

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 634 72 48
Telefax 031 634 71 13
Postkonto 30-3016-1
appell@jgk.be.ch
www.be.ch/obergericht

Urteil

APH 06 637/WUD/SCD
18. Oktober 2008

Der Appellationshof des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, unter Mitwirkung von
Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Referentin), Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter
Greiner sowie Kammerreiberin Schmidt

hat in Sachen



X. AG,
vertreten durch Fürsprecher Walter Krähenmann,

Beklagte/Appellantin

und

A.,
vertreten durch Fürsprecher Rolf A. Tobler,

Kläger/Appellat

befunden und erwogen:

I. Prozessgeschichte und Formelles

1. Mit Klage vom 22. Juli 2004 beantragte der Kläger / Appellat (nachfolgend Appel-
lat) was folgt (vgl. p. 1 ff.):
 - „1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von Fr. 173'100 unter
Abzug der vom Kläger allfällig zu tragenden Beiträge an die Sozialversiche-
rungen zuzüglich 5% Zins seit wann rechtens zu bezahlen.
 2. Die Beklagte sei zu verurteilen, durch Vorlage sämtlicher relevanten Doku-
mente lückenlos Rechenschaft über die von ihr gegenüber den Sozialversiche-

ren (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) für den Klägern angemeldeten, abgerechneten und bezahlten Beiträge abzulegen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge –“

2. Mit Klageantwort vom 4. Oktober 2004 beantragte der damalige Rechtsvertreter der Beklagten / Appellantin (nachfolgend Appellantin), Fürsprecher Rainer Weibel, die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (vgl. p. 47 ff.). Aus der Klageantwort geht hervor, dass die Appellantin mit Schreiben vom 4. Oktober 2004 der L. Versicherung in Lausanne gemäss Art. 48 ff. ZPO den Streit verkündet hat (vgl. p. 49 und Klageantwortbeilage [KAB] 2). Letztere hat auf eine Intervention verzichtet.
3. Mit Schreiben vom 2. Juni 2005 teilte der Rechtsvertreter der Appellantin, Fürsprecher Rainer Weibel, dem Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen mit, dass dieser die Appellantin nicht mehr anwaltlich vertrete. Mit Eingabe vom 12. September 2005 teilte Fürsprecher Walter Krähenmann dem Gericht mit, dass die Appellantin ihn mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt habe (vgl. p. 97 f.).
4. Mit Eingabe vom 20. September 2005 zur Klage vom 22. Juli 2004 änderte der Appellat seine Rechtsbegehren gemäss Art. 94 Abs. 4 ZPO im Sinne einer Klagebeschränkung und beantragte neu was folgt (vgl. p. 107 ff.):
 - „1. *Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von Fr. 130'050.85 unter Abzug der vom Kläger allfällig zu tragenden Beiträge an die Sozialversicherungen zuzüglich 5% Zins seit wann rechtens zu bezahlen.*
 2. *Die Beklagte sei zu verurteilen, durch Vorlage sämtlicher relevanten Dokumente lückenlos Rechenschaft über die von ihr gegenüber den Sozialversicherern (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) für den Kläger angemeldeten, abgerechneten und bezahlten Beiträge abzulegen.*

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge –“
5. Die Hauptverhandlung fand am 11. Oktober 2005 vor dem Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen statt. In seinem ersten Parteivortrag bestätigte der Rechtsvertreter des Appellaten die in seiner Eingabe vom 20. September 2005 zur Klage gestellten Rechtsbegehren. Der Rechtsvertreter der Appellantin beantragte die kostenfällige Abweisung der Klage. Nach den ersten Parteivorträgen wurde die Hauptverhandlung abgebrochen. Der Gerichtspräsident 2 edierte die IV-Akten des Appellaten und holte einen Bericht von Dr. E. (Arzt des Appellaten) ein. Des Weiteren wurde der Appellat aufgefordert, dem Gericht baldmöglichst darzulegen, warum in den Berechnungen der Höhe der Forderung stets davon ausgegangen werde, dass die Kündigung per 31. März 2004 wirksam sei (vgl. p. 143). Der Appellat reichte noch gleichentags ein Schreiben vom 27. Januar 2004 des damaligen Rechtsvertreters der Appellantin an ihn ein, woraus hervor geht, dass die Appellantin zwar an der Gültigkeit der Kündigung vom 26. Juni 2003 festhalte, indessen vorsorglich das Arbeitsverhältnis erneut auf den 31. März 2004 gekündigt werde (vgl. Klagebeilage [KB] 39a) .

6. Im Anschluss an die Hauptverhandlung edierte der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen die IV-Akten des Appellaten (vgl. p. 151) und holte einen Arztbericht von Dr. E. ein (vgl. p. 181). Die Parteien erklärten sich einverstanden mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens (vgl. p. 219 und 229).
7. In seinem schriftlichen zweiten Parteivortrag stellte der Rechtsvertreter des Appellaten folgende Rechtsbegehren (vgl. p. 239, insbesondere p. 257):
- „1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von Fr. 130'050.85 unter Abzug der vom Kläger allfällig zu tragenden Beiträge an die Sozialversicherungen zuzüglich 5% Zins seit wann rechtens zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, durch Vorlage sämtlicher relevanten Dokumente lückenlos Rechenschaft über die von ihr gegenüber den Sozialversicherern (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) für den Kläger angemeldeten, abgerechneten und bezahlten Beiträge abzulegen.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -“
8. In ihrem schriftlichen zweiten Parteivortrag beantragte die Appellantin, die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (vgl. p. 291).
9. Am 4. Dezember 2006 fällte der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen folgendes Urteil (vgl. p. 301 ff., insbesondere p. 345):
- „1. Es wird festgestellt, dass der AHV-relevante Lohn des Klägers während seiner Anstellung bei der Beklagten monatlich brutto Fr. 9'500.00 betrug.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen Betrag von brutto Fr. 130'050.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 01.05.2004 zu bezahlen (Lohnfortzahlung im Sinne von Art. 324a OR).
3. Auf dem Betrag von brutto Fr. 130'050.85 sind die Sozialabzüge (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) vorzunehmen. Sollte der Betrag von der Krankentaggeldversicherung bezahlt werden, so sind auf den Krankentaggeldern keine Sozialabzüge zu tätigen.
4. Die Beklagte wird weiter verurteilt, auf dem Betrag von brutto Fr. 1'500.00 für die Zeit von April 2002 bis Mai 2003 die entsprechenden Sozialabzüge (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) vorzunehmen. Der Anteil, welcher auf den Kläger entfällt, ist vom auszurichtenden Betrag gemäss Ziffer 2 hiervor in Abzug zu bringen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Bestätigungen der Sozialversicherer vorzulegen, dass im Zeitraum 01.04.2002 bis 31.05.2003 zugunsten des Klägers auf einem Bruttolohn von Fr. 9'500.00 sämtliche Sozialabzüge korrekt abgerechnet und bezahlt worden sind.
6. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, Bestätigungen der Sozialversicherer vorzulegen, dass die Sozialabzüge auch auf dem Betrag von brutto Fr. 130'050.85 korrekt abgerechnet und bezahlt worden sind, dies unter der Voraussetzung, dass die Beklagte diese Leistung im Sinne einer Lohnfortzahlung vornimmt.
7. Die Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 12'000.00, werden der Beklagten zur Bezahlung auferlegt. Sie werden von den durch die Parteien geleisteten Vor-

schüssen in gleicher Höhe bezogen. Damit hat die Beklagte dem Kläger noch Fr. 6'000.00 an geleistetem Gerichtskostenvorschuss zu erstatten.

8. *Das Honorar von Fürsprecher Tobler wird gemäss eingereicherter Honorarnote gerichtlich bestimmt auf Fr. 22'286.80. Die Beklagte hat dem Kläger somit eine Parteientschädigung von Fr. 22'286.80 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.*
9. *Die Klagebeilagen 40 – 42 werden zu den Akten erkannt.“*
10. Am 14. Dezember 2006 erklärte die Appellantin gegen das Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen vom 4. Dezember 2006 die Appellation und beantragte die kostenfällige Abweisung der Klage. Zudem stellte sie den Beweisantrag, es sei nochmals das IV-Dossier des Appellaten zu edieren, da in der Branche herumgeboten werde, dass die IV eine Revision ihres Entscheides gegenüber dem Appellaten ausgesprochen habe. (vgl. p. 353).
11. Mit Verfügung vom 5. Februar 2007 setzte die Referentin der 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern die Hauptverhandlung auf den 5. Juni 2007 an und edierte die Akten des Appellaten bei der Invalidenversicherung des Kantons Neuenburg (vgl. p. 365).
12. Infolge Hospitalisation des Rechtsvertreters der Appellantin wurde die Hauptverhandlung vom 5. Juni 2007 mit Verfügung vom 4. Juni 2007 kurzfristig abgesetzt (vgl. p. 395).
13. Mit Schreiben vom 11. Juni 2007 teilte der Rechtsvertreter der Appellantin mit, dass die L. Versicherungen eine Überweisung an den Appellaten geleistet hätten und damit das Verfahren gegenstandslos sei (vgl. p. 413 bis 417).
14. Mit Verfügung vom 12. Juni 2007 wurde die Appellantin aufgefordert, dem Gericht mitzuteilen, ob sie die Appellation aufrecht erhalte und, falls ja, würden die Parteien im Anschluss an den Fristenlauf aufgefordert, ihr Rechtsbegehren neu zu stellen (vgl. p. 419 f.).
15. Mit Eingabe vom 22. Juni 2007 passte die Appellantin ihr Rechtsbegehren an und beantragte, die Klage sei abzuweisen, soweit mehr als ein Verzugszins von 5% auf der Forderung von Fr. 97'762.80 ab mittlerem Verfall (20.04.2004) gefordert werde (vgl. p. 431).
16. Mit Verfügung vom 28. Juni 2007 wurde der Appellat aufgefordert, sein Rechtsbegehren ebenfalls neu zu stellen. Zudem wurde der Termin zur Hauptverhandlung auf den 11. Dezember 2007 festgesetzt (vgl. p. 433).
17. Mit Eingabe vom 11. Juli 2007 beantragte der Appellat was folgt (vgl. p. 445)
„1. Die Appellation der Appellantin sei abzuweisen und das Urteil des Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen vom 4. Dezember 2006 sei zu bestätigen mit folgender Anpassung in den Ziffern 2 und 3 des Dispositivs:

2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen Betrag von brutto Fr. 50'050.85 (Fr. 130'050.85 – Fr. 80'000.00) zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 130'050.85 seit 01.05.2004 bis 02.07.2007 und auf Fr. 50'050.85 seit 03.07.2007 zu bezahlen (Lohnfortzahlung im Sinne von Art. 324a OR).
3. Auf dem Betrag von brutto Fr. 50'050.85 sind die Sozialabzüge (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) vorzunehmen. Sollte der Betrag von der Krankentaggeldversicherung bezahlt werden, so sind auf den Krankentaggeldern keine Sozialabzüge zu tätigen.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge –“

Überdies wurde die Bereitschaft erklärt, anstelle einer Hauptverhandlung einen einmaligen schriftlichen Parteivortrag einzureichen.

18. Mit Verfügung vom 20. Juli 2007 gab die Referentin der 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern den Parteien zur Kenntnis, wie die jeweiligen Rechtsbegehren der anderen Partei lauten und erkannte das Schreiben der L. Versicherungen an Fürsprecher Tobler vom 5. Juni 2007 sowie die Gutschriftsanzeige BEKB, KK 16 253.668.2.49 an Fürsprecher Tobler zu den Akten. Der Appellantin wurde eine Frist von drei Wochen angesetzt, für die Mitteilung, ob sie mit einem einmaligen schriftlichen Parteivortrag einverstanden sei. (vgl. p. 447 f.).
19. Mit Schreiben vom 24. August 2007 erklärte sich die Appellantin mit der Einreichung eines einmaligen schriftlichen Parteivortrages einverstanden (vgl. p. 453).
20. Mit Verfügung vom 28. August 2007 forderte die Referentin die Parteien auf, innert Frist von drei Wochen einen schriftlichen Parteivortrag einzureichen (vgl. p. 455).
21. Am 5. Oktober 2007 reichte die Appellantin ihren schriftlichen Parteivortrag ein und beantragte, (1.) das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben, soweit der Appellat einen Betrag von Fr. 117'300.00 geltend mache, (2.) die Klage für die Restanz sei abzuweisen, (3.) die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien neu zu verlegen (vgl. p. 465 ff.).
22. Ebenfalls am 5. Oktober 2007 reichte der Appellat seinen schriftlichen Parteivortrag ein und beantragte (vgl. p. 473 ff.), (1.) Es sei davon Akt zu geben, dass die L. Versicherungen am 2. Juli 2007 eine Akontozahlung zugunsten des Appellaten im Betrage von Fr. 80'000.00 geleistet hätten, (2.) die Appellation der Appellantin sei abzuweisen und das Urteil des Gerichtspräsidenten des Gerichtskreises IX Schwarzenburg-Seftigen vom 4. Dezember 2006 sei zu bestätigen mit folgender Anpassung in den Ziffern 2 und 3 des Dispositivs:
 2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen Betrag von brutto Fr. 50'050.85 (Fr. 130'050.85 – Fr. 80'000.00) zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 130'050.85 seit 01.05.2005 [recte 2004] bis 02.07.2007 und auf Fr. 50'050.85 seit 03.07.2007 zu bezahlen (Lohnfortzahlung im Sinne von Art. 324a OR).
 3. Auf dem Betrag von brutto Fr. 50'050.85 sind die Sozialabzüge (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) vorzunehmen. Sollte der Betrag von der Krankentaggeldversicherung bezahlt werden, so sind auf den Krankentaggeldern keine Sozialabzüge zu tätigen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge-

In seinem schriftlichen Parteivortrag verlangte der Appellat Zins seit dem 1. Mai 2005 (vgl. p. 475), während er in seiner Eingabe vom 11. Juli 2007 einen solchen seit dem 1. Mai 2004 verlangte (vgl. p. 445) und das Urteil ihm ebenfalls Zins seit dem 1. Mai 2004 zusprach (vgl. p. 345). Es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei dem Rechtsbegehren im schriftlichen Parteivortrag um ein Verschreib handelte und Zins seit dem 1. Mai 2004 verlangt wird.

23. In Anwendung von Art. 205 ZPO wird das Urteil den Parteien schriftlich eröffnet.

II. Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen

1. Die Appellation ist zulässig gegenüber Endurteilen des Gerichtspräsidenten in Streitigkeiten, deren Streitwert mindestens Fr. 8'000.00 beträgt oder nicht geschätzt werden kann (vgl. Art. 335 ZPO, Art. 141 ZPO). Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt rund Fr. 130'000.00, womit das Urteil appellabel ist.
2. Die Appellationsfrist, laufend ab schriftlicher Mitteilung der Urteilsformel (vgl. Art. 204 Abs. 3 ZPO), beträgt zehn Tage (Art. 338 ZPO)¹. Die Appellantin erklärte am 14. Dezember 2006 die Appellation, nachdem ihr das Urteil am 5. Dezember 2004 eröffnet worden war (vgl. pag. 353). Die Rechtsmittelfrist ist somit gewahrt.
3. Die Parteien haben auf eine Hauptverhandlung verzichtet und einen schriftlichen zweiten Parteivortrag eingereicht. Die Kammer fasst das Urteil somit auf dem Zirkulationsweg.
4. Es handelt sich in casu um eine beschränkte Appellation, beschränkt namentlich auf den Differenzbetrag zwischen der von der L. Versicherungen geleisteten Zahlung und der erstinstanzlichen Verurteilung der Appellantin zur Zahlung von Fr. 130'050.85 an den Appellaten. Zudem wird vor der oberen Instanz das Zustandekommen des Arbeitsvertrages (Willensmängel: Täuschung und Grundlagenirrtum) nicht mehr bestritten und damit wird die Lohnfortzahlungspflicht durch die Appellantin anerkannt. Massgebend ist zunächst die Abrechnung der L. Versicherungen vom 5. Juni 2007 (vgl. p. 415 f.). Es gilt zu beachten, dass der Versicherung zwar durch die Appellantin der Streit verkündet worden war, sie jedoch dem Prozess nicht als Intervenientin beigetreten ist. Die Versicherung gilt als Dritte, die Streitverkündung spielt sich nur zwischen der Appellantin und der Versicherung ab, daher sind die in der Abrechnung enthaltenen Zugeständnisse in prozessualer Hinsicht nicht relevant².

Die Wirkung der Beschränkung der Appellation besteht jedoch nicht darin, dass ein Teil des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen wäre, zumal sich die

¹ vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 6 ad Art. 204 ZPO.

² vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 2b ad Art. 48 ZPO.

Beweiswürdigung und die rechtlichen Qualifikationen einzig aus den Erwägungen ergibt und nur indirekt im Dispositiv als Teil des zugesprochenen Betrages ersichtlich ist.

5. Der Rechtsvertreter der Appellantin macht im schriftlichen Parteivortrag geltend, der Appellat habe die Abrechnung der L. Versicherungen anerkannt, weshalb die Eingabe der Appellantin vom 22. Juni 2007 keine Klagebeschränkung mehr sei (vgl. p. 465). Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend nur um eine Beschränkung der Appellation handeln kann und nicht um eine Klagebeschränkung, denn eine Klagebeschränkung könnte nur durch den Kläger (in casu den Appellanten) vorgenommen werden.
6. Bei der Analyse der Rechtsbegehren der Appellantin fällt auf, dass sie am 22. Juni 2007 ihr Rechtsbegehren noch wie folgt formulierte: Die Klage sei abzuweisen, soweit mehr als ein Verzugszins von 5% auf der Forderung von Fr. 97'762.80 ab mittlerem Verfall (20.04.2004) gefordert wird. Im schriftlichen Parteivortrag hingegen beantragte sie, das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben, soweit der Appellat einen Betrag von Fr. 117'300.00 geltend mache. Die Klage für die Restanz sei abzuweisen. Somit hat die Appellantin ihre Appellation zusätzlich beschränkt.
7. Aus den Rechtsbegehren des Appellaten, welche er anlässlich seines oberinstanzlichen schriftlichen Parteivortrages stellte, lässt sich entnehmen, dass die L. Versicherungen bis jetzt nur eine Akontozahlung in der Höhe von Fr. 80'000.00 geleistet hat.
8. Die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen und sämtliche Prozessvoraussetzungen sind offensichtlich erfüllt. Der Appellationshof tritt in der Sache ein.

III. Sachverhalt

1. Unbestrittener Sachverhalt

Der Appellat wurde am 8. April 1949 geboren. Seit 1968 übt er den Beruf des avionicien aus. Unbestritten ist, dass er am 1. April 2002 seine Arbeit bei der Appellantin als Verantwortlicher für die Installation von elektrischen Instrumenten in Flugzeugen aufnahm bzw. dass zwischen den beiden Parteien ein Arbeitsvertrag geschlossen worden war. Das vereinbarte Bruttogehalt von Fr. 8'000.00 ist von beiden Parteien ebenfalls nicht bestritten. Sein Arbeitsplatz befand sich in M.

Im vorinstanzlichen Verfahren war umstritten, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. Die Appellantin hatte geltend gemacht, dass der Appellat sie über seine gesundheitlichen Probleme getäuscht hatte. Sie befände sich im Übrigen in einem Grundlagenirrtum, denn hätte sie von den gesundheitlichen Problemen des Appellaten gewusst, hätte sie den Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen. In oberer Instanz ist, wie bereits erwähnt, das Zustandekommen des Arbeitsvertrages nicht mehr bestritten. Der Vollständigkeit halber sei er-

wähnt, dass die Vorinstanz die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bejahte und sich dafür auf den mündlich geschlossenen Arbeitsvertrag stützte. Sie verneinte im Übrigen die Voraussetzungen für die absichtliche Täuschung und den Grundlagenirrtum.

2. Bestrittener Sachverhalt

Von Anfang an und bis jetzt umstritten ist die vereinbarte pauschale Spesenentschädigung von Fr. 1'500.00 pro Monat.

Die Appellantin hat dem Appellaten ab Beginn des Arbeitsverhältnisses bis im Mai 2003 einen monatlichen Nettolohn von Fr. 6'958.40 plus Fr. 1'500.00 ausbezahlt, insgesamt somit Fr. 8'458.40.

Der vorinstanzliche Richter erwog zu der umstrittenen Spesenentschädigung und der gesundheitlichen Situation des Appellaten folgendes:

„Bei der L. Versicherungen wurde eine Krankentaggeld-Versicherung mit einer Leistungsdauer von 730 Tagen innerhalb von 900 Tagen abgeschlossen. Die Mitarbeiter der Beklagten sind weiter der Pensionskasse O. angeschlossen.

Erstmals seit seiner Anstellung bei der Beklagten traten beim Kläger im November 2002 nennenswerte gesundheitliche Probleme in der Form von Rückenschmerzen auf. Zuvor war der Kläger bereits im Jahre 1991 am Rücken operiert worden.

Der behandelnde Hausarzt Dr. E. schrieb den Kläger für die Zeit vom 4.-8. November 2002 sowie für die Konsultation beim Spezialisten am 14.11.2002 vollständig arbeitsunfähig (KB 17). Ab dem 19.11.2002 wurde dem Kläger ebenfalls eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert, dies für eine unbestimmte Zeit (KB 30). Tatsächlich blieb der Kläger während einer Dauer von zwei Wochen der Arbeit fern (KB 19). Unbestritten ist, dass die Beklagte Ende des Jahres 2002 sowie Anfang des Jahres 2003 einen grossen Auftrag auszuführen hatte und den Kläger in dieser Zeit als Verantwortlichen für die Installation der elektronischen Apparate dringend benötigte. Der Kläger musste in dieser Zeit teilweise auch an den Wochenenden arbeiten. In der Folge wurde er von Dr. E. ab dem 08.04.2003 wegen Krankheit und physischer Erschöpfung für drei Wochen zu 25% arbeitsunfähig geschrieben. Der Arzt hat ihm überdies geraten, zur Erholung zwei Wochen Ferien zu beziehen (KB 19). Ab dem 19.05.2003 wurde der Kläger zu 100% arbeitsunfähig geschrieben, dies für eine unbestimmte Dauer (KB 18). Nicht streitig ist weiter, dass der Kläger teilweise auch nach dem 19.05.2003 und trotz eines Arzteugnisses, welches ihn zu 100% arbeitsunfähig erklärte, für die Beklagte noch gewisse Arbeiten vornahm.

Mit Einschreiben vom 26.06.2003 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Wirkung auf den 31.08.2003 (KB 22). Die Beklagte hielt ihre Kündigung auch nach Anzeige der Nichtigkeit (KB 3) aufrecht. Mit Schreiben vom 27.01.2004 wurde dann nochmals gekündigt und zwar per 31.03.2004 (KB 39a). Diese zweite Kündigung auf den 31.03.2004 wurde seitens des Klägers akzeptiert.

Mit Schreiben des P. vom 04.07.2005 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er bei einem Invaliditätsgrad von 70% ab dem 01.04.2004 eine ganze Invalidenrente zuge-

sprochen erhalte (KB 24). Mit Entscheid vom 19.10.2004 wurde dem Kläger die Berechnung der IV-Taggelder mitgeteilt, ausgehend von einem Lohn von monatlich Fr. 8'000.00. Das Taggeld wurde auf Fr. 211.20 festgesetzt (KB 26).“

Der vorinstanzliche Richter hat korrekt festgehalten, dass die als Fixspesen bezeichneten Fr. 1'500.00 pro Monat unter den Parteien umstritten waren. Der Appellat ist davon ausgegangen, dass es sich um eine pauschale Spesenentschädigung handelte, die fester Lohnbestandteil darstellt. Die Appellantin hingegen hat die Auffassung vertreten, dass es sich um einen reinen Auslagenersatz im Sinne von Art. 327a OR handelt.

Die L. Versicherungen anerkannten im oberinstanzlichen Verfahren ihre Zahlungspflicht bezüglich Fr. 97'762.80.

Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen³:

Indemnité journalière à 100%: Fr. 263.01

<u>1^{ère} période : 30 jours à 0%</u>	Nbre de jours	Total
100% du 04.11.02 au 7.11.03	5	0.00
50% du 14.11.02 au 14.11.02	1	0.00
100% du 19.11.02 au 02.12.02	14	0.00
25% du 08.04.03 au 17.04.03	<u>10</u>	<u>0.00</u>
	30	0.00
 <u>2^{ème} période : 730 à 80%</u>		
25% du 18.04.03 au 18.05.03	31	1'631.00
100% du 19.05.03 au 16.04.05	<u>699</u>	<u>147'077.00</u>
	730	148'708.00

Von dieser Summe zogen die L. Versicherungen folgende Beträge wieder ab:

- Surindemnisation: Fr. 43'049.15 (Leistungen der Sozialversicherungen, vgl. Urteil vom 4. Dezember 2006);
- April und Mai 2003: Da die Appellantin den Lohn normal an den Appellaten bezahlt habe, müssten die nachfolgenden Beträge direkt an die Appellantin bezahlt werden:

Du 18.04.03 au 30.04.03 : 13 x 263.01 x 80% x 25%	Fr. 683.80
Du 01.05.03 au 18.05.03 : 18 x 263.01 x 80% x 25%	Fr. 946.80
Du 19.05.03 au 31.05.03 : 13 x 263.01 x 80%	<u>Fr. 2'735.30</u>
	Fr. 4'365.90
- Juni 2003: Die Appellantin habe dem Appellanten für den Monat Juni den Bruttolohn auf Fr. 4'474.00 begrenzt, weshalb die Taggelder, welche an die Appellantin ausbezahlt würden, auf dieser Basis berechnet worden seien, namentlich seien Fr. 3'530.15 an die Appellantin auszurichten (Fr. 4'474.00 x 12 : 365 x 80% x 30).

³ Vgl. Aufstellung der L. Versicherungen vom 5. Juni 2007, p. 415 f..

Récapitulatif des prestations dues à A.

Prestations contractuelles totales (730 j)	Fr.	148'708.00
./ surindemnisation (AI, LPP)	Fr.	<u>43'049.15</u>
	Fr.	105'658.85
./ montants dus à X. LTD	Fr.	<u>7'896.05</u>
Solde en faveur de A.	Fr.	97'762.80

Aus dieser Aufstellung der L. Versicherungen ist ersichtlich, dass diese bereit ist, einen Betrag von insgesamt Fr. 97'762.80 an den Appellaten zu bezahlen. Ab 18. April 2003 bis 16. April 2005 würden die L. Versicherungen einen Gesamtbetrag in der Höhe von Fr. 148'708.00 an den Appellaten bezahlen. Von diesem Betrag würden sie jedoch verschiedene Beträge in Abzug bringen, namentlich die Leistungen der Sozialversicherungen (Invalidenversicherung, BVG-Rente) sowie die Zahlungen, welche die Appellantin an den Appellaten geleistet hatte.

In der Folge wurde die Appellation durch die Appellantin beschränkt. In beweismässiger Hinsicht ist einzig noch die Frage nach der Rechtsnatur der Spesenentschädigung Gegenstand der oberinstanzlichen Beurteilung. Dabei ist, wie auch die Vorinstanz korrekt vorgegangen ist, in sachverhaltsmässiger Hinsicht zu prüfen, welches der Parteiwillen war, der zum Abschluss des Arbeitsvertrages in der vorliegenden Ausgestaltung geführt hat.

Der vorinstanzliche Richter erwog hierzu folgendes:

„Der Kläger gab anlässlich der Hauptverhandlung vom 11.10.2005 (Protokoll, S. 5) zu Protokoll, K. habe ihm anlässlich der Vertragsverhandlungen Fr. 2'000.00 mehr Lohn angeboten als sein früherer Arbeitgeber, man habe sich dann auf Fr. 8'000.00 Grundgehalt sowie Fr. 1'500.00 Spesen geeinigt und für die restlichen Fr. 500.00 habe er einer 40-Stundenwoche anstelle einer 45-Stundenwoche den Vorzug gegeben. Tatsache ist, dass der Kläger bei seiner früheren Arbeitgeberin T in S. einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 8'100.00 erzielt hatte (KB 29).

Die Beklagte ihrerseits führt dazu in ihrer Klageantwort aus, es sei eine Arbeitswegentschädigung vereinbart worden. Diese sei nur solange geschuldet, als dem Kläger tatsächlich entsprechende Kosten entstanden seien (Klageantwort vom 04.10.2004, S. 3).“

Die Vorinstanz befragte den Vertreter der Appellantin anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Oktober 2005 zum Thema der Spesenentschädigung zu Gunsten des Appellaten nicht. Er erklärte anlässlich des Parteiverhörs lediglich, dass die Appellantin standardisierte Arbeitsverträge verwende (KB 29).

Aus der Arbeitgeberbescheinigung zuhanden der Arbeitslosenversicherung vom 28. Mai 2004 (KB 9) geht hervor, dass seitens der Appellantin von einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 8'000.00 ausgegangen wurde. Den Lohnblättern ist zu entnehmen, dass die Fr. 1'500.00 separat als Spesen ausgewiesen worden waren (vgl. KB 15 und 29).

Die schnellste Route vom Wohnort des Appellaten zu seiner Arbeitsstelle beträgt 68.5 km⁴, was pro Weg Fr. 51.30 kostet (entspricht den Kosten, als das Benzin noch einen tieferen Preis hatte). Der Appellant legte für seinen Arbeitsweg täglich 137 km zurück, was Fr. 102.60 entspricht. Die monatlichen Kosten für den Arbeitsweg des Appellaten betragen somit Fr. 2'148.30 (21 Arbeitstage).

Der Vollständigkeit halber weist die Kammer darauf hin, dass ein Generalabonnement der Bahn jährlich Fr. 3'100.00 (2. Klasse) bzw. 4'850.00 (1. Klasse) kosten würde.

Wenn der Appellant mit den öffentlichen Verkehrsmitteln hätte zur Arbeit fahren wollen, hätte er von seinem Domizil circa 8 Minuten zu Fuss zur nächsten Bushaltestelle gehen müssen. Vom Bahnhof in M. zum Flughafen hätte er weitere 3.5 km zu Fuss (rund 52 Minuten) oder 10 Minuten mit dem Bus zurück legen müssen. Die Reisezeit für einen Weg vom Wohn- zum Arbeitsort würde knapp drei Stunden dauern.

Das Beweisverfahren lässt keinen Schluss zur Frage zu, was die beiden Vertragsparteien wirklich gewollt haben. Festzuhalten bleibt indessen, dass dem Kläger eine Pauschalentschädigung für den langen Arbeitsweg entrichtet worden ist.

Nicht bestritten ist im Übrigen, dass die L. Versicherungen dem Appellaten am 2. Juli 2007 eine Akontozahlung von Fr. 80'000.00 geleistet haben.

IV. Rechtliches

a) Rechtsnatur von Pauschalspesen

1. Die Vorinstanz hat zur Rechtsnatur der Pauschalspesen folgendes ausgeführt:
„Bisweilen werden hohe Pauschalvergütungen vereinbart, welche in Wirklichkeit eine stille Lohnaufbesserung darstellen. Ein solches Vorgehen liegt nicht im Arbeitnehmerinteresse, weil für diesen Teil des Lohnes keine Sozialabzüge vorgenommen werden, was gegen das Gesetz und die diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarungen verstösst. In solchen Fällen untersteht nur der den Auslagen entsprechende Teil dem Art. 327a OR; der Rest ist Lohn im Sinne von Art. 322 OR (Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Auflage 1997, S. 89).

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der Auslagen, die ihm durch die Arbeitsleistung entstehen. Der Auslagenersatz ist nicht als Lohn zu betrachten, da er nicht die Arbeitsleistung, sondern im Interesse des Arbeitgebers gemachte Spesen entschädigt. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle für die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen (Art. 327a Abs. 1 OR). Darunter fallen nicht Auslagen, die der Arbeitnehmer für sich persönlich macht wie etwa[s] Spesen für Kleidung, Essen, Fahrt zur Arbeitsstelle (Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage 2005, S. 113).

⁴ TwixRoute.

Pauschalspesen, denen keine Auslagen des Arbeitnehmers gegenüberstehen, sind als Lohnbestandteil zu betrachten. Eine pauschale Entschädigung für die Fahrt vom Wohn- an den Arbeitsort des Arbeitnehmers muss als Lohnbestandteil qualifiziert werden, da der Arbeitgeber nicht zur Übernahme dieser Kosten verpflichtet ist. Diese Entschädigung unterliegt deshalb den Sozialabzügen und ist im Falle der Arbeitsverhinderung gemäss Art. 324a OR geschuldet (Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, Lausanne 2006, N. 2.2. zu Art. 327a OR mit Verweis auf die kantonale Rechtsprechung). Auch Streiff/von Kaenel (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, N. 2 zu Art. 327a OR) teilen die Ansicht, dass Kleider des Arbeitnehmers, seine Verköstigung sowie die Fahrt zum Arbeitsplatz nicht zu den Auslagen gehören. Der Arbeitsweg sei nicht vom Arbeitgeber zu bezahlen.“

2. Die Erwägungen der Vorinstanz sind sorgfältig und korrekt, es kann somit auf diese verwiesen werden. Anzumerken bleibt, dass STREIFF/VON KAENEL⁵ weiter ausführen, Spesen seien grundsätzlich nur bei tatsächlicher Beschäftigung geschuldet. Nur soweit sie rein aus steuerlichen Gründen bezahlt werden, sind sie auch bei Freistellung zu entrichten. Letzteres ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer für den Arbeitsweg eine pauschale Entschädigung erhält. An die Stelle des Ersatzes der effektiven Auslagen kann eine Pauschale treten, sie ist entweder durch schriftliche Abrede oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag zu begründen. Im Zweifel ist die Auslagenpauschale nur geschuldet, wenn der Arbeitnehmer auch tatsächlich arbeitet, nicht aber bei Krankheit, Ferien oder Freistellung⁶. Eine solche Auslagenpauschale kann in casu nicht vereinbart worden sein, da weder eine schriftliche Abrede noch ein Gesamtarbeitsvertrag vorhanden ist. PORTMANN⁷ ist ebenfalls der Ansicht, dass persönliche Aufwendungen des Arbeitnehmers für Verpflegung, Unterkunft oder Fahrt zur Arbeitsstelle nur dann ersatzpflichtige Auslagen darstellen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an auswärtigen Orten einsetzt, was bei Handelsreisenden oder im Baugewerbe der Fall ist⁸. Vorliegend wurden dem Appellaten Spesen für die Fahrt zum normalen Arbeitsort vergütet, der Appellat wurde offensichtlich nicht an auswärtigen Orten eingesetzt.

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass die von der Appellantin zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung⁹ zwar die Lohnbestandteile im Allgemeinen betrifft, jedoch nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann, da es in keinem Urteil um die Qualifikation der Fixspesen als Lohnbestandteil geht.

Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass eine reine Arbeitswegentschädigung nicht unter die Auslagen fällt, sondern als Lohnbestandteil zu qualifizieren ist.

⁵ STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich 2006, N. 2 zu Art. 327a OR.

⁶ STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 327a OR sowie PORTMANN, in: Basler Kommentar, HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N. 6 zu Art. 327a OR.

⁷ PORTMANN, a.a.O., N. 2 zu Art. 327a OR.

⁸ Vgl. auch Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, S. 125, N. 255.

⁹ Vgl. BGE 132 III 172; Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juli 2007, 4A_115/2007 und vom 6. Januar 2006, 4C.376/2005,

3. Die Appellantin macht geltend, es sei unter den Parteien vereinbart worden, dass nur tatsächlich anfallende Fahrkosten entschädigt werden sollten. Dem ist entgegen zu halten, dass die effektiven Spesen des Appellaten höher ausgefallen sind, als Fr. 1'500.00, weshalb die Spesen höher hätten ausfallen müssen, wären tatsächlich die effektiv anfallenden Kosten ersetzt worden.

4. Die Appellantin macht geltend, die Parteien hätten den Willen gehabt, nur die tatsächlichen Kosten zu vergüten, dies zeige sich auch darin, dass die sozialversicherungsrechtlichen Beiträge auf dem Grundlohn von Fr. 8'000.00 basierend geleistet worden seien, womit der Appellat einverstanden gewesen sei. Wenn er heute einen anderen Standpunkt einnehme, liege ein widersprüchliches Verhalten vor, das nach Art. 2 ZGB keinen Rechtsschutz genieesse.
Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Am Einfachsten und Klarsten ist es, den Rechtsmissbrauch als Inanspruchnahme einer Berechtigung bzw. eines Vorgehens zu kennzeichnen, die sich mit grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung nicht verträgt. Der Beschreibung des Rechtsmissbrauches haftet eine Unschärfe an. Der Gesetzgeber trägt dem dadurch Rechnung, dass er nicht bei jedem, sondern nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch den Rechtsschutz verweigert¹⁰. Es ist allgemein anerkannt, dass die Berufung auf Rechtsmissbrauch nur als ultima ratio zugelassen werden soll¹¹. Zur leichteren Einordnung der möglichen Rechtsmissbrauchsfälle wurden in der Lehre Fallgruppen, wie beispielsweise das angerufene widersprüchliche Verhalten, gebildet. Diese Fallgruppe fasst zwei im gemeinen Recht etablierte und in der Dogmatik zu den Kodifikationen fortlebende Maximen zusammen: die Unbeachtlichkeit einer protestatio factio contraria und die Ablehnung eines venire contra factum proprium. Als protestatio factio contraria bezeichnet man eine Erklärung, die dem Verhalten des Erklärenden widerspricht. Diese Untergruppe kommt vorliegend nicht in Betracht, da kein Verhalten des Appellaten ersichtlich ist, welches seinen Erklärungen widersprechen würde. Beim venire contra factum proprium liegt ein zwiespältiges Verhalten vor, das als solches treuwidrig erscheint. Es gibt zwar keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln, doch greift in vielen Fällen schutzwürdiges Vertrauen darauf ein, dass sich der Partner konsequent verhalten werde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht würde. Der Vertrauende muss Dispositionen getroffen haben, die sich angesichts der neuen Situation nunmehr als nachteilig erweisen. Er lässt beispielsweise rechtserhaltende Fristen verstreichen, unterlässt die Regressnahme auf Dritte, weil er mit der eigenen Inanspruchnahme nicht gerechnet hat oder setzt andere prozessrelevante oder tatsächliche Handlungen, die er ohne den vom Partner geschaffenen Vertrauenstatbestand so nicht vorgenommen hätte¹².

¹⁰ HONSELL, in: Basler Kommentar, HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, N. 26 f. zu Art. 2 ZGB.

¹¹ HONSELL, a.a.O., N. 29 zu Art. 2 ZGB.

¹² HONSELL, a.a.O., N. 43 zu Art. 2 ZGB.

Zwischen den beiden Parteien wurde ein Arbeitsvertrag geschlossen mit der Vereinbarung eines Bruttogehaltes von Fr. 8'000.00 sowie Fixspesen in der Höhe von Fr. 1'500.00 (Arbeitswegentschädigung). Die sozialversicherungsrechtlichen Abzüge wurden nur auf dem Grundlohn von Fr. 8'000.00 vorgenommen. Dass der Appellant damit einverstanden war und nun geltend macht, die Spesen seien Lohnbestandteil stellt kein widersprüchliches Verhalten dar, er verliess sich die ganze Zeit darauf, dass der Lohn in der vereinbarten Höhe fliessen würde. Ebenfalls traf die Appellantin keine Dispositionen, welche sich durch das Verhalten des Appellaten, als nachteilig erweisen würden. Es ist überdies ebenfalls kein Vertrauen der Appellantin ersichtlich, welches durch die Handlungen des Appellaten enttäuscht worden wäre bzw. werden könnte. Daraus erhellt, dass kein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Appellaten ersichtlich ist.

b) Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers

5. Die Vorinstanz hat zur Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers wegen Nichterfüllung des Vertrages gegenüber dem Arbeitnehmer (sofern keine Taggelder ausbezahlt werden sollten) folgendes ausgeführt:

Der Arbeitnehmer habe grundsätzlich einen direkten Anspruch gegenüber dem Kollektivversicherer, welcher die Krankentaggelder schulde (Art. 87 VVG). Dies gelte auch dann, wenn der Versicherungsvertrag die Leistung an den Arbeitgeber vorsehe, soweit die Vertragsauslegung ergebe, dass die versicherten Arbeitnehmer und nicht der Arbeitgeber Begünstigte der Versicherungsleistungen seien. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers lebe wieder auf, wenn der Versicherer aus der abgeschlossenen Lohnausfallversicherung ungerechtfertigt die Leistungen für den wegen Krankheit verhinderten Arbeitnehmer verweigere¹³.

Unterlasse der Arbeitgeber den Abschluss der durch Abrede oder GAV festgelegten Taggeldversicherung, so werde er dem Arbeitnehmer wegen Nichterfüllung des Vertrages schadenersatzpflichtig, sofern er sich nicht exkulpieren könne (Art. 97 ff. OR). Der zu ersetzende Schaden bestehe in den fehlenden Versicherungsleistungen, so dass der Arbeitnehmer so gestellt werde, wie wenn der Arbeitgeber die Versicherung abgeschlossen und diese die vereinbarten Leistungen tatsächlich erbracht hätte (positives Vertragsinteresse). Dieselbe Schadenersatzpflicht trete ein, wenn die Versicherung abgeschlossen worden sei, diese aber die durch Abrede oder GAV zugesicherten Leistungen dem Arbeitnehmer in der Folge nicht oder nicht voll erbringe, z.B. aufgrund eines im Versicherungsvertrag angebrachten Vorbehalts für vorbestandene Leiden oder wegen Nichtbezahlung der Prämien¹⁴.

In casu habe die L. wegen Verspätung der Prämienzahlung sowie Nichtmeldung des Versicherungsfalles ihre Leistungspflicht zunächst verneint. Damit sei die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin wieder aufgelebt und der Appellant sei berechtigt, seine Forderung gegenüber der Appellantin geltend zu machen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die L. Versicherungen auf Intervention des Anwalts des Appellaten auf ihre Leistungsverweigerung zurück gekommen und grundsätzlich bereit seien, Taggelder auszubezahlen. Eine Entschädigungsvereinbarung sei

¹³ TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, Lausanne 2006, N. 4.3. zu Art. 324a OR.

¹⁴ BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N. 23 c zu Art. 324a Abs. 4 OR.

durch die Versicherung den Parteien bereits unterbreitet worden (KB 40). Streitig sei noch immer, da vom Betrag des AHV-pflichtigen Lohn abhängig, die Höhe der auszurichtenden Taggelder. Aus dem Gesagten folge somit, dass der Appellat befugt sei, seine Forderung gegenüber der Appellantin als Arbeitgeberin geltend zu machen.

6. Die Ausführungen der Vorinstanz sind korrekt, auf diese kann verwiesen werden. Aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer die Versicherung direkt einklagen kann, darf nicht abgeleitet werden, dass der Arbeitgeber in diesem Fall nicht gestützt auf Art. 97 ff. OR haftbar wird, wenn er trotz Abrede, wie in casu, keine Taggeldversicherung abgeschlossen hat. Überdies vermag die Tatsache, dass die L. Versicherungen in der Zwischenzeit ihre Leistungsbereitschaft signalisiert haben, daran nichts zu ändern. Vielmehr wird sich die Appellantin an die Versicherung zu halten haben, nicht der Appellat.

Demnach ist, in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz, zusammenfassend festzuhalten, dass die Forderung des Appellaten gegenüber der Appellantin brutto Fr. 173'100.00 beträgt (vgl. auch p. 333 f.).

c) Ad Zahlungen der Sozialversicherungen

7. Der Appellat führt in seiner Eingabe vom 20. September 2005 korrekt aus, dass die von den Sozialversicherungen geleisteten Zahlungen vom Forderungsbetrag in Abzug gebracht werden müssen. Folgende Zahlungen wurden von den Sozialversicherern geleistet:

O. (BVG-Invalidenrente)¹⁵

Vom 08.04.2004 bis 31.12.2004	Fr. 9'275.90
Vom 01.01.2005 bis 31.03.2005	Fr. 3'174.25
Total	<u>Fr. 12'450.15</u>

Q. Versicherung¹⁶

Vom 01.04.2004 bis 31.12.2004 (70%ige Rente)	Fr. 18'990.00
Vom 01.05.2005 bis 31.03.2005	Fr. 6'450.00
Total	<u>Fr. 25'440.00</u>
Vom 15.11.2004 bis 10.12.2004 (IV-Taggeld) ¹⁷	Fr. 5'159.00

Insgesamt wurden von den Sozialversicherungen im interessierenden Zeitraum somit **Fr. 43'049.15** erbracht, welche vom Forderungsbetrag abzuziehen sind. Demnach schuldet die Appellantin dem Appellaten einen Betrag von brutto Fr. 130'050.85.

Bezüglich den abzurechnenden Sozialabgaben kann im Übrigen auf die korrekten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. p. 335 f.)

¹⁵ Vgl. KB 23.

¹⁶ Vgl. KB 25.

¹⁷ Vgl. KB 26 und 27.

d) Ad Verzugszins

8. Vor oberer Instanz rügt die Appellantin die konkrete Berechnung des Verzugszinses. Sie bestreitet indessen nicht die Voraussetzungen für die Berechnungsweise nach dem mittleren Verfalltag.

Der vorinstanzliche Richter führte in seinem Urteil aus, der Betrag von Fr. 130'050.85 sei effektiv für die Zeit vom 1. Juni 2003 bis 31. März 2005 geschuldet. Bei der grundsätzlichen Lohnfortzahlungspflicht vom 1. April 2003 bis 31. März 2005 seien neben den ausgerichteten Sozialversicherungsleistungen auch die Löhne April und Mai 2003 mitberücksichtigt worden, welche dem Kläger fristgerecht ausbezahlt worden seien.

Diese Ausführungen sind korrekt und nicht zu beanstanden.

Nach Art. 323 Abs. 1 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten, wenn nicht kürzere Fristen oder andere Termin verabredet oder üblich sind und durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt wurde. Die Fälligkeit tritt somit erst am Ende des Monats ein, weshalb der Juni-Lohn erst Ende Juni, wie von der Appellantin geltend gemacht, fällig wird.

Der mittlere Verfall berechnet sich somit wie folgt: Im Zeitraum vom 1. Juli 2003 bis 31. März 2005 (21 Monate) war die Appellantin mit der Zahlung im Verzug, weshalb die Appellantin ab 15. Mai 2004, nicht wie die Vorinstanz festgestellt hatte ab 1. Mai 2004, Verzugszinsen zu bezahlen hat. Die Appellantin schuldet dem Appellaten somit Verzugszinsen von 5% seit dem 15. Mai 2004 auf einem Betrag von Fr. 130'050.85.

Die Appellantin macht in ihrem zweiten Parteivortrag vor der oberen Instanz geltend, sie sei nur für den Betrag von Fr. 71'900.00 im Verzug gewesen, weshalb dieser Betrag als Basis einzusetzen sei. Es ist für die Kammer nicht nachvollziehbar, weshalb der Verzugszins auf einer Basis von Fr. 71'900.00 geschuldet sein sollte, da die Appellantin mit der Zahlung von Fr. 130'050.85 in Verzug ist.

Da die L. Versicherungen am 2. Juli 2007 eine Akontozahlung in der Höhe von Fr. 80'000.00 geleistet hat, sind ab dem 3. Juli 2007 die Verzugszinsen nur noch auf dem restanzlichen Betrag von Fr. 50'050.85 geschuldet.

V. Kosten

Nach Art. 58 Abs. 1 ZPO ist die unterliegende Partei in der Regel zum vollständigen Ersatz der Prozesskosten an ihren Gegner zu verurteilen. Der Appellat ist im vorliegenden Verfahren in beiden Instanzen praktisch vollständig (er verlangte Zins seit dem 1. Mai 2005 [recte: 2004], die Kammer sprach ihm jedoch den Zins nur seit dem 15. Mai 2004 zu) durchgedrungen, weshalb, er die erst- und die oberinstanzlichen Kosten zu tragen hat.

Die Ausführungen der Vorinstanz zu den Kosten sind sorgfältig und nicht zu beanstanden, es ist auf diese zu verweisen. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 12'000.00, werden der Appellantin auferlegt und den von beiden Parteien erstin-

stanzlichen Gerichtskostenvorschüssen von je Fr. 6'000.00 entnommen. Die Appellantin hat dem Appellaten unter diesem Titel Fr. 6'000.00 zu erstatten.

Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 7'500.00, werden der Appellantin auferlegt und den von beiden Parteien oberinstanzlich geleisteten Gerichtskostenvorschüssen von je Fr. 5'000.00 entnommen. Dem Appellaten ist Fr. 2'500.00 aus der Gerichtskasse zurück zu erstatten. Die Appellantin hat dem Appellanten unter diesem Titel Fr. 2'500.00 zu ersetzen.

Die vorinstanzlichen Erwägungen zum Parteikostenersatz sind ebenfalls nicht zu beanstanden, weshalb sie ebenfalls bestätigt werden. Somit hat die Appellantin dem Appellaten für das erstinstanzliche Verfahren einen Parteikostenersatz von Fr. 22'286.80 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.

Oberinstanzlich reichte der Rechtsvertreter des Appellaten, Fürsprecher Rolf Tobler, eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 15'070.00 (Honorar Fr. 9'760.00, Auslagen Fr. 310.00, Gerichtskostenvorschuss Fr. 5'000.00) ein. Nach Art. 7 lit. b PKV wird das Honorar für Rechtsmittelverfahren, soweit sie vom bisherigen Anwalt geführt worden sind, in der Höhe von 30 bis 50% des Honorars für das Verfahren erster Instanz bemessen. Vorliegend ist für das Verfahren vor erster Instanz ein mittleres interpoliertes Honorar von Fr. 18'600.00 angemessen. Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich jedoch eine leichte Erhöhung des Honorars, da das Verfahren sehr zeitaufwändig war und sich die Verhandlungen mit den L. Versicherungen schwierig gestalteten. Das Honorar von Fr. 9'760.00 entspricht daher rund 50% des angemessenen Honorars für das erstinstanzliche Verfahren, weshalb es unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 lit. b PKV nicht zu beanstanden ist, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Verfahren überdurchschnittlich aufwändig und für den Appellaten von hoher Bedeutung war. Demnach hat die Appellantin dem Appellanten für das oberinstanzliche Verfahren einen Parteikostenersatz von Fr. 10'070.00 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen. Zur Rückzahlung des oberinstanzlichen Gerichtskostenvorschusses wurde die Appellantin bereits verurteilt.

Aus diesen Gründen wird **erkannt**:

1. Es wird festgestellt, dass der AHV-relevante Lohn des Appellaten während seiner Anstellung bei der Appellantin monatlich brutto Fr. 9'500.00 betrug.
2. Die Appellantin wird verurteilt, dem Appellaten einen Betrag von brutto Fr. 50'050.85 zuzüglich Zins von 5% seit 15. Mai 2004 bis 2. Juli 2007 auf einem Betrag von Fr. 130'050.85 und seit 3. Juli 2007 auf einem Betrag von Fr. 50'050.85 zu bezahlen (Lohnfortzahlung im Sinne von Art. 324a OR).
3. Auf dem Betrag von Fr. 50'050.85 sind die Sozialabzüge (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) vorzunehmen. Sollte der Betrag von der Krankentaggeldversicherung bezahlt werden, so sind auf den Krankentaggeldern keine Sozialabzüge zu tätigen.
4. Die Appellantin wird weiter verurteilt, auf dem Betrag von brutto Fr. 1'500.00 für die Zeit von April 2002 bis Mai 2003 die entsprechenden Sozialabzüge (UVG, AHV, IV, ALV und BVG) vorzunehmen. Der Anteil, welcher auf den Appellaten entfällt, ist vom auszurichtenden Betrag gemäss Ziff. 2 hievor in Abzug zu bringen.
5. Die Appellantin wird verpflichtet, dem Appellaten Bestätigungen der Sozialversicherer vorzulegen, dass im Zeitraum 1. April 2002 bis 31. Mai 2003 zugunsten des Appellaten auf einem Bruttolohn von Fr. 9'500.00 sämtliche Sozialabzüge korrekt vorgenommen und bezahlt worden sind.
6. Die Appellantin wird weiter verpflichtet, Bestätigungen der Sozialversicherer vorzulegen, dass die Sozialabzüge auch auf dem Betrag von brutto Fr. 50'050.85 korrekt abgerechnet und bezahlt worden sind, dies unter der Voraussetzung, dass die Appellantin diese Leistung im Sinne einer Lohnfortzahlung vornimmt.
7. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 12'000.00, werden der Appellantin zur Bezahlung auferlegt. Sie werden den von beiden Parteien erstinstanzlich geleisteten Gerichtskostenvorschüssen von je Fr. 6'000.00 entnommen. Die Appellantin hat damit dem Appellaten unter diesem Titel Fr. 6'000.00 zu erstatten.
8. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 7'500.00, werden der Appellantin zur Bezahlung auferlegt und den von beiden Parteien oberinstanzlich geleisteten Gerichtskostenvorschüssen von je Fr. 5'000.00 entnommen. Dem Appellaten ist damit aus der Gerichtskasse Fr. 2'500.00 zurück zu erstatten. Die Appellantin hat dem Appellaten unter diesem Titel Fr. 2'500.00 zu bezahlen.
9. Das Honorar von Fürsprecher Tobler wird für das erstinstanzliche Verfahren gemäss eingereicherter Honorarnote gerichtlich bestimmt auf Fr. 22'286.80. Die Appellantin hat dem Appellaten somit einen Parteikostenersatz von Fr. 22'286.80 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.
10. Das Honorar von Fürsprecher Tobler wird für das oberinstanzliche Verfahren gemäss eingereicherter Honorarnote gerichtlich bestimmt auf Fr. 10'070.00. Die Appel-

lantin hat dem Appellaten somit einen Parteikostenersatz von Fr. 10'070.00 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.

11. Die Klagebeilagen 40 – 42 werden zu den Akten erkannt.

12. zu eröffnen:

- den Parteien

Bern, 28. Oktober 2008

Namens des Appellationshofes
des Obergerichts des Kantons Bern
2. Zivilkammer

Die Referentin:
Oberrichterin Wüthrich-Meyer

Die Kammerschreiberin:
Schmidt

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95-97 BGG genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.