

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.30 vom 2. Februar 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2016.30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2016.30)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.30 du 2 février 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.30 del 2 febbraio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist vorliegend der Fall. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Berufung ist somit einzutreten.

1.2 Zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist die Kammer des Appellationsgerichts zuständig (§ 91 Abs. 1 Ziffer 3 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Das Berufungsgericht kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Die Fragen die sich im vorliegenden Fall stellen, können gestützt auf die Akten beantwortet werden und es sind keine Beweise abzunehmen. Der vorliegende Entscheid ist deshalb nach Beizug der zivilgerichtlichen Akten ohne Verhandlung auf dem Zirkulationsweg gefällt worden.

### **E. 2**

2.1 Das Zivilgericht hat im angefochtenen Entscheid in Bezug auf die beantragten Bonus-Zahlungen im Jahr 2012 und 2013 festgehalten, dass die Berufungsbeklagte sich trotz mehrjähriger, regelmässiger Bonuszahlungen einen Handlungsspielraum bewahrt habe. Dies habe es ihr auch nach Auslegung ihres Verhaltens nach Vertrauensprinzip erlaubt, dem Berufungskläger keinen Bonus mehr zu gewähren, als sie nach ihrer eigenen, subjektiven Einschätzung mit den Leistungen des Berufungsklägers nicht mehr zufrieden gewesen sei. Aus diesem Grund habe der Berufungskläger keinen Anspruch auf Bonuszahlung (angefochtener Entscheid E. 2). In Bezug auf die verlangte Entschädigung nach Art. 336a OR kam das Zivilgericht zum Schluss, dass keine Beweise für eine missbräuchliche Kündigung vorliegen würden. Es fänden sich im Gegenteil Grundlagen für die Kündigungsgründe, welche von der Berufungsbeklagten vorgebracht worden seien (angefochtener Entscheid E. 3). In Bezug auf die Erbringung von Leistungen während der Krankheit ist das Zivilgericht zum Schluss gekommen, dass die vertragliche Regelung der Berufungsbeklagten bei Erkrankungen kürzerer Dauer etwas weniger günstig sei als die Basler Skala und dafür bei schwerwiegenderen längeren Erkrankungen darüber hinaus gehe. Unter diesen Umständen sei die vereinbarte Regelung nicht zu beanstanden (angefochtener Entscheid E. 4). Die geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung von Lohnabzügen in den Monaten August und September 2013 seien ungenügend substantiiert

und daher abzuweisen (angefochtener Entscheid E. 5). Hinsichtlich der beantragten Abänderung des Arbeitszeugnisses hat das Zivilgericht festgehalten, dass der Satz, wonach der Berufungskläger seit dem 1. Januar 2013 keine Tätigkeit für die Berufungsbeklagte mehr ausgeführt habe und in der Folge freigestellt worden sei, die bundesgerichtlichen Vorgaben nicht erfülle, wonach ein Arbeitszeugnis das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern und deshalb wohlwollend formuliert werden soll. Entgegen dem Antrag des Berufungsklägers könne der Satz aber nicht ersatzlos gestrichen werden. Korrekt, aber wohlwollend im Sinne der Rechtsprechung erscheine die Formulierung, wonach der Berufungskläger 2013 aus gesundheitlichen Gründen längere Zeit an seiner Arbeitsleistung verhindert gewesen sei. Dementsprechend sei das Arbeitszeugnis auszuformulieren (angefochtener Entscheid E. 6).

2.2 Die Berufung bezieht sich auf die Abweisung der geforderten Bonuszahlungen, die Lohnzahlungen während der Dauer der Krankheit, das Arbeitszeugnis sowie die Kostenfolgen. Im Übrigen wird der Entscheid des Zivilgerichts vom 2. Februar 2016 nicht angefochten. Damit ist die Abweisung eines Anspruches wegen ungerechtfertigter Kündigung sowie von ALV-Abzügen im August und September (Rechtsbegehren 2 und 3 der Klage vom 26. Mai 2014) in Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 315 Abs. 1 ZPO).

### **E. 3**

Der Berufungskläger macht in seinen ■Einleitenden Bemerkungen zur Berufung■ geltend, dass die Vorinstanz den Sachverhalt und die daraus gezogenen Schlüsse nicht richtig gewürdigt und die Zeugenaussagen gegenüber den eingelegten Dokumenten willkürlich zu Ungunsten des Berufungsklägers gewichtet habe. Den Aussagen der Zeugen, welche noch bei der Berufungsbeklagten tätig seien, komme höchstens die Qualität der Aussage einer Auskunftsperson gemäss der früheren ZPO zu. Ausserdem seien unterschiedliche Aussagen zum Führungsstil des Berufungsklägers vom Zivilgericht zu wenig berücksichtigt worden. Ebenso seien die positiven Bewertungen des Berufungsklägers durch die Verwaltungsratspräsidentin der Berufungsbeklagten zu wenig gewürdigt worden; der Berufungskläger sei in eine Burnout-Erkrankung geraten, weil er sich für die Berufungsbeklagte aufgeopfert habe. Weiter sei ignoriert worden, dass der Berufungskläger massgebend zum Erfolg des Geschäftsjahres 2012 beigetragen habe (Berufung Ziff. 2.1 ff.). Die Berufungsbeklagte weist zu Recht darauf hin, dass diese Rügen wenig substantiiert sind. Es wird nicht aufgezeigt, welche Sachverhaltsdarstellung an welcher Stelle des angefochtenen Urteils falsch sein soll (Berufungsantwort Ziff. 4.1 ff.). Soweit sich solche Rügen der weiteren Berufung entnehmen lassen, wird darauf bei den nachfolgend behandelten Einzelfragen eingegangen.

#### **E. 3.1**

3.1.1 Der Berufungskläger macht wie bereits vor dem Zivilgericht geltend, dass zwischen den Parteien ein Vertrag abgeschlossen worden sei, der einen jährlichen Mindestbonus von CHF 15'000.■ vorgesehen habe. Der Berufungskläger habe zufälligerweise erst jetzt auf seinem Laptop eine E-Mail von E\_\_\_\_\_ (Verwaltungsratspräsidentin der Berufungsbeklagten) vom 1. Juli 2009 entdeckt, in welchem sie schreibe, dass sie versucht habe, alles wie besprochen abzubilden, und in der Beilage den Entwurf mitgesandt habe. Sodann habe sie den Lohn des Berufungsklägers ab 1. April genannt und bemerkt, der Berufungskläger solle einfach in den Vertrag schreiben, wenn nicht alles ok sei (Berufung Ziff. 3.1 ff.). Der Berufungskläger reicht in der Berufung eine entsprechende E-Mail von

E\_\_\_\_\_ vom 1. Juli 2009 sowie eine ausgedruckte Beilage zu dieser E-Mail ein (Beilagen 2a und 2b zur Berufung).

3.1.2 Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Den restriktiven Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur der erstinstanzlichen Entscheidung im Lichte konkreter dagegen vorgebrachten Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 S. 415).

3.1.3 Der Berufungskläger macht geltend, dass er die nun eingereichte E-Mail von E\_\_\_\_\_ vom 1. Juli 2009 zufälligerweise erst jetzt auf seinem Laptop entdeckt habe. Dass diese nicht bereits vor erster Instanz vorgebracht worden seien, sei auf einen Computerabsturz zurückzuführen, bei welchem die Inhalte nur nach und nach aus einem Backup hätten wiederhergestellt werden können (Berufung Ziff. 6.1). Die Berufungsbeklagte weist zu Recht darauf hin, dass diese angeblichen Gründe für eine unterlassene Einreichung im erstinstanzlichen Verfahren weder substantiiert noch belegt sind (Berufungsantwort Ziff. 31). Die Ausführung des Berufungsklägers, wonach die E-Mails lediglich auf einem Backup gefunden haben werden können, stehen auch im Widerspruch zu den Ausführungen, wonach der Berufungskläger zufälligerweise erst jetzt auf seinem Laptop eine E-Mail von E\_\_\_\_\_ entdeckt habe (so Berufung Ziff. 3.2). Es wird nicht substantiiert beschrieben, welche technischen Probleme erst nach dem erstinstanzlichen Verfahren hätten behoben werden können, welche vorher den Zugang zu dieser E-Mail verunmöglicht hätten. Der Hinweis, wonach die E-Mail "zufälligerweise" gefunden worden sei, deutet darauf hin, dass im erstinstanzlichen Verfahren nicht mit der erforderlichen Sorgfalt die relevanten Beweismittel gesucht wurden. Diesen Mangel kann der Berufungskläger im Berufungsverfahren nicht mehr korrigieren.

## **E. 3.2**

3.2.1 Es ist unbestritten, dass der Berufungskläger keinen unterzeichneten Arbeitsvertrag vorweisen kann, in welchem ein Mindestbonus vereinbart wurde. Der Berufungskläger macht allerdings geltend, dass entgegen der Auffassung des Zivilgerichts aufgrund der Umstände davon ausgegangen werden müsse, dass ein solcher Vertrag unterzeichnet worden sei und dass sich die Beklagte vorsätzlich weigere, das unterzeichnete Exemplar des Arbeitsvertrags einzureichen. Aus der erstinstanzlich eingereichten E-Mail-Korrespondenz gehe hervor, dass man im Zusammenhang mit einer neuen Krankentagegeld-Regelung neue Verträge mit allen Mitarbeitenden abgeschlossen habe. Das von der Berufungsbeklagten eingereichte Vademecum 2012, welches der Berufungskläger 2012 unterschriftlich bestätigt hat, ersetze entgegen der Auffassung des Zivilgerichts keinesfalls einen neuen Arbeitsvertrag. Man müsse zum Schluss kommen, dass sowohl 2009 als auch 2011 mit dem Berufungskläger ein neuer Arbeitsvertrag ausgehandelt und unterzeichnet worden sei. Der Berufungskläger habe eine neue Arbeitgeberin und eine neue Funktion gehabt und die Berufungsbeklagte habe Anpassungen des Arbeitsvertrags in Bezug auf Spesen, Ferien und den bestrittenen Mindestbonus faktisch umgesetzt (Berufung Ziff. 7.1 ff.). Von der Berufungsbeklagten wird demgegenüber geltend gemacht, dass zwar mit den

Mitarbeitenden neue Arbeitsverträge abgeschlossen worden seien. Davon ausgenommen gewesen seien aber die Mitglieder der Geschäftsleitung. Mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung seien erst 2014 neue Arbeitsverträge abgeschlossen worden (Berufungsantwort Ziff. 32).

3.2.2 Unbestritten ist, dass der Berufungskläger keine unterzeichneten Arbeitsverträge oder Nachträge aus den Jahren 2009 und/oder 2011 vorlegen kann. Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers lässt sich auch aus den vom ihm aufgeführten Indizien nicht ableiten, dass mit ihm 2009 oder 2011 ein neuer Vertrag schriftlich vereinbart worden ist. Erwiesen ist, dass zwischen den Parteien über einen solchen Vertrag verhandelt worden ist und dass Vertragsentwürfe vorliegen. Hinreichende Indizien dafür, dass ein solcher Vertragsentwurf dann auch von beiden Parteien unterzeichnet worden sein soll, liegen jedoch nicht vor. Der Berufungskläger spricht in der Klage und in der Replik noch von angeblichen zweiten und dritten Nachträgen zum Arbeitsvertrag vom 26. September 2006 (vgl. etwa Klage S. 5; Replik S. 26), während die von der Berufungsbeklagten in ihrer Klageantwort eingereichten Entwürfe aus den Jahren 2009 und 2011 völlig neue Arbeitsverträge beinhalten (Klageantwortbeilagen 4 und 5). Der Berufungskläger hat zwar, entgegen den Ausführungen in der Berufungsantwort, bereits in der Replik bestritten, dass es sich bei diesen Entwürfen um diejenigen handle, welche zwischen den Parteien diskutiert worden seien (Replik S. 26). Gleichwohl konnte er nicht substantiiert darlegen, welche endgültige Fassung eines allfälligen Nachtrags oder neuen Vertrags denn unterzeichnet worden sei. Der Berufungskläger anerkennt denn auch zu Recht, dass ihm der Nachweis von anderen schriftlichen Vereinbarungen als denjenigen vom Dezember 2003 (Klageantwortbeilage 2), der Ergänzung vom September 2006 (Klageantwortbeilage 3) sowie der Unterzeichnung des Empfangs des Vademecum 2012 (Klageantwortbeilage 6) nicht gelingt (Berufung Ziff. 7.6). Es ist demgemäss von diesen schriftlichen Vereinbarungen auszugehen.

Vom Berufungskläger wird dazu vorgebracht, dass das Zivilgericht übersehen habe, dass in der Ergänzung vom September 2006 Folgendes festgehalten werde: ■Die folgenden Vereinbarungen ersetzen vollständig die entsprechenden Punkte, die im Vertrag vom 12.12.2003 festgehalten sind■ (vgl. Klagebeilage 4). Da die genannte Ergänzung den Bonus nur noch in der Überschrift erwähne, nicht mehr aber im Text, entfalle damit der im Vertrag von 2003 enthaltene Hinweis, wonach ein allfälliger Bonus kein Lohnbestandteil sei (Berufung Ziff. 7.7 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Auch wenn im Abschnittstitel neben dem geänderten Lohn auch noch Bonus und Spesen aufgeführt waren, kann daraus nicht abgeleitet werden, die Parteien hätten mit der blossen Erwähnung dieser Punkte im Titel die entsprechenden Vereinbarungen aus dem Vertrag ersatzlos streichen wollen. Das Zivilgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Regelung betreffend Bonus (ebenso wie die Spesenregelung) im Vertrag vom 2003 auch nach Unterzeichnung der Ergänzung von 2006 Gültigkeit beanspruchen konnte.

3.3 Damit bleibt zu prüfen, ob die Parteien entgegen diesem schriftlichen Vorbehalt konkludent einen anderen Charakter der Bonuszahlung vereinbart haben. Das Zivilgericht hat sich ausführlich mit dieser Frage beschäftigt und ist mit überzeugender Begründung zum Schluss gekommen, dass dies nicht der Fall ist. Es ist zwar unbestritten, dass die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger für die Jahre 2005 bis und mit 2011 jeweils einen Bonus ausbezahlt hat, wobei die Summe von anfänglich CHF 3'500.■ auf CHF 50'000.■ im Jahr 2010 gestiegen und im Jahr 2011 dann wieder auf CHF 40'000.■ reduziert worden ist. Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers gelingt ihm der Nachweis nicht, dass

diese Bonuszahlung aufgrund der Geschäftsergebnisse und damit unabhängig von der subjektiven Bewertung der Arbeit des Berufungsklägers durch die Berufungsbeklagte erfolgt ist. Die deutliche Steigerung der Bonusauszahlungen deckt sich vielmehr mit der unbestrittenen hohen Wertschätzung, welche die Verwaltungsratspräsidentin der Berufungsbeklagten dem Berufungskläger in den Jahren bis 2011 entgegenbrachte. Das Zivilgericht hat denn auch zu Recht auf die entsprechenden Schreiben der Präsidentin des Verwaltungsrats an den Berufungskläger hingewiesen (angefochtener Entscheid E. 2.2.2). Der Berufungskläger führt in seiner Berufungsschrift zutreffend aus, dass die Präsidentin des Verwaltungsrats in "früheren Schreiben" die Arbeit des Berufungsklägers "beinahe überschwänglich" lobte (Berufung, Ziff. 2.3). Damit ist der direkte Zusammenhang zwischen der Würdigung der Arbeit des Berufungsklägers durch die Verwaltungsratspräsidentin der Berufungsbeklagten und den Bonuszahlungen erwiesen.

Ebenso ist das Zivilgericht unter eingehender Würdigung insbesondere der Zeugenaussagen sowie der Protokolle der Kadersitzungen zu Recht zum Schluss gekommen, dass es im Jahr 2012, anders als in den Vorjahren, zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen ist, welche der Berufungsbeklagten die Möglichkeit gegeben hat, ihrer Einschätzung folgend, für die Jahre 2012 und 2013 keinen Bonus mehr auszubezahlen (angefochtener Entscheid E. 2.2.2). Für die Jahre 2012 und 2013 liegen denn auch keine ähnlich anerkennenden und lobenden Worte der Präsidentin des Verwaltungsrats gegenüber dem Berufungskläger mehr vor. Daran ändert auch das äusserst positiv abgefasste Arbeitszeugnis nichts, welches die Berufungsbeklagte ausgestellt hat. Darin kommt einerseits die über Jahre hinweg geäußerte positive Bewertung der Leistung des Berufungsklägers zum Ausdruck. Dass die Differenzen in der aktuellen Zeit im Arbeitszeugnis nicht erwähnt werden, lässt sich mit dem Grundsatz des wohlwollend auszugestaltenden Zeugnisses erklären. Vom Berufungskläger werden denn auch die Spannungen im Bereich der Geschäftsleitung in den letzten Jahren seiner Tätigkeit für die Berufungsbeklagte nicht bestritten. Aus den genannten Gründen hat das Zivilgericht den Anspruch auf Bonuszahlungen in den Jahren 2012 und 2013 zu Recht verneint.

#### **E. 4**

4.1 Im Weiteren macht der Berufungskläger wie bereits vor der Vorinstanz geltend, dass er einen Anspruch auf Lohnfortzahlung gestützt auf den Arbeitsvertrag aus dem Jahr 2003 respektive die Basler Skala habe. Er macht damit geltend, dass das von ihm 2012 unterzeichnete Vademecum 2012 für ihn nicht gelte. Für den Fall, dass dessen Vereinbarung angenommen wird, bestreitet der Berufungskläger die Gleichwertigkeit der Krankentagegeld Regelung (Replik S. 29).

#### **E. 4.2**

4.2.1 Wie bereits ausgeführt (oben E. 3.2), gelingt dem Berufungskläger der Nachweis nicht, dass nach dem unterzeichneten Vertrag von 2003 und der Ergänzung von 2006 eine weitere Ergänzung oder ein neuer Arbeitsvertrag unterzeichnet worden ist. Nachgewiesen ist hingegen, dass der Berufungskläger am 23. November 2011 das Vademecum 2012, gültig ab 2012, gelesen und zur Kenntnis genommen hat (Klageantwortbeilage 6). Die entsprechenden Schreiben zum Vademecum 2012 weisen ausdrücklich darauf hin, dass dieses ein Bestandteil des Arbeitsvertrags ist und dass die Empfänger des Schreibens mit ihrer Unterschrift bestätigen, dass sie die Änderungen zur Kenntnis genommen haben. Das Zivilgericht ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass dieses Vademecum 2012 mit

der Unterschrift des Berufungsklägers zum Vertragsbestandteil geworden ist. Zu prüfen ist daher, ob die Regelung gemäss dem Vademecum 2012 im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als gleichwertig zu qualifizieren ist.

4.2.2 Der Berufungskläger bestreitet, dass die Regelung gemäss dem Vademecum 2012 gleichwertig zur gesetzlichen Mindestregelung sei, da, ohne Berücksichtigung des 13. Monatslohns und des Bonus 65 % des Lohns abgedeckt würden. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit müsse gemäss Streiff/von Känel durch Vergleich der Prämien erfolgen, welche der Arbeitgeber bezahlen müsste, damit die gesetzlich vorgesehenen Leistungen eingehalten werden, und derjenigen Zahl, welche er bei der gewählten Regelung bezahlen müsse. Im vorliegenden Fall sei dem Berufungskläger von seinem Monatslohn von CHF 16'000. ein Abzug von CHF 3'665.30 infolge Krankheit vorgenommen worden und vom Saldo seien zusätzlich sämtliche hohen Nebenkosten im Betrag von CHF 1'505. abgezogen worden; damit werde der Berufungskläger jedoch bestraft, da er in den ersten drei Monaten Anspruch auf 100 % Lohn abzüglich der Lohnnebenkosten habe und anschliessend trete die Krankentagegeldversicherung in Kraft, welche 80 % des Lohnes, allerdings ohne jegliche Abzüge ausbezahle, da Krankentaggeldzahlungen von Lohnnebenkosten befreit seien (Berufung Ziff. 8.1 f.).

4.2.3 Das Vademecum 2012 sieht für den Krankheitsfall Leistungen einer Krankentagegeldversicherung im Umfang von 80 % des AHV-pflichtigen Lohns während 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen bei einer Wartezeit von 60 Tagen vor. Während der Wartezeit schuldet der Arbeitgeber 80 % des Lohns (Klageantwortbeilage 6, Ziff. 4.7). Das Zivilgericht hat darauf hingewiesen, dass der Berufungskläger bei Anwendung der gesetzlichen Lohnfortzahlungsregelung mit der hier anwendbaren Basler Skala Anspruch auf volle Lohnzahlung während dreier Monate gehabt hätte. Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit müsse die Situation des einzelnen Arbeitnehmers insgesamt verglichen werden, nicht bloss der strittige Einzelfall. Die hier vereinbarte Regelung sei für Erkrankungen kürzerer Dauer etwas weniger günstig als die Basler Skala; bei schwerwiegenderen längeren Erkrankungen gehe sie aber darüber hinaus. Insgesamt sei von einer Gleichwertigkeit auszugehen (angefochtener Entscheid E. 4.2).

4.2.4 Gemäss Art. 324a Abs. 4 OR können die Parteien von der gesetzlichen Lohnfortzahlungsregelung mit einer schriftlichen Vereinbarung abweichen, soweit dem Arbeitnehmer mit der abweichenden Regelung zumindest gleichwertige Leistungen zugesichert werden. Die Leistungen nach den beiden Regelungen sind unter Vornahme einer Gesamtwürdigung in jedem Einzelfall miteinander zu vergleichen (BGE 96 II 133 f. E. 3c S. 136; BGer 4A\_446/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 4).

Im vorliegenden Fall wurde dem Berufungskläger insgesamt die Auszahlung eines Lohns respektive einer Krankentaggeldleistung von 80 % des Lohns zugesichert. Die Frage, wer in welchem Umfang die Versicherungsprämien trägt, wurde im angefochtenen Entscheid nicht thematisiert. Die Angabe in der Duplik (Ziff. 107), wonach die Prämien der Versicherung alleine durch die Arbeitgeberin getragen werden, entspricht der Darstellung in der Mitarbeiterpräsentation (Klageantwortbeilage 40). Auf den eingereichten Lohnabrechnungen ist denn auch kein Abzug für die Prämien der Krankentagegeldversicherung ersichtlich (Klagebeilagen 7a g und 8a c; Klageantwortbeilagen 27 und 28). Zudem wird die alleinige Tragung der Prämien durch die Berufungsbeklagte vom Berufungskläger in der Berufung auch nicht bestritten. Davon ist demgemäss auszugehen.

4.2.5 Der Berufungskläger macht in der Berufung geltend, dass ihm im Ergebnis nicht 80% des Lohns, sondern nur 65% des Lohns ausbezahlt worden seien. Diese Behauptung widerspricht aber derjenigen in der Klage vom 26. Mai 2014, in welcher geltend gemacht worden ist, es seien ihm direkt vom ersten Krankheitstag an 80 % des Lohns ausbezahlt worden (Klage Ziff. 3.6). Dies entspricht denn auch den Angaben auf den eingereichten Lohnabrechnungen, in welchen jeweils die Reduktion auf 80 % (inkl. Anteil 13. Monatslohn) aufgeführt ist (vgl. etwa Klagebeilagen 7a ff.). Die Angabe des Berufungsklägers, wonach ihm von seinem Monatslohn von CHF 16'000. ein Abzug von CHF 3'665.30 vorgenommen worden sei (vor dem Abzug der Nebenkosten), trifft zudem nur auf den Februar 2013 zu, wobei im Januar desselben Jahres lediglich CHF 1'247. abgezogen worden sind (Klagebeilagen 7d und 7e). In den folgenden Monaten März und April wurden dann gleichbleibend CHF 3'027.85 abgezogen (Klagebeilagen 7f und 7g). Bei einem Monatslohn von CHF 16'000. respektive CHF 17'333.30 inklusive 13. Monatslohn entspricht der Abzug von 20 % CHF 3'200. respektive CHF 3'466.. Der Berufungskläger vermag in keiner Weise darzulegen, dass im vorliegenden Fall entgegen den Regelungen im Vademecum 2012 insgesamt höhere Abzüge vorgenommen wurden.

4.2.6 Entgegen den Angaben des Berufungsklägers in der Berufung wurde bei der Festlegung von 80 % des auszubezahlenden Lohnes zu Recht nicht der Bonus berücksichtigt, da dieser gemäss den obigen Ausführungen nicht Lohnbestandteil bildet (vgl. oben E. 3.2.2). Das Zivilgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Berufungsbeklagten gewählte Lösung die Zahlung von 80 % des Lohnes ab dem ersten Krankheitstag vorsah, wobei die Krankentaggeldversicherung nach Ablauf der Wartefrist von 60 Tagen Leistungen im Umfang von 80 % des AHV-pflichtigen Lohnes ausrichtete. Das Zivilgericht ist weiter zu Recht zum Schluss gelangt, dass diese Lösung insgesamt als gegenüber der gesetzlichen Regelung zumindest gleichwertig zu qualifizieren ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind namentlich Ersatzregelungen mit einer Krankentaggeldversicherung zulässig, welche zwar weniger hohe Leistungen, dafür aber über einen längeren Zeitraum sichern (vgl. BGer 4A\_53/2007 vom 26. September 2007 E. 4.3). Die Gleichwertigkeit wurde vom Bundesgericht bejaht bei einer Versicherungslösung, welche dem Arbeitgeber 80 % des Lohnes während 720 Tagen nach einer Wartefrist von 2 bis 3 Tagen zusicherte, wobei die Prämien von den Parteien je hälftig bezahlt wurden (BGE 135 III 640 E. 2.3.2). Für den Arbeitnehmer hat das System der Krankentaggeldversicherung gegenüber der gesetzlichen Ordnung den Vorteil, dass es eine Risikoverteilung bewirkt und die Ausrichtung eines Taggeldes für eine längere Zeitspanne sichert. Für jene Arbeitnehmer, die nicht über ihren Arbeitgeber in einer Kollektivkrankentaggeldversicherung versichert sind, kann eine längerdauernde Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit massive finanzielle Probleme nach sich ziehen (vgl. Kurt Pärli/Julia Hug/Andreas Petrik, Arbeit, Krankheit, Invalidität: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015, Rz. 465). Das Zivilgericht hat daher zu Recht auf die Hinweise in Lehre und Rechtsprechung verwiesen, wonach Lohnfortzahlung auf der Basis von 80 % während 720 Tagen und drei Karenztagen ab der dritten Erkrankung pro Dienstjahr mit halbierten Prämien Arbeitgeberin/Arbeitnehmer (JAR 1990, 172, 1985, 161) und sogar Lohnfortzahlungen von 60 % des Salärs für ein Jahr bei hälftiger Prämienteilung (BGE 96 II 133) als gleichwertig beurteilt wurden (Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2015, Rz. 451; ebenso Roberta Papa,

Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, S. 69 ff., S. 85; vgl. auch BGE 127 III 318 E. 4b; BGer 8C\_147/2015 vom 8. Juli 2015; S. 325, 8C\_758/2010 vom 24. März 2011 E. 4.2.1).

4.2.7 Ausgehend von der zitierten Lehre und Rechtsprechung hat das Zivilgericht die hier vereinbarte Regelung zu Recht als zumindest gleichwertig qualifiziert. Der Arbeitnehmer profitiert von einem wesentlich längeren Lohnausfallschutz und muss im Gegenzug eine Reduktion der (ansonsten kürzeren) Lohnfortzahlung auf 80 % (ohne Wartezeit) hinnehmen. Die Vorteile des längerfristigen Schutzes sind als gewichtiger zu betrachten, als der Nachteil der Reduktion der Anspruchshöhe auf 80 %.

4.2.8 Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers vermag auch sein Hinweis auf einen virtuellen Vergleich von Versicherungsprämien für die gesetzliche Lösung und diejenigen der vereinbarten Regelung nichts an der Gleichwertigkeit zu ändern. Der Berufungskläger vermag in keiner Weise substantiiert darzulegen, dass solche Prämien für eine Lohnfortzahlung während der gesetzlichen Regelung höher liegen würden, als dies bei der hier vereinbarten Regelung der Fall wäre. Auch ändert an der Gleichwertigkeit nichts, dass bei der Lohnfortzahlung des Arbeitgebers vom reduzierten (Brutto-)Lohn nach wie vor Lohnnebenkosten abgezogen werden. Da es sich unbestrittenermassen nach wie vor um Lohn handelt, ist dies in keiner Weise zu beanstanden. Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass dem Berufungskläger keine Lohnforderungen für die Zeit seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zustehen.

## E. 5

5.1 Schliesslich beantragt der Berufungskläger eine Neuformulierung des von der Berufungsbeklagten ausgestellten Arbeitszeugnisses. Er macht geltend, dass die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für die Erwähnung längerer Arbeitsunterbrüche vorliegend nicht erfüllt seien (Berufung Ziff. 9.1).

5.2 In Bezug auf die Formulierung des Arbeitszeugnisses ist den Ausführungen der Vorinstanz vollumfänglich zu folgen. Der Berufungskläger zitiert den hier einschlägigen Bundesgerichtsentscheid BGE 136 III 510 E. 4.1 unvollständig. Das Zivilgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass gemäss dem genannten Entscheid eine Krankheit im Arbeitszeugnis zu erwähnen ist, sofern sie ■ einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete. [ ] Längere Arbeitsunterbrüche sind ■ auch wenn sie krankheitsbedingt waren ■ in einem qualifizierten Zeugnis zu erwähnen, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen■. Weiter weist das Zivilgericht zu Recht darauf hin, dass eine halbjährige krankheitsbedingte Absenz, wovon ein grosser Teil ununterbrochen, auch bei einer neunjährigen Arbeitstätigkeit als erhebliche Absenz zu werten ist (angefochtener Entscheid E. 7.2). Ebenso ist davon auszugehen, dass eine halbjährige Absenz eines Arbeitnehmers mit der Kaderstellung des Berufungsklägers einen erheblichen Einfluss auf dessen Leistung hatte. Die vom Zivilgericht vorgeschriebene Formulierung entspricht sowohl dem Wahrheitsgebot als auch der Verpflichtung zur wohlwollenden Formulierung von Arbeitszeugnissen. Es besteht kein Anspruch des Berufungsklägers auf Streichung dieses Satzes im Zeugnis. Die von ihm geltend gemachte Gesundheit noch während der Zeit der Freistellung kann der Berufungskläger ohne weiteres

durch ein Arbeitszeugnis seines neuen Arbeitgebers belegen.

## E. 6

Aus den genannten Gründen ergibt sich, dass die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Berufungskläger die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Berufungsverfahren fordert der Berufungskläger von der Berufungsbeklagten im Rechtsbegehren 2 CHF 91'184.67. Der Streitwert des Rechtsbegehrens 3 (Abänderung des Arbeitszeugnisses) beträgt CHF 16'200. (vgl. angefochtener Entscheid E. 1). Dies ergibt einen zweitinstanzlichen Gesamtstreitwert von CHF 107'387.67. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens betragen das Ein- bis Anderthalbfache der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren auf Grundlage des noch strittigen Betrages, womit die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren mit CHF 8'000. bemessen werden (§ 11 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 der Verordnung über die Gerichtsgebühren [SG 154.810])

Die Parteientschädigung wird in Anwendung von § 4 Abs. 1 lit. b Ziffer 10, § 4 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (SG 291.400) auf CHF 8'500. festgesetzt. Mit der Zusprechung einer Parteientschädigung soll der obsiegenden Partei der aus der anwaltlichen Parteivertretung im Verfahren erlittene Schaden ersetzt werden. Da die Parteientschädigung somit als Schadenersatz im Sinn von Art. 18 Abs. 2 lit. i des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR 641.20) zu qualifizieren ist, wird darauf keine Mehrwertsteuer erhoben. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen. Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a MWSTG). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die MWST beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (vgl. zum Ganzen Honauer/Pietropaolo, Die Krux mit der Mehrwertsteuer, in: plädoyer 1/2011 S. 73 f.; Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N 39 und Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Gemäss dem UID-Register ist die Berufungsbeklagte mehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Dass sie ausnahmsweise trotzdem durch die Mehrwertsteuer belastet sei, macht sie nicht geltend. Folglich ist ihr die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.