.75 um knapp Fr. 700.--. Vorliegend spielt dies jedoch keine Rolle, denn Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden dürfen unbeschränkt verrechnet werden (Art. 323b Abs. 2 OR). Unter diese Bestimmung fallen neben vorsätzlichen unerlaubten Handlungen auch absichtliche Vertragsverletzungen (BK-Rehbinder, Art. 323b N 15; ZK-Staehelin, Art. 323b N 15; Streiff/von Kaenel, Art. 323b N 6). Zumindest im Betrag von Fr. 4'318.20 (Hotelaufenthalt in Frankreich Ende Mai 2007; bekl. act. 83) muss davon ausgegangen



werden, dass der Kläger, indem er anfangs April 2007 die Buchung mittels Firmenkreditkarte vorgenommen hat und den Aufenthalt, obwohl dieser erst einen Monat nach seiner Freistellung erfolgte, nicht stornierte respektive nicht sicherstellte, dass das Hotel die Abrechnung über seine private Kreditkarte vornahm, seine arbeitsvertraglichen Pflichten absichtlich verletzt hat und der Beklagten dadurch einen Schaden zugefügt hat. Mindestens im Betrag von Fr. 4'318.20 kann somit durch Verrechnung in das Existenzminimum des Klägers eingegriffen werden. Ob auch seine weiteren Bezüge welche zur Verrechnungsforderung geführt haben, absichtliche Schädigungen der Beklagten darstellen, kann offen gelassen werden.

[1] Der Bruttolohnanspruch beträgt Fr. 67'781.85 (Fr. 59'807.50 ordentlicher Lohn plus Fr. 7'974.35 anteiliger 13. Monatslohn). Gemäss kläg. act. 38 wurden dem Kläger ab dem Dezemberlohn 2006 vom Bruttolohn von Fr. 11'961.50 netto Fr. 10'625.15 ausbezahlt. Da sämtliche dem Kläger für das Jahr 2007 auszubehaltenden Bruttolöhne geringer sind, als der damals bei der Unfallversicherung versicherte Lohn, steht fest, dass auch auf dem gesamten 13. Monatslohn die Abzüge für die Unfallversicherung getätigt werden müssen.

Gemäss den Lohnabrechnungen kläg. act. 38 sind vom 13. Monatslohn von Fr. 7'974.35 insgesamt 9.45 %, entsprechend Fr. 753.60, für AHV, ALV, UV und Lohnausfallversicherung abzuziehen. Der Abzug für die Pensionskasse ist in den Lohnabrechnungen nicht in Prozenten angegeben, vielmehr wurde jeweils der Betrag von Fr. 294.80 abgezogen, was beim zuletzt bezogenen Bruttolohn rund 2.46 % entspricht. Es kann davon ausgegangen werden, dass derselbe Prozentsatz auch vom 13. Monatslohn geschuldet ist, also Fr. 196.15.

Der dem Kläger zustehende Nettobetrag beträgt somit Fr. 60'150.35 (fünf Nettolöhne zu Fr. 10'625.15 plus den 13. Nettomonatslohn von Fr. 7'024.60).