

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT
BASEL-STADT**

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 1998 UND 1999

Vorsitz im Jahre 1998: Dr. F. Beurret-Flück, Zivilgerichtspräsidentin

Vorsitz im Jahre 1999: Dr. A. Heierli, Zivilgerichtspräsident

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Bäumleingasse 5,
Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, 2001

Inhaltsübersicht

Seite

A.	Einleitung.....	3
B.	Neuerung im Verfahren.....	4
C.	Rechtsprechung zu einzelnen Streitpunkten.....	6
1.	<u>Prozessrechtliche Fragen</u>	6
1.1.	Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts	6
1.1.1.	Blosse Hingabe eines Wirtepatents	6
1.1.2.	Umschulung nach Art. 17 Abs. 1 IVG	8
1.1.3.	Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag	10
1.1.3.1	Monteur mit "ALLROUND-SERVICE"	10
1.1.3.2.	EDV-Programmierer bei Drittfirma	13
1.1.3.3.	Engagement einer Musical-Sängerin.....	17
1.1.3.4.	Engagement einer Musicalchoreographin,-sängerin und -tänzerin	18
1.2.	Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)	19
2.	<u>Materiellrechtliche Fragen nach OR</u>	21
2.1.	culpa in contrahendo: Analoge Anwendung von Art. 337d Abs. 1 OR?	21
2.2.	Nachträgliche Befristung des Arbeitsvertrages? Haftung aus Information?.....	24
2.3.	Pflicht zu Überstunden (Art. 321c Abs. 1 OR) bei Regiearbeit	26
2.4.	Bonus: Abgrenzung fester Lohnbestandteil / Gratifikation (Art. 322a, 322d OR)	27
2.4.1.	Zum Kürzungsrecht des Arbeitgebers bei Kündigung	27
2.4.2.	Bonus als fester Lohnbestandteil.....	30
2.5.	Annahmeverzug (Art. 324 OR); Grenzen der Lohnfortzahlung (Art. 324a OR) ..	31
2.6.	Ferienabgeltungsverbot (329d Abs. 2 OR), Rechtsmissbrauch.....	34

2.7.	Betriebsübernahme (Art. 333 OR)	36
2.7.1.	Tätigkeit einer GmbH im Geschäftsbereich einer Einzelfirma	36
2.7.2.	Kauf eines Werkstattinventars.....	39
2.8.	Abgrenzung befristeter / unbefristeter Arbeitsvertrag (Art. 334, 335 OR)	42
2.8.1.	Bühnenengagementsvertrag. Nichtverlängerungserklärung als Kündigung?	42/50
2.8.2.	Aushilfsarbeit. Abgrenzung von der Arbeit auf Abruf.....	52
2.9.	Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)	55
2.9.1.	Prozess- und materiellrechtliche Hinweise	55
2.9.2.	Zur Haftung bei Verletzung der Zeugnispflicht	58
2.10.	Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)	60
2.10.1	Kündigung aufgrund sozialer Einstellung des Arbeitnehmers	60
2.10.2.	Kündigung infolge Beharrung auf Ferienanspruch	62
2.10.3.	Siehe auch Ziffern 2.8.1.1. und 2.8.1.2.	
2.11.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	64
2.11.1.	Arbeitsverweigerung	64
2.11.2.	Bezug von Schmiergeldern.....	70
2.11.3.	Mitwirkung in Fernsehsendung gegen Arbeitgeber	72
2.12.	Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR) einer Personalberaterin.....	73
2.13.	Verzichtsverbot (Art. 341 OR) . Lohn statt Unfalltaggelder	78
2.14.	GAV (Art. 356/356b OR) . Anwendbarkeit trotz Ausscheiden aus Anwendungsbereich?	80
3.	<u>Weitere Erlasse</u>	82
3.1.	Gleichstellungsgesetz: Anstellungsdiskriminierung	82
3.2.	BVO: Widerspruch zwischen bewilligtem Lohn und GAV	84
3.3.	IPRG: Anwendbares Recht für ins Ausland entsandten Arbeitnehmer	87
D.	Statistiken der Berichtsjahre 1998 und 1999	91

A. Einleitung

In den Berichtsjahren 1998 und 1999 wurden 408 bzw. 414 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 203 bzw. 165 durch Urteil. Die durch Vergleich oder Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 1998 24.8 % und im Jahre 1999 37 %. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren eingegangenen und erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt.

Vergleiche und Klaganerkenntnisse kommen beim Gewerblichen Schiedsgericht überwiegend in den Vorverfahren zustande und entlasten dadurch spürbar das Gericht. Die Entlastung zeigt sich einmal darin, dass keine weiteren richterlichen Instruktionen mehr nötig sind. Zudem fällt die Hauptverhandlung weg, die beim Gewerblichen Schiedsgericht jeweils in Dreierbesetzung stattfindet, während die Vorverfahren nur von der Vorsitzenden bzw. dem Vorsitzenden oder von einem der Gerichtsschreiber durchgeführt werden. Aber auch für die Parteien kann eine Vergleichslösung vorteilhafter sein als ein Urteil. Abgesehen davon, dass sie ebenfalls von weiteren eigenen prozessualen Bemühungen befreit werden, können im Rahmen der gütlichen Regelung einer strittigen Angelegenheit nicht selten Umstände berücksichtigt werden, die bei einer streng rechtlichen Beurteilung keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Das trifft beispielsweise auf wirtschaftliche Gesichtspunkte zu. Befindet sich etwa bei klar ausgewiesenen Ansprüchen des Arbeitnehmers der Arbeitgeber in finanziellen Schwierigkeiten, kann darauf durch Vereinbarung von Ratenzahlungen nicht nur im Interesse des Arbeitgebers, sondern auch des Arbeitnehmers Rücksicht genommen werden. Der Arbeitnehmer profitiert davon insofern, als es auf diese Weise meist zu einer für ihn absehbaren, geregelten Bezahlung seiner Forderungen kommt und er nicht weitere rechtliche Schritte, namentlich ein Betreibungsverfahren, einleiten muss. Zuweilen ist der Arbeitnehmer sogar bereit, auf einen Teil seiner Forderungen zu verzichten, falls der Arbeitgeber den Grossteil seiner Forderungen sicher bezahlt. Aber auch die Arbeitgeber sind mit Rücksicht auf die Risiken, die die Durchführung eines Prozesses in sich birgt, bei dem der Sachverhalt erst noch im Hauptverfahren namentlich durch Zeugenbefragung geklärt werden muss, oft zu finanziellen Zugeständnissen an den klagenden Arbeitnehmer bereit. Das ist vor allem bei Klagen aus fristloser Entlassung der Fall, weil der Entscheid darüber, ob die sofortige Kündigung gerechtfertigt war oder nicht, zur Folge hat, dass der Arbeitgeber entweder gar keinen oder aber dann vollen Schadenersatz zu leisten hat. Ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers an der Entlassung darf nämlich nicht schon bei der Bemessung des Schadenersatzes, sondern erst im Rahmen der vom Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung zusätzlich an den Arbeitnehmer zu leistenden Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR berücksichtigt werden. Im Rahmen eines Vergleiches kann demgegenüber neben den Gewinn- und Verlustchancen der Parteien hinsichtlich des Prozesses auch der Verschuldensverteilung unter ihnen an der fristlosen Entlassung in für sie oft befriedigender Weise Rechnung getragen werden. Ferner eignen sich Vor-

verfahren auch für Streitigkeiten um Arbeitszeugnisse besser. In Zusammenarbeit mit den Parteien lassen sich dabei oft Formulierungen finden, die den entgegengesetzten Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern besser gerecht werden, als wenn darüber das Gericht entscheiden müsste (vgl. dazu auch Ziffer 2.9.1. lit. d).

In den Fällen hingegen, in denen der Rechtsstreit im Vorverfahren keine Erledigung findet, dient dieses dazu, den Prozessstoff durch Einholung amtlicher Erkundigungen und Expertisen, Beizug von Unterlagen und Akten sowie weitere Beweisverfügungen soweit aufzubereiten, dass darüber möglichst in einer einzigen Hauptverhandlung durch das Gericht geurteilt werden kann. Aus diesen Gründen werden in aller Regel dann Vorverfahren durchgeführt, wenn entweder erfahrungsgemäss gute Aussichten dafür bestehen, dass die Angelegenheit ohne Urteil erledigt werden kann (z.B. Streit um Arbeitszeugnisse; Klagen über geringe Forderungen), oder wenn der Sachverhalt gewöhnlich erst in einem Beweisverfahren vor und in der Hauptverhandlung noch weiter abgeklärt und festgestellt werden muss (z.B. Forderungen aus fristlosen oder missbräuchlichen Kündigungen).

Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO im Jahre 1998 in achtzehn und im Jahre 1999 in zweiundzwanzig Fällen Beschwerde an das Appellationsgericht erhoben, wovon sechs bzw. zwei Beschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen wurden.

B. Neuerung im Verfahren

An dieser Stelle wird auf eine Neuerung im Verfahren hinsichtlich der Prozessrolle von Arbeitslosenkassen und Fürsorgeämtern aufmerksam gemacht, die an einen vor dem Gewerblichen Schiedsgericht klagenden Arbeitnehmer Arbeitslosengelder bzw. Fürsorgeleistungen geleistet haben.

Bei der Beurteilung einer Klage hat das Gericht bekanntlich unter anderem die Berechtigung des Klägers an den eingeklagten Ansprüchen (Aktivlegitimation) abzuklären. Sollte sich ergeben, dass der Kläger nicht mehr anspruchsberechtigt ist, weil der Anspruch auf einen Dritten kraft gesetzlicher oder vertraglicher Zession übergegangen ist, muss die Klage, selbst wenn die Ansprüche zu Recht noch gegen den Beklagten bestehen sollten, abgewiesen werden. Die Frage, ob einem Arbeitnehmer noch Lohnansprüche zustehen, wird namentlich dann aktuell, wenn er arbeitslos geworden ist und Arbeitslosenentschädigung bezieht.

Wer als Arbeitnehmer arbeitslos wird, meldet sich, um Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen zu können, bei der Arbeitsvermittlung des zuständigen kantonalen Arbeitsamtes und gleichzeitig bei einer der Arbeitslosenkassen an. Die betreffende Arbeitslosenkasse wird dem Arbeitslosen allerdings erst dann Arbeitslosenentschädigung ausrichten, falls diesem

gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber weder für die Zeit des Arbeitsausfalls Lohnansprüche noch Entschädigungsansprüche aus vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses zustehen (Art. 29 Abs. 1 Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG). Sobald die Arbeitslosenkasse an den arbeitslosen Arbeitnehmer Arbeitslosenentschädigung ausrichtet, gehen alle Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber für den identischen Zeitraum und im Umfang dieser Auszahlung auf die Arbeitslosenkasse über (Art. 29 Abs. 2 iVm Abs. 1 AVIG). Falls ein Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche, die auf diese Weise auf seine Arbeitslosenkasse übergegangen waren, vor dem Gewerblichen Schiedsgericht klagte, wurde nach der bisherigen Praxis des Gerichts die involvierte Arbeitslosenkasse auf entsprechendes Gesuch hin nicht etwa anstelle des klagenden Arbeitnehmers als Klägerin, sondern lediglich neben diesem als Intervenientin vor Gericht zugelassen. Das widerspricht jedoch dem erwähnten Art. 29 Abs. 2 AVIG, wonach die Arbeitslosenkasse in die Ansprüche der Arbeitnehmers eingetreten und nicht mehr der Arbeitnehmer Gläubiger des Arbeitgebers ist. Gleich verhält es sich, wenn ein Arbeitnehmer von einer Fürsorgebehörde unterstützt wird und seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch Zession auf diese Behörde übergegangen sind. In allen diesen Fällen kann der Arbeitgeber nicht mehr zur Zahlung der betreffenden Ansprüche an den Arbeitnehmer, sondern nur noch an dessen Arbeitslosenkasse bzw. Fürsorgebehörde verurteilt werden. Sofern die berechtigten Arbeitslosenkassen und Fürsorgebehörden nicht selber als Klägerinnen im Prozess gegen den Arbeitgeber zugelassen werden, müssten solche Klagen vielmehr wegen fehlender Aktivlegitimation des jeweils klagenden Arbeitnehmers abgewiesen werden.

In den Berichtsjahren hat das Gewerbliche Schiedsgericht seine bisherige Praxis deshalb geändert. Wenn immer ein Arbeitnehmer eine Klage einreicht, hat er unter der neuen Gerichtspraxis in seiner ersten Eingabe an das Gericht anzugeben, ob und allenfalls von wem er Arbeitslosenentschädigung bzw. Fürsorgeleistungen bezogen hat bzw. noch bezieht. Auf den Klagformularen des Gewerblichen Schiedsgerichts finden die klagenden Arbeitnehmer die entsprechenden Fragen zur Beantwortung. Darauf wird die involvierte Arbeitslosenkasse bzw. Fürsorgebehörde unter Bekanntgabe der Klagebegehren zur Mitteilung aufgefordert, ob von den eingeklagten Forderungen auf sie übergegangen sind und bejahendenfalls ob sie beantragt, anstelle des klagenden Arbeitnehmers als Klagpartei im Prozess aufzutreten. Dabei kann sie sich vom Erscheinen an den Gerichtsverhandlungen auf Gesuch hin dispensieren lassen oder den Arbeitnehmer mit ihrer Vertretung vor Gericht beauftragen. Des öfteren schon konnte auf diese Weise verschiedenen Arbeitslosenkassen auf sie übergegangene Lohnansprüche direkt zugesprochen werden. Im Falle des Fürsorgeamtes Basel-Stadt wurde die Erfahrung gemacht, dass dieses sich von den Fürsorgebezügern deren Lohnansprüche regelmässig nicht abtreten lässt. Die Fürsorgebezüger werden stattdessen vom Fürsorgeamt veranlasst, ihre Arbeitgeber schriftlich anzuweisen, dass sie die noch offenen Lohnansprüche im Umfang der bezogenen Fürsorgeleistungen dem Fürsorgeamt überweisen. Da damit kein Gläubigerwechsel zum Fürsorgeamt verbunden ist, ist in solchen Fällen nach wie vor allein der Arbeitnehmer zur Klage gegen den Arbeitgeber vor Gewerblichem Schiedsgericht berechtigt. Das Gericht weist aber, soweit ein Arbeitgeber zur Leistung an den Arbeitnehmer

verurteilt werden muss, diesen in der Urteilsbegründung auf eine weiterhin gültige Anweisung des Arbeitnehmers zugunsten des Fürsorgeamtes ausdrücklich hin.

C. Rechtsprechung zu einzelnen Streitpunkten

Die nachfolgend dargelegten Fälle stammen bis auf drei aus den Berichtsjahren. Über zwei Fälle hat das Gewerbliche Schiedsgericht bereits im Jahre 1997 entschieden. Da gegen beide Urteile in der Folge beim Appellationsgericht Beschwerde erhoben wurde, bei Erscheinen des letzten Berichts des Gewerblichen Schiedsgerichts darüber aber noch nicht entschieden war, werden über die betreffenden Fälle an dieser Stelle berichtet. Es handelt sich dabei um die Urteile unter den Ziffern 1.1.2. und 2.8.1.1. Zudem wird über ein Urteil berichtet, das zwar erst im Jahre 2000 gefällt wurde. Es beinhaltet aber einen Sachverhalt, der mit einem in der Berichtsperiode Beurteilten weitgehend vergleichbar ist. Es geht dabei um die Fälle 1.1.3.3. und 1.1.3.4. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass in mehreren Fällen sowohl die Erwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und als auch jene des Appellationsgerichts bzw. des Bundesgerichts nebeneinander publiziert werden. Es sollen auf diese Weise die zum Teil unterschiedlichen rechtlichen Auffassungen nebeneinandergestellt und damit darauf aufmerksam gemacht werden.

1. Prozessrechtliche Fragen

1.1. Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts

Das Gewerbliche Schiedsgericht als Spezialgericht für arbeitsrechtliche Streitigkeiten in Basel-Stadt hat in jedem Fall zunächst unter anderem zu prüfen, ob der Streitigkeit, die ihm vorgelegt wird, ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis zugrunde liegt, weil es nur über ein solches urteilen darf. Andernfalls befasst es sich inhaltlich gar nicht erst mit der Klage, indem es auf diese nicht eintritt. Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, kann sich, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen, in verschiedener Weise stellen.

1.1.1. Die blosser Hingabe eines Wirtepatents ist kein Arbeitsvertrag.

J. stellte S. per August 1995 in seinem Restaurant als Gerantin ein. Nachdem S. anfangs 1999 ihr Wirtepatent zurückgezogen hatte, klagte sie am 30. Juli 1999 gegen J. unter anderem auf Bezahlung von Lohndifferenzen. Vereinbart worden sei, dass sie dem J. ihr Wirtepatent zur Verfügung stelle, aber keine Arbeit leisten müsse. J. widersprach dem insofern, als S. aufgrund des abgeschlossenen Arbeitsvertrages sehr wohl hätte arbeiten müssen, aber während der ganzen Anstellungszeit insgesamt nur ein paar Stunden gearbeitet habe. Diese Stunden

habe er ihr gesondert neben dem vereinbarten Lohn bezahlt. Das Gewerbliche Schiedsgericht ist am 4. November 1999 auf die Klage nicht eingetreten, indem es folgendes erwogen hat:

Ein Arbeitsvertrag setzt zwingend voraus, dass jemand sich verpflichtet, im Dienste eines anderen Arbeit zu leisten (Art. 319 OR). Es kommt zwar auch in einem Arbeitsverhältnis vor, dass der Arbeitnehmer zeitweise keine Arbeit leistet und leisten muss. Von der Arbeit befreit ist namentlich, wer arbeitsunfähig oder freigestellt ist. Allerdings handelt es sich dabei um ausserordentliche Umstände. Regel ist auch in diesen Fällen, dass der Arbeitnehmer sonst arbeiten bzw. dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen würde. Ein Vertrag, der von vorneherein darauf ausgerichtet ist, dass der Arbeitnehmer gar keine Arbeit leisten bzw. seine Arbeitskraft nicht zur Verfügung stellen muss, ist kein Arbeitsvertrag. Insbesondere ist es im Rahmen eines Arbeitsvertrages nicht denkbar, dass jemand angestellt und gleichzeitig von Beginn an für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses von der Arbeit freigestellt wird. Wer eine derartige Vereinbarung trifft, wird damit regelmässig andere Zwecke als die Begründung eines Arbeitsverhältnisses verfolgen.

Nach § 28 des baselstädtischen Wirtschaftsgesetzes wird die Bewilligung zur Führung eines Restaurationsbetriebes grundsätzlich nur an natürliche Personen erteilt, die im Besitz eines gastgewerblichen Fähigkeitsausweises sind und den Betrieb im Hauptberuf führen. Fallen Inhaber und Leiter des Restaurationsbetriebes auseinander, wird für die Bewilligungserteilung regelmässig die Vorlage eines abgeschlossenen Gerantenvertrages verlangt, der in der Regel eine Beschäftigung zu 42 Wochenstunden vorsieht. Vorliegend müssen die Parteien zur Erlangung der polizeilichen Betriebsbewilligung einen rechtsgenügenden Gerantenvertrag abgeschlossen und dem Bewilligungsbüro vorgelegt haben. Anders ist es nicht zu erklären, dass die Bewilligung ohne weiteres erteilt worden war. Hingegen haben die Parteien offensichtlich im Innenverhältnis untereinander eine von der Begründung eines Gerantenvertrages abweichende Abrede getroffen. Das ergab sich klar aus den Aussagen der Klägerin, wonach sie abredegemäss keine Arbeit bei J. habe leisten müssen. Aber auch die Aussage des Beklagten musste dahingehend verstanden werden, dass S. keine Arbeit zu erbringen hatte. Andernfalls hätte J. ihr nicht die wenigen Stunden, die S. im Betrieb geleistet hatte, separat entschädigt. Damit wurde zwischen den Parteien eine blosser Hingabe des Wirtepatentes auf Zeit gegen Leistung eines Entgeltes vereinbart. Bei dieser Sachlage war der abgeschlossene Arbeitsvertrag simuliert und deshalb ungültig (Art. 18 OR). Da kein Arbeitsvertrag vorlag, durfte das Gericht sich mit der Streitigkeit inhaltlich nicht weiter befassen. Welchem Vertragstypus der dahinterstehende, dissimulierte Vertrag zuzuordnen war, brauchte nicht untersucht zu werden, sondern war vielmehr Sache des ordentlichen Zivilrichters, den S. für ihre Forderungen anrufen musste, wollte sie ihre Ansprüche durchsetzen.

(GSGE vom 4.11.1999 in Sachen S. gegen J., GS 1999/254)

1.1.2. Ein im Rahmen einer Umschulung nach Art. 17 Abs. 1 IVG abgeschlossener Arbeitsvertrag ist privatrechtlicher Natur.

S. konnte aufgrund einer Verschlechterung seiner angeborenen Herzschwäche seinen Beruf als Lastwagenchauffeur nicht mehr ausüben, worauf ihm die IV unter anderem für das Jahr 1996 eine Umschulung zum Vertreter für Coiffeur-Produkte bei der M. AG unter Übernahme der Umschulungskosten gewährte. Im Herbst 1996 verfügte die IV eine Verlängerung der Umschulung bis 30. Juni 1997. Gleichzeitig trafen die M. AG und S. eine entsprechende Vereinbarung über die Fortführung seiner Tätigkeit. In diesem Zusammenhang erfolgte per 1. Oktober 1996 eine Reduktion des durch die IV ausgerichteten Taggeldes, während sich die von der M. AG bezahlte Entschädigung erhöhte. Wie schon zuvor lehnte aber die M. AG die Übernahme des Krankheitsrisikos in bezug auf die mit dem S. vereinbarten finanziellen Leistungen ab. Anfangs 1997 zeigte es sich, dass dieser aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage war, die Umschulung weiterzuführen. Ab 6. Januar 1997 war er wegen seines Herzleidens zu 100 % arbeitsunfähig, worauf die M. AG die Zahlungen für seine Tätigkeit per sofort einstellte. Zudem teilte sie S. und der IV-Stelle am 14. Februar 1997 mit, dass sie sich nicht mehr an der als "Test" bezeichneten beruflichen Wiedereingliederungsmassnahme beteiligen und S. dementsprechend nicht in ihrem Betrieb weiterbeschäftigen könne, weshalb sie auch keine finanziellen Leistungen mehr erbringen würde. In der Folge klagte S. am 21. März 1997 gegen die M. AG auf Verurteilung zur Zahlung von ausstehendem Krankenlohn für die Monate Januar und Februar 1997 sowie einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a Abs. 1 und 2 OR. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 4. September 1997 vollumfänglich ab. Die von S. hiegegen eingereichte Beschwerde hiess das Appellationsgericht am 15. Januar 1998 gut, wobei es folgendes erwo-gen hat:

“[...] Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, es liege zwischen den Prozessparteien kein Arbeitsvertrag im Sinne des Privatrechtes vor; vielmehr müsse, da die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen die Verwirklichung der von der IV angeordneten Umschulung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 17 Abs. 1 IVG bezweckt hätten, von einem öffentlichrechtlichen Verhältnis ausgegangen werden. In diesem Sinne sei die Beschwerdegegnerin [M. AG] von der IV-Stelle, welche unbestrittenermassen an sämtlichen Verhandlungen über die Ausgestaltung der Umschulung des Beschwerdeführers [S.] im Betrieb der Beschwerdegegnerin beteiligt war, zur Realisierung der invalidenrechtlichen beruflichen Massnahme beigezogen worden. Das einer solchen Umschulung immanente Risiko des Scheiterns aus Gründen der Invalidität müsse bei der IV und nicht bei dem zu diesem Zweck beigezogenen privaten Unternehmen liegen, was auch den vorliegend getroffenen Abmachungen, womit die Beschwerdegegnerin die Übernahme des Krankheitsrisikos abgelehnt habe, entspreche. Zu dieser Betrachtungsweise ist vorweg zu bemerken, dass die Rechtsverhältnisse des Beschwerdeführers zu den Institutionen der Sozialversicherung im Rahmen der verfügbaren Umschulung einerseits und zur Beschwerdegegnerin als Umschulungsbetrieb andererseits zwar in enger Verbindung zueinander standen und wohl auch zeitlich für dieselbe Dauer galten. Bezüglich ihres Inhalts und ihrer Rechtsgrundlage sind sie jedoch auseinanderzuhalten, und insbesondere kann aus der öffentlichrechtlichen Natur seiner Ansprüche und Verpflichtungen gegenüber der IV nicht ohne weiteres abgeleitet werden, dass dies auch für die vorliegend strittige Rechtsbeziehung

gelten müsse. Insofern ist auch die Ausgestaltung der Verfügungen der IV an den Beschwerdeführer, worin die Beschwerdegegnerin als "Durchführungsstelle" für die angeordnete berufliche Massnahme bezeichnet wird, für die zur Diskussion stehende Frage nicht entscheidend. Ferner ist der Auffassung der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass für eine Übertragung öffentlichrechtlicher Verpflichtungen der IV im Rahmen der Durchführung von Umschulungen an private Unternehmungen keine gesetzliche Grundlage im Sozialversicherungsrecht zu finden ist. Solche Bestimmungen wären notwendig, um einerseits die Erfordernisse eines derartigen Beizugs von Privatrechtssubjekten zur Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben und andererseits den Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Versicherten und dem Umschulungsbetrieb festzulegen. Dementsprechend hat auch vorliegend die zuständige IV-Stelle in ihrer Antwort auf die amtliche Erkundigung des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 18. Juni 1997 erklärt, es handle sich bei der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung nach ihrer Beurteilung um einen Arbeitsvertrag; jedenfalls sei die Invalidenversicherung selbst nicht Vertragspartner. Auch wenn diese Sichtweise der IV-Stelle für die Gerichte bei der Beurteilung der strittigen Rechtsfrage nicht verbindlich ist, so liegt darin doch ein Indiz für die privatrechtliche Natur der Beziehungen zwischen dem Umzuschulenden und dem Umschulungsbetrieb und vermag offensichtlich auch die beteiligte Verwaltungsstelle im Sozialversicherungsrecht keine Grundlage für das strittige Rechtsverhältnis zu erkennen.

Des weiteren ist festzustellen, dass das Gewerbliche Schiedsgericht bei seiner Annahme einer öffentlichrechtlichen Beziehung zwischen den Parteien zu stark auf den Zweck der getroffenen Massnahme, nämlich die berufliche Wiedereingliederung von Invaliden, abgestellt hat. Auch wenn hierin zweifellos ein öffentliches Interesse liegt, welches für die IV beim Entscheid über die Anordnung einer Umschulung massgeblich ist, so steht doch dem Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags nichts entgegen, wenn die Massnahme in Form einer Ausbildung im Rahmen einer Erwerbstätigkeit bei einem privaten Unternehmen durchgeführt wird. Ein solcher Vertrag kann als Umschulungsvertrag bezeichnet werden und untersteht dem Arbeitsvertragsrecht. Eine teilweise vergleichbare Situation besteht im übrigen beim Lehrvertrag im Sinne von Art. 344 OR, welches Institut ebenfalls zur Verwirklichung der Aufgabe des Staates, für die Ausbildung und berufliche Integration seiner Bürger zu sorgen, beitragen soll. In diesem Zusammenhang kann auch auf ein Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen verwiesen werden, womit das Verhältnis zwischen dem Berufsverband, welcher die nach dem Berufsbildungsgesetz obligatorischen Einführungskurse für Lehrlinge durchführt, und deren Lehrmeistern als privatrechtlich qualifiziert worden ist (JAR 1996 S. 291). Als entscheidend wurde dabei nicht der Zweck der Rechtsbeziehung erachtet, was aufgrund des öffentlichen Interesses an der Berufsbildung wohl zu einer anderen Betrachtungsweise hätte führen müssen, sondern dass sich im Sinne der sog. Subordinationstheorie zwei grundsätzlich gleichgeordnete und gleichberechtigte Vertragspartner gegenüberstanden. Im vorliegenden Fall ist ebenfalls davon auszugehen, dass zwischen den Parteien kein Unterordnungsverhältnis bestand und insbesondere die Beschwerdegegnerin keine hoheitlichen Befugnisse gegenüber dem Beschwerdeführer vertrat, sondern Gleichberechtigung herrschte. Dies wird auch eindeutig bestätigt durch die schriftliche "Salärvereinbarung" der Parteien vom 2. Oktober 1996 [...]. Aufgrund dieser Abmachungen erweist sich im übrigen auch die Behauptung der Beschwerdegegnerin, wonach keine gegenseitigen Rechte und Pflichten eines Arbeitsvertrags bestanden hätten, indem zum einen der Beschwerdeführer sich zu keiner Arbeitsleistung verpflichtet habe und zum andern das ihm ausbezahlte Gehalt reine Kulanz ihrerseits gewesen sei, als unzutreffend. Vielmehr waren die arbeitsrechtlichen Elemente der Erbringung von Arbeit gegen Entgelt im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses wie auch jenes der Weisungsbefugnis seitens des Umschulungsbetriebs klarerweise gegeben. Aus diesen Gründen kann der Annahme der Vorinstanz, das strittige Rechtsverhältnis sei öffentlichrechtlicher Natur, nicht beigeprüft werden und ist vielmehr von einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag auszugehen. [...]"

(AGE vom 15.1.1998 in Sachen S. gegen M. AG; GSSE vom 4.9.1997 in Sachen S. gegen M. AG, GS 1997/109).

1.1.3. Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag

1.1.3.1. Qualifikation des Vertrages zwischen einer Möbelhandelsfirma und einem Monteur, der einen eigenen „ALLROUND-SERVICE“ betreibt, als Auftragsverhältnis.

Seit 1976 wurde C. von der Basler Filiale der M. AG, die im Möbelhandel tätig ist, zu Entladearbeiten von Camions sowie zu Montagen und Installationen von Möbelstücken bei Kunden beigezogen. Ein schriftlicher Vertrag zwischen den Parteien bestand nicht. Mit Schreiben vom 21. Juli 1997 verzichtete die M. AG auf die weitere Zusammenarbeit mit C. In der Folge klagte dieser am 13. Oktober 1997 gegen die M. AG auf Bezahlung einer Entschädigung aus fristloser und missbräuchlicher Entlassung. Das Gewerbliche Schiedsgericht ist seinem Urteil vom 12. März 1998 auf die Klage nicht eingetreten, indem es von einem Auftragsverhältnis ausgegangen ist. Es hat dabei folgendes erwogen:

Im Rechtsverhältnis zwischen C. und der M. AG waren diverse Elemente feststellbar, die unterschiedlichen Vertragstypen zugehören konnten. Diese Elemente wurden darauf untersucht, ob sie ganz oder schwergewichtig entweder dem Arbeitsvertrag oder dem Auftrag bzw. allenfalls dem Werkvertrag zugeordnet werden konnten bzw. mussten. Zudem waren sie einzeln sowie im Verbund untereinander nach ihrer Massgeblichkeit für den einen oder anderen Vertragstypus zu gewichten.

Massgebend für die Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Auftrag bzw. Werkvertrag ist vor allem das Merkmal der persönlichen und betrieblichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer ist in die Organisation eines Betriebs eingegliedert. Er erhält vom Arbeitgeber Weisungen und Instruktionen, die den Gang und die Gestaltung seiner Arbeit unmittelbar beeinflussen und unterliegt auch dessen Kontrolle. Der Beauftragte bzw. Unternehmer andererseits verspricht lediglich, die ihm übertragenen Geschäfte und Dienste vertragsgemäss zu erfüllen, ohne sich in ein Unterordnungsverhältnis zum Auftraggeber zu begeben. Namentlich findet keine Einordnung in dessen Betrieb statt. Der Beauftragte bzw. Unternehmer empfängt zwar Weisungen, die sich auf den Umfang und die Ausführung des Auftrages beziehen. Die Fachanweisungen hingegen sind meistens von untergeordneter Bedeutung. Zudem ist er dem Auftraggeber bzw. Besteller zu blosser Rechenschaft verpflichtet. Eine eigentliche Aufsicht findet hingegen nicht statt (ZK-Staehelin, Art. 319 OR N. 27 ff., S. A 24 ff.; BK-Rehbinder, Art. 319 OR N. 6 ff. S. 29 ff., N. 42 ff. S. 46 ff.; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage 1992, Art. 319 OR N. 2 ff., S. 33 ff.; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 319 OR N. 5 ff., S. 26 ff.).

Auszugehen war davon, dass C. nach seinen Angaben eine „eigene Firma“ unterhielt. Zwar führte er keine eigentliche Einzelfirma und war auch nicht im Handelsregister eingetragen. Er benützte jedoch ein vorbedrucktes Geschäftspapier, das mit „ALLROUND-SERVICE“ überschrieben war. Darunter war angegeben: „Reparaturen, Kleintransporte, sämtliche Anschlüsse

und Montagen bei Umzügen und Räumungen durch erfahrene Fachleute“. Im Rahmen dieses Allround-Service hatte er über all die Jahre nicht nur für die M. AG, sondern auch für Dritte Arbeiten ausgeführt. Bei diesen Dritten handelte sich mehrheitlich um Kunden der M. AG, die vielfach dann an C. verwiesen wurden, wenn ihre Garantieansprüche abgelaufen waren. C. bediente diese Kunden aber nicht etwa in Vertretung und auf Rechnung der M. AG, sondern in direkter vertraglicher Beziehung und auf eigene Rechnung. Aufgrund all dieser Umstände war zunächst festzuhalten, dass C. im Erwerbsleben grundsätzlich als Selbständigerwerbender aufzutreten pflegte und seine Erwerbstätigkeit schwergewichtig auf die M. AG und deren Kunden ausrichtete.

Von der M. AG wurde C. zu Beginn der vertraglichen Zusammenarbeit mehr, in den letzten acht Jahren weniger und dabei meist an zwei Tagen in der Woche, hauptsächlich dienstags und donnerstags, beigezogen. Der Beizug erfolgte auf Anfrage der M. AG je nach Bedarf entweder durch die Filiale in Basel, fallweise durch den auswärtigen Hauptsitz der M. AG. In der Ausführung der ihm erteilten Aufträge hatte C. feste Zeiten, das heisst namentlich die genannten Wochentage, einzuhalten. Für die Arbeit stand ihm zudem in den Räumlichkeiten der M. AG eine Werkstatt zur Verfügung. Beides wies auf eine Einbindung von C. in den Betrieb der M. AG hin.

Andererseits war zu berücksichtigen, dass die festen Zeiten sich im Falle der Entladearbeiten aufgrund der Anlieferungen von Möbeln ergaben, die gewöhnlich an den betreffenden Wochentagen erfolgten. Zudem waren die festen Zeiten mit der zeitlichen Fixierung der Kundenbesuche zwischen der M. AG mit ihren Kunden und der daraus sich ergebenden erforderlichen Koordination mit den weiteren Monteuren der M. AG zu erklären, mit denen C. teilweise bei der Auftrags erledigung zusammenarbeitete. Es kommt denn auch in einem Auftragsverhältnis vor, dass der Beauftragte aus diesen Gründen den Auftrag zu vorgeschriebenen Zeiten erledigen muss. Namentlich hat sich etwa ein Unterakkordant meist an die zwischen Auftraggeber und Beauftragtem abgesprochene Auftragsabwicklung zu halten (vgl. BK-Fellmann, Art. 398 OR N. 591, S. 532). Wesentlich war hier jedoch, dass die festen Zeiten, die C. einzuhalten hatte, offensichtlich nicht der Arbeitszeitkontrolle durch die M. AG dienten (BK-Rehbinder, Art. 319 OR N. 44, S. 48). Vielmehr war C. bei der Auftrags erledigung, wie er betonte, im übrigen immer sehr frei. Dagegen sprach auch nicht, dass C. für die geleisteten Stunden zu Händen der M. AG jeweils Rapporte erstellte. So übergibt gerade der im Zeithonorar beauftragte Handwerker ebenfalls seinem Auftraggeber Rapporte, damit dieser über den Umfang der geleisteten Arbeiten orientiert ist (BK-Fellmann, Art. 400 OR N. 51, S. 599). Zudem hat die M. AG dem C. die Stundenvergütung danach nicht etwa selbsttätig aufgrund der Rapporte ausbezahlt, wie es ein Arbeitgeber tun würde. Die Auszahlung der Vergütung an C. erfolgte vielmehr erst auf die Rechnungen, die dieser nach eigenem Gutdünken von Zeit zu Zeit und jeweils für mehrere Aufträge der M. AG stellte. Für die Freiheit bei der Auftrags erledigung sprach sodann auch, dass C., soweit erforderlich, weitere Mitarbeiter, in der Regel seine Familienmitglieder, beiziehen durfte und hierfür vorgängig meistens die Einwilligung der M. AG einholte, die diese jeweils ohne weiteres erteilte. Für die Arbeit dieser Mitarbeiter stellte er wie ein Unternehmer und Arbeitgeber der M. AG zusammen mit seinem eigenen

Stundenaufwand zum gleichen Stundenansatz Rechnung. Allerdings bezahlte er nach eigenen Aussagen in der Folge seinen Familienmitgliedern keinen Lohn aus, worauf die M. AG jedoch keinen Einfluss hatte. Immerhin zeigte auch dieser Umstand, dass C. sich weniger als Arbeitnehmer verstand, sondern seinen Allround-Service offensichtlich als einen Familienbetrieb betrachtete, an den die Familienmitglieder mit Arbeit ihren Beitrag beisteuerten und an den Einnahmen als Familieneinkommen partizipierten.

Für eine Einbindung von C. in den Betrieb der M. AG sprach ferner, dass er ihr die Ferienabwesenheiten ankündigen und durch sie bewilligen lassen musste (Art. 329c Abs. 2 OR). Andererseits war C. pro Jahr jeweils längere Zeit ferienhalber abwesend, als die M. AG ihren Mitarbeitern zugestand. Auch erhielt er während seiner Ferien über all die Jahre nie irgendeine Entschädigung, was er weder je beanstandet hatte noch im angehobenen Prozess nachträglich geltend machte. Die M. AG ging vielmehr davon aus, dass ein Anspruch auf Ferienentschädigung durch die vergüteten Stunden bereits abgegolten war. Daraus war offensichtlich auch aus ihrer Sicht immerhin ein gewisser Hinweis auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages abzuleiten. Das Gleiche galt auch für den Umstand, dass C. über Jahre an den Betriebsanlässen teilnahm, die die M. AG für ihre Mitarbeiter organisierte und finanzierte. Es kam darin zum Ausdruck, dass C. mit der M. AG offensichtlich so eng verbunden war, dass er bei dieser Gelegenheit die gleichen Rechte wie ihre Mitarbeiter beanspruchen durfte. Ebenfalls auf ein Arbeitsverhältnis wies daneben die vergleichsweise geringe Stundenentschädigung, die C. der M. AG in Rechnung stellte und von ihr bezahlt erhalten hat.

Wer als Selbständigerwerbender tätig ist, wird in seine Vergütungsansätze namentlich die Geschäftsunkosten einkalkulieren. Der Entschädigungsansatz von Fr. 31.-- war hier jedoch derart niedrig, dass darin offensichtlich nur das eingerechnet war, was C. neben den obligatorischen Sozialversicherungsabgaben zur Finanzierung des Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedurfte. Das zeigte sich auch darin, dass C. anderen Kunden mit Fr. 80.-- in der Stunde mehr als das Doppelte berechnete. Damit war auch in diesem Punkt ein Hinweis auf einen Arbeitsvertrag zu erblicken. Allerdings begründete C. diesen Unterschied im Stundenansatz damit, dass er die Aufträge der M. AG als gute Arbeit geschätzt habe. Offensichtlich wollte C. mit dem geringeren Stundenansatz die langjährige Beschäftigung durch die M. AG honorieren. Auch ein selbständigerwerbender Handwerker kommt vielfach seinen langjährigen Kunden bei den Vergütungsansätzen entgegen. Nicht zu vergessen war zudem, dass C. seine weiteren Kunden weitgehend durch die M. AG vermittelt erhielt. Er war daher daran interessiert, die Zusammenarbeit mit der M. AG möglichst auch für die Zukunft zu sichern. Dazu gehörte nicht zuletzt ein für die M. AG attraktiver Stundenansatz. C. war sich dabei auch darüber gewiss, dass er auf die Höhe der Gesamtentschädigung, die ein Auftrag für die M. AG ihm einbrachte, durch den Beizug seiner Familienmitglieder Einfluss nehmen und auf diese Weise den tiefen Stundenansatz ausgleichen konnte. Zudem waren die Geschäftsunkosten, die C. als Monteur anfielen, eher unbedeutend, und sicherlich dann geringer, wenn er für die M. AG Arbeit verrichtete und nicht einen ihrer Kunden bediente. Wie erwähnt stellte ihm die M. AG eine Werkstatt sowie teilweise ihr Firmenfahrzeug zur Verfügung. Falls C. jedoch für die M. AG sein eigenes Auto einsetzte, berechnete er ihr wie für andere Kunden eine Au-

topauschale. Nicht für einen Arbeitsvertrag sprach ferner, dass C. bei den Sozialversicherungen als Selbständigerwerbender angemeldet war und aus seinen Einnahmen aus der Tätigkeit bei der M. AG sämtliche Sozialversicherungsbeiträge selbständig bezahlte. Allerdings ist die Behandlung eines Vertragsverhältnisses durch die Sozialversicherungen nicht als Merkmal für die Annahme des einen oder anderen Vertragstypus, sondern als Folge der vorzunehmenden vertraglichen Qualifikation zu betrachten. Aus diesem Grund wird darin regelmässig bloss ein Indiz für das Vorliegen eines Auftrags gesehen (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 319 OR N. 6, S. 37).

Zusammenfassend war auf den ersten Blick und in verschiedener Hinsicht eine Einbindung von C. in den Betrieb der M. AG festzustellen. Bei näherer Betrachtung erwies sich diese Einbindung auf das Ganze gesehen jedoch als eine bloss partielle und selbst dort, wo sie feststellbar war, als eine unvollständige. Insbesondere bewahrte sich C. in wesentlichen Bereichen entscheidende Freiheiten, wie es für ein Arbeitsverhältnis untypisch wäre. Diese Freiheiten führten dazu, dass nicht von einer eigentlichen Einbindung, sondern noch von einer blossen vertraglichen Anbindung an den Betrieb der M. AG die Rede sein musste. Für C. stand offensichtlich die Selbständigkeit im Zentrum seiner Erwerbstätigkeit. Die langjährige vertragliche Beziehung zur M. AG war als Teil dieser selbständigen Erwerbstätigkeit zu betrachten. Sie verhalf ihm über Jahre nicht nur zu regelmässigen Aufträgen der M. AG, sondern war zudem eine Quelle der Vermittlung weiterer Aufträge von Drittpersonen. Unter diesen Umständen ist es zu erklären, dass die vertragliche Beziehung in mancher Hinsicht näher und enger wurde, als es gemeinhin für ein Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis der Fall ist. Trotz einer damit verbundenen Angleichung an ein Arbeitsverhältnis konnte und durfte darin jedoch noch nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erblickt werden. Die Parteien haben denn auch beide zu verschiedenen Zeitpunkten erfolglos den Versuch unternommen, ihre vertragliche Beziehung zu einem Arbeitsverhältnis zu machen. Nach den Aussagen von C. soll ihm die M. AG vor Jahren das Angebot einer Anstellung unterbreitet haben. Er habe es abgelehnt, weil ihm eine Vollzeitstelle keine selbständige Erwerbstätigkeit mehr erlaubt hätte. Andererseits will auch C. später die M. AG um eine Anstellung gebeten haben, was diese jedoch abgelehnt habe. Gerade diese beiden erfolglosen Versuche bestätigten, dass beide Parteien bewusst von der Begründung eines Arbeitsverhältnisses Abstand genommen und ihr vertragliches Verhältnis bis zu seiner Auflösung unverändert als Auftrag belassen haben.

(GSGE vom 12.3.1998 in Sachen C. gegen M. AG, GS 1997/330)

1.1.3.2. Qualifikation des Einsatzes eines EDV-Programmierers bei einer Drittfirma als Leiharbeitsverhältnis.

Am 31. Oktober 1996 schlossen die V. GmbH und K., der Wohnsitz in Deutschland hatte, einen "Rahmenvertrag für Beratungsdienstleistung" und einen "Einzelauftrag" ab. Während der Rahmenvertrag die generellen Bedingungen für die Zusammenarbeit der Parteien im Hinblick auf einzelne Beratungsverträge enthielt, regelte die als "Einzelauftrag" bezeichnete Ver-

einbarung die von K. für den Einsatzbetrieb A. AG zu erbringende Arbeitsleistung im EDV-Bereich in der Zeit vom 6. November 1996 bis zum 28. Februar 1997. Im Hinblick auf diese Tätigkeit bei der A. AG schloss die V. GmbH mit dieser einen sog. "Dienstleistungsvertrag" ab. K. nahm am 6. November 1996 seine Arbeit für die A. AG auf, trat dann aber mit Wirkung ab 9. Dezember 1996 durch eine ebenfalls als "Dienstleistungsvertrag" bezeichnete Vereinbarung in direkte vertragliche Beziehungen zu dieser. Am 6. Dezember 1996 stellte K. sodann der V. GmbH Rechnung für die im ersten Monat für die A. AG geleistete Arbeit und gelangte, nachdem die Zahlung ausgeblieben war, mit Klage vom 4. Juni 1997 an das Gewerbliche Schiedsgericht, mit der er die Verurteilung der V. GmbH zur Lohnzahlung verlangte. Die V. GmbH stellte sich im Prozess auf den Standpunkt, dass nicht ein Arbeitsvertrag, sondern ein Auftrag vorliege, weshalb das Gewerbliche Schiedsgericht sachlich zur Beurteilung nicht zuständig sei. Das Gewerbliche Schiedsgericht ging in seinem Urteil vom 16. März 1998 von einem Arbeitsvertrag aus und trat daher auf die Klage ein. Auf Beschwerde der V. GmbH hat das Appellationsgericht am 3. August 1998 die sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts bestätigt:

“[...] 4. a) Zur strittigen Frage der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien ist vorweg klarzustellen, dass dabei nach Art. 18 OR auf deren übereinstimmenden wirklichen Willen und nicht auf eine allenfalls unrichtige Bezeichnung in den betreffenden schriftlichen Abmachungen abzustellen ist. Aus diesem Grunde kann es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin [V. GmbH] nicht entscheidend sein, wenn der - ohnehin von ihr selbst verfasste - Rahmenvertrag mit dem Beschwerdegegner ausdrücklich "als Auftragsverhältnis" geschlossen worden ist (Art. 1 Abs. 1) und darin wie auch im dazugehörigen "Einzelauftrag" von den Parteien als "Auftraggeber" bzw. "Auftragnehmer" die Rede ist. Ebenso lassen sich aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegner stets als "Firma [...] K. [...]" bezeichnet worden ist, keine Schlüsse auf die Rechtsnatur der Vereinbarungen ziehen, zumal eine solche Firma jedenfalls unbestrittenermassen keine eigene Rechtspersönlichkeit gehabt hat und der Beschwerdegegner [K.] nach dem abgeschlossenen Einzelauftrag persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet war. In diesem Zusammenhang gehen auch die Ausführungen in Beschwerde und Replik, wonach der Wille der Parteien stets auf die Begründung eines Auftrags und nicht eines Arbeitsvertrags gerichtet gewesen sei, an der Sache vorbei. Der massgebliche Verpflichtungswille der an einem Vertrag Beteiligten richtet sich nämlich stets auf den Inhalt der Vereinbarung und nicht auf deren rechtliche Qualifikation, umso mehr als derartige Ueberlegungen im Sinne von Art. 18 OR auf einer Fehleinschätzung oder - gerade im Hinblick auf die zwingenden Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechts - auf einer Umgehungsabsicht beruhen können. [...]

b) Nicht ausschlaggebend für die Qualifikation des strittigen Rechtsverhältnisses ist sodann entgegen den Darlegungen der Beschwerdeführerin auch der Umstand, dass der Beschwerdegegner in Deutschland zur fraglichen Zeit offenbar einen sog. Gewerbeschein besessen hat und damit berechtigt war, seine Arbeitskraft (u.a.) als Selbständigerwerbender anzubieten. Die ohnehin unbestrittene Tatsache, dass er - offenbar als Folge von Arbeitslosigkeit - auch als Selbständigerwerbender tätig gewesen ist, führt nämlich nicht dazu, dass ein von ihm abgeschlossener Vertrag auf Arbeitsleistung stets ein Auftrag (bzw. Werkvertrag) sein musste und ihm die Eingehung eines Arbeitsvertrags von vornherein verwehrt war. Vielmehr konnte er Tätigkeiten auf durchaus unterschiedlicher Rechtsgrundlage ausüben, was sich im Einzelfall stets nach der konkreten Ausgestaltung des privatrechtlichen Vertragsverhältnisses richtete. Keine andere Betrachtungsweise gilt im übrigen auch im Hinblick auf seine steuerliche Behandlung in Deutschland, denn die verwaltungsrechtliche Beurtei-

lung in dieser Hinsicht präjudiziert die Qualifikation des hier strittigen Rechtsverhältnisses in keiner Weise. [...].

c) Der zwischen den Parteien abgeschlossene Rahmenvertrag regelte deren Rechtsbeziehungen im Hinblick auf die einzelnen Arbeitseinsätze des Beschwerdegegners bei Kunden der Beschwerdeführerin, wie sie dann zu gegebener Zeit in den zusätzlich getroffenen Einzelverträgen noch konkretisiert werden mussten. Soweit derartige sog. Leiharbeitsverhältnisse als Arbeitsverträge qualifiziert werden, weisen sie die Besonderheit auf, dass die Arbeitgeberbefugnisse zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb aufgespalten sind (vgl. dazu Staehelin, N. 17 zu Art. 333 OR). Demzufolge ist jeweils nicht allein das Verhältnis zwischen dem Verleiher und der Arbeitskraft massgeblich, sondern ebenso jenes zwischen dieser und dem Einsatzbetrieb. Damit erweist sich vorliegend die Argumentation [...], wonach das Gewerbliche Schiedsgericht bei seiner Beurteilung nur die Rechtsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner, und nicht etwa die Ausgestaltung seines Arbeitseinsatzes bei der Kundin A. AG hätte berücksichtigen dürfen, als offensichtlich verfehlt.

5. a) Sowohl Arbeitsverhältnis wie Auftrag beinhalten das Versprechen einer Vertragspartei auf Erbringung einer Arbeitsleistung, welche bei ersterem zwingend und bei letzterem heutzutage in der Regel gegen Entschädigung erfolgt. In zeitlicher Hinsicht wird der Arbeitsvertrag dadurch charakterisiert, dass die Tätigkeit über eine gewisse Dauer, sei es auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, hinweg ausgeübt wird, was beim Auftrag ebenfalls der Fall sein kann, aber nicht begriffsnotwendig ist. Entscheidend für die Abgrenzung der beiden Vertragstypen ist daher gemäss Rechtsprechung und Lehre, ob derjenige, welcher die Arbeitsleistung erbringt, nach den konkreten Absprachen in einem Subordinationsverhältnis zur Gegenpartei (bzw. bei Leiharbeit zum Einsatzbetrieb) steht, wie stark er in die Organisation des Unternehmens eingebunden und wie weit er wirtschaftlich von dieser Tätigkeit abhängig ist (vgl. dazu Staehelin, N. 27 ff., insb. 38-45 zu Art. 319 OR). Kein massgebliches Element der Abgrenzung ist demgegenüber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, welche Partei nach den vertraglichen Bestimmungen die Sozialversicherungsbeiträge zu tragen hat. Diese öffentlichrechtliche Pflicht ist bloss Konsequenz bzw. Rechtsfolge der nach privatrechtlichen Kriterien vorzunehmenden Vertragsqualifikation, weshalb hier in dieser Hinsicht nichts aus den zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen abzuleiten ist.

b) Der Beschwerdegegner hat sich durch die zur Diskussion stehenden Verträge zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt verpflichtet, wobei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ein Dauerschuldverhältnis vorlag. So ist der Rahmenvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden, was ein gewisses Indiz für einen Arbeitsvertrag darstellt (Staehelin, N. 45 zu Art. 319 OR). Darüber hinaus liegt aber auch in bezug auf den Einsatzvertrag betreffend die Tätigkeit bei der A. AG ein Dauerschuldverhältnis vor, wenn es auch auf die Zeit vom 6. November 1996 bis 28. Februar 1997 beschränkt war. Die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerin [...], wonach nur bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag ein Dauerschuldverhältnis und damit ein Arbeitsvertrag vorliegen könne, widerspricht sowohl der Logik als auch Art. 319 Abs. 1 OR. Beide Verträge sehen zudem Kündigungsfristen vor, der sog. Einzelauftrag sogar eine Probezeit während der Dauer des ersten Monats, was ein typisches Element des Arbeitsvertrags darstellt. Wenn auch die Zulässigkeit von vertraglich vorgesehenen Kündigungsfristen im Rahmen des Mandats gelegentlich von der Lehre postuliert wird, werden solche Bestimmungen durch die Praxis des Bundesgerichts doch nach wie vor nicht als gültig anerkannt, da die jederzeitige Widerrufbarkeit des Auftrages nach Art. 404 OR zwingend sei und vertraglich weder wegbedungen noch beschränkt werden dürfe (BGE 115 II 464). Wenn vorliegend offenbar beidseitig ein Bedürfnis nach Einhaltung von Kündigungsfris-

ten bestand, so stellt dies im Lichte dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung doch jedenfalls ein Indiz für den Abschluss eines Arbeitsvertrags dar.

Als wesentlichen Gesichtspunkt, der für eine arbeitsrechtliche Ausgestaltung des strittigen Vertragsverhältnisses spricht, hat die Vorinstanz ferner zu Recht die nach dem Beweisergebnis vorhandene Einbindung des Beschwerdegegners in den Betrieb der A. AG und das in diesem Zusammenhang bestehende Unterordnungsverhältnis erachtet. So hat deren als Zeuge befragter Angestellter C. als Leiter des Informatikprojekts, für das der Beschwerdegegner tätig war, ausgesagt, er sei für die betreffende Arbeit dessen Vorgesetzter gewesen und hätte ihm bei eventuellen Fehlern Weisungen erteilt [...]. Aus dieser Darstellung geht klar hervor, dass der Beschwerdegegner in die Hierarchie des Einsatzbetriebs eingebunden war. Daran ändert auch nichts, dass ihm als Spezialisten im Informatikbereich, wie der Zeuge C. weiter erklärt hat, bezüglich der Ausübung der Arbeit bloss Zielanweisungen gegeben wurden und er diese weitgehend selbständig ausführen konnte, denn eine solche Eigenständigkeit in der Detailausführung der Tätigkeit liegt häufig auch bei Arbeitnehmern mit Spezialkenntnissen oder in gehobenen Positionen vor. Jedenfalls geht aus der zitierten Zeugenaussage C. hervor, dass der Beschwerdegegner bei allfälligen Fehlleistungen, d.h. also auch in fachlicher Hinsicht, weisungsgebunden war. Für eine organisatorische Einbindung des Beschwerdegegners in den Betrieb der A. AG spricht ferner, dass er laut der massgeblichen Regelung im Rahmen- wie im Einzelvertrag verpflichtet war, seine Arbeit in deren Räumlichkeiten auszuüben, und er auch seine Arbeitszeiten nicht frei bestimmen konnte, sondern mit ihr bzw. Herrn C. abzustimmen hatte. Dazu hat dieser als Zeuge erklärt, dass der Beschwerdegegner sich an die geltenden Blockzeiten habe halten müssen. Gemäss vertraglicher Vorschrift diene denn auch die hausinterne Arbeitszeiterfassung der A. AG zur Berechnung des dem Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin zustehenden Honorars. Dabei wurden die Reisezeiten, d.h. der Arbeitsweg, nicht entschädigt, was der üblichen Regelung im Arbeitsvertrag entspricht, im Auftragsverhältnis jedoch eher aussergewöhnlich wäre. Soweit im übrigen die Beschwerdeführerin bezüglich der Bestimmung des Arbeitsortes im gerichtlichen Verfahren geltend macht, dass die entsprechenden Vertragsklauseln für die zur Diskussion stehende Abrechnungsperiode November 1996 gar nicht zum Tragen gekommen seien, sondern der Beschwerdegegner seine Arbeit zu Hause mittels EDV für die A. AG ausgeführt habe, so liegt hierin kein Argument gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags. Aus den Zeugenaussagen von C. wie auch M. als Personalchef der A. AG geht nämlich klar hervor, dass diese Heimarbeit nur darauf zurückzuführen war, dass die Beschwerdeführerin entgegen ihrer vertraglichen Pflicht nicht rechtzeitig zur Beschaffung der für einen Einsatz des Beschwerdegegners in der Schweiz erforderlichen fremdenpolizeilichen Bewilligung in der Lage war, und somit eine blosser Notlösung darstellte. Es habe aber auf Seiten der A. AG stets das Bedürfnis bestanden, dass die betreffende Arbeitsleistung in ihren Räumlichkeiten erbracht wurde, um den nötigen direkten Kontakt mit ihren Mitarbeitern zu gewährleisten [...]. Seitens der Beschwerdeführerin ist im übrigen unbestritten, dass sie für die Einholung dieser Bewilligung verantwortlich gewesen ist und diese zum massgeblichen Zeitpunkt beim vorgesehenen Arbeitsbeginn des Beschwerdegegners und noch während des ganzen Monats November 1996 nicht vorlag [...]. Somit ist abschliessend festzuhalten, dass die Ausgestaltung des Arbeitseinsatzes des Beschwerdegegners bei der A. AG klar für dessen organisatorische Integration in deren Betrieb und ein Subordinationsverhältnis spricht. All diese Modalitäten hätten im übrigen durchaus anders geregelt werden können, indem der Arbeitende über Art und Weise seiner Tätigkeit in grösserem Masse selbst hätte bestimmen können, weshalb der Einwand der Beschwerdeführerin, die Annahme eines Arbeitsvertrags liesse der Anwendung des Auftragsrechts in diesem Wirtschaftsbereich grundsätzlich keinen Raum mehr, nicht stichhaltig ist.

Schliesslich ist festzustellen, dass der Beschwerdegegner nach den Abmachungen im Umfang von 42 Wochenstunden für die A. AG tätig sein sollte, d.h. seine ganze Arbeitskraft zur Er-

füllung des Vertrags mit der Beschwerdeführerin zur Verfügung stellen musste, so dass er in dieser Zeit wirtschaftlich vollständig von dieser abhängig war. Dies entspricht der Situation eines Arbeitnehmers und nicht einer freiberuflich tätigen Person, so dass hierin ein weiterer Hinweis für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu erkennen ist. [...]”

(AGE vom 3.8.1998 in Sachen V. GmbH gegen K.; GSGE vom 16.3.1998 in Sachen K. gegen V. GmbH, GS 1997/197)

1.1.3.3. Qualifikation des Engagements einer Musical-Sängerin als Arbeitsvertrag.

E. gelangte Mitte März 1999 an die Sängerin P. im Hinblick auf ihre Mitwirkung bei der geplanten Aufführung des von ihm komponierten Musicals. Anfangs April 1999 teilte E. der P. mit, dass er sie doch nicht für die fragliche Produktion berücksichtigen könnte. In der Folge klagte P. am 10. Mai 1999 gegen E. beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung zur Bezahlung der in Aussicht gestellten Gage, wogegen sich E. unter anderem mit der Begründung wehrte, es hätte sich um einen Auftrag gehandelt, der nicht zustandegekommen sei. Das Gewerbliche Schiedsgericht ging in seinem Urteil vom 5. August 1999 von einem Arbeitsvertrag aus und trat auf die Klage ein. Eine von E. gegen das Urteil erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 27. September 1999 ab. Das Gewerbliche Schiedsgericht führte in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde was folgt aus:

“[...] Aus den eingereichten Unterlagen ergab sich, dass der Beschwerdeführer [E.] von den Interpreten an diesem Musical verlangte, dass sie zu von ihm bestimmten Zeiten und Orten zu Proben und später zu Aufführungen unter festgelegter Leitung zu erscheinen haben. Allein schon daraus ergab sich unzweifelhaft, dass die Klägerin [P.] in die Betriebsorganisation des Beschwerdeführers eingegliedert wurde und seinen Direktiven unterstand, womit die für einen Arbeitsvertrag typische persönliche und betriebliche Abhängigkeit gegeben war.[...]. Merkmale, die gegenteils eine Qualifikation als Auftrag erlaubt hätten, lagen nicht vor. Insbesondere handelt es sich bei der Klägerin nicht um eine selbständig erwerbende Künstlerin, die vom Beschwerdeführer einen Auftrag zur Darbietung eines Gesangsvortrages in eigener Regie erhalten hätte. Die Klägerin war lediglich Teil einer Musicalproduktion und daher darauf angewiesen, dass der Beschwerdeführer die verschiedenen Mitwirkenden erst noch aufeinander abstimmen und dadurch zu einem Ganzen formen würde. Dazu dienten die Weisungen des Beschwerdeführers, bis wann die Sänger ihre Rolle zu erlernen hätten sowie wann und wo mit allen Mitwirkenden geprobt würde. Für die Qualifikation als Arbeitsvertrag kommt es ferner nicht darauf an, dass die Arbeitnehmerin dauernd für den Arbeitgeber tätig wird, wie der Beschwerdeführer offenbar meint. Auch, wer noch so kurz seine Arbeitskraft einem Dritten zur Verfügung stellt, ist Arbeitnehmer, sofern er zu diesem in einem Subordinationsverhältnis steht, was hier klarerweise der Fall war. Bekanntlich wird auch Teilzeitarbeit regelmäßig im Rahmen eines Arbeitsvertrages geleistet.[...]”

(GSGE vom 5.8.1999 in Sachen P. gegen E., GS 1999/149; AGE vom 27.9.1999 in Sachen E. gegen P.)

1.1.3.4. Qualifikation des Engagements einer Choreographin, Tänzerin und Sängerin für ein Musical als Arbeitsvertrag.

Mit Vertrag vom 12. Februar 1999 vereinbarten B. und S. eine "Zusammenarbeit für eine Musical Show", die am 4. Juni 1999 in Basel im Rahmen eines Firmenanlasses stattfinden sollte. Dabei verpflichtete sich S. dazu, dass sie für verschiedene, im Einzelnen aufgeführte Musical-Songs "die Choreographie machen und mitsingen und mittanzen" werde, wofür sie eine Gage von CHF 3'500.-- inkl. Probepauschale und Spesen erhalten sollte. Anlässlich einer Zusammenkunft vom 8. Mai 1999 entstanden zwischen den beiden Parteien Differenzen über die Ausführung der Choreographiearbeit, weshalb B. den von ihr als "Auftragsverhältnis" bezeichneten Vertrag mit sofortiger Wirkung auflöste. In der Folge klagte S. am 1. Juni 1999 beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung von B. zur Zahlung der vereinbarten Gage. Strittig war unter anderem die rechtliche Qualifikation der Zusammenarbeit der Parteien. In seinem Urteil vom 10. Februar 2000 ging das Gewerbliche Schiedsgericht vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages aus. Die von B. dagegen erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 21. Juni 2000 mit folgender Begründung ab:

" [...] 2. a) Die Beschwerdeführerin [B.] bestreitet die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts mit der Begründung, dass der zur Diskussion stehende Vertrag zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin [S.] kein Arbeitsverhältnis, sondern vielmehr ein Auftrag gewesen sei. [...] Massgeblich für die Frage der Qualifikation von auf Arbeitsleistung gerichteten entgeltlichen Verträgen ist [...], ob die eine Tätigkeit erbringende Partei in die von der Gegenpartei vorgegebenen Organisationsstrukturen eingebunden ist und deren Weisungen untersteht, woraus sich die für einen Arbeitsvertrag charakteristische persönliche und betriebliche Abhängigkeit ergibt (vgl. dazu Schönenberger/Staehelin, N. 5 ff. zu Art. 319 OR; Vischer, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1 S. 307; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage 1992, Art. 319 OR Rz. 2 ff.; BGE 112 II 41 ff. ; BJM 1957 S. 326). Bei der Prüfung dieser Frage ist stets auf die konkreten Umstände des zur Beurteilung stehenden Falles abzustellen. Dabei kann es aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht angehen, für den künstlerischen Bereich grundsätzlich andere Massstäbe anzulegen und eher das Vorliegen von Auftragsverhältnissen anzunehmen, weil die Produzenten in dieser Branche das mit der Eingehung von Arbeitsverträgen verbundene finanzielle Risiko angeblich nicht tragen könnten. Vielmehr ist auch bei solchen Verträgen auf das wesentliche Kriterium des Bestehens eines Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnisses abzustellen (JAR 1990 S. 113 ff.; Vischer, a.a.O.; AGE vom 27. September 1999 i.S K.E.).

b) Vorliegend hat das Gewerbliche Schiedsgericht in zutreffender Weise [...] das Vorliegen eines für den Arbeitsvertrag typischen Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnisses angenommen. Insbesondere hat es zu Recht festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin beim vorgesehenen Engagement in die Betriebsorganisation der Beschwerdeführerin eingegliedert war, von dieser Direktiven empfing und deren enger zeitlicher wie fachlicher Kontrolle unterworfen war. Wie sich aus den Protokollen der vorinstanzlichen Verhandlungen ergibt, nahm diese für sich in Anspruch, die Gesamtleitung der Produktion, die künstlerische Leitung sowie die Regie innezuhaben. Dementsprechend musste die Beschwerdegegnerin zu Beginn ihrer Kontakte gemeinsam mit der Beschwerdeführerin eine Aufführung des Musicals "West Side Story" besuchen, damit ihr deren Vorstellungen bezüglich der zu entwerfenden Choreographie bekannt waren. Sodann hatte sie aufgrund dieser Anweisungen in künstlerischer Hinsicht der Beschwerdeführerin nach deren eigenen Angaben am festgelegten Abgabetermin Vorschläge zur Gestaltung der Choreographie zu unterbreiten, wozu sich diese ihre Zustimmung vorbe-

halten hatte. Auch nach Billigung ihrer Vorbereitungsarbeiten wäre die Beschwerdegegnerin weder organisatorisch noch fachlich auf sich gestellt gewesen; vielmehr hätte sie unter der Aufsicht und in steter Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin sowie dem Tontechniker an der Verschmelzung der einzelnen Musicalpassagen mitwirken und die Choreographie in den von dieser angesetzten Tanz- und Gesangsproben unter deren künstlerischer Leitung umsetzen müssen. Erst recht keine Eigenständigkeit wäre ihr schliesslich hinsichtlich ihrer weiteren vertraglichen Verpflichtung zum "mitsingen und mittanzen" zugekommen. [...] Unter den dargelegten Umständen wäre [...] das Ergebnis der Arbeit der Beschwerdegegnerin in erheblichem Masse von den Entscheidungen der Beschwerdeführerin abhängig gewesen, womit eine grundsätzlich andere Sachlage bestand, als wenn ein Choreograph mit der selbständigen Bearbeitung eines musikalischen Werkes sowie der Umsetzung seiner Ideen in der praktischen Arbeit mit Tänzern und Sängern nach eigener künstlerischer Auffassung betraut ist und in dieser Weise frei über Inhalt und Ausgestaltung seiner Tätigkeit entscheiden kann. An der Richtigkeit der vorinstanzlichen Beurteilung ändert schliesslich auch nichts, dass sich die Beschwerdegegnerin einen Teil ihrer Tätigkeit, nämlich das Entwerfen der Choreographie, zeitlich selbst einteilen konnte und in dieser Phase keine unmittelbare Beaufsichtigung durch die Beschwerdeführerin bestand, denn diese Situation liegt bei diversen Arbeitsverhältnissen vor. Auch die an einem Theater als Ensemblemitglieder angestellten Schauspieler und Sänger sind nämlich bei der Erarbeitung ihrer Rollen bis zum Probenbeginn frei, und ebenso können im Schulbereich die Lehrer die Zeit zur Verrichtung ihrer Vorbereitungsarbeiten weitgehend selber bestimmen. [...]"

(AGE vom 21.6.2000 in Sachen B. gegen S.; GSGE vom 10.2.2000 in Sachen S. gegen B., GS 1999/167)

1.2. Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR):

Keine Pflicht zur Kontrolle von Kassenstreifen einer Serviertochter auf bestimmte Tatsachen hin ohne entsprechende Parteivorbringen. Zur Frage, ob das Gericht das Ende des laufenden Strafverfahrens gegen die Serviertochter abwarten musste.

E. arbeitete vom 1. Oktober 1997 als Serviertochter der O. GmbH, deren Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift C. ist. Am 19. Januar 1998 kam es zwischen E. und C. wegen festgestellter Unregelmässigkeiten im Kassenbereich zu Differenzen, in deren Verlauf die Serviertochter das Restaurant verliess und in der Folge nicht mehr an den Arbeitsort zurückkehrte. Mit Klage vom 12. März 1998 verlangte E. die Verurteilung der O. GmbH unter anderem zu einer Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Am 18. Mai 1998 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage teilweise gut, wobei es von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch die O. GmbH ausging. Hiergegen hat die O. GmbH beim Appellationsgericht Beschwerde erhoben, in der sie hinsichtlich der der Serviertochter E. vorgeworfenen Veruntreuung beanstandete, dass die Vorinstanz die eingereichten Kassenstreifen nicht einer eingehenderen Untersuchung unterzogen sowie auch den Prozess nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss des gegen E. eingeleiteten Strafverfahrens sistiert habe. Das Appellationsgericht hat am 6. August 1998 das erstinstanzliche Urteil bestätigt, indem es folgendes ausführte:

“[...] Die für das Verfahren vor Gewerblichem Schiedsgericht zur Anwendung gelangende Untersuchungsmaxime ist nicht dahin zu verstehen, dass sich die Parteien am Zusammentragen des Pro-

zessstoffes überhaupt nicht zu beteiligen haben. Auch wo die Untersuchungsmaxime gilt, obliegt es in erster Linie den Parteien, das in Betracht fallende Tatsachenmaterial dem Gericht zu unterbreiten und die Beweismittel zu nennen (AGE vom 19. Januar 1996 i.S. M.B., vom 30. August 1991 i.S. W.S. und vom 28. August 1987 i.S. U.H.). In der Verhandlung vor Gewerblichem Schiedsgericht hat der Vertreter der Beschwerdeführerin [O. GmbH] die angeblichen Veruntreuungen durch die Klägerin [E.] nicht so detailliert dargelegt wie nun in der Beschwerde. Namentlich der Hinweis darauf, dass die Klägerin am 19. Januar 1998 die erste Konsumation erst um 13.03 Uhr getippt habe, obwohl schon anderthalb Stunden zuvor mit dem Servieren des Mittagessens begonnen worden sei, wurde in der Verhandlung nicht vorgebracht. Es war aber selbst im Lichte der Untersuchungsmaxime nicht Sache des Gerichts, gleich einer Strafuntersuchungsbehörde den eingelegten Kassestreifen darauf zu untersuchen, wann die Klägerin am fraglichen Tag zu tippen begonnen hat. Es wäre im Sinne der aufgezeigten Praxis vielmehr Sache der Beschwerdeführerin gewesen, auf diesen Umstand speziell hinzuweisen. Aus diesem Grunde handelt es sich beim entsprechenden Vorbringen um neue Tatsachen, die im Beschwerdeverfahren nicht mehr zulässig sind. Im übrigen erscheint der Vorwurf nicht überzeugend. Es ist nicht wahrscheinlich, dass eine Serviererin, die sich tatsächlich dazu entschlossen hat, eine Veruntreuung zu begehen, während mehr als eineinhalb Stunden überhaupt nichts in die Kasse eingibt. Sie würde wohl eher versuchen, nur einen Teil zu tippen. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Uhr der Kasse nicht richtig funktionierte und möglicherweise noch mit der Sommerzeit eingestellt war.

[...] Die Beschwerdeführerin hat am 16. April 1998 gegen die Klägerin bei der Staatsanwaltschaft eine Anzeige erstattet und wenige Tage vor der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts sinngemäss Sistierung des Verfahrens bis zum Abschluss des Strafverfahrens beantragt [...]. Die Vorsitzende des Gewerblichen Schiedsgerichts hat dies abgelehnt und auch das Gericht selbst hat darauf verzichtet, seinen Entscheid erst nach Abschluss der Strafuntersuchung zu fällen. Dies wird in der Beschwerde beanstandet und es wird eventualiter verlangt, dass das Zivilverfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides im Strafverfahren sistiert werde. Es stellt sich daher die Frage, ob die Vorinstanz gehalten war, zur Vervollständigung der Beweisgrundlage das Ende des Strafverfahrens abzuwarten.

Dazu ist zu bemerken, dass das, was C. in seine Strafanzeige hatte einfließen lassen, in etwa dem entsprach, was er auch in der erstinstanzlichen Verhandlung vortrug. Und diese Vorhaltungen vermochte die Beschwerdegegnerin, wie erwähnt, vor dem Gewerblichen Schiedsgericht einleuchtend zu entkräften, weshalb dieses nicht den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten brauchte. Dazu kommt noch, dass die Strafanzeige erst am 16. April 1998, mithin knapp ein Vierteljahr nach dem Vorfall vom 19. Januar 1998, erstattet worden ist, was ihre Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang relativiert. Ausserdem ist die Strafanzeige offensichtlich durch die Erhebung von Forderungen von Seiten der Beschwerdegegnerin ausgelöst worden. So schreibt C. in der Anzeige, er habe die Klägerin aufgefordert, den ihr zustehenden Betrag abzuholen. "Statt dessen erhielten wir den Brief eines Anwalts, der völlig ungerechtfertigte Forderungen der Frau E. geltend machte. Wie (recte: Wir) sehen uns daher veranlasst, Ihnen den Sachverhalt zu unterbreiten...." [...]. Gerade auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin wiederholt aufgefordert hat, das ihr zustehende Guthaben bis zum letzten Arbeitstag abzuholen, lässt sich mit der nun vorgetragenen Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe sich systematisch Einnahmen der Beschwerdeführerin angeeignet, nicht vereinbaren. Auch unter diesem Gesichtspunkt konnte die Vorinstanz aufgrund der vorgetragenen Tatsachen darauf verzichten, den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten."

(AGE vom 6.8.1998 in Sachen O. GmbH gegen E.; GSGE vom 18.5.1998 in Sachen E. gegen O. GmbH, GS 1998/98)

2. Materielle rechtliche Fragen nach OR

2.1. Vertragsverhandlungen: Analoge Anwendung der Pauschalentschädigung von einem Viertel Monatslohn nach Art. 337d Abs. 1 OR auf den Schadenersatzanspruch infolge culpa in contrahendo.

Die A. AG, die in Basel ein Studienzentrum plante, suchte einen Studienleiter. Mit M., der sich um die Stelle bewarb, führte sie zwei Bewerbungsgespräche, worauf dieser seine Bewerbung zurückzog und am 30. Juni 1998 die Bewerbungsunterlagen zurückerhielt. Gleichentags bewarb sich M. jedoch telefonisch erneut um die Stelle. Mit Schreiben vom 8. Juli 1998 bestätigte die A. AG einen mündlichen Vertragsabschluss, sandte M. einen schriftlichen Arbeitsvertrag zu mit der Bitte um Unterzeichnung und Einreichung einer Porträtfoto für den Druck ihrer Werbematerialien und begrüßte ihn schliesslich als neuen Mitarbeiter. In der Folge reichte M. die gewünschte Foto, nicht aber den gegengezeichneten Vertrag ein. Stattdessen kam es auf seine Veranlassung hin zu weiteren Telefonaten über den Vertragsinhalt, worauf die A. AG am 17. Juli 1998 M. einen korrigierten Vertrag zusandte. Nachdem M. auch diesen Vertrag nicht unterzeichnet retournierte, intervenierte die A. AG. In der Folge erteilte ihr M. am 28. Juli 1998 telefonisch seine Absage. Mit Klage vom 3. November 1998 verlangte die A. AG die Verurteilung von M. zur Zahlung von Fr. 6'610.05 Schadenersatz nebst Zins aus Art. 337d Abs. 1 OR, eventualiter infolge culpa in contrahendo. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess am 4. Februar 1999 die Klage im Umfang von Fr. 1'594.-- gut, wobei es folgendes erwogen hat:

Die A. AG ist der Ansicht, dass sie mit M. einen mündlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Unbestritten ist, dass es nicht zur Gegenzeichnung des schriftlichen Vertrages durch M. gekommen ist. Strittig ist jedoch, ob die von den Parteien vorgesehene Schriftform bloss dem Beweis oder aber als Gültigkeitserfordernis dienen sollte. Falls von der Einhaltung der Schriftform die Gültigkeit des Vertrages abhängen würde, läge ohne weiteres kein gültiger Vertragsschluss vor. Insbesondere könnten in diesem Fall weitere Abklärungen über den behaupteten mündlichen Konsens unterbleiben. Für die Schriftlichkeit als Beweisform spricht hier, dass M. eine erste Bewerbung zurückgezogen hat, um sich danach erneut zu bewerben. Auch hat die A. AG in ihrem Schreiben vom 8. Juli 1998 M. als neuen Mitarbeiter begrüßt, ohne dass dieser dagegen nachweisbar opponiert hätte. Zudem hat M. der A. AG auf ihre Bitte hin seine Foto für den Druck der Werbematerialien zugestellt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Parteien auch nach dem behaupteten mündlichen Vertragsabschluss auf Anstoss von M. über den Lohn, den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung und die Kündigungsfrist weiterverhandelt und dabei den Lohn erhöht haben.

Nach Art. 16 OR besteht die Vermutung, dass Parteien, die für ihren Vertrag die Schriftform vorsehen, erst mit deren Erfüllung sich verpflichten wollen. Wer behauptet, dass die

Schriftlichkeit hingegen bloss Beweiszwecken dienen soll, hat das Gegenteil zu beweisen, womit die gesetzliche Vermutung umgestossen würde.

Zwar deuten gewisse Umstände daraufhin, dass beide Parteien vom bereits erfolgten Zustandekommen des Vertrages ausgegangen sind, obwohl dieser noch nicht unterzeichnet war. Andererseits ergeben sich aus den anschliessend geführten Vertragsverhandlungen zu gewichtige Zweifel an einem bereits bestehenden Konsens, als dass bereits vom Hinfall der gesetzlichen Vermutung ausgegangen werden könnte. Das führt dazu, dass die Parteien noch keinen gültigen Vertrag geschlossen haben. Allerdings befreit dies M. nicht auch schon von einer Haftung für allfällig der A. AG entstandenen Schaden. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich vielmehr während der Vertragsverhandlungen die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln (BGE 105 II 80). Eine Verletzung dieses Gebotes (*culpa in contrahendo*), hat zur Folge, dass der Schaden zu ersetzen ist, den der Verhandlungspartner im berechtigten Vertrauen darauf erleidet. Regelmässig ist dabei der Geschädigte so zu stellen, wie wenn er sich nicht auf die (weiteren) Vertragsverhandlungen eingelassen hätte (negatives Interesse).

Indem M. sich nach dem Rückzug seiner ersten Bewerbung erneut um die Stelle beworben hat, hat er sein gefestigtes Interesse für das Angebot der A. AG erkennen lassen. Aber auch sein weiteres Verhalten durfte und musste die A. AG in ihrer Überzeugung bestätigen, dass mit M. ein Vertrag zustandekommen würde. Auf die Zustellung eines ersten schriftlichen Arbeitsvertrages und auf seine Begrüssung als neuer Mitarbeiter hin hat er nicht mit einem Vorbehalt reagiert, wie es eigentlich zu erwarten gewesen wäre, wenn er sich mit dem Vertragsinhalt nicht hätte einverstanden erklären können und wollen. Zudem hat er der A. AG eine Foto für ihr Werbematerial zugestellt. Er hat damit schon damals bei der A. AG die Erwartung geweckt, dass die Vertragsunterzeichnung in Kürze erfolgen würde. Stattdessen ist es auf seine Veranlassung mit Verzögerung zu nochmaligen Verhandlungen über den Lohn, ein Krankentaggeld und die Kündigungsfrist gekommen. Indem dabei über die Lohnhöhe eine Einigung erzielt wurde, sollte M. offensichtlich der Abschluss einer privaten Krankentaggeldversicherung ermöglicht werden. Damit war die A. AG einzig hinsichtlich einer Flexibilisierung der Kündigungsfrist nicht zu einer Änderung bereit, worauf sie M. den entsprechend geänderten Vertrag zusandte. Es wäre nun an M. gewesen, der A. AG umgehend mitzuteilen, dass für ihn der Vertrag ohne ihr Entgegenkommen in diesem Punkt nicht in Frage käme. Stattdessen wartete er mit seiner Absage zu, obwohl er wissen musste, dass für die A. AG die Besetzung der Stelle des Studienleiters mit Blick auf den Studienbeginn anfangs Oktober 1998 dringend war. Die Absage erfolgte dann erst zehn Tage nach der zweiten Zustellung des Vertrages zur Unterschrift. Seit der erneuerten Bewerbung war in diesem Zeitpunkt bereits ein Monat vergangen, in dem M. die A. AG über den bevorstehenden Vertragsabschluss im Glauben gelassen hat. Zudem hat er offensichtlich seine ausdrückliche Zusage zum Vertrag von Umständen abhängig gemacht, die er der A. AG weder mitgeteilt hat noch diese als für M. vertragswesentlich erkennen konnte. Solches Verhalten verstösst gegen das Gebot nach Treu und Glauben, weshalb er der A. AG den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Dabei ist sie vermögensmässig so zu stellen, wie wenn die zweite Bewerbung nicht erfolgt wäre.

Wer ausservertraglichen oder auch vertraglichen Schadenersatz geltend macht, hat grundsätzlich das Ausmass seiner Vermögenseinbusse zu beweisen (Art. 42 Abs. 1, 99 Abs. 3 OR). Von dieser Beweislastverteilung gibt es Ausnahmen. Nach Art. 337d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer, der ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht antritt oder fristlos verlässt, Anspruch auf eine Pauschalentschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht und ausserdem Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens. Im Umfang dieser Pauschalentschädigung tritt zulasten des Arbeitnehmers eine Beweislastumkehr ein. Nicht der Arbeitgeber hat seinen Schaden, sondern der Mitarbeiter hat nachzuweisen, dass diesem kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden ist. Allerdings setzt Art. 337d Abs. 1 OR voraus, dass überhaupt ein Arbeitsvertrag bestanden hat (vgl. JAR 1991 S. 98 f.), was vorliegend nicht der Fall ist. Zu prüfen ist aber, ob eine analoge Anwendung der Vorschrift in Frage kommt.

Art. 337d Abs. 1 OR sieht eine Schadenspauschalierung vor, weil der Arbeitgeber in den dort geregelten Fällen häufig in Schwierigkeiten käme, die Höhe seines Schadens zu beweisen. Die Pauschalierung soll daher gewährleisten, dass der Schadenersatzanspruch eine wirksame Sanktion des vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers bleiben kann (BK-Rehbinder, Art. 337d OR N. 2, S. 172). Vergleichbare Schwierigkeiten treffen den Arbeitgeber beim Schadensnachweis aus culpa in contrahendo. Zudem soll der Arbeitnehmer hier ebenfalls nicht davon profitieren können, dass die Beweisführung für den Arbeitgeber im Verletzungsfall auf Schwierigkeiten stossen kann. Endlich zeigt der vorliegende Fall, dass auch bezüglich der Pauschalierungshöhe von einem Viertel des Monatslohnes vergleichbare Verhältnisse vorliegen. Hier wie dort sind trotz der dabei anwendbaren unterschiedlichen Berechnungsarten des Schadens (negatives bzw. positives Interesse) die Schadensauswirkungen für den Arbeitgeber sehr ähnlich. All dem ist mit einer analogen Anwendung von Art. 337d Abs. 1 OR Rechnung zu tragen.

Für eine solche Analogie lassen auch die allgemeinen haftungsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Raum. Sowohl im ausservertraglichen als auch im vertraglichen Bereich wird der Schadensnachweis dann generell erleichtert, wenn der Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar ist. In diesem Fall ist der Schaden vielmehr durch das Gericht nach seinem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Voraussetzung ist allerdings, dass die zahlenmässige Berechnung des Schadens entweder nicht möglich oder aber nicht zumutbar ist (BK-Brehm, Art. 42 OR N. 47, S. 117). Als unbestimmter Rechtsbegriff ist die Zumutbarkeit vom Gericht wertend zu konkretisieren. Zu berücksichtigen hat es dabei aufgrund des Vorrangs des Gesetzes die Wertungen, die der Gesetzgeber dem anwendbaren Gesetz zugrundegelegt hat. Vorliegend kann deshalb über die Zumutbarkeit in Art. 42 Abs. 2 OR auch auf Art. 337d Abs. 1 OR zurückgegriffen werden. Hier wie dort hat aber der Geschädigte immerhin den Eintritt des Schadens darzulegen. Dazu gehört, dass der Arbeitgeber Anhaltspunkte für die Entstehung eines Schadens und dessen Höhe anzugeben vermag.

Die A. AG ist dieser Obliegenheit nachgekommen. Den Schaden aus dem Druck von Werbematerial bezifferte sie mit Fr. 5'016.05. Dieses sei auf M. zugeschnitten gewesen, indem es seinen Namen und teilweise auch seine Foto enthalten habe. Allerdings wurde es erst nach der Absage von M. in Auftrag gegeben, wofür die A. AG geltend machte, dass ein Prospekt ohne Angabe eines Studienleiters wertlos gewesen wäre. Damit konnten aber von vorneherein nicht die gesamten Herstellungskosten geltend gemacht werden. Ferner hat die A. AG dargetan, dass infolge des Verhaltens von M. ihr Markteintritt in Basel nicht in der angestrebten professionellen Weise habe erfolgen können, wodurch es zu einer Umsatz- und damit auch Gewinneinbusse gekommen sei. Insbesondere sei es M. bekannt gewesen sei, dass sie den übrigen Bewerbern bereits abgesagt habe, womit diese nicht mehr verfügbar gewesen seien. Solcher entgangener Gewinn aus nicht abgeschlossenen Drittgeschäften gehört entgegen der Ansicht von M. ebenfalls zum ersetzenden Vertrauensschaden (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1998, Band II N. 2710, S. 126).

All dieser Schaden ziffernmässig nachzuweisen, erweist sich für einen geschädigten Arbeitgeber als schwierig. An die Stelle des Nachweises über den gesamten Schaden hat deshalb in analoger Anwendung von Art. 337d Abs. 1 OR im Ausmass eines Viertels des vorgesehenen Monatslohnes, vorliegend mithin Fr. 1'594.-- die dort vorgesehene Pauschalierung zu treten. Für einen weitergehenden Schaden hingegen hätte die A. AG wenn nicht den Nachweis selber erbringen, so doch jedenfalls weitere Anhaltspunkte darlegen müssen, die erlaubt hätten, mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass solcher auch eingetreten ist. Da ihre Angaben jedoch zu unbestimmt geblieben sind, konnte ihr kein weitergehender Schadenersatz zugesprochen werden.

(GSGE vom 4.2.1999 in Sachen A. AG gegen M., GS 1998/367)

2.2. Information des Arbeitgebers über die voraussichtliche Spieldauer eines Musicals als nachträgliche, verbindliche Befristung eines unbefristeten Arbeitsvertrages? Zur Haftungsgrundlage bezüglich Arbeitgeberinformationen im laufenden Arbeitsverhältnis.

K. wurde von der R. AG für deren Musicalproduktion mit Beginn ab September 1995 als Beleuchterin angestellt. Das Arbeitsverhältnis war unbefristet und kündbar mit den gesetzlichen Fristen. Am 16. Juni 1997 kündigte die R. AG auf Ende Juli 1997. Den Lohn erhielt K. jedoch bis Ende August 1997. Mit Teilklage vom 13. Juli 1998 verlangte K. die Verurteilung der R. AG zur Bezahlung von Fr. 20'000.--. Im Januar und April 1997 habe die R. AG dem Personal mitgeteilt, dass die Produktion noch bis Ende Januar 1998 weitergehe, worauf sie sich nicht um eine anderweitige Anstellung gekümmert habe. Durch diese Zusage habe die R. AG eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zu diesem Zeitpunkt in Aussicht gestellt und müsse daher auch bis dahin für den vereinbarten Lohn einstehen. Andernfalls habe die R. AG aufgrund ihres Verhaltens bzw. einer culpa in contrahendo für den entstandenen Schaden ein-

zustehen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Urteil vom 18. August 1999 die Klage vollumfänglich abgewiesen, indem es folgendes erwogen hat.

Der von den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag bestimmte, dass Änderungen oder Korrekturen des Vertrags der Schriftform bedürfen, worin ein Gültigkeitserfordernis zu erblicken war (Art. 16 Abs. 1 OR). Dass der Vertrag schriftlich geändert worden sei, wurde nicht behauptet. Daneben fehlte es aber auch am notwendigen Konsens zu einer Vertragsänderung. Namentlich konnte K. ihre Behauptungen bezüglich Aussagen, die die R. AG gemacht haben soll, nicht nachweisen. Doch selbst wenn diese Aussagen erstellt gewesen wären, durfte K. nicht ohne weiteres von einem entsprechenden Angebot der R. AG ausgehen, das sie zudem noch durch konkludentes Verhalten hätte annehmen können.

Wenn ein Arbeitgeber in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis seinen Arbeitnehmern in Aussicht stellt, dass der Arbeitsvertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkt dauern wird, wird er dies in erster Linie lediglich zu Informationszwecken tun. Weder kann darin bereits eine Kündigung noch andererseits eine vertragliche Bindung hinsichtlich dieses Zeitpunkts erblickt werden. Eine Kündigungserklärung muss bestimmt und unzweideutig den Willen zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkennen lassen (ZK-Staehelin, Art. 335 OR N. 4, S. A 491). Gleiches muss für den Abschluss eines auf festen Termin befristeten Arbeitsvertrages gelten (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 334 OR N. 1, S. 290 f.). Sowohl die Kündigung als auch die Umwandlung in ein befristetes Arbeitsverhältnis verändern einen unbefristeten Arbeitsvertrag in einem Masse, dass darauf nur unter besonderen Umständen ohne ausdrückliche Erklärung der Vertragspartei, die diese Änderung ausspricht bzw. begehrt, geschlossen werden darf. Davon abgesehen, braucht die nachträgliche Befristung eines unbefristet abgeschlossenen Arbeitsvertrages noch nicht zwingend auch die Beseitigung der beidseitigen Kündigungsmöglichkeit auf einen näheren Zeitpunkt hin zu bedeuten (vgl. Brühwiler, Art. 334 OR N. 4, S. 293). Insbesondere liegt es in solchen Fällen auch im Interesse des Arbeitnehmers, dass er nicht in jedem Fall bis zum Auslauf des nachträglich befristeten Arbeitsverhältnisses gebunden bleibt, sondern die Stelle unter Einhaltung der Kündigungsfrist gegebenenfalls bereits auf einen früheren Zeitpunkt hin wechseln kann.

Die R. AG hatte ihre Belegschaft anerkanntermassen über die Schwierigkeiten mit der Musicalproduktion sowie über deren Weiterführung informiert. Es stellte sich dabei die Frage, ob die R. AG aus einer angeblich falschen Information haftbar gemacht werden konnte. Festzuhalten war zunächst, dass es zwischen den Parteien nicht nur zu keiner Vertragsänderung gekommen war. Es deutete auch nichts darauf hin, dass über eine solche überhaupt verhandelt worden wäre. Die Frage nach einer Haftung aus eigentlicher culpa in contrahendo, wie sie die Arbeitnehmerin geltend machte, scheiterte daher bereits am fehlenden Vertragsverhandlungsverhältnis im massgebenden Zeitpunkt. Vielmehr standen die Parteien bereits im Vertragsverhältnis, aus dem sich sehr wohl Pflichten zu korrekter Information ergaben, ohne dass die culpa in contrahendo bemüht werden musste. Hinzu kam, dass Ansprüche aus einer culpa in contrahendo nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach Deliktsrecht und damit innert Jahresfrist verjähren (BGE 121 III 355). Nachdem K. durch die Kündigung der R. AG

vom 16. Juni 1997 von der früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfahren hatte, war ihre Klage vom 13. Juli 1998 verspätet, um den Verjährungseintritt noch aufhalten zu können. Es war davon auszugehen, dass K. ihren angeblich erlittenen Schaden schon von Anfang an in groben Zügen abschätzen konnte (BK-Brehm, Art. 60 OR N. 28, S. 720). So stellte sie für ihren Schadenersatzanspruch insbesondere darauf ab, dass vergleichbare Stellen für die jeweils im Herbst beginnende Saison längere Zeit im voraus, spätestens aber im Frühjahr vergeben würden. Es war ihr daher bereits damals bekannt, dass sie kaum eine andere derartige Stelle würde finden können, und hätte somit die Verjährungsfrist durch Betreibung oder Klage gegen die R. AG unterbrechen müssen. Endlich und vor allem ergab jedoch die Befragung von K. durch das Gericht, dass diese die behaupteten Aussagen des Verantwortlichen für die R. AG angezweifelt und nicht darauf vertraut hatte. Zudem konnten diese Aussagen in der vor Gericht durchgeführten Zeugenbefragung nicht nachgewiesen werden. Aus diesen Gründen fehlte es an der Kausalität, so dass nicht weiter untersucht zu werden brauchte, inwiefern die R. AG verantwortlich gemacht werden konnte für den Einnahmenausfall ihrer Arbeitnehmerin.

Immerhin hätte sich aber aus Art. 9 Abs. 2 des Mitwirkungsgesetzes die Pflicht für die Arbeitgeberin ergeben, ihre Arbeitnehmer einmal jährlich über die Auswirkungen des Geschäftsganges auf die Beschäftigten zu informieren. Dass ein Arbeitgeber dabei korrekt informieren muss, ist vorauszusetzen und steht auch im Einklang mit seiner Fürsorgepflicht, wonach er alles zu unterlassen hat, was die berechtigten Interessen seiner Mitarbeiter schädigen könnte (vgl. BK-Rehbinder, Art. 328 OR N. 2, S. 410). Damit müsste für die Frage der allfälligen Haftung der R. AG auch nicht auf eine quasivertragliche Vertrauenshaftung, wie sie das Bundesgericht aus einer Verallgemeinerung der culpa in contrahendo ableitet (BGE 120 II 335 ff.), oder an deren Stelle auf eine deliktische Haftung nach Art. 41 OR, wie sie von einem Teil der Lehre mit guten Gründen vertreten wird (vgl. Beat Schönenberger, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Basel 1999, S. 76 ff.), zurückgegriffen werden.

(GSGE vom 18.8.1999 in Sachen K. gegen R. AG, GS 1998/232)

2.3. Überstunden (Art. 321c Abs. 1 OR)

Bei Regiarbeit ist eher mit Überstunden zu rechnen als bei einem anderen Arbeitsverhältnis. Es ist aber kaum zumutbar, dass ein Arbeitnehmer über längere Zeit täglich 1,6 Überstunden leisten muss. Was als längere Zeit anzusehen ist, hängt vom konkreten Arbeitsverhältnis ab. Mehrere Wochen lassen die Zumutbarkeit jedenfalls als fraglich erscheinen. In solchen Fällen darf der Arbeitnehmer nicht die Arbeit als ganze verweigern, sondern nur jene Überstunden, die nicht mehr als zumutbar erscheinen.

(Ausführungen des Bundesgerichts unter 2.11.1.)

2.4. Bonus: Zur Abgrenzung des festen Lohnbestandteils von der Gratifikation (Art. 322a, 322d OR).

2.4.1. Die Qualifikation des Bonus kann offengelassen werden, wenn ein vertraglicher Anspruch auch für den Fall besteht, dass der Arbeitsvertrag gekündigt ist. Zum Kürzungsrecht des Arbeitgebers in diesem Fall.

B. war seit April 1996 bei der S. AG als System Engineer angestellt. Gemäss dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 21./24. Februar 1996 und den dazugehörigen allgemeinen arbeitsvertraglichen Bestimmungen war ein sog. Zielsalär (damals Fr. 80'000.-- p.a., im Folgejahr Fr. 86'000.--) vorgesehen, das im Umfang von 80 % als Grundsalar zugesichert war, wobei unter der Bezeichnung "Bonus" noch verschiedene Zahlungen hinzukommen konnten, die sich nach der erbrachten Leistung, dem Teamresultat sowie dem Unternehmenserfolg richteten. Diese zusätzlichen Zahlungen wurden gemäss dem massgeblichen Bonusreglement jeweils aufgrund des Jahresabschlusses des Unternehmens berechnet und konnten zusammen maximal 40 % des Zielsalärs erreichen. Monatlich ausbezahlt wurden jeweils 90 % des Zielsalärs, d.h. der Betrag des Grundsalar nebst einem Bonusanteil von 10 % des Zielsalärs, während allfällige weitere Bonusleistungen jeweils im März des Folgejahres ausgerichtet wurden. Für das Jahr 1996 erhielt B. unter diesem Titel für seine Tätigkeit ab April 1996 pro rata temporis 28 % des Zielsalärs; d.h. nebst den monatlichen à-conto-Zahlungen von 10 % wurde im März 1997 ein zusätzlicher Betrag von 18 % des Zielsalärs ausgerichtet. Am 25. August 1997 kündigte B. das Arbeitsverhältnis auf den 31. Oktober 1997. In der Folge entstanden Differenzen über die Ausrichtung und Höhe des Bonus, da B. entsprechend dem Vorjahr eine anteilmässige Zahlung in Höhe von 28 % des Zielsalärs beanspruchte, wohingegen ihm die Arbeitgeberin unter diesem Titel lediglich die bereits ausgerichteten monatlichen Zahlungen von 10 % des Zielsalärs zugestehen wollte. Am 18. Mai 1998 erhob B. Klage gegen die S. AG, womit er deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 12'911.-- verlangte. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage mit Urteil vom 14. September 1998 im Umfang von Fr. 6'703.15 netto gut und wies die Mehrforderung ab. Auf eine hiegegen von der S. AG erhobene Beschwerde hin bestätigte das Appellationsgericht am 5. Januar 1999 das erstinstanzliche Urteil, wobei es was folgt ausführte.

" [...] 4. Der Beschwerdegegner [B.] hat für das Jahr 1996 unter dem Titel "Bonus" 28 % des Zielsalärs erhalten und für 1997 wäre ihm unbestrittenermassen wiederum ein entsprechender Betrag von 28 % des (zwischenzeitlich erhöhten) Zielsalärs ausbezahlt worden, wenn er den Arbeitsvertrag nicht gekündigt hätte. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die vertraglich vorgesehenen Boni, die auf Grundlage des Geschäftsabschlusses errechnet werden, als Lohnbestandteile qualifiziert und dem Beschwerdegegner für die Dauer des Arbeitsverhältnisses bis Ende Oktober 1997 anteilmässig einen wegen zwischenzeitlicher Kündigung zusätzlich gekürzten Betrag zugesprochen. Demgegenüber bezeichnet die Beschwerdeführerin [S. AG] die fraglichen Leistungen als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, weshalb kein pro-rata-Anspruch des Arbeitnehmers bestehe. Soweit sie dies damit begründet, dass die vertraglichen Bonuszahlungen von der Erfüllung gewisser Bedingungen bzw. Voraussetzungen, nämlich vom Erreichen der Leistungsziele des einzelnen Arbeitnehmers, seines Teams und der Unternehmung als Ganzer, abhängig seien, was bei Lohnbestandteilen nicht möglich

sei, kann ihrer Auffassung allerdings von vornherein nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass entgegen ihren Darlegungen der angeführte BGE 109 II 447 ff. die Vereinbarung von Sondervergütungen als Lohnbestandteilen keineswegs als bedingungsfeindlich bezeichnet, genügt es auch bei solchen Zahlungen, dass sie jedenfalls bestimmbar sind. Daher gelten vereinbarte Leistungen, deren Höhe von bestimmten Umständen, z.B. vom Geschäftserfolg, abhängig gemacht wird, im Zweifel als variable Lohnbestandteile (Rehbinder, Art. 322d OR N. 4; JAR 1996 S. 151/52). Im übrigen kann vorliegend die Streitfrage der Rechtsnatur der Bonuszahlungen jedoch offen bleiben. Sowohl bei Qualifikation derartiger Zahlungen des Arbeitgebers als Lohnbestandteil wie auch bei Annahme einer Gratifikation können nämlich jeweils von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen getroffen werden. Werden somit die hier zur Diskussion stehenden Boni als Lohnbestandteile betrachtet, so hat der Arbeitnehmer im Falle der Auflösung des Arbeitsvertrags vor Jahresende grundsätzlich einen pro-rata-Anspruch, der jedoch durch eine ausdrückliche Vertragsbestimmung ausgeschlossen sein kann (vgl. JAR 1993 S. 142/43, 1981 S. 253; BJM 1974 S. 249; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 322d OR N. 9 in fine), wohingegen ihm von Gesetzes wegen zwar keine anteilmässige Gratifikationszahlung zusteht, er aber unter Umständen gleichwohl aufgrund vertraglicher Abmachung eine solche Forderung geltend machen kann. Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen liegt also letztlich nur in der Verteilung der Beweislast bezüglich einer allfälligen speziellen Vereinbarung über eine solche Leistung. Im vorliegenden Fall ist diese Frage indessen bedeutungslos, da unbestrittenermassen eine solche spezielle Vereinbarung der Parteien über die Auszahlung der vorgesehenen Boni bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses existiert, nämlich im zweiten Absatz von Ziffer 4.2.4. des Bonusreglements. Diese Bestimmung ist somit für die Beurteilung des klägerischen Anspruchs massgeblich, womit über deren Auslegung und letztlich nicht über die Qualifikation der Bonusleistungen zu entscheiden ist.

5. a) Die Regelung von Ziffer 4.2.4. des Bonusreglements lautet folgendermassen:

"4.2.4. Auszahlung

Die Auszahlung erfolgt im 1. Semester, in der Regel mit dem März-Salär des Folgejahres nach Genehmigung des Abschlusses durch den Verwaltungsrat der S. AG.

Bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses entscheidet der Divisionsleiter über die Höhe eines allfälligen Bonus."

Die Auslegung des letzten Satzes dieser Bestimmung ist zwischen den Parteien streitig, weshalb gemäss dem Vertrauensprinzip zu prüfen ist, wie diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang im ganzen Vertragswerk sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden darf (vgl. dazu BGE 118 II 366; JAR 1995 S. 102 und S. 218, 1992 S. 120). Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dadurch werde dem Divisionsleiter bzw. den durch Neuorganisation an dessen Stelle getretenen Vorgesetzten im Falle aufgelöster Arbeitsverhältnisse ein völlig freies Ermessen eingeräumt, indem sie die Gewährung eines Bonus ganz verweigern oder bei grundsätzlicher Einräumung dessen Höhe beliebig festsetzen könnten. Danach würde die erwähnte Regelung vorsehen, dass bei gekündigten Arbeitsverhältnissen kein Rechtsanspruch auf die Ausrichtung einer Bonuszahlung besteht. Demgegenüber ist das Gewerbliche Schiedsgericht entsprechend der Argumentation des Beschwerdegegners davon ausgegangen, dass die betreffende Bestimmung keinen solchen Ausschluss eines Rechtsanspruchs beinhaltet. Die Formulierung, wonach über die Höhe eines "allfälligen" Bonus entschieden wird, beziehe sich auf die Frage, ob die Voraussetzungen für diese Leistungen generell gegeben seien, was sich jeweils nach den gemäss Bonusreglement massgeblichen Zahlen des Geschäftsabschlusses richte. Falls indessen diese Voraussetzungen erfüllt seien, so lege die Vorschrift fest, dass auch nach Auflösung des Arbeitsvertrags grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Auszahlung

des Bonus bestehe, womit die zuständige Stelle der Beschwerdeführerin lediglich den Entscheid über dessen Höhe treffe, bei welchem ihr aber kein freies Ermessen zustehe. Diese Auffassung der Vorinstanz ist aufgrund des Wortlauts der strittigen Regelung, worin von einem freien Ermessensentscheid nicht die Rede ist, durchaus haltbar. Zwar liesse sich wegen der nicht restlos klaren Formulierung wohl auch die gegenteilige Meinung vertreten, doch muss diese Unklarheit, die im übrigen noch verstärkt wird durch die Stellung der Klausel im Bonusreglement, nämlich im Abschnitt über die Auszahlung und nicht in demjenigen über die Bonusberechnung, zulasten der Beschwerdeführerin gehen, welche für die betreffende Vertragsformulierung verantwortlich ist (vgl. dazu Staehelin, Art. 322d OR N. 6; JAR 1995 S. 218). In Anbetracht dieser Rechtslage ist es somit zumindest nicht als willkürlich zu erachten, wenn das Gewerbliche Schiedsgericht grundsätzlich von einem klagbaren Anspruch des Beschwerdegegners auf Ausrichtung einer Bonuszahlung für das Jahr 1997 ausgegangen ist.

b) Bei Annahme eines Rechtsanspruchs des Beschwerdegegners auf den vertraglichen Bonus ist auch die weitere Folgerung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach bei der Bemessung dieses Anspruchs kein freies Ermessen gelten kann, sondern die zuständigen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ihren Entscheid gestützt auf eine nachvollziehbare Begründung zu treffen haben. Dies erscheint umso mehr gerechtfertigt, als die Berechnung der Boni bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis kein Ermessenselement beinhaltet, sondern gemäss dem Bonusreglement nach klar definierten Kriterien erfolgt, indem sowohl die persönlichen Leistungen des Arbeitnehmers als auch das Teamresultat und der Unternehmenserfolg an den vorgängig gesetzten Leistungszielen gemessen werden, womit die Höhe der betreffenden Entschädigung bei Kenntnis der zahlenmässigen Grundlagen genau bestimmt werden kann. In bezug auf den von der Beschwerdeführerin getroffenen Entscheid über die Ausrichtung von 10 % des Zielsalärs an den Beschwerdegegner fehlt es an jeglicher Begründung, da sie eben der Meinung war, dazu nicht verpflichtet zu sein. Bei dieser Situation war es Sache des Gewerblichen Schiedsgerichts, selbst aufgrund der massgeblichen Regelung nach einer nachvollziehbaren und überzeugenden Begründung zu suchen und die geltend gemachte Forderung entsprechend zu beurteilen. Dabei hat es erwogen, dass der Beschwerdeführer einen pro-rata-Anteil der den übrigen Angestellten zustehenden Bonuszahlung beanspruchen kann, der wegen der erfolgten Auflösung des Arbeitsvertrags angemessen zu kürzen ist. Unter diesem Gesichtspunkt wurde eine Kürzung von etwa einem Drittel, d.h. auf ca. 20 % des Zielsalärs gegenüber den ansonsten geltenden Bonusleistungen von total 28 %, vorgenommen, womit der Beschwerdegegner im Ergebnis den im Arbeitsvertrag als Zielsalär bezeichneten Betrag erhalten hat. Dieses Vorgehen ist - zumal unter dem Gesichtspunkt der Willkür - nicht zu beanstanden, entspricht es doch der Basler Gerichtspraxis bei der Beurteilung von zugesicherten Gratifikationen bei gekündigten Arbeitsverhältnissen (Staehelin, Art. 322d OR N. 19; BJM 1974 S. 249). Dabei kann es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch keine Rolle spielen, dass die Zahlung nach den massgeblichen Vertragsbestimmungen von vornherein erst in einem Zeitpunkt erfolgen konnte, in welchem der Beschwerdegegner längst nicht mehr ihr Arbeitnehmer gewesen ist. Unter der Annahme, dass ein Rechtsanspruch auf eine (gekürzte) pro-rata-Zahlung besteht, spielt der Aufschub der Fälligkeit jeweils auf März des Folgejahres keine Rolle, zumal dies offensichtlich bloss in der Berechnungsweise der Boni begründet ist, welche das Vorliegen des vom Verwaltungsrat genehmigten Jahresabschlusses voraussetzt. [...]"

(AGE vom 5.1.1999 in Sachen S. AG gegen B.; GSGE vom 14.9.1998 in Sachen B. gegen S. AG, GS 1998/167)

2.4.2 Qualifikation eines Bonus als fester Lohnbestandteil, weil alle Faktoren bezüglich Entstehung und Bemessung des Bonusanspruchs objektiv messbar sind und dem Arbeitgeber kein Ermessen einräumen.

B. trat am 1. April 1997 bei der A. Ltd. als Informatiker ein. Unter der Rubrik Salär war im Arbeitsvertrag vorgesehen: „Grundsälär Fr. 120'000.00 plus Bonus Fr. 10'000.00 bilden ein Zielsälär von Fr. 130'000.00 p.A.“. Bezüglich der Zielerreichung war ferner vereinbart: „Das Ziel gilt als erreicht, wenn pro Jahr 1'848 Stunden an Kunden verrechnet werden können. Zielerreichung von 80 % ergibt 0 % Bonus, Zielerreichung von 90 % ergibt 50 % Bonus“. Aus den „Arbeitsvertraglichen Bestimmungen“ der A. Ltd., die dem Arbeitsvertrag als integrierender Bestandteil beigelegt waren, ergab sich endlich als Grundsatz, dass der Bonus von der erbrachten Leistung und dem Unternehmenserfolg abhängig war. Im Mai 1998 kündigte B. den Arbeitsvertrag auf Ende Juli 1998. In der Folge verlangte er die Auszahlung des anteiligen Bonus bis Ende Juli 1998. Die A. Ltd. verweigerte die Auszahlung unter Hinweis auf ihre „Arbeitsvertraglichen Bestimmungen“, worin folgendes bestimmt sei: „Die Bonusauszahlung erfolgt nach Genehmigung des Jahresabschlusses durch den Verwaltungsrat im ersten Semester des Folgejahres. Bonuszahlungen werden grundsätzlich nur an Mitarbeiter entrichtet, die während des vollen Kalenderjahres angestellt waren“. Hierauf klagte B. am 3. September 1998 gegen die A. Ltd. auf Bezahlung des Bonus von Fr. 5'834.--. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage nach einem Zwischenurteil vom 2. November 1998, in dem es den Bonus als festen Lohnbestandteil qualifizierte, nach Vorliegen der Betriebsergebnisse der A. Ltd. am 21. Oktober 1999 vollumfänglich ab. Es hat dabei folgendes erwogen.

Zunächst war festzuhalten, dass die von der A. Ltd. aus ihren „Arbeitsvertraglichen Bestimmungen“ zitierte Vorschrift für das Arbeitsverhältnis mit B. keine Gültigkeit hatte. Es war von der A. Ltd. vor Gericht anerkannt, dass diese Vorschrift erst im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses aufgenommen und der Arbeitsvertrag mit B. in der Folge nicht geändert wurde. Zu untersuchen war deshalb, ob es sich beim Bonus um einen eigentlichen Lohnbestandteil oder aber um eine Sondervergütung handelte, auf die die Regeln der Gratifikation zur Anwendung gelangten. Für die Gratifikation bestimmt Art. 322d Abs. 2 OR, dass bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt des Anlasses, der zur Ausrichtung der Sondervergütung führt, der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon hat, wenn es verabredet ist. Demgegenüber entstehen Ansprüche auf eigentliche Lohnbestandteile nach Massgabe des Eintritts der Bemessungsfaktoren, das heisst meist nach Zeitablauf. Dem Arbeitgeber bleibt dabei kein Ermessensspielraum mehr (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 322d OR N. 7, S. 119).

Vorliegend bestimmte der Arbeitsvertrag, dass sich das Salär von B. aus einem Grundsälär und einem Bonus zusammensetzte, die gemeinsam das Zielsälär bildeten. Als Ziel war angegeben, dass pro Jahr mehr als 1'848 Stunden an Kunden verrechnet würden. Ein Anspruch auf den Bonus entstand, sobald dieses Ziel mit mehr als 80 % erreicht war, um sich danach bis zur vollen Bonushöhe bei voller Zielerreichung zu steigern. Daneben war der Bonus nach den

anwendbaren „Arbeitsvertraglichen Bestimmungen“ der A. Ltd. im Grundsatz auch von der erbrachten Leistung und vom Unternehmenserfolg abhängig. Unter Leistung war in Auslegung dieser Bestimmung die Zahl der verrechneten Stunden zu verstehen. Ferner durfte B. die grundsätzliche Abhängigkeit vom Unternehmenserfolg dahingehend interpretieren, dass darauf lediglich dafür abzustellen war, ob die A. Ltd. für das betreffende Geschäftsjahr einen Verlust oder aber einen Gewinn ausweisen konnte. Auf das Ausmass von Verlust oder Gewinn konnte es hingegen nicht ankommen. Es ergab sich somit für alle Faktoren, von denen die Entstehung und Bemessung des Bonusanspruches abhingen, dass sie objektiv messbar waren und der A. Ltd. keinen Ermessensspielraum einräumten. Damit fehlte es an einem für eine Gratifikation typischen Merkmal. Zudem wurde der Bonus auch nicht jeweils zu einem bestimmten Anlass ausbezahlt. Der Auszahlungszeitpunkt, der jeweils auf das folgende Frühjahr zu liegen kam, war einzig durch den buchhalterischen Abschluss des vorangehenden Geschäftsjahres bedingt. Aus diesen Gründen musste der vereinbarte Bonus als variabler Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322a OR angesehen werden, der B. einen anteiligen Anspruch verschaffte, falls das Arbeitsverhältnis vor Beendigung des Geschäftsjahres zu Ende ging. Bezeichnenderweise hat die A. Ltd. später denn auch ihre „Arbeitsvertraglichen Bestimmungen“ dahingehend ergänzt, dass nur Anspruch auf den Bonus erwirbt, wer das Arbeitsverhältnis nicht vor Ende des Kalenderjahres beendet. Dennoch musste vorliegend die Klage abgewiesen werden, weil die A. Ltd. im Verlaufe des Jahres 1999 ein negatives Geschäftsergebnis für das vorangehende Jahr nachweisen konnte, so dass es an einer Grundvoraussetzung für den Bonusanspruch fehlte.

(GSGE vom 2.11.1998 bzw. 21.10.1999 in Sachen B. gegen A. Ltd., GS 1998/298)

2.5. Kein Annahmeverzug des Arbeitgebers (Art. 324 OR) liegt vor, wenn er den Arbeitnehmer, der gesundheitlich nur noch zur Leistung anderweitiger als der vertraglich vereinbarten Arbeit fähig ist, nicht beschäftigen kann. Hat ein Arbeitnehmer während 720 Tagen Unfalltaggelder zu 80 % des Lohnes bezogen, besteht für den Arbeitgeber keine Lohnfortzahlungspflicht (Art. 324a OR) mehr.

R. arbeitete seit Juni 1988 als Bauarbeiter bei der B. AG. Am 24. Februar 1995 erlitt auf einer Baustelle einen Unfall, bei welchem er mit dem linken Knie an einem Armierungseisen anschlug. Eine dadurch aufgetretene Infektion heilte trotz Therapien und Operationen nicht ab. Der Arbeitnehmer war bis 31. März 1997 vollständig arbeitsunfähig. Die SUVA leistete bis zu diesem Zeitpunkt ein volles, für April 1997 ein halbes Taggeld. Seit Mai 1997 erhielt R. eine Invalidenrente, basierend auf einem Invaliditätsgrad von 20 %. Die IV entrichtete R. zwischen Februar 1996 und März 1997 eine ganze Invalidenrente, seit April 1994 eine halbe, ausgehend von einem Invaliditätsgrad von 50 %. Am 22. Mai 1997 kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis per Ende Juli 1997. R. wurde trotz Erlangung der teilweisen Arbeitsfähigkeit ab April 1997 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr weiterbeschäftigt. Nachdem die B. AG sein Begehren, es sei ihm der Lohn für die Monate April bis Juli 1997 zu entrichten, abgelehnt hatte, verlangte er mit Klage vom 13. April 1998 deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 9'437.35 nebst Zins. Mit Urteil vom 1. Oktober 1998 wies das Gewerbliche

Schiedsgericht die Klage ab. Auf Beschwerde von R. hin bestätigte das Appellationsgericht am 12. März 1999 das erstinstanzliche Urteil, indem es was folgt ausführte:

“[...] 2. a) Unter den Parteien ist streitig, ob die Beschwerdegegnerin [B. AG] den Beschwerdeführer [R.] bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in ihrem Betrieb hätte beschäftigen müssen.

Gemäss Schreiben der SUVA vom 3. März 1997 sind dem Beschwerdeführer auf dem Arbeitsmarkt ganztags leichte berufliche Tätigkeiten zumutbar wie Kontroll- und Überwachungsfunktionen, leichte industrielle Produktions- und Montagearbeiten, Portierdienste, leichte Archiv- und Magazinverrichtungen sowie administrative Tätigkeiten. In der Rentenverfügung der SUVA vom 17. Oktober 1997 ist von einer sitzenden Tätigkeit mit kürzeren stehenden und gehenden Intervallen ganztags die Rede wie z.B. Bedienen oder Überwachen von Maschinen, Kontrollarbeiten, Kassierertätigkeit, leichten Montagearbeiten usw.

Die Vorinstanz geht davon aus, es sei von beiden Parteien anerkannt worden, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer keine solche auf seinen Gesundheitszustand angepasste Arbeit habe zur Verfügung stellen können. Sie verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf verschiedene Aussagen des vorinstanzlichen Vertreters des Beschwerdeführers sowie auf den Umstand, dass dieser entsprechenden Behauptungen der Beschwerdegegnerin nicht widersprochen habe [...]. Dies wird vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerde und in der Replik nunmehr vehement bestritten. Er hält dafür, die Vorinstanz habe die Aussagen des Gewerkschaftsvertreters "vollständig missverstanden"; dieser habe einzig zum Ausdruck bringen wollen, "behinderungsadäquate Arbeitsplätze würden heute aus wirtschaftlichen Zwängen durch Gesunde verrichtet oder wegrationalisiert" [...]. Wie es sich damit verhält, kann letztlich aber offen bleiben und auf die beantragte Durchführung einer Parteiverhandlung zur Klärung dieser Frage daher verzichtet werden.

b) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin als angelernter Bauarbeiter (Hilfsarbeiter) beschäftigt war, dieser Tätigkeit aufgrund seines Unfalls jedoch nicht mehr nachgehen konnte. Er ist der Auffassung, die Beschwerdegegnerin hätte ihm "im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten einen adaptierten Ersatzarbeitsplatz" zur Verfügung stellen können und müssen.

Ein Arbeitgeber, der einen reduzierten Arbeitseinsatz seines teilweise arbeitsunfähigen Arbeitnehmers ablehnt, gerät im Sinne von Art. 324 OR in Annahmeverzug mit der Folge, dass er zur vollen Lohnzahlung verpflichtet bleibt (ZK-Schönenberger/Staehelin, Art. 324a OR N 7; BK-Rehbinder, Art. 324a OR N 12). Nach Auffassung des Beschwerdeführers soll dieser Grundsatz nicht nur gelten, wenn der Arbeitnehmer in zeitlicher Hinsicht teilweise arbeitsunfähig ist, sondern auch dann, wenn er nur noch zur Erbringung anderweitiger als der vereinbarten Arbeit in der Lage ist. Diese Auffassung wird in der Rechtswissenschaft soweit ersichtlich nur gerade von einem Autor vertreten (Pedernana, HIV-Infektion und AIDS, Arbeitsrechtliche Probleme, Diss. SG 1990, S. 177; sehr zurückhaltend: Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss. ZH 1992, S. 78). Es erscheint in der Tat problematisch, dem Arbeitnehmer aus seinem Persönlichkeitsrecht (Art. 328 OR) bzw. aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers einen Anspruch auf eine seiner Behinderung entsprechende Weiterbeschäftigung einzuräumen. Die vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang zitierten Autoren Streiff/von Kaenel befassen sich nur mit der Frage einer "Beschäftigungspflicht" für Berufsgruppen, wo die Beschäftigung auch dem Erhalt der Berufsfähigkeit gilt (z.B. Profi-Fussballer, Akrobat, Pilot), bei Kadermitgliedern mit langer Kündigungsfrist sowie bei Lehrlingen (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319 OR N 17). Daraus kann nichts zugunsten des Rechtsstandpunkts des Beschwerdeführers abgeleitet werden. Ebenfalls unbehelflich ist der Hinweis auf Vischer, der sich am angeführten Ort einzig mit der Pflicht des Arbeitgebers befasst, Rücksicht auf das weitere wirtschaftliche Fort-

kommen des Arbeitnehmers im Falle eines Stellenwechsels zu nehmen, was besonders deutlich in der Regelung über das Arbeitszeugnis zum Ausdruck komme (Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. A., 1994, S. 82).

c) Abgesehen von diesen grundsätzlichen Einwänden ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach es der Beschwerdegegnerin gar nicht möglich gewesen sei, dem Beschwerdeführer eine seinem Gesundheitszustand entsprechende Arbeit zur Verfügung zu stellen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer als angelernter Bauarbeiter über keine spezifische Berufsausbildung verfügt und zudem praktisch keine Deutschkenntnisse besitzt. Die Beschwerdegegnerin hat glaubhaft ausgeführt, sie beschäftige bereits einen älteren Mitarbeiter, der aus gesundheitlichen Gründen nur zu 50 % arbeitsfähig sei. Dieser erledige diejenigen Arbeiten, "die von einem Arbeitnehmer verrichtet werden können, dessen Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist". Weitere solche Stellen könne sie nicht anbieten [...]. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung überhaupt gehörig angeboten hat [...].

d) Die Beschwerdegegnerin war auch noch aus einem weiteren Grund nicht zur Weiterbeschäftigung und damit zur Lohnzahlung gegenüber dem Beschwerdeführer verpflichtet. Der Vorsitzende des Gewerblichen Schiedsgerichts setzt sich in seiner Vernehmlassung ausführlich und in grundsätzlicher Weise mit der Frage der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin im Falle unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers auseinander. Er gelangt dabei zum Ergebnis, dass die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Gleichwertigkeit einer Abrede über den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung auch für die Unfallversicherung Gültigkeit hätten [...]. Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung von Krankheit und Unfall rechtfertigten, seien mit der Ausnahme, dass nach Art. 324b OR die von einer Unfallversicherung allfällige vorgesehene Wartezeit nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gehen dürfe, nicht ersichtlich.

Gleichwertigkeit einer von Art. 324a Abs. 1 - 3 OR abweichenden Lösung liegt vor, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, für den Arbeitnehmer eine Versicherung abzuschliessen, die diesem bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach einer maximalen Wartezeit von drei Tagen 80 % des Lohnes während 720 innert 900 Tagen bezahlt, wobei der Arbeitnehmer im Maximum die Hälfte der Versicherungsprämie mitzutragen hat ([...]; Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 324a/b N 24). Gestützt darauf ist die Vorinstanz zum zutreffenden Schluss gelangt, die Lohnfortzahlungspflicht der Beschwerdegegnerin sei im vorliegenden Fall erloschen, nachdem der Beschwerdeführer von der SUVA seit 24. Februar 1995 bis 31. März 1997 ein volles und anschliessend bis Ende April 1997 ein halbes Unfalltaggeld und damit während über 720 Tagen 80 % seines Lohnes als Tagelder erhalten habe [...].

Weitergehende Lohnzahlungspflichten treffen den Arbeitgeber nicht. Sie ergeben sich auch nicht indirekt über eine aus dem Persönlichkeitsrecht bzw. der Fürsorgepflicht abgeleitete Beschäftigungspflicht nach Ablauf der Lohnfortzahlungspflicht. Im vorliegenden Fall hat dies für den Beschwerdeführer zwar zur Konsequenz, dass Lohnfortzahlung und Kündigungsschutz zeitlich nicht miteinander übereinstimmen. Es ist jedoch nicht Sache des Arbeitgebers, für allfällige dadurch entstehende Einkommenslücken aufzukommen [...].

(AGE vom 12.3.1999 in Sachen B. AG gegen R.; GSGE vom 1.10.1998 in Sachen R. gegen B. AG, GS 1998/126)

2.6. Ferienabgeltungsverbot (Art. 329d Abs. 2 OR). Ein Arbeitnehmer im Maschinenbau, der selber auch Arbeitgeber war, hat Anstoss zu einer das Verbot verletzenden vertraglichen Lohnabrede gegeben. Aus diesem Grund wurde seine spätere Berufung auf das Verbot als rechtsmissbräuchlich angesehen.

Sch. war seit dem 1. November 1995 als Leiter der Abteilung Maschinenbau bei der Firma S. zu einem Monatslohn von Fr. 7'500.-- angestellt. Nachdem Sch. die Aktienmehrheit einer Maschinenfabrik erworben hatte, stellte er die Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 1. Juli 1996 in Aussicht. Allerdings kamen die Vertragsparteien überein, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen mit einer Reduktion des Arbeitspensums sowie des Lohnes auf Fr. 6'000.-- per 1. Januar 1997. Als sich im Jahre 1997 für S. die Auftragslage verschlechterte und sie sich ausserstande sah, das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen weiterzuführen, trat sie mit Sch. in Lohnverhandlungen ein. Dabei gab ihr Sch. zu verstehen, dass er aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen an einem möglichst hohen Monatslohn interessiert sei und monatliche Lohnbezüge in der bisherigen Höhe wünsche. Aus diesem Grund einigten sich die Parteien mit Wirkung ab 1. Januar 1998 darauf, den Lohn auf nominal Fr. 6'000.-- zu belassen mit der Einschränkung, dass darin die Ferien und der 13. Monatslohn eingeschlossen seien. Ende 1998 kündigte S. den Arbeitsvertrag auf den 31. März 1999. Am 23. Februar 1999 berief sich Sch. auf die Ungültigkeit der getroffenen Abrede betreffend Einschluss des Feriengeldes in den Monatslohn und teilte S. mit, er werde in der folgenden Woche Ferien beziehen, worauf ihn S. sofort freistellte. Mit Klage vom 28. März 1999 vor Gewerblichem Schiedsgericht verlangte Sch. die Verurteilung von S. unter anderem zur Bezahlung nicht bezogener Ferien. Mit Urteil vom 3. Mai 1999 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage teilweise gut. Vollumfänglich abgewiesen wurde die Ferienlohnforderung. Auf Beschwerde von Sch. korrigierte das Appellationsgericht am 4. Februar 2000 einen Rechenfehler im Urteilsbetrag des Gewerblichen Schiedsgerichts, bestätigte aber im übrigen das Urteil. Eine hiergegen von Sch. erklärte Berufung wies das Bundesgericht 24. Oktober 2000 ab, wobei es folgendes ausführte:

"[...] a) aa) Dem Arbeitnehmer stehen jährlich wenigstens vier Wochen Ferien zu (Art. 329a Abs. 1 OR), während denen der Arbeitgeber den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten hat (Art. 329d Abs. 1 OR). Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Das Abgeltungsverbot, welches den Realbezug der Ferien gewährleisten will (vgl. BGE 118 II 36 E. 3b), ist grundsätzlich absolut zwingender Natur (Art. 361 OR). Ausnahmsweise lässt das Bundesgericht jedoch Abreden der Parteien über die Abgeltung der Ferien zu. Dies namentlich bei sehr unregelmässigen Arbeitszeiten von Teilzeitbeschäftigten, wenn sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie aus den periodischen Lohnabrechnungen klar hervorgeht, welcher Teil des Lohnbetrages zur Abgeltung des Ferienanspruchs bestimmt ist (BGE 118 II 136 E. 3b; 116 II 515 E. 4a; vgl. auch Entscheid des BGer. vom 6. August 1992, abgedruckt in SJ 1993 S. 355 f., E. 2a mit Hinweisen).

bb) Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen (BGE 121 III 60 E. 3d. S. 63 mit Hinweis), wobei die von der Lehre und Rechtsprechung ent-

wickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind (BGE 125 III 257 E. 2a; 120 II 100 E. 3a S. 108 mit Hinweisen; vgl. ferner Mayer-Maly, Basler Kommentar, N. 46 ff. zu Art. 2 ZGB). Zu diesen Fallgruppen ist die Rechtsausübung zu zählen, welche ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde (BGE 123 III 200 E. 2b S. 203; 120 II 100 E. 3a S. 108 mit Hinweisen). Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 125 III 257 E. 2 mit Hinweisen). Um den Schutzzweck des zwingenden Rechts nicht zu umgehen, ist jedoch der Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit nicht geeignet, einen Rechtsmissbrauch zu begründen, wenn nicht zusätzliche besondere Umstände gegeben sind (BGE 126 III 337 E. 7 S. 344; 110 II 168 E. 3c mit Hinweis). Solche Umstände können vorliegen, wenn eine Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat (vgl. BGE 81 II 627 E. 3 S. 632; Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 1. Dezember 1949, ZR 49/1950, S. 367 ff.; Entscheid des bernischen Appellationshofes vom 25. März 1946, ZBJV 86/1950, S. 40 ff. E. 2; vgl. zum unredlichen Rechtserwerb: BGE 114 II 79 E. 3a; Mayer-Maly, Basler Kommentar, N. 53 zu Art. 2 ZGB; Merz, Berner Kommentar, N. 540 ff. zu Art. 2 ZGB). Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonstwie gewahrt wurden. So kann der Mieter dem Vermieter die mangelnde Einhaltung der Formerfordernisse, die das Gesetz für die einseitige Erhöhung des Mietzinses vorschreibt, dann nicht entgegenhalten, wenn der gesetzliche Schutzzweck nicht beeinträchtigt wurde (BGE 123 III 70 E. 3 S. 72 ff.; vgl. auch das Urteil des BGer. vom 28. August 1998, abgedruckt in Pra 1999, Nr. 8 S. 44 ff., E. 2 mit Hinweisen).

b) Das Appellationsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, die Lohnvereinbarung vom 27. Februar 1998 verstosse gegen Art. 329d Abs. 2 OR, weil sie den Einschluss des Ferienlohnes vorsieht, ohne dessen Höhe prozentual oder ziffernmässig auszuweisen. Es gilt demnach zu prüfen, ob die Berufung auf den zwingenden Charakter von Art. 329d Abs. 2 OR als missbräuchlich zu qualifizieren ist. Dabei ist gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts (Art. 63 Abs. 2 OG) davon auszugehen, dass beide Parteien mit einer Lohnreduktion ab 1. Januar 1998 einverstanden waren, welche der Kläger jedoch nach aussen nicht zum Ausdruck bringen wollte, um gegebenenfalls in den Genuss höherer Sozialversicherungsleistungen zu gelangen. Damit ist der Anstoss zur ungültigen Vereinbarung von ihm ausgegangen, wobei sich die Beklagte damit abfand, weil sie in wirtschaftlicher Hinsicht ihrem Verhandlungsziel entsprach. Zudem steht fest, dass der Kläger, der selbst Arbeitgeber war, das Abgeltungsverbot des Ferienanspruchs kannte. Er hat die Vereinbarung demnach im eigenen Interesse und im Bewusstsein ihrer Unzulässigkeit veranlasst, womit er - unabhängig davon, ob er bereits damals die Absicht hatte, den Ferienlohn doppelt einzufordern - unredlich handelte, weshalb die nachträgliche Geltendmachung der Verletzung zwingenden Rechts als qualifiziert widersprüchlich und stossend erscheint. Dazu kommt, dass der Kläger während der Dauer der Freistellung tatsächlich Ferien beziehen konnte und insoweit der Zweck des Abgeltungsverbots, den Realbezug von Ferien sicherzustellen, gewahrt wurde. Auf Grund dieser besonderen Umstände hat das Appellationsgericht die Berufung des Klägers auf die zwingende Natur von Art. 329d Abs. 2 OR zu Recht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich qualifiziert, weshalb eine Lohnfortzahlungspflicht während der Dauer der Freistellung zu verneinen und die Berufung abzuweisen ist. [...]"

(BGE vom 24.10.2000 in Sachen Sch. gegen S., 4C.184/2000/rnd; AGE vom 4.2.2000 in Sachen Sch. gegen S.; GSGE vom 3.5.1999 in Sachen Sch. gegen S., GS 1999/92)

2.7. Betriebsübernahme (Art. 333 OR)

2.7.1. Da die Betriebsübernahme vor dem Vertragsbruch durch den Arbeitnehmer (Chauffeur) stattgefunden haben musste, haftete die übernehmende GmbH für den vorher fällig gewordenen Lohn. Der Schadenersatzanspruch der Arbeitgeberin aus Vertragsbruch des Chauffeurs (Art. 337d OR) wurde zur Verrechnung zugelassen.

D. war als Chauffeur bei der Einzelfirma C. angestellt. Anfangs Januar 1998 orientierte C. seine Belegschaft in Anwesenheit der Herren U. und H. darüber, dass er seinen Betrieb aufgeben würde und in Zukunft U. und H. dafür zuständig seien. Ende Januar 1998 liessen U. und H. die L. GmbH mit dem Zweck, Transport-, Speditions- und Handelsgeschäfte auszuführen, im Handelsregister eintragen. D. und die übrige Belegschaft arbeiteten in der Folge wie gewohnt weiter. Ende Februar 1998 bot die L. GmbH dem D. einen Arbeitsvertrag mit Wirkung ab 1. März 1998 und zu den gleichen Bedingungen wie im bisherigen Vertrag mit der Einzelfirma C. an. Da D. den Februarlohn noch nicht erhalten hatte, unterschrieb er den Vertrag nicht, verweigerte die Arbeit ab 1. März 1998 und trat auf dieses Datum in eine Drittfirma als Chauffeur ein. Mit Klage vom 27. April 1998 beim Gewerblichen Schiedsgericht verlangte D. die Verurteilung der L. GmbH zur Zahlung des Februarlohnes. Das Gewerbliche Schiedsgericht, das von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses von der Einzelfirma C. auf die L. GmbH infolge Betriebsübernahme ausging, hiess die Klage mit Urteil vom 12. Oktober 1998 teilweise gut, indem es folgendes erwogen hat.

Überträgt ein Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis nach Art. 333 Abs. 1 OR mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR). Ein Betriebsübergang im Sinne dieser Vorschriften liegt dann vor, wenn die betreffende wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt, was sich vor allem daraus ergibt, dass ihr Betrieb vom Übernehmer mit derselben Geschäftstätigkeit tatsächlich weitergeführt wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass alle Aktiven und Passiven übernommen werden oder die Firma weitergeführt wird (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 333 OR N. 1, S. 281).

Vorliegend konnte nicht zweifelhaft sein, dass es zu einer derartigen Betriebsübernahme durch die L. GmbH gekommen war. Die entscheidende Frage konzentrierte sich vielmehr auf den Zeitpunkt, an dem diese stattgefunden hatte. Falls für die Zeit bis Ende Februar 1998 keine Übernahme festgestellt werden konnte, wäre D. mit seinem Austritt aus dem Arbeitsverhältnis per 1. März 1998, dessen Übergang auf die L. GmbH noch zuvorgekommen. Damit

wäre eine Haftung der Beklagten für den Februarlohn infolge Betriebsübernahme zu verneinen gewesen.

Es war von der L. GmbH zugestanden, dass sie einen Teil der Aufträge und Kunden der Einzelfirma C. übernommen hatte. Das Gleiche galt für sämtliche Fahrzeuge, die zur Hauptsache geleast waren, sowie für vier von fünf Mitarbeitern der Einzelfirma. Die L. GmbH verfügte damit über die wesentlichen Geschäftsmittel, mit denen vorher die Einzelfirma im Geschäftsleben aufgetreten war und diese identifiziert hatte. Bei dieser Sachlage nicht mehr entscheidend sein konnte, dass die L. GmbH ihre Tätigkeit in eigenen Büroräumlichkeiten betrieb, die sich aber immerhin in der gleichen Liegenschaft wie jener der Einzelfirma C. befanden. Auch in diesem Punkt war daher mindestens das Bestreben der L. GmbH erkennbar, an die Geschäftstätigkeit der Einzelfirma C. anzuknüpfen. Nicht ins Gewicht fallen konnte unter den genannten Umständen zudem, dass die Geschäftsunterlagen der Einzelfirma C bei dieser verblieben sein sollen, wofür aber keine Beweise vorlagen. Keine Rolle spielen konnte endlich, dass eine ausdrückliche rechtsgeschäftliche Übertragung des Betriebs der Einzelfirma C. auf die L. GmbH nicht nachzuweisen war. Die Vorgänge um die Einzelfirma zeigten jedoch, dass im Rahmen ihrer Stilllegung eine konkludente Betriebsübertragung auf die L. GmbH angestrebt wurde und allmählich auch zustandekam.

Es war von der L. GmbH anerkannt, dass C. als Inhaber der Einzelfirma das Interesse an seinem Betrieb infolge Geldschwierigkeiten verloren und sich vorübergehend in seine Heimat nach Tunesien abgesetzt hatte. Bereits im Dezember 1997 bot er daher dem U. die Einzelfirma zum Kauf an, was dieser aber aufgrund der bestehenden hohen Schuldenlast abgelehnt haben wollte. Allerdings kaufte ihm U. in dieser Zeit bereits zwei der von der Einzelfirma eingesetzten LKWs ab, um sie offenbar in die später gegründete L. GmbH einzubringen. Im darauffolgenden Jahr kam es dazu, dass C. die Belegschaft über die Aufgabe seiner Geschäftstätigkeit orientierte und die Herren U. und H. als die künftigen Verantwortlichen des Betriebes vorstellte. Es konnte kein Zufall sein, dass dieselben U. und H. wenig später die L. GmbH gründeten und im Handelsregister eintragen liessen. In der Folge wollten U. und H. zwar die Einzelfirma im Auftrag von C. und mit Mitteln, die ihnen dieser zur Verfügung gestellt haben soll, weitergeführt haben. Namentlich sollen die Januar- und Februarlöhne mit Geldern von C. bezahlt worden sein, was allerdings nicht nachgewiesen war. Vielmehr erfolgte bereits die Überweisung des Lohnes für den Januar 1998 über die Bankverbindung der L. GmbH. Davon abgesehen diente die angebliche Weiterführung der Einzelfirma jedoch offensichtlich einzig dazu, deren Geschäfte möglichst unbeschadet zu erhalten, um sie schliesslich in die L. GmbH überführen zu können. Andere stichhaltige Gründe für die Weiterführung konnten von der L. GmbH nicht angegeben werden. Hinzu kam, dass just in dem Moment, als die von C. angeblich zur Verfügung gestellten Gelder Ende Februar ausgegangen sein sollen, die L. GmbH nach zweimonatiger Wartezeit seit ihrer Gründung erstmals die Tätigkeit aufgenommen haben wollte. Dabei machte die L. GmbH die Lohnzahlung für Februar davon abhängig, dass die Mitarbeiter für die Zeit seit dem 1. März 1998 den neuen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen mit ihr eingehen würden. In ihrem Schreiben vom 25. Februar 1998 teilte sie D. dabei mit:

„[...] Wir möchten uns in aller Form für ihren grossen Einsatz und das damit verbundene Vertrauen in dieser für alle schwierigen Übergangszeit bedanken. Die neue Firma ist gut gestartet und wir sind der festen Überzeugung, dass es mit ihrer Hilfe gelingen wird noch manche grosse Erfolge zu feiern. [...]“.

Aus all diesen Tatsachen ging hervor, dass es noch vor Ende Februar 1998 zur Übernahme des Betriebs der Einzelfirma C. durch die L. GmbH gekommen sein musste. Der genaue Zeitpunkt dieser Übernahme konnte und brauchte damit jedoch nicht bestimmt zu werden; ebensowenig, wann der Kläger davon erstmals rechtsgenügend erfahren hatte, weil er den Arbeitsvertrag erst am 1. März 1998 und somit nach dieser Übernahme gebrochen bzw. fristlos gekündigt hatte. Mit einem Betriebsübergang vor dieser Kündigung haftete die L. GmbH nämlich entweder aus originärer Pflicht zur Lohnzahlung für Arbeit, die D. nach von ihm nicht abgelehnter Betriebsübernahme für sie geleistet hatte, oder dann in Anwendung von Art. 333 Abs. 3 OR. D. stand daher grundsätzlich der Februarlohn in voller Höhe zu.

Andererseits war aber zu berücksichtigen, dass D. den auf die L. GmbH übergegangenen Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet hatte. Dazu war er auch bei einer Betriebsübernahme nicht ohne weiteres befugt. Grundsätzlich hätte er, selbst wenn er erst kurz vor seinem Austritt erstmals davon in rechtsgenügender Weise erfahren hätte und den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die L. GmbH hätte ablehnen wollen, immerhin die anwendbare gesetzliche Kündigungsfrist einhalten müssen (Art. 333 Abs. 3 OR). Für eine sofortige Beendigung des Arbeitsvertrages wäre er deshalb auf einen wichtigen Grund angewiesen gewesen. Ein solcher konnte nicht darin erblickt werden, dass die L. GmbH die Lohnzahlung für den Februar 1988 von der Unterzeichnung ihres Arbeitsvertrages abhängig machte. So sehr das eine mit dem anderen nichts zu tun und D. auch ohne Vertragsunterzeichnung Anspruch auf den ausstehenden Lohn hatte, durfte er nicht ohne vorherige Ermahnung der L. GmbH unter Hinweis auf die sonst erfolgende fristlose Kündigung die sofortige Vertragsauflösung aussprechen. Im übrigen enthielt der ihm zur Unterschrift zugesandte Vertrag nicht weniger oder anderes, was im Arbeitsverhältnis zur Einzelfirma bzw. nach dem Übergang zur L. GmbH bereits gegolten hatte, so dass einer Vertragsunterzeichnung von daher keine berechtigten Interessen entgegengestanden wären. Da der von D. erklärte sofortige Austritt damit ohne wichtigen Grund erfolgte, wurde er der L. GmbH gegenüber schadenersatzpflichtig. Dabei gilt, dass der Arbeitgeber in Anwendung von Art. 337d Abs. 1 OR einen Viertel eines Monatslohns als Pauschalentschädigung für sich beanspruchen kann, falls es ihm gelingt, in diesem Umfang Schaden glaubhaft zu machen, und die Pauschalentschädigung auch innert 30 Tagen, sei es durch Verrechnung, Klage oder Betreibung geltend macht. Andernfalls ist sie verwirkt und gelten für den Schadenersatzanspruch die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln (ZK-Staehelin, Art. 337d OR N. 15, S. A 681). Vorliegend war die genannte 30tägige Verwirkungsfrist längst durch die L. GmbH unbenutzt verstrichen. Die L. GmbH konnte jedoch den Nachweis erbringen, dass sie D. derart kurzfristig nur durch einen Chauffeur mit höherem Gehalt zu ersetzen in der Lage war. Die Differenz zwischen dessen höheren Lohn und dem Gehalt, das D. im März erhalten hätte, wurde deshalb zur Verrechnung mit der geschuldeten Lohnforderung zugelassen. Damit konnte die Klage von D. nur teilweise gutgeheissen werden.

(GSGE vom 12.10.1998 in Sachen D. gegen L. GmbH, GS 1998/147)

2.7.2. Der Kauf eines Werkstattinventars ist für sich allein noch keine Betriebsübernahme. Ein allenfalls nach der fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer (Feinmechaniker) erfolgter Betriebsübergang kann keine Solidarhaftung des Übernehmers für dessen Forderungen zur Folge haben.

B. arbeitete als Feinmechaniker bei der X. AG, einer auf die Herstellung und den Vertrieb von Gegenständen und Geräten im Bereich der Medizinaltechnik spezialisierten Firma. Etwa Ende 1993 geriet die X. AG in Liquiditätsschwierigkeiten, weshalb sie ab Frühjahr 1994 die Löhne ihrer Arbeitnehmer jeweils erst mit mehrmonatiger Verspätung bezahlte. Am 10. Mai 1994 schloss die X. AG mit der vom selben Aktionärskreis beherrschten Y. AG einen Vertrag ab, worin sie ihr Inventar, d.h. insbesondere die Werkstatteinrichtung, zum Preis von Fr. 75'000.-- an diese verkaufte, um danach ausstehende Löhne und Sozialabgaben zu bezahlen. Die betreffenden Gegenstände verblieben jedoch in den Räumlichkeiten des Betriebs an der Z.-strasse in Basel, wo sich im übrigen auch das Domizil der Y. AG befand, und wurden von den dort beschäftigten Arbeitnehmer im bisherigen Rahmen benutzt. Nachdem bis Juli 1994 dennoch keine Verbesserung in bezug auf die Lohnzahlungen seitens der X. AG eingetreten war, indem weiterhin jeweils mehrere Monatslöhne ausstehend waren, verlangte B. von dieser, dass seine arbeitsrechtlichen Ansprüche sichergestellt würden. Da keine Sicherstellung seiner Lohnforderungen erfolgte, kündigte B. am 11. August 1994 das Arbeitsverhältnis fristlos. Seine in der Folge eingeleitete Klage gegen die X. AG auf Zahlung von Fr. 20'000.-- netto wurde vom Gewerblichen Schiedsgericht gutgeheissen, indessen konnte dieses Urteil nicht vollstreckt werden, weil die X. AG in Konkurs geraten war, der mangels Aktiven eingestellt wurde. Schliesslich klagte B. mit Teilklage über Fr. 20'000.-- brutto gegen die Y. AG, indem er sich für seine Forderungen auf eine Haftung aus Betriebsübernahme nach Art. 333 OR berief. Mit Urteil vom 28. Juni 1999 wies das Gewerbliche Schiedsgericht diese Klage jedoch ab. Die von B. hiegegen eingereichte Beschwerde wies das Appellationsgericht am 14. Dezember 1999 aus folgenden Erwägungen ab:

„[...] 3.a) Der Beschwerdeführer [B.] beruft sich [...] auf die Bestimmung von Art. 333 OR, wobei diese hier in der revidierten Fassung vom 17. Dezember 1993 (in Kraft seit 1. Mai 1994) massgeblich ist. Danach gehen bei Übernahme eines Betriebs oder eines Teils eines solchen die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten ohne weiteres auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer dies nicht ablehnt, und besteht eine solidarische Haftbarkeit des bisherigen Arbeitgebers und des Erwerbers des Betriebs für die vor dem Übergang fällig gewordenen sowie für die maximal bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fällig werdenden Lohnforderungen. Nach der Argumentation in der Beschwerde sei am 10. Mai 1994 mit dem Kauf des Inventars der X. AG durch die Y. AG der Arbeitgeberbetrieb im Sinne der angeführten Gesetzesnorm übernommen worden, weshalb letztere als Erwerberin solidarisch für die unbezahlt gebliebenen Lohnansprüche der Arbeitnehmer hafte. Demgegenüber hat das Gewerbliche Schiedsgericht in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin die Voraussetzungen einer solchen Betriebsübernahme unter den gegebenen Umständen verneint und daher eine daraus abgeleitete Verpflichtung derselben abgelehnt.

b) Die Anwendbarkeit von Art. 333 OR setzt voraus, dass ein Wechsel des Arbeitgebers bzw. Betriebsinhabers erfolgt, und zwar im abstrakten Sinne der Trägerschaft und nicht notwendigerweise auch durch personelle Veränderungen, [dass] aber der Betrieb oder Betriebsteil trotz dieses Überganges seine wirtschaftliche Identität behält, d.h. Organisation, Betriebszweck, Geschäftstätigkeit und individueller Charakter gewahrt bleiben. Hinweise für eine solche Wahrung der Identität sind z.B. der Übergang der Gebäude und der Fahrnis auf den Erwerber sowie die Übernahme der bisherigen Produktion und der Kundschaft (Stahelin, Art. 333 OR N. 3-6 mit zahlreichen Hinweisen). Das Vorliegen dieser Erfordernisse hat, wenn auch gemildert durch die bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten geltende Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 Abs. 4 OR, nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 8 ZGB diejenige Prozesspartei zu beweisen, die daraus Rechte ableitet, hier also der Beschwerdeführer.

c) Unbestrittenermassen haben die am Kaufvertrag über das Inventar vom 10. Mai 1994 beteiligten Firmen nie eine Erklärung betreffend eine allenfalls damit verbundene Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR abgegeben; vielmehr leitet der Beschwerdeführer eine solche Rechtsfolge ausschliesslich aus den Umständen ab. Diesbezüglich hat das Gewerbliche Schiedsgericht aber zu Recht darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer seine Forderungen von vornherein nur auf eine nachgewiesenermassen **vor** Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch seine fristlose Kündigung vom 11. August 1994 erfolgte Betriebsübernahme stützen könnte. Zur Beurteilung dieser Frage sind aber nur die Geschehnisse in jener Phase von Bedeutung, wohingegen er sich auf später eingetretene Umstände, aus welchen allenfalls auf eine anfangs 1995 aus der Konkursmasse erfolgte Übernahme der X. AG durch die Beschwerdegegnerin [Y. AG] geschlossen werden könnte, nicht berufen kann. Demzufolge sind z.B. die vom Beschwerdeführer geltend gemachte, in der Beschwerdevernehmlassung allerdings ohnehin bestrittene Übernahme des Ersatzteillagers der X. AG im Konkurs durch die Beschwerdegegnerin, die Weiterführung der Telefon- und Faxanschlüsse der X. AG nach deren Liquidation im Jahre 1995 unter dem Namen der Beschwerdegegnerin oder die aufgrund deren Prospekte von 1996 behauptete Identität ihrer Geschäftstätigkeit mit jener der inzwischen aufgelösten X. AG, nicht geeignet, eine Betriebsübernahme bereits im Mai 1994 zu belegen. [...]

d) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass sowohl an der X. AG und einer weiteren Firma X. Beatmungstechnik AG als auch an der Beschwerdegegnerin dieselben Mitglieder der Familie X. beteiligt gewesen seien und durch die innerhalb der Firmengruppe erfolgte Veräusserung bzw. Verschiebung des gesamten Inventars der Erstgenannten eine Aushöhlung derselben und damit faktisch eine Betriebsübernahme durch die Beschwerdegegnerin stattgefunden habe. Zutreffend ist, dass alle der genannten drei Aktiengesellschaft von den Ehegatten X. sowie deren Sohn [...] geführt wurden und diese auch ausschliesslich am jeweiligen Kapital berechtigt waren [...]. Ferner waren die betreffenden Firmen alle in der Branche der Medizinaltechnik tätig, allerdings gemäss den eingereichten Handelsregisterauszügen in unterschiedlicher Art und Weise. Während die X. AG die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Geräten und Gegenständen zur Verwendung in der chemischen und medizinischen Forschung bezweckte und die ebenfalls im Januar 1995 in Konkurs geratene X. Beatmungstechnik AG weitgehend dieselbe Geschäftstätigkeit, jedoch beschränkt auf den Bereich der technischen Unterstützung der Atmung betrieb, beschäftigt sich die Beschwerdegegnerin mit dem Handel derartiger Gerätschaften. Im Weiteren steht fest, dass die in Liquiditätsschwierigkeiten geratene X. AG am 10. Mai 1994 ihr gesamtes Inventar, wobei es sich im Wesentlichen um die Werkstatt handelte, an die Beschwerdegegnerin verkauft hat. Den aufgrund einer neutralen Schätzung festgesetzten und nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz marktkonformen Erlös verwendete sie zur Bezahlung von Löhnen und Sozialabgaben, wie sich durch die aufgrund einer Strafanzeige des Beschwerdeführers gegen X. als Verwaltungsrat der X. AG erfolgten Abklärungen der Staatsanwaltschaft gezeigt hat. [...]

Wie das Gewerbliche Schiedsgericht [...] zutreffend ausgeführt hat, stellt der dargelegte Verkauf des Inventars für sich allein noch keinen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR dar. Da die X. AG weiterhin existierte und ihre Geschäftstätigkeit unter Verwendung der ihr von der Beschwerdegegnerin unentgeltlich überlassenen Einrichtungen fortführte, liegt kein entsprechender Tatbestand vor. Sodann kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch aus den Umständen nicht abgeleitet werden, es habe sich aufgrund einer materiellen Aushöhlung der X. AG durch Verschiebung von deren Aktiven um eine verdeckte Übernahme gehandelt. Für einen derartigen Missbrauch liegen insofern keinerlei Anhaltspunkte vor, als der Verkauf korrekt abgewickelt worden ist und der X. AG dabei insbesondere keine Vermögenswerte entzogen wurden. Wie erwähnt, bezahlte die Beschwerdegegnerin einen angemessenen Preis und den entsprechenden Betrag verwendete die X. AG ausschliesslich zur Bezahlung von ausstehenden Arbeitnehmerforderungen, was für die Darstellung spricht, dass es sich bei der fraglichen Transaktion um einen Versuch der Erhaltung der Firma durch Zuführung von liquiden Mitteln handelte. Dass dabei, wie der Beschwerdeführer einwendet, nicht die gesamten rückständigen Löhne bezahlt wurden, wie seine Forderung von Fr. 20'000.-- beweise, ist belanglos, weil eben der Erlös dafür nicht ausreichte. Ob Alternativen zum Verkauf der Werkstatt, wie z. B. die Aufnahme von Darlehen, bestanden hätten, kann offen bleiben, wobei der Vorinstanz aber immerhin beizupflichten ist, dass unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit für die Beschwerdegegnerin als Geldgeberin keine andere Möglichkeit dem Erwerb des Inventars ebenbürtig gewesen wäre und damals von Dritten jedenfalls keine finanziellen Mittel für die X. AG erhältlich gemacht werden konnten. Bei dieser Sachlage lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch aus den personellen Überschneidungen bei den Beteiligungsverhältnissen der verschiedenen Firmen nicht auf die behauptete Betriebsübernahme schliessen, zumal sich daran anlässlich des Inventarverkaufs überhaupt nichts verändert hat. In diesem Zusammenhang geht auch die Berufung des Beschwerdeführers auf BGE 112 II 56 fehl; denn dort stand der Betriebsübergang zwischen miteinander personell verflochtenen Firmen fest und musste das Bundesgericht nur über die Wirkungen desselben entscheiden, womit in jenem Fall gerade das vorausgesetzt war, was hier umstritten ist.

Der Beschwerdeführer will ferner die geltend gemachte Betriebsübernahme damit belegen, dass die Beschwerdegegnerin den Kundenstamm von der X. AG übernommen und insbesondere für von dieser erbrachte Leistungen gegenüber Dritten in eigenem Namen Rechnung gestellt habe. Ein solches Vorgehen, welches ein Indiz für einen Betriebsübergang wäre, ist jedoch nach den zutreffenden Feststellungen des Gewerblichen Schiedsgerichts nicht nachgewiesen. [...] Nicht nachgewiesen hat der Beschwerdeführer auch seine Behauptung, wonach aus der Übernahme von Arbeitnehmern der X. AG durch die Beschwerdegegnerin auf eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR zu schliessen sei. Die von ihm erwähnten R. und T. waren gemäss den eingereichten AHV-Abrechnungen der X. AG vom Frühjahr 1994 nicht deren Mitarbeiter, sondern offenbar solche der X. Beatmungstechnik AG. Zudem erfolgte erst ab September 1994 eine Beschäftigung der genannten Personen durch die Beschwerdegegnerin. Weshalb die zu Handen der Sozialversicherungen und somit immerhin zu behördlichen Zwecken ausgestellten Unterlagen einer „Verschleierung“ der tatsächlichen Verhältnisse hätten dienen und daher falsch sein sollen, wie der Beschwerdeführer behauptet, ist nicht ersichtlich, zumal sie längst vor Einreichung der vorliegenden Klage und damit nicht zu prozessualen Zwecken erstellt worden sind. Auch ist der erwähnte T. von der Beschwerdegegnerin gemäss Arbeitsvertrag vom 1. September 1994 nur zu 40 % für die im Rahmen ihres Handelsbetriebes anfallenden Service- und Reparaturarbeiten angestellt worden und jedenfalls nicht für die Fabrikation von Apparaten, welche die hauptsächliche Geschäftstätigkeit der X. AG war und wozu sie insgesamt immerhin sechs Werkstattarbeiter beschäftigt hatte. Aus den Anstellungsverhältnissen der drei Geschäftsinhaber der Familie X. bei der X. AG sowie der Beschwerdegegnerin kann schliesslich erst recht nichts abgeleitet werden, waren diese doch seit jeher bei allen ihren Gesellschaften tätig.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach die Beschwerdegegnerin die im Mai 1994 gekaufte Werkstatt als ihre Eigene betrieben hätte und die X. AG ihrerseits die fragliche Geschäftstätigkeit aufgegeben hätte. Diese hat vielmehr selbst noch über das Datum der Kündigung des Beschwerdeführers hinaus mit den betreffenden Objekten ihre Produktion aufrechterhalten, wofür ihr auch das Ersatzteillager als wesentliches Betriebsmittel zur Verfügung stand. Die Beschwerdegegnerin war zwar im gleichen Bereich der Medizinaltechnik tätig, doch war dies bereits vor dem Erwerb des Inventars der X. AG der Fall gewesen, und überdies widmete sie sich nach wie vor nicht der Herstellung solcher Geräte, sondern dem Handel damit. Bei dieser Situation hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Annahme einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR und damit eine solidarische Haftbarkeit der Beschwerdegegnerin für die ungedeckt gebliebenen Verpflichtungen der X. AG gegenüber dem Beschwerdeführer zu Recht abgelehnt. Demzufolge ist die Abweisung der Klage auch bei freier Kognition nicht zu beanstanden und ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.[...]“

(AGE vom 14.12.1999 in Sachen B. gegen Y. AG; GSGE vom 28.6.1999 in Sachen B. gegen Y. AG, GS 1999/147)

2.8. Abgrenzung des befristeten (Art. 334 OR) vom unbefristeten (Art. 335 OR) Arbeitsvertrag.

2.8.1.1. Bühnengagementsverträge sind als befristete (Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts) bzw. als unbefristete Arbeitsverträge (Urteil des Appellationsgerichts) zu qualifizieren. Zur Auslegung des GAV für das künstlerische Chor- und Ballettgruppenpersonal, namentlich der “Nichtverlängerungserklärung” nach Art. 29 Abs. 1 und 2. Bei Befolgung der Vorschriften über die Nichtverlängerungserklärung nach GAV werden die Anforderungen nach Art. 335f OR an eine gültige Massenentlassung eingehalten und liegt damit keine Missbräuchlichkeit (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR) vor.

In der Sparte Ballett des Basler Theaters waren K. als Ballettmeister, S. als Tänzer, C. als Referentin des Ballettdirektors und M. als Betriebsleiter jeweils seit mehreren Jahren als Arbeitnehmer der Theatergenossenschaft Basel tätig. Im Zuge einer vom Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt im Juni 1995 beschlossenen Kürzung der Subvention an das Basler Theater für die Periode 1996-2001 mit der Folge einer Redimensionierung der Sparte Ballet, d.h. konkret der Reduzierung der Tanz-Compagnie mit entsprechender künstlerischer Neuausrichtung, teilte die Direktion des Theaters Basel mit Schreiben vom 25. September 1995 rund 30 Angehörigen des Ballettpersonals mit, dass nicht beabsichtigt sei, den jeweils laufenden Arbeitsvertrag über den 30. Juni 1996, d.h. das Ende der Spielzeit 1995/96, zu verlängern, und lud sie zu einem Informationsgespräch ein, falls ein solches gewünscht werde. Schliesslich wurde den betreffenden Arbeitnehmern am 20. Oktober 1995 die Nichtverlängerung des Vertrags und damit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 1996 bestätigt. In der Folge erhoben zahlreiche der davon betroffenen Personen beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage gegen die Theatergenossenschaft Basel, womit sie Entschädigungen wegen missbräuchlicher Kündigung infolge Verletzung der Vorschriften über die Massenentlassung

geltend machten. Diesen Rechtsweg beschriften u.a. auch K., S., C. und M., welche die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Betrags von jeweils zwei Monatslöhnen, mit Verrechnung der aus dem verabschiedeten Sozialplan im Einzelfall geleisteten Entschädigung, verlangten. Am 30. Oktober 1997 hat das **Gewerbliche Schiedsgericht** diese Klagen vollumfänglich abgewiesen, wobei es folgendes erwogen hat:

“Die Theatergenossenschaft Basel hat mit den Klägern für jeweils eine oder mehrere bestimmte Spielzeiten Einzelarbeitsverträge abgeschlossen, in denen jeweils darauf hingewiesen wurde, dass für deren Nichtverlängerung Art. 29 Abs. 1 und 2 des Gesamtarbeitsvertrages zur Anwendung gelange. Die betreffende Bestimmung des Gesamtarbeitsvertrages für das künstlerische Chor- und Ballettgruppenperson sieht unter der Überschrift “Kündigung” folgendes vor:

"1 Wenn eine der Vertragsparteien den Arbeitsvertrag für die nächste Spielzeit nicht zu erneuern gedenkt, hat sie dies unverzüglich, spätestens jedoch bis 31. Oktober schriftlich zu erklären, im ersten Vertragsjahr jedoch spätestens bis 31. Januar. Hat das Arbeitsverhältnis bereits fünf Jahre gedauert, so ist die Nichtverlängerung des Vertrages spätestens am 30. Juni der vorhergehenden Spielzeit zu erklären, nach zehnjährigem Arbeitsverhältnis spätestens am 31. Oktober der der beabsichtigten Beendigung des Vertrages vorangehenden Spielzeit. Ohne fristgerechte schriftliche Erklärung der Nichtverlängerung gilt der bestehende Vertrag als für die nächste Spielzeit erneuert.

2 Bevor die Bühnenleitung die Nichtverlängerung des Vertrages rechtswirksam erklären kann, hat sie das Bühnenmitglied mindestens vierzehn Tage vor dem Nichtverlängerungstermin schriftlich zu einem Informationsgespräch über die Nichtverlängerungsabsicht einzuladen. Das Bühnenmitglied ist berechtigt, innert Wochenfrist ein nochmaliges Gespräch mit der Bühnenleitung zu verlangen. Desgleichen ist das Bühnenmitglied verpflichtet, eine beabsichtigte Nichtverlängerung mindestens vierzehn Tage vor dem Nichtverlängerungstermin der Bühnenleitung anzuzeigen, worauf die Bühnenleitung das Bühnenmitglied innert Wochenfrist zu einem Gespräch über dessen Nichtverlängerungsabsicht einzuladen hat. Es steht dem Bühnenmitglied frei, die Einladung der Bühnenleitung anzunehmen oder auf das Gespräch mit ihr zu verzichten. Die Bühnenleitung hat das Gespräch persönlich zu führen und kann sich nicht ausschliesslich durch einen Dritten vertreten lassen.”

Während die Kläger von unbefristeten Arbeitsverhältnissen ausgehen, handelt es sich nach Ansicht der Beklagten bei den Bühnenengagementsverträgen um Verträge auf bestimmte Zeit, die durch Zeitablauf enden und nicht gekündigt werden müssen. Einig sind sich die Parteien darin, dass die Vorschriften über die Massenentlassung nur zur Anwendung kämen, falls es sich um unbefristete Arbeitsverhältnisse handelte.

Abzuklären ist somit der zeitliche Charakter der Arbeitsverhältnisse. Auszugehen war von Art. 29 GAV. Sein Titel "Kündigung" lässt darauf schliessen, dass es unbefristete Arbeitsverhältnisse waren. Nach Schellenberg (Der Bühnenengagementsvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1990, S. 78) und Rehbinder (ArbR 1991 S. 142) handelt es sich um eine irrtümliche Bezeichnung. Auch das Appellationsgericht kam im Entscheid B./Theatergenossenschaft Basel vom 13. Oktober 1994 zum Schluss, das Wort Kündigung sei offensichtlich nicht mit Bedacht gewählt, sondern aus Nachlässigkeit aus einem früheren GAV übernommen worden. Jedenfalls ist der Sinn des Titels durch den Inhalt der GAV-Bestimmung zu ermitteln. Die Absätze 1 und 2 der Bestimmung schreiben vor, wie sich eine Vertragspartei zu verhalten hat, wenn sie den geltenden Einzelarbeitsvertrag für die nächste Spielzeit nicht zu erneuern

gedenkt: Sie muss innert einer bestimmten Frist vor Ablauf der Spielzeit eine Nichtverlängerungserklärung abgeben. Diese Erklärung hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis nicht für eine weitere Spielzeit fortgesetzt wird. Stillschweigen beider Parteien hat daher zur Folge, dass der bestehende Vertrag für die nächste Spielzeit als erneuert gilt.

Nach der Auslegung der Klagparteien handelt es sich bei der Nichterneuerungserklärung um eine Kündigung. Die Erklärung habe rechtsgestaltende Wirkung. Sie bewirke, dass das Arbeitsverhältnis auf den vorgesehenen Termin beendet werde. Eine derartige Erklärung, die das Arbeitsverhältnis beende, sei eine Kündigung. Die Beklagte andererseits beruft sich auf den letzten Satz von Abs. 1. Die Nichtverlängerungserklärung beziehe sich auf die nächste Spielzeit. Es gehe nur um die Frage, ob für die nächste Spielzeit ein neuer Vertrag abgeschlossen werde oder nicht. Der bestehende Vertrag ende automatisch. Eine Kündigung sei nicht nötig.

Die beiden unterschiedlichen Auslegungen des Art. 29 GAV durch die Prozessparteien zeigen, dass der Wortlaut dieser Bestimmung nicht einheitlich ist. Der Begriff "Nichtverlängerungserklärung" hat den bestehenden Vertrag im Auge. Einen Vertrag zu verlängern oder eben nicht zu verlängern, bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, ihn weiterzuführen oder ihn eben zu beenden. Im gleichen Text steht jedoch auch, dass bei Stillschweigen beider Parteien der Vertrag für die nächste Spielzeit als erneuert gelte. Erneuerung eines Vertrages heisst, ihn neu abzuschliessen. Das setzt voraus, dass der alte Vertrag stillschweigend geendet hat.

Aus dem Wortlaut des Art. 29 GAV ergibt sich daher nicht, ob es sich bei den Bühnenarbeitsverträgen um befristete oder um unbefristete Verträge handelt. Die Bestimmung muss im Kontext mit anderen Bestimmungen des GAV ausgelegt werden, die von der Dauer des Vertrages handeln.

b) Art. 7 lit. c GAV schreibt vor, dass die "Dauer des Arbeitsverhältnisses" notwendiger Inhalt des Einzelvertrages sein muss. Prof. G., der für die Kläger ein Gutachten verfasst hat, ist zuzustimmen, wenn er in seinem Gutachten ausführt, dass sich aus dieser Bestimmung nicht eindeutig ergibt, dass nur befristete Arbeitsverhältnisse abgeschlossen werden dürfen. Die Dauer kann auch unbefristet sein.

c) Einen klärenden Hinweis gibt jedoch Art. 8 GAV. Abs. 2 dieser Bestimmung spricht von der "vereinbarten Zeit" des Vertrages, welche durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers weder verkürzt noch verlängert werden kann. Der Wortlaut dieser Bestimmung deutet auf eine im voraus bestimmte Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Entscheidend für das Verständnis von Art. 29 GAV ist jedoch Art. 9 Abs. 1 GAV. Diese Bestimmung schreibt als Gültigkeitserfordernis des Vertragsschlusses die Verwendung des von den GAV-Parteien ausgehandelten Formulars vor. Dieses Formular enthält als erste einzelvertragliche Abmachung die folgende Formulierung: "der Arbeitsvertrag ist für die Spielzeit - und dann folgt eine Lücke, die von den Vertragsparteien ausgefüllt werden muss - ab-

geschlossen". Die Parteien müssen sich also bei Vertragsabschluss einigen, für welche Spielzeit der Vertrag gilt. In der Praxis ist diese Vorschrift von den Parteien auch eingehalten worden. Alle unter den heutigen Prozessparteien abgeschlossenen Formularverträge bestimmen die Dauer des Arbeitsverhältnisses durch genaue Bezeichnung der Spielzeit. Aus dem Verweis auf das obligatorische Vertragsformular in Art. 9 GAV wird klar ersichtlich, dass nur Einzelarbeitsverträge abgeschlossen werden können, die vom Anfang bis zum Ende einer bestimmten Spielzeit gelten. Der Gesamtarbeitsvertrag schreibt damit zwingend den Abschluss befristeter Arbeitsverträge vor.

d) Es fragt sich daher, welchen Sinn der mit "Kündigung" betitelte Art. 29 des GAV hat.

aa) Art. 29 ist einerseits eine Spezialbestimmung zu Art. 9 GAV. Bei befristeten Arbeitsverträgen muss jeweils nach Ablauf der Vertragsdauer ein neuer Vertrag abgeschlossen werden, wenn das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird. Dieses Vorgehen ist jedoch umständlich, wenn sich der Vertragsinhalt nicht ändert. Dann öffnet Art. 29 GAV die Möglichkeit, von der Formularpflicht nach Art. 9 abzuweichen und den neuen identischen Vertrag stillschweigend abzuschliessen.

bb) Die zweite Funktion von Art. 29 besteht darin, den Erklärungswert des Verhaltens der Parteien im gegenseitigen Verhältnis zu regeln. Stillschweigen, das heisst keine Abgabe einer Nichtverlängerungserklärung bis zu einem bestimmten Termin, soll als positive Willensäusserung bezüglich den Abschluss eines neuen Vertrages mit demselben Inhalt gelten. Art. 29 GAV stellt damit eine vertragliche Auslegungsregel dar.

e) Die Beklagte weist darauf hin, dass das System der befristeten Arbeitsverträge, die automatisch verlängert werden, wenn keine Nichtverlängerungserklärung abgegeben wird, jahrzehntelanger Bühnensatz entspricht. Diese Bühnensatz kann für die Auslegung des GAV beigezogen werden. Insbesondere was den mutmasslichen Willen der GAV-Parteien angeht, darf davon ausgegangen werden, dass der GAV genauer und mit der üblichen Kündigungsterminologie formuliert worden wäre, wenn die Parteien bewusst von der alt hergebrachten Usanz hätten abweichen wollen. Die Bühnensatz stützt deshalb die Auslegung.

Schliesslich ist auf die Botschaft zum neuen Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht hinzuweisen. Dort führt der Bundesrat (BBl 1984 II S. 594) aus, "die Parteien können aber auch verabreden, dass das befristete Arbeitsverhältnis, wenn es stillschweigend fortgesetzt wird, erneut als befristetes Arbeitsverhältnis zu betrachten ist. Entsprechende Vereinbarungen sind grundsätzlich zulässig, sie finden jedoch eine Grenze im Verbot der Gesetzesumgehung: Der Abschluss von sogenannten Kettenverträgen, d.h. von sich ablösenden Verträgen von bestimmter Dauer, ist missbräuchlich, wenn damit bezweckt wird, die Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen zu umgehen oder die Entstehung gesetzlicher Ansprüche zu verhindern, die von einer gewissen Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängen... In sol-

chen Fällen ist die Befristung unbeachtlich, und das Arbeitsverhältnis ist als ein unbefristetes zu behandeln...".

3. a) Es ist daher im folgenden zu prüfen, ob sachliche Gründe dafür vorliegen, dass befristete Arbeitsverträge aneinandergereiht werden.

b) Für die hier vorliegenden Bühnenengagementsverträge wird ein solcher sachlicher Grund im Abwechslungsbedürfnis des Publikums gesehen. Der rege Wechsel des Bühnenpersonals soll der Erhaltung und Steigerung des künstlichen Leistungsniveaus dienen. In der Botschaft des Bundesrates wird der Fall der freischaffenden Radio- und Fernsehmitarbeiter erwähnt, bei welchen "zur Erhaltung und Förderung die Programmvielfalt und Kreativität" sich ablösende befristete Arbeitsverträge zulässig sein sollen (BB1 1984 II S. 594).

Prof. G. erachtet in seinem Gutachten ein erhöhtes Flexibilitätsbedürfnis nicht als genügenden sachlichen Grund. Seines Erachtens kann die erwünschte Flexibilität auch mit unbefristeten Arbeitsverhältnissen gewährleistet werden.

c) Es ist unverkennbar, dass im Theaterbetrieb mit dem festen Spielzeitenzyklus besondere Umstände herrschen. Das Theater ist darauf angewiesen, dass das Bühnenmitglied während der ganzen Spielzeit mitarbeitet. Das Bühnenmitglied seinerseits ist daran interessiert, dass das Theater das Arbeitsverhältnis nur auf Ende einer Spielzeit beendet, da nur auf diesen Zeitpunkt ein neues Engagement zu finden ist. Beide Parteien sind also auf das Ende der Spielzeit als Ende eines Arbeitsverhältnisses fixiert.

Diese Fixierung auf einen ganz bestimmten Endtermin im Jahr im Interesse beider Parteien würde durch die Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen gefährdet. Insbesondere die Anwendung allfälliger Sperrzeiten würde sich für beide Parteien negativ auswirken. Prof. G. vermag diese Bedenken nur teilweise zu zerstreuen. Er sagt, wenn nur ein Kündigungszeitpunkt im Jahr gegeben sei, verlängere sich das Arbeitsverhältnis nach einer kurzen Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist nur um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit.

d) Ob dies zutrifft, ist zumindest fraglich. Selbst wenn dem so wäre, diene die Regelung keiner Partei. Auch eine kurze Verlängerung des Arbeitsvertrages reicht in die neue Spielzeit hinein. Der Arbeitgeber müsste den Arbeitnehmer wohl freistellen, weil es wenig Sinn hat, ihn noch einzuarbeiten für Aufführungen, an denen er nachher nicht mehr teilnimmt. Andererseits wird der Arbeitnehmer bereits auf Anfang der neuen Spielzeit ein neues Engagement an einer anderen Bühne suchen und käme dabei in den Konflikt, für die Dauer der Verlängerung des alten Arbeitsvertrages in zwei Arbeitsverhältnissen zu stehen. Er käme daher nicht darum herum, auf die Verlängerung zu verzichten.

e) Der Vorschlag von Prof. G. trägt auch dem Umstand keine Rechnung, dass die Fristen für die Abgabe der Nichtverlängerungserklärung gemäss Art. 29 GAV wesentlich länger sind

als die Kündigungsfristen gemäss Arbeitsvertragsrecht im OR. Diese betragen zwischen einem und drei Monaten. Die Fristen nach GAV betragen zwischen fünf Monaten und 1 1/2 Jahren. Während dieser langen Frist hätte eine auch nur kurze Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall eine Verlängerung des Vertragsverhältnisses über die Spielzeit hinaus zur Folge. Das Resultat wäre eine grosse Rechtsunsicherheit bei beiden Vertragsparteien in bezug auf das Ende der Verträge.

f) Schliesslich ist auf Art. 8 Abs. 1 des GAV hinzuweisen. Diese Bestimmung sagt, in den Bühnenarbeitsverträgen dürfe keine Probezeit vereinbart werden. Eine derartige Abmachung in einem Bühnenarbeitsvertrag wäre nichtig. Der Sinn dieser Vorschrift besteht offensichtlich darin, das Entstehen von angebrochenen Spielzeiten zu verhindern.

4. Das Gericht kommt daher zum Schluss, dass die dem GAV Chor und Ballett unterstehenden Einzelarbeitsverhältnisse befristete Arbeitsverträge sind. Die Nichtverlängerungserklärung ist rechtlich gesehen ein Gestaltungsrecht, welches den Eintritt einer Rechtswirkung hindert. Durch einseitige Willensäusserung kann jede Partei die Entstehung eines neuen Vertrages verhindern. Die Erklärung beendet jedoch kein Arbeitsverhältnis. Sie stellt daher keine Kündigung dar. Die gesetzlichen Vorschriften über die Massentlassung finden daher keine Anwendung.

5. Doch selbst wenn die Vorschriften über die Massentlassung zur Anwendung kämen, hätte die Beklagte keine Entschädigungen an die Kläger zu bezahlen. Bei Massentlassungen muss der Arbeitgeber eine Vielzahl von gesetzlichen Verfahrensvorschriften beachten. Nicht jede dieser Vorschriften zieht bei Missachtung eine Sanktion nach sich. Nur wenn der Arbeitgeber es unterlässt die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer vor der Massentlassung zu konsultieren, ist eine Entschädigung geschuldet. Die Konsultationspflicht gehört aber auch zu den Obliegenheiten der Bühnenleitung vor Abgabe der Nichtverlängerungserklärung gemäss GAV. Die gesetzlichen Vorschriften über die Massentlassung und die Vorschriften des GAV betreffend die Nichterneuerung der befristeten Arbeitsverträge stimmen daher in diesem Punkt überein. Die Beklagte hat nachgewiesen, dass sie sich an die Informationspflicht gemäss GAV gehalten hat.”

(GSGE vom 30.10.1997 in Sachen K., S., C. und M. gegen Theatergenossenschaft Basel, GS 1996/456, 459, 463 und 469)

Auf Beschwerde der Kläger hat das **Appellationsgericht** am 14. Juli 1998 das erstinstanzliche Urteil bestätigt, wobei es folgendes ausführte:

“[...] b) In den vorliegenden Fällen hat die Beschwerdegegnerin [Theatergenossenschaft Basel] unbestrittenemassen die Nichtverlängerung der Engagements der Beschwerdeführer [Kläger] über den Ablauf der Spielzeit 1995/96 hinaus im Sinne der zitierten GAV-Bestimmung frist- und formgerecht erklärt. Im weiteren ist davon auszugehen, dass die zur Diskussion stehenden Arbeitsverträge in zeitlicher Hinsicht eine bestimmte Mindestdauer hatten, wobei offen bleiben kann, ob diese den in den Einzelarbeitsverträgen vorgesehenen Spielzeiten entsprach oder ob die Regelung von Art. 29 GAV in

jedem Falle vorgehen sollte und damit eine Nichtverlängerungserklärung schon auf das Ende der ersten Spielzeit erfolgen konnte, selbst wenn der Vertrag nicht nur für eine, sondern für zwei oder drei Spielzeiten abgeschlossen worden war. Bei allen Beschwerdeführern waren nämlich die Spielzeiten, welche in den Verträgen vereinbart waren, am Ende der Spielzeit 1995/96 abgelaufen. Was hingegen die Höchstdauer der Verträge betrifft, so ist festzustellen, dass sie zu ihrer Beendigung der in Art. 29 GAV näher umschriebenen Nichtverlängerungserklärung einer der Parteien bedürfen. Ohne solche rechtzeitige Erklärung "gilt der bestehende Vertrag als für die nächste Spielzeit erneuert" (Art. 29 Abs. 1 in fine). Diese "Erneuerung" führt nicht zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags; denn ein solcher Abschluss würde die Zustimmung beider Parteien erfordern und könnte von jeder Partei durch Weigerung, einen neuen Vertrag abzuschliessen, verhindert werden. Es lässt sich auch nicht argumentieren, ohne Aussprechung einer "Nichtverlängerungserklärung" liege der stillschweigende Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsverhältnisses vor. Andernfalls liesse sich nämlich jeder unbefristete Arbeitsvertrag in einen befristeten umwandeln, indem eine Befristung bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin vorgesehen und die Kündigung auf diesen Termin als "Nichtverlängerungserklärung" bezeichnet würde mit der Massgabe, dass ohne eine solche Erklärung ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis wiederum bis zum nächsten möglichen Beendigungstermin entstehen würde. Demzufolge ist vorliegend davon auszugehen, dass die Vertragsdauer ohne die in Art. 29 GAV vorgesehene Erklärung einer Partei verlängert wird, was auch durch den Wortlaut von Art. 29 GAV bestätigt wird, der als Gegenstand der Erklärung die "Nichtverlängerung" des Vertrages bezeichnet. Die Verträge enden somit nicht ohne weiteres mit Ablauf der vertraglich vorgesehenen Vertragsdauer, sondern aufgrund einer empfangsbedürftigen Willenserklärung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers, welche die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags auf einen bestimmten Zeitpunkt bewirkt. Diese Umschreibung der "Nichtverlängerungserklärung" entspricht aber genau der Definition der Kündigung in Lehre und Praxis (Stahelin, N. 3 zu Art. 335 OR mit weiteren Hinweisen). Durchaus zutreffend trägt daher auch Art. 29 GAV die Überschrift "Kündigung". Die Erklärung der Nichtverlängerung ist somit nichts anderes als eine Kündigungserklärung.

c) Aus den dargelegten Gründen ist davon auszugehen, dass in den zur Beurteilung stehenden Fällen jeweils ein sog. unechtes befristetes Arbeitsverhältnis, d.h. ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes Arbeitsverhältnis mit bestimmter Mindestdauer vorliegt (vgl. dazu Stahelin, N. 24 zu Art. 334 OR). Da die Auflösung dieser Verträge eine Kündigung erfordert, gelten sie als unbefristete Arbeitsverträge und unterstehen sie damit den zwingenden Vorschriften über die Kündigungsbeschränkungen (Stahelin, a.a.O. in fine). Zwar ist einzuräumen, dass die hier nach dem GAV durch das Erfordernis der Nichtverlängerungserklärung spätestens am 31. Oktober auf den folgenden 30. Juni geltende Kündigungsfrist von 8 Monaten aussergewöhnlich lang ist und sich ein besonderer, namentlich zeitlicher Kündigungsschutz kaum rechtfertigen lässt. Indessen geht es vorliegend nicht um die zeitlichen Kündigungsbeschränkungen; streitig ist vielmehr die Anwendung der Vorschriften über die missbräuchliche Kündigung wegen angeblich unterlassener Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer im Rahmen einer Massenentlassung. Die Anwendung dieser Vorschriften widerspricht dem Wesen und der Eigenart der fraglichen Arbeitsverträge in keiner Weise, sieht doch der massgebliche GAV selber in Art. 29 Abs. 2 ein Verfahren vor, in welchem der betroffene Arbeitnehmer bei bevorstehender "Nichtverlängerung" seines Arbeitsverhältnisses angehört wird. Nicht zu einer anderen Beurteilung führt schliesslich auch der von der Vorinstanz unter Verweis auf die Doktrin (vgl. E.A. Schellenberg, Der Bühnengagementsvertrag im schweizerischen Recht, S. 72 ff. mit Hinweisen) angeführte Gesichtspunkt des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums und der entsprechenden Interessen der Bühnenleitung, namentlich beim Direktionswechsel, was das Vorliegen von befristeten Arbeitsverträgen rechtfertigen soll. Eine solche Rechtfertigung kann nämlich nur von Relevanz sein bei der Frage, ob das Aneinanderreihen von befristeten Arbeitsverträgen zu unzulässigen Kettenarbeitsverträgen führt, nicht hingegen für die grundsätzliche Unterscheidung zwischen be-

fristeten und unbefristeten Arbeitsverträgen. Damit ist abschliessend festzuhalten, dass die hier strittigen Rechtsverhältnisse als unbefristete Arbeitsverträge anzusehen sind, womit sie zwingend den gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen unterstehen. Das Problem der Kettenarbeitsverträge stellt sich unter diesen Umständen gar nicht, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz und der Parteien nicht weiter einzugehen ist.

3. Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR ist die im Rahmen einer Massenentlassung erfolgte Kündigung missbräuchlich, wenn sie der Arbeitgeber ausgesprochen hat, ohne dass die Arbeitnehmervertretung resp. die Arbeitnehmer konsultiert worden sind. Diese Konsultation wird in Art. 335f OR näher umschrieben. So muss nach Abs. 2 der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern die Möglichkeit geben, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden könnten. Ausserdem ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihnen zumindest die Gründe der Massenentlassung und deren zahlenmässigen Umfang sowie Zeitraum mitzuteilen. Vorliegend wird von Seiten der Beschwerdeführer eingeräumt, dass sie im Rahmen des in Art. 29 GAV geregelten Verfahrens über die bevorstehenden Kündigungen orientiert worden sind und dass Informations- bzw. Konsultationsgespräche stattgefunden haben. Damit steht fest, dass sie zum Wort gekommen sind und Gelegenheit hatten, Vorschläge zur Vermeidung von Kündigungen und zur Milderung deren Folgen zu unterbreiten, womit den Erfordernissen von Art. 335f OR Genüge getan wurde. Daran ändert sich auch nichts durch den Einwand der Beschwerdeführer, wonach von Anfang an die Absicht der Bühnenleitung bestanden habe, dem gesamten Ballettpersonal zu kündigen und es durch eine neue, nicht mehr dem klassischen Ballett, sondern der Richtung des Tanztheaters verpflichteten Gruppe zu ersetzen, weshalb jegliche Vorschläge des betroffenen Personals zur Vermeidung einzelner oder aller Kündigungen von vornherein zwecklos gewesen wären und sich ihre Kenntnisnahme durch die Beschwerdegegnerin als sinnentleerte Formalität erwiesen hätte. Da nach diesen Ausführungen nicht etwa die Theaterleitung die Entgegennahme von Vorschlägen verweigert hat, sondern die Beschwerdeführer wegen fehlender Erfolgsaussichten von sich aus auf deren Stellung verzichtet haben wollen, was im übrigen von der Beschwerdegegnerin bestritten wird, liegt kein Verstoß gegen die zitierte Gesetzesbestimmung vor. Der angebliche Verzicht auf Vorschläge seitens der Beschwerdeführer könnte nicht der Arbeitgeberin zur Last gelegt werden, zumal deren Absicht, das bestehende klassische Ballett durch eine Tanztheater-Truppe zu ersetzen, wozu auch das auf diese Richtung spezialisierte Personal engagiert werden musste, auf dem Hintergrund der wirtschaftlichen Situation nach erfolgter Subventionskürzung als legitim angesehen werden muss. Mit ihrer Argumentation verkennen die Beschwerdeführer, dass das Anhörungs- und Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer im Rahmen der bei Massenentlassungen durchzuführenden Konsultationsgespräche die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers nicht einschränken kann (Stahelin, N. 3 zu Art. 335f OR) und dieser daher von Anfang an seine Absicht bekunden darf, an den ausgesprochenen Kündigungen festzuhalten. Im übrigen bezieht sich die den Arbeitnehmern bzw. ihrer Vertretung eingeräumte Möglichkeit der Unterbreitung von Vorschlägen ohnehin nicht nur auf die Rücknahme der Entlassungen, sondern auch auf die Milderung deren Folgen, z.B. durch einen Sozialplan (Stahelin, a.a.O.). Dass in dieser Hinsicht die Beschwerdeführer keine Vorschläge an die Theaterleitung hätten richten können oder dass solche von vornherein aussichtslos gewesen wären, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht behauptet. Unter diesen Umständen trifft es entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer nicht zu, dass die Beschwerdegegnerin ihr Anhörungsrecht missachtet und damit eine Massenentlassung ohne Konsultation der Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmervertretung im Sinne von Art. 335f OR ausgesprochen hat. Dementsprechend ist der Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung bei Massenentlassungen gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR nicht erfüllt, weshalb keine Grundlage für die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Entschädigungen besteht. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz im Ergebnis die Klagen zu Recht abgewiesen.”

(AGE vom 14.7.1998 in Sachen K., S., C. und M. gegen Theatergenossenschaft Basel)

2.8.1.2. Bühnengagementsvertrag: Frage, ob die Nichtverlängerungserklärung gemäss Art. 29 GAV als Kündigung zu betrachten ist, vom Appellationsgericht offengelassen. Keine Missbräuchlichkeit nach Art. 336 ff. OR der Beendigung des Vertrages mit einem Chorsänger. Kein widersprüchliches Verhalten der Arbeitgeberin durch Weiterbeschäftigung des Chorsängers im Rahmen eines Solovertrages.

W. war seit 1991 als Chorsänger bei der Theatergenossenschaft Basel tätig, wobei der betreffende Arbeitsvertrag entsprechend den massgeblichen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags für das künstlerische Chor- und Ballettgruppenpersonal zwischen dem Schweizerischen Bühnenverband und dem Schweizerischen Bühnenkünstlerverband (im folgenden GAV) stets stillschweigend für die jeweils folgende Spielzeit erneuert worden war. Mit Schreiben vom 2. Juni 1998 teilte die Direktion des Theaters Basel W. gemäss Art. 29 GAV mit, dass sie nicht beabsichtige, den laufenden Vertrag über die nächste Spielzeit bis 30. Juni 1999 hinaus zu verlängern. Nachdem am 12. Juni 1998 eine diesbezügliche Unterredung zwischen dem künstlerischen Direktor S. sowie W. stattgefunden hatte und dieser unter Verzicht auf weitere Informationsgespräche mit schriftlichen Ausführungen um Weiterführung seines Arbeitsverhältnisses gebeten hatte, erklärte die Theaterdirektion mit Schreiben vom 22. Juni 1998 ihre Entscheidung betreffend die Nichtverlängerung des Vertrags über die Spielzeit 1998/99 hinaus als endgültig. Auf Ersuchen von W., welcher sich damit nicht einverstanden erklärte, legte sie schliesslich am 11. August 1998 ihre Begründung für den getroffenen Schritt schriftlich dar. Am 11. Mai 1999 erhob W. beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage gegen die Theatergenossenschaft Basel, womit er deren Verurteilung zur Zahlung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsvertrags in Höhe von Fr. 19'950.-- (entsprechend 3½ Monatslöhnen) verlangte. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage am 11. Oktober 1999 vollumfänglich abgewiesen, ebenso das Appellationsgericht mit Urteil vom 29. Februar 2000 die von W. hiegegen geführte Beschwerde. Das Appellationsgericht hat dabei folgendes ausgeführt:

„ [...] 2. In rechtlicher Hinsicht ist zwischen den Parteien streitig, ob das vorliegende Arbeitsverhältnis zufolge Befristung auf das Ende der Spielzeit 1998/99 durch blossen Zeitablauf beendet worden ist oder ob die Beschwerdegegnerin [Theatergenossenschaft Basel] durch ihre Nichtverlängerungserklärung vom 22. Juni 1998 eine Kündigung des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrags ausgesprochen hat. Nur im letztgenannten Fall stellt sich überhaupt die Frage der vom Beschwerdeführer [W.] geltend gemachten Missbräuchlichkeit der Vertragsauflösung im Sinne von Art. 336 OR.

Da sich im Folgenden ergibt, dass die vorliegend beanstandete Entscheidung der Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer nicht weiter zu beschäftigen, auch bei grundsätzlicher Anwendung von Art. 336 OR nicht als missbräuchlich qualifiziert werden kann, rechtfertigt es sich daher, wie bereits bei dem im Jahre 1994 ergangenen Entscheid des Appellationsgerichts, die dargelegte Streitfrage offen zu lassen.

3. Wie das Appellationsgericht bereits in früheren, vergleichbaren Fällen festgehalten hat, kann sich die gerichtliche Prüfung der Missbräuchlichkeit einer gestützt auf Art. 29 GAV erfolgten Beendigung des Arbeitsvertrags nicht auf die Angemessenheit des entsprechenden unternehmerischen Entscheids erstrecken, weil der Richter nicht sein eigenes Ermessen anstelle desjenigen des Arbeitgebers zu setzen hat. Dies gilt um so mehr, als der Gesetzgeber bei Erlass der Bestimmungen von Art. 336 ff. OR ausdrücklich am Grundsatz der Kündigungsfreiheit festhalten wollte (BB1 1984 II S. 586; Troxler, Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, S. 18; AGE vom 22. August 1994 i.S. C.H.-P., vom 13. Oktober 1994 i.S. X.). Sodann ist das Gewerbliche Schiedsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass jeder objektive Grund, auch wenn er nicht besonders gewichtig erscheint, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann. Eine missbräuchliche Kündigung liegt somit nur dann vor, wenn sie auf sachfremden Überlegungen beruht, was der klagende Arbeitnehmer, hier also der Beschwerdeführer, zu beweisen hat.

Gemäss den Ausführungen im Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 11. August 1998 wurde die Beendigung des Arbeitsvertrags mit dem Beschwerdeführer im Wesentlichen damit begründet, dass er die Autorität seines Vorgesetzten, d.h. des Chordirektors P., in vielen Fällen nicht anerkannt habe, was zu Reibungen sowie einer empfindlichen Beeinträchtigung der Atmosphäre im Kollektiv des Chors geführt habe, und dass wiederholte Disziplinlosigkeit und unkollektives Verhalten keine Grundlage für eine konstruktive Zusammenarbeit in diesem Rahmen darstellten. Im gleichen Sinne hatte sich der künstlerische Direktor S. offenbar bereits in einem Gespräch mit dem Beschwerdeführer vom 12. Juni 1998 geäußert, wie aus dessen an den Verwaltungsdirektor des Theaters gerichteten Brief vom 15. Juni 1998 hervorgeht. Diese Vorwürfe werden in der Beschwerde allesamt als unzutreffend bezeichnet. Überdies seien sie auch gar nicht Motiv der Vertragsauflösung durch die Beschwerdegegnerin gewesen; vielmehr sei der Beschwerdeführer Opfer eines Rachefeldzuges seitens des Chordirektors P. geworden, weil er sich im Zusammenhang mit einer verbalen Auseinandersetzung mit diesem schriftlich an den Verwaltungsdirektor gewandt und sich wegen zahlreicher ohne Wissen der Intendanz abgesetzter Chorproben beklagt hatte. Diese Argumentation ist jedoch durch das in erster Instanz durchgeführte Beweisverfahren widerlegt worden. Insbesondere ist der von den Vertretern der Beschwerdegegnerin erhobene Vorwurf, der Beschwerdeführer habe die Autorität seines Vorgesetzten P. nicht anerkennen können, bestätigt worden. So hat nicht bloss der betroffene Chordirektor mit detaillierten Ausführungen ein derartiges Akzeptanzproblem dargelegt, sondern ebenso die als Zeugin befragte Chorsängerin R. (vgl. Protokoll). Darüber hinaus hat selbst der Beschwerdeführer die von P. geschilderten konkreten Vorfälle mindestens teilweise als richtig anerkannt und durch seine Äusserung, wonach dieser „nicht auf normalem Weg“ in die betreffende Position gelangt sei, seine offenbar vorhandenen Zweifel an dessen Werdegang und beruflicher Qualifikation zum Ausdruck gebracht. Bei dieser Situation hat es das Gewerbliche Schiedsgericht zu Recht als nachgewiesen erachtet, dass der Beschwerdeführer gewisse Schwierigkeiten hatte, die künstlerische Autorität des Chordirektors anzuerkennen, und in diesem Zusammenhang Auseinandersetzungen in Chorproben mit ihm ausfocht, was sich naturgemäss negativ auf die Atmosphäre im Kollektiv des Chors auswirkte. Damit steht fest, dass die von der Beschwerdegegnerin angegebene Begründung für die unterbliebene Vertragsverlängerung zutrifft und daher keineswegs vorgeschoben war. Da das dargelegte Verhalten des Beschwerdeführers auch ohne weiteres eine Vertragsauflösung rechtfertigen konnte, liegt klarerweise keine Missbräuchlichkeit derselben im Sinne des Gesetzes vor.

Im Übrigen hat sich auch die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach seine gegenüber dem Chordirektor geäußerte Kritik wegen ausgefallener Proben der wahre Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewesen sei, durch das Beweisergebnis nicht bestätigt. Wie sich aus dem erstinstanzlichen Protokoll ergibt, war dieser angebliche Streitpunkt der für die Nichtverlängerungserklä-

nung verantwortlichen Direktion vor der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 11. Oktober 1999 gar nicht bekannt und mass auch P. diesem Umstand keine Bedeutung zu, konnte er sich doch nicht einmal daran erinnern, ob ihn der Beschwerdeführer überhaupt darauf angesprochen hatte. Sodann geht auch aus den Zeugenaussagen der befragten Chormitglieder hervor, dass dies kein Thema war. Schliesslich hat auch der Beschwerdeführer selbst weder in seiner vorprozessualen Korrespondenz mit der Beschwerdegegnerin noch in den Gesprächen mit der Theaterdirektion in dieser Hinsicht irgend etwas erwähnt, sondern bloss auf eine wegen fachlicher Differenzen ausgetragene Auseinandersetzung in einer Chorprobe von Ende April 1998 Bezug genommen (vgl. Schreiben vom 29. April 1998 und 15. Juni 1998; ebenso im Schreiben an die Vorinstanz vom 17. September 1999). Erst im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht brachte er dieses Argument vor, wobei er aber nicht einmal angeben konnte, bei welcher Gelegenheit er mit P. darüber gesprochen haben wollte. Bei dieser Sachlage ist das behauptete Rachemotiv in keiner Weise nachgewiesen.

Nicht schlüssig ist schliesslich auch der in der Beschwerde erhobene Einwand eines widersprüchlichen Verhaltens der Beschwerdegegnerin, indem sie dem Beschwerdeführer nach der Nichtverlängerungserklärung einen Solovertrag für eine bestimmte Produktion angeboten hatte. Wie oben dargelegt war dessen Verhalten zwar dazu geeignet, die Autorität des Chordirektors im Kollektiv der Chormitglieder zu untergraben und damit eine erspriessliche Arbeit in diesem Rahmen zu gefährden, jedoch waren bei Beschäftigung als Solist keine vergleichbaren Beeinträchtigungen zu erwarten. Zudem war er ja nicht fristlos entlassen worden, was die Unzumutbarkeit jeglicher Weiterbeschäftigung vorausgesetzt hätte, sondern war lediglich sein Vertrag nach Art. 29 GAV auf Ende Juni 1999 als beendet erklärt worden mit der Folge, dass er noch während einer vollen Saison als Chorsänger angestellt war. Im Übrigen zeigt gerade die Tatsache, dass der Beschwerdeführer einen solchen Solovertrag erhalten hat, dass seine künstlerischen Qualitäten anerkannt wurden und seitens der Verantwortlichen der Beschwerdegegnerin keineswegs ein „Rachefeldzug“ gegen ihn geführt wurde. Damit ist auch in dieser Hinsicht kein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkennbar, weshalb die Vorinstanz zu Recht die vom Beschwerdeführer daraus abgeleiteten finanziellen Ansprüche abgelehnt hat [...]“.

(AGE vom 29.2.2000 in Sachen W. gegen Theatergenossenschaft Basel; GSGE vom 11.10.1999 in Sachen W. gegen Th. Basel, GS 1999/154)

2.8.2. Gelegenheits- oder Aushilfsarbeit: Zur Abgrenzung von der Arbeit auf Abruf. Gelegenheitsarbeit kann bei längerer Dauer und regelmässigen Einsätzen zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis werden. Ein schutzwürdiges Vertrauen in einen unbefristeten Arbeitsvertrag ist nach einjährigem Bestand des Aushilfsarbeitsverhältnisses anzunehmen.

F. war vom 20. Oktober 1997 bis zum 7. September 1998 bei der Firma D. SA in sich folgenden Einsätzen als Gateway Service Agent tätig. Am 7. September 1998 teilte ihm die D. SA mit, dass sie in den darauffolgenden Wochen keinen neuen Einsatz anbieten könnte, wogegen F. mit Schreiben vom 12. Oktober 1998 protestierte. In der Folge kam es nicht mehr zur Beschäftigung von F. durch die D. SA. Am 1. Februar 1999 erhob F. Klage gegen die Arbeitgeberin beim Gewerblichen Schiedsgericht, mit der er nach Vornahme einer Klagänderung die Lohnfortzahlung in Höhe von Fr. 16'682.85 für die Monate September 1998 bis Ende April 1999 verlangte. Er sei seit Oktober 1997 als Teilzeitmitarbeiter und nicht in einem Aushilfs-

arbeitsverhältnis für die D. SA tätig gewesen, weshalb ihm hätte gekündigt werden müssen. Da keine Kündigung erfolgt sei, habe er über den 7. September 1998 hinaus Anspruch auf Beschäftigung und Lohn. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 27. Mai 1999 vollumfänglich ab. Auf Beschwerde von F. hin bestätigte das Appellationsgericht am 15. Oktober 1999 das erstinstanzliche Urteil, indem es was folgt ausführte:

"[...] b.) Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit charakterisiert sich dadurch, dass für jeden einzelnen, zeitlich begrenzten Arbeitseinsatz ein neuer, regelmässig zeitlich befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wird. Damit soll ausserordentlicher oder vorübergehender Bedarf nach Arbeitskräften im Betrieb eines Arbeitgebers, etwa infolge Krankheit, Unfall oder Ferien von andern Mitarbeitern, abgedeckt werden (Roncoroni, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, AJP 1998, 1410 f.). Wiederholen sich solche gelegentlichen Arbeitseinsätze, so ist zu prüfen, ob dadurch weiterhin von einer Vielzahl sich wiederholender kurz dauernder Arbeitsverhältnisse ausgegangen werden kann, oder nicht vielmehr der Bestand eines festen und fortdauernden Arbeitsverhältnisses angenommen werden muss (SPR-Vischer, VII/I, III., 2. Aufl., § 1, V. 3; ZK-Staehelin, Art. 319 N 73; BK-Rehbinder, Art. 319 N 28; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 19).

Abzugrenzen ist die Gelegenheitsarbeit damit von sogenannter Arbeit auf Abruf. Bei ihr handelt es sich um ein teilzeitliches Arbeitsverhältnis, bei dem vom Arbeitnehmer im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsvertrages teilzeitliche Einsätze geleistet werden, deren Zeitpunkt, Dauer und mitunter auch Umfang im Einzelfall festgelegt werden (Roncoroni, a.a.O., 411).

Blosse Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit ohne Abschluss eines Arbeitsvertrages auf unbestimmte Dauer ist dann anzunehmen, wenn seitens des Arbeitgebers keinerlei Zusicherungen einer wiederholten oder gar regelmässigen Beanspruchung der Arbeitskraft bestehen und auch der Arbeitnehmer stets das Recht hat, einen ihm vorgeschlagenen Arbeitseinsatz abzulehnen (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 19; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Art. 319 N 12b). Merkmal der Aushilfsarbeit ist damit die fehlende vertragliche Bindung der Parteien über die Leistung des jeweils vereinbarten Arbeitseinsatzes hinaus (BK-Rehbinder, Art. 319 OR N 28). Verzichten beide Parteien auf den Abschluss einer über den einzelnen Einsatz fortdauernden vertraglichen Bindung, dann beinhaltet dieser Verzicht auch den Verzicht auf den beim Abschluss eines Arbeitsvertrages ansonsten zwingenden Schutz der minimalen gesetzlichen Kündigungsfristen (BGE v. 24.12.98 in Pra 1999 Nr. 111 E. 4b/aa.). In diesen Fällen endet das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung mit dem Ablauf der jeweils vereinbarten Einsatzzeit (AGE v. 30. August 1993 (Ausschuss) i.S. M.C c/a W.-L. C.).

c.) Massgebend für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses als Gelegenheitsarbeit oder als Arbeit auf Abruf im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ist somit der Wille der Parteien, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Das Ziel jeder Vertragsauslegung ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR die Ermittlung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien, den sie mit dem Abschluss eines Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben. Nur wo sich ein solcher nicht mehr sicher feststellen lässt, ist im Sinne einer objektivierten Auslegung nach Treu und Glauben aufgrund des von den Parteien Erklärten der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (vgl. statt vieler BGE 122 III 106 E.5 S. 108 f., 121 III 118 E. 4 S. 122 ff.; Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1995 Rz. 1200 f.). Abzustellen ist neben dem Wortlaut der Vereinbarung der Parteien auf die gesamten Umstände des Vertragsschlusses und der Vertragserfüllung.

Aufgrund einer schriftlichen Kontaktnahme des Beschwerdeführers [F.], mit der er sich um eine offene Stelle bei der Beschwerdegegnerin [D. SA] bewarb, da er sein Studium mit „Temporär-Anstellungen“ finanziere, schlossen die Parteien mit Datum vom 16. Oktober 1997 einen als „Arbeitsvertrag (Temporär Angestellter)“ bezeichneten Vertrag. Demgemäss sollte auf den Einsatz des Beschwerdeführers vom 20. Oktober 1997 und auf seine je nach Anfrage erfolgenden Einsätze der „Rahmenvertrag für temporäre Mitarbeiter“ der Beschwerdegegnerin Anwendung finden. Danach verpflichtete sich der Beschwerdeführer, „auf Gesuch“ der Beschwerdegegnerin „bei gegenseitigem Einvernehmen“ als temporärer Mitarbeiter tätig zu sein (Ziff. 1.2). Die Arbeitsbeziehungen sollten mit dem Ende jedes Einsatzes „ohne vorherige Kündigung“ erlöschen, wobei für einzelne, unbefristete Einsätze eine Kündigungsregelung getroffen worden ist (Ziff. 2.2). Auf der Grundlage dieses Vertrages ist es in der Folge zu einer Vielzahl von Einsätzen unterschiedlichen Ausmasses gekommen, wie sie der vom Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten und unbestritten gebliebenen Übersicht entnommen werden können. Diese variierten in den Monaten von Oktober 1997 bis Februar 1998 mit Ausnahme des Monats Dezember (72.75 Std.) zwischen 40.75 und 49 Stunden. Nach einem prüfungsbedingten Unterbruch im März 1998 leistete der Beschwerdeführer zwischen April und Juli 1998 Einsätze mit einem monatlichen Umfang von 77,5 bis 115,5 Stunden, im August 1998 noch solche von insgesamt 61 Stunden, bevor die Beschwerdegegnerin ab dem 7. September 1998 auf weitere Einsätze des Beschwerdeführers bis auf weiteres verzichtete. Diese Einsätze wurden dem Beschwerdeführer jeweils mit einem Plan für zwei bis vier Wochen mitgeteilt [...]. Wie die Zeugin H. anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz ausführte, wurde der Beschwerdeführer, wie zwei bis drei weitere Aushilfen, eingesetzt, wenn andere Mitarbeiter infolge Krankheit oder Ferien ausfielen. Anfangs habe dies viel Einsätze ergeben. Er habe einzelne Einsätze auch ablehnen können. Wie der Aussage der Zeugin M. entnommen werden kann, hat ihr der Beschwerdeführer gesagt, dass er viel arbeiten wolle. Er sei deshalb auch mehr eingesetzt worden. Im August habe er nach anfänglicher Zusage einen täglichen Einsatz von 10 bis 17 Uhr abgelehnt, worauf seine Einsätze um zwei bis drei Tage pro Woche gekürzt worden seien. Zudem habe er auch noch zwei Wochen Ferien machen wollen, weshalb alles habe umgekrempelt werden müssen. Der Beschwerdeführer habe auch ein bis zwei weitere Male am Morgen angerufen und gesagt, dass er nicht kommen könne, obwohl er für den entsprechenden Tag zugesagt habe. Weiter hat die Zeugin H. bestritten, dem Beschwerdeführer bei seiner Anstellung eine Zusicherung abgegeben zu haben, wonach er regelmässig zwei bis drei Mal pro Woche arbeiten könne, wie dies von jenem behauptet worden ist. Festzustellen ist im weiteren, dass der Beschwerdeführer im Monat März keine Einsätze geleistet hat, da er damals Prüfungen im Rahmen seines juristischen Studiums absolviert hat.

e.) Aus diesem Ergebnis der Beweiserhebungen durch die Vorinstanz wird deutlich, dass der Beschwerdeführer zwar Einsätze in erheblichem Umfang mit einer gewissen Regelmässigkeit geleistet hat, dass sich aber beide Parteien ihre Abschlussfreiheit bei der Vereinbarung einzelner Einsätze gewahrt haben. Daraus haben sich nicht nur erhebliche Schwankungen des Umfangs der monatlichen Einsätze, sondern auch vom Beschwerdeführer gewünschte Einsatzunterbrüche ergeben. Dies betrifft vor allem die Monate März und August/September, was vom Beschwerdeführer im Grundsatz denn auch nicht bestritten worden ist. Daraus wird deutlich, dass die einzelnen Einsätze wie vereinbart nur im gegenseitigen Einvernehmen zustande gekommen sind und beide Parteien haben frei bleiben wollen, solche zu vereinbaren oder davon abzusehen. Damit sind die Voraussetzungen für die Qualifikation des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien als Aushilfs- resp. Gelegenheitsarbeit grundsätzlich gegeben. Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer mit seinem Bewerbungsschreiben ursprünglich möglicherweise eine feste temporäre Anstellung gesucht hat. Er hat in der Folge einen Aushilfsarbeitsvertrag abgeschlossen und auf dessen Grundlage von den damit verbundenen Freiheiten profitiert.

f.) Zu prüfen ist aber immerhin, ob sich dieses Aushilfsarbeitsverhältnis nicht infolge seiner Dauer und der Regelmässigkeit der Leistung von Einsätzen zu einem Arbeitsverhältnis, welches dem Typus Arbeit auf Abruf zuzuordnen ist, gewandelt hat (BK-Rehbinder, Art. 319 OR N 28; ZK-Staehelin, Art. 319 N 73; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 19). Tatsächlich kann bei längerer Dauer eines Aushilfsarbeitsverhältnisses und regelmässigen Einsätzen seitens des Arbeitnehmers dessen Vertrauen in den Bestand eines auf Dauer abgeschlossenen, unbefristeten Arbeitsvertrages auf Abruf nach Treu und Glauben Schutz finden. Ein solcher Schutz des Vertrauens auf den Bestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses auf Abruf ergibt sich nach der Praxis des Appellationsgerichts aber erst nach einem einjährigem Bestand eines Aushilfsarbeitsverhältnisses (AGE v. 30. August 1993 i.S. M.C c/a W.-L. C.; AGE v. 25. März 1997 i.S. E. AG c/a D.F.M u. Kons.). Dieser Praxis steht auch die Praxis des Bundesgerichts nicht entgegen, hatte dieses doch in seinem jüngsten Entscheid zur Arbeit auf Abruf ebenfalls ein deutlich überjähriges Arbeitsverhältnis zu beurteilen (BGE vom 24.12.1998 in Pra 1999 Nr. 111). Der Beschwerdeführer hat für die Beschwerdegegnerin während 10 ½ Monaten Einsätze absolviert. Das Arbeitsverhältnis hat damit insgesamt weniger als ein Jahr gedauert. Besondere Umstände, aufgrund derer der Beschwerdeführer auch schon vorher auf den Bestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses auf Abruf hätte vertrauen dürfen, ergeben sich aus den vor der ersten Instanz relevierten Tatsachen nicht. Der Beschwerdeführer hat im Gegenteil auch noch in den Monaten August und September die Freiheiten des Aushilfsarbeitsverhältnisses in Anspruch genommen. Die Vorinstanz hat daher zurecht auf den Bestand eines Aushilfsarbeitsverhältnisses geschlossen und einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Beschäftigung und Lohn nach dem 7. September 1998 verneint. Aufgrund dieser Sachlage liegt entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers auch kein unzulässiger Kettenarbeitsvertrag vor.

Nichts anderes kann der Beschwerdeführer auch aus der Zeugenaussage von H. ableiten, wonach es sich nicht um einen Festanstellungsjob, sondern um einen „auf Abruf“ gehandelt habe. Frau H. verfügt nicht über eine juristische Ausbildung. Auch wenn sie als Vorgesetzte des Beschwerdeführers über gewisse Kenntnisse im Personalwesen verfügt haben dürfte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie den verwendeten Begriff in ihrer Zeugenaussage als terminus technicus mit seinem juristischen Begriffsinhalt hat verwenden wollen."

(AGE vom 15.10.1999 in Sachen F. gegen D. SA; GSGE vom 27.5.1999 in Sachen F. gegen D. SA, GS 1999/36)

2.9. Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)

2.9.1. Prozess- und materiellrechtliche Hinweise zu Rechtsbegehren betreffend Ausstellung und Berichtigung von Arbeitszeugnissen.

In vielen beim Gewerblichen Schiedsgericht eingereichten Klagen wird entweder allein oder noch häufiger zusammen mit Geldbegehren die Ausstellung oder Berichtigung von Arbeitszeugnissen begehrt. Es lohnt sich dabei, auf einige wichtige Punkte der Gerichtspraxis hinzuweisen.

a) Das Gewerbliche Schiedsgericht geht davon aus, dass Begehren auf Ausstellung (Erfüllungsklage) oder Ergänzung bzw. Abänderung (Berichtigungsklage) von Arbeitszeugnissen

ebenfalls ein gewisser Streitwert zukommt (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einzug des Bundesrechts, 1992, § 8 N. 7, S. 43 f.; ZK-Stahelin, Art. 330a OR N. 19, S. A 401). Darauf wird auf dem Klagformular ausdrücklich hingewiesen. Der genaue Streitwert wird durch das Gericht nach seinem Ermessen festgelegt. Er beträgt in Fällen, in denen noch gar kein Arbeitszeugnis ausgestellt wurde, in der Regel das im betreffenden Arbeitsverhältnis zuletzt gültige Monatsgehalt des Arbeitnehmers. Soll hingegen ein bereits ausgestelltes Arbeitszeugnis abgeändert werden, ist der Streitwert entsprechend geringer (vgl. Susanne Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage 1996, S. 163 f.). Die Frage nach dem Streitwert hat seine Bedeutung für die sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts. Dieses entscheidet grundsätzlich nur über Klagen bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.--. Werden Lohnforderungen eingeklagt, kommt es nicht selten vor, dass diese zusammen mit einem gleichzeitig gestellten Begehren um Ausstellung oder Ergänzung bzw. Abänderung eines Arbeitszeugnisses diese Streitwertgrenze überschreiten. Auch in solchen Fällen ist die Möglichkeit einer Teilklage gegeben, wobei das Begehren darauf lauten sollte, dass teilklageweise Fr. 20'000.-- inklusive der Ausstellung oder Ergänzung bzw. der Abänderung eines Arbeitszeugnisses geltend gemacht werden. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass es trotz Teilklage nicht doch noch zu einer Überklagung kommt. Dabei ist es Sache des Gerichts zu bestimmen, welche maximale Geldforderung neben dem Begehren betreffend Arbeitszeugnis dem Kläger überhaupt zugesprochen werden könnte.

Das Appellationsgericht hat dazu in einem Beschwerdeentscheid was folgt ausgeführt:

„[...]1. Gegen den inappellablen Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts ist die Beschwerde an das Appellationsgericht zulässig. Übersteigt der von der Beschwerdeführerin erlittene Nachteil den Betrag von Fr. 8'000.--, überprüft das Appellationsgericht den angefochtenen Entscheid gemäss § 242a Abs. 1 Ziff. 4 ZPO mit freier Kognition, andernfalls findet lediglich eine Willkürüberprüfung statt. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und in welchem Umfang der Wert des streitigen Arbeitszeugnisses in die Berechnung des Gravamens einzubeziehen ist.

Lehre und Rechtsprechung gehen grundsätzlich davon aus, dass die Streitigkeit über ein Arbeitszeugnis einen Streitwert aufweist; Uneinigkeit besteht über die Bestimmung dieses Streitwerts (BGE 116 II 379; ZK-Stahelin, N. 22 zu Art. 343 OR; BK-Rehbinder, N. 13 zu Art. 343 OR; JAR 1990 S. 219 und 1996 S. 342). In bezug auf die Basler Praxis wird in der Literatur demgegenüber die Auffassung vertreten, diese messe dem Arbeitszeugnis keinen Streitwert zu (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, N. 6 zu Art. 330a; Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1996, S. 163). Das Appellationsgericht hat die Frage in einem Entscheid vom 30. Mai 1995 i.S. C.S. offengelassen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zur Bestimmung des Streitwerts in erster Linie auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien abzustellen. Hierzu ist vorliegend festzustellen, dass die Klägerin ihre Teilklage vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Zusprechung von Fr. 20'000.-- zuzüglich Ausstellung eines gehörigen Arbeitszeugnisses in der Verhandlung auf Fr. 20'000.-- inklusive Arbeitszeugnis beschränkt hat [...]. Die Beklagte und heutige Beschwerdeführerin hat sich auf diese Teilklage eingelassen. Daraus geht hervor, dass die Parteien der Ausstellung des Arbeitszeugnisses keinen gesonderten Streitwert beigemessen haben. Für eine andere Beurteilung im Beschwerdeverfahren besteht kein Anlass (vgl. auch BGE 116 II 380). Aufgrund der Freiheit der Kantone, die Höhe des Streitwerts festzulegen, besteht zudem auch bei richterlicher Schätzung kein Grund, einem Arbeitszeugnis mehr als einen bloss symbolischen Streitwert zuzumessen (BK-Rehbinder, N. 13 zu Art.

343 OR). Mit dieser Praxis wird eine Einschränkung des einfachen und raschen Verfahrens in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten verhindert, was dem Zweck von Art. 343 OR entspricht (vgl. auch JAR 1996 S. 345) [...]“

(AGE vom 11.3.1999 in Sachen B. AG gegen O.; GSGE vom 7.9.1998 in Sachen O. gegen B. AG, GS 1998/53)

Das Gewerbliche Schiedsgericht hält trotz dieser appellationsgerichtlichen Erwägungen an seiner Rechtsprechung fest. Richtig ist, dass es sich bei Streitigkeiten über Arbeitszeugnisse um solche vermögensrechtlicher Natur handelt (BGE 116 III 380). Auch trifft es zu, dass die Parteien sich über die Streitwerthöhe eines Begehrens um Ausstellung oder Berichtigung eines Arbeitszeugnisses verständigen können. In der Praxis fehlen allerdings meistens schon Angaben der Klagpartei zum Streitwert in diesem Zusammenhang. Zudem ist das Gericht selbst an übereinstimmende Bezifferungen der Parteien nicht gebunden (Stahelin/Sutter, § 8 N. 7, S. 43), auch wenn es in der Regel darauf letztlich abstellt. Vielmehr hat es diese Angaben der Parteien nach freiem Ermessen zu überprüfen. Nichts steht ferner dagegen, dass die Parteien sich dabei auf einen bloss symbolischen Streitwert einigen. Es liegt darin für die Parteien insbesondere auch die Möglichkeit, gemeinsam eine die Zuständigkeitsgrenze des Gewerblichen Schiedsgerichts übersteigende Streitigkeit durch dieses beurteilen zu lassen, was in § 4 Abs. 1 GOG ausdrücklich vorgesehen ist. Allerdings sollten sich die Parteien darüber bewusst sein, dass sie damit die Aussicht, das Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts mittels Beschwerde durch das Appellationsgericht in freier Kognition überprüfen zu lassen, möglicherweise entscheidend einschränken. Das Appellationsgericht überprüft nur dort frei, wo der Nachteil, den die beschwerdeführende Partei insgesamt durch das Urteil erleidet, mindestens Fr. 8'000.-- ausmacht. Andererseits geht es auch nicht an, dass die Parteien ihrer Streitigkeit einen offensichtlich überhöhten Streitwert zuschreiben. Das liefe darauf hinaus, dass die Prozessparteien durch Abrede sich sonst nicht gegebene Rechtsmittelmöglichkeiten eröffnen könnten.

b) Wer die Ausstellung (Erfüllungsklage) oder Ergänzung bzw. Abänderung (Berichtigungsklage) eines Arbeitszeugnisses begehrt, hat einen eigenen Entwurf dem Gewerblichen Schiedsgericht vorzulegen oder genau anzugeben, welche Ergänzungen bzw. Änderungen geltend gemacht werden, worauf auch auf dem Klagformular des Gewerblichen Schiedsgerichts hingewiesen wird. Insbesondere ist es unzulässig, einfach zu begehren, dass das Gericht das Arbeitszeugnis auf Richtigkeit und Angemessenheit überprüfen soll. Ohne Entwurf bzw. Änderungsvorschläge ist das Gericht zur Festlegung eines Zeugniswortlauts weder in der Lage noch verpflichtet. Sofern noch gar kein oder nur ein unvollständiges Arbeitszeugnis ausgestellt wurde und kein Entwurf vorliegt, verpflichtet es deshalb den Arbeitgeber lediglich zur Ausstellung bzw. Vervollständigung des Arbeitszeugnisses. Falls es über das in der Folge ausgestellte bzw. vervollständigte Arbeitszeugnis hinsichtlich Inhalt bzw. Wortlaut zu Differenzen unter den Parteien kommen sollte, müsste notfalls das Gericht mit einer neuen Klage damit befasst werden.

c) Das Gewerbliche Schiedsgericht teilt die Auffassung in Lehre und Rechtsprechung, dass die Verwendung von sog. Geheimcodes in Arbeitszeugnissen den Geboten der Wahrheit und Transparenz widersprechen und zu vermeiden sind. Allerdings greift es dagegen nur auf ausdrückliches Begehren einer der Prozessparteien ein. Es hat sich in der Praxis gezeigt, dass nicht selten auch Arbeitnehmer ganz bewusst Geheimcodes in ihren Zeugnissen beibehalten wollen.

d) Bei Begehren um Abänderung von Arbeitszeugnissen übt das Gewerbliche Schiedsgericht bewusst Zurückhaltung. Es geht davon aus, dass das Zeugnis Produkt des Arbeitgebers ist. Es steht dem Arbeitnehmer deshalb nicht zu, anstelle der vom Arbeitgeber gewählten inhaltlich wahren, klaren und sprachlich korrekten Formulierungen eigene andere zu verlangen. Auch ist es Sache des Arbeitgebers, ob er einen eher knappen oder aber ausdehnenden Schreibstil pflegt, solange das Arbeitszeugnis vollständig und der ausgeübten Funktion des Arbeitnehmers angemessen ist. Zudem heisst das Gewerbliche Schiedsgericht Berichtigungsbegehren nur dort gut, wo die gesetzlichen Erfordernisse an ein Arbeitszeugnis klarerweise verletzt worden sind. Insbesondere was das Verhalten des Arbeitnehmers angeht, wird dem Arbeitgeber ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden, der nur bedingt justiziabel ist (vgl. BJM 1985 S. 301). Das Gewerbliche Schiedsgericht versucht daher, Änderungsbegehren in erster Linie im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens einer Lösung zuzuführen. Erfahrungsgemäss erreichen in Vergleichsgesprächen erarbeitete Arbeitszeugnisse bei den Parteien deutlich grössere Akzeptanz als solche, die durch Urteil festgelegt worden sind.

2.9.2. Zur Frage, wann der Arbeitgeber bei Verletzung der Pflicht zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses für Schaden der Arbeitnehmerin (Serviertochter) haftet. In casu fehlender Nachweis von Schaden und Kausalzusammenhang. Im Gastgewerbe und dort jedenfalls in Kleinbetrieben, wird, sofern nicht ein klarerweise schlechtes Arbeitszeugnis vorliegt, bei einer Anstellung weniger auf das Arbeitszeugnis als vielmehr auf die Erfahrungen in der Probezeit abgestellt. Vorliegend konnte das Arbeitszeugnis nicht eindeutig als schlecht angesehen werden und hatte die Serviertochter eine 30jährige Berufserfahrung, weshalb ihre Arbeitslosigkeit kaum auf den Zeugniswortlaut zurückzuführen war.

I. war im Service des Restaurant von W. angestellt. Am 7. August 1997 kündigte W. das Arbeitsverhältnis auf Ende September 1997. In der Folge klagte I. am 17. November 1997 gegen W. auf Verurteilung zur Zahlung von Krankenlohn. An einer ersten Hauptverhandlung vom 29. Januar 1998 erwähnte I., dass W. ihr auch noch ein Arbeitszeugnis schulde, worauf W. am 6. Februar 1998 ein Zeugnis ausstellte. Nachdem im weiteren Verlauf des Verfahrens die Klagforderung durch Leistungen der Krankentaggeldversicherung vollumfänglich gedeckt werden konnte, beanstandete I. am 5. Juni 1998, dass das ausgestellte Arbeitszeugnis nicht korrekt sei. Hierauf überarbeitete W. das Zeugnis am 25. Juni 1998. Auf gerichtliche Aufforderung hin teilte I. am 23. Juli 1998 schliesslich mit, dass sie dem zweiten Arbeitszeugnis einverstanden sei. Allerdings sei ihr durch die verspätete Ausstellung ein Schaden in Höhe zweier Monatslöhne entstanden, der ihr W. zu ersetzen habe. Das Gewerbliche Schiedsgericht

wies die Klage, soweit daran festgehalten wurde, am 8. März 1999 ab, wobei es folgendes erwogen hat.

Ein Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Art. 330a Abs. 1 OR). Obwohl mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses alle aus dem Arbeitsverhältnis entstandenen Forderungen fällig werden (Art. 339 Abs. 1 OR), braucht der Arbeitgeber das Arbeitszeugnis erst auszustellen, sobald der Arbeitnehmer es verlangt (Susanne Janssen, *Die Zeugnisspflicht des Arbeitgebers*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 35; ZK-Staehelin, Art. 330a OR N. 7, S. A 397; Jürg Brühwiler, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. Auflage 1996, Art. 330a OR N. 1, S. 230). Kommt der Arbeitgeber dem Begehren des Arbeitnehmers verspätet nach, haftet er diesem für daraus entstandenen Schaden aufgrund von Art. 103 OR. Dabei ist der Arbeitgeber vorher grundsätzlich noch in Verzug zu setzen. Leistet der Arbeitgeber dem Begehren des Mitarbeiters gar keine Folge oder erweist sich das Arbeitszeugnis als unrichtig, bestimmt sich die Schadenersatzpflicht des Arbeitgeber hingegen nach Art. 97 OR. In allen Fällen muss der Arbeitnehmer nachweisen, dass der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags wegen der Nichterfüllung bzw. verspäteten Erfüllung oder aber wegen der Schlechterfüllung der Zeugnisspflicht durch den Arbeitgeber nicht bzw. erst auf einen späteren Zeitpunkt oder nur zu schlechteren Bedingungen möglich geworden war (Janssen, S. 172 ff.; ZK-Staehelin, Art. 330a OR N. 24, S. A 403).

Vorliegend ergab sich, dass I. das Arbeitszeugnis erstmals im Verlaufe des Prozesses von W. und auch die Zeugnisberichtigung nicht sofort nach seiner Ausstellung, sondern erst Monate danach geltend gemacht hatte. Dass I. zunächst bis zum Zeitpunkt der Berichtigung des Zeugnisses durch W. keine Arbeitsstelle gefunden hatte, konnte daher nicht oder nicht entscheidend auf eine angebliche Verletzung der Zeugnisspflicht des Arbeitgebers zurückgeführt werden. Im Falle der Verzögerung des endgültigen Zeugniswortlauts wurde der Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Verletzung der Zeugnisspflicht und dem behaupteten Schaden durch das späte Berichtigungsbegehren unterbrochen, weil I., die anwaltlich vertreten war, keine Gründe vorbrachte, weshalb sie die Korrektur nicht unmittelbar nach der Ausstellung des ersten Zeugnisses verlangt hatte. Sie hätte vielmehr dartun und nachweisen müssen, dass ihr ein unrichtiger und für die Stellensuche nachteiliger Zeugniswortlaut erst später bewusst geworden war. Davon abgesehen lag eine Schlechterfüllung der Zeugnisspflicht durch das erste Zeugnis auch nicht klar auf der Hand. Der Wortlaut dieses Arbeitszeugnisses war objektiv betrachtet weder speziell vorteilhaft noch sonderlich nachteilig für I. Immerhin konnte aus dem Umstand, dass W. das Zeugnis nachträglich auf Begehren von I. in wesentlichen Punkten verbessert hatte, auf eine gewisse Unrichtigkeit des ersten Zeugnisses geschlossen werden. Allerdings war es durchaus auch denkbar, dass W. dem Berichtigungsbegehren entgegengekommen war, ohne dass er dazu in allen Teilen verpflichtet gewesen wäre. Letztlich brauchte dieser Punkt nicht weiter abgeklärt werden, der aber von I. gemäss Art. 97 OR hätte nachgewiesen werden müssen. I. hatte nämlich daneben auch nicht angeben können, welche Arbeitsstellen ihr aufgrund des ersten Zeugnisses entgangen waren. Es fehlte damit bereits am Nachweis des Schadenseintrittes. Hinzu kam die generelle Feststellung, dass die

Bedeutung eines Arbeitszeugnisses für das weitere berufliche Fortkommen von der im konkreten Fall betroffenen Branche abhängig ist. Das Gericht hatte die Erfahrung gemacht, dass, sofern nicht ein klarerweise schlechtes Arbeitszeugnis vorliegt, jedenfalls in Kleinbetrieben des Gastgewerbes weniger auf das Arbeitszeugnis als vielmehr auf die Erfahrungen abgestellt wird, die der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer in der Probezeit macht. Da das erste Arbeitszeugnis, das I. ausgestellt wurde, nicht als eindeutig schlecht angesehen werden konnte und I. auch über eine dreissigjährige Berufserfahrung im Gastgewerbe verfügte, war ergänzend davon auszugehen, dass ihre Arbeitslosigkeit kaum mit dem Wortlaut des ersten Arbeitszeugnisses in Zusammenhang stand.

(GSGE vom 8.3.1999 in Sachen I. gegen W., GS 1999/388)

2.10. Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)

2.10.1. Die soziale Einstellung des Arbeitnehmers (Arbeitslosenbetreuer) fällt als individuelle Charaktereigenschaft unter Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und als Teil der Meinungsäusserungsfreiheit unter Art. 336 Abs. 1 lit. b OR. Keine Missbräuchlichkeit der Kündigung, weil die soziale Einstellung des Arbeitslosenbetreuers die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigte. Der Arbeitnehmer hatte in casu keinen Anspruch darauf, von seiner Arbeitgeberin mehr als über ihre Neuausrichtung informiert zu werden, insbesondere keinen Anspruch auf eine eigentliche Mitsprache und Mitbestimmung.

J. trat am 2. August 1988 in die Genossenschaft O. ein, die als statuarischen Zweck die Linderung der Arbeitslosigkeit und die dauerhafte Integration von Arbeitslosen in die offene Arbeitswelt verfolgt. Er wurde als Gruppenleiter eingestellt, um auf den Baustellen die Arbeitslosen zu betreuen und ihnen auch handwerkliche Fähigkeiten beizubringen. Um seiner Betreuungsaufgabe besser gerecht zu werden, liess J. sich im Verlaufe seiner Tätigkeit bei O. berufsbegleitend zum Sozialpädagogen ausbilden. Nachdem J. bereits mehrere Jahre bei O. angestellt war, geriet diese unter zunehmenden wirtschaftlichen Druck. Aus diesem Grund begann sie, von den durch sie beschäftigten Arbeitslosen höhere Anforderungen an die Qualität der Arbeit zu verlangen. Mit dem sich daraus ergebenden Leistungsdruck für die Arbeitslosen konnte sich J. nicht einverstanden erklären und kritisierte, dass sich nun O. wirtschaftlichen Zielen verschrieben habe. O., die an ihrem statuarischen Zweck der Integration von Arbeitslosen festhielt, war hingegen nicht bereit, mit J. ihre strategischen Ziele zu diskutieren. Nachdem die unterschiedlichen Auffassungen eine Zeit lang angedauert hatten, kündigte die Genossenschaft O. das Arbeitsverhältnis mit J. auf Ende Dezember 1998. J. erhob rechtzeitig Einspruch gegen die Kündigung. Da es in der Folge nicht zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses kam, klagte J. am 30. Dezember 1998 auf Verurteilung der Genossenschaft O. zu einer Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von drei Monatslöhnen. J. sah den Missbrauch darin begründet, dass die Genossenschaft O. „seine Weigerung, sein soziales Engagement bei der Arbeit zugunsten ihres Profitdenkens zu opfern“, zum Anlass der Kündi-

gung genommen habe. Nach O. hingegen war ein unter der Leitung von J. entstandener Schaden im Zusammenhang mit Malerarbeiten für die Kündigung ausschlaggebend. Gründe für die Kündigung seien gewesen, dass die Qualität in der Zusammenarbeit und in der Kommunikation mit J. und bei der geleisteten Arbeit nicht mehr gestimmt habe. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage mit Urteil vom 17. Juni 1999 vollumfänglich abgewiesen, wobei es folgendes erwogen hat.

Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht von der Kündigungsfreiheit aus. Arbeitgeber wie Arbeitnehmer können das Arbeitsverhältnis grundsätzlich ohne besonderen Grund kündigen. Unzulässig sind Kündigungsgründe, die geradezu als rechtsmissbräuchlich anzusehen sind. In Art. 336 OR werden Gründe aufgezählt, bei denen Missbräuchlichkeit vorliegt. Die Liste dieser Missbrauchstatbestände ist jedoch nicht abschliessend. Vielmehr gelten auch weitere Gründe, die mit den im Gesetz aufgeführten in ihrer Schwere vergleichbar sind, als missbräuchlich (vgl. Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336 OR, S. 331; Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel 1998, S. 143 f.). Es ist Sache des Richters im Rahmen der Rechtsanwendung eine als missbräuchlich behauptete Kündigung unter die in Art. 336 OR aufgeführten Tatbestände zu subsumieren sowie allenfalls die nicht abschliessende Liste zu ergänzen. Vorliegend berief sich J. für sein soziales Engagement auf die in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR aufgeführte Eigenschaft in der Person einer der Arbeitsvertragsparteien, die, falls sie zum Anlass für eine Kündigung durch den Vertragspartner genommen wird, diese Kündigung als missbräuchlich erscheinen lässt. Was als Eigenschaften anzusehen ist, ist in der Literatur umstritten. Während ein Teil der Lehre darunter nur die Grundrechte der menschlichen Person (z.B. Geschlecht, Familienstand, Herkunft) fassen will, sieht ein anderer Teil zu Recht auch individuelle Charaktereigenschaften davon umfasst (Nordmann, S. 86 ff.; offengelassen: BGE 125 III 74). Die soziale Einstellung von J. konnte als solche Charaktereigenschaft angesehen werden. Zudem hat J. durch sein soziales Engagement seiner persönlichen Meinung Ausdruck verliehen und damit von einem verfassungsmässigen Recht Gebrauch gemacht, die im Rahmen der Missbräuchlichkeit einer Kündigung durch Art. 336 Abs. 1 lit. b OR geschützt wird (vgl. Brühwiler, Art. 336 OR N. 3, S. 336 f.). Endlich wurde J., weil er auf seinem sozialen Engagement beharrte, entlassen. Sofern darin die Reaktion auf die Geltendmachung eines arbeitsrechtlichen Anspruchs erblickt werden musste, kam auch die Verletzung dieses weiteren Missbrauchstatbestands nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR in Frage.

Es war nicht zuletzt aufgrund der Aussagen der befragten Zeugen und Auskunftspersonen erstellt, dass die Genossenschaft O. während der Anstellungszeit von J. leistungsorientierter geworden war. Einerseits reagierte sie dabei auf die Veränderungen im Baugewerbe, wo vermehrt Qualitätsarbeit verlangt wurde. Andererseits war sie der Auffassung, dass den betreuten Arbeitslosen besser gedient war, wenn sie im Hinblick auf ihre Rückkehr in den ungeschützten Arbeitsmarkt unter Leistungsdruck gesetzt wurden. Es handelte sich dabei um eine Frage der Ausrichtung der Genossenschaft, die letztlich diese selber zu bestimmen hatte. Zwar sieht das Mitwirkungsgesetz verschiedene Ansprüche für die Arbeitnehmer vor, die jedoch nur in

besonderen Fällen, von denen hier keiner vorlag, über reine Informationsrechte hinausgehen (Art. 9 f. Mitwirkungsgesetz; vgl. Walo C. Ilg, Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben, Zürich 1999, S. 50 ff.). Weitergehende Rechte sah auch der Arbeitsvertrag für J. nicht vor. Es war unbestritten, dass dieser über die geänderte Ausrichtung der O. informiert worden war. Eine eigentliche Mitsprache oder gar Mitbestimmung konnte J. hingegen für sich nicht beanspruchen, weil dafür die Rechtsgrundlage fehlte. Es war deshalb nicht zu beanstanden, dass die Arbeitgeberin nicht bereit war, mit ihm über den von ihr neu eingeschlagenen Weg zu diskutieren. Ohnehin handelt es sich dabei um eine Frage der Unternehmenskultur, in die die Gerichte nicht eingreifen können und sollen. Es ist ferner auch Sache des Arbeitgebers darüber zu entscheiden, wen sie als Arbeitnehmer beschäftigen will. Soweit sie dabei auf die Charaktereigenschaften eines Mitarbeiters abstellt, kann ihr dann kein Missbrauchsvorwurf erwachsen, wenn diese Eigenschaften im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigen (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Letzteres gilt auch bei der Wahrnehmung eines verfassungsmässigen Rechts durch den Arbeitnehmer nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR. Indem J. an seinem sozialen Engagement festgehalten hatte, war erwiesenermassen diese Zusammenarbeit mit ihm wesentlich gestört. Es ist in Lehre und Rechtsprechung denn auch anerkannt, dass Kündigungen, die aus unterschiedlichen Auffassungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Organisation und die Art der Arbeitsausübung ausgesprochen werden, nicht missbräuchlich sind (vgl. Brühwiler, Art. 336 OR, S. 330 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Aus all diesen Gründen konnte in der Kündigung der Genossenschaft O. keine Missbräuchlichkeit erkannt werden.

(GSGE vom 17.6.1999 in Sachen J. gegen Genossenschaft O., GS 1998/445)

2.10.2. Eine Kündigung ist missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer (Lohnadministration) auf den bewilligten Ferien beharrt, ohne dass für die Arbeitgeberin nachträglich unvorhersehbare und dringende betriebliche Umstände eingetreten sind, die der Feriengewährung entgegenstanden (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR).

O. trat im März 1997 eine Stelle in der Lohnadministration der B. AG an, die das Arbeitsverhältnis am 20. November 1997 per Ende 1997 unter sofortiger Freistellung kündigte. Als Kündigungsgründe wurden die schlechte Arbeitsleistung sowie intrigante Aktionen von O. angegeben, der dagegen noch während der Kündigungsfrist wegen Missbräuchlichkeit Einspruch erhob. Nachdem es zwischen den Parteien nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses kam, klagte O. am 20. Februar 1998 auf Verurteilung der B. AG zu einer Entschädigung von sechs Monatslöhnen. Am 7. September 1998 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Entschädigungsforderung über Fr. 7'000.--, entsprechend zwei Monatslöhnen, gut. Eine von der B. AG hiergegen eingereichte Beschwerde wies das Appellationsgericht am 11. März 1999 ab. In seiner Beschwerdevernehmlassung führte das Gewerbliche Schiedsgericht folgendes aus:

"[...]Der Kläger [O.] behauptete, die Beklagte [B. AG] habe ihm deshalb gekündigt, weil er auf der Gewährung der bewilligten Ferien oder dann aber auf dem Ersatz seiner Ferienkosten beharrt habe. Deshalb sei die Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR missbräuchlich. Das Gericht hatte somit zu untersuchen, ob und welche Rolle die Ferien bei der Kündigung spielten. Sollte die Beklagte sich auch aufgrund seines Ferienanspruches zur Kündigung veranlasst gesehen haben, war deshalb insbesondere zu prüfen, ob die Beklagte dem Kläger auch ohne diesen Streitpunkt im betreffenden Zeitpunkt gekündigt hätte (vgl. Thomas Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994 S. 190)."

In der Folge kam das Gewerbliche Schiedsgericht aufgrund der Einvernahme verschiedener Personen als Zeugen bzw. Auskunftspersonen sowie anhand von Indizien zum Schluss, dass die Weigerung von O., die von ihm eingegebenen und von der B. AG bewilligten Ferien zu verschieben, den Ausschlag zur Kündigung gegeben hatte, worauf es weiter erwogen hat:

"Waren die Ferien des Klägers einmal bewilligt, konnte die Beklagte darauf nur noch aus nicht voraussehbaren und dringenden betrieblichen Gründen zurückkommen. Dass die Beklagte zum nachträglichen Ferienstop aufgrund der Kündigung von V. als Leiterin der Lohnadministration und des Wegganges von Herrn M. befugt war, musste bezweifelt werden. Aus den Aussagen der Auskunftsperson G. ergab sich, dass die Beklagte mit der Abteilung Lohnadministration keineswegs zufrieden war und Frau V. daher die Kündigung nahelegte. Da der Beklagten zudem der Weggang von Herrn M. bereits im Sommer bekannt war, konnte nicht von einer nicht voraussehbaren Situation gesprochen werden. Zudem war der Ferienstop für die Zeit über Weihnachten und Neujahr auch sachlich nicht gerechtfertigt. Nach den glaubwürdigen Aussagen der Zeugin V. waren die letzte Dezember- und die erste Januarwoche jeweils noch nicht arbeitsintensiv. Schliesslich war auch nicht nachgewiesen, dass dem Kläger früher als in den Novembergesprächen der Ferienstop bekannt war, so dass ihm auf gutlichem Wege eine Umdisponierung der Ferien möglich gewesen wäre, wozu er aber streng rechtlich nicht verpflichtet gewesen wäre.

Bei dieser Sachlage durfte die Beklagte die einmal bewilligten Ferien des Klägers nicht rückgängig machen. Doch selbst wenn sie dazu berechtigt gewesen wäre, hätte sie dem Kläger jedenfalls von sich aus den Ersatz der bereits getätigten Ferienauslagen offerieren müssen. Kündigte sie unter diesen Voraussetzungen, weil der Kläger auf seinen Ferien beharrte, musste die Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR angesehen werden. [...]

Bei der Bemessung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung ging das Gericht praxisgemäss analog des vom Zürcher Arbeitsgericht bei der Bemessung der Entschädigung infolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung nach Art. 337c Abs. 3 OR entwickelten Rechtsprechung aus. Danach ist bei der Festsetzung im Sinne einer Faustregel von einer Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen auszugehen, wobei die mildernden bzw. erschwerenden Umstände zu einer Reduktion bzw. Erhöhung führen (Jürg Brühwiler, Kom-

mentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 337c OR N. 11, S. 390). Vorliegend hielten sich die mildernden und erschwerenden Umstände die Waage, weshalb die Entschädigung auf zwei Monatslöhne, entsprechend Fr. 7'000.-- festgesetzt wurde. Dieses Resultat muss mit Rücksicht auf alle massgebenden Umstände als angemessen betrachtet werden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die relativ kurze Anstellungszeit des Klägers nicht zum Anlass einer Reduktion genommen wurde und werden durfte (BGE 123 III 256)."

(GSGE vom 7.9.1998 in Sachen O. gegen B. AG, GS 1998/53; AGE vom 11.3.1999 in Sachen B. AG gegen O.)

2.10.3. Siehe auch Ziffern 2.8.1.1. und 2.8.1.2.

2.11. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

2.11.1. Eine fristlose Kündigung wegen einer Arbeitsverweigerung ohne triftigen Grund verlangt vorher eine klare Abmahnung. Als Abmahnung ist eine Androhung der fristlosen Kündigung für den Wiederholungsfall zu verstehen. In casu hatte ein französischer Grenzgänger, der als Schweisser in Regiearbeit bei einem Montageunternehmen in Basel angestellt war, keinen triftigen Grund zur Weigerung der Übernahme eines 4-6wöchigen Einsatzes als Rohrschlosser im Kanton Aargau. Zur Frage, ob ein Regieeinsatz verweigert werden darf, wenn der Arbeitgeber dabei Überstunden verlangt, deren Zumutbarkeit fraglich ist.

B. wurde mit Arbeitsvertrag vom 4. Oktober 1993 beim Montageunternehmen S. als Schweisser angestellt. Er sollte in Regie bei verschiedenen Drittfirmen eingesetzt werden. Die Arbeitszeit dauerte gemäss Ziff. 1.c. des Arbeitsvertrages von „7.00 bis 16.00, während 5 Arbeitstagen pro Woche, Ueberstunden bei Bedarf“. Als Einsatzbetrieb war zunächst die Firma L. AG in Zofingen vorgesehen. Am Freitag, 12. März 1999, teilte die Arbeitgeberin dem B. telefonisch mit, es sei für ihn ab nächstem Montag eine neue Arbeit als Rohrschlosser/Schweisser für ca. 4-6 Wochen gefunden worden. Der Arbeitsort befinde sich in Würenlingen nahe Brugg und es sollten dort mindestens „10 Normalstunden“ gearbeitet werden. B. weigerte sich, diese Arbeit anzunehmen, und zwar auch noch, nachdem ihm S. die fristlose Kündigung angedroht hatte. Hierauf kündigte S. das Arbeitsverhältnis fristlos wegen Arbeitsverweigerung. Mit Klage vom 29. März 1999 verlangte B. die Verurteilung von S. zur Zahlung von Fr. 19'944.--, zur Hauptsache als Ersatz für erlittenen Schaden. Das Gewerbliche Schiedsgericht schützte die Klage am 21. Juni 1999 im Umfang von Fr. 614.60, wies sie aber im übrigen ab. Es sah die fristlose Entlassung als gerechtfertigt an, weil B. keine Gründe geltend machen konnte, die ihn zur Arbeitsverweigerung berechtigten und die Kündigung nach einer entsprechenden Androhung durch S. erfolgt war. Es hat dabei folgendes erwogen.

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag stellte unechte Verleiharbeit dar. Danach bestand ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis mit dem Anspruch auf Lohn für B. unab-

hängig davon, ob er zum Einsatz kam oder nicht. War Arbeit vorhanden, hatte B. sie nicht im Betrieb von S., sondern bei ihren Kunden, den Einsatzbetrieben, zu leisten. Da B. in Frankreich wohnhaft war, bedurfte er für Arbeit in der Schweiz einer Grenzgängerbewilligung. Es traf zwar zu, dass die für B. ursprünglich eingeholte Bewilligung auf den Kanton Basel-Stadt beschränkt war. Wird allerdings wie hier vorübergehend der Einsatzort eines Grenzgängers, der fest angestellt ist, in einen anderen Grenzkanton verlegt, braucht nach Art. 23 Abs. 3 BVO lediglich das Einverständnis dieses weiteren Einsatzkantons eingeholt werden. Nach der vom Gericht eingeholten Auskunft der hierfür zuständigen Fremdenpolizei des Kantons Aargau konnte der entsprechende Antrag sowohl von der Verleihfirma als auch von der Einsatzfirma gestellt werden. Zudem war das Gesuch nach der fremdenpolizeilichen Praxis auch kurzfristig und ohne schriftliche Eingabe zulässig.

Als die Arbeitgeberin S. am Freitag, dem 12. März 1999, B. von der Arbeit in Würenlos mit Beginn am 15. März 1999 unterrichtete, brauchte sie noch nicht im Besitz des Einverständnisses der aargauischen Fremdenpolizei zu sein. Es entspricht vielmehr der üblichen Vorgehensweise des Arbeitgebers im Verleiharbeitsverhältnis, dass er zunächst seinen Arbeitnehmer über den geplanten Einsatz in Kenntnis setzt, um erst danach die nötige Bewilligung bei den Behörden einzuholen. Vom Arbeitgeber abzuklären ist nämlich vorgängig, ob der betreffende Arbeitnehmer überhaupt einsatzfähig ist. Vorliegend war der Arbeitnehmer im Januar und Februar unfallbedingt nicht und im März erst wenige Tage zum Einsatz gekommen. Zudem war es, wie erwähnt, zulässig, dass die Einsatzfirma die Zustimmung bei der aargauischen Fremdenpolizei eingeholt hatte. Da sich diese vorliegend vor Ort befand, hätte sie die Bewilligung in Kürze beschaffen können, um sie B. noch rechtzeitig bei Arbeitsbeginn auszuhandigen. Schon den ersten Einsatz hatte B. für S. im Kanton Aargau zu leisten. Auch hatte er während seiner gesamten Anstellungszeit bei S. offensichtlich nie die Erfahrung machen müssen, dass die Arbeitgeberin eine für ihn nötige behördliche Bewilligung nicht oder nicht rechtzeitig einholen konnte. Aus diesen Gründen ging der Einwand von B., er hätte riskieren müssen, ohne gültige Bewilligung in Würenlos zu arbeiten, fehl. Insbesondere hätte er auch, falls die Bewilligung nicht vorgelegen wäre, die Arbeit bis zu ihrem Eintreffen am Einsatzort verweigern dürfen.

Im Arbeitsvertrag wurde vereinbart, dass B. an fünf Tagen in der Woche insgesamt 42 Stunden arbeiten musste. S. wollte B. im vorliegenden Fall während vier bis sechs Wochen zu täglich mindestens zehn Stunden einsetzen. Da auch B. nicht behauptete, es sei die Rede von einer 6-Tagewoche gewesen, musste er davon ausgehen, dass von ihm an fünf Tagen insgesamt mindestens 50 Arbeitsstunden verlangt wurden. Als Schweisser bzw. Rohrschlosser auf einer Baustelle konnte B. weder als Arbeitnehmer in einem industriellen Betrieb noch als technischer Angestellter im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a des Arbeitsgesetzes gelten, weshalb die auf ihn anwendbare wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht 45, sondern 50 Stunden betrug (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG). Da die Einsatzfirma für kurze Zeit dringend Rohrschlosser auf ihrer Baustelle brauchte, hätte S. die Höchstarbeitszeit sogar noch um zwei Stunden täglich und im Kalenderjahr bis zu 60 Stunden ohne behördliche Bewilligung überschreiten dürfen. Nachdem B. infolge Unfall in den Monaten Januar und Februar 1999 arbeitsunfähig war und im

März trotz Arbeitsfähigkeit erst während weniger Tage zum Einsatz gekommen war, war das Überzeitpotential wenn nicht völlig unangetastet, jedenfalls sicher nicht ausgeschöpft.

Zur Arbeitszeit von B. hätte auch nicht der Arbeitsweg gerechnet werden können. Ein Unternehmen, das seine Angestellten regelmässig an Drittfirmen ausleiht, unterhält in der Regel keine eigene Betriebsstätte, die für die ausgeliehenen Arbeitnehmer als Arbeitsort angesehen werden könnte. Eigentlicher Arbeitsort wäre daher auch vorliegend allein die Betriebsstätte der Einsatzfirma gewesen, wie sie bereits im Arbeitsvertrag vom 4. Oktober 1993 generell festgelegt und für den ersten Einsatz mit Zofingen angegeben war. Um offensichtlich B. für den weiteren Arbeitsweg und die damit verbundenen Auslagen zu entschädigen, hatten die Parteien daneben vereinbart, dass B. je nach Region, in der er zum Einsatz kommt, verschiedenen hohe Spesen erhält. Zudem hatte B. seine Arbeitskraft im Jahre 1993 im Bewusstsein angeboten, dass S. eine Regieunternehmen betreibt und ihre Angestellten auch über die Region Basel hinaus an Einsatzbetriebe ausleiht. Schon beim ersten Einsatz nahm B. mit Zofingen als Arbeitsort denn auch einen längeren Arbeitsweg in Kauf.

Weiter konnte auch nicht behauptet werden, dass B. durch die täglich zehnstündige Arbeit und den Arbeitsweg gesundheitlich überlastet worden wäre. Es ist zu bedenken, dass sein Einsatz nur während vier bis sechs Wochen verlangt wurde. Es kommt auch in anderen Arbeitsbereichen vor, dass infolge aussergewöhnlichen Arbeitsanfalles vorübergehend erhöhte Einsatzzeiten von den Arbeitnehmern verlangt werden und aufgrund der angeführten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auch verlangt werden dürfen. Wesentlich war dabei, dass der Arbeitnehmer nicht dauernd oder über längere Zeit derartige Arbeitsleistungen hätte erbringen müssen. Dafür sorgen die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über die Höchstarbeitszeit und ihre zulässige Überschreitung in bestimmten Grenzen ohne und mit behördlicher Bewilligung. Solange diese Vorschriften eingehalten waren, konnte nicht ohne weiteres von einer gesundheitlichen Gefährdung von B. ausgegangen werden, die S. aufgrund ihrer Fürsorgepflicht hätte verhindern müssen. B. hat denn auch nie geltend gemacht, denn gar durch ein Arztzeugnis belegt, dass er auf ärztlichen Rat hin der Schonung bedürfte.

Ferner war auch der Einwand von B., er hätte damit rechnen müssen, dass er die von ihm über die 42 Stundenwoche hinaus verlangten Arbeitsstunden nicht vergütet erhalten hätte, unbehelflich. B. berief sich für seinen Einwand darauf, dass S. die täglichen 10 Arbeitsstunden als Normalstunden bezeichnet habe. Den Begriff Normalstunden verwendete S. offensichtlich aus der Optik des Einsatzbetriebes, der wenigstens zehn Stunden Arbeit pro Tag zur Voraussetzung einer Ausleihe des Beschwerdeführers machte. Es bedeutete hingegen nicht, dass S., wie sie auch an der Hauptverhandlung bestätigte, B. die Mehrstunden über das im Arbeitsvertrag vereinbarte Soll von 42 Stunden hinaus nicht als Überstunden vergütet hätte. Es war davon auszugehen, dass S. dieses Soll kannte. B. brachte denn auch nicht vor, S. hätte ihm in der Vergangenheit die Abgeltung von Überstunden vorenthalten. Im übrigen wurde darauf hingewiesen, dass B. zur Arbeitsaufnahme verpflichtet gewesen wäre, selbst wenn S. ihm jede Entschädigung von Überstunden abgesprochen hätte. Die Wegbedingung der Überstundenentschädigung bedarf nach Art. 321c Abs. 3 OR der Schriftform. Die Einsätze durch S.

erfolgten jedoch regelmässig mündlich. Er hätte daher, falls S. die Überstundenabgeltung beharrlich verweigert hätte, dafür den Rechtsweg beschreiten können.

(GSGE vom 21.6.1999 in Sachen B. gegen S., GS 1999/90)

Auf Beschwerde von B. bestätigte das Appellationsgericht am 18. Oktober 1999 das erstinstanzliche Urteil. Eine von B. hiegegen erklärte Berufung hat das **Bundesgericht** am 13. Juni 2000 mit folgender Begründung abgewiesen:

„[...] 2.- Gemäss Art. 337 OR kann jede Partei den Arbeitsvertrag aus einem wichtigen Grund fristlos auflösen. Als solcher Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsvertrages, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 142 E. 5c S. 144). Nach der Rechtsprechung rechtfertigen nur besonders schwere Pflichtverletzungen eine solche Kündigung (BGE 117 II 72 E. 3 S. 73 f.). Es kann sich entweder um eine Verletzung der Treupflicht oder der Arbeitspflicht handeln. Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen eine fristlose Kündigung nur im Wiederholungsfall und nach Abmahnung (BGE 121 III 467 E. 4d S. 472; Adrian von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR, Diss. Zürich 1995, S. 66). Eine klare Abmahnung muss verlangt werden, wenn einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin wegen einer Arbeitsverweigerung gekündigt werden soll. Als ultima ratio ist die fristlose Kündigung erst zulässig, wenn dem Vertragspartner nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (BGE 117 II 560 E. 3b S.562).

[...]

3.- Die Beklagte hat die fristlose Kündigung mit dem Argument ausgesprochen, der Kläger habe die ihm zugewiesene Arbeit verweigert. Eine Arbeitsverweigerung stellt eine schwere Verletzung der vertraglichen Pflichten dar. Die Beklagte hat den Kläger darauf aufmerksam gemacht, dass sie ihm fristlos kündige, falls er bei seiner abweisenden Haltung bleibe. Sie hat somit auch die notwendige Abmahnung ausgesprochen, so dass die Kündigung als gerechtfertigt erscheint, sofern der Kläger nicht einen triftigen Grund hatte, die ihm zugewiesene Arbeit zu verweigern. Ein solcher Grund liegt vor, wenn vom Arbeitnehmer eine Arbeit verlangt wird, zu welcher dieser nach Vertrag nicht verpflichtet ist.

a) Es ist unbestritten, dass nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom Arbeitnehmer Regiearbeit geschuldet war. Der Kläger musste somit von Anfang an damit rechnen, an verschiedenen Orten eingesetzt zu werden. Verbindlich festgestellt ist sodann, dass dem Kläger mitgeteilt wurde, es sei beim Einsatz in Würenlingen mit ca. zehn Stunden Arbeit pro Tag zu rechnen. Nach Ansicht des Klägers war eine so lange Arbeitszeit nicht zumutbar, namentlich wenn sie in Würenlingen zu verrichten war, so dass auch noch ein langer Arbeitsweg dazu gekommen wäre. Der Kläger betrachtet deshalb die Arbeitsverweigerung als gerechtfertigt.

aa) Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägers aus dem Arbeitsgesetz (Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964; ArG; SR 822.11) keine Unzulässigkeit eines solchen Arbeitseinsatzes. Als gewerbliche Arbeit

fällt die hier zu beurteilende Tätigkeit unter Art. 9 Abs. 1 Bst. b ArG, der eine maximale wöchentliche Arbeitszeit von fünfzig Stunden zulässt. Dass auch vorgesehen gewesen wäre, an Samstagen zu arbeiten, ist - wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich feststellt - nicht erwiesen.

Gemäss Arbeitsgesetz bzw. zugehöriger Verordnung des Bundesrates gilt der Weg zum und vom Arbeitsort nicht als Arbeitszeit (Art. 30 Abs. 1 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 14. Januar 1966; SR 822.111; Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N. 2 zu Art. 9 ArG). Ob es sich anders verhielte, wenn die Beklagte den Kläger angewiesen hätte, auf dem Arbeitsweg noch einen anderen Arbeitnehmer mitzunehmen, kann dahingestellt bleiben. Dem angefochtenen Urteil ist keinerlei Feststellung zu entnehmen, dass eine solche Weisung bestanden hätte.

bb) Vertraglich waren zweiundvierzig Arbeitsstunden pro Woche vereinbart. Die Beklagte verlangte vom Kläger somit offensichtlich eine Mehrleistung. Gemäss Art. 321c OR ist der Arbeitnehmer auch ohne besondere Vereinbarung verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus Arbeit zu leisten.

Überstunden charakterisieren sich dadurch, dass sie vom Arbeitgeber einseitig angeordnet werden können und vom Arbeitnehmer bei Vorliegen der gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen geleistet werden müssen. Der Arbeitnehmer hat die Überstunden zu leisten, soweit sich diese als notwendig erweisen, er sie zu leisten vermag und ihm diese zusätzliche Leistung nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Von diesen drei Elementen kommt der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer die Überstunden zu leisten vermag, keine selbständige Bedeutung zu (Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, N. 4 zu Art. 321c OR, bezeichnet dieses Erfordernis als einen Anwendungsfall der Unzumutbarkeit). Das Gesetz schliesst damit die Verpflichtung aus, Überstunden leisten zu müssen, welche die Kräfte des Arbeitnehmers übersteigen oder welche er aus gesundheitlichen Gründen nicht zu leisten vermag (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, N. 5 zu Art. 321c OR; Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2. Auflage, Lausanne 1996, N. 4 zu Art. 321c OR). Überstunden sind zudem nur zu leisten, soweit dies nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Art. 321c Abs. 1 OR bezweckt damit eine Interessenabwägung im konkreten Fall (Brühwiler, N. 6 zu Art. 321c OR). Dabei sind die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1991, N. 2 zu Art. 321c OR). Namentlich ist zu prüfen, ob durch die Überstunden das Privat- und Familienleben des Arbeitnehmers übermässig gestört wird (Brunner/Bühler/Waeber, N. 4 zu Art. 321c OR). Es ist auch auf die praktische Organisation des Alltags durch den Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen (Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 321c OR; Streiff/von Kaenel, N. 2 zu Art. 321c OR; einschränkend Brühwiler, N. 6 zu Art. 321c OR). Aufseiten des Arbeitgebers sind dessen wirtschaftliche Interessen an den Überstunden zu berücksichtigen. Es kommt entscheidend darauf an, ob diese Interessen auch auf andere Weise als mit den Überstunden hätten befriedigt werden können. Dies bringt das Gesetz mit dem letzten Erfordernis zum Ausdruck, wonach die Überstunden notwendig sein müssen. Eine absolute Notwendigkeit ist indessen nicht gefordert. Es genügt, dass die Überstunden nicht leicht vermieden werden können (Streiff/von Kaenel, N. 2 zu Art. 321c OR). Überstunden haben die Ausnahme zu bleiben. Mit ihnen soll ausserordentlichen Situationen begegnet werden. Art. 321c Abs. 1 OR ist zwar absolut zwingend (vgl. Art. 361 Abs. 1 OR). Die Ausgestaltung des Einzelarbeitsvertrages beeinflusst aber die Interessenabwägung, die auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. So können beispielsweise die unterschiedlichen Gründe, warum jemand eine Teilzeitstelle annimmt, die Überstunden eher als zumutbar erscheinen lassen oder sie weitgehend ausschliessen (Staehelin, N. 9 am Ende zu Art. 321c OR; Wilhelm Boner, Teilzeitarbeit, Diss. Zürich, Bern 1985, S. 85 ff.). Wird schon im Arbeitsvertrag in Aussicht genommen, dass in einem gewissen Umfang und unter bestimmten Voraussetzungen

Überstunden anfallen werden, kann der Arbeitnehmer sich darauf einstellen und die Leistung der Überstunden erscheint häufiger zumutbar.

Es liegt auf der Hand, dass bei Regiearbeit der Arbeitsanfall weniger organisier- und voraussehbar ist als bei einer Arbeit ausschliesslich im gleichen Betrieb. Bei der Regiearbeit ist zudem eher mit Überstunden zu rechnen als bei einem anderen Arbeitsverhältnis. Einzuräumen ist freilich, dass es kaum als zumutbar betrachtet werden kann, wenn der Arbeitnehmer über längere Zeit täglich 1,6 Überstunden leisten muss. Dann stellt sich nämlich die Frage, ob es sich tatsächlich um notwendige Überstunden handelt oder ob nicht vielmehr der gewöhnliche Arbeitsanfall innerhalb der normalen Arbeitszeit nicht mehr bewältigt werden kann und deshalb organisatorische Massnahmen zu ergreifen sind, wie zum Beispiel die Einstellung zusätzlichen Personals. Was als längere Zeit anzusehen ist, hängt vom konkreten Arbeitsverhältnis ab. Mehrere Wochen lassen die Zumutbarkeit jedenfalls als fraglich erscheinen. Andererseits ist aber auch nicht dargetan, dass besondere persönliche Gründe die Überstunden unzumutbar gemacht hätten. Mit Blick auf diese Umstände erscheint es immerhin verständlich, dass der Kläger die Zulässigkeit der Arbeitszuweisung als zweifelhaft ansah. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass er die Arbeit verweigern durfte. Die vertragliche Arbeit war ihm zumutbar und es durfte von ihm während einer beschränkten Zeit die Leistung der entsprechenden Überstunden verlangt werden. Er hätte die Arbeit unter diesem Gesichtspunkt weisungsgemäss erbringen müssen und erst die nachfolgenden, weiteren Überstunden verweigern dürfen, die als nicht mehr zumutbar erschienen. Es war ihm somit zuzumuten, die Arbeit vorerst weisungskonform auszuführen und der Arbeitgeberin zu erklären, ab wann er die Überstunden als nicht mehr zumutbar ansah.

cc) Ebenfalls nicht als Weigerungsgrund kann der Arbeitsort angesehen werden. Aus der Vereinbarung von Regiearbeit ergibt sich, dass der Arbeitsort nicht im Voraus bestimmt ist, und der Kläger deshalb damit rechnen musste, ausserhalb von Basel eingesetzt zu werden. Überdies war im Arbeitsvertrag als erster Einsatzbetrieb eine Firma in Zofingen, also auch nicht in der Region Basel vorgesehen. Schliesslich ist bereits vorne (E. 1) festgehalten worden, dass es nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanz möglich gewesen wäre, rechtzeitig die für den Kläger als Grenzgänger nötige Bewilligung des Einsatzkantons zu beschaffen.

b) Nicht zu hören ist die Behauptung, der Kläger habe davon ausgehen müssen, dass die Überstunden nicht entschädigt würden. Dabei handelt es sich um unzulässige Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Diese hält fest, dass die Beklagte den von ihr verwendeten Begriff "Normalstunden" so verstanden hat, dass die Arbeitszeit bei diesem Einsatz um die zehn Stunden pro Tag betrage, nicht aber so, dass es sich dabei um normale vertragliche Arbeitszeit handle. Hat sich die Beklagte aber nie geweigert, die Überstunden zu entschädigen, kann der Kläger seine Arbeitsverweigerung auch nicht damit begründen. [...]"

(BGE vom 13.6.2000 in Sachen B. gegen S., 4C.464/1999/rnd)

2.11.2. Der Bezug von Schmiergeldzahlungen durch den Arbeitnehmer (Versicherungsinspektor) berechtigt den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung. Der Arbeitnehmer ist zur Herausgabe der Schmiergelder an den Arbeitgeber verpflichtet.

C., der bei den B. Versicherungen zuletzt als Direktionsschadensinspektor tätig war, wurde am 29. Mai 1998 fristlos entlassen. Begründet wurde die Entlassung damit, dass C. sich habe Schmiergelder zahlen lassen, in der jüngeren Zeit von der Firma Z., in früherer Zeit von der X. AG und der Y. AG. C. verlangte mit einer Teilklage vom 17. Juni 1998 die Verurteilung der B. Versicherungen zum Betrag von Fr. 20'000.-- aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, die B. Versicherungen ihrerseits den gleichen Betrag als Schadenersatz mittels Widerklage gegen C. Mit Urteil vom 5. Mai 1999 wies das Gewerbliche Schiedsgericht in der 2. Hauptverhandlung die Klage ab und hiess die Widerklage gut. Auf Beschwerde von C. hin bestätigte das Appellationsgericht am 15. Oktober 1999 das erstinstanzliche Urteil, indem es was folgt ausführte:

"[...] 2. Von entscheidender Bedeutung ist im vorliegenden Fall die Berechtigung der fristlosen Entlassung des Beschwerdeführers [C.]. Die Beschwerdegegnerin [B. Versicherungen] wirft dem Beschwerdeführer den Bezug von Schmiergeldern vor und ist für diesen Vorwurf beweispflichtig. Wenn ihr der Beweis gelingt, ist die fristlose Entlassung als berechtigt anzusehen, da es sich dabei um eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht handelt (Fritz Rapp, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, in: BJM 1978, S. 175; OR-Rehbinder Art. 337 N. 1; ZK-Staehelin/Vischer Art. 337 N. 22; BGE 124 III 25 ff., 92 II 184 ff.). Dies wird auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten."

In der Folge bestätigte das Appellationsgericht der vom Gewerblichen Schiedsgericht aus der Befragung mehrerer Personen als Zeugen und Auskunftspersonen sowie aus der Berücksichtigung verschiedener Umstände gezogene Schluss, dass C. von der Firma A. Schmiergelder bezogen hatte. Weiter hat es erwogen:

"[...] Wie in der Vernehmlassung der Vorinstanz zudem betont wird, wurde beim Entscheid nebst den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen Z. und S. insbesondere auch darauf abgestellt, dass der Beschwerdeführer schon früher (ca. 1977-80) an eine Firma X. sowie an eine Firma S. Aufträge vermittelt und dafür Geld bezogen hatte. Hiergegen macht der Beschwerdeführer geltend, diese alten Geschichten könnten nicht zur Begründung der fristlosen Entlassung vom 29. Mai 1998 herangezogen werden. Das ist zutreffend. Die Vorinstanz hat diese Begebenheiten denn auch nicht zur Rechtfertigung der fristlosen Entlassung zugelassen, sondern aus ihnen nur abgeleitet, der Beschwerdeführer habe schon früher seine Stellung ausgenutzt, um sich zu bereichern, was für die Glaubwürdigkeit der Aussagen von A. spreche. Dieser Schluss ist nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer macht im weiteren geltend, an der Firma X. nur mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin beteiligt gewesen zu sein und von der Firma S. nie etwas bekommen zu haben."

Das Appellationsgericht befasste sich in der Folge mit dem Beweisergebnis vor dem Gewerblichen Schiedsgericht und erklärte:

"[...]Der Schluss des Gewerblichen Schiedsgerichts, der Beschwerdeführer habe schon die Firma X. mit Aufträgen beliefert und dafür ohne Wissen der Beschwerdegegnerin Zahlungen bezogen, ist daher nicht zu beanstanden. Zur Firma S. hat der Zeuge S. in der ersten Verhandlung erklärt, die habe mit dem Beschwerdeführer einen Vertrag über zu leistende Zahlungen gehabt. Der Beschwerdeführer hat das bestritten. Nach Einreichung des Vertrages [...] hat der Beschwerdeführer dann auf einmal erklärt, dieser Vertrag sei nie vollzogen worden. Die Vorinstanz hat aus diesem widersprüchlichen Verhalten des Beschwerdeführers und für die wenig überzeugende Erklärung für den Vertrag [mit der Firma] S. zu Recht auf die Unglaubwürdigkeit des Beschwerdeführers geschlossen. Dazu kommt, dass nicht erst die Annahme, sondern schon die Vereinbarung von Schmiergeldern verpönt ist, so dass der Einwand des Beschwerdeführers diesem ohnehin nicht helfen könnte (ZK-Staehelin/Vischer: Art. 321a N. 26).

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass es nicht zu beanstanden ist, wenn das Gewerbliche Schiedsgericht aufgrund der Aussagen der befragten Personen sowie des früheren Verhaltens des Beschwerdeführers zum Schluss gelangt ist, dass er Schmiergeldzahlungen entgegengenommen hat. Daran würde auch die Abnahme weiterer Beweise, wie vom Beschwerdeführer beantragt, nichts ändern. Die Beschwerde ist daher, soweit der Beschwerdeführer die Gutheissung seiner Klage beantragt, abzuweisen.

3. Zu klären bleibt, ob die Vorinstanz die Teilwiderklage der Beschwerdegegnerin zu Recht gutgeheissen hat. Ob die Erhebung einer teilweisen Widerklage prozessual zulässig war, ist dabei nicht weiter zu untersuchen, da sich der Beschwerdeführer hierauf eingelassen hat. Voraussetzung für die Gutheissung der Widerklage ist in erster Linie die Tatsache der Entgegennahme von Schmiergeldzahlungen durch den Beschwerdeführer. Dazu kann auf das oben Ausgeführte verwiesen werden. Zu fragen ist aber mit dem Beschwerdeführer nach dem Schaden:

Das Gewerbliche Schiedsgericht führt in seiner Vernehmlassung aus, der Arbeitnehmer sei zur Herausgabe vom Schmiergeldern an seinen Arbeitgeber verpflichtet und schädige diesen entsprechend, wenn er sie nicht weiterleite. Diese Herausgabepflicht wird in der Literatur allgemein bejaht (SPR VII/1, Vischer, S. 346 f.; ZK-Staehelin/Vischer, Art. 321b N. 3; BK-Rehbinder, Art. 321a N. 4). "Ausgenommen von der Herausgabepflicht bleiben nur diejenigen Fälle, in denen ein rechtlich einwandfreier Zuwendungswille, der sich nicht an der Treuepflicht des Arbeitnehmers brechen darf, vorliegt" (Staehelin/Vischer a.a.O.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Mit der Entgegennahme der Schmiergelder durch den Beschwerdeführer sind daher vorliegend die Voraussetzungen für die Pflicht zur Herausgabe an den Arbeitgeber erfüllt. Bezüglich der Höhe des der Beschwerdegegnerin zugesprochenen Betrags ist die Vorinstanz davon ausgegangen, bei Zahlungen von 15 % auf allen Rechnungsbeträgen sei die Summe der Teilwiderklage jedenfalls übertroffen. Dem widerspricht der Beschwerdeführer nicht. Die Gutheissung der Teilwiderklage ist daher ebenfalls nicht zu beanstanden. [...]"

(AGE vom 15.10.1999 in Sachen C. gegen B. Versicherungen; GSGE vom 5.5.1999 in Sachen C. gegen B. Versicherungen, GS 1998/206)

2.11.3. Kein Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR für einen Arbeitnehmer (Schlafwagenbegleiter), der an einer Fernsehsendung mitwirkte, in der zusammen mit einer Gewerkschaft versucht wurde, massiven Druck auf die Arbeitgeberin im Zusammenhang mit der Neugestaltung der Arbeitsverträge auszuüben. Da die Sendung um ihn herum aufgebaut war und ohne seine Kenntnisse und ohne seine Zustimmung in dieser Art nicht möglich gewesen wäre, verletzte er seine Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin in nicht geringem Mass und trug entsprechend zur fristlosen Kündigung bei.

S. war von Ende 1993 bis Mitte 1998 zunächst bei der W. SA und danach bei der E. AG aus-hilfsweise als Schlagwagenbegleiter tätig. Im Jahre 1998 kam es zwischen der E. AG und einem Teil ihrer Belegschaft unterstützt durch die Gewerkschaft U. zu Diskussionen über Lohn und Arbeitszeiten. In der Folge trat S. in einer Reportage des Fernsehkanals TSR 2 über die E. AG auf, worauf diese am 3. Juni 1998 das Arbeitsverhältnis fristlos kündigte. Mit Klage vom 15. Oktober 1998 verlangte S. unter anderem die Verurteilung der E. AG zur Bezahlung von Lohnersatz und einer Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung. In seinem Urteil vom 12. April 1999 erklärte das Gewerbliche Schiedsgericht die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt und sprach daher S. Schadenersatz zu, während es die Entschädigungsforderung vollumfänglich abwies. Auf Beschwerde von S. hin bestätigte das Appellationsgericht am 13. August 1999 das erstinstanzliche Urteil, indem es folgendes ausführte:

"[...] b) Für seine weitere Rüge, wonach das Gewerbliche Schiedsgericht zu Unrecht eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR verweigert habe, beruft sich der Beschwerdeführer [S.] auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere auf ein Urteil vom 19. März 1999 (4C.30/1999, publiziert in: plädoyer 3/1999, S. 57). Nach dieser Rechtsprechung darf eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR nur verweigert werden, "wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, namentlich ein Fehlverhalten des Arbeitgebers ausschliessen oder diesem aus anderen Gründen nicht anzulasten sind" (Plädoyer 3/99, S. 57).

Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Zusprechung der verlangten Entschädigung verweigert, da der Beschwerdeführer im März 1998 an einer Reportage über seine Arbeitgeberin mitgewirkt hatte, welche später auf dem Kanal TSR 2 gesendet worden war. Dabei hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zwar zugestanden, dass die Äusserungen über die Arbeitsbedingungen nicht generell unzutreffend waren. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat jedoch gemäss seiner Vernehmlassung berücksichtigt, dass mit der Fernsehsendung versucht worden sei, auf die Beschwerdegegnerin [E. AG] massiven Druck auszuüben, nachdem diese den Begehren der Gewerkschaften nicht wunschgemäss nachgekommen sei. Die Fernsehsendung sei darauf angelegt gewesen, die Beschwerdegegnerin in einer breiten Öffentlichkeit an den Pranger zu stellen und schlecht zu machen. Dabei sei ein falscher Eindruck erweckt worden. Der Beschwerdeführer habe an dieser Fernsehreportage als Arbeitnehmer und nicht als Gewerkschaftsvertreter eine zentrale Rolle eingenommen. Die ganze Sendung sei um ihn herum aufgebaut gewesen. Es müsse ihm daher eine Mitverantwortung an der bezüglich Motivation und Stil unzulässigen Reportage zugeschrieben werden. Damit habe der Beschwerdeführer seine Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin in nicht geringem Masse verletzt.

Bei der Würdigung der angeführten Umstände kommt dem kantonalen Sachgericht, wie das Bundesgericht im oben zitierten Entscheid festhält, ein beachtlicher Spielraum zu, was auch das

Appellationsgericht bei der Beurteilung des vorinstanzlichen Entscheids zu berücksichtigen hat. Wenn das Gewerbliche Schiedsgericht das dargelegte Verhalten des Beschwerdeführers als erhebliche Verletzung der Treuepflicht und aussergewöhnlichen Umstand angesehen hat, der ein Absehen von einer Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 rechtfertigt, ist dies jedenfalls nicht als willkürlich zu beanstanden. Der vorliegende Sachverhalt lässt sich insbesondere auch nicht mit demjenigen im Entscheid des Bundesgerichts vom 19. März 1999 vergleichen, weshalb der Beschwerdeführer aus diesem Entscheid nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. [...]"

(AGE vom 13.8.1999 in Sachen S. gegen E. AG; GSGE vom 12.4.1999 in Sachen S. gegen E. AG, GS 1998/339)

2.12. Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

Eine Personalberaterin in der Personalverleih- und vermittlungsbranche kann gültig ein Konkurrenzverbot eingehen. Dass ihr bei der Lohnbemessung für die verliehenen und vermittelten Arbeitnehmer ein gewisser Spielraum zugestanden war, kann die Geheimnisqualität der Preiskalkulation und Marge ihrer Arbeitgeberin nicht in Frage stellen (Art. 340 Abs. 2 OR). Kein begründeter Anlass zur Kündigung (Art. 340c Abs. 2 OR) war für die Personalberaterin darin zu erblicken, dass ihr keine fundierte Schulung geboten wurde, weil ihr eine solche auch nicht versprochen worden war. Art. 340c Abs. 1 OR, der den Verzicht auf das Konkurrenzverbot ausdrücklich normiert, wird durch Art. 2 Abs. 2 ZGB ergänzt. Ein Verzicht bzw. eine Verwirkung dürfen nicht leichthin angenommen werden. Die Nichtgeltendmachung der Realerfüllung des Konkurrenzverbots innert Frist ist noch kein Umstand, der auf einen Verzicht bzw. auf eine Verwirkung des Konkurrenzverbots als solches schliessen lässt. Die Konventionalstrafe wurde auf angemessene Fr. 5'000.--, entsprechend ca. einem Nettomonatseinkommen, gekürzt (Art. 340a Abs. 2 OR).

D. trat am 16. Oktober 1995 als Personalberaterin in die Arbeitsverleih- und vermittlungsfirma W. AG ein. Arbeitsort war Basel. Nach einer dreimonatigen Probezeit war der Monatslohn Fr. 4'800.-- brutto zuzüglich eines 13. Monatslohnes. Der Arbeitsvertrag sah ferner folgendes vor:

"[...]

4. Berufsgeheimnis

Die Mitarbeiterin wird hinsichtlich der gegenwärtigen und zukünftigen Arbeitsmethoden des Arbeitgebers gegenüber Drittpersonen absolutes Stillschweigen bewahren. Diese Verpflichtung bleibt auch nach Auflösung dieses Vertrags weiter bestehen.

5. Konkurrenzklausele

Die Mitarbeiterin verpflichtet sich, während der Dauer dieses Vertrags und während 2 Jahren nach Ablauf desselben dem Arbeitgeber keine Konkurrenz zu machen, indem sie eine gleichartige Tätigkeit ausübt. Sie darf sich weder auf eigenen Namen noch für Rechnung eines Dritten als Gesellschafterin oder in irgendeiner anderen Form betätigen.

Die Mitarbeiterin erklärt ausdrücklich, der Geltung der obigen Konkurrenzklausele - gültig für die nachstehenden geographischen Gebiete - besondere Aufmerksamkeit geschenkt zu haben:

- Schweiz: Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Bern, Aargau, Solothurn und Jura.

6. Konventionalstrafe

Jede Verletzung der Verpflichtung aus den Paragraphen 4 und 5 dieses Vertrages hat im ausdrücklichen Einverständnis beider Parteien die Zahlung einer Entschädigung in der Höhe von Fr. 30'000.-- (Dreissigtausend) an den Arbeitgeber zur Folge.

Alle zusätzlichen Ansprüche des Arbeitgebers auf Schadenersatz sowie sofortiges und totales Einstellen der Konkurrenzfähigkeit bleiben vorbehalten.

[...]"

Am 26. Juni 1996 kündigte D. das Arbeitsverhältnis auf den 31. Juli 1996. In der Folge arbeitete sie bei der Arbeitsverleih- und vermittlungsfirma P. AG in Basel. Mit Klage vom 20. Januar 1999 verlangte die W. AG die Verurteilung von D. zur Zahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 10'000.--. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 17. Mai 1999 im Umfang von Fr. 5'000.-- gut, indem es folgendes erwogen hat.

Ausgegangen wurde von der Feststellung, dass Konkurrenzverbote in der heutigen Arbeitswelt zwar je länger je mehr als störend und wenig zeitgemäss empfunden werden. Namentlich stehen sie in einem Spannungsverhältnis zur freien wirtschaftlichen Entfaltung des Einzelnen, wie sie durch die Handels- und Gewerbefreiheit sowie das Kartellrecht geschützt wird (Peter Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1989, S. 25 f.). Andererseits sind Konkurrenzverbote im Obligationenrecht aber nach wie als zulässig vorgesehen. Untersagt werden kann damit, dass der Arbeitnehmer auch noch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine den bisherigen Arbeitgeber konkurrenzierende Tätigkeit ausübt. Diese konkurrenzierende Tätigkeit kann sowohl eine selbständige als auch eine unselbständige Erwerbsarbeit sein. Im Rahmen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit kann es dabei nicht darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer mit dem Konkurrenzbetrieb in einem Arbeitsverhältnis steht oder aber von einer Drittfirma, die ihn anstellt, an diesen konkurrenzierenden Betrieb ausgeliehen wird. Wesentlich ist einzig, ob die Tätigkeit des Arbeitnehmers für eine Konkurrenzfirma zur Weitergabe der geschützten Kenntnisse des früheren Arbeitgebers führen könnte. Es spielte deshalb im vorliegenden Fall keine Rolle, dass die Personalberaterin D. von der S. AG angestellt war und von dort an die P. AG ausgeliehen wurde. Dabei konnte es dahin gestellt bleiben, ob die neue Arbeitgeberin mit der Einsatzfirma, wie die W. AG geltend machte, wirtschaftlich eng verflochten war und ob sich aus diesem Grund das Konkurrenzverbot auch auf die neue Arbeitgeberin erstrecken musste.

Damit Konkurrenzverbote Gültigkeit haben, verlangt das Obligationenrecht, dass bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Vor allem muss das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewähren und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen können (Art. 340 Abs. 2 OR). Dass betriebsinterne Kundenlisten von Personalverleih- und vermittlungsfirmen als ein mittels Konkurrenzverbot schützbarer Kundenkreis zu betrachten sind, wurde bereits mehrfach entschieden (BJM 1996 S. 18; BJM 1991 S. 82 f.; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 340 OR N. 17, S. 436; unveröffentlichtes Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 18. Dezember 1997 in Sachen W. AG gegen B.). Daneben hat die Personalberaterin D. bestritten, dass Preiskalkulationen einer Personalverleihfirma als Geheimnis gelten könnten. Das Gewerbliche Schiedsgericht hatte bereits in einem früheren Urteil diese Fra-

ge klar bejaht (BJM 1996 S. 19; ebenso unveröffentlichtes Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 18. Dezember 1997 in Sachen W. AG gegen B.). Es hat dabei ausgeführt, dass die konkrete Preiskalkulation neben den Qualitäten des angebotenen Arbeitnehmers als wesentliches Element gelte, das über den Einsatz dieses Arbeitnehmers beim Kunden und oft auch über eine weitere Inanspruchnahme der Dienste der Personalverleihfirma durch den Kunden entscheide. Darin liege ein erhebliches Schädigungspotential. Es bestehe daher ein gewichtiges Interesse des Arbeitgebers daran, dass derartige Informationen nicht an Konkurrenten weitergegeben würden. All dies trifft jedoch nicht allein auf den Personalverleih, sondern ebenfalls auf die Personalvermittlung zu. Auch dort haben die Preiskalkulation und die Vorzüge eines Arbeitnehmers den vergleichbar hohen Stellenwert wie beim Personalverleih.

Die Personalberaterin D. machte ferner geltend, dass sie weder Einsicht in die Preiskalkulation noch in den Kundenkreis der W. AG gehabt habe. Gleichzeitig räumte sie aber ein, dass sie die von ihr kontaktierten Kunden nicht nur dem Telefonbuch, sondern vor allem auch den Kundenlisten auf dem betriebseigenen Computer ihrer Arbeitgeberin entnommen hatte. Da sie mit diesen Kunden erwiesenermassen direkt und persönlich zu tun hatte, lernte sie insbesondere deren Bedürfnisse und Wünsche kennen. Nicht ins Gewicht fallen konnte hingegen, dass die W. AG aus der Sicht von D. auf schnelle Geschäfte aus gewesen sei und die Kundenbeziehungen nicht eigentlich gepflegt habe, was vor allem bestritten und nicht erwiesen war. Vom fehlenden Nachweis abgesehen war zudem festzuhalten, dass die Personalberaterin D. auch nach Aussagen der W. AG durch ihre Arbeit durchgehend gute Umsätze erwirtschaftet hatte. Konstant gute Umsätze lassen sich aber insbesondere in der Personalverleih- und vermittlungsbranche nur durch ebensolche Kenntnis der Kundenbedürfnisse und -wünsche erzielen, was voraussetzt, dass der Kontakt zu den Kunden eine gewisse Regelmässigkeit aufweist. Gewiss haben sich daneben in der Arbeit der Personalberaterin D. aber auch Kundenbeziehungen eher zufällig ergeben, die zudem nicht von längerer Dauer waren. Eher zufällige und kurzfristige Kundenbeziehungen mögen zwar für die Personalverleih- und vermittlungsbranche nicht typisch sein, kommen jedoch ebenfalls in wirtschaftlichen Tätigkeiten vor, die wie hier zur Hauptsache auf längerdauernden und wiederholten Aufträgen aufbauen. Sodann war nachgewiesen, dass die W. AG ihren Mitarbeitern in Richtlinien die Preiskalkulation sowie die Marge, die zu erreichen war, vorgeschrieben hatte. Dass den Personalberatern bei der Bemessung der Löhne ein gewisser Handlungsspielraum zugestanden war, konnte die Geheimnisqualität von Preiskalkulation und Marge der W. AG nicht in Frage stellen. Es ist denn auch allgemein bekannt, dass neben zahlreichen objektiven Faktoren insbesondere solche in der Person des Arbeitssuchenden sich auf die Lohnhöhe auswirken können. Aus diesen Gründen wurde das Konkurrenzverbot als gültig zustandegekommen betrachtet.

Die Personalberaterin D. war ferner der Ansicht, dass das Konkurrenzverbot nachträglich weggefallen sei, weil ihr die W. AG begründeten Anlass zur Kündigung des Arbeitsvertrages gegeben habe. Allerdings blieb sie den Nachweis schuldig, dass sie von ihrem Vorgesetzten schikaniert worden war. Auch konnte kein begründeter Anlass zur Kündigung darin gesehen werden, dass sie bei der W. AG unbestrittenermassen und im Gegensatz zur S. AG bzw. P. AG keine fundierte Schulung erhalten hatte. Die W. AG hatte ihr offensichtlich nie eine der-

artige Ausbildung versprochen. Vielmehr hatte sie es sich selber zuzuschreiben, dass sie sich nicht schon vor der Anstellung durch die W. AG über die angeblich besseren Anstellungsbedingungen bei anderen Personalverleih- und vermittlungsfirmen informiert hatte. Daran konnte auch nichts ändern, dass sie aufgrund einer persönlichen Notlage zum Abschluss des Vertrages mit der W. AG gezwungen sein wollte. Es konnte in keiner Weise vom Vorliegen einer Übervorteilung die Rede sein. Vielmehr entsprachen die Anstellungsbedingungen einem üblichen Standard und waren insbesondere die lohnmassigen Leistungen der W. AG für eine Mitarbeiterin ohne jegliche berufsspezifische Erfahrung sicher nicht tief angesetzt.

Im weiteren machte die Personalberaterin D. geltend, dass keine Verletzung des Konkurrenzverbotes vorliege, weil sich ihre Tätigkeit bei der W. AG völlig von derjenigen bei der P. AG unterschieden habe. Bei der W. AG habe sie nicht für den kaufmännischen Bereich und auch keine Festanstellungen vermittelt. Indessen ergab sich aufgrund der Einvernahme zweier früherer Arbeitskollegen von D., dass das Schwergewicht ihrer damaligen Arbeit gerade in diesen Bereichen gelegen hatte. Ferner konnte der W. AG auch nicht entgegengehalten werden, dass die von ihr beanstandete Übertretung des Konkurrenzverbotes bereits dreieinhalb Jahre zurücklag. Da das Konkurrenzverbot auf zwei Jahre befristet war, konnte die W. AG von D. zwar nicht mehr die Einstellung der konkurrenzierenden Tätigkeit verlangen. Eine Konventionalstrafe hingegen verjährt erst nach Ablauf von zehn Jahren seit der letzten Verletzung eines noch wirksamen Konkurrenzverbotes. Aufgrund der späten Geltendmachung der Konventionalstrafe konnte schliesslich auch nicht gesagt werden, dass die W. AG an der Durchsetzung des Konkurrenzverbotes ihr Interesse verloren und daher darauf verzichtet bzw. ihren Anspruch verwirkt hatte, wie dies D. geltend machte. Der Tatbestand des Verzichts auf ein Konkurrenzverbot ist ausdrücklich in Art. 340c Abs. 1 OR normiert (vgl. Bohny S. 137 f.; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 340c OR N. 4, S. 439). Soweit der vorliegende Einwand sich nicht darauf abstützen liess, kam Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtliche Grundlage für eine Verwirkung in Frage. Danach ist die Ausübung eines Rechts als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn der Berechtigte übermässig lange untätig gewesen war. Sowohl nach Art. 340c Abs. 1 OR als auch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gilt, dass ein Verzicht bzw. eine Verwirkung nicht leichthin angenommen werden dürfen (Brühwiler, Art. 340c OR N. 1, S. 436). Das blosses Verstreichenlassen der Zeit innerhalb einer Verjährungsfrist lässt die Geltendmachung einer Forderung erst dann rechtsmissbräuchlich werden, wenn ganz besondere Umstände dazutreten, die eine solche Folge nahelegen (BGE 116 II 431; 110 II 275; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N. 391 ff., S. 664 f.). Vorliegend lag jedoch nichts vor, woraus auf eine Verwirkung hätte geschlossen werden können. Die späte Geltendmachung war hier vielmehr darin begründet, dass die W. AG den definitiven Prozessausgang in einer weitgehend identischen und sie betreffenden Fallkonstellation vor Gericht abgewartet hatte, bevor sie sich zur Durchsetzung des Konkurrenzverbotes entschloss. Dieses Vorgehen kam letztlich auch den Interessen der Personalberaterin D. entgegen, indem das Konkurrenzverbot offensichtlich nur dann effektiv zur Durchsetzung gebracht werden sollte, falls das Gleichlautende in dem bereits vorgängig gerichtlich beurteilten Parallelfall Bestand hatte. Auch konnte im Verzicht auf eine Verfolgung der Realerfüllung des Konkurrenzverbotes noch kein besonderer Umstand erblickt werden, der ins Gewicht hätte fallen können. Be-

kanntlich gelten für eine Beseitigung des Zustands, der durch eine vertragswidrige Konkurrenzierung eingetreten ist, weit strengere Voraussetzungen als für die Forderungen auf Schadenersatz bzw. auf Konventionalstrafe infolge Verletzung eines Konkurrenzverbotes (ZK-Staehelin, Art. 340b OR N. 13 ff., S. A 768 ff.). Häufig sehen aus diesem Grund Arbeitgeber davon ab, die Realerfüllung zur Durchsetzung zu bringen. Bei diesem Ergebnis war schliesslich zu bestimmen, in welchem Umfang die eingeklagte Konventionalstrafe zu schützen war.

Bei der Prüfung der Angemessenheit einer Konventionalstrafe sind die Interessen des Arbeitgebers an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, die Schwere der Verletzung durch den Arbeitnehmer, die wirtschaftliche Lage der Beteiligten sowie die Art und Dauer des Vertrages zu berücksichtigen (BJM 1991 S. 86 mit Hinweisen). Vorliegend wurde zwischen den Parteien eine Konventionalstrafe von Fr. 30'000.-- vereinbart. Vor Gericht gefordert wurden hingegen bloss Fr. 10'000.--. Dass die W. AG ein Interesse an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes hatte, ergab sich daraus, dass die Personalverleih- und vermittlungsbranche besonders anfällig auf Konkurrenzverhältnisse ist (vgl. BJM 1991 S. 87). Indem die Personalberaterin D. die bei der W. AG über Kunden und Preiskalkulation gewonnenen Kenntnisse zum Vorteil der P. AG ausnützen konnte, erwuchs ihrer früheren Arbeitgeberin eine nicht geringe Gefahr der Benachteiligung im wirtschaftlichen Wettbewerb mit der P. AG. Hinzu kam, dass D. die Stelle bei der W. AG kündigte, um in einer Konkurrenzfirma die gleiche Tätigkeit auszuüben. Zwar gab D. zunächst an, sie sei erst nach einem halben Jahr, in dem sie für die S. AG nicht im Personalbereich gearbeitet und auch eine Schulung absolviert habe, zur Personalvermittlung der P. AG gestossen. Andererseits hatte sie aber ausdrücklich der W. AG nicht widersprochen, die bereits nach zwei bis drei Monaten nach Vertragsbeendigung festgestellt hatte, dass D. in Inseraten der P. AG als Kontaktperson für Arbeitsuchende aufgeführt war, was auch von einem ihrer früheren Arbeitskollegen in der Zeugenbefragung bestätigt wurde. Unter diesen Umständen war von einem nicht unerheblichen Verschulden der Personalberaterin D. auszugehen. Andererseits hatte das Arbeitsverhältnis mit der W. AG nicht einmal ganz zehn Monate gedauert, in denen D. zwar Einblick in geheimzuhaltende Daten hatte, jedoch nur wenig in ihr Arbeitsgebiet eingearbeitet worden war. Ferner war der W. AG kein nachweisbarer Schaden als direkte Folge der Verletzung des Konkurrenzverbotes entstanden. Unter all diesen Umständen wurde die Konventionalstrafe auf Fr. 5'000.-- festgelegt, was ca. einem Nettomonatsgehalt inkl. 13. Monatslohn entsprach. Demgegenüber hatte das Zivilgericht in dem von ihm beurteilten Parallelfall, die zulässige Konventionalstrafe auf zwei Monatslöhne festgelegt. Die vorliegend geringere Strafhöhe war vor allem darin begründet, dass die Personalberaterin D. im Unterschied zur dortigen Mitarbeiterin keine Kaderstellung bei der W. AG innehatte.

(GSGE vom 17.5.1999 in Sachen W. AG gegen D., GS 1999/11)

2.13. Verzichtsverbot nach Art. 341 OR.

Der Arbeitnehmer (Papierschneider) erhielt aufgrund einer unfallbedingten, mehrmonatigen Arbeitsunfähigkeit entgegen der vertraglichen Abmachung nicht von Sozialversicherungsprämien freie Unfalltaggelder in Höhe von 100 % des Lohnes, sondern weiterhin seinen vollen Lohn ausbezahlt. Da Art. 324b OR nur Unfalltaggelder von mindestens 80 % vorschreibt, lag darin kein Verzicht auf eine Forderung aus einer zwingenden Vorschrift.

T. war seit dem 1. November 1979 bei der C. AG als Papierschneider angestellt. Am 3. August 1995 erlitt er einen Unfall und war infolgedessen bis zum 3. März 1996 zu 100 % und danach bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. Juni 1996 zu 50 % arbeitsunfähig. Zwischen Anfang August 1995 und Ende Juni 1996 erhielt er 100 % Lohn, wobei die Arbeitgeberin AHV/IV/EO-, ALV- und NBU-Beiträge im Umfang von insgesamt Fr. 5'288.20 in Abzug brachte. Am 12. Januar 1998 erhob T. beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage gegen die ehemalige Arbeitgeberin auf Zahlung von Fr. 5'288.20 nebst Zins. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage mit Entscheid vom 20. August 1998 ab, soweit es darauf entriet. Auf Beschwerde von T. hin bestätigte das Appellationsgericht am 14. Dezember 1998 das erstinstanzliche Urteil. In seiner Beschwerdevernehmlassung führte das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt aus:

“[...]Der Beschwerdeführer [T.] war seit 1979 bei der Beklagten [C. AG] angestellt. Der jüngste Einzelarbeitsvertrag (EAV) stammte aus dem Jahre 1991 und verwies auf den Gesamtarbeitsvertrag (GAV), an dem die Beklagte bis Ende 1994 angeschlossen war. Strittig war zunächst unter den Parteien, ob dieser GAV auch in der hier massgebenden Zeit für das Arbeitsverhältnis Gültigkeit hatte. Da nach dem Austritt der Beklagten aus dem GAV der EAV nicht neu abgeschlossen wurde, sondern unverändert weitergalt, hatte der Inhalt des GAV aufgrund der Verweisung im EAV als einzelarbeitsvertragliche Regelung weiterhin Geltung unter den Parteien.

Der GAV sah in Art. 140 vor, dass der Arbeitnehmer bei Unfall in den ersten 30 Tagen einen Anspruch auf 100 % und ab dem 31. Tag einen solchen von 80 % des vollen Lohnes hatte. Ab dem 31. Tag sollte der gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer daneben 20 % des vollen Lohnes aus der betreffenden gewerkschaftlichen Krankenkasse erhalten, wobei er sich selber dort zu versichern hatte (Art. 141). Abweichend von diesen letzten GAV-Bestimmungen versicherte die Beklagte ihre Mitarbeiter für diesen Teil des Lohnes auf ihre eigenen Kosten bei den B. [...] Versicherungen.

Unter den Parteien war unbestritten, dass der Beschwerdeführer aufgrund eines am 3. August 1995 erlittenen Unfalles zunächst zu 100 % und später bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. Juni 1996 zu 50 % arbeitsunfähig war. Während dieser ganzen Zeit erhielt der Beschwerdeführer anstatt Unfalltaggeldern unverändert seinen Monatslohn wie in gesunden Tagen. Bekanntlich dürfen von den ersteren die von der Beklagten vorgenommenen AHV/IV-Prämienbeiträge nicht in Abzug gebracht werden (Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV, Art. 3 IVG). [...]

Das Gericht ging in seinem Urteil davon aus, dass die Beklagte dem Beschwerdeführer während dessen unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit aufgrund der vertraglichen Abmachungen nicht Lohn, sondern eigentlich Unfalltaggelder, wie sie sie auch von den Unfallversicherungen empfangen hatte, hätte bezahlen bzw. an diesen weiterleiten müssen. Andererseits musste aber unter Berücksichtigung des Verhaltens des Beschwerdeführers beim Lohnempfang und in der nachfolgenden Zeit davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer mit diesen Lohnzahlungen, insbesondere den vorgenommenen Sozialversicherungsabzügen für AHV/IV, einverstanden war und der Beklagten gegenüber auf die zur Auszahlung an ihn geschuldeten Mehrleistungen im Interesse eines besseren Sozialversicherungsschutzes verzichtete. Es ist dabei insbesondere darauf hinzuweisen, dass ein solcher Verzicht für den Beschwerdeführer nicht nachteilig war, weil der von ihm beanstandete Abzug von AHV/IV-Beiträgen, gleichartige und gleich hohe Beiträge des Arbeitgebers zu seinen Gunsten auslöste.

Einem solchen Verzicht stand Art. 341 OR nicht entgegen. Im fraglichen Zeitpunkt fanden die massgebenden GAV-Bestimmungen über die Versicherungsleistungen im Falle eines Unfalles als Abreden des Einzelarbeitsvertrages Anwendung, denen damit kein unabänderlicher Charakter (mehr) zugeschrieben werden konnte. Als zwingend anzusehen waren hingegen die erwähnten Bestimmungen der AHVV und des IVG über den Begriff des Erwerbseinkommens, die aber nicht, auch nicht in Verbindung mit Art. 324b OR, zu den in Art. 341 OR genannten gesetzlichen Vorschriften zu zählen sind, weil sie nicht die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern jene zwischen diesen und der Sozialversicherung betreffen. Zwingend vorgeschrieben ist sodann nach Art. 324b OR nur, dass der Arbeitgeber im Falle eines Unfalles des Arbeitnehmers zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, falls die obligatorische Versicherung nicht mindestens vier Fünftel des sonst verdienten Lohnes deckt. Hier hat der Beschwerdeführer effektiv mehr als diese 80 % ausbezahlt erhalten und hätte nur aufgrund der von der Beklagten zugunsten ihrer Mitarbeiter abgeschlossenen Versicherung einen noch weitergehenden, nämlich auf weitere 20 %, Anspruch gehabt. Dieser weitergehende Anspruch kann aber nicht als zwingend angesehen werden und war deshalb einer abweichenden Abrede, auch einer konkludenten, durch die Parteien zugänglich.

Verschiedene Umstände zeigten, dass der Beschwerdeführer mit den damaligen Lohnzahlungen einverstanden war. Einmal gab er unumwunden zu, dass er bei der Beklagten gegen die angefochtenen Lohnzahlungen nie reklamierte, namentlich nie sagte, er wäre mit dem Lohn in der fraglichen Zeit nicht einverstanden. Er habe vielmehr angenommen, dass die Sozialversicherungsbeiträge weitergeleitet worden seien. In diesem Sinne war auch sein in der zweiten Hauptverhandlung abgeändertes Rechtsbegehren zu verstehen, mit dem er verlangte, dass die Beklagte zur Überweisung der Beiträge an die Sozialversicherungen zu verpflichten sei. Er erklärte dazu vor Gericht, er müsse, weil die Beklagte die Beiträge nicht weitergeleitet und auch unrichtige Lohnangaben gemacht habe, eine geringere Rente gewärtigen. Daraus war zu entnehmen, dass er selber, was die AHV/IV angeht, nicht an Beitragslücken interessiert war. Da aber nicht das Gewerbliche Schiedsgericht, sondern vielmehr die AHV-Ausgleichskasse

für die Frage der Ablieferung der Prämien an die Sozialversicherungen zuständig ist, konnte allerdings auf diesen Antrag nicht eingetreten werden. [...].

Dass der Beschwerdeführer von der Vertragswidrigkeit der damaligen Lohnzahlungen erst lange nach seinem Austritt aus dem Betrieb der Beklagten erfahren haben will, ist nicht glaubwürdig. Er ist mit seinem Anspruch erst eineinhalb Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und nachdem er gegen die Beklagte vor dem Gewerblichen Schiedsgericht bereits zwei Prozesse geführt hatte, an das Gericht gelangt. Zudem zeigte sich schon in den beiden vorangehenden Gerichtsverfahren, dass der Beschwerdeführer bestens über seine Rechte als Arbeitnehmer informiert ist und sich darüberhinaus auch von der ihn unterstützenden Gewerkschaft juristisch beraten liess. Im übrigen handelte es sich, sollte der Beschwerdeführer dennoch tatsächlich nicht gewusst haben, dass er im Falle eines Unfalles nicht Lohn, sondern AHV/IV-prämienfreie Unfalltaggelder zu gut gehabt hätte, ohnehin um einen Rechtsirrtum, der nicht als wesentlich zu betrachten ist.”

(GSGE vom 20.8.1998 in Sachen T. gegen C. AG, GS 1998/9; AGE vom 14.12.1998 in Sachen T. gegen C. AG)

2.14. Anwendbarkeit eines GAV auf die beteiligten Arbeitnehmer (Art. 356/356b OR). Falls ein Arbeitnehmer (Speditionskaufmann im graphischen Gewerbe) im Laufe des Arbeitsverhältnisses durch Beförderung aus dem Anwendungsbereich des GAV fällt, kommt dieser dann weiterhin zur Anwendung, wenn der Einzelarbeitsvertrag unverändert auf den GAV verweist.

S. wurde von der N. AG per 1. Februar 1993 als Speditions-Kaufmann angestellt. Im Arbeitsvertrag war vorgesehen, dass die Anstellungsbedingungen sich nach dem Gesamtarbeitsvertrag richten. Der für das graphische Gewerbe geltende Gesamtarbeitsvertrag Viscom findet nach seinem persönlichen Geltungsbereich keine Anwendung auf Kaderangehörige (Art. 105 Ziff. 1). Zudem sieht er vor, dass der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit infolge ärztlich ausgewiesener und unverschuldeter Krankheit Anspruch auf Lohnzahlung „von 100 % im ersten Monat und von 80 % ab dem zweiten Monat des vollen Lohnes während längstens 720 Tagen“ innert 900 Tagen hat (Art. 212 Ziff. 1). Am 10. Februar 1994 unterzeichneten die Vertragsparteien für S. eine Stellenbeschreibung, worin dieser zum Bereichsleiter Spedition und Logistik ernannt wurde. Entsprechend wurde sein Lohn um monatlich Fr. 200.-- erhöht. Am 28. November 1997 kündigte die N. AG das Arbeitsverhältnis per 28. Februar 1998. S. wurde in der Folge am 16. Februar 1998 durch Krankheit arbeitsunfähig, wodurch sich die Kündigungsfrist bis Ende August 1998 verlängerte. Im Zusammenhang mit dieser Krankheit war zwischen den Parteien strittig, ob S. Anspruch auf Lohnfortzahlung nach GAV hatte. Die Klage von S. vom 23. September 1998, womit er hauptsächlich die Verurteilung der N. AG zur Lohnfortzahlung gemäss GAV verlangte, hiess das Gewerbliche Schiedsgericht am 11. Februar 1999 in diesem Punkt gut, wobei es folgendes erwogen hat.

Ein Gesamtarbeitsvertrag findet grundsätzlich dann auf ein konkretes Arbeitsverhältnis Anwendung, wenn die Arbeitsvertragsparteien in dessen persönlichen bzw. betrieblichen Anwendungsbereich fallen und den vertragsschliessenden Verbänden angehören (ZK-Vischer, Art. 356b OR N. 2, S. B 94). Vorliegend sah der anwendbare GAV vor, dass dieser unter anderen für alle im Druck und in der Weiterverarbeitung eingesetzten Mitarbeiter eines Betriebes, der dem Schweizerischen Verband für visuelle Kommunikation angehört, galt (Art. 105 Ziff. 1), was auf die N. AG zutraf. Als Speditionskaufmann unterstand S. zudem auch nach Ansicht beider Parteien dem GAV. Daneben hatte der im Jahre 1993 abgeschlossene Einzelarbeitsvertrag für die Anstellungsbedingungen ausdrücklich auf den GAV verwiesen. Damit wurden die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen auch zu einzelarbeitsvertraglichen. Als die Parteien im Februar 1994 für S. die Stellenbeschreibung unterzeichneten, wurde der Wortlaut des Einzelarbeitsvertrags nicht geändert. Die Parteien waren sich aber offensichtlich darüber einig, dass S. dadurch zum Kaderangehörigen befördert wurde. Entsprechend wurde der Monatslohn um Fr. 200.-- angehoben. Andererseits hatte diese Vertragsänderung nicht zur Folge, dass der GAV keine Anwendung mehr fand. Zwar traf es zu, dass S. als Kadermitarbeiter vom Anwendungsbereich des GAV ausgenommen war. Das galt aber nur für dessen direkte Anwendbarkeit. Der Einzelarbeitsvertrag verwies hingegen für die Anstellungsbedingungen unverändert auf den GAV. Dabei konnte nicht argumentiert werden, dass dieser Verweis mit der Beförderung von S. wirkungslos geworden wäre. Es lag nichts vor, woraus darauf hätte geschlossen werden können, dass die Vertragsparteien den GAV nicht mehr zur Anwendung hätten bringen wollen. Eine Wegbedingung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen hätte dazu geführt, dass S. im Krankheitsfalle der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 212 GAV verlustig gegangen und stattdessen auf die Lohnfortzahlungspflicht der N. AG nach Art. 324a OR verwiesen worden wäre. Damit hätte die Berufung zum Kaderangestellten für S. zweifellos eine Verschlechterung seiner vertraglichen Stellung mit sich gebracht, wie sie von den Parteien nicht beabsichtigt war. Art. 212 GAV sieht vor, dass ein Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit Anspruch auf Lohnfortzahlung zu 100 % im ersten Monat und von 80 % ab dem zweiten Monat des vollen Lohnes während längstens 720 Tagen innert 900 Tagen hat, wobei die Arbeitgeberin grundsätzlich die Lohnzahlung spätestens ab dem 31. Tag zu versichern hat (Ziff. 1 und 6). Die Lohnfortzahlung nach Art. 212 Ziff. 1 GAV steht dem Arbeitnehmer dabei auch zu, falls der Arbeitgeber nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet (Ziff. 7). Damit geht der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach GAV weit über das hinaus, was S. nach Art. 324a OR beanspruchen könnte. Auch ergab sich aus der Lohnerhöhung, dass S. durch die Beförderung besser und nicht schlechter gestellt werden sollte. Die N. AG hat denn auch zuzugeben, dass sie auf das Arbeitsverhältnis mit S. auch nach dessen Beförderung regelmässig den GAV in anderer Hinsicht sonst zur Anwendung gebracht hatte.

(GSGE vom 11.2.1999 in Sachen S. gegen N. AG, GS 1998/317)

3. Weitere Erlasse

3.1. Gleichstellungsgesetz (GIG)

Ob ein Entschädigungsanspruch bei diskriminierender Ablehnung einer Anstellung nach Art. 8 Abs. 2 GIG bei Anrufung der kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen verwirkt ist, hat bereits die Schlichtungsstelle von Amtes wegen zu überprüfen und gegebenenfalls zu sanktionieren. Ist der Entschädigungsanspruch verwirkt, besteht kein Anlass zu staatlicher Vermittlung mehr. Grundlage für einen Entschädigungsanspruch kann nur die Ablehnung einer ernstgemeinten Bewerbung sein. Der Bewerber um eine Flight Attendantstelle hatte sich nach Verwirkung seines Entschädigungsanspruchs einzig deshalb erneut beworben, um die eingetretene Verwirkung zu umgehen.

Die Fluggesellschaft C. AG in Basel suchte per Stelleninserat vom 19. Juli 1997 Flight Attendants. Herr H., der sich mit Schreiben vom 21. Juli 1997 bewarb, erhielt von der C. AG am 29. Juli 1997 eine Absage mit der Begründung, sie stelle ausschliesslich Damen als Flight Attendants ein. Nachdem H. bei verschiedenen Stellen Rat eingeholt hatte, ersuchte er am 3. Januar 1998 die Schlichtungsstelle für die Gleichstellung von Mann und Frau im Beruf des Kantons Basel-Landschaft um Einleitung eines Schlichtungsversuches zwischen ihm und der C. AG. Die Schlichtungsstelle überwies die Angelegenheit an die zuständige baselstädtische Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen, die H. mündlich darauf aufmerksam machte, dass er sein Gesuch nicht innert der vom Gleichstellungsgesetz hierfür vorgesehenen dreimonatigen Frist eingereicht habe, gleichwohl aber ein Verfahren eröffnete und einen ersten Termin für eine Schlichtungsverhandlung ansetzte. In der Folge teilte H. der Schlichtungsstelle mit Schreiben vom 7. Februar 1998 mit, die C. AG suche zur Zeit wieder nach Flight Attendants. Falls seine Beschwerde an der Nichteinhaltung der gesetzlichen Frist scheitern sollte, dann werde er sich eben nochmals bei der C. AG auf deren neustes Inserat melden, was er denn auch mit Bewerbungsschreiben vom 20. Februar 1998 machte. Die C. AG teilte H. hierauf am 20. März 1998 mit, sie habe bei der Vorbereitung der Schlichtungsverhandlung den Unterlagen der Schlichtungsstelle entnommen, dass seine Bewerbung lediglich den Zweck verfolge, die versäumte Verwirkungsfrist wiederherzustellen, weshalb sie nicht bereit sei, seine Bewerbung zu berücksichtigen. Am 4. April 1998 brachte H. auch diese Stellenabsage der Schlichtungsstelle zur Kenntnis und bat sie um erneute Schlichtung. In der am 18. Juni 1998 durchgeführten Schlichtungsverhandlung einigten sich die Parteien in einer widerrufbaren Vereinbarung auf die Feststellung, dass die Ablehnung der Anstellung vom 20. März 1998 diskriminierend sei. In der Folge widerrief die C. AG fristgerecht diese Vereinbarung, worauf die Schlichtungsstelle am 13. Juli 1998 feststellte, dass zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen sei. Hierauf gelangte H. am 29. Juli 1998 mit Klage an das Gewerbliche Schiedsgericht. In der Hauptverhandlung vom 17. Dezember 1998 begehrte er die Verurteilung der C. AG zu einer Entschädigung nach Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes von Fr. 9'000.--, entsprechend drei Monatslöhnen. Das Gericht trat auf die Klage nicht ein, indem es folgendes erwogen hat.

Gemäss dem Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung, so hat die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung, die drei Monatslöhne nicht übersteigen darf (Art. 5 Abs. 2 + 4 GIG). Der Entschädigungsanspruch ist vom Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin mit Klage innert drei Monaten seit Mitteilung der Anstellungsablehnung durch den Arbeitgeber geltend zu machen. Andernfalls ist er verwirkt (Art. 8 Abs. 2 GIG). Dabei ist die Streitigkeit zunächst bei der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen binnen dieser Frist anhängig zu machen (§ 36 Abs. 3 ZPO). Kommt es nicht zu einer Erledigung der Angelegenheit vor der Schlichtungsstelle, ist die Klage innert drei Monaten seit Abschluss des dortigen Verfahrens beim Gericht einzureichen (Art. 11 Abs. 3 GIG). Auszugehen ist dabei davon, dass die Schlichtungsstelle selber eine bei ihr eingetretene Nichteinhaltung der Verwirkungsfrist durch einen Nichteintretensentscheid sanktionieren muss. Der Schlichtungsstelle kommt zwar grundsätzlich bloss vermittelnde, nicht sachtenscheidende Funktion zu (§ 5 EG GIG). Andererseits ist die Frist aber eine formelle Voraussetzung sowohl für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens und als auch des allfällig notwendig werdenden gerichtlichen Verfahrens, deren Einhaltung daher bereits die Schlichtungsstelle zu überprüfen von Amtes wegen verpflichtet ist (vgl. zu den Schlichtungsstellen im Mietrecht: ZK-Higi, Art. 273 OR N. 61, S. 312). Mit dem Antrag um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, der unter Angabe des Rechtsbegehrens zu erfolgen hat, tritt denn auch bereits die Rechtshängigkeit ein (§ 13 EG GIG, § 36 Abs. 4 ZPO). Andernfalls hätte die Schlichtungsstelle in jedem Falle unbesehen der Fristeinhaltung ein Schlichtungsverfahren durchzuführen und könnte erstmals das Gericht die Nichteinhaltung der Frist feststellen. Dort, wo ein Anspruch verwirkt ist, gibt es jedoch keinen Anlass zu einer staatlichen Vermittlung mehr.

Vorliegend stand fest, dass der Entschädigungsanspruch, der auf der ersten Anstellungsabsage der C. AG gründete, verwirkt war, weil H. erst fünf Monate nach dieser Absage an die Kantonale Schlichtungsstelle gelangt war. Darauf von der Schlichtungsstelle aufmerksam gemacht, bewarb sich H. ein zweites Mal, worauf die C. AG seine Bewerbung zurückwies. Festzuhalten war, dass H. zwar nach dieser zweiten Absage die Schlichtungsstelle erneut um Vermittlung angegangen hatte, ohne aber seinen ersten Antrag zurückzuziehen. Auch hat die Schlichtungsstelle das erste Verfahren nicht etwa durch einen Nichteintretensentscheid abgeschlossen und auch kein zweites Verfahren eröffnet. Da das erste Verfahren noch nicht bis zur Schlichtungsverhandlung gediehen war, wurde das zweite Gesuch um Vermittlung vielmehr in dieses Verfahren integriert und damit entgegengenommen und behandelt. Wie H. vor Gericht einräumte, ging es ihm jedoch nur noch um die zweite negativ verlaufene Bewerbung. Die von den Parteien in der Schlichtungsverhandlung zunächst abgeschlossene, später aber von der C. AG widerrufen Vereinbarung betraf denn auch nur diese Anstellungsabsage. Zu berücksichtigen war dabei, dass sich H., wie sich aus seinem Schreiben an die Schlichtungsstelle ergab, nur deshalb nochmals beworben hatte, um den Rechtszustand vor Eintritt der Verwirkung wiederherzustellen. Seinen anderslautenden Beteuerungen vor Gericht, er habe sich auch beim zweiten Mal ernsthaft für die Stelle bei der C. AG interessiert, stand in Wider-

spruch dazu, dass er zwischen seiner ersten und der zweiten Bewerbung bei der C. AG bereits eine Anstellung bei einer Drittfirma angetreten hatte und offensichtlich nicht bereit war, diese wieder aufzugeben. Insbesondere wollte er sich um eine ihm von der C. AG zugestandenermassen angebotene Stelle nicht bewerben. Vorher war die C. AG zwar auf seine zweite Bewerbung gar nicht erst eingegangen, weil sie darin die Absicht von H., den Eintritt der Verwirkungsfolge zu umgehen, richtig erkannt hatte. Unter diesen Umständen musste festgestellt werden, dass die von der ersten Anstellungsabsage ausgelöste Verwirkungsfrist unbenützt und unwiderrufbar abgelaufen war, weshalb auf die zwar fristgerecht beim Gewerblichem Schiedsgericht eingereichte Klage nicht einzutreten war. Hinzu kam, dass H. weder vor der Schlichtungsstelle noch in seinen Eingaben an das Gericht ein Rechtsbegehren gestellt hatte, sondern erst in der gerichtlichen Hauptverhandlung die Verurteilung der C. AG zur Bezahlung von drei Monatslöhnen begehrte, was verspätet war. Zudem gab H. zu, dass er die Frage der Schlichtungsstelle an der Schlichtungsverhandlung, ob er von der C. AG eine Entschädigung verlange, verneint habe. Darin war auch ein Verzicht auf jegliche Entschädigung zu erblicken. Da bei einer Diskriminierung durch Ablehnung einer Anstellung nur ein Entschädigungsanspruch, nicht aber ein blosses Feststellungsbegehren vorgesehen ist (Art. 5 Abs. 2 GlG), um das es H. während des Schlichtungsverfahrens letztlich nur ging, fehlte es für eine Weiterführung des Verfahrens zudem am Rechtsschutzinteresse.

Doch selbst, wenn auf die Klage hätte eingetreten werden können, hätte sie abgewiesen werden müssen. Einmal kann nur eine ernsthaft gemeinte Bewerbung um eine Anstellung, Grundlage für einen Entschädigungsanspruch nach Gleichstellungsgesetz sein, selbst wenn sich die darauffolgende Anstellungsablehnung durch den Arbeitgeber als geschlechterdiskriminierend erweisen würde (vgl. Margrith Bigler-Eggenberger, Art. 8 GlG N. 7, S. 207, in: Bigler-Eggenberger/Kaufmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 1997). Dass H. mit seiner zweiten Bewerbung im Grunde keine Anstellung mehr suchte, ist bereits ausgeführt worden. Hinzu kam, dass eine erforderliche Diskriminierung bei der zweiten Anstellungsabsage auch gar nicht vorgelegen wäre. Im Unterschied zur ersten Absage war die C. AG aus dem genannten Grund auf die zweite Bewerbung von H. gar nicht erst eingegangen. Namentlich hat die C. AG an dieser Stelle nicht wiederholt, dass sie nur weibliche Flight Attendants einstelle.

(GSGE vom 17.12.1998 in Sachen H. gegen C. AG, GS 1998/294)

3.2. Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO).

Sieht ein allgemeinverbindlich erklärter oder sonst unter den Parteien direkt anwendbarer GAV Mindestlöhne vor, die höher sind als der von der Arbeitsmarktbehörde gemäss Art. 9 BVO bewilligte Lohn, sind diese Mindestlöhne dennoch vom Arbeitgeber einzuhalten.

Die Baufirma K. AG beschäftigte über Jahre eine grössere Zahl ausländischer Arbeitnehmer, für die sie beim Arbeitsamt als zuständige Arbeitsmarktbehörde vorschriftsgemäss Arbeitsbewilligungen eingeholt hatte. In der Folge bezahlte sie ihnen die Löhne jeweils in der amt-

lich bewilligten Höhe aus. Im Rahmen einer vom ständigen staatlichen Einigungsamt in Basel später durchgeführten Kontrolle der Lohnbuchhaltung der K. AG ergab sich jedoch, dass diese Löhne die Vorschriften über die Basislöhne gemäss dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) verletzen. Ein Teil der davon betroffenen Arbeitnehmer verlangte nach erfolglosen Vergleichsgesprächen beim Gewerblichen Schiedsgericht am 23. Oktober 1997 in separaten Klagen die Verurteilung der K. AG zur Bezahlung der amtlich festgestellten Lohndifferenz für einen bestimmten Zeitraum. Mit Urteilen vom 15. Juni 1998 wurden diese Klagen vollumfänglich gutgeheissen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht folgendes erwogen hat.

Nach Art. 9 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) dürfen Arbeitsbewilligungen nur ausgestellt werden, wenn der Arbeitgeber dem ausländischen Arbeitnehmer dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bietet wie den Schweizern (Abs. 1). Diese Bedingungen bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorschriften, den Lohn- und Arbeitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche sowie den Gesamt- und Normalarbeitsverträgen und es sind auch die Ergebnisse der zweijährlichen Lohnerhebungen des Bundesamts für Statistik mitzuberücksichtigen (Abs. 2). Liegt eine Arbeitsbewilligung vor, werden die darin festgelegten Lohn- und Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber zur öffentlichrechtlichen Pflicht, deren Einhaltung der Arbeitnehmer aufgrund der Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR zivilrechtlich einklagen und durchsetzen kann. In seiner Rechtsprechung geht das Bundesgericht mit der Rechtslehre davon aus, dass der Zivilrichter in jedem Fall an die Lohnbedingungen gebunden ist, die in der für eine bestimmte Anstellung erteilten Bewilligung festgelegt worden sind, selbst wenn diese nicht den berufs- und branchenüblichen Ansätzen entsprechen sollten. Es stehe diesem daher nicht zu, anstelle der Arbeitsmarktbehörde den mit Art. 9 BVO übereinstimmenden Lohn für eine bestimmte Arbeit festzulegen, ohne die in der Verwaltungsverfügung für diese Arbeit genehmigten Lohnbedingungen zu berücksichtigen. Anders verhalte es sich hingegen, wenn im konkreten Fall keine Arbeitsbewilligung verlangt worden sei oder wenn die in Wirklichkeit ausgeübte Tätigkeit nicht oder nicht völlig derjenigen entspreche, die bewilligt worden sei. Der Arbeitgeber sei nämlich unabhängig davon, ob er um eine Bewilligung ersucht habe oder nicht, direkt aufgrund von Art. 9 BVO dazu verpflichtet, dem ausländischen Arbeitnehmer die orts- und berufsüblichen Lohnbedingungen anzubieten. Hier müsse deshalb der Zivilrichter vorfrageweise den üblichen Lohn festsetzen, wenn ein Arbeitnehmer gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR eine aus Art. 9 BVO abgeleitete zivilrechtliche Forderung geltend macht (BGE 122 III 114 ff. mit Hinweisen = Pra 1997/86 S. 44 ff.; vgl. BGE vom 16. September 1997 in: JAR 1998 S. 265 ff.).

Vorliegend hat die K. AG für ihre ausländischen Arbeitnehmer die Arbeitsbewilligungen eingeholt. Sie wurde von der zuständigen Arbeitsmarktbehörde zu den darin festgesetzten Lohnbedingungen verpflichtet, womit ihren Mitarbeitern ein entsprechender zivilrechtlicher Anspruch zukommt. Weiter ist hier erstellt, dass die durch das Arbeitsamt bewilligten Lohnbedingungen geringer sind als die Basislöhne gemäss dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe, in dessen Anwendungsbereich die K. AG und ihre Arbeitnehmer

fallen. Ausserdem ist dieser Gesamtarbeitsvertrag allgemeinverbindlich. Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, ob dessen Vorschriften den erteilten Arbeitsbewilligungen vor- oder nachgehen.

Bei der Beurteilung eines Arbeitsverhältnisses hat der Zivilrichter alle darauf anwendbaren Vorschriften zu beachten. Das ist nicht nur privates Arbeitsrecht, sondern auch öffentliches, namentlich wenn die sich daraus ergebenden Verpflichtungen Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein könnten (Art. 342 Abs. 2 OR). Dabei gilt, dass die öffentlichrechtlichen Normen des Bundes und der Kantone den privatrechtlichen vorgehen (Art. 342 Abs. 1 lit. b OR). Dasselbe gilt für das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gegenüber den Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt (Art. 358 OR). Art. 9 BVO gehört zu den öffentlichrechtlichen Arbeitsnormen und hat zwingenden Charakter (vgl. BK-Stöckli, Art. 358 OR N. 12, S. 349). Gesamtarbeitsverträge (GAV) hingegen sind zivilrechtlicher Natur, selbst wenn sie allgemeinverbindlich erklärt werden (BGE 98 II 208 f.). Damit kann gesagt werden, dass Art. 9 BVO auch Vorschriften eines allgemeinverbindlich erklärten GAV, die ihm widersprechen, zu verdrängen in der Lage ist. Dafür, ob dies im Einzelfall zutrifft, ist zunächst auf Sinn und Zweck der anzuwendenden öffentlichrechtlichen Vorschrift, hier von Art. 9 BVO, abzustellen. Diese Bestimmung will zur Wahrung des Arbeitsfriedens in erster Linie die einheimischen Arbeitnehmer vor der sog. Schmutzkonzurrenz durch ausländische Arbeitnehmer und in zweiter Linie auch die letzteren selber schützen (BGE 122 III 114, 116 = Pra 1997/86 S. 43, 45). Stellt ein allgemeinverbindlich erklärter oder sonst unter den Vertragsparteien anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag Mindestlöhne auf, so kann Art. 9 BVO sein Ziel nur erreichen, wenn die zuständige Arbeitsmarktbehörde den orts- und branchenüblichen Lohn nicht tiefer als diese Basislöhne ansetzt. Andernfalls werden die schweizerischen Arbeitnehmer gegenüber den ausländischen hinsichtlich der Lohnhöhe bevorzugt und besteht daher die Gefahr, dass letztere jene allein des tieferen Lohnes wegen zu konkurrenzieren vermögen. Es widerspräche der Intention von Art. 9 BVO, wenn dieser auch in solchen Fällen ihm widersprechendes Zivilrecht verdrängen würde. Auch ist es mit Art. 358 OR zu vereinbaren, wenn ein anwendbarer GAV dem ausländischen Arbeitnehmer einen höheren Lohn gewährt, als es die aufgrund von Art. 9 BVO erlassene Verfügung der Arbeitsmarktbehörde macht. Der zwingende Charakter von Art. 9 BVO ist bloss relativ, das heisst hier allein im Interesse der zu schützenden Arbeitnehmer, nicht aber auch zugunsten der Arbeitgeber zu verstehen. Die Mindestlöhne im LMV für das Bauhauptgewerbe sind daher für ausländische Arbeitnehmer auch dann durchsetzbar, wenn sie von der Arbeitsmarktbehörde bei der Bewilligungserteilung nicht beachtet wurden (vgl. BK-Rehbinder, Art. 342 OR N. 14 in fine, S. 296).

Bei diesem Resultat liegt auch kein Eingriff des Zivilrichters in den Kompetenzbereich der Arbeitsmarktbehörde vor. Zwar hat diese im Rahmen der Festlegung des orts- und branchenüblichen Lohnes auch die Gesamt- und Normalarbeitsverträge mitzubersichtigen. Indem der Zivilrichter einem höheren Mindestgehalt, das in einem GAV festgesetzt ist, zur Durchsetzung verhilft, trägt er jedoch allein dem Umstand Rechnung, dass die Vertragsparteien aus diesem GAV trotz Arbeitsbewilligung weiterhin verpflichtet bzw. berechtigt bleiben. Es

kommt daher nicht zu einer (faktischen) Korrektur der fehlerhaften Bewilligungsverfügung. Beides besteht nebeneinander. Anders zu entscheiden, hiesse, dass ein Arbeitgeber auf diese Weise bezüglich der Lohnfragen sich eines sonst anwendbaren, aber ihm missliebigen GAV entledigen könnte und die Arbeitsmarktbehörde ihm dazu – wenn auch unbewusstermassen – noch Hilfe leisten würde. Dieser Fall unterscheidet sich von demjenigen, wo die Arbeitsmarktbehörde die Arbeitsbewilligung zu Bedingungen erteilt, die dem Üblichen nicht entsprechen, ohne dass dabei Mindestlöhne aus einem anwendbaren GAV unterboten würden. Würde der Zivilrichter bei solchen Konstellationen den seines Erachtens üblichen Lohn anstelle jenes der Arbeitsmarktbehörde setzen, mischte er sich zweifellos in deren Aufgaben ein, was unzulässig wäre (vgl. Fritz Rapp, Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag, in: Festschrift Schweizerischer Juristentag 1985, S. 281, insbes. Fn. 27).

Vorliegend war die K. AG aufgrund des auf die Arbeitsverhältnisse anwendbaren allgemeinverbindlich erklärten GAV zur Einhaltung der darin festgesetzten Basislöhne verpflichtet, die höher als die Lohnbedingungen in den Arbeitsbewilligungen waren.

(GSGE vom 15.6.1998 in Sachen B. et al. gegen K. AG, GS 1997/350 ff.)

3.3. Internationales Privatrecht

Anwendbares Recht: Dort, wo die Verbindung zum gewöhnlichen Arbeitsort durch engere andere Bindungen überlagert wird, muss es nicht nach der Spezialvorschrift in Art. 121 IPRG, sondern nach dem allgemeinen Anknüpfungsgrundsatz in Art. 117 IPRG gefunden werden. Für entsandte Arbeitnehmer ist darauf abzustellen, mit welchem Recht sie besser vertraut sind. Kommt schweizerisches Recht zur Anwendung, gehört dazu auch ein allgemeinverbindlich erklärter GAV wie der Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV). Aus Art. 2 Abs. 1 lit. k LMV (Ausgabe 1995-1997) kann nicht e contrario geschlossen werden, dass der GAV nicht für schweizerische Firmen gilt, die ihre Arbeitnehmer ausschliesslich im Ausland beschäftigen.

D., der portugiesischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Basel ist, arbeitete in der Zeit vom 1. Februar 1996 bis 30. August 1997 für die Einzelfirma T. mit Sitz in Basel ausschliesslich auf Baustellen in Deutschland. Auf Begehren der Paritätischen Berufskommission für das Bauhauptgewerbe führte das ständige staatliche Einigungsamt in Basel eine Kontrolle der Lohnbuchhaltung bei T. durch, wobei sich ergab, dass verschiedene Lohnbestimmungen des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe nicht eingehalten waren. In der Folge klagte D. am 10. Dezember 1998 gegen T. auf Bezahlung der festgestellten Lohndifferenzen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 8. Juli 1999 teilweise gut, wobei es folgendes erwogen hat.

Umstritten war unter den Parteien zunächst, ob schweizerisches oder deutsches Recht zur Anwendung kam. Das Gewerbliche Schiedsgericht ging mit den Parteien darin einig, dass es sich vorliegend um einen internationalen Sachverhalt handelte, weil D. von der Schweiz aus nur im Ausland eingesetzt wurde (vgl. Eric Johner, Die direkte Zuständigkeit der Schweiz bei

internationalen Arbeitsverhältnissen, Basel 1995, S. 43). Die örtliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts ergab sich aus Art. 2 des massgebenden Lugano-Übereinkommens, worin für Klagen gegen Personen mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats das Gericht an diesem Wohnsitz für zuständig erklärt wird. Für die Frage des anwendbaren Rechts hingegen war auf das IPRG abzustellen. Wenn wie hier die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben und der Arbeitnehmer nicht in mehreren Staaten arbeitet, untersteht ein Arbeitsvertrag nach Art. 121 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Das war vorliegend Deutschland. Andererseits hatten jedoch alle anderen Sachverhaltsmomente eine Verbindung zur Schweiz und nicht zu Deutschland. Namentlich befand sich sowohl der Wohnsitz von D. als auch der Sitz der Einzelfirma T. in der Schweiz. Es wurden auch die Arbeitseinsätze jeweils von der Schweiz aus organisiert. Zudem begab sich D. zur Ausführung dieser Einsätze nicht etwa stationär nach Deutschland, sondern täglich von neuem an seinen deutschen Arbeitsort, um am Abend von dort wieder an seinen Wohnort in der Schweiz zurückzukehren. Schliesslich erfolgte die Lohnzahlung über Bankkonten in der Schweiz und war D. nicht zuletzt bei schweizerischen Sozialversicherungen versichert. Es wäre aufgrund all dieser Momente daher eher eine Anknüpfung an schweizerisches Recht zu erwarten gewesen, mit dem auch der Arbeitnehmer hätte rechnen müssen und dürfen.

In Fällen, in denen die Verbindung zum gewöhnlichen Arbeitsort durch engere andere Bindungen überlagert wird, muss das anwendbare Recht nicht nach der speziellen Vorschrift von Art. 121 IPRG, sondern nach dem allgemeinen Anknüpfungsgrundsatz in Art. 117 IPRG gefunden werden (Keller/Kren Kostkiewicz, Art. 121 IPRG N. 21, S. 1008, in Heini et al., IPRG-Kommentar, Zürich, 1993; Alexander Brunner, Art. 121 IPRG N. 10, S. 887, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel, 1996). Danach untersteht ein Vertrag, sofern von den Vertragsparteien keine Rechtswahl getroffen wurde, dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. Falls ein Arbeitnehmer wie hier ins Ausland entsandt wird, wird dabei darauf abgestellt, mit welchem Recht er besser vertraut ist. Für einen Schweizer, der ins Ausland geschickt wird, kommt deshalb schweizerisches Recht zur Anwendung. Anders verhält es sich bei einem Arbeitnehmer, der von der Schweiz aus zur Arbeit in das Land entsandt wird, aus dem er stammt. Hier ist die Bindung an das Recht am künftigen ausländischen Arbeitsort stärker. Der erwähnten Lösung für den entsandten schweizerischen Arbeitnehmer gleichgestellt wird schliesslich der Fall, dass der Arbeitnehmer weder aus der Schweiz noch aus dem Zielland stammt (Keller/ Kren Kostkiewicz, Art. 121 IPRG N. 22, S. 1009).

Um diese letzte Konstellation handelte es sich vorliegend, weil der in Basel ansässige D. aus Portugal in Deutschland arbeitete. Es musste daher davon ausgegangen werden, dass D. mit dem Recht an seinem gewöhnlichen Wohnort in der Schweiz besser vertraut war als mit jenem in Deutschland. Hinzu kamen die erwähnten weiteren Umstände, die eine engere Beziehung zum schweizerischen Recht offenlegten. Damit war zweifellos schweizerisches Recht anwendbar.

Zum schweizerischen Recht gehört auch ein allgemeinverbindlich erklärter GAV wie der Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV), weil er objektives Zivilrecht enthält (vgl. BGE 98 II 208). Als Bauarbeiter fiel D. unter den persönlichen Geltungsbereich des LMV. Zur Anwendbarkeit des LMV war daneben auch nötig, dass die Einzelfirma T. von dessen betrieblichen Anwendungsbereich erfasst wurde, was unter den Parteien jedoch strittig war. Gemäss Art. 2 Abs. 4 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe vom 17. Juli 1995 gelten zahlreiche Bestimmungen des LMV insbesondere auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland sowie ihre Arbeitnehmer, sofern die erforderlichen persönlichen und betrieblichen Voraussetzungen gemäss LMV erfüllt sind. Damit übereinstimmend besagt Art. 2 Abs. 1 lit. k. LMV (Ausgabe 1995-1997), dass dieser GAV auch für ausländische Firmen gilt, welche in der Schweiz Arbeiten ausführen, die dem LMV unterstellt sind. Die Einzelfirma T. wollte aus dieser letzten Bestimmung den Umkehrschluss ableiten, dass der LMV für schweizerische Firmen, die ihre Arbeitnehmer ausschliesslich im Ausland beschäftigen, keine Geltung haben könnte. Andernfalls hätte der LMV nach ihrer Ansicht eine entsprechende positive Bestimmung enthalten müssen. Das Gewerbliche Schiedsgericht bejahte demgegenüber die Anwendbarkeit des LMV aufgrund der bestehenden Vorschriften auch für solche Betriebe.

Erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des allgemeinverbindlich erklärten LMV ist nämlich, dass dieser grundsätzlich für Firmen im ganzen Gebiet der Schweiz, nicht aber darüberhinaus Geltung hat (Art. 1 LMV; Art. 2 Abs. 1 Bundesratsbeschluss). Vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind damit Firmen mit Sitz im Ausland. Sofern ausländische Firmen in der Schweiz tätig werden, besteht hingegen das Bedürfnis, im Wettbewerb zwischen ihnen und schweizerischen Firmen auf dem hiesigen Arbeitsmarkt die gleichen Arbeitsbedingungen gelten zu lassen. Nutzniesser davon sind in erster Linie die betroffenen Arbeitnehmer aller am Wettbewerb teilnehmenden Firmen. Es werden damit Ziele verfolgt, wie sie auch für die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) gelten. Diese macht die Erteilung einer Arbeitsbewilligung durch die Arbeitsmarktbehörde von der Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen abhängig. Es kann deshalb aus den erwähnten Bestimmungen des Bundesratsbeschlusses sowie des LMV betreffend Firmen mit Sitz im Ausland, aber Tätigkeit in der Schweiz nicht der von der Einzelfirma T. gezogene Umkehrschluss abgeleitet werden. Für schweizerische Firmen, die ihre Arbeitnehmer ausschliesslich im Ausland beschäftigen, hat vielmehr, sofern schweizerisches Recht anwendbar ist, der LMV bereits ihrer räumlichen Zugehörigkeit zur Schweiz wegen Gültigkeit. Es spielt dabei keine Rolle, dass sich diese Firmen, obwohl sie in der Schweiz ansässig sind, am hiesigen Wettbewerb gar nicht beteiligen. Im Gegenteil müsste, sollten sie unter solchen Voraussetzungen vom LMV ausgenommen sein, dies besonders angeordnet sein, wie dies für die Ausdehnung des LMV auf ausländische Firmen bei Tätigkeit in der Schweiz der Fall ist. Da eine solche ausdrückliche Anordnung fehlt, ist der LMV auf die Einzelfirma T. anzuwenden.

Die nachfolgende gerichtliche Prüfung der Einhaltung des LMV durch die Einzelfirma T. bestätigte zum Teil die vom Einigungsamt festgestellten Lohndifferenzen, so dass die Klage entsprechend teilweise gutgeheissen wurde.

(GSGE vom 8.7.1999 in Sachen D. gegen T., GS 1998/404)

D. Statistiken der Berichtsjahre 1998 und 1999

	1998	1999
Klageingänge	445	438
aus dem Vorjahr übernommen	<u>127</u>	<u>164</u>
Total hängig	572	602
unerledigt übertragen	164	188
erledigte Fälle	408	414
	=====	=====

Die Fälle fanden folgende Erledigung

Ordentliche Sitzungen	99	96
Extra-Sitzungen	6	7

1998

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	15	6	5	26	6	20	2	54
2. Chemie + Spital	-	-	-	-	2	9	-	11
3. Körper + Gesundheits- pflege	4	1	2	7	3	2	-	12
4. Handel, Büro + Technik	38	6	23	67	53	36	5	161
5. Transport + Verkehr	12	-	5	17	3	2	-	22
6. Künstlerische Berufe + Wer- bung	-	-	-	-	1	1	-	2
7. Textilien, Leder + Reinigung	9	-	6	15	4	1	-	20
8. Metall + Kunst- stoffarbeit	8	3	3	14	6	3	-	23
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Ge- nussmittel	36	16	5	57	21	18	5	101
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	-	-	-	-	2	-	-	2
Total	122	32	49	203	101	92	12	408

1999

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	10	2	5	17	10	8	6	41
2. Chemie + Spital	2	-	-	2	4	1	-	7
3. Körper + Gesundheits- pflege	2	-	2	4	8	1	-	13
4. Handel, Büro + Technik	38	5	17	60	80	21	7	168
5. Transport + Verkehr	10	-	5	15	11	4	-	30
6. Künstlerische Berufe + Wer- bung	2	1	2	5	3	21	2	31
7. Textilien, Leder + Reinigung	6	-	3	9	5	3	-	17
8. Metall + Kunst- stoffarbeit	10	-	2	12	11	5	-	28
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Ge- nussmittel	28	4	7	39	20	5	12	76
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	1	-	1	2	1	-	-	3
Total	109	12	44	165	153	69	27	414

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT
BASEL-STADT**

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2000 BIS 2002

Vorsitz im Jahre 2000: Dr. G. Bruni, Zivilgerichtspräsident

Vorsitz im Jahre 2001: Dr. U. Engler, Zivilgerichtspräsident (bis 31.10.)
Dr. St. Wullschleger, Zivilgerichtspräsident (ab 1.11.)

Vorsitz im Jahre 2002: Dr. St. Wullschleger, Zivilgerichtspräsident

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Oktober 2003

Inhaltsübersicht	Seite
A. Einleitung	1
B. Neuerungen im Verfahren	
1. Gerichtsstandsgesetz (GestG).....	1
2. Neue Streitwertgrenze (Art. 343 Abs. 2 OR)	2
3. Zulassung der Advokaten / Advokatinnen vor Gewerblichem Schiedsgericht.....	3
C. Teilklagen vor Gewerblichem Schiedsgericht	5
D. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen	6
1. <u>Prozessrechtliche Fragen</u>	
1.1. Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts (§ 4 Abs. 1 GOG) Arbeitsvertrag zwischen Ehegatten?	6
1.2. Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)	
1.2.1. Nichtbestreitung einer Prozessbehauptung als Anerkennung?	8
1.2.2. Pflicht zur Suche nach Irrtümern in den Rechtsbegehren?	8
2. <u>Materiellrechtliche Fragen nach OR</u>	
2.1. Geleistete Arbeitszeit (Art. 319 OR)	
2.1.1. Genehmigung durch Unterzeichnung einer Arbeitszeitkontrolle?	9
2.1.2. Anforderungen an Beweis durch den Arbeitnehmer.....	11

2.2.	Vertragsänderung (Art. 320 / Art. 322 OR): Konkludente Lohnreduktion?	12
2.3.	Überstunden (Art. 321c OR): Präsenzzeit als Überstunden?	13
2.4.	Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR)	
2.4.1.	Haftung für einen unsachgemäss behobenen Carrosserieschaden?	16
2.4.2.	Zum Haftungsausmass für Schaden infolge Schlüsselverlust.....	18
2.4.3.	Grössere Arbeitsbelastung als Vermögensschaden?	20
2.5.	Gratifikation (Art. 322d OR)	
2.5.1.	Gratifikationsanspruch zufolge Gleichbehandlung?	22
2.5.2.	Möglichkeiten der Anspruchsbegründung	27
2.6.	Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)	
	Lohnanspruch für ausfallende Arbeitsstunden	32
2.7.	Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (Art. 324a OR)	
2.7.1.	Lohnfortzahlungspflicht neben Schadenersatzanspruch	34
2.7.2.	Lohnfortzahlungspflicht bei vorbestehendem Leiden?	36
2.7.3.	Haftung bei nicht rechtzeitigem Abschluss der Krankentaggeldversicherung.....	37
2.7.4.	Lohnfortzahlungspflicht während Freistellung bei auf Arbeitsplatz beschränkter Arbeitsunfähigkeit?.....	39
2.7.5.	Anspruch auf Krankentaggelder über das Kündigungsende hinaus?	39
2.7.6.	Vertraglich vereinbarte Lohnfortzahlung über das Kündigungsende hinaus?	39
2.8.	Persönlichkeits- und Datenschutz (Art. 328 / Art. 328b OR)	39
2.9.	Ferienbezug bei Freistellung (Art. 329c / Art. 329d OR)	
2.9.1.	Angemessene Vorbereitungszeit und Bezug von Ferien.....	41
2.9.2.	Arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit als Hindernis zum Ferienbezug?	43

2.10.	Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)	
2.10.1.1.	Kündigung vor Stellenantritt.....	45
2.10.1.2.	Probezeit für jeden von mehreren Temporäreinsätzen?	48
2.10.2.	<u>Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)</u>	
2.10.2.1.	Wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist?	49
2.10.2.2.	Nach berechtigtem Verlangen von Lohnabrechnungen	51
2.10.2.3.	Drei Monatslöhne als Ausgangswert bei Entschädigungsbemessung (Praxisänderung)	51
2.10.2.4.	Anforderungen an gültige Einsprache	51
2.10.3.	<u>Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR)</u> Mehrere Sperrfristen bei zeitlich parallel zueinander auftretenden Gründen?.....	52
2.10.4.	<u>Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR): Voraussetzungen</u>	55
2.10.4.1.	Fälle gerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber	
2.10.4.1.1.	Schwedenkuss eines Möbelpackers.....	57
2.10.4.1.2.	Erschlichener unbezahlter Urlaub zur Konkurrenzierung.....	58
2.10.4.1.3.	Filialleiter, der Arbeitgeber bei Lieferanten in Misskredit bringt.....	59
2.10.4.1.4.	Nicht erlaubte Geldentnahme durch Filialleiterin.....	61
2.10.4.2.	Fälle ungerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber	
2.10.4.2.1.	Drohung mit Ohrfeige gegen Vorgesetzte.....	64
2.10.4.2.2.	Mutwilliges Zerstören der Schutzscheibe einer Maschine.....	65
2.10.4.2.3.	Absenz bei sich widersprechenden Arztzeugnissen.....	66
2.10.4.3.	Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR)	
2.10.4.3.1.	Zusprechung eines Monatslohnes bei an sich höherem Anspruch.....	69
2.10.4.3.2.	Zusprechung eines Monatslohnes bei provozierter Kündigung	69
2.10.4.3.3.	Abs. 3 als echte Kann-Vorschrift (Praxis des Appellationsgerichts)	69
2.10.4.3.4.	Entschädigung als Regel (Praxis des Bundesgerichts).....	72
2.10.4.3.5.	Drei Monatslöhne als Ausgangswert bei der Bemessung (Praxisänderung).....	73

2.11.	Abgangsentschädigung (Art. 339b ff. OR)	
2.11.1.	Auslegung einer Vertragsabrede über die Entschädigungshöhe	78
2.11.2.	Abzugsfähige Prämienbefreiungen?.....	78
2.12.	Dienstaltersgeschenk: Anspruch auf Freitage trotz Ausscheidens?.....	79
2.13.	Heimarbeitungsvertrag (Art. 351 ff. OR)	
2.13.1.	Schrifterfordernis für Lohn und Vorgabezeit.....	79
2.13.2.	Ungenügende Arbeitsqualität als Grund zur Arbeitsreduktion?	79
2.13.3.	Schadenersatz bzw. Verbesserung bei Arbeitsmängeln?	79
3.	<u>Gleichstellungsgesetz (GIG)</u>	
3.1.	Frist für Entschädigungsklage bei Diskriminierung bzgl. Pensionierungsalter	81
3.2.	Zum Fristbeginn für Klage nach Scheitern des Schlichtungsverfahrens.....	81
3.3.	Zwei Monatslöhne als Entschädigung bei diskriminierender Pensionierungsregelung	82
3.4.	Benachteiligung wegen des Zivilstands als relevante Diskriminierung?	86
E.	Statistiken der Berichtsjahre 2000 bis 2002	88

A. Einleitung

In den Berichtsjahren 2000, 2001 und 2002 wurden 364, 443 bzw. 441 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 135, 167 bzw. 193 durch Urteil. Die durch Vergleich oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2000 42,6 %, im Jahre 2001 25,7 % und im Jahre 2002 36,7 %. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und von diesem erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 88). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO im Jahre 2000 in acht, im Jahre 2001 in dreissig und im Jahre 2002 in sechsundzwanzig Fällen Beschwerde an das Appellationsgericht erhoben, wovon zwei bzw. vier bzw. zwei Beschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen wurden.

B. Neuerungen im Verfahren

1. Gerichtsstandsgesetz (GestG)

Am 1. Januar 2001 ist das neu geschaffene Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG, SR 272) in Kraft getreten. Unter anderem wird darin die örtliche Zuständigkeit der schweizerischen Zivilgerichte bei der Beurteilung von Klagen über Forderungen aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen geregelt. Dadurch wurde die bisher geltende Regelung in Art. 343 Abs. 1 Obligationenrecht (OR, SR 220) abgelöst. Zur Erinnerung: bis dahin galt für alle Streitigkeiten aus einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis wahlweise der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten oder des Ortes des Betriebs oder Haushalts, für den der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin (im Folgenden einfach: Arbeitnehmer) Arbeit leistet bzw. geleistet hat. Auslegungsbedürftig war der Begriff des Betriebs. Dieser setzte feste Einrichtungen voraus, die der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin (im Folgenden einfach: Arbeitgeber) auf längere Zeit und an einem bestimmten Ort angelegt hat (BGE 127/2001 III 203 ff.). Umstritten war dabei etwa die Entscheidung des Gewerblichen Schiedsgerichts, das einem Messestand an der MUBA Betriebsqualität zugestanden hat (BJM 1975 S. 226 f.). Unter dem Gerichtsstandsgesetz ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort zuständig, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG). Daneben gilt für Klagen aus dem Betrieb einer Niederlassung oder Zweigniederlassung auch der Gerichtsstand an deren Ort (Art. 5 GestG; BGE 129/2003 III 31 ff.). Der Gesetzgeber hat damit für Arbeitsverhältnisse,

die einen relevanten Bezug nur zur Schweiz haben (sog. Binnensachverhalte) eine Regelung gewählt, wie sie auch im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Art. 115 Abs. 1 iVm 112 Ab. 2 IPRG, SR 291) und im Lugano-Übereinkommen (Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Nr. 1 iVm Nr. 5 LugÜ, SR 0.275.11) für Arbeitsverhältnisse vorgesehen ist, die relevante Berührungspunkte über die Schweiz hinaus auch zu anderen Ländern haben (sog. internationale Sachverhalte). Der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers wird sich regelmässig dort befinden, wo der Arbeitgeber seinen Betrieb führt. Er verlangt jedoch keine festen Einrichtungen, die der Arbeitgeber zudem auf längere Zeit und an einem bestimmten Ort angelegt hat. Ferner sieht das Gerichtsstandsgesetz vor, dass für Klagen einer stellensuchenden Person oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG; SR 823.11) stützen – also aus Arbeitsvermittlung oder aus Personalverleih – zusätzlich zu den Gerichtsständen nach Art. 24 Abs. 1 GestG auch das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, örtlich zuständig ist (Art. 24 Abs. 2 GestG). Allerdings handelt es sich bei einer Klage aus Arbeitsvermittlung, deren rechtliche Grundlage ein Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder ein auftragsähnlicher Vertrag ist, nicht um eine solche, für die das Gewerbliche Schiedsgericht, das lediglich Klagen aus (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnissen beurteilt, sachlich zuständig wäre (§ 4 Abs. 1 Gerichtsorganisationsgesetz, GOG, SG 154.100). Bei Arbeitnehmern, die vorübergehend an einen anderen als ihren gewöhnlichen Arbeitsort entsandt werden, ist zusätzlich zu den Gerichten nach Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 GestG auch jenes am Entsendeort kompetent, soweit mit der Klage Ansprüche aus der Zeit der Entsendung geltend gemacht werden (Art. 24 Abs. 3 GestG). Das Gerichtsstandsgesetz bestimmt weiter, dass die stellensuchende oder arbeitnehmende Person auf die Gerichtsstände nach Art. 24 GestG weder zum voraus noch durch (blosse stillschweigende) Einlassung verzichten kann (Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG). Vorbehalten bleibt hingegen der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung, nachdem die Streitigkeit, die vor Gericht ausgetragen werden soll, entstanden ist (Art. 21 Abs. 2 GestG). Diese Regelung deckt sich übrigens mit jener des LugÜ (Art. 17 Abs. 5). Nach IPRG hingegen ist eine Gerichtsstandsvereinbarung auch für einen erst künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis zulässig (Art. 5 Abs. 1 IPRG). Nur dort, wo einer Partei ein Gerichtsstand nach schweizerischem Recht missbräuchlich entzogen wird, ist sie unwirksam (Art. 5 Abs. 2 IPRG).

2. Neue Streitwertgrenze (Art. 343 Abs. 2 OR)

Seit dem 1. Juni 2001 haben die Kantone für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- (bisher: Fr. 20'000.--) ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vorzusehen (Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Die Erhöhung auf Fr. 30'000.-- wurde damit begründet, dass Arbeitnehmer, die eigentlich höhere Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber als Fr. 20'000.-- hätten, diese bei der gerichtlichen Geltendmachung jedoch oft herabsetzten, um von der garantierten Kostenlosigkeit des Verfahrens profitieren zu können. Zu-

dem sei die Teuerung seit der letzten Anpassung um mehr als 25 % gestiegen. Der diese Teuerung überschreitende Betrag sei im Sinne einer Vorgabe für die nachfolgenden Jahre zu verstehen (Bundesblatt, BBl, 2000 S. 3475 ff. und S. 4859 ff.). Die entsprechende kantonale Vorschrift über die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts bis zu diesem Streitwert ist am 10. Dezember 2001 in Kraft getreten (§ 4 Abs. 1 GOG).

3. Zulassung der Advokaten und Advokatinnen vor Gewerblichem Schiedsgericht (§ 216 ZPO)

Am 10. Dezember 2001 ist auch die revidierte Fassung von § 216 der Zivilprozessordnung (ZPO, SG 221.100) in Kraft getreten. Seither sind die bisherigen Absätze 2 und 3 dieser Vorschrift gestrichen. Bisher durften sich die Parteien vor dem Gewerblichen Schiedsgericht grundsätzlich nur auf begründetes Gesuch hin und, falls bestimmte Umstände vorlagen, vertreten bzw. verbeiständen lassen, namentlich wenn eine Partei nachweisbar infolge besonderer persönlicher Verhältnisse wie etwa Krankheit oder Unerfahrenheit der Vertretung bedurfte (§ 216 Abs. 2 lit. a aZPO). Die bisherige Regelung war vor allem von den Advokaten und Advokatinnen seit vielen Jahren angefochten. Die neue Regelung in § 216 ZPO hat diese Einschränkung nun beseitigt. Weiterhin gilt jedoch, dass die Parteien zu den Gerichtssitzungen in der Regel persönlich zu erscheinen haben (§ 216 Abs. 1 ZPO). Das Gewerbliche Schiedsgericht will sich denn auch aus der Schilderung des Rechtsstreits der daran direkt Beteiligten ein unmittelbares Bild machen können. Aus diesem Grund können sich die Parteien vor Gericht grundsätzlich nicht einfach durch eine Drittperson im eigentlichen Sinne vertreten, sondern lediglich zu ihrer Unterstützung durch eine solche begleiten lassen. Dabei gilt hier wie auch in anderen Verfahren vor Zivilgericht, dass die gewerbsmässige Vertretung und Verbeiständung den Advokaten und Advokatinnen vorbehalten ist. Ihnen gleichgestellt werden praxisgemäss im Sinne des bisherigen § 216 Abs. 2 lit. c ZPO Sekretäre von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden. Falls eine Partei am Erscheinen vor Gericht verhindert ist, hat sie nach wie vor vorgängig zur Verhandlung ein schriftliches Gesuch um Dispensation zu stellen. Für die im Handelsregister eingetragenen Firmen hat weiterhin eine für die Firma einzeln oder kollektiv zeichnungsberechtigte Person zu erscheinen. Der Arbeitgeber kann sich ferner durch einen gehörig bevollmächtigten Angestellten vertreten lassen, der Vorgesetzter der Gegenpartei oder mit der Streitsache aus eigener Wahrnehmung vertraut ist (§ 216 Abs. 1 ZPO).

Im Zuge der Zulassung der Advokaten und Advokatinnen wurde weiter auch die Vorschrift über die Parteientschädigung neu gefasst. Bisher konnten die Kosten einer Vertretung oder Verbeiständung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht der Gegenpartei nicht überbunden werden. Vorbehalten blieb ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen (§ 216 Abs. 4 aZPO). Neu ist, dass nach § 216 Abs. 2 ZPO der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach den Bestimmungen von § 172 ZPO zuzusprechen ist, wobei ebenfalls ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen vorbehalten bleibt. Nach

§ 172 ZPO richtet sich die Verteilung der ausserordentlichen Kosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, das heisst in dem Masse, in dem die Parteien mit ihren Anträgen obsiegen oder unterliegen. Das Gewerbliche Schiedsgericht legt die § 216 Abs. 2 iVm § 172 ZPO allerdings in dem Sinne aus, dass grundsätzlich jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten trägt. Parteientschädigungen werden erst dann zugesprochen, wenn die im Prozess unterliegende Partei trotz hinreichender Kenntnis der Sach- und Rechtslage, wie sie einerseits von der obsiegenden Partei schon vor Klaganhebung ihr gegenüber geltend gemacht wurde und wie sie andererseits schliesslich auch dem Urteil durch das Gericht zugrundegelegt wurde, den Prozess riskiert hat, ohne dass hierfür selbst aus der Sicht eines juristischen Laien achtenswerte Gründe bestanden haben.

Bei seiner Auslegung geht das Gewerbliche Schiedsgericht davon aus, dass alle Personen, die arbeitsrechtliche Forderungen stellen, unabhängig von ihren finanziellen Mitteln den gleichen Zugang zum Recht haben sollten. Die Aussicht, mit Gerichtskosten konfrontiert zu werden, stellt insbesondere für die schwächere Partei ein ernstzunehmendes Hindernis bei der Rechtsdurchsetzung dar (BBl 2000 S. 3478). In Art. 343 Abs. 3 OR hat der Bundesgesetzgeber die Kostenlosigkeit nur für die Gerichtskosten vorgeschrieben. Die Verlegung der Parteikosten in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist hingegen Sache der Kantone ist, solange noch keine eidgenössische Zivilprozessordnung existiert. Die gleichen Überlegungen wie zu den Gerichtskosten gelten jedoch um so mehr für die Parteikosten, weil diese die ersteren regelmässig in ihrer Höhe übersteigen. Härtefälle können dabei zwar über die unentgeltliche Prozessführung gelöst werden. Voraussetzung dafür sind jedoch knappe finanzielle Verhältnisse des Antragstellers, wie sie häufig nicht gegeben sind (vgl. BBl 2000 S. 4861). In diesen Fällen ist ein ungehinderter Zugang zum Gewerblichen Schiedsgericht sowohl für die Arbeitnehmer als auch für die Arbeitgeber am ehesten gewährleistet, wenn jede Partei von vornherein grundsätzlich nur mit der Tragung der eigenen Parteikosten rechnen muss. Zudem zeigt die Statistik, dass von den durch das Gewerbliche Schiedsgericht in den Jahren 2000 bis 2002 durch Urteil erledigten Klagen durchschnittlich 60 % teilweise gutgeheissen und durchschnittlich je 20 % entweder ganz gutgeheissen oder vollständig abgewiesen wurden. Es ergibt sich daraus, dass die Arbeitnehmer (regelmässig als Kläger) und die Arbeitgeber (ebenso regelmässig als Beklagte) mit ihren Rechtsstandpunkten vor Gericht in etwa ausgeglichen erfolgreich sind. Dabei nehmen die teilweise gutgeheissenen bzw. abgewiesenen Klagen die klare Mehrheit ein. In diesen Fällen können in entgeltlichen Verfahren vor Zivilgericht die ausserordentlichen Kosten (ausnahmsweise) ebenfalls wettgeschlagen werden. Das Appellationsgericht hat die vom Gewerblichen Schiedsgericht vertretene Auslegung noch nie als solche aufgrund einer Beschwerde beurteilen müssen. Aus mehreren Entscheiden ergibt sich, dass sich das Appellationsgericht für die Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren zwar mehr am Wortlaut von § 216 Abs. 2 ZPO orientiert, dabei aber ebenfalls den Billigkeitserwägungen einen weiten Anwendungsraum einräumt (AGE vom 19.11.2002 in Sachen S. gegen Gemeindespital R.; AGE vom 16.12.2002 in Sachen B.T. gegen R.T; AGE vom 28.2.2003 in Sachen Z. gegen C. AG; AGE vom 28.2.2003 in Sachen S. gegen C. AG; AGE vom 11.6.2003 in Sachen S. AG gegen S.).

C. Teilklagen vor Gewerblichem Schiedsgericht

Im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht werden die meisten Fragen der Parteien zur Möglichkeit der Erhebung von Teilklagen gestellt. Im Unterschied zu den Zivilgerichten, namentlich Arbeitsgerichten, anderer Kantone sind in Basel-Stadt neben den unechten Teilklagen auch echte zugelassen (vgl. Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 343 OR N. 7, S. 474 f.). Bei den ersteren handelt es um Klagen über individualisierbare Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis. Individualisierbar sind beispielsweise Forderungen, die zeitlich hintereinander entstehen und fällig werden, wie dies auf die fortlaufenden Monatslöhne im einem Arbeitsverhältnis zutrifft (Peter Goepfert, Die Teilklage nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, in: BJM 1958 S. 139 f.). Bei den echten Teilklagen hingegen fehlt diese Individualisierbarkeit der Ansprüche. Wer als Arbeitnehmer nur einen Teil des Lohnes als Schadenersatzforderung einklagt, der ihm bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zugestanden wäre, durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Arbeitgebers aber genommen wurde, verlangt den Teil eines zusammen gehörenden Ganzen und damit einen echten Teil. Ebenso zu beurteilen sind die Klagen über verschiedene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die zusammengerechnet eine bestimmte Summe, meistens von über Fr. 30'000.--, ergeben. Daraus wird vorerst nur ein Teil, der maximal Fr. 30'000.-- beträgt, unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Mehrforderung eingeklagt. Dabei lässt sich dieser eingeklagte Teil keinem der betreffenden Ansprüche eindeutig zuordnen, weshalb die Teilforderung und die Mehrforderung nicht individualisierbar sind. Während die unechten Teilklagen wie gewöhnliche Klagen behandelt werden (BJM 1987 S. 234 ff.), braucht sich die beklagte Partei auf eine echte Teilklage bei Gesamtansprüchen der Klagpartei von in diesen Fällen in der Regel über Fr. 30'000.-- nicht einzulassen. Sie hat vielmehr Anspruch darauf, dass alles auf einmal beurteilt wird. Andernfalls muss sie damit rechnen, dass sie allenfalls in einen oder mehrere weitere Prozesse durch die Klagpartei verwickelt wird. Andererseits kann es aber auch in ihrem Interesse stehen, dass eine Teilklage über ihres Erachtens ungerechtfertigte Forderungen in einem raschen und kostengünstigen Verfahren beurteilt wird. Falls sich die beklagte Partei auf eine echte Teilklage jedoch nicht einlassen will, hat sie dies dem Gewerblichen Schiedsgericht zur Kenntnis zu bringen, und zwar bevor sie sich auf den Prozess einlässt. Daraufhin wird sich die Klagpartei darüber äussern müssen, ob sie an ihrer Mehrforderung festhält oder aber die eingeklagten Ansprüche definitiv auf maximal Fr. 30'000.-- reduziert, womit die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts erhalten bleibt. Hält sie an der Mehrforderung fest, so liegt der Ball nun bei der beklagten Partei, die innert einer ihrer vom Instruktionsrichter zu setzenden - regelmässig einmonatigen und nur einmal um die gleiche Dauer erstreckbaren - Frist die sog. negative Feststellungswiderklage beim Zivilgericht zu erheben hat. Da mit dieser Wider-

klage die Feststellung der Nichtexistenz dessen beantragt wird, was in der Klage verlangt und vorbehalten wird, handelt es sich mit jeweils umgekehrten Vorzeichen um ein- und dasselbe. Deshalb folgt hier die Klage in der Frage der Zuständigkeit der Widerklage (§ 218 Abs. 4 ZPO). Art. 343 Abs. 2 OR, wonach sich der Streitwert nach der eingeklagten Forderung ohne Rücksicht auf ein Widerklagebegehren bemisst, findet auf die negative Feststellungswiderklage hingegen keine Anwendung (BJM 1993 S. 152). Der Widerkläger hat zudem vor Zivilgericht die Gerichtskosten für das nunmehr nicht mehr kostenlose Verfahren vorzuschüssen. Falls die Widerklage innert der gesetzten Frist nicht erhoben oder der Kostenvorschuss hierfür nicht geleistet wird, verbleibt die Zuständigkeit bezüglich der angehobenen Teilklage beim Gewerblichen Schiedsgericht.

D. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts werden mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgt nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben worden ist. Im Folgenden werden zu einzelnen bestimmten Rechtsfragen die Urteilsabwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und des Appellationsgerichts sowie in zwei Fällen auch des Bundesgerichts (Ziffern 2.5.2.: S. 27 und 2.10.4.3.4.: S. 72) wiedergegeben.

1. Prozessrechtliche Fragen

1.1. Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts (§ 4 Abs. 1 GOG)

Art. 319 OR. Kein Arbeitsvertrag zwischen Ehegatten liegt (mehr) vor, wenn die Ehefrau, obwohl sie über längere Zeit keine Arbeit mehr leistete, gleichwohl Lohnzahlungen erhalten hat, ohne dass hierfür aber für den Arbeitgeber eine besondere arbeitsrechtliche Verpflichtung bestanden hätte.

Die Ehegatten C. sind seit 1976 verheiratet und haben zwei Kinder. Der Ehemann führte als Inhaber einer Einzelfirma in Basel ein Goldschmiedeatelier. Die Ehefrau hatte, um in seinem Geschäft mithelfen zu können, eine Zweitausbildung als Bijouterieverkäuferin absolviert. Zunächst arbeitete sie regelmässig, später, nachdem die Kinder in den Jahren 1978 und 1980 geboren wurden, hingegen seltener in dessen Atelier mit. Bis 1982 erhielt sie für ihre Arbeit gar keinen Lohn. Von 1983 an erfolgten jedoch regelmässige Lohnzahlungen. Nachdem der

Ehemann im Jahre 1992 eine Goldschmiedin angestellt hatte, war seine Ehegattin kaum mehr im Geschäft anwesend und eröffnete im Jahre 1994 ein eigenes Kosmetikstudio. Anerkannt war, dass die Ehefrau sodann in der Folge überhaupt keine Arbeit für den Betrieb des Ehemannes mehr geleistet hat, obwohl sie für ihn weiterhin zur Verfügung gestanden sein wollte. Dennoch erfolgten bis zur Trennung der Ehegatten im Juni 1998 unverändert die Lohnzahlungen, die danach vom Ehemann eingestellt wurden. Mit Klage vom 10. Oktober 1999 beehrte die Ehefrau beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung ihres Ehegatten zur Zahlung der Löhne für Juli 1998 bis Mai 1999. Auf die Klage wurde mit Urteil vom 30. März 2000 nicht eingetreten. Das Appellationsgericht wies am 6. Juli 2000 die von der Ehefrau hiergegen erhobene Beschwerde vollumfänglich ab. In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde an das Appellationsgericht führte das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt aus:

"[...] Vorweg war festzuhalten, dass es Ehegatten freigestellt ist, untereinander Verträge, insbesondere Arbeitsverträge, abzuschliessen [Art. 168 ZGB]. Schliessen sie keinen Arbeitsvertrag ab und hilft der eine Ehegatte dem anderen in dessen Betrieb, so hat jener nach Art. 164 ZGB Anspruch auf einen regelmässigen und angemessenen Betrag zu seiner eigenen freien Verfügung. Vorliegend hat das Gericht für die Zeit, als die Beschwerdeführerin für den Beklagten effektiv Arbeit verrichtete und dafür einen Lohn erhielt, angenommen, dass die Parteien miteinander in einem Arbeitsverhältnis standen. Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsvertrages ist es denn auch, dass Arbeit im Dienste eines anderen geleistet wird [Art. 319 Abs. 1 OR]. Davon gibt es zwar Ausnahmen. Allerdings handelt es sich dabei um Zustände, die regelmässig nur vorübergehend andauern. Namentlich hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn, obwohl er nicht arbeitet, in Zeiten, in denen der Arbeitgeber ihm während der vertraglichen Arbeitszeit keine Arbeit zur Verfügung stellen kann [Art. 324 OR] oder der Arbeitgeber ihn von der Arbeitsleistung sogar befreit [Freistellung]. Auch hat der Arbeitnehmer in der Zeit, in der er ohne sein eigenes Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, während einer beschränkten Zeit dennoch Anspruch auf Lohnfortzahlung [Art. 324a OR]. Schliesslich ist ein Mitarbeiter, der auf Abruf angestellt ist, über die Bereitschaftszeit aber nicht völlig frei verfügen kann, angemessen zu entlöhen [BGE 124/1998 III 251 f.].

Hier hat die Beschwerdeführerin zweifellos seit mehreren Jahren keinerlei Arbeit mehr für den Beklagten verrichten müssen, aber dennoch ihren Lohn erhalten. Dieser Zustand kann nur vordergründig und teilweise einem der genannten ausserordentlichen Situationen zugeordnet werden, in denen einem Arbeitnehmer ohne Arbeitsleistung trotzdem Lohn auszurichten ist. Auffällig, weil aussergewöhnlich, ist die lange Zeitspanne, in der dieser Zustand im Falle der Parteien Ende Juni 1998 bereits angedauert hatte. Unter normalen Umständen wäre ein unbefristeter Arbeitsvertrag wie der vorliegende bei dieser Situation jedenfalls vom Arbeitgeber längstens durch Kündigung beendet worden. Ist es wie hier jedoch nicht dazugekommen, müssen besondere Umstände dafür vorliegen, dass ein Arbeitsvertrag trotz anhaltender Nichtinanspruchnahme der Arbeitskraft des Mitarbeiters dennoch weitergeführt wird. Das könnte darin liegen, dass der betreffende Arbeitsvertrag auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen ist und nicht vorzeitig aufgelöst werden kann. Ein solcher Umstand liegt hier nicht vor. Beide

Parteien hätten den Arbeitsvertrag durch ordentliche Kündigung beenden können. Dass ein Arbeitsvertrag unter solchen Umständen weitergeführt wird, kann auch darin liegen, dass er bloss simuliert ist und einen anderen Geschäftsvorgang im Hintergrund verdecken soll. Ein solcher Vertrag wäre unwirksam und könnte keine Rechtswirkungen entfalten [Art. 18 OR]. Gültig wäre, soweit vorhanden, der dissimulierte Vertrag. [...] In solchen Fällen tritt das Gewerbliche Schiedsgericht auf Klagen nicht ein, weil kein Arbeitsverhältnis vorliegt [BJM 2001 S. 49 ff.]. Hier ist eine Simulation darin zu erblicken, dass der Beklagte, aber auch die Beschwerdeführerin das einmal begründete Arbeitsverhältnis auch nach seiner faktischen Aufgabe rechtlich aufrecht stehen liessen, woraus sie sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Nutzen haben ziehen können. [...].

Daneben ist aber nicht zuletzt darauf hinzuweisen, dass die Ehe der Parteien als Rechtsgrundlage für die Geldleistungen des Beklagten an die Beschwerdeführerin eher in Frage kommt als ein Arbeitsvertrag, solange die Beschwerdeführerin über längere Zeit keine Arbeit leistet, ohne dass für eine gleichwohl erfolgte Lohnzahlung besondere arbeitsrechtliche Verpflichtungen bestehen. Das ist hier zweifellos der Fall. Aus den ins Recht gelegten Unterlagen, die für sich allein sonst als Indizien für einen Arbeitsvertrag dienen können, kann unter den vorliegenden Umständen daher nicht auf einen Arbeitsvertrag geschlossen werden. [...]"

(GSGE vom 30.3.2000 in Sachen der Ehegatten C., GS 1999/342; AGE vom 6.7.2000 in Sachen der Ehegatten C.)

1.2. Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)

1.2.1. Nichtbestreitung einer Prozessbehauptung als Anerkennung?

Siehe Ziffer 2.1.1.: S. 9

1.2.2. Pflicht zur Suche nach Irrtümern in den Rechtsbegehren?

Siehe Ziffer 2.3.: S. 13

2. Materielle rechtliche Fragen nach OR

2.1. Geleistete Arbeitszeit (Art. 319 OR)

2.1.1. Art. 21 Ziff. 3 L-GAV 98 des Gastgewerbes. Zum Nachweis der geleisteten Arbeitszeit bei Vernachlässigung der Buchführungspflichten durch den Arbeitgeber. Eine vom Arbeitnehmer selber geführte Arbeitszeitkontrolle muss glaubwürdig und unverdächtig erscheinen, um Beweis erbringen zu können. Zu den Umständen, die die Monatsblätter eines Nachtportiers als nicht schlüssige Arbeitszeitkontrolle erscheinen liessen.

Art. 343 Abs. 4 OR. Aufgrund der Untersuchungsmaxime darf der Richter nicht bestrittene Ausführungen der Gegenpartei zu einer Klagforderung nicht als von der Klagpartei anerkannt ansehen. Er hat die Klagpartei dazu vielmehr speziell zu befragen.

N. arbeitete vom 1. September 1998 bis Ende Juni 1999 als Nachtportier bei A. im Hotel S.. Der Lohn wurde ihm bis und mit Juli 1999 ausgerichtet. Am 5. August 1999 reichte N. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber auf Zahlung von Fr. 14'297.60 brutto ein. Der eingeklagte Betrag wurde anlässlich des Vorverfahrens durch Bewilligung einer Klagänderung auf Fr. 20'000.-- brutto, Mehrforderung vorbehalten, erhöht. Der Grossteil der eingeklagten Forderung wurde damit begründet, dass der Arbeitnehmer, welcher im Stundenlohn angestellt war, regelmässig mehr gearbeitet habe, als ihm als Lohn ausbezahlt worden sei. Zusätzlich wurde die Leistung einer Ferienentschädigung, des anteilmässigen 13. Monatslohns sowie einer Feiertagsentschädigung verlangt. Anlässlich der zweiten Hauptverhandlung vom 10. April 2000 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage unter dem Titel Feiertagsentschädigung und 13. Monatslohn im Umfang von Fr. 536.50 netto gutgeheissen und die Mehrforderung abgewiesen, soweit es auf die Klage eingetreten ist. Auf Beschwerde von N. hin hat das Appellationsgericht mit Urteil vom 6. November 2000 den Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts teilweise aufgehoben, indem es Folgendes ausführte:

"[...] 2. a) Streitpunkt des Beschwerdeverfahrens bildet die Frage nach dem zeitlichen Umfang der vom Beschwerdeführer [N.] während des Anstellungsverhältnisses erbrachten Arbeitsleistungen. Während dieser geltend macht, er habe wesentlich mehr gearbeitet, als was ihm dann ausbezahlt worden sei, wird von der Gegenseite behauptet, man habe jeweils gemeinsam die vom Arbeitnehmer erstellten Aufstellungen bereinigt und unterschrieben; gestützt hierauf seien die Lohnzahlungen erfolgt. Dem hält der Beschwerdeführer wiederum entgegen, wegen seiner prekären Situation als Ausländer ohne gefestigten Aufenthaltsstatus in der Schweiz habe er sich dem Ansinnen seines Arbeitgebers, den jeweils gemeldeten Stundenaufwand einfach zu kürzen, nicht widersetzen können.

b) In der ersten Verhandlung vom 3. Februar 2000 hat der Vertreter des Beschwerdegegners [A.] zu Protokoll gegeben, man habe von Seiten des Arbeitgebers keine Stundenkontrolle geführt; Ende Monat seien mit dem Angestellten die Stunden durchgegangen und ausgerechnet worden. Gestützt darauf sei dann die Lohnabrechnung erstellt worden. Ergänzt hat der beklagte Vertreter seine Ausführungen in dem Sinne, dass er nicht wisse, ob der Arbeitgeber die Stunden aufgeschrieben habe. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner als Arbeitgeber seinen Pflichten, die ihm der GAV auferlegt, nicht vollständig nachgekommen ist. So hätte er die geleistete Arbeitszeit selbst erfassen und vom Arbeitnehmer unterschreiben lassen müssen (Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 1998). Der Bericht, welchen die Kontrollstelle für den L-GAV im Auftrag des Gerichts am 15. November 1999 erstattet hat, scheint zwar anzunehmen, dass der Arbeitgeber seinen diesbezüglichen Pflichten genügt habe. Andererseits hat der Vertreter des Arbeitgebers, wie dargelegt, vor dem Gewerblichen Schiedsgericht ausgeführt, dass die Aufstellungen über die Arbeitszeit gemeinsam erstellt worden seien, d.h. nicht aufgrund eigener Kontrollen durch den Arbeitgeber. Dieser hätte nach Art. 15 Ziff. 8 L-GAV ausserdem die Lohnabrechnungen und die notwendigen Unterlagen dazu während mindestens 5 Jahren aufbewahren müssen, was er jedoch nicht getan hat: Wie sich aus seinem Schreiben an die Vorinstanz vom 7. Februar 2000 ergibt, ist die Lohnabrechnung nach ihrer "Akzeptanz" durch den Arbeitnehmer jeweils vernichtet worden. Auch hat der Arbeitgeber soweit ersichtlich kein eigentliches Buch über die effektive Arbeits- und Ruhezeit geführt, wie dies Art. 21 Ziff. 2 L-GAV vorschreibt. Nach Ziff. 3 dieser Vorschrift ist für den Fall der Missachtung der Buchführungspflichten durch den Arbeitgeber vorgesehen, dass eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen werde.

c) In der Replik beruft sich der Beschwerdeführer nun vor allem auf diese Bestimmungen des L-GAV. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Zulassung eines Dokumentes als formelles Beweismittel das Gericht nicht von dessen sorgfältiger Würdigung entbinden kann. Sodann ist klarzustellen, dass in Art. 21 Ziff. 3 L-GAV nicht davon die Rede ist, dass im Falle der Vernachlässigung der Buchführungspflichten durch den Arbeitgeber schon allein die bloße Behauptung des Arbeitnehmers über die geleistete Arbeitszeit genügt. Verlangt wird vielmehr eine vom Mitarbeiter geführte Arbeitszeitkontrolle. Soll eine solche den vollen Beweis für die behauptete Arbeitszeit erbringen, so muss sie als glaubwürdig und unverdächtig erscheinen. Den Ausführungen in der Vernehmung des Gewerblichen Schiedsgerichts kann in diesem Zusammenhang gefolgt werden, dass die vom Beschwerdeführer produzierten Listen mit den täglichen Arbeitszeiten im Nachhinein erstellt worden sind. Das ergibt sich einerseits aus der Verwendung von offensichtlich dem gleichen Schreibwerkzeug über längere Dauer, andererseits aber auch daraus, dass der Beschwerdeführer nach dieser Zusammenstellung die Arbeit ausnahmslos zur vollen Stunde begonnen und beendet hätte. Das wirkt in höchstem Masse ungewöhnlich und widerspricht jeglicher Lebenserfahrung. Es kann in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass auch der erwähnte Bericht der Kontrollstelle festhält, die vom Arbeitnehmer erstellte Arbeitszeitkontrolle sei erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses erstellt worden. Die vom Beschwerdeführer verfassten Monatsblätter sind daher nicht bereits per se als schlüssige Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 21 Abs. 3 L-GAV anzusehen. Auch ist es nicht so, dass zusätzliche Indizien für die Richtigkeit der klägerischen Darstellung sprächen. Die drei erstinstanzlich gehörten

Zeuginnen, die in den Morgenstunden jeweils ihren Dienst anzutreten pflegten, konnten jedenfalls nicht bestätigen, den Beschwerdeführer oft im Betrieb gesehen zu haben. [...]

d) Aufgrund der genannten Umstände ist somit festzuhalten, dass kein Fall vorliegt, in welchem entgegen den unterschriebenen Lohnabrechnungen nach Art. 21 Ziff. 3 L-GAV der Beschwerdeführer den Beweis für die behauptete höhere Arbeitszeit erbracht hat. Dies führt dazu, dass die Beschwerde im Hauptpunkt abzuweisen ist.

3. Der Beschwerdeführer hat erstinstanzlich auch eine Ferienentschädigung gefordert. Diese wurde ihm von der Vorinstanz nicht zugesprochen, und zwar offenbar deshalb nicht, weil der Beklagte in der zweiten Verhandlung vom 10. April 2000 erklärt hat, "noch CHF 2'100.-- Ferien" ausbezahlt zu haben. In der Vernehmlassung der Vorinstanz wird hierzu ausgeführt, der Beschwerdeführer habe der entsprechenden Darstellung des Beschwerdegegners nicht widersprochen, obwohl er vom Gericht zur Stellungnahme aufgefordert worden sei. Dieses Argument ist in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime indessen als problematisch anzusehen. Zwar mag es zutreffen, dass der Beschwerdeführer, der in seinem Vortrag zu einer Vielzahl von Behauptungen des Beschwerdegegners Stellung beziehen musste, sich zum Ferienlohn nicht explizit geäußert hat. Das hätte dem Gericht angesichts der Forderung des Beschwerdeführers indessen Anlass geben müssen, ihn zu diesem Punkt speziell zu befragen. Dazu hätte umso mehr Anlass bestanden, als der Beschwerdegegner in seinem Kündigungsschreiben vom 25. Juni 1999 behauptet, man habe dem Beschwerdeführer am letzten Arbeitstag, dem 21. Juni 1999, das restliche Feriengeld von CHF 2'500.-- ausbezahlt. In der Verhandlung war dann jedoch von einem anderen Betrag die Rede. Vor allem aber findet sich in den Akten der Vorinstanz eine Lohnabrechnung, ebenfalls datierend vom 21. Juni 1999. Darin wird unter dem Titel Feriengeld lediglich ein Betrag von CHF 321.55 ausgewiesen. Für einen höheren Betrag hat der Beschwerdegegner keinerlei Belege vorgelegt. Dessen blosser Behauptung, mehr ausbezahlt zu haben, kann unter diesen Umständen nicht genügen. Der Anspruch des Beschwerdeführers unter dem Titel Ferienlohn wird daher im Sinne des Ausgeführten von der Vorinstanz neu zu prüfen sein. [...]"

(AGE vom 6.11.2000 in Sachen von N. gegen A.; GSGE vom 10.4.2000 in Sachen N. gegen A., GS 1999/259)

2.1.2. Geleistete Arbeitszeit: Anforderungen an Beweis durch den Arbeitnehmer Siehe Ziffer 2.3.: S. 13

2.2. Vertragsänderung

Art. 320 OR / Art. 322 OR. Eine Investitionsberaterin, die während mehrerer Monate einen tieferen Lohn als den Bisherigen widerspruchslos entgegennahm, erklärte sich dadurch konkludent mit dieser Vertragsänderung einverstanden, um so mehr sie vorher auch Lohnerhöhungen der Arbeitgeberin auf diese Weise akzeptiert hatte.

Z. war seit dem 25. Januar 1991 für die C. AG als Investitionsberaterin tätig. Ihr monatliches Salär betrug anfänglich Fr. 2'300.-- brutto zuzüglich Provisionen und wurde mehrmals erhöht. In den Monaten November 2000 bis März 2001 wurden ihr jeweils Fr. 11'650.65 brutto ausbezahlt und danach nur noch monatlich Fr. 5'000.-- brutto. Das Arbeitsverhältnis wurde von der C. AG auf den 31. Juli 2002 gekündigt, nachdem Z. schon seit Anfang September 2001 wegen Krankheit arbeitsunfähig war und seither Krankentaggelder bezog. Am 24. Juli 2002 erhob Z. gegen ihre Arbeitgeberin beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage, mit der sie deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 19'226.-- brutto Lohndifferenzen nebst Zins, Mehrforderung vorbehalten, forderte. In der Verhandlung vom 7. Oktober 2002 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage vollumfänglich ab. Die von Z. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 28. Februar 2003 abgewiesen. In seiner Vernehmlassung an das Appellationsgericht hat das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes ausgeführt:

"[...] In der Hauptverhandlung waren sich die Parteien darüber einig, dass die Beklagte [C. AG] der Beschwerdeführerin [Z.] im Oktober 2000 mit Wirkung ab 1. November 2000 ein höheres Fixgehalt versprochen und dann auch effektiv bezahlt hatte. Hingegen hat die Beschwerdeführerin in Abrede gestellt, dass diese Erhöhung nur für eine vorübergehende Zeit abgemacht gewesen sei. Obwohl die Beklagte Gründe für eine vorübergehende Lohnänderung geltend machen konnte, konnte letztlich dahingestellt bleiben, wie es sich damit verhalten hat. Entscheidend war vielmehr, dass die Beschwerdeführerin von der Lohnreduktion für die Zeit ab April 2001 wusste und den Lohn in der Folge auch Monat für Monat widerspruchslos entgegengenommen hat, bis sie Monate später dann erkrankte. Wie bei der Lohnerhöhung per 1. November 2000 waren damit die Parteien formlos übereingekommen, dass der Lohn reduziert wurde. Mehr kann hier für eine Vertragsänderung nicht verlangt werden. Insbesondere trifft es nicht zu, dass es für eine Vertragsänderung jeweils einer Änderungskündigung bedarf. Vielmehr kann auch ein Arbeitsvertrag von den Parteien im gegenseitigen Einvernehmen per sofort und für die Zukunft geändert werden. Dabei braucht es auch keine ausdrücklichen Willenserklärungen, sondern es genügt, wenn sich der übereinstimmende Wille der Parteien aus den Umständen ergibt [Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 322 OR N. 3c, S. 101; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 320 OR N. 4, S. 50; Art. 322 OR N. 3, S. 97; ZK-Staehelin, Art. 322 OR N. 26, S. A143; vgl. BK-Rehbinder, Art. 322 OR N. 19, S. 223]. Die massgeblichen Umstände waren darin zu erblicken, dass einerseits die Beklagte wie schon früher durch ihren Verwaltungsratspräsidenten die Lohnerhöhung bzw. -senkung gegenüber der Beschwerdeführerin angekündigt hat, und andererseits die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten ihr konkludent

denes Einverständnis mit der Vertragsänderung zum Ausdruck gebracht hat. Namentlich geht es nicht an, an Lohnänderungen, die stillschweigend zwischen den Parteien vorgenommen werden, verschieden hohe Ansprüche stellen, je nachdem, ob es sich dabei um eine Lohnerhöhung oder aber dann um eine Lohnreduktion handelt. Gegen die Lohnreduktion will die Beschwerdeführerin sich deshalb nicht gewehrt haben, weil sie sonst vor die Türe gesetzt worden wäre. Allerdings wurde sie von der Beklagten nie auf derartige Konsequenzen hingewiesen. Zudem fehlt es auch an Anhaltspunkten für ein derartiges Verhalten der Beklagten. Die Beschwerdeführerin stützte ihre Befürchtung auf ihre Ansicht, dass die Beklagte ihren Standort in der Schweiz aufgeben würde, sobald ihr die Rahmenbedingungen dafür nicht mehr günstig erscheinen würden. Aus diesem Grund habe die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit in der Zwischenzeit auch eingestellt. Damit kann die Beschwerdeführerin, sofern ihr Einwand in diese Richtung gehen sollte, jedoch nicht geltend machen, sie habe sich in einem Willensmangel befunden. Ein wesentlicher Irrtum [Art. 23 f. OR] ihrerseits läge nicht vor. Zudem muss die Beklagte frei sein können, ihre Unternehmenstätigkeit den örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Dazu gehört insbesondere auch, dass sie sich über die Arbeitsbedingungen mit ihren Angestellten frei verständigen darf, sofern keine zwingenden Vorschriften verletzt werden. Namentlich kann es nicht als Drohung [Art. 29 OR] angesehen werden, wenn die Beklagte in einem solchen Zusammenhang erwähnen würde, dass sie für den Fall eines Scheiterns der Vertragsänderung eine Verlegung ihres Unternehmens an einen anderen Standort in Erwägung ziehen würde."

(GSGE vom 7.10.2002 in Sachen von Z. gegen C. AG, GS 2002/266; AGE vom 28.2.2003 in Sachen von Z. gegen C. AG)

2.3. Überstunden

Art. 321c Abs. 1 OR / Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 des Gastgewerbes. Die Zeit, die ein Kellner freiwillig über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus im Betrieb verbrachte, um Kaffee zu trinken oder Trinkgeld von den Gästen zu kassieren, ist keine Mehrarbeit, selbst wenn sie vom Arbeitgeber bemerkt und geduldet wurde. Beweispflichtig für geleistete Überstunden ist der Arbeitnehmer. Seine privaten Aufzeichnungen haben nur einen beschränkten Beweiswert. Der Nachweis über die Präsenz im Betrieb ist noch kein solcher für Überstunden.

Art. 21 Abs. 2 L-GAV 98. Die Unterschrift eines Arbeitnehmers auf der Arbeitszeitkontrolle des Arbeitgebers ist nach dem Vertrauensprinzip als Bestätigung für deren Richtigkeit anzusehen.

Art. 343 Abs. 4 OR. Die Untersuchungsmaxime betrifft die Sachverhaltsfeststellung, nicht die Rechtsbegehren. Es ist nicht Sache des Gerichts, nach allfälligen Irrtümern in den gestellten Rechtsbegehren zu suchen.

V. arbeitete vom 1. Dezember 1999 bis zum 31. Mai 2000 als Kellner im Ristorante P. in Basel für die F. AG. Mit Klage vom 17. Januar 2001 beantragte er beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Arbeitgeberin zur Zahlung von Fr. 7'174.30 brutto, zuzüglich

Zins zu 5 % seit dem 1. April 2001. Mit Eingabe vom 20. April 2001 wurde der Forderungsbetrag auf Fr. 6'946.75 brutto reduziert. Die Forderung setzte sich zusammen aus Überstundenlohn von Fr. 5'196.75 brutto und einem Ferienlohnanspruch von Fr. 1'750.-- brutto. Das Gewerbliche Schiedsgericht verurteilte die Beklagte mit Entscheid vom 17. September 2001 zur Zahlung von Fr. 1'479.05 netto als Ferienlohn, zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. April 2001. Das weitergehende Klagebegehren wurde abgewiesen. Gegen die Abweisung seiner Überstundenlohnforderung hat der Kläger Beschwerde erhoben, die vom Appellationsgericht am 27. Dezember 2001 aus folgenden Gründen abgewiesen wurde:

"[...] a) Arbeitsverhältnisse im Gastgewerbe unterstehen dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV). Der Beschwerdeführer [V.] und die Beschwerdegegnerin [F. AG] haben einen auf dem L-GAV beruhenden Formularvertrag der GastroSuisse unterzeichnet, der gewisse dispositive Verabredungen zulässt, daneben aber auch zwingende Bestimmungen aufweist. Gemäss Ziff. 5 des Vertrags haben die Vertragspartner - gestützt auf Art. 15/17 L-GAV - in Betrieben wie jenen der Beschwerdegegnerin die Wahl zwischen zwei Arbeitszeitvarianten: 42-Stundenwoche bei 5 Wochen Ferien oder 41-Stundenwoche bei 4 Wochen Ferien. Im vorliegenden Fall wurde von der Beschwerdegegnerin handschriftlich der Vermerk "4 Wochen Ferien, 44 Stundenwoche" eingefügt. Soweit dieser Zusatz die wöchentliche Arbeitszeit betrifft, verstösst er gegen eine unabdingbare Bestimmung des L-GAV und ist somit nichtig (Art. 357 Abs. 2 OR). Da 4 Wochen Ferien vereinbart wurden, ist gemäss Art. 15 Abs. 1 L-GAV von einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41 Stunden auszugehen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer über diese gesamtarbeitsvertragliche Regelung hinaus auf Anordnung der Beschwerdegegnerin Arbeitszeit geleistet hat, das heisst ob Überstundenarbeit im Sinne von Art. 15 Abs. 5 L-GAV und Art. 321c Abs. 1 OR vorliegt.

b) Die Angaben des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geleisteten Arbeitszeit weichen wesentlich voneinander ab. Während die Beschwerdegegnerin die Ansicht vertritt, der Beschwerdeführer habe keine Überstunden geleistet, macht dieser insgesamt 211,25 Überstunden geltend. Die Beweislast für die geleisteten entschädigungspflichtigen Überstunden trägt der Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB; JAR 1984 S. 99; BJM 1976 S. 320; Brühwiler, a.a.O. Art. 321c N 13; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar zu Art. 321c OR N 16). Dies wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten. Er ist jedoch der Ansicht, diesen Beweis mittels seiner von ihm ins Recht gelegten privaten Agenda und einer grossen Anzahl Kassenbons erbracht zu haben.

c) Private Aufzeichnungen einer Partei wie die Agenda des Beschwerdeführers haben naturgemäss nur einen beschränkten Beweiswert. Im vorliegenden Fall werden die Aufzeichnungen des Beschwerdeführers zudem durch die von ihm ins Recht gelegten Kassenbons gestützt; die in der Agenda eingetragenen Arbeitszeiten hat er offenbar von den Kassenbons übernommen. Der Zeitstempel auf den Kassenbons zeigt an, wann die Kasse aktiviert beziehungsweise wieder deaktiviert wird. Die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Beweismittel indizieren somit, dass er sich zu den angegebenen Zeiten im Betrieb aufgehalten hat. Mit einer solchen Präsenz sind jedoch noch keine Überstunden im Sinne des Gesetzes nachgewiesen. Solche liegen nur vor, wenn eine betriebliche Notwendigkeit bzw. eine Weisung des Arbeitgebers vorlag (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N 12b zu

Art. 321c OR m.w.H.; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 6 ff. zu Art. 321c OR). Bezüglich der ausserhalb der normalen Arbeitszeit liegenden Präsenzzeit des Beschwerdeführers ist ein solcher Nachweis nicht erbracht. Aus den glaubhaften Aussagen seines jeweils ebenfalls im Betrieb anwesenden Chefs P. und vor allem der vom Gewerblichen Schiedsgericht als Zeugen einvernommenen zwei Arbeitskollegen des Beschwerdeführers ergibt sich vielmehr, dass dieser immer wieder früher zum Dienst erschienen ist als nötig, sich bei der Kasse angemeldet, in der Folge bis zum Dienstbeginn gemäss Dienstplan aber lediglich Kaffee getrunken hat. Auch ist er abends hin und wieder freiwillig länger geblieben, nur um bei den Gästen, die er bedient hat, noch das Trinkgeld kassieren zu können [...]. Solcherart freiwillig über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus im Betrieb verbrachte Zeit kann nicht als Überstunden geltend gemacht werden. Auch wenn der Vorgesetzte diese freiwillige längere Präsenzzeit des Beschwerdeführers im Betrieb bemerkt und geduldet hat, hat er diese nicht zu entschädigen (Brühwiler, a.a.O., N 3b und c zu Art. 321c OR).

d) Den Aufzeichnungen und Kassenbons des Beschwerdeführers stehen von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegte, mit "Arbeitsplan/Arbeitszeitkontrolle" bezeichnete und vom Beschwerdeführer unterzeichnete Listen gegenüber, in welchen die täglich von den verschiedenen Mitarbeitern zu leistende und geleistete Arbeitszeit eingetragen ist. Solche gemäss Art. 21 Abs. 1 und 2 L-GAV vorgeschriebenen Arbeitszeitkontrollen bezwecken unter anderem, im Streitfall Beweis für die Arbeits- und Ruhezeiten der einzelnen Mitarbeiter zu erbringen (vgl. Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Der Beschwerdeführer behauptet nun, er habe mit seiner Unterschrift nur die bezogenen Frei-Tage, nicht aber die eingetragene Arbeitszeit bestätigt. Diese Behauptung ist unglaubhaft, zumal offenbar auf der Basis dieser Listen jeweils auch der Lohn abgerechnet wurde und der Beschwerdeführer nicht geltend macht, die gemäss seiner Darstellung im Prozess unrichtigen Angaben betreffend die Arbeitszeit jemals moniert zu haben. Die Unterschrift des Beschwerdeführers ist nach dem Vertrauensprinzip vielmehr als Bestätigung der integralen Richtigkeit der Listen zu verstehen. Es könnte sich höchstens fragen, ob seine Unterschrift vor oder nach den in den Listen teilweise vorhandenen - nicht sehr häufigen - Zeitkorrekturen erfolgt ist. Es wäre dem Beschwerdeführer jedoch frei gestanden, substantiiert darzutun, dass an den entsprechenden Tagen die korrigierten Eintragungen nicht stimmen können. Einen solchen Nachweis hat er nicht erbracht. Es ist somit davon auszugehen, dass die Korrekturen, die sich daraus ergaben, dass die effektive Arbeitszeit von den zuvor erstellten Arbeitsplänen gelegentlich abwich, von der Unterschrift des Beschwerdeführers abgedeckt waren. Die vorbehaltlose Unterzeichnung der Arbeitskontrollblätter durch den Beschwerdeführer lässt vermuten, dass auch er selbst die von ihm über die eigentliche Arbeitszeit hinaus im Betrieb verbrachte Zeit ursprünglich nicht als von der Arbeitgeberin angeordnete Überstunden betrachtete. Ein weiteres Indiz dafür ist der Umstand, dass er diese Zeit erstmals in seiner Klage vom 17. Januar 2001, also über 7 1/2 Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, als Überstunden geltend gemacht hat.

e) Es liegt somit keine Willkür vor, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, der Beschwerdeführer habe den Nachweis für das Leisten von Überstunden, welche die in der Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdegegnerin aufgeführte Zeit überschreiten, nicht erbracht. Mit Recht wird in der Beschwerde nicht bestritten, dass aufgrund dieser Arbeitszeitkontrolle keine zu vergütende Über-

zeit existiert. Bei dieser Situation ist die Abweisung der unter dem Titel "Überstundenentschädigung" erhobenen Klagforderung nicht zu beanstanden.

3. Der Beschwerdeführer rügt im weiteren, dass der Verzugszins für den ihm von der Beschwerdegegnerin als Ferienlohn zu bezahlenden Betrag erst mit Wirkung ab 1. April 2001 zugesprochen worden ist. Allerdings hat er im Rechtsbegehren seiner Klage selbst genau dieses Datum genannt. Dass es sich dabei um ein offensichtliches Versehen gehandelt hätte, war für die Vorinstanz, die ihren Entscheid Ende September 2001 fällte, nicht ohne weiteres ersichtlich. Zudem hat der Vertreter des Beschwerdeführers, der die Klage eingereicht hatte, während des ganzen Verfahrens einschliesslich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nie geltend gemacht, sich bei der Jahreszahl verschrieben zu haben. Es ist nicht Sache des Gerichts, nach allfälligen Irrtümern in den gestellten Rechtsbegehren zu suchen. Die vom Beschwerdeführer angerufene Untersuchungsmaxime betrifft gemäss Art. 343 Abs. 4 OR nur die Sachverhaltsfeststellung, nicht die Rechtsbegehren. Auch in dieser Beziehung kann der Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts demnach nicht als willkürlich bezeichnet werden. [...]"

(AGE vom 27.12.2001 in Sachen V. gegen F. AG; GSGE vom 17.9.2001 in Sachen V. gegen F. AG, GS 2001/27)

2.4. Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR)

2.4.1. Art. 321e OR. Einem Arbeitgeber, der den vom Arbeitnehmer (Landschaftsgärtner) verursachten Carrosserieschaden am Geschäftswagen zur Schadensreglierung durch diesen reparieren liess, obwohl er wusste, dass der Angestellte dazu weder Fachkenntnisse noch Erfahrung hatte, stand trotz unsachgemässer Reparatur kein Schadenersatzanspruch mehr zu.

R. war bei der P. GmbH seit 1. April 1997 als Landschaftsgärtner beschäftigt. Beim Manövrieren mit einem Kompaktlader drückte R. am 23. Dezember 1999 die Türe eines Firmenfahrzeuges der Arbeitgeberin ein. Die Parteien kamen überein, dass der Arbeitnehmer den Schaden selber und während der Arbeitszeit reparieren würde, obwohl er dazu, wie auch die P. GmbH wusste, weder Fachkenntnisse noch Erfahrung hatte. Die am 9. Juni 2000 fertig gestellte Reparatur wurde von der Arbeitgeberin in der Folge akzeptiert. Nachdem R. auf den 31. Juli 2000 gekündigt hatte und darauf per 1. Juli 2000 von der Arbeit freigestellt worden war, teilte ihm die P. GmbH nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit, dass es sich dabei nach den Feststellungen des beigezogenen Carrossiers um eine unsachgemässe Reparatur handle. An den Reparaturkosten habe er sich mit 20 % zu beteiligen. Zudem müsse auch die Arbeitszeit, die er zur Reparatur aufgewendet habe, zu seinen Lasten gehen. Beides werde sie von seinen ausstehenden Ansprüchen in Abzug bringen. R. klagte am 10. November 2000 beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der P. GmbH zur vollständigen Zahlung

der Lohnrestanzen. Mit Urteil vom 11. Dezember 2000 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage teilweise gut. Die von der P. GmbH gestellten Gegenforderungen im Zusammenhang mit der Reparatur wurden nicht zur Verrechnung zugelassen. Dass Gewerbliche Schiedsgericht hat dabei was folgt erwogen.

Ein Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen. Fahrzeuge des Arbeitgebers hat er fachgerecht zu bedienen und mit Sorgfalt zu behandeln (Art. 321a OR). Fügt er dem Arbeitgeber Schaden zu, so haftet er ihm für fahrlässiges oder absichtliches Handeln. Das Mass der Sorgfalt, für das er einzustehen hat, bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Arbeitsverhältnisses, namentlich unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zur Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR).

Vorliegend hatte der Arbeitnehmer anerkanntermassen dem Arbeitgeber Schaden zugefügt, für den er nach diesen Regeln grundsätzlich hätte einstehen müssen. Sein Verschulden war allerdings gering, so dass er nur für einen Teil des Schadens hätte aufkommen müssen (Art. 321e Abs. 1 OR; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N. 27, S. A125; BK-Rehbinder, Art. 321e OR N. 25, S. 203; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 321e OR N. 2, S. 90; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 321e OR N. 5c, S. 91). Die Parteien haben sich bei dieser Sachlage darauf geeinigt, dass R. die Reparatur selber und während der Arbeitszeit vornehmen würde. Offensichtlich sollte der Arbeitnehmer sich auf diese Weise von seiner Haftung befreien können. Die P. GmbH stimmte einer derartigen Schadensregulierung zu, obwohl sie wusste, dass R. noch nie eine beschädigte Autokarosserie instand gestellt und hierfür auch keine fachspezifischen Kenntnisse hatte. Die Reparatur nahm der Arbeitnehmer in der betriebseigenen Halle der P. GmbH während der üblichen Arbeitszeit vor. Die Arbeitgeberin hatte damit auch die Möglichkeit, den Gang der Reparaturarbeiten im einzelnen zu kontrollieren. Der Kläger hat behauptet, dass sie dies denn auch getan habe, was aber bestritten und nicht erwiesen war. Zugegeben war einzig, dass sie sich das Endresultat angesehen und dieses trotz einer Farbdifferenz akzeptiert hatte. Darauf, ob die P. GmbH die Arbeiten tatsächlich überwacht hatte und daher hätte wissen müssen, wie R. die Reparatur vorgenommen hatte, konnte es letztlich aber nicht ankommen. Sofern und soweit sie auf eine Überwachung der Reparatur verzichtet haben sollte, hat sie unter den gegebenen Umständen jenes Resultat des Arbeitnehmers in Kauf genommen, das er zu leisten überhaupt im Stande war. Anders wäre zu urteilen gewesen, wenn die P. GmbH darauf hätte vertrauen dürfen, dass die Reparatur fachgerecht ausgeführt würde. Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn R. über besondere Kenntnisse und Erfahrung dazu verfügt bzw. beides bloss vorgegeben hätte, ohne dass die P. GmbH daran hätte zweifeln müssen. Ebenso wäre ihr Vertrauen in eine fachgerechte Reparatur zu schützen gewesen, wenn diese überhaupt keine speziellen Anforderungen stellen würde, so dass sie jedenfalls vom betreffenden Arbeitnehmer ohne besondere Vorkenntnisse hätte erbracht werden können. Nichts dergleichen lag hier vor. Namentlich kann nicht behauptet werden, dass das Reparieren einer ein-

gedrückten Autotüre keine besonderen Anforderungen stellt. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall, weil ein Carrossier gewöhnlich eine Berufslehre absolviert hat und seine Arbeit darüber hinaus einiges technisches Wissen und Handfertigkeit verlangt.

Daran konnte nichts ändern, dass schon bald nach Beendigung der Reparatur ein Riss in der Verspachtelung der Autotüre sichtbar geworden war, worauf die Mangelhaftigkeit der Reparatur zum Vorschein kam. Der Arbeitnehmer hatte die Verspachtelung nicht angebracht, um die Mangelhaftigkeit seiner Arbeit zu verdecken, sondern sie gehörte zur Reparatur, wie sie von seiner Arbeitgeberin in Auftrag gegeben wurde, von ihr hätte überwacht werden können und schliesslich für gut befunden wurde. Offensichtlich wollte sich die P. GmbH mit einer Reparatur durch ihren Mitarbeiter die Kosten ersparen, die ihr entstanden wären, wenn sie die Arbeiten durch einen Carrossier hätte vornehmen lassen. Sie hätte nämlich einen grossen Teil dieser Kosten selber tragen müssen. Einmal konnte sie ihrem Arbeitnehmer, wie sie wusste bzw. hätte wissen müssen, seines geringen Verschuldens wegen nicht den vollen Schaden tragen lassen. Zudem hatte für das beschädigte Fahrzeug keine Vollkaskoversicherung (mehr) bestanden, die den Schaden hätte übernehmen können. Andererseits hatte zwar auch der Mitarbeiter von diesem Vorgehen profitiert. Nachdem er aber alles getan hatte, was er nach der Abmachung mit seiner Arbeitgeberin tun musste, damit der Schaden als regliert angesehen werden konnte, konnte die P. GmbH nicht ohne weiteres darauf zurückkommen. Besondere Umstände, die ein Zurückkommen ermöglicht hätten, fehlten. Vielmehr trug die P. GmbH die alleinige Verantwortung dafür, dass sie nicht schon von allem Anfang an einen Spezialisten beigezogen und durch diesen den Schaden hat beheben lassen.

(GSGE vom 11.12.2000 in Sachen R. gegen P. GmbH, GS 2000/313)

2.4.2. Art. 321e OR. Der Schlüsselverlust einer Angestellten darf nicht zur Folge haben, dass diese ein Schliesssystem von mehreren tausend Franken finanzieren muss. Die Arbeitgeberin muss vielmehr vorausschauend dafür sorgen, dass ein Schlüsselverlust nicht zu derart hohen Kosten führen kann. In casu musste die Arbeitnehmerin von einem Schaden von Fr. 6'000.-- einen Anteil von Fr. 500.-- übernehmen.

R. S. arbeitete während einiger Jahre im Betrieb ihres Ehemannes, U. S., den dieser in Form von zwei Aktiengesellschaften, der X. AG und der Y. AG, führte. Die Ehefrau war auch Mitglied des Verwaltungsrates in beiden Gesellschaften. Zum Jahreswechsel 2000/2001 kam es zwischen den Ehegatten zum Zerwürfnis, was auch das Ende der Tätigkeit von R. S. im Betrieb ihres Ehemannes bedeutete. Am 2. Januar 2001 fand in den dortigen Geschäftsräumen eine tätliche Auseinandersetzung zwischen U. S. und seiner Ehefrau sowie deren Mutter statt. Am 9. Januar 2001 kam es zu einem weiteren Auftritt am S...weg 20, der damit endete, dass R. S. mit Hilfe zweier Bodyguards aus den Büroräumlichkeiten befördert wurde. In der Folge verlangten die Gesellschaften von R. S. die Rückgabe der Geschäftsschlüssel. Da eine solche

nicht erfolgte, wurden vorerst eine provisorische Schliessanlage angebracht und Offerten für eine definitive Lösung eingeholt.

Mit Klage vom 12. Februar 2002 beim Gewerblichen Schiedsgericht beehrten die X. AG und die Y. AG die Verurteilung von R. S. zur Zahlung von Fr. 7'734.15, entsprechend den Kosten der provisorischen Schliessanlage sowie jener für die noch vorzunehmende definitive Lösung. In der Verhandlung vom 6. Mai 2002 trat das Gewerbliche Schiedsgericht auf die Klage der Y. AG nicht ein. Die Klage der X. AG wurde im Umfang von Fr. 500.-- gutgeheissen, die Mehrforderung abgewiesen. Das Gericht ging von einem nachgewiesenen Schaden von Fr. 6'000.-- und einem Einkommen der Arbeitnehmerin von Fr. 4'000.-- netto aus. Auf Beschwerde der X. AG und der Y. AG hat das Appellationsgericht mit Urteil vom 22. Oktober 2002 den erstinstanzlichen Entscheid bestätigt, wobei es was folgt ausführte:

"[...] 3. Die Beschwerdeführerinnen [X. AG und Y. AG] argumentieren, sie seien aufgrund der fehlenden Rückgabe des Geschäftsschlüssels gezwungen gewesen, die gemeinsamen Geschäftsräumlichkeiten durch das Auswechseln der Zylinder provisorisch vor unerlaubtem Eindringen zu schützen. Da die Beschwerdegegnerin [R. S.] zudem ihre Büroräumlichkeiten nicht geräumt habe, hätten auch die Büromöbel gewaltsam geöffnet und geleert werden müssen. Der Eigentümer der Mietliegenschaft der Beschwerdeführerinnen sei über das Provisorium informiert, verlange aber als definitive Lösung entweder die Beibringung aller Schlüssel oder die Ersetzung des Schliesssystems durch ein gleichwertiges. Damit verbunden wäre die Anschaffung neuer Zylinder und Schlüssel für die gesamte Liegenschaft (Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen sowie neun Privatwohnungen). Die anfallenden Kosten würden sich auf CHF 6'380.10 belaufen.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, einen Geschäftsschlüssel erhalten, diesen jedoch nicht zurückgegeben zu haben. Ihr Rechtsvertreter hat dem Vertreter der Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 17. Oktober 2001 sogar erklärt, nachdem die Schlösser ausgewechselt worden seien, habe die Beschwerdegegnerin "keinen Anlass, den Schlüssel zu behalten und besitzt diesen nicht mehr. Der Schlüssel würde Ihrem Klienten auch nichts mehr nützen". In der Hauptverhandlung hat der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin geltend gemacht, er habe seine Aussage gegenüber dem klägerischen Anwalt bereits früher mündlich dahingehend richtiggestellt, dass es sich um ein Missverständnis zwischen ihm und seiner Mandantin gehandelt habe. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführt, ist dies nicht bestritten worden (Protokollabschrift S. 2 und 3). Von einem schweren Verschulden der Beschwerdegegnerin am Verlust des Schlüssels war somit nicht auszugehen. Steht aber einerseits fest, dass die Beschwerdegegnerin einen Geschäftsschlüssel besessen, diesen aber nicht zurückgegeben hat, und sind andererseits die näheren Umstände des Verlusts nicht mehr feststellbar, durfte die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen, die Beschwerdegegnerin treffe an der Verletzung ihrer Rückgabepflicht ein leichtes Verschulden, was eine Ersatzpflicht im Umfang von CHF 500.-- begründe.

Schlüssel, auch Geschäftsschlüssel, können verloren gehen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht erwogen, der Schlüsselverlust eines Angestellten dürfe nicht zur Folge haben, dass dieser anschliessend

mit einer Schadenersatzforderung in Höhe von mehreren tausend Franken für ein neues Schliesssystem konfrontiert wird. Die Arbeitgeberin hätte vielmehr vorausschauend dafür sorgen müssen, dass ein Schlüsselverlust nicht zu derart hohen Kosten führen kann [...]. Die Beschwerdeführerinnen setzen sich mit diesen (zutreffenden) Argumenten nicht auseinander. Insofern genügt ihre Beschwerde auch den gesetzlichen Anforderungen (Rüge- und Substantiierungslast) nicht. [...]"

(AGE vom 22.10.2002 in Sachen X. AG und Y. AG gegen R.S.; GSGE vom 6.5.2002 in Sachen X. AG und Y. AG gegen R.S., GS 2002/68)

2.4.3. Art. 321e OR. Eine grössere Arbeitsbelastung ist solange kein Vermögensschaden, als deswegen keine Kunden abgewiesen werden müssen und dadurch kein Gewinn entgeht. Ein Schaden liegt bei Gratisreparaturen vor, die durch das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nötig werden. In casu war eine Reduktion der Haftung eines Automechanikers auf die Hälfte des Schadens angemessen, weil die Arbeitgeberin schon bei dessen Einstellung wusste, dass dieser offensichtlich wenig qualifiziert ist, und ihn deshalb stärker hätte instruieren und überwachen müssen. Zudem hatte sich dieser Umstand denn auch auf den vereinbarten Lohn ausgewirkt.

B. war seit dem 1. Juni 2000 bei der Z. AG als Automechaniker angestellt. Das Arbeitsverhältnis ist infolge Kündigung durch den Arbeitnehmer per 31. März 2001 zu Ende gegangen. Am 4. Oktober 2001 reichte B. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage gegen seine frühere Arbeitsgeberin ein, womit er deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 6'454.40 brutto beantragte. Anlässlich einer ersten Hauptverhandlung vom 19. Dezember 2001 machte die Z. AG Ersatz für einen durch das Verhalten von B. erlittenen Schaden von über Fr. 10'000.-- geltend. In der zweiten Hauptverhandlung vom 18. April 2002 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die Z. AG zur Zahlung von Fr. 5'253.65 netto an ihren ehemaligen Arbeitnehmer. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus Fr. 3'120.-- netto 13. Monatslohn pro rata und Fr. 2'633.65 netto Überstundenentschädigung. Zudem ist darin ein Abzug von Fr. 500.-- als Schadenersatz berücksichtigt. Die von der Z. AG gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 26. August 2002 abgewiesen, wobei es zu Begründung was folgt ausführte:

"[...] 4. a) Die Beschwerdeführerin [Z. AG] hat in der ersten Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts geltend gemacht, sie habe durch den Beschwerdegegner einen Schaden von mindestens CHF 10'000.-- erlitten, weil Herr Z., der Inhaber der Z. AG, oft vom Beschwerdegegner [B.] fehlerhaft ausgeführte Reparaturen ein zweites Mal habe ausführen müssen. Es habe dadurch immer wieder viel Zeit zusätzlich aufgewendet werden müssen, wodurch der Beschwerdeführerin ein Schaden entstanden sei.

b) Ein Schaden im Rechtssinne liegt vor bei einer unfreiwilligen Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann (vgl. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2.

Auflage, Bern 2000, N 14.03). Es handelt sich um die Differenz zwischen dem im massgebenden Zeitpunkt wirklich vorhandenen Vermögen des Betroffenen und dem rechnermässig zu ermittelnden Betrag, den sein Vermögen aufweisen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (BGE 116 [1990] II 441, E. 2c S. 443 f.). Eine grössere Arbeitsbelastung des Inhabers einer Garage als Folge des Fehlverhaltens seines Angestellten bedeutet noch keinen Vermögensschaden und demnach keinen Schaden im Rechtssinne, solange deswegen nicht andere Kunden aus Zeitmangel abgewiesen werden müssen und der Garage dadurch Gewinn entgeht. Dies war im vorliegenden Fall, wie sich in der Verhandlung der Vorinstanz ergab, nicht der Fall [...].

Ein Schaden im oben erwähnten Sinne ist der Beschwerdeführerin hingegen dadurch entstanden, dass sie für zwei - wegen einer durch den Beschwerdegegner fehlerhaft vorgenommenen Reparatur verärgerte - Kunden als Entschädigung Gratisreparaturen im Wert von CHF 1'000.-- vornehmen muss. Dadurch entgeht ihr ein Gewinn in diesem Umfang. Abgesehen von diesem einen Fall hat die Beschwerdeführerin weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Beschwerde eine konkrete Vermögenseinbusse durch zusätzliche Ausgaben oder entgangenen Gewinn dargetan. Ein solcher ergibt sich auch nicht aus den Aussagen der in der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts befragten Zeugen oder aus dem Schreiben des Autogewerbe-Verbands vom 22. März 2001, welches lediglich auf die nicht beweisbaren Angaben der Beschwerdeführerin abstellt. Die Vorinstanz hat somit den Vermögensschaden, den die Beschwerdeführerin infolge fehlerhafter Reparaturen durch den Beschwerdegegner erlitten hat, zu Recht mit CHF 1'000.-- beziffert.

c) Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR haftet der Arbeitnehmer für den Schaden, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Haftung des Beschwerdegegners gemäss Art. 321e Abs. 2 OR auf die Hälfte des von der Beschwerdeführerin erlittenen Schadens reduziert mit der Begründung, sein Verschulden wiege nicht sehr schwer angesichts des Umstands, dass er erst seit kurzer Zeit in der Autobranche arbeitete und dies der Arbeitgeberin bekannt war. Dass der Beschwerdegegner nicht für den ganzen Schaden der Arbeitnehmerin aufkommen muss, erscheint richtig und sachgerecht. Die Beschwerdeführerin betont in der Replik selbst, dass sie bei der Einstellung des Beschwerdegegners darüber orientiert gewesen sei, dass dieser bei früheren Arbeitgebern immer wieder Probleme gehabt habe und dass er als Automechaniker offensichtlich wenig qualifiziert sei. Sie habe ihn lediglich deshalb nicht schon nach der Probezeit wieder entlassen, weil sie - wie sie der Mutter des Beschwerdegegners seinerzeit versprochen habe - ihm eine Chance habe bieten wollen. Es war ihr demnach schon bei Vertragsabschluss bekannt, dass sie den Beschwerdegegner stärker als einen durchschnittlichen Automechaniker instruieren und kontrollieren muss. Dieser Umstand beeinflusste naturgemäss auch die konkreten Vertragsbedingungen, namentlich den Lohn. Dementsprechend durfte die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner nicht die gleiche Sorgfalt erwarten wie von einem erfahrenen Fach-

mann und muss sich als die Haftung reduzierendes Selbstverschulden anrechnen lassen, dass sie ihn nicht seinen Fähigkeiten und ihr bekannten Eigenschaften (Unzuverlässigkeit) entsprechend angeleitet und überwacht hat (vgl. Staehelin, Zürcher Komm. V 2 c, Zürich 1996, Art. 321e OR N 30; Brühwiler, Komm. zum Einzelarbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. 1996, Art. 321e OR N 10). Die von der Vorinstanz vorgenommene Haftungsreduktion um die Hälfte erscheint deshalb nicht nur nicht willkürlich, sondern den Umständen angemessen. [...]"

(AGE vom 26.8.2002 in Sachen Z. AG gegen B.; GSGE vom 18.4.2002 in Sachen B. gegen Z. AG, GS 2001/365)

2.5. Gratifikation (Art. 322d OR)

2.5.1. Art. 322d Abs. 1 OR. Die Gratifikation als grundsätzlich freiwillige Sondervergütung. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt verliert nicht einfach an Wirkung, weil er über Jahre hinweg angebracht wird. Die Pflicht zur Gleichbehandlung wehrt dem Arbeitgeber nicht, bei der Entrichtung der Gratifikation nach sachgemässen Gründen zu differenzieren, hingegen verbietet sie ihm, willkürliche und diskriminierende Gründe anzuwenden. Die Unterscheidung, ob der Arbeitsvertrag gekündigt ist oder nicht, ist ein sachliches und vernünftiges Kriterium für die Ausrichtung der Gratifikation. Die Mitteilung darüber braucht nicht jährlich wiederholt zu werden, wenn sie sich inhaltlich nicht bloss auf ein Jahr bezieht.

N. war aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 21. Dezember 1988 seit dem 16. März 1989 Mitarbeiter der Bank X., welche ihn am 1. Februar 1992 zum Prokuristen beförderte. Per 31. Dezember 2000 kündigte er selber das Arbeitsverhältnis. Sein Jahreslohn betrug im ersten Dienstjahr Fr. 75'400.-- brutto inkl. 13. Monatslohn und erhöhte sich auf rund Fr. 132'000.-- brutto im letzten Jahr der Anstellung. Im Arbeitsvertrag war keine Gratifikation vorgesehen. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde N. aber jährlich eine Gratifikation ausbezahlt, die im ersten Dienstjahr (für 9 ½ Monate) Fr. 3'600.-- brutto betrug und sich bis zum Jahr 1999 auf Fr. 30'000.-- brutto erhöhte. Ausser für das Jahr 1998 brachte die Arbeitgeberin bei der Auszahlung der Gratifikation jeweils den Vorbehalt der Freiwilligkeit an. Zudem wies sie auch darauf hin, dass Angestellte in gekündigter Position keine Gratifikation zugut hätten. Dieser letzte Hinweis unterblieb in den Jahren 1992 und 1993 sowie ab 1996. Für das Jahr 2000 erhielt N. keine Gratifikation mehr, und zwar unter Hinweis auf den Freiwilligkeitsvorbehalt sowie darauf, dass Arbeitnehmern im gekündigten Arbeitsverhältnis keine solche Leistung ausbezahlt würde. Dasselbe galt mit Ausnahme von vier Angestellten für alle 145 Mitarbeiter, die im relevanten Zeitraum aus dem Betrieb der Bank X. austraten.

Mit Teilklage vom 26. September 2001 beantragte N. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Bank X. zur Zahlung von Fr. 30'000.-- brutto aus Gratifikation für das Jahr

2000 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Januar 2001. Mit Urteil vom 3. Dezember 2001 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von Fr. 21'333.-- netto nebst 5 % Zins seit dem 26. September 2001 gut. Die Mehrforderung wurde abgewiesen.

Eine gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht durch die Bank X. eingereichte Beschwerde wurde am 7. Juni 2002 aus folgenden Erwägungen gutgeheissen:

"[...] 2. Die Vorinstanz begründet den angefochtenen Entscheid in ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2002 im Wesentlichen wie folgt: Zunächst wird darauf verwiesen, dass die so genannten Gratifikationszahlungen der Beschwerdeführerin [Bank X.] an den Beschwerdegegner [N.] im Laufe der Jahre stetig angestiegen seien. Während der Grundlohn ab 1995 real stagniert habe, habe die Gratifikation im Jahr 1999 drei vollen Monatslöhnen entsprochen. Es sei fraglich, ob hier überhaupt noch eine Gratifikation vorliege oder ob es sich nicht vielmehr um einen Lohnbestandteil handle, da die Zahlung mit der Rechtsnatur der Gratifikation als „Zustupf“ kaum zu vereinbaren sei. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat diese Frage jedoch offen gelassen und erwogen, der Anspruch des Beschwerdegegners sei auch dann zu bejahen, wenn man die eingeklagte Forderung nicht als Bonus, sondern als Gratifikation qualifiziere. Daran vermöge weder die fehlende schriftliche Vereinbarung noch der regelmässige Hinweis auf die Freiwilligkeit der Zahlung etwas zu ändern. Der Freiwilligkeitsvorbehalt sei denn auch nie in Anspruch genommen worden und die Gratifikationszahlungen seien von Jahr zu Jahr erhöht worden. Spätestens seit 1997, als die Gratifikation mehr als 2 ½ Monatslöhne ausgemacht habe, wäre eine Reduktion oder gar Streichung der Zahlungen kaum mehr vorstellbar gewesen. Ob nicht geradezu eine stillschweigende Abrede des Inhalts zustande gekommen sei, dass im Grundsatz Anspruch auf Gratifikation bestehe, hat die Vorinstanz aber ebenfalls offen gelassen. Sie geht jedoch davon aus, der Beschwerdegegner habe das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund des Vertrauensprinzips so verstehen dürfen, dass ein Anspruch auf Gratifikation bestehe, von welchem Angestellte in gekündigter Stellung ab 1996 nicht mehr ausdrücklich ausgenommen worden seien. Eine weitere Rechtsgrundlage für den Gratifikationsanspruch sei das Gleichbehandlungsgebot. Die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern in gekündigter und solchen in ungekündigter Position sei nur teilweise gerechtfertigt. Ersteren könne nur derjenige Teil der Gratifikation, welcher der Motivation zu guten künftigen Leistungen dient (Anspornfunktion), verwehrt werden. Bezüglich der Anerkennung geleisteter Dienste (Abgeltungsfunktion) müsse die Gratifikationszahlung Mitarbeitern in gekündigter Position ebenso zukommen wie den Übrigen. Ausgehend von der Tatsache, dass die Gratifikation im Falle des Beschwerdegegners in den Vorjahren jeweils um CHF 2'000.-- angestiegen sei und zuletzt CHF 30'000.-- betragen habe, sei für das Jahr 2000 bei ungekündigter Stellung von einer Zahlung von CHF 32'000.-- auszugehen. Dieser Betrag sei um einen Drittel zu kürzen, entsprechend der Basler Praxis, die einen Abzug in dieser Höhe bei zugesicherten Gratifikationen zulasse.

3. Die Gratifikation ist ein Entgelt des Arbeitgebers, welches den Arbeitnehmern meist jährlich ausbezahlt wird und an bestimmte Anlässe gebunden ist. Es handelt sich dabei um eine Sondervergütung, die zusätzlich zum Lohn ausbezahlt wird und einerseits geleistete Arbeit honorieren, andererseits zu guten künftigen Arbeitsleistungen motivieren will. Um diese Unterscheidung zu verdeut-

lichen, wird auch von Leistungs- und Motivationsbonus gesprochen (ZR 99 [2000] Nr. 74). Grundsätzlich ist die Gratifikation eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers, weshalb ein Rechtsanspruch auf deren Ausrichtung lediglich dann besteht, wenn dies mit dem Arbeitnehmer entsprechend vereinbart wurde (Art. 322d Abs. 1 OR). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es dem Arbeitgeber allerdings, einzelne Arbeitnehmer ohne sachliche Gründe von der Gratifikationsleistung auszuschliessen oder sie in der Höhe der Zahlung zu benachteiligen. Hingegen ist es zulässig, die Gratifikation an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages kann eine Gratifikationsabrede auch stillschweigend getroffen werden: Es kann hierfür die mehrmalige, regelmässige und vorbehaltlose Zahlung einer Gratifikation genügen, nach einem Teil der Lehre ebenso die jahrzehntelange Ausrichtung einer Gratifikation, trotz regelmässigem - aber nie in Anspruch genommenem - Vorbehalt der Freiwilligkeit (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1992, N 5 zu Art. 322d OR; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. A., Basel 1994, S. 114; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 322d OR).

4. Die Vorinstanz hat die Frage offen gelassen, ob die Gratifikationszahlungen der Beschwerdeführerin als Lohnbestandteil zu qualifizieren sind. Sie hat immerhin festgehalten, die sprunghafte Erhöhung der Gratifikation bei gleichzeitiger Stagnation des Grundlohnes lege den Schluss nahe, jene könne aufgrund ihrer Höhe von bis zu drei Monatslöhnen kaum mehr mit der Rechtsnatur der Gratifikation als "Zustupf" vereinbart werden. Das Verhältnis zwischen Grundlohn und Gratifikation ist für deren rechtliche Einordnung indessen nicht von entscheidender Bedeutung. Es ist nichts Aussergewöhnliches, dass die Gratifikation bei höheren Angestellten in leitender Stellung einen erheblichen Teil des Jahresgehalts ausmacht und gelegentlich sogar ein Jahresgehalt weit übersteigt (so bereits Helmuth Stofer, Die wirtschaftliche Bedeutung der Gratifikation, in: BJM 1960, S. 225). Daraus, dass im vorliegenden Fall die Gratifikation im Verlaufe der Jahre im Verhältnis zum Grundlohn stark angestiegen ist, kann somit nicht geschlossen werden, dass die Gratifikation allmählich den Charakter eines echten Lohnbestandteils erlangt hat.

5. a) Im Arbeitsvertrag vom 21. Dezember 1988 haben die Parteien lediglich das Anfangssalär von CHF 75'400.--, aufgeteilt in 13 Monatslöhne, sowie eine Kinderzulage von CHF 100.-- pro Monat vereinbart. Einen Anspruch auf weitergehende Leistungen enthielt der Arbeitsvertrag nicht. Eine ausdrückliche Vereinbarung einer Gratifikation liegt damit nicht vor.

b) Eine stillschweigende Vereinbarung der Gratifikation bestreitet die Beschwerdeführerin mit der Begründung, sie habe jede Gratifikationszahlung mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehen. Während des fast zwölfjährigen Anstellungsverhältnisses mit dem Beschwerdegegner habe sie einzig für das Jahr 1988 [recte: 1998] den Vorbehalt versehentlich nicht angebracht, was für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung jedoch nicht ausreiche. Die Vorinstanz hat aus dem einmaligen Vergessen des Freiwilligkeitsvorbehalts zu Recht nichts zu Gunsten des Beschwerdegegners abgeleitet. Allerdings ist sie der Meinung, dass selbst der regelmässige Hinweis auf die Freiwilligkeit der Gratifikationsleistung das Entstehen eines Anspruchs nicht in jedem Falle auszuschliessen vermöge. Teilweise wird diese Meinung auch in der Literatur vertreten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 322d OR; ebenso Staehelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 322d OR; a.M.: Rehbinder, Berner

Kommentar, N 8 zu Art. 322d OR). Dazu ist jedoch zu bemerken, dass STAEHELIN - wie im Übrigen auch die Vorinstanz - von einer *jahrzehntelangen* regelmässigen Ausrichtung einer Gratifikation spricht. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Ohnehin ist die Argumentation mit dem Wirkungsverlust des Freiwilligkeitsvorbehalts aber auch nicht überzeugend: Der Vorbehalt der Freiwilligkeit "verblasst" nicht einfach deshalb, weil er über Jahre hinweg angebracht wird. Was sollte der Arbeitgeber sonst tun, wenn er nicht riskieren will, dass man ihm nach Ablauf einer genügenden Anzahl von Jahren vorhalten kann, mit der regelmässigen Zahlung über Jahre hinweg sei dem Arbeitnehmer ein Anspruch erwachsen? Ist der Arbeitgeber während mehrerer Jahre in der Lage und gewillt, seinen Mitarbeitern eine Gratifikation auszubezahlen, müsste er lediglich deshalb zwischendurch auf die Auszahlung verzichten, um seinem Freiwilligkeitsvorbehalt Nachdruck zu verleihen. Damit wäre den Interessen der Arbeitnehmer kaum gedient. Die Auffassung ist auch deshalb abzulehnen, weil sie in sich widersprüchlich ist: So wird einerseits der Anspruch auf Gratifikation aufgrund langjähriger Ausrichtung trotz Freiwilligkeitsvorbehalts bejaht. Andererseits soll der Arbeitgeber auf deren Zahlung aber verzichten dürfen, wenn die wirtschaftliche Situation des Unternehmens eine Ausgabenkürzung verlangt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 322d OR). Weshalb ein feststehender Anspruch von der momentanen wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens abhängen soll, ist aber nicht einsehbar.

6. a) Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin den in der erstinstanzlichen Verhandlung angehörten Zeugen R. und A. sowie zwei nicht als Zeugen aufgetretenen ehemaligen Angestellten trotz gekündigter Arbeitsverhältnisse eine Gratifikation ausbezahlt hatte (wobei einer der beiden hier nicht namentlich Genannten erst nach Auszahlung der Gratifikation gekündigt hatte), ist vorliegend ohne Bedeutung. Hierfür spricht schon die nicht widerlegte Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die erwähnten vier Mitarbeiter die Einzigen von den insgesamt 145 ausgetretenen Festangestellten gewesen seien, die zwischen Januar 2000 und November 2001 eine Gratifikation ausbezahlt erhalten haben [...]. Eine solche Besserstellung einzelner Mitarbeiter ist zulässig und tangiert den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht (statt vieler: Rehbindler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 322d).

b) Nach Auffassung der Vorinstanz sind austretende und verbleibende Angestellte insofern in der gleichen Lage, als es um den leistungsbezogenen Teil der Gratifikation geht (vgl. E. 3 hiervor). Dieser Abgeltungsbonus sei daher unabhängig vom Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses geschuldet. Er soll zwei Drittel der Gratifikation umfassen, während ein Drittel dem "Motivationsbonus" entspricht (Vernehmlassung S. 9 m.H. auf BJM 2001 S. 67 f., wo sich eine entsprechende Äusserung aber im Rahmen einer blossen Willkürprüfung auf "*zugesicherte* Gratifikationen bei gekündigten Arbeitsverhältnissen" bezog).

Die Ausrichtung einer Gratifikation kann im Rahmen der Vertragsfreiheit an bestimmte Bedingungen geknüpft werden (ZR 99 [2000] Nr. 74; Rehbindler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 322d OR). Der Arbeitgeber hat allerdings eine gewisse Pflicht zur Gleichbehandlung. Diese ist hinsichtlich der Gratifikation indessen kein selbständiges Prinzip und darf in ihrer Bedeutung auch nicht überschätzt werden. Dies hat die Vorinstanz verkannt. Dem Arbeitgeber ist es nicht verwehrt, bei der Entrichtung einer Gratifikation nach sachgemässen Gründen zu differenzieren. Dies darf nur nicht aus willkür-

lichen oder gar diskriminierenden Gründen geschehen (Rehbinder, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 322d OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 322d OR). Die Unterscheidung, ob ein Anstellungsverhältnis gekündigt oder ungekündigt ist, ist für die Ausrichtung einer Gratifikation ein sachliches und vernünftiges Kriterium, welches nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstösst (ZR 99 [2000] Nr. 74).

Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beschwerdeführerin, wie erwähnt, stets auf die Freiwilligkeit ihrer Leistung hingewiesen und zudem generell klargestellt hat, dass eine Ausrichtung der Gratifikation im gekündigten Arbeitsverhältnis nicht erfolge. Unter diesen Umständen bleibt kein Raum für die Zuerkennung eines Anspruchs mit der Begründung, Mitarbeiter im gekündigten Verhältnis hätten den Leistungsbonus ebenso verdient wie diejenigen in ungekündigter Position.

c) Der Beschwerdeführerin gereicht auch nicht zum Nachteil, dass die – mit Ausnahme von 1992 und 1993 [...] – jährlich erfolgte Mitteilung, Angestellte in gekündigter Position erhielten keine Gratifikation ausbezahlt [...], ab 1996 unterblieb. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Schreiben vom 28. Juni 1994 [...] generell und verbindlich ihre Geschäftspolitik in Bezug auf Gratifikationen dargelegt und damit klar kundgetan, dass solche nur an Mitarbeiter in ungekündigtem Arbeitsverhältnis ausgerichtet würden. Dieses Schreiben wurde allen Mitarbeitern zugestellt und bezieht sich inhaltlich nicht nur auf ein einziges Kalenderjahr. Der Mitteilung kam damit generelle Verbindlichkeit zu, ohne dass jedes Jahr neu darauf hingewiesen werden musste. Weshalb der Beschwerdegegner nach Treu und Glauben gleichwohl hätte annehmen dürfen, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses stehe der Auszahlung einer Gratifikation nicht entgegen, ist nicht ersichtlich. Der von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zitierte Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich ist unbehelflich, betraf dieser doch einen Sachverhalt, bei dem der Bonus gerade nicht an die Bedingung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft war (ZR 99 [2000] Nr. 74).

d) Die Vorinstanz ist schliesslich der Meinung, die Vereinbarung eines Verzichts auf Gratifikationszahlung im Falle des gekündigten Arbeitsverhältnisses hätte wie jede andere Vereinbarung eines entsprechenden Konsenses im Sinne von Art. 1 OR bedurft. Wäre eine Gratifikation im Arbeitsvertrag vorbehaltlos vereinbart worden, würde dies zutreffen. Stellt der Arbeitgeber indessen, wie vorliegend, klar, dass seine Leistungen freiwillig erfolgen und überdies nur unter einer bestimmten Voraussetzung, ist nicht ersichtlich, weshalb es für den Verzicht auf eine freiwillige Leistung einer einvernehmlichen Vereinbarung zwischen den Parteien bedarf. [...]"

(AGE vom 7.6.2002 in Sachen Bank X. gegen N.; GSGE vom 3.12.2001 in Sachen N. gegen Bank X., GS 2001/357)

2.5.2. Art. 322d OR. Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung handelt oder darauf ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann durch konkludentes Verhalten entstehen, beispielsweise durch vorbehaltlose Ausrichtung während drei aufeinanderfolgender Jahre. Die Entschädigung des Arbeitnehmers für seine Arbeit kann nicht ausschliesslich in einer freiwilligen Gratifikation bestehen. Ob eine freiwillige Gratifikation unter diesem Aspekt Lohncharakter hat, hängt von der Gesamthöhe des Einkommens, von der Höhe von Lohn und Gratifikation sowie von der Regelmässigkeit ab, mit der die Gratifikation bezahlt wird. Eine einmalige versehentliche Unterlassung des Freiwilligkeitsvorbehalts kann nicht zu einer stillschweigenden Vereinbarung eines Anspruchs führen. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird. Dies kann der Fall sein, wenn der Vorbehalt nie in Anspruch genommen wird, obwohl dazu Anlass bestanden hätte. Wenn ein Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besserstellt, liegt darin für die anderen kein Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot (Gleichbehandlungsgrundsatz). Ein solches Verhalten kann zur Folge haben, dass die anderen Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen.

Eine gegen das Urteil des Appellationsgerichts (siehe Ziffer 2.5.1.: S. 22) beim Bundesgericht erhobene Berufung hat dieses am 17. Dezember 2002 mit folgender Begründung abgewiesen:

"[...] 1. Das Appellationsgericht wies die Klage ab, weil die streitigen Beträge nicht eigentlichen Lohn, sondern eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstellten, deren Ausrichtung auch nicht stillschweigend vereinbart worden sei. Weder ihre Höhe im Verhältnis zum Lohn noch die Regelmässigkeit ihrer Ausrichtung widerspreche dem Charakter einer Gratifikation. Wohl habe die Beklagte über Jahre hinweg eine solche ausgerichtet. Sie habe aber regelmässig ausdrücklich festgehalten, dass es sich um eine freiwillige Leistung handle. Entsprechend habe sie die Ausrichtung im Rahmen der Vertragsfreiheit an bestimmte Bedingungen knüpfen dürfen, namentlich, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt sei. Schliesslich verletze auch der Umstand, dass in der Vergangenheit in einzelnen Fällen auch Mitarbeitenden in gekündigter Stellung eine Gratifikation ausgerichtet worden sei, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht. Der Kläger sieht darin eine falsche Auslegung des Bundesrechts, namentlich von Art. 322d OR. Er rügt damit eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 Abs. 1 und 2 OG. Auf die Berufung ist insoweit einzutreten.

2. Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird (Stahelin, Zürcher Kommentar, N. 2 f. zu Art. 322d OR). Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Ein im voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 109 [1983] II 447 E. 5c S. 548; Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 3139 ff.). Umgekehrt darf aber nicht geschlossen werden, dass jede variable Vergütung eine Gratifikation wäre. Je nach dem, was die Parteien konkret vereinbart haben, handelt es sich vielmehr entweder um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR, der gemäss Art. 322a

OR variabel ausgestaltet sein kann, oder um eine Gratifikation (vgl. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 3 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 9 zu Art. 322 OR, N. 4 zu Art. 322d OR; Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 115 f.).

Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages (Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002, E. 4b; Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR; Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel 1997, N. 5 zu Art. 322d OR; Tercier, a.a.O., Rz. 3142; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1 III, Basel 1994, S. 114; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR; vgl. auch Gottlieb Delbrück, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Diss. Basel 1981, S. 57 ff.). Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.359/1995 vom 6. Dezember 1995, E. 2, JAR 1997 S. 124; Staehelin, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Reh binder, Berner Kommentar, N. 6 f. zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 322d OR; Wyler, a.a.O., S. 120; vgl. auch die kantonalen Urteile in JAR 1999 S. 156, JAR 1998 S. 148 f., JAR 1996 S. 150 ff., JAR 1995 S. 107, JAR 1994 S. 145 f.). Die Einigung kann allerdings auch nur den Grundsatz betreffen haben, dass eine Gratifikation auszurichten ist. Dann kann der Arbeitgeber unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbar Kriterien ausrichten (Staehelin, a.a.O., N. 24 zu Art. 322d OR; Reh binder, a.a.O., N. 16 zu Art. 322d OR).

2.1 Der Kläger macht geltend, zur Unterscheidung zwischen einem Lohnbestandteil und einer Gratifikation komme es nicht bloss auf den Parteiwillen an. Eine Gratifikation könne als zusätzliches Entgelt oder Akzessorium zum Lohn immer nur eine Leistung darstellen, die neben dem Lohn ausgerichtet werde. Übersteige ihr Betrag, wie vorliegend, ein gewisses Mass, liege keine Gratifikation, sondern Lohn vor. Es ist in der Tat mit dem Charakter der ganz oder teilweisen Freiwilligkeit der Gratifikation nicht vereinbar, dass bei einem Arbeitsvertrag die Entschädigung ausschliesslich in einer Gratifikation besteht. Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin muss sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht. Entsprechend ist die Gratifikation eine Sondervergütung, die zum Lohn hinzutritt (Staehelin, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR). Die Lehre folgert richtig, dass es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird (Staehelin, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR). Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Fraglich erscheint allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen ist. Diese kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Es liegt

auf der Hand, dass bei einem niedrigen Einkommen schon ein (auch relativ) kleiner Einkommensunterschied sehr viel mehr Bedeutung haben wird, als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen (Delbrück, a.a.O., S. 76 f.). Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben ist, hängt überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt. Auch deshalb lässt sich keine allgemeine Schranke für die Höhe der Gratifikation festsetzen. Immerhin erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn.

Wie der Kläger selber festhält, waren die im vorliegenden Fall als Gratifikation ausbezahlten Beträge durchwegs wesentlich geringer. Sie erreichten bis zu einem Viertel des Jahresgehalts. Dieses lag seinerseits ab dem vierten Dienstjahr über Fr. 100'000.-- und kann damit nicht als bescheiden bezeichnet werden. Die Höhe der ausgerichteten Beträge spricht somit nicht gegen eine Gratifikation.

2.2 Weiter hält der Kläger dafür, die Gratifikation sei vorliegend vereinbart, weil sie Jahrzehnte lang ausgerichtet worden sei.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) richtete die Beklagte während der zwölfjährigen Dauer des Arbeitsverhältnisses zwar immer eine Gratifikation aus, wenn auch in unterschiedlicher Höhe. Die Ausrichtung erfolgte indessen nicht vorbehaltlos. Mit Ausnahme des Jahres 1988 [recte: 1998] brachte die Beklagte immer den Vorbehalt an, dass die Ausrichtung freiwillig erfolge. Aus dem einmaligen Unterlassen des Freiwilligkeitsvorbehalts kann der Kläger nichts für seinen Standpunkt ableiten. Wie beide kantonalen Instanzen zu Recht festhalten, kann eine einmalige, versehentliche Unterlassung des Vorbehalts noch nicht zu einer stillschweigenden Vereinbarung führen.

2.3 Der Kläger macht zudem mit Verweis auf eine in der Literatur vertretene Meinung geltend, eine stillschweigende Vereinbarung könne auch trotz Freiwilligkeitsvermerks zustande kommen, wenn die Gratifikation jahrzehntelang ausgerichtet worden sei.

Es trifft zu, dass es für den Inhalt eines Vertrages auf den tatsächlichen oder den objektiv übereinstimmenden Parteiwillen und nicht auf die von den Parteien gewählte unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise ankommt (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 128 [2002] III 265 E. 3a; 127 [2001] III 444 E. 1b S. 445; 126 [2000] III 119 E. 2a). Ein Vorbehalt der Freiwilligkeit ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird (Stahelin, a.a.O., N. 10 zu Art. 322d OR; Vischer, a.a.O., S. 114; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; a.M. Wyler, a.a.O., S. 121; Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, a.a.O., N. 14 zu

Art. 322d OR). Das rechtfertigt sich aber nur, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter (Brunner/Bühler/Waeber, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 322d OR; unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil 4C.284/1996 vom 7. Oktober 1997, E. 2a).

Vorliegend ist zwar nachgewiesen, dass die Gratifikation während des zwölf Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses immer ausgerichtet worden ist. Der Kläger hat aber in keiner Weise dargetan, warum die Arbeitgeberin in dieser Zeit bei einer freiwilligen Leistung einen Grund hätte haben sollen, auf eine Ausrichtung zu verzichten. Auch insofern sind somit die Voraussetzungen für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung nicht gegeben.

2.4 Es ergibt sich somit, dass es sich bei den von der Beklagten ausgerichteten Zusatzleistungen um freiwillige Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR handelte und der Kläger keinen Anspruch auf eine Gratifikation erworben hat.

3. Der Kläger macht schliesslich geltend, es widerspreche dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Beklagte anderen Arbeitnehmern beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eine Gratifikation ausgerichtet habe, ihm dies nun aber verweigere. Er verkennt dabei die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

3.1 Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (vgl. Kramer, Berner Kommentar, N. 20 zu Art. 19 OR). Mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt sind danach beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen (von Kaenel, Arbeitsrecht, St. Gallen/Lachen 1999, S. 57; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR, N. 5 zu Art. 322d OR und N. 12 zu Art. 328 OR; JAR 1985, S. 128).

Soweit es um freiwillige Sozialleistungen und Zulagen geht, finden sich in der Lehre und teilweise auch in der Rechtsprechung Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten des gleichen Arbeitgebers (Stahelin, a.a.O., N. 13 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR und N. 12 zu Art. 328 OR; Wyler, a.a.O., S. 559; Stahelin, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, BJM 1982 S. 66 f. [nachfolgend zit. als Stahelin, Gleichbehandlung]; JAR 1992 S. 287 f.). Solche Einschränkungen lassen sich aber stets nur sehr punktuell rechtfertigen (vgl. dazu Geiser, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Festschrift Rehbinder, Bern/München 2002, S. 39 ff.). Das Argument, der Arbeitgeber habe sich von angeblich "sachfremden Motiven" leiten lassen, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die ungleiche Behandlung als rechtswidrig erscheint (offenbar a.M. Gewerbliches Schiedsgericht Basel, Urteil vom 18. Juni 1990, JAR 1992 S. 287 f.). Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind. Diesen Grundsatz

schränkt die Rechtsordnung allerdings durch gewisse besondere Regelungen ein, wie sie etwa im Gleichstellungsgesetz, im Heimarbeitsgesetz oder in gewissen Staatsverträgen zu finden sind (Geiser, a.a.O., S. 39 ff.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; Staehelin, Gleichbehandlung, a.a.O., S. 62 ff.).

In der Lehre wird aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR), und aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen (Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 328 OR; Duc/Subilia, a.a.O., N. 23 zu Art. 322d OR; Brunner/Bühler/Waerber, a.a.O., N. 6 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR, N. 12 zu Art. 328 OR; Wyler, a.a.O., S. 560; Daniel Meyer, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1976, S. 109 ff., 127 f., 299). Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (Geiser, a.a.O., S. 45; vgl. auch Delbrück, a.a.O., S. 73). Eine solche kann von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (Rehbinder, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Geiser, a.a.O., S. 45; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR). Immerhin kann ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben, dass auch davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. Dann muss die Arbeitgeberin diese nur einzelnen Arbeitnehmern zgedachte begünstigende Behandlung auch den andern zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen ist (Geiser, a.a.O., S. 47 f.; vgl. auch Staehelin, a.a.O., N. 13 zu Art. 322d OR).

3.2 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz haben von weit über hundert in den Jahren 2000 und 2001 durch Kündigung aus den Diensten der Beklagten ausgetretenen Mitarbeitern nur einzelne im gekündigten Arbeitsverhältnis noch eine Gratifikation erhalten. Damit liegt kein Fall einer Benachteiligung eines Mitarbeiters gegenüber den anderen Mitarbeitern der Beklagten vor, sondern eine Begünstigung einzelner Arbeitnehmer, die ohne weiteres zulässig ist. Der Kläger macht nicht geltend und es ist auch nicht zu sehen, dass er aus der Ausrichtung von Gratifikationen oder Abgangsschädigungen an andere Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis auf eine entsprechende Vertragsänderung hätte schliessen dürfen. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Ausrichtung einer Gratifikation an einzelne Arbeitnehmer nach der Kündigung Kenntnis gehabt hätte. Schon insoweit fehlen die Voraussetzungen dafür, dass er nach Treu und Glauben auf eine entsprechende Vertragsänderung hätte vertrauen dürfen. [...]"

(BGE vom 17.12.2002 in Sachen Bank X. gegen N., 4C.269/2002 = BGE 129/2003 III 276)

2.6. Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)

Art. 324 Abs. 1 OR. Da einer Physiotherapeutin, die ohne bestimmte Normalarbeitszeit angestellt war, während der Kündigungsfrist weniger Patienten zugewiesen wurden als zuvor im Monatsdurchschnitt während mehr als einem Jahr, schuldete ihr der Arbeitgeber den Lohn für die ausfallenden Arbeitsstunden.

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Die Kündigung als Reaktion auf die berechtigte Forderung der Arbeitnehmerin nach Ausstellung von Lohnabrechnungen war missbräuchlich.

Art. 336a Abs. 2 OR. Bei der Bemessung der Entschädigung wird neu von drei (anstatt wie bisher von zwei) Monatslöhnen ausgegangen, um danach deren Höhe aufgrund der mildernden und erschwerenden Umstände im Verhalten der Parteien noch zu erhöhen bzw. zu senken (Praxisänderung).

S. war seit dem 27. September 1999 bei Dr. B. als Physiotherapeutin angestellt. Im Arbeitsvertrag war keine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart. Der Lohn wurde mit 28 % des jeweils in einem Monat erbrachten Bruttoumsatzes angegeben und ein Lohnanspruch für Abwesenheiten jeglicher Ursache wegbedungen. Dr. B. überwies S. jeweils den von ihm errechneten Nettolohn, ohne darüber aber schriftlich abzurechnen. Der Vergleich zwischen den von S. selber berechneten Nettolöhnen und den ihr von Dr. B. überwiesenen Zahlungen ergab Lohndifferenzen von mehreren hundert Franken monatlich. Zudem weigerte sich Dr. B. die von S. verlangten detaillierten Lohnabrechnungen auszustellen. Nach Diskussionen unter den Parteien über mögliche Lohndifferenzen kündigte Dr. B. das Arbeitsverhältnis am 18. April 2001 per Ende des nachfolgenden Juni, wogegen S. vor Ende der Kündigungsfrist bei Dr. B. Einsprache erhoben hat. Während der Kündigungsfrist wies Dr. B. seiner Angestellten weniger Patientinnen und Patienten zur Behandlung zu als zuvor. Mit Klage vor dem Gewerblichen Schiedsgericht vom 11. Juli 2001 verlangte S. die Verurteilung von Dr. B. zur Zahlung von Fr. 29'999.-- brutto, wobei sie davon ausging, dass ihr gesamthaft Fr. 48'928.20 brutto zustünden. Darin enthalten waren Lohndifferenzen seit Beginn des Arbeitsverhältnisses, Ferienentschädigung für die gesamte Anstellung sowie eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen aus missbräuchlicher Kündigung. Nach Durchführung zweier Vorverfahren und dem nachfolgenden Widerruf zweier Vergleiche durch die Parteien verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht Dr. B. am 22. August 2002 zur Zahlung von Fr. 16'703.05 netto Lohnrestanzen und Fr. 11'148.-- netto, entsprechend drei Bruttomonatslöhnen, als Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung. Das Gericht hat dabei Folgendes erwogen.

Umstritten unter den Parteien waren namentlich der Lohn während der Kündigungsfrist sowie die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung.

Dr. B. wies der Klägerin im letzten Monat ihrer Anstellung keine neuen Patientinnen und Patienten zu, weil es diesen seiner Auffassung nach nicht zumutbar war, zunächst von S. und später von jemandem anderen behandelt zu werden. Es ergab sich daraus für S. eine deutliche

Minderbeschäftigung und -entlohnung. Im Arbeitsvertrag war kein bestimmtes Arbeitspensum zugesichert. S. sollte damit nach Arbeitsanfall eingesetzt werden. Während ihrer über einjährigen Anstellung hatte die Klägerin jedoch jeweils pro Monat mehr oder weniger gleich viele Stunden arbeiten können. Es wurde darin die stillschweigende Vereinbarung unter den Parteien erblickt, dass die Klägerin Anspruch auf eine Beschäftigung im Umfang dieser durchschnittlichen Stundenzahl erworben hatte (vgl. AGE vom 15.10.1999 in Sachen F. gegen D. SA., in Bericht des GS Ger über die Rechtsprechung 1998/1999, S. 55). Darauf konnte sie sich auch während der Kündigungsfrist berufen. Zudem wäre der mit der Kündigungsfrist verbundene Schutz illusorisch, wenn das Arbeitsvolumen auf diese Weise plötzlich und massiv herabgesetzt werden könnte (Pra. 88/1999 S. 607 E. baa). Dr. B. hatte deshalb die Stunden, in denen er sie nicht beschäftigen wollte, gleichwohl zu entschädigen. Die von ihm dazu vorgebrachten Gründe waren dem von einem Arbeitgeber selber zu tragenden Betriebsrisiko zuzurechnen (Art. 324 Abs. 1 OR).

Nach Art. 323b Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber über den verdienten Lohn eine schriftliche Abrechnung zu übergeben. Gleiches gilt, wenn als Lohn eine Provision vereinbart und nicht die Arbeitnehmerin vertraglich zur Aufstellung der Provisionsabrechnung verpflichtet ist (Art. 322c Abs. 1 OR). Zudem hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die für die Abrechnung massgebenden Bücher zu gewähren (Art. 322c Abs. 2 OR). Da Dr. B. trotz Aufforderung seitens von S. seiner Abrechnungspflicht nicht nachkam, stattdessen aber das Arbeitsverhältnis kündigte, lag ein Kausalzusammenhang zwischen einem berechtigten (gesetzlichen) Anspruch, den die Klägerin geltend machte, und der Kündigung auf der Hand. Dr. B. behauptete, dass vielmehr andere Umstände im Verhalten von S. zur Kündigung geführt hätten, konnte diese aber nicht beweisen. Damit war klarerweise eine nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR verpönte Rache Kündigung gegeben. Da das Arbeitsverhältnis von den Parteien auf die Einsprache von S. hin nicht fortgeführt wurde, stand S. eine Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 und 2 OR zu. Dabei ist das Gericht von einem Bemessungswert ausgegangen, der im Verlaufe des Rechtsprechungsjahres 2002 von zwei auf drei Monatslöhne erhöht wurde. Diese Erhöhung erklärt sich damit, dass das Gewerbliche Schiedsgericht für die Bemessung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung seit jeher im Grundsatz auf jene für die Entschädigung aus ungerechtfertigt fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR abgestellt hat. Dort wurde in Anlehnung an die Praxis des Zürcher Arbeitsgerichts ebenfalls von zwei Monatslöhnen als Ausgangswert ausgegangen (BJM 1998 S. 301 mit Hinweis). Nachdem diese Rechtsprechung jedoch zu Recht kritisiert worden war (BK-Rehbinder, Art. 337c OR N. 9, S. 166) und auch die Zahl der durch die Arbeitgeber zu Unrecht ausgesprochenen und dem Gericht zur Beurteilung vorgelegten fristlosen Kündigungen nicht abnahm, änderte das Gewerbliche Schiedsgericht seine Praxis (siehe unter Ziffer 2.10.4.3.5: S. 73). Entsprechend passte es auch seine Rechtsprechung bei den missbräuchlichen Kündigungen an. Sodann ist zu prüfen, ob dieser Ausgangswert unter Berücksichtigung mildernder und erschwerender Umstände im Verhalten beider Parteien zu reduzieren bzw. zu erhöhen ist (BK-Rehbinder, a.a.O.). Vorliegend haben sich allerdings diese

Umstände gegenseitig die Waage gehalten, so dass es bei einer Entschädigung von drei Monatslöhnen geblieben ist.

(GSGE vom 22.8.2002 in Sachen S. gegen Dr. B., GS 2001/249)

2.7. Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (Art. 324a OR)

2.7.1. Art. 324a OR. Der Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht auch bei Arbeitsunfähigkeiten aus vorbestehenden Leiden und parallel zu Ansprüchen gegen eine Drittperson als Unfallverursacher bzw. deren Haftpflichtversicherung. Im Umfang der Lohnfortzahlung besteht ein Rückgriffsrecht des Arbeitgebers auf den Unfallverursacher bzw. dessen Haftpflichtversicherung. Eine Modeberaterin hatte keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung, weil sie sich mit der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers zur Abgeltung aller Schadenersatzansprüche auf eine Per-Saldo-Zahlung geeinigt hatte.

L. trat am 26. März 1994 als Modeberaterin in die Boutique T. ein. Vom 6. Mai bis 23. Juni 1996 war sie zu 100 % arbeitsunfähig aufgrund einer Spätfolge eines im Jahre 1991 erlittenen Verkehrsunfalls. Die Haftpflichtversicherung X. des Unfallverursachers bezahlte ihr in dieser Zeit ein Taggeld basierend auf ihrem damaligen Lohn aus. Am 6. November 1997 schloss L. mit der Haftpflichtversicherung X. eine Vereinbarung über die "Abgeltung aller Schadenersatzansprüche aus den Folgen des vorgenannten Verkehrsunfalles per Saldo" ab. In der Folge war sie aufgrund dieses Unfalls erneut vom 1. Juni bis 31. Juli 1998 zu 100 % arbeitsunfähig. Die Unfallversicherung, welche die Boutique T. für L. abgeschlossen hatte, lehnte Leistungen ab. Nachdem auch die Arbeitgeberin die Lohnfortzahlung verweigerte, klagte L. am 19. Mai 2000 beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Lohnzahlung für die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit. Mit Urteil vom 7. September 2000 wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen.

Nach Art. 324a Abs. 1 OR ist die Arbeitgeberin zur Lohnfortzahlung während beschränkter Dauer verpflichtet, wenn ihre Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist. Keine Lohnfortzahlungspflicht besteht damit, falls der Unfall bzw. die Krankheit von der Arbeitnehmerin selber verschuldet ist. Von der Lohnfortzahlungspflicht befreit ist die Arbeitgeberin zudem, falls die Arbeitnehmerin aufgrund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit obligatorisch versichert ist und von der Versicherung für diese Zeit 80 % des Lohnes erhält (Art. 324b Abs. 1 OR). Dies trifft auf die obligatorische Unfallversicherung zu (Art. 1 UVG, SR. 832.20; seit 1.1.2003: Art. 1a UVG). In Art. 324a OR ist hingegen vom Verschulden eines Dritten nicht die Rede (Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 179 Fn. 1). Die Arbeitgeberin ist auch dann zur Lohnfortzahlung ver-

pflichtet, wenn eine Drittperson den Unfall bzw. die Krankheit, die zur Arbeitsunfähigkeit führt, verursacht hat und der Arbeitnehmerin gegenüber daraus haftet (BK-Rehbinder, Art. 324a OR N. 14, S. 336; Zinsli, S. 179; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 324a/b OR N. 33, S. 175; vgl. ZK-Staehelin, Art. 324a OR N. 53, S. A239; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 324a OR N. 13, S. 158). Dies ist als Ausfluss der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin anzusehen. Die Lohnfortzahlungspflicht entfällt in diesem Fall dann, wenn die Arbeitnehmerin für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit vom Dritten bzw. von dessen Haftpflichtversicherung bereits Leistungen bezogen hat. In dem Umfang, als die Arbeitgeberin jedoch Lohnfortzahlung leistet, steht ihr ein Rückgriffsrecht auf den Dritten zu (BK-Rehbinder, a.a.O.; ZK-Staehelin, a.a.O.; Streiff/von Kaenel, a.a.O.; Brühwiler, a.a.O.; Zinsli S. 179 ff.). Ebenfalls ein Rückgriffsrecht hat die Unfallversicherung im Umfang der erbrachten Taggelder (Art. 41 UVG; seit 1.1.2003 Art. 72 Abs. 1 ATSG, SR 830.1).

Vorliegend lehnte die Unfallversicherung Leistungen an L. ab, weil das schädigende Ereignis vor Beginn des Arbeitsverhältnisses stattgefunden hatte (Art. 3 iVm Art. 6 UVG). Es kam somit die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin zum Zuge, die auch auf Arbeitsunfähigkeiten aus gesundheitlichen Leiden anwendbar ist, die bei Abschluss des Arbeitsvertrags bereits bestehen. Art. 324a OR enthält nämlich diesbezüglich keine Einschränkung. Andererseits war zu berücksichtigen, dass L. mit der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers über alle ihre Schadenersatzansprüche eine Per-Saldo-Zahlung vereinbart hatte. Es wurden dadurch sowohl die eingetretenen als auch die damals in Zukunft noch eintretenden Unfallfolgen finanziell abgegolten. Darin enthalten waren auch künftige Arbeitsausfälle, wie sie der Klägerin von der Versicherung in der Vergangenheit entschädigt worden waren. Es war deshalb davon auszugehen, dass die Klägerin für ihre zweimonatige Arbeitsunfähigkeit während der Anstellung bei der Boutique T. bereits Versicherungsleistungen erhalten und daher keinen Anspruch mehr auf Lohnfortzahlung hatte. Dabei konnte es nicht darauf ankommen, wie hoch die von ihr bezogenen Versicherungsleistungen waren. Davon abgesehen hatte die Klägerin von der Haftpflichtversicherung Fr. 400'000.-- erhalten. Zudem kann es nicht angehen, dass eine Arbeitnehmerin einerseits auf Schadenersatzansprüche verzichtet, um andererseits aber von ihrer Arbeitgeberin Lohnfortzahlung geltend zu machen, ohne dass diese aber noch Rückgriff auf den Unfallverursacher bzw. dessen Haftpflichtversicherung nehmen könnte (vgl. Max Keller/Sonja Gabi, Haftpflichtrecht, 2. Auflage 1988, S. 149 f.).

(GSGE vom 7.9.2000 in Sachen L. gegen Boutique T., GS 2000/130)

2.7.2. Art. 324a OR / Art. 22 Abs. 2 L-GAV 98 des Gastgewerbes. Bei einer Arbeitsunfähigkeit aus einem vorbestehenden Leiden eines Officemitarbeiters infolge Unfalls vor Abschluss des Arbeitsvertrags hatte der Arbeitgeber die Pflicht zur Lohnfortzahlung, weil der Arbeitnehmer weder einen Schadenersatzanspruch gegen einen Unfallverursacher bzw. dessen allfällige Haftpflichtversicherung hatte und im Unfallzeitpunkt auch keine Unfallversicherung bestanden hat.

S. stellte T. per 21. Oktober 1999 als Officemitarbeiter in seinem Restaurant ein. Am 28. März 2000 wurde T. arbeitsunfähig. Bis am 23. Juni 2000 bestand eine volle Arbeitsunfähigkeit und danach eine solche zu 50 %. Da die Arbeitsunfähigkeit in direktem Zusammenhang mit einem Unfall stand, den T. am 25. Juli 1999 und damit vor Beginn des Arbeitsverhältnisses erlitten hat, erbrachten weder die Krankentaggeldversicherung noch die Unfallversicherung, die S. für T. abgeschlossen hatte, Leistungen. Ebenfalls verweigerte S. die Lohnfortzahlung. Aus diesem Grund verlangte T. mit Klage vom 2. Januar 2001 beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von S. unter anderem zur Zahlung des Lohnes für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit. Mit Urteil vom 10. Mai 2001 sprach das Gewerbliche Schiedsgericht T. Unfalllohn von Fr. 1'429.25 netto zu und wies das weitergehende, unter diesem Titel geltend gemachte Begehren ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 324a Abs. 1 OR ist der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung während beschränkter Dauer verpflichtet, wenn sein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist dabei auch auf Arbeitsunfähigkeiten aus gesundheitlichen Leiden anwendbar, die bei Abschluss des Arbeitsvertrags bereits bestehen. Art. 324a OR enthält nämlich diesbezüglich keine Einschränkung. Von der Lohnfortzahlungspflicht befreit ist die Arbeitgeberin, falls der Angestellte aufgrund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit obligatorisch versichert ist und von der Versicherung für diese Zeit 80 % des Lohnes erhält (Art. 324b Abs. 1 OR). Dies trifft auf die obligatorische Unfallversicherung zu (Art. 1 UVG, SR 832.20; seit 1.1.2003: Art. 1a UVG).

Vorliegend galt für das Arbeitsverhältnis der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes 98. Art. 22 Abs. 2 L-GAV 98 bestimmt, dass der Arbeitgeber bei unverschuldeter Verhinderung seines Mitarbeiters an der Arbeit, soweit diese nicht in den Art. 23 ff. L-GAV 98 geregelt ist, diesem den Bruttolohn gemäss Art. 324a OR zu bezahlen hat. Nach Art. 23 Abs. 1 L-GAV 98 hat der Arbeitgeber zugunsten seines Mitarbeiters eine Krankentaggeldversicherung und nach Art. 25 Abs. 1 L-GAV 98 eine Unfallversicherung nach den Vorschriften des UVG abzuschliessen. Im Zeitpunkt, als T. im Juli 1999 verunfallte, war er bei keinem Arbeitgeber angestellt und auch sonst bei keiner Unfallversicherung für ein Taggeld versichert. Ebenso wenig war ein Dritter bzw. dessen (allfällige) Haftpflichtversicherung für diesen Unfall haftbar. Aus diesem Grund hatte T. auch keine Leistungen für seine Arbeitsunfähigkeit von dritter Seite bezogen bzw. zu erwarten. Da sich das Unfallereignis vor dem Beginn des Arbeitsverhältnisses ereignet hatte, konnte er ferner keine Leistungen von der jetzi-

gen Unfallversicherung geltend machen (Art. 3 iVm Art. 6 UVG). Unter diesen Umständen blieb die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR als Anspruchsgrundlage übrig. Gegen eine Lohnfortzahlung konnte S. nicht einwenden, dass für T. eine nach Art. 324a Abs. 4 OR gleichwertige Versicherungslösung, die ihn damit von einer Lohnfortzahlung befreite, getreten ist. Art. 22 Abs. 2 L-GAV 98 ordnet ausdrücklich an, dass für Fälle unverschuldeter Arbeitsunfähigkeiten, die nicht durch eine vom Arbeitgeber nach GAV abzuschliessende Versicherung gedeckt werden, die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR zum Zuge kommt. Da die Arbeitsunfähigkeit von T. im ersten Arbeitsjahr nach Ablauf der ersten drei Anstellungsmonate eingetreten war, hatte dieser Anspruch auf eine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR und nach der Basler Skala (BJM 1973 S. 279 f.) von drei Wochen und zu 100 % des vereinbarten Lohnes, entsprechend Fr. 1'429.25 netto.

(GSGE vom 10.5.2001 in Sachen T. gegen S., GS 2001/2)

2.7.3. Art. 324a Abs. 4 OR / Art. 64 LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe. Falls der Arbeitgeber zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung verpflichtet ist, trägt er das finanzielle Risiko aus einem nicht rechtzeitig vorgenommenen Versicherungsabschluss. In casu trug der Arbeitgeber dieses Risiko, weil der als Maurer tätige Arbeitnehmer kurz nach Arbeitsaufnahme erkrankte. Zwar wurde der erst danach abgeschlossene Versicherungsvertrag durch die Versicherung infolge wahrheitswidriger Gesundheitsdeklaration durch den Arbeitnehmer aufgehoben. Entscheidend war, dass der Vertrag, weil er nicht bei der Arbeitsaufnahme, sondern erst nach der Erkrankung des Arbeitnehmers abgeschlossen wurde, auch bei richtiger Deklaration nicht hätte abgeschlossen werden können.

B. wurde per 1. November 1999 von der A. GmbH als Maurer angestellt. Der mündlich abgeschlossene Arbeitsvertrag sowie der LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe sahen vor, dass B. bei einer Krankentaggeldversicherung zu versichern war. Die Versicherung wurde per 1. Januar 2000 abgeschlossen. In der Folge liess die A. GmbH dem Versicherer die von ihr ausgefüllte und von B. am 1. Februar 2000 unterschriebene Gesundheitsdeklaration zukommen, wonach dieser sich gesund fühle und nicht in ärztlicher Behandlung stehe. Als die Versicherungsgesellschaft davon Kenntnis erhielt, dass B. vom 9. November 1999 an von Dr. X. behandelt worden war, hob sie den Versicherungsvertrag auf. Vom 19. Mai bis 9. Juli 2000 an war B. zu 100 % und danach bis 24. September 2000 zu 50 % arbeitsunfähig. Mit Klage vom 10. November 2000 beim Gewerblichen Schiedsgericht begehrte er unter anderem die Verurteilung der A. GmbH zur Lohnfortzahlung. Die Klage wurde in diesem Punkt mit Urteil vom 11. Dezember 2000 vollumfänglich gutgeheissen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 324a OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeit verhindert ist, für eine beschränkte Zeit den Lohn weiterzubezahlen. Nicht von Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang die weiteren dabei vom

Gesetz verlangten Voraussetzungen. Wesentlich ist hingegen, dass von dieser gesetzlich festgelegten Lohnfortzahlungspflicht insbesondere durch schriftliche Abrede oder durch GAV abgewichen werden darf, sofern die dabei getroffene Regelung der gesetzlichen mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR). Nach Art. 64 des hier anwendbaren und allgemeinverbindlichen Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV 2000) sind die Arbeitnehmer kollektiv für ein Taggeld von 80 % des wegen Krankheit ausfallenden Lohnes während 720 innert 900 Tagen zu versichern, wobei die Versicherungsprämie je hälftig unter Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuteilen ist (Abs. 1 und 2 lit. a). Vorgesehen werden darf zudem eine eintägige Wartefrist, die zulasten des Arbeitnehmers geht (Abs. 3 lit. b). Es spielte vorliegend deshalb keine Rolle, dass das von der A. GmbH im Einzelarbeitsvertrag gemachte Versprechen, B. zu versichern, nur mündlich abgegeben wurde. Die Arbeitgeberin war jedenfalls durch den LMV 2000 rechtsgültig zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung für B. verpflichtet. Im übrigen gehen die dort festgelegten Anforderungen an die abzuschliessende Versicherung sogar über das hinaus, was das Gewerbliche Schiedsgericht für die Gleichwertigkeit nach Art. 324a Abs. 4 OR üblicherweise verlangt (80 % des Lohnes während 720 innert 900 Tagen, maximale Wartefrist 3 Tage, max. hälftige Prämientragung durch den Arbeitnehmer). Mit dem Abschluss einer derartigen Versicherung wäre die A. GmbH deshalb von der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht befreit gewesen, was denn auch Art. 64 Abs. 1 LMV 2000 festhält.

Nun wurde diese Versicherung durch die A. GmbH nach VVG zwar abgeschlossen, aber vom Versicherer nachträglich aufgehoben, weil die Gesundheitsdeklaration des Arbeitnehmers anerkanntermassen wahrheitswidrig ausgefüllt war. Die Versicherungsgesellschaft war dazu berechtigt (Art. 6 VVG, SR 221.229.1). Im Falle einer KVG-Versicherung hätte sie in diesem Fall nicht den Vertrag rückgängig machen, aber einen nachträglichen Vorbehalt anbringen dürfen (BGE 110/1984 V 309 f.). Damit wären Leistungen für eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer bestehenden Erkrankung vorübergehend ausgeschlossen gewesen (Art. 69 Abs. 1 und 2 KVG, SR 832.10). Allerdings brauchte nicht untersucht zu werden, wer für die falschen Erklärungen verantwortlich war, der Arbeitnehmer oder die Arbeitgeberin. Der Versicherer hat auf amtliche Erkundigung des Gerichts hin erklärt, er hätte den Versicherungsvertrag gar nicht erst abgeschlossen, wenn er von der ärztlichen Behandlung des Arbeitnehmers gewusst hätte. Für VVG-Versicherer besteht im Gegensatz zu solchen nach KVG denn auch keine Aufnahmepflicht (Art. 67 f. KVG; Kurt Meier/Thomas Fingerhuth, Krankentaggeld statt Lohnfortzahlung, plädoyer 1999/3 S. 29 N. 3.4.). Zudem war die Arbeitgeberin frei, ob sie den Kläger nach VVG oder nach KVG versichert (Art. 64 ff. LMV 2000). Eine Einschränkung bestand nur insofern, als die Versicherungsbedingungen nach Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV 2000 "Leistungen nach Art. 324a OR bei Arbeitnehmenden [vorsehen müssen], für welche die Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter Vorbehalt versichert werden können".

Entscheidend war hingegen die Feststellung, dass die A. GmbH ihren Arbeitnehmer bereits für den Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme am 1. November 1999 hätte versichern müssen

(Art. 64 Abs. 3 lit. a LMV 2000). Damals war die ärztliche Behandlung für B. gar noch nicht angelaufen, so dass davon ausgegangen werden durfte, es wäre ohne weiteres zum Abschluss der vorgeschriebenen Taggeldversicherung gekommen. Da die A. GmbH ihrer Pflicht aus dem LMV 2000 in diesem Zeitpunkt nicht nachgekommen war, haftete sie ihrem Arbeitnehmer gegenüber für die entgangenen Versicherungsleistungen, die bei rechtzeitigem Vertragsabschluss ihm zugeflossen wären. Unter Abzug des nach LMV 2000 zulässigen Wartetages, der zulasten des Arbeitnehmers geht, waren dies 80 % des Bruttolohnes als Nettolohn (Art. 64 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. b LMV 2000) aufgrund der ab 20. Mai 2000 zu 100 % bzw. der ab 10. Juli 2000 noch zu 50 % gegebenen Arbeitsunfähigkeit von B.

(GSGE vom 11.12.2000 in Sachen von B. gegen A. GmbH, GS 2000/238)

2.7.4. Lohnfortzahlungspflicht während Freistellung bei auf den Arbeitsplatz beschränkten Arbeitsunfähigkeit?

Siehe Ziffer 2.9.2.: S. 43

2.7.5. Anspruch auf Krankentaggelder über das Kündigungsende hinaus?

Siehe Ziffer 2.10.1.2.: S. 48

2.7.6. Vertraglich vereinbarte Lohnfortzahlung über das Kündigungsende hinaus?

Siehe Ziffer 2.10.3.: S. 52

2.8. Persönlichkeits- und Datenschutz (Art. 328 / Art. 329b OR)

Art. 328/328b OR. Der Arbeitgeber ist ohne Einwilligung des Arbeitnehmers nicht berechtigt, e-mails die als private erkennbar sind, zu öffnen. Andernfalls verletzt er die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Offengelassen wurde, ob das Verlesen privater e-mails des Arbeitnehmers (Speditionskaufmann) durch den Arbeitgeber vor Gericht zu Beweis Zwecken durch dessen Rechtsschutzinteresse gedeckt war.

Art. 49 Abs. 1 OR. Wiedergutmachung einer Persönlichkeitsverletzung auf andere Weise, indem der Arbeitnehmer selber die Gelegenheit dazu ergreift, das verletzende Verhalten seiner Arbeitgeberin im Rahmen einer Konsumentensendung des Schweizer Fernsehens darzustellen und kritisch würdigen zu lassen.

G. war bei der A. AG seit dem 1. November 1999 als Speditionskaufmann angestellt. Noch während der Probezeit wurde er entlassen. In der Folge verlangte er mit Klage vor dem Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der A. AG zur Bezahlung angeblich geleisteter Überstunden. Im Rahmen des darauf durchgeführten mündlichen Vorverfahrens verlas die A.

AG vor Gericht zwei e-mails, die G. vom Büro aus seiner Freundin geschrieben hatte und die teilweise intimen Inhalts waren. Die A. AG wollte damit dartun, dass sich G. an seinem Arbeitsplatz gelangweilt und keineswegs zuviel gearbeitet hatte.

Nachdem die Parteien diesen Rechtsstreit durch Abschluss eines Vergleichs erledigt hatten, klagte G. erneut gegen die A. AG, indem er Schadenersatz und eine Genugtuung von insgesamt Fr. 10'000.-- geltend machte. Zur Begründung berief er sich darauf, dass die A. AG durch das Öffnen und Verlesen der e-mails vor Gericht ihn in seiner Persönlichkeit verletzt habe. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage mit Urteil vom 29. Januar 2001 ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

Gemäss Art. 328 OR hat eine Arbeitgeberin die Persönlichkeit ihres Arbeitnehmers zu achten. Zudem darf sie Daten über ihren Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind (Art. 328b OR). Die A. AG brachte vor, sie habe die e-mails von G. geöffnet, um sicherzustellen, dass nicht allenfalls dringende Geschäfte, die von ihrem Arbeitnehmer betreut worden waren, wie beispielsweise die Abfertigung von Lastwagen am Zoll, blockiert würden. Dieses Argument vermochte nicht zu überzeugen, weil die beiden e-mails den Betreff "Schatzi" trugen und somit erkennbar private Inhalte transportierten. Es war somit für die A. AG ersichtlich, dass die umstrittenen e-mails nicht im Zusammenhang mit der Arbeit standen, so dass durch deren Öffnung ohne Einwilligung das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt wurde (Manfred Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage 2002, S. 117 N. 235).

Ferner stellte sich die Frage, ob es der A. AG gestattet war, private e-mails ihres Arbeitnehmers vor Gericht zu verwenden, um ihren Standpunkt zu untermauern. Die Zulässigkeit der Verwertung unrechtmässig erlangter Beweismittel in einem Zivilprozess ist umstritten (vgl. Walther J. Habscheid, Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln, in SJZ 89/1993 S. 186 ff.). Beim Entscheid darüber sind die Schwere der rechtswidrigen Handlung und das Rechtsschutzinteresse der beweisführenden Partei gegeneinander abzuwägen (vgl. Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Auflage 1999, S. 278; ZR 82/1983 S. 66 f.). Vorliegend hatte die A. AG die umstrittenen e-mails vor Gericht vorgelesen, um nachzuweisen, dass sich G. am Arbeitsplatz gelangweilt habe und deshalb seine Überstundenforderung unberechtigt sei. Es war fraglich, ob dieses Beweisinteresse der Arbeitgeberin die Schwere ihrer die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzenden Handlung überwog. Diese Frage konnte offenbleiben, weil bereits das Öffnen der e-mails eine Persönlichkeitsverletzung darstellte.

Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch setzte einen Schaden voraus, den G. in den Reise- und Anwaltskosten verwirklicht sah. Seinen Anspruch auf Ersatz der Reisekosten wurde mangels entsprechender Belege abgewiesen. Jenen auf Ersatz der Anwaltskosten für Rechtsabklärungen lehnte das Gericht ab, weil das Öffnen der e-mails nicht in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit den geltend gemachten Kosten stand. Was den Anspruch auf

eine Genugtuung anging, so musste diese durch die Schwere der Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt und nicht auf andere Weise wiedergutmacht worden sein (Art. 49 Abs. 1 OR). Ersteres war durch das Öffnen, Lesen und Verlesen vor Gericht noch nicht der Fall. Namentlich scheute sich G. nicht, die umstrittenen e-mails vor laufender Fernsehkamera für eine Konsumentenschutzsendung des Schweizer Fernsehens vorzulesen. Durch die Ausstrahlung dieser Sequenz und die kritische Würdigung des Verhaltens der A. AG in dieser Sendung wurde dabei die Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers auf andere Weise wiedergutmacht, so dass auch aus diesem Grund kein Anlass für die Zusprechung einer Genugtuung mehr bestand.

(GSGE vom 29.1.2001 in Sachen von G. gegen A. AG, GS 2000/291)

2.9. Ferienbezug bei Freistellung (Art. 329c / Art. 329d OR)

2.9.1. Art. 329c Abs. 2 OR / 329d Abs. 2 OR. Eine mindestens zweiwöchige Vorbereitungszeit, um ihre Ferien (8,5 Kalendertage) zu planen, war für eine kaufmännische Angestellte unter den gegebenen Umständen ausreichend. Das Arbeitsverhältnis wurde seitens der Arbeitgeberin bei einer einmonatigen Kündigungsfrist dreieinhalb Wochen früher gekündigt und die Mitarbeiterin per sofort freigestellt.

S. war seit dem 18. September 2000 bei der Firma X. als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Der schriftliche Arbeitsvertrag sah vor, dass S. zur Leistung von Arbeit auch ausserhalb der betriebsüblichen Normalarbeitszeit verpflichtet war. Solche Überstundenarbeit sei mit dem vereinbarten Lohn sowie dem Ferienanspruch jedoch bereits abgegolten. Am 6. März 2001 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist per Ende April und stellte S. per sofort von der Arbeit frei, damit diese sich eine neue Arbeit suchen könne. In einem von den Parteien zwei Tage nach der Kündigung geführten Telefonat wies die Firma X. ihre Mitarbeiterin an, während der Freistellungszeit ihre Ferien von 8,5 Kalendertagen zu beziehen und ihre 45 Gleitstunden zu kompensieren. Mit Klage vom 30. April 2001 verlangte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Firma X. zur Auszahlung der Ferien und von Überstunden. Mit Urteil vom 9. August 2001 wurde die Klage vollumfänglich abgewiesen, wobei Folgendes erwogen wurde.

Die Arbeitgeberin bestimmt den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebs zu vereinbaren ist (Art. 329c Abs. 2 OR). Ferien dienen der Erholung der Angestellten. Damit die Erholung gewährleistet ist, sind die Ferien in natura zu beziehen und dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses weder durch Geldleistungen noch durch andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR). Ausnahmen davon gelten am Ende des Arbeitsver-

hältnisses, wenn die Ferien faktisch gar nicht mehr bezogen werden können (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 329d OR N. 4a, S. 223; ZK-Stachelin, Art. 329d OR N. 16, S. A379; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 329d OR N. 8, S. 246; BK-Rehbinder, Art. 329d OR N. 16, S. 490). Konflikte entstehen dann, wenn der Ferienbezug während laufender Kündigungsfrist zwar noch möglich ist, jedoch mit deren Zweck und den Interessen der Arbeitnehmerin kollidiert, in dieser Zeit eine neue Stelle zu suchen. Hier ist das Recht der Arbeitgeberin zur Anordnung der Ferien beschränkt. Das Ausmass dieser Beschränkung hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Zu berücksichtigen ist, ob die Arbeitnehmerin bereits eine Stelle gefunden hat, was meist der Fall ist, wenn die Angestellte selber die Kündigung ausgesprochen hat. Von Bedeutung ist sodann, wie lange die Kündigungsfrist dauert und wieweit im voraus gekündigt worden ist. Zu beachten ist dabei auch, ob und wie lange die Mitarbeiterin während dieser Zeit von der Arbeit freigestellt ist. Wesentlich ist ferner, wie gross das Ferienguthaben der Arbeitnehmerin ist (vgl. Alfred Blesj, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2000, S. 180 ff. mit Hinweisen).

Vorliegend hatte die Klägerin noch einen Ferienanspruch von 8,5 Kalendertagen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 6. März auf Ende April 2001 unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist und damit dreieinhalb Wochen früher. Zudem wurde die Klägerin für die gesamte noch verbleibende Zeit von der Arbeit freigestellt. Unter diesen Umständen hatte die Arbeitnehmerin trotz des Ferienbezugs ausreichend Zeit, um eine neue Arbeitsstelle zu suchen. Insbesondere standen ihr vor dem Beginn der eigentlichen Kündigungsfrist am 1. April 2001 fast vier Wochen zum Ferienbezug von etwas mehr als einer Woche zur Verfügung, so dass die eigentliche Kündigungsfrist zur Stellensuche vollständig freibleib. Daran konnte auch nichts ändern, dass eine Arbeitnehmerin ihre Ferien vorbereiten darf und die Arbeitgeberin daher deren Zeitpunkt frühzeitig festlegen muss. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass eine Festlegung drei Monate im voraus der Arbeitnehmerin genügend Zeit belässt, ihre Ferien angemessen zu organisieren (vgl. Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 329c OR N. 7 mit Hinweisen, S. 238). Diese Zeitvorgabe findet Anwendung unter gewöhnlichen Verhältnissen, gilt aber nur beschränkt für Ferien, die infolge einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses angeordnet werden (Alfred Blesj, S. 185 mit Hinweisen in Fn. 188; Eric Cerottini, Le droit aux vacances, 2001, S. 226 ff. mit Hinweisen). Die Lehre geht davon aus, dass eine dreimonatige Frist zur Ferienvorbereitung erforderlich ist, weil gewisse Ferien- und Reisedestinationen anderenfalls bereits ausgebucht wären (Streiff/von Kaenel, a.a.O.). Diese Argumentation bezieht die Überlegung ein, dass die Angestellte ihre Wünsche, wo sie die Ferien verbringen will, möglichst sollte verwirklichen dürfen. Würde an ihr jedoch unter allen Umständen festgehalten, müssten Ferien, die – von der noch zur Verfügung stehenden Zeit im Arbeitsverhältnis betrachtet – nur noch kurzfristiger als drei Monate im voraus festgelegt werden könnten und gegen deren Zeitpunkt sich die Mitarbeiterin wehrt, stets ausbezahlt werden. Dem steht die gesetzliche Pflicht entgegen, die Ferien in natura zu beziehen bzw. beziehen zu lassen (Art. 329d Abs. 2 OR), um die Erholungsmöglichkeit für die Arbeitnehmerin sicherzustellen. Bei der Abwägung der

einander gegenüberstehenden Interessen, ist die Erholung der Arbeitnehmerin zweifellos stärker zu gewichten. Die erforderliche Erholung kann eine Angestellte jedoch auch dann finden, wenn sie in ihrer Freiheit, die Vorzugsdestination ihrer Ferien zu wählen, eingeschränkt ist. Diese Einschränkung hält sich denn auch in Grenzen. Namentlich sind in der heutigen Zeit die Angebote auf dem Ferienmarkt für kurzfristige Ferien zahlreich und breitgefächert. Unter diesen Umständen erweist sich eine mindestens zweiwöchige Vorbereitungszeit grundsätzlich als ausreichend (vgl. Alfred Blesi, S. 185 mit Hinweisen; Eric Cerottini, S. 227). Ausnahmen von diesem Grundsatz können aufgrund besonderer Verhältnisse geboten sein, beispielsweise bei der Rücksichtnahme auf die Ferien schulpflichtiger Kinder. Solche besonderen Umstände waren hier jedoch nicht gegeben.

Was die Forderung der Klägerin aus Überstunden anging, so sah der schriftliche Arbeitsvertrag zwar vor, dass diese besonders entschädigt würden. Erwiesenermassen handelte sich jedoch nicht um solche Mehrarbeit, sondern um Gleitstunden, für die nach Vertrag grundsätzlich nur ein Anspruch auf Kompensation durch Freizeit bestand. Mit der Freistellung ihrer Arbeitnehmerin S. hat die Firma X. deshalb ohne weiteres die Abgeltung dieser Gleitstunden durch Freizeit anordnen dürfen (vgl. BGE 123/1997 III 471 f.).

(GSGE vom 9.8.2001 in Sachen S. gegen Firma X., GS 2001/148)

2.9.2. Art. 329d Abs. 2 OR / Art. 324a OR. Eine Arbeitsunfähigkeit, die in direktem und ausschliesslichem Zusammenhang mit der Präsenz des Arbeitnehmers bei der bisherigen Arbeitgeberin steht, steht einem Bezug von Ferien und der Kompensation eines Gleitzeitsaldos in der Freistellungszeit nicht entgegen. Ein kaufmännischer Angestellter, der bis zum Ende der Kündigungsfrist der Anordnung des Arbeitgebers zum Ferienbezug nicht widersprochen hat, war mit der Kompensation einverstanden.

M. war seit dem 15. November 1999 als kaufmännischer Angestellter bei der Firma S. beschäftigt. Im Juli 2000 kündigte er auf Ende des folgenden August. Die Parteien kamen überein, dass der letzte Arbeitstag der 16. August 2000 sei. Bis Ende des Arbeitsverhältnisses sollte M. seine restlichen Ferien beziehen und ein allfälliges Gleitzeitsaldo kompensieren. Am 16. August 2000 begab sich M. zu seinem Hausarzt, der ihn bis am 31. August zu 100 % für arbeitsunfähig schrieb. Am 1. September 2000 trat M. eine neue Arbeitsstelle an. Von der Arbeitgeberin verlangte er am 18. Oktober 2000 schriftlich, dass sie ihm noch Ferien und Überstunden bezahle, die er wegen seiner Krankheit nicht habe beziehen bzw. kompensieren können. Nachdem die Arbeitgeberin seine Forderung abgelehnt hatte, machte er beim Gewerblichen Schiedsgericht mit Klage vom 27. März 2001 deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 4'290.-- brutto geltend. Das Gericht wies die Klage mit Urteil vom 3. Mai 2001 jedoch vollumfänglich ab, wobei es was folgt erwogen hat.

Ferien dienen der Erholung des Arbeitnehmers. Falls die Erholungsfähigkeit durch Krankheit oder Unfall des Mitarbeiters beeinträchtigt ist, zählen die betreffenden Tage nicht als Ferientage (BK-Rehbinder, Art. 329a OR N. 5, S. 459; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 329a OR N. 6, S. 226). Gleichwohl hat der Arbeitnehmer in dieser Zeit Lohn bzw. Versicherungsleistungen zu gut, sofern hierfür nach Art. 324a OR bzw. vertraglicher Abrede ein Anspruch besteht. Ebenso wenig kompensiert sind Überstunden oder Gleitzeitansprüche an Tagen, an denen der Mitarbeiter nicht arbeitsfähig ist. Der Arbeitnehmer trägt für seine Erholungs- und Arbeitsunfähigkeit die Beweislast. Zum Nachweis genügen gewöhnlich Arztzeugnisse, die sich dazu äussern (BK-Rehbinder, Art. 324a OR N. 18, S. 340; Streiff/von Kaenel, Art. 324a OR N. 12, S. 158).

Vorliegend will der Kläger am letzten Arbeitstag, wie es auch schon früher vorgekommen sei, vom Arbeitgeber gemobbt worden sein, worauf er gleichentags zum Arzt gegangen sei. Der Arzt habe psychosomatische Symptome festgestellt, die seine Erholungsfähigkeit eingeschränkt hätten. Die Firma S. hat diese Vorwürfe bestritten. Zudem habe der Mitarbeiter den Betrieb ohne jedes Krankheitszeichen am letzten Arbeitstag verlassen. In der Tat ergaben sich gewisse Zweifel bezüglich der behaupteten Erholungs- bzw. Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Auf nähere Abklärungen konnte allerdings ohne weiteres verzichtet werden. Offensichtlich stand die durch den Hausarzt des Angestellten bestätigte Arbeitsunfähigkeit in direktem und ausschliesslichem Zusammenhang mit dessen Arbeitsplatz bei der Arbeitgeberin. Sie wurde denn auch vom Arzt nur für solange ausgesprochen, als dieses Arbeitsverhältnis noch andauerte. Am 1. September 2000 trat der Kläger eine neue Stelle an und war anerkanntermassen wieder voll arbeitsfähig. Unter diesen Umständen musste davon ausgegangen werden, dass die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit, sofern sie überhaupt vorgelegen hat, allein bei einer Präsenz des Klägers am bisherigen Arbeitsplatz gegeben war. Zudem soll sie lediglich durch Vorgänge am letzten Arbeitstag hervorgerufen worden sein. Es war deshalb anzunehmen, dass die Arbeitsfähigkeit des Klägers wiederhergestellt war, sobald er dorthin nicht mehr zurückkehren musste. Dies war bereits am Tag nach seinem letzten Arbeitstag der Fall. Gleiches musste auch für seine Erholungsfähigkeit gelten, um so mehr auch nicht begründet wurde, inwiefern diese eingeschränkt gewesen sein soll. Damit stand dem Genuss von Ferien und der Kompensation des Gleitzeitsaldos, um das es sich erwiesenermassen handelte, nichts entgegen. Zudem hat der Angestellte erst (lange) nach Ablauf der Kündigungsfrist gegen die Anordnung der Ferien bis zum Kündigungsende Einspruch erhoben. Da der Einspruch zu spät erfolgte, war ohnehin von dessen Einverständnis zur Kompensation auszugehen.

(GSGE vom 3.5.2001 in Sachen M. gegen Firma S., GS 2001/109)

2.10. Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)

2.10.1.1. Art. 335 OR. Eine Kündigung vor Stellenantritt ist zulässig. Die Kündigungsfrist beginnt mit dem ersten Arbeitstag. Falls eine Probezeit gilt, ist die hierfür gültige Kündigungsfrist anwendbar. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, ihren Angestellten von sich aus und möglichst frühzeitig über die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses zu informieren, wenn diese Information dazu geeignet ist, allfälligen Schaden vom Arbeitnehmer fernzuhalten. Ein Projekt Manager aus der IT-Branche, dem vor Stellenantritt gekündigt worden war, konnte nicht nachweisen, dass er im Vertrauen auf den abgeschlossenen Arbeitsvertrag auf andere konkrete Angebote verzichtet und dadurch einen Schaden erlitten hatte.

R. schloss mit der P. AG, einem Unternehmen aus der IT-Branche, am 24. Oktober 2000 einen Arbeitsvertrag ab, wonach er am 1. Oktober 2001 als "Junior Project Manager" bei einer Probezeit von drei Monaten zu arbeiten beginnen sollte. Als Gehalt war ein Monatslohn von Fr. 5'800.-- brutto zuzüglich 13. Monatslohn sowie ein Sonderbonus nach Ablauf der Probezeit im Umfang von einem Monatslohn vereinbart. Mit Schreiben vom 28. August 2001 teilte die P. AG dem R. mit, dass sie vom Arbeitsvertrag zurücktrete. Seit dem Vertragsabschluss habe sich der Markt und damit auch ihre Situation verändert. Deshalb könne sie zur Zeit keine neuen Stellen schaffen. Sie sei aber bereit, ihm für seine Umtriebe einen halben Monatslohn, entsprechend dem Lohn für die vierzehntägige Kündigungsfrist während der Probezeit, zu vergüten. Mit Klage vom 17. Januar 2002 verlangte R. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der P. AG zur Zahlung von Fr. 21'508.35 brutto, bestehend aus drei Monatslöhnen, 13. Monatslohn für diese Zeit sowie dem Sonderbonus, unter Anrechnung der von der P. AG beim "Rücktritt" vom Vertrag zugesagten und inzwischen geleisteten Zahlung. Mit Urteil vom 24. April 2002 wurde die Klage abgewiesen, wobei das Gericht Folgendes erwogen hat.

Sowohl die P. AG als auch R. verstanden das Rücktrittsschreiben vom 28. August 2002 im Sinne einer Kündigung des Arbeitsvertrags. Es war deshalb zu untersuchen, ob und auf welchen Zeitpunkt hin das Arbeitsverhältnis durch Kündigung aufgelöst worden war. Hinsichtlich einer Kündigung vor Stellenantritt bestehen in der Lehre und Rechtsprechung drei voneinander verschiedene Ansichten (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 335b OR N. 11, S. 329 f.). Nach der früheren sog. Basler Lösung soll eine solche Kündigung überhaupt nichtig sein und daher zu Schadenersatz verpflichten, soweit ein Schaden vorliegt (Streiff/von Kaenel, a.a.O.; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 335 OR N. 5, S. 302; JAR 1980 S. 270). Nach einer zweiten Ansicht hingegen kann die Kündigung jederzeit zwischen Vertragsabschluss und Stellenantritt ausgesprochen werden, wobei die Kündigungsfrist erst vom Stellenantritt zu laufen beginnt (Streiff/von Kaenel, a.a.O.; Brühwiler, a.a.O.). Noch weiter geht eine dritte Meinung, die von Brühwiler (a.a.O.) und durch Streiff/von Kaenel (a.a.O.) vertreten wird.

Danach führt eine Kündigung vor Stellenantritt regelmässig zur Beendigung des Vertrages schon vor diesem Zeitpunkt. Zusammen mit einem Grossteil der Lehre (ZK-Staehelin, Art. 335 OR N. 21 und dortige Hinweise, S. A 498; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage 1994, § 16/I/3, S. 159) folgt das Gewerbliche Schiedsgericht der erwähnten zweiten Ansicht, so dass vorliegend die Kündigung mit Wirkung ab Stellenantritt auf das Ende des 14. Kalendertages gültig ausgesprochen werden konnte. Bis dahin schuldete die P. AG ihrem Arbeitnehmer Lohn, den sie jedoch bereits bezahlt hatte. Keinen Anspruch hatte R. hingegen auf den Sonderbonus, weil er das Ende der Probezeit im Arbeitsverhältnis nicht erreichte.

Ferner war zu prüfen, ob die P. AG gegenüber R. schadenersatzpflichtig wurde, weil sie R. über ihre Absicht, es überhaupt nicht zum Stellenantritt kommen zu lassen, allenfalls nicht rechtzeitig informierte, so dass er daraus Schaden erlitten hatte. Dabei wurde davon ausgegangen, dass allgemein bereits im Stadium von Vertragsverhandlungen die daran Beteiligten gegenseitig zu einem Verhalten nach Treu und Glauben und zur Mitteilung der für die Gegenseite wichtigen und für diese nicht erkennbaren Tatsachen im verkehrüblichen Umfang verpflichtet sind (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, 2000, S. 104 f. mit Hinweisen). Erst recht muss dies gelten, nachdem ein Vertrag zustande gekommen ist, der vereinbarte Vertragsbeginn jedoch noch in der Zukunft liegt. Vertragspartner dürfen in noch stärkerem Masse darauf zählen, von der Gegenseite über alles Notwendige informiert zu werden, was sie nicht erkennen können, von ihnen jedoch Schaden abwenden kann. Besonderes Gewicht erlangt das gegenseitige Vertrauen der Vertragspartner im Arbeitsverhältnis. Hier ist das Vertrauensverhältnis die eigentliche Basis der vertraglichen Beziehung. Darin unterscheidet sich der Arbeitsvertrag von den übrigen Verträgen des Obligationenrechts (vgl. Jürg Brühwiler, Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in SJZ 81/1985 S. 69). Falls dieses Vertrauensverhältnis auf Dauer verloren geht, ist deshalb die sofortige Kündigung zulässig. Grundlage für eine engere gegenseitige Bindung der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis sind zudem die Fürsorge- und Treuepflicht (Art. 328, Art. 321a OR). Aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zukommen zu lassen und dessen berechtigten Interessen in guten Treuen zu wahren. In erster Linie ist diese Fürsorgepflicht eine Unterlassungspflicht, indem die Arbeitgeberin alles zu unterlassen hat, was die berechtigten Interessen ihres Arbeitnehmers schädigen könnte. Zurückhaltung ist bei der Annahme von Handlungspflichten geboten, die nicht gesetzlich oder vertraglich geregelt sind (BK-Rehbinder, Art. 328 OR N. 2, S. 410 f.). Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist in bestimmten Bereichen die Pflicht der Arbeitgeberin, die Vermögensinteressen ihres Angestellten zu wahren (Art. 327-327c, 330 OR). Darüber hinaus werden aber auch weitere Pflichten der Arbeitgeberin zum Schutz des Vermögens des Arbeitnehmers bejaht (BK-Rehbinder, Art. 328 OR N. 3, S. 411). Im Rahmen dieser weitergehenden Pflichten ist die Arbeitgeberin gehalten, ihren Mitarbeiter über die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses möglichst frühzeitig und von sich aus zu informieren, wenn diese Information dazu geeignet ist, allfälligen Schaden vom Angestellten fernzuhalten. Dabei ist auch auf eine damit vergleichbare, aber allgemeine Pflicht der Arbeitgeberin hinzuweisen, die sich aus dem Mitwirkungsgesetz (MwG, SR 822.14) ergibt. Nach Art. 9 Abs. 2 iVm Art. 4 MwG

hat sie ihre Mitarbeiter einmal jährlich über die Auswirkungen des Geschäftsgangs auf die Beschäftigung und die Beschäftigten zu informieren. Diese Information dient ebenfalls den Vermögensinteressen der Arbeitnehmer.

Vorliegend erfolgte der Abschluss des Arbeitsvertrags über einen Stellenantritt nach Ablauf von elf Monaten und damit ungewöhnlich früh, was jedoch mit den konkreten Verhältnissen zu erklären war. Im damaligen Zeitpunkt herrschte auf dem Arbeitsmarkt der IT-Branche ein akuter Mangel an qualifizierten Arbeitskräften. Notgedrungen musste die Planung zur Stellenbesetzung sehr frühzeitig erfolgen. Zudem befand sich R. noch bis im Herbst 2001 in Ausbildung und hatte auf diesen Zeitpunkt hin eine Arbeitsstelle gesucht. Beide Vertragsparteien wollten damit durch einen frühzeitigen Vertragsabschluss dem Risiko Rechnung tragen, dass sie in einem späteren Zeitpunkt möglicherweise keine Gelegenheit mehr zu einem Vertrag erhalten würden. Andererseits nahmen sie beide auch das Risiko auf sich, dass sich die Verhältnisse, unter denen sie den Vertrag geschlossen haben, später entscheidend veränderten. Die Schwierigkeiten des Marktes, auf die sich die P. AG für die Kündigung berufen hat, zeichneten sich bereits im Mai 2001 ab, weil sie sich damals gezwungen sah, diversen Mitarbeitern zu kündigen. Dennoch hat sie noch am 6. August 2001 für R. die Grenzgängerbewilligung eingeholt und diesen auf den 8. August 2001 zu einem Gespräch zu sich geladen, ohne dass damals von einer bevorstehenden Kündigung die Rede gewesen wäre. Bereits am 24. August 2001 kündigte die P. AG dann aber das Arbeitsverhältnis. Unklar blieb, inwiefern sich die wirtschaftliche Situation in dieser Zwischenzeit gewandelt haben soll. Insbesondere konnte auch die P. AG dazu keine Erklärungen abgeben. Als möglicher Faktor kam deshalb lediglich die Firma D. in Frage, die von der P. AG damals erworben wurde. Letztlich konnte jedoch offen bleiben, zu welchem Zeitpunkt R. über die Kündigung hätte informiert werden müssen. Die P. AG konnte nämlich nur schadenersatzpflichtig werden, sofern R. durch zu spätes Handeln der P. AG nachweislich einen Schaden erlitten hat. In dieser Hinsicht war festzustellen, dass R. im Hinblick auf den Stellenantritt keine Arbeitsstelle aufgegeben hatte. Zudem hatte R. zwar Kontakte zu anderen möglichen Arbeitgeberinnen, die allerdings schon abgebrochen wurden, bevor es zu konkreten Angeboten gekommen ist und ohne dass dies mit der damals noch bevorstehenden Anstellung bei der P. AG in Zusammenhang stand. Unter diesen Umständen konnte nicht davon ausgegangen werden, dass R. im Vertrauen auf den Stellenantritt bei der P. AG Vertragsverhandlungen ausgeschlagen hat, die sonst zu einer anderweitigen Anstellung geführt hätten. Zudem hätte es auch an der erforderlichen Substantiierung des Schadens durch R. gefehlt.

(GSGE vom 24.4.2002 in Sachen R. gegen P. AG, GS 2002/48)

- 2.10.1.2. Art. 335b Abs. 1 OR. Bei der Temporärarbeit ist für jeden Einsatz des Arbeitnehmers (Bauarbeiter) bei voneinander verschiedenen Arbeitgebern die Abrede einer Probezeit zulässig. Sofern nicht anderes vereinbart ist, gilt der erste Monat jedes unbefristeten Einsatzes als Probezeit.**
Art. 324a OR / Art. 64 LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe. Die Kündigung des Arbeitsvertrags führte nicht zum Untergang der Versicherungsleistungen bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit (Krankentaggelder) des Arbeitnehmers.

G. schloss mit der Temporärfirma B. AG einen unbefristeten Vertrag über den Einsatz als Bauarbeiter bei der W. AG ab. Der Einsatz begann am 15. August 2001. Am 6. November 2001 teilte die W. AG Herrn G. mit, dass der Einsatz beendet sei. Am 16. November 2001 liess dieser der B. AG ein Arzzeugnis zukommen, wonach er ab dem 8. November 2001 infolge Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig war. Mit Klage vom 31. Januar 2002 verlangte G. die Verurteilung der B. AG zur Zahlung von Krankenlohn für die Zeit ab 8. November 2001. Mit Urteil vom 11. April 2002 stellte das Gewerbliche Schiedsgericht fest, dass G. aufgrund des LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe Anspruch auf eine von Prämien befreite Krankentaggeldversicherung in der Zeit nach dem 8. November 2001 hatte. In der Folge bezahlte der Versicherer, bei dem die B. AG ihren Angestellten versichert hatte, die Taggelder, worauf die Klage zurückgezogen wurde. Bei seinem Feststellungsurteil hat das Gericht Folgendes erwo-

gen.
 Umstritten war unter den Parteien zunächst, wann das Arbeitsverhältnis infolge Kündigung zu Ende gegangen war. Vereinbart war eine Kündigungsfrist von zwei Tagen bei einer Einsatzdauer von bis zu drei Monaten und von sieben Tagen zwischen dem vierten und sechsten Anstellungsmonat. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung in Art. 19 Abs. 4 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG, SR 823.11). G. akzeptierte die Kündigung vom 6. November 2001 durch die W. AG als eine solche seiner Arbeitgeberin, der B. AG. Hingegen berief er sich auf eine einmonatige Kündigungsfrist, weil er vor dem betreffenden Einsatz bei der W. AG über die B. AG schon bei einer weiteren Bauunternehmung zum Einsatz gekommen war. Hierzu war festzuhalten, dass im Temporärarbeitsverhältnis die Einsätze eines Arbeitnehmers bei voneinander verschiedenen Einsatzbetrieben jeweils voneinander getrennt und nicht als ein einziges durchgehendes oder wiederaufgenommenes Arbeitsverhältnis zu betrachten sind. Zudem ist unter diesen Voraussetzungen für jeden Einsatz eine neue Probezeit zulässig (vgl. BGE 119/1993 V 49). Falls nichts anderes vertraglich vereinbart ist, gilt jeweils der erste Monat jedes unbefristeten Einsatzes als Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR). Da der Einsatz von G. bei der W. AG im Zeitpunkt des Empfangs der Kündigung am 6. November 2001 erst im dritten Monat stand, erfolgte die Kündigung mit einer Frist von zwei Tagen zu Recht auf den 8. November 2001. Zudem war damals die vereinbarte Probezeit von drei Monaten noch nicht beendet, weshalb G. aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht die Einhaltung einer Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geltend machen konnte. In diesem Sinne lässt auch Art. 21 Abs. 1 des LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe, der als allgemeinverbindlich erklärter GAV auch bei Temporärarbeitsverhältnissen zur Anwendung gelangt (Art. 20

AVG), zu, dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit gekündigt werden darf (vgl. BGE 127/2001 III 323).

Hingegen weicht der LMV 2000 hinsichtlich der Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit in Art. 64 von der gesetzlichen Regelung in Art. 324a OR ab. Während nach der gesetzlichen Vorschrift der Arbeitnehmer während einer beschränkten Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, schreibt Art. 64 LMV 2000 vor, dass die Arbeitnehmer eines dem GAV unterstellten Betriebs kollektiv für ein Taggeld von 80 % des ausfallenden Lohnes zu versichern sind (Abs. 1). Dabei hat die abzuschliessende Versicherung Mindestbedingungen zu erfüllen. So muss sie vorsehen, dass der einzelne Arbeitnehmer während der Krankheitszeit in den Genuss einer Prämienbefreiung kommt (Art. 64 Abs. 3 lit. f LMV 2000). Zudem hat sie dem Angestellten für den Fall seines Ausscheidens aus der Kollektivversicherung die Möglichkeit zum Übertritt in eine Einzelversicherung zu eröffnen (Abs. 3 lit. h). Es ergibt sich daraus, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Willen des GAV, im Unterschied aber zur Lohnfortzahlung, wie sie allein aufgrund von Art. 324a OR gilt, den Arbeitnehmer nicht um die ihm zustehenden Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit bringen kann (BGE 127/2001 III 323 ff., 326). G. hatte daher auch im Anschluss an das am 8. November 2002 eingetretene Ende des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein 80 % Taggeld aus einer von Prämien befreiten Krankentaggeldversicherung, sofern er in dieser Zeit effektiv krank gewesen sein sollte, was der zuständige Versicherer in der Folge dann auch anerkannte.

(GSGE vom 11.4.2002 in Sachen von G. gegen B. AG, GS 2002/52)

2.10.2. Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)

- 2.10.2.1. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Krankheit als persönliche Eigenschaft. Falls die Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf einer Kündigungssperrfrist weiterhin andauert, ist die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Sofern der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit nicht verschuldet hat, liegt unter solchen Voraussetzungen keine Missbräuchlichkeit der Kündigung vor.**
Art. 336b Abs. 1 OR. Die schriftliche Einsprache als Voraussetzung für eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung muss bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei eintreffen. Aus der Einsprache muss hervorgehen, dass die gekündigte Partei mit der Kündigung nicht einverstanden ist.

B. wurde von der Z. AG per 1. September 1998 als Textileiniger angestellt. Gemäss dem anwendbaren betriebsinternen Gesamtarbeitsvertrag haben einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach der Probezeit verschiedene Massnahmen voranzugehen. Unter anderem ist dem Arbeitnehmer "die Möglichkeit der Verhaltensänderung gestützt auf die Stand-

ortbestimmung" einzuräumen (Ziffer 9.4.2 lit. b GAV). Am 17. März 1999 wurde B. wegen unkooperativen Verhaltens gerügt. Zudem wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Erwägung gezogen werde, falls sein Verhalten sich nicht ändern sollte. Mit Schreiben vom 26. Juli 1999 kündigte die Z. AG das Arbeitsverhältnis "aufgrund der vielen Absenzen in der erst kurzen Beschäftigungsdauer" auf den 31. August 1999. Am 1. September 1999 erhob B. gegenüber der Z. AG schriftlich Einsprache gegen die Kündigung. In der Folge hielt die Z. AG an ihrer Kündigung fest, worauf B. mit Klage vom 17. November 1999 die Verurteilung der Z. AG hauptsächlich zur Zahlung von Fr. 15'600.--, entsprechend drei Bruttomonatslöhnen, infolge Missbräuchlichkeit der Kündigung verlangte. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat diesen Teil der Klage mit Urteil vom 3. Februar 2000 vollumfänglich abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Die vom Kläger geltend gemachte Entschädigungsforderung scheiterte bereits daran, dass er gegen die Kündigung nicht fristgerecht Einsprache erhoben hatte. Nach Art. 336b Abs. 1 OR muss, falls eine missbräuchliche Kündigung geltend gemacht wird, die Einsprache bis zum Ende der Kündigungsfrist schriftlich bei jener Vertragspartei eintreffen, die gekündigt hat. Andernfalls ist der Anspruch auf die Entschädigung verwirkt (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336b OR N. 1, S. 346 mit Hinweisen). Vorliegend war die Kündigungsfrist am 31. August 1999 abgelaufen, so dass die am 1. September 1999 versandte Einsprache um einige Tage bei der Z. AG verspätet eingetroffen war. Damit hätte es sich eigentlich erübrigt, auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen einzugehen. Das Gericht hat sie der Vollständigkeit halber dennoch geprüft.

Zu prüfen war in formeller Hinsicht zudem, ob das Schreiben vom 1. September 1999 den gesetzlichen Anforderungen in Art. 336b Abs. 1 OR an eine Einsprache genügen konnte. Wesentlich ist, dass aus der Einsprache hervorgeht, dass sich der Einsprecher der Kündigung widersetzt (Brühwiler, a.a.O.). Die Einsprache des Klägers vom 1. September 1999 lag dem Gericht nicht zur Beurteilung vor. Aus dem Antwortschreiben der Z. AG vom 13. September 1999 ergab sich jedoch, dass der Kläger darin moniert hatte, die Massnahmen, die nach Ziffer 9.4.2 GAV einer Kündigung vorzugehen haben, seien nicht eingehalten worden. Es ergab sich daraus, dass der Kläger mit der Kündigung nicht einverstanden war, womit die Voraussetzungen nach Art. 336b Abs. 1 OR erfüllt waren.

Strittig war ferner unter den Parteien, weshalb die Kündigung erfolgt war. Im Kündigungsschreiben gab die Z. AG einzig die krankheitsbedingten Abwesenheiten von B. als Kündigungsgrund an. In der Tat war B. krankheitshalber bereits längere Zeit an der Arbeit verhindert. Bekannt war aber andererseits, dass die Z. AG ihren Mitarbeiter wegen unkooperativen Verhaltens verwarnt hatte. Auf derartige Kündigungen wegen ungenügenden Verhaltens oder wegen mangelnder Leistungen waren denn auch die nach dem Gesamtarbeitsvertrag für eine Kündigung erforderlichen Massnahmen zugeschnitten. Letztlich konnte der wahre Kündigungsgrund offenbleiben. Der Kläger konnte aus keinem der Gründe etwas für den erhobenen Anspruch auf eine Entschädigung aus angeblich missbräuchlicher Kündigung ableiten. Aus

Aus den Aussagen der vor Gericht einvernommenen Zeugen sowie aus der unter den Parteien geführten Korrespondenz hat sich ergeben, dass die Z. AG alle Massnahmen, die im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen sind, eingehalten hatte. Für den Fall, dass die Kündigung hingegen doch auf die Krankheit des Klägers zurückzuführen gewesen wäre, war zunächst festzustellen, dass die gesetzliche Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) abgelaufen war. Es konnte daher das Arbeitsverhältnis gültig gekündigt werden. Andererseits stellt die Krankheit eines Mitarbeiters eine persönliche Eigenschaft dar, die eine Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR grundsätzlich als missbräuchlich erscheinen lässt (vgl. Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 88 ff.). Zu berücksichtigen war allerdings, dass der Kläger durch die Krankheit weiterhin an der Erfüllung seiner Arbeitspflicht verhindert war. Dadurch war die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Unter solchen Umständen kommt es darauf an, ob die Z. AG als Arbeitgeberin für die Krankheit verantwortlich gemacht werden konnte (Thomas Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994 S. 183 N. 3.8.). Dies war nicht der Fall. Damit war das Vorgehen der Z. AG gerechtfertigt, so dass keine Missbräuchlichkeit nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vorlag.

(GSGE vom 3.2.2000 in Sachen B. gegen Z. AG, GS 1999/379)

2.10.2.2. Missbräuchlichkeit der Kündigung nach berechtigtem Verlangen von Lohnabrechnungen (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)

Siehe Ziffer 2.6.: S. 32

2.10.2.3. Drei Monatslöhne als Ausgangswert bei der Bemessung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR; Praxisänderung)

Siehe Ziffer 2.6.: S. 32

2.10.2.4. Anforderungen an eine gültige Einsprache bei der Geltendmachung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung (Art. 336b Abs. 1 OR)

Siehe Ziffer 2.10.2.1.: S. 49

2.10.3. Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR)

Art. 336c OR. Jeder der Gründe löst eine eigene Sperrfrist aus, wenn sie nebeneinander auftreten. Dies gilt auch im Verhältnis gleichartiger Gründe, hier mehrerer Krankheiten, aber aus verschiedenen Ursachen untereinander (sog. "cumul intralittéral"). Keine Rolle spielt dabei, ob die von verschiedenen Krankheiten ausgelösten Sperrfristen sich gegenseitig überlagern und deshalb zeitweise parallel zueinander verlaufen.

Art. 324a OR. Ein Arbeitnehmer (Bankbote) darf grundsätzlich davon ausgehen, dass die von seiner Arbeitgeberin für den Krankheitsfall vertraglich versprochene Lohnfortzahlung von bestimmter Dauer auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt. Zu untersuchen ist dabei, ob dieser unter den konkreten Umständen darauf vertrauen darf. Dabei stellt das Fehlen einer Vertragsklausel, wonach die Lohnfortzahlung mit dem Arbeitsvertrag ende, ein gewichtiges Indiz dar. Zu weiteren Umständen, die zu berücksichtigen sind.

Dienstaltersgeschenk. Auf die im Rahmen eines Dienstaltersgeschenks neben einer Geldzahlung versprochenen freien Tage hat der Arbeitnehmer grundsätzlich nur dann einen Anspruch, wenn er sie noch tatsächlich beziehen kann.

M. trat am 14. Juni 1982 bei der Bank A. als Bote ein. Der Arbeitsvertrag sah eine dreimonatige Kündigungsfrist vor. Ferner bestimmte er, dass der Arbeitnehmer bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall ab dem 15. Dienstjahr Anspruch auf eine volle Salärzahlung während 12 Monaten hatte. Gleichzeitig wurde M. bei einer Krankentaggeldversicherung zu 80 % des Lohnes während 720 innert 900 Tagen bei hälftiger Prämienteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer versichert und vorbehalten, dass die Arbeitgeberin während der Lohnfortzahlung die Taggelder für sich beanspruche. Zudem bestimmt der Arbeitsvertrag, dass nach 20 Dienstjahren ein Anspruch auf ein Dienstaltersgeschenk im Umfang von einem Monatssalär und fünf freien Tagen besteht.

M. wurde am 13. Juni 2001 von seinem Psychiater wegen einer Depression zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben. Während dieser seither andauernden Arbeitsunfähigkeit wurde bei M. am 27. September 2001 zusätzlich eine Niereninsuffizienz diagnostiziert, die ebenfalls zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führte. Unter den Parteien war unbestritten, dass die beiden gesundheitlichen Leiden miteinander nichts zu tun hatten. In der Folge verbesserte sich die Arbeitsfähigkeit infolge Depression am 22. Dezember 2001 auf 50 % und ab 29. Januar 2001 auf 75 %. Die volle Arbeitsunfähigkeit infolge Niereninsuffizienz dauerte hingegen auch im August 2002, dem Zeitpunkt des Urteils des Gewerblichen Schiedsgerichts, noch unvermindert an. Am 14. Dezember 2001 kündigte die Bank A. das Arbeitsverhältnis per 31. März 2002. In der Folge entstand unter den Parteien darüber Streit, ob diese Kündigung nichtig war und ob M. Anspruch auf das Dienstaltersgeschenk nach 20 Jahren Dienst hatte. Mit Klage vom 30. April 2002 verlangte M. die Verurteilung der Bank A. unter anderem zur Zahlung des Aprillohns unter Anrechnung des für diesen Monat ausbezahlten Krankentaggelds. Später

erhöhte M. die Klagforderung um die Differenz zwischen dem Taggeld und dem Lohn für den Monat Mai sowie um das Dienstaltersgeschenk. Mit Urteil vom 15. August 2002 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die Bank A. zur Zahlung der Lohndifferenzen für April und Mai 2002 sowie eines Monatsgehalts als Dienstaltersgeschenk. Hingegen wies es die Forderung auf Bezahlung von Lohn für fünf freie Tage als weiterem Bestandteil des Dienstaltersgeschenks ab. Dabei hat das Gericht Folgendes erwogen.

Nach Art. 336c Abs. 1 OR darf die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, unter anderem während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen (lit. b). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lösen die in Art. 336c OR aufgeführten Gründe, wenn sie in einem konkreten Fall nebeneinander auftreten, jeder für sich eine eigene Sperrfrist aus. Dies gilt nicht nur im Verhältnis der verschiedenen Gründe zueinander (sog. "cumul interlittéral"), sondern auch im Verhältnis gleichartiger Gründe aus verschiedenen Ursachen untereinander (sog. "cumul intralittéral"), beispielsweise bei Arbeitsunfähigkeiten infolge mehrerer Unfälle, die untereinander keinen Zusammenhang haben (BGE 120/1994 II 126 f.). Ein solcher Fall lag denn auch hier vor, weil nach den Ausführungen des M., die von der Bank A. nicht bestritten wurden, die Depression mit der später diagnostizierten Niereninsuffizienz keinen Zusammenhang hatte. Dabei konnte es keine Rolle spielen, dass die durch die beiden Krankheiten ausgelösten Sperrfristen sich gegenseitig überlagert haben und deshalb zeitweise auch parallel zueinander verlaufen sind. Namentlich traf es entgegen der Behauptung der Bank A. nicht zu, dass die im erwähnten Bundesgerichtsentscheid beurteilten Sperrfristen infolge Unfällen eindeutig zeitlich voneinander getrennt und hintereinander aufgetreten waren. Aus dem dortigen Sachverhalt ergab sich vielmehr: "Dès 1973, dame G., a travaillé [...]. Le 1er novembre 1990, elle fut victime d'un accident et fut empêchée de travailler jusqu'au 28 février 1991. Le 1er mars 1991, elle a repris partiellement son activité professionnelle. Le 9 mars 1991, elle fut à nouveau accidentée, avec pour conséquence une incapacité totale de travailler jusqu'à la fin juin 1991; [...]" (BGE 120/1994 II 125). Zudem ist auch nicht einzusehen, weshalb eine weitere unter mehreren Sperrfristen dann nicht sollte Wirkung entfalten können, wenn sich diese Fristen gegenseitig überschneiden. Wesentlich ist, dass im einen wie im anderen Fall der davon betroffene Arbeitnehmer aus voneinander zu trennenden Ursachen an der Suche nach einer neuen Arbeit gehindert wird. Andererseits bedeutet die Kumulation der Sperrfristen aber nicht, dass sie in jedem Fall zusammenzurechnen wären. Dort, wo sie parallel verlaufen, können sie nicht mehr oder anderes als eine einzige bestehende Sperrfrist bewirken, werden aber dennoch alle gleichzeitig konsumiert. Aus diesem Grund war die Kündigung, welche die Bank A. am 14. Dezember 2001 und damit 185 Tage nach Beginn der durch die Depression des Angestellten M. ausgelösten Sperrfrist ausgesprochen hat, dennoch nichtig. Zwar war im damaligen Zeitpunkt diese Sperrfrist von 180 Tagen bereits abgelaufen. Infolge der am 27. September 2001 zusätzlich aufgetretenen Niereninsuffizienz war damals jedoch bereits die zweite und bis am 25. März 2002 dauernde Sperrfrist von 180 Tagen in Gang gekommen. Damit konnte das Arbeitsverhältnis frühestens am 26. März 2002 und unter Einhaltung der dreimo-

natigen Kündigungsfrist auf Ende Juni 2002 gekündigt werden. Bis zum 12. Juni 2002 hatte M. gemäss der getroffenen vertraglichen Abrede Anspruch auf die volle Lohnfortzahlung, so dass ihm die für die Monate April und Mai geltend gemachte Differenz zwischen Lohn und Krankentaggeld zuzusprechen war.

Zu diesem Ergebnis wäre das Gericht aber selbst dann gekommen, wenn die Kündigung vom 14. Dezember 2001 nach der von der Bank A. vertretenen Auslegung von Art. 336c OR gültig und demzufolge das Arbeitsverhältnis Ende März 2002 zu Ende gegangen wären. Es ergab sich nämlich, dass die Bank A. ihrem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag für die Zeit ab dem 15. Dienstjahr bei einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit die volle Salärzahlung während 12 Monaten ohne weitere zeitliche Einschränkung versprochen hatte. Damit durfte M. davon ausgehen, dass ihm diese Leistungen auch dann zustanden, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf dieser zwölf Monate zu Ende ging, er jedoch weiterhin arbeitsunfähig war. Anderenfalls hätte es die Bank A. in der Hand gehabt, durch Kündigung ihr Versprechen zur Lohnfortzahlung nachträglich einzuschränken (BJM 1976 S. 324; BJM 1977 S. 286). Zwar hat das Bundesgericht in BGE 113/1987 II 263 für eine Lohnfortzahlung über das Ende eines Arbeitsverhältnisses hinaus eine ausdrückliche Vereinbarung verlangt. Indessen ist diese Rechtsprechung zu Recht kritisiert worden (Gabriel Aubert, Die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, AJP 1997 S. 1490 f.). So darf der Arbeitnehmer grundsätzlich von einem derartigen Versprechen ausgehen, wenn nicht das Gegenteil vereinbart worden ist (ebenso: Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000 S. 1073 mit Hinweisen). In diesem Sinne hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Abreden im Arbeitsvertrag über den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung für den Arbeitnehmer entschieden (BGE 124/1998 III 132 f.; 127/2001 III 325; vgl. BJM 1993 S. 294). Jedenfalls muss darauf abgestellt werden, ob der Angestellte unter den konkreten Umständen darauf vertrauen darf, dass das Versprechen des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt, falls er vorher krank und dadurch arbeitsunfähig geworden ist (vgl. Thomas Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003 S. 329 N. 2.38). Hierfür stellt das Fehlen einer Klausel im Arbeitsvertrag, wonach die Lohnfortzahlung mit dem Arbeitsvertrag ende, immerhin ein gewichtiges Indiz dar. Ferner ist zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber lediglich die nach Gesetz (Art. 324a OR) und Rechtsprechung vorgeschriebene Dauer der Lohnfortzahlung im Arbeitsvertrag wiederholt (z.B. "Lohnfortzahlung nach Basler Skala") oder eine längere Leistungsdauer bezüglich Lohn bzw. Taggeldern in Aussicht stellt. Je länger nämlich diese Leistungsdauer beträgt, desto mehr darf der Angestellte darauf zählen, dass die Leistungen auch über ein allfälliges Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus erbracht werden. Ferner spricht auch eine Kombination über zunächst Lohn und später Taggeld für Leistungen, die das Ende des Arbeitsverhältnisses überdauern sollen. Anderenfalls könnte der Fall eintreten, dass die Lohnfortzahlung infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses erlischt und im weiteren Verlauf der Arbeitsunfähigkeit dennoch Taggelder einer Krankenversicherung zur Auszahlung gelangen. Hier wäre nicht einzusehen, weshalb das eine, nicht aber auch das andere gelten sollte. Schliesslich kommt auch die Unklarheitsregel zur Anwendung, weil in den meisten Fällen der Arbeitgeber

den Wortlaut des Arbeitsvertrags bestimmt und dabei eigentliche Standardverträge benützt. Er hätte es daher auch selber zu vertreten, falls die Frage der Wirkung einer Beendigung des Vertrages auf die Lohnfortzahlung nicht ausdrücklich geregelt und deshalb unklar wäre (vgl. Thomas Geiser, N. 2.38 f.). Im vorliegenden Fall waren die genannten Umstände alle vorhanden.

Hinsichtlich des Dienstaltersgeschenks ist das Gericht davon ausgegangen, dass zwischen dem versprochenen Monatslohn als Geldleistung und den fünf freien Tagen zu differenzieren ist. Noch strikter als bei den Ferien (Ferienabgeltungsverbot; Art. 329d Abs. 2 OR) sollen die im Rahmen eines solchen Anspruchs neben einer Geldleistung gewährten freien Tage gewöhnlich dem Arbeitnehmer nur dann zukommen, wenn er diese auch effektiv beziehen kann. Daran fehlt es von vornherein, wenn wie hier der Angestellte infolge Arbeitsunfähigkeit ohnehin gar nicht arbeitet und voraussichtlich nicht mehr arbeiten wird oder wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt, in dem das Dienstaltersgeschenk anfällt, zu Ende geht. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer allein Anspruch auf die zusätzlich versprochene Geldleistung. Vorliegend wurde dem Kläger M. deshalb nur der Monatslohn als einer der beiden Teile des Dienstaltersgeschenks zugesprochen.

(GSGE vom 15.8.2002 in Sachen M. gegen Bank A., GS 2002/171)

2.10.4. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

Zahlreich waren in den Berichtsjahren nach wie vor die Fälle, in denen das Gewerbliche Schiedsgericht zu beurteilen hatte, ob fristlose Kündigungen gerechtfertigt waren oder nicht. Dabei handelte es sich meistens um Kündigungen, die von Arbeitgebern ausgesprochen wurden. In rechtlicher Hinsicht ist den nachfolgenden Fällen Folgendes vorzuschicken.

Eine fristlose Kündigung kann nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt, welche einerseits objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 121 III 467 E. 4d., S. 472; 127/2001 III 157 f.). Ob die einem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen die erforderliche Schwere erreichen, entscheidet sich dabei nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ins-

besondere von der Stellung und Verantwortung der Arbeitnehmerin sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (BGE 4C.346/2002 vom 14.1.2003, E. 2.3.; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 125). Bei Angestellten mit einer im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern verstärkten Vertrauens- und Verantwortungsposition kann das Vorliegen eines wichtigen Grundes schneller erreicht sein als bei den übrigen (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 6, S. A616; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 123; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 337 OR N. 8, S. 372; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 337 OR N. 8, S. 367). Je kürzer die Kündigungsfrist ist, die bei einer ordentlichen Kündigung einzuhalten ist, desto höhere Anforderungen sind an die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung im konkreten Fall zu stellen (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 16, S. 376). Wurde eine ordentliche Kündigung bereits ausgesprochen, so ist die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit Rücksicht lediglich auf die Restdauer der Kündigungsfrist zu bemessen. Zudem kann der gleiche Sachverhalt, der zunächst nur zu einer ordentlichen Kündigung führt, später keine fristlose Kündigung mehr rechtfertigen. Die kündigende Partei ist an ihre erste Reaktion auf das Verhalten des Vertragspartners gebunden (Brühwiler, Art. 337 OR N. 11, S. 369; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 15, S. 376).

Eine fristlose Kündigung muss ferner ohne Verzug erklärt werden, sobald der Grund, der sie rechtfertigen soll, der kündigenden Vertragspartei zur Kenntnis gelangt ist. Es muss sich dabei um eine sichere und möglichst vollständige Kenntnis handeln. Wird die Kündigung nicht unverzüglich ausgesprochen, geht das Recht zur sofortigen Auflösung durch Verwirkung unter. Wer nämlich mit der Kündigungserklärung zuwartet, obwohl er handeln müsste, gibt dadurch zu erkennen, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Beendigungsmöglichkeit eigentlich zumutbar wäre. Auch braucht die Gegenpartei unter solchen Umständen nicht mehr mit einer sofortigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. A632; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 16, S. 141; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17 S. 376; Brühwiler, Art. 337 OR N. 10, S. 368 f.; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. A632; BGE 93/1967 II 18; BGer JAR 1994 S. 223; BGer JAR 1998 S.234, BGer JAR 2002 S. 267). Einig ist man sich auch darüber, dass bei juristischen Personen oder grösseren Betrieben die Willensbildung länger dauern kann, weil dort die Entscheidungsstrukturen gewöhnlich komplizierter sind (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. A632; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17, S. 376; Brühwiler, Art. 337 OR N. 10, S. 369; BGE 93/1967 II 19). Entsprechend länger kann hier daher die Reaktionszeit ausfallen, die aber nur unter besonderen Umständen mehr als eine Woche betragen kann (BGer JAR 1997 S. 208; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17, S. 376).

2.10.4.1. Fälle gerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber

2.10.4.1.1. **Art. 337 OR. Ein tätlicher Angriff eines Möbelpackers gegen einen Arbeitskollegen, der geeignet war, diesem schwere Kopfverletzungen zuzufügen (in casu: sog. Schwedenkuss), berechnigte zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung. Nichts daran änderte, dass der Angegriffene keine (sichtbaren) Verletzungen davon trug.**

P. trat am 1. August 2001 bei der X. AG als Möbelpacker ein. Am 3. Mai 2002 sollte P. als Teamleiter mit anderen Mitarbeitern der X. AG einen Camion mit Umzugsgut beladen. Als P. seinen Arbeitskollegen von der Ladefläche hinab zurief, sie sollten weiteres Material bringen, entgegnete ihm der Packer R. im Scherz: "Halt die Klappe, noch n'en Spruch Kieferbruch". Auf die Frage von P., was er damit meine, wiederholte R. seine Aussage. Darauf sprang P. von der Ladefläche und versetzte R. einen sogenannten Schwedenkuss (Kopfstoss gegen den Kopf eines anderen). R. ging zu Boden, blieb aber, soweit sichtbar, unverletzt. Am 8. Mai 2002 sprach die X. AG gegenüber P. aufgrund dieses Vorfalls die fristlose Kündigung aus. Mit Klage vom 3. Juli 2002 verlangte P. unter anderem Schadenersatz für entgangenen Lohn für die Kündigungsfrist sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR im Umfang von einem Monatslohn. Nachdem ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag durch P. widerrufen wurde, wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage am 14. Oktober 2002 in den genannten Klagpunkten vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

Vorliegend wurde die fristlose Kündigung fünf Tage nach dem Vorfall zwischen P. und R. durch die X. AG ausgesprochen. Zu berücksichtigen war, dass zwischen dem 3. Mai (Vorfall) und dem 8. Mai 2002 (Kündigung) ein Wochenende lag. Bei der Bemessung der zur Überlegung und Entschlussfassung erforderlichen Zeit sind bei einer juristischen Person grundsätzlich nur die eigentlichen Arbeitstage einzubeziehen (BGE 93/1967 II 19; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. 632). Dahinter steht der Gedanke, dass an einem Entscheid über die sofortige Entlassung von Angestellten durch eine juristische Person als Arbeitgeberin in der Regel mehrere Organe beteiligt sind, die sich gewöhnlich an den Arbeitstagen und nicht am Wochenende konsultieren. Hinzu kam, dass die X. AG vor ihrer Entschlussfassung zunächst die beim Vorfall anwesenden Mitarbeiter zu den Ereignissen eingehend befragte. Es ist anerkannt, dass die Reaktionszeit zur Erklärung der fristlosen Kündigung erst zu laufen beginnt, wenn jene Partei, welche die Kündigung ausspricht, hinreichende Kenntnis des Sachverhalts hat (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. 632 f.; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 16a, S. 142; BGE 93/1967 II 19). Es liegt denn auch im Interesse desjenigen, dem die fristlose Kündigung gilt, dass neben belastenden auch entlastende Umstände bei der Entscheidung, ob und wie gekündigt werden soll, berücksichtigt werden können. Unter all diesen Umständen war vorliegend die fristlose Kündigung am 8. Mai 2002 zweifellos als noch rechtzeitige Reaktion auf das Verhalten von P. anzusehen.

Hinsichtlich der Schwere des Vorfalls wurde davon ausgegangen, dass ein sogenannter Schwedenkuss geeignet ist, demjenigen, der auf diese Weise angegriffen wird, schwere Kopf-

verletzungen zuzufügen. Vorliegend musste das Verhalten von P. als versuchte schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) angesehen werden. Aufgrund der bloss verbalen und durch R. im Scherz ausgesprochenen Provokation bestand keinerlei Rechtfertigung für eine derart übermässige Reaktion. Die Arbeitskollegen von P. und R., die vor Gericht als Zeugen einvernommen wurden, sagten zudem aus, dass es im Betrieb der X. AG zwar zu verbalen, sonst aber nie zu tätlichen Auseinandersetzungen unter den Arbeitnehmern gekommen sei. Ausserdem war das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum Zeitpunkt der Entlassung erst etwas mehr als 9 Monate alt. Entlastend berücksichtigt wurde andererseits, dass P. von der X. AG als guter Mitarbeiter bezeichnet wurde. Zudem war ihm anlässlich des Vorfalls als Teamleiter die Verantwortung für die zeit- und sachgerechte Ausführung des Auftrags übertragen. Ferner ging R. aufgrund des tätlichen Angriffs von P. zwar zu Boden, trug jedoch keine (sichtbaren) Verletzungen davon. Letztlich konnten diese Entlastungstatsachen aber nicht entscheidend etwas daran ändern, dass die X. AG zum Schutze der übrigen Mitarbeiter P. nicht weiter in ihrem Betrieb dulden konnte und musste. Falls sie nur zur ordentlichen Kündigung hätte greifen dürfen, so hätte sie P. in jenem Zeitpunkt aufgrund der zweimonatigen Kündigungsfrist fast drei Monate weiterbeschäftigen müssen. Dabei war es ihr auch nicht zuzumuten, P. während dieser Zeit einfach freizustellen und den Lohn weiterzubezahlen. Namentlich waren keine Überstunden und kein Ferienguthaben mehr vorhanden, deren Kompensation bzw. dessen Bezug sie hätte anordnen können, um ihn während der Restdauer des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitsplatz fernzuhalten.

(GSGE vom 14.10.2002 in Sachen P. gegen X. AG, GS 2002/239)

2.10.4.1.2. Art. 337 OR. Eine schwere Verletzung der Treuepflicht berechtigt zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung. In casu hatte ein Chauffeur seine Treuepflicht schwer verletzt, weil er sich einen unbezahlten Urlaub mit falschen Angaben gegenüber der Arbeitgeberin erschlich und dabei zeitweise für eine Konkurrenzfirma arbeitete.

E. wurde von der F. AG mit Vertrag vom 10. Februar 2000 per 1. März als Chauffeur angestellt. Am 9. Mai 2000 vereinbarten die Parteien, dass E. vom 17. bis 24. Mai 2000 Ferien beziehen und danach bis 31. Mai 2000 Überstunden kompensieren werde. Zudem wurde E. für die anschliessende Zeit bis 18. Juni 2000 ein unbezahlter Urlaub gewährt. Die F. AG entsprach dabei dem Wunsch des Arbeitnehmers, der angeblich seinem Vater in Italien bei der Apfelernte helfen wollte. E. nahm seine Arbeit am 19. Juni 2000 wieder auf. Am 7. Juli erfuhr die F. AG jedoch von der R. AG, dass E. aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 27. April 2000 seit dem 29. Mai bei dieser ebenfalls als Chauffeur gearbeitet und seit dem 14. Juni zur Lösung familiärer Probleme einen unbezahlten Urlaub bezogen hatte. Hierauf kündigte die F. AG am 10. Juli 2000 das Arbeitsverhältnis fristlos. Mit Klage vom 15. August 2000 verlangte E. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der F. AG zur Zahlung des Lohnes seit 11. Juli bis Ende August 2000. Mit Urteil vom 2. Oktober 2000 wurde die Klage vollumfänglich abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

Aus der Treuepflicht nach Art. 321a OR ergibt sich, dass der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen kann (BK-Rehbinder, Art. 321a OR N. 3, S. 128). Namentlich darf er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit für einen Dritten gegen Entgelt leisten, welche die Arbeitgeberin konkurrenziert (Schwarzarbeit; Art. 321a Abs. 3 OR). Auch hat er der Arbeitgeberin wahrheitsgemäss Auskunft zu geben, soweit er zur Auskunft verpflichtet ist und keine eigenen schützenswerteren Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 117/1991 II 74). Vorliegend hat der Arbeitnehmer mit falschen Angaben gegenüber seiner Arbeitgeberin einen unbezahlten Urlaub erschlichen, um für eine Konkurrenzfirma (entgeltliche) Arbeit leisten zu können. Dies musste als geradezu verwerfliches Verhalten des Arbeitnehmers und damit schwere Verletzung der Treuepflicht betrachtet werden, bei welchem der Arbeitgeberin die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist klarerweise und ohne vorherige Verwarnung an den Arbeitnehmer nicht mehr zuzumuten war (ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 20, S. A72; Brühwiler, Art. 321a OR N. 5, S. 65 und Art. 337 OR N. 2b, S. 362; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 9, S. 132). Die fristlose Kündigung war deshalb gerechtfertigt.

(GSGE vom 2.10.2000 in Sachen E. gegen F. AG, GS 2000/227)

2.10.4.1.3. Art. 337 OR. Ein Verkaufsleiter, der seine Arbeitgeberin bei Lieferanten über deren Zahlungsfähigkeit in Misskredit brachte, verletzte seine Treuepflicht schwer und konnte deswegen ohne vorherige Verwarnung fristlos entlassen werden.

Die Maschinenfabrik T. AG stellte F. per 1. Oktober 1999 für zwei Jahre als Verkaufsleiter ein. Mit Schreiben vom 26. November 1999 reklamierte F. gegenüber der Arbeitgeberin, dass er einen Teil des Oktoberlohnes, den ganzen Lohn für November sowie Spesenersatz und Kinderzulagen nicht erhalten habe. Zudem verlangte er Sicherstellung künftiger Löhne. In weiteren Schreiben vom 9. Dezember 1999 und 7. Januar 2000 monierte F., dass ein Teil dieser Forderungen immer noch nicht erfüllt sei, und drohte der T. AG deswegen mit der Einleitung eines Betreibungsverfahrens. In der Folge stellte das Betreibungsamt Basel-Stadt auf Begehren von F. der T. AG am 24. Januar 2000 einen Zahlungsbefehl über Fr. 642.50 für ausstehende Spesen und Kinderzulagen zu, wogegen kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Mit Schreiben vom 1. Februar 2000 berichtete die Firma A., Lieferantin der T. AG, dieser über ihre Feststellungen bezüglich F. anlässlich der in Basel durchgeführten Messe SWISSBAU 2000. F. habe ihr dort gegenüber spontan und zu ihrem Erstaunen eröffnet, dass die T. AG sehr verschuldet sei und dass er seinen Lohn nicht rechtzeitig erhalte. Auch habe F. ungedeckte Checks ausstellen müssen. Zudem habe er ihr versichert, dass ihre Rechnungen, auf welchen Betrag sie auch immer lauten sollten, von der T. AG nie bezahlt würden. In der Folge kündigte die T. AG das Arbeitsverhältnis am 8. Februar 2000 fristlos. Sie warf F. vor, er habe sich gegenüber zwei ihrer Lieferanten negativ über ihre Zahlungsfähigkeit geäußert und sie auch sonst schlecht gemacht. Am 18. Februar 2000 verlangte F. im Rahmen einer Teilkla-

klage unter anderem Lohn für die Zeit seit seiner Entlassung bis zum Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses sowie eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung. Nachdem das Gewerbliche Schiedsgericht durch die zuständigen Gerichte in Paris und Grenoble verschiedene Personen als Zeugen hatte befragen lassen, hat es diese Ansprüche mit Urteil vom 7. Juni 2001 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Aufgrund der Zeugenaussagen musste davon ausgegangen werden, dass F. seine Arbeitgeberin gegenüber Dritten in schwerer Weise in Misskredit gebracht hatte. Dazu war er selbst dann nicht berechtigt, falls die T. AG sich in der Tat in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden hätte. Die Treuepflicht verlangt von einem Arbeitnehmer, dass er die Interessen seiner Arbeitgeberin auch dann wahrnimmt, wenn Dritte dadurch geschädigt werden könnten. Dies gilt, solange der Angestellte hierfür nicht an Delikten mitwirken oder solche dabei durch sein Verhalten begünstigen müsste. Zudem hat er die finanziellen Verhältnisse der Arbeitgeberin, selbst durch diese begangene Vertragsverletzungen geheimzuhalten, sofern nicht gewichtige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit entgegenstehen (Art. 321a Abs. 4 OR; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 56 f., S. A83 f.; Brühwiler, Art. 321a OR N. 6 und 10, S. 65 f.; BK-Rehbinder, Art. 321a OR N. 3, S. 128 und N. 13, S. 135). Im übrigen waren die Vorwürfe von F. durch die T. AG auch bestritten und nicht nachgewiesen. Erstellt war einzig, dass Lohn- und Spesenzahlungen jeweils mit wenigen Tagen Verspätung bei F. eingetroffen waren. Aus diesem Grund war F. berechtigt, die Arbeitgeberin an ihre Pflichten zu erinnern und die erforderlichen Sicherungsmassnahmen zum Schutz seiner berechtigten Interessen zu treffen. Seine Äusserungen gegenüber den Lieferanten der Arbeitgeberin gingen jedoch weit darüber hinaus und waren offensichtlich darauf ausgerichtet, die Geschäftstätigkeit der Arbeitgeberin in ernstzunehmender Weise zu gefährden. Dadurch hatte er seine Treuepflicht gegenüber der T. AG schwer verletzt. Diese Verletzung war um so gravierender, als F. für die T. AG in leitender Stellung tätig war und dafür mit Fr. 10'000.-- brutto Monatslohn und bei 13 Löhnen im Jahr angemessen bezahlt wurde. Für Mitarbeiter in höheren Chargen und damit verbundener entsprechender Entlohnung gilt generell eine strengere Treuepflicht als für die übrigen Angestellten (BGE 104/1978 II 29 f.; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 8, S. A69; Brühwiler, Art. 321a OR N. 2, S. 61). Der T. AG war unter diesen Umständen nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrechtzuerhalten. Zu berücksichtigen war namentlich auch, dass das Arbeitsverhältnis, weil es auf eine feste Dauer von zwei Jahren eingegangen war und keine Möglichkeit zur Auflösung auf einen früheren Zeitpunkt vorsah, nur entweder fortgeführt oder mit sofortiger Wirkung beendet werden konnte. Nachdem das Arbeitsverhältnis erst etwas mehr als vier Monate gedauert hatte, hätte die T. AG bei Fortdauer des Arbeitsvertrags F. noch mehr als eineinhalb Jahre beschäftigen müssen. Dies war ihr keinesfalls zumutbar, weil das Vertrauen in ihren Angestellten aufgrund der Geschehnisse zweifellos in nicht wiedergutzumachender Weise zerstört war.

(GSGE vom 7.6.2001 in Sachen F. gegen T. AG, GS 2000/54)

2.10.4.1.4. Art. 337 OR. Die nicht erlaubte Geldentnahme aus der Kasse eines Schuhgeschäfts durch eine Arbeitnehmerin ist keine leichte Verletzung der Treuepflicht. Ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht liegt vor, wenn die Geldentnahme der Arbeitgeberin verheimlicht wird. Um so gravierender ist die Verletzung, wenn sie durch eine Filialleiterin begangen wird, die zu einer erhöhten Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin verpflichtet ist. Bei einer schwerwiegenden Verletzung der Treuepflicht ist eine fristlose Entlassung ohne vorherige Verwarnung und unabhängig davon gerechtfertigt, ob das Verhalten der Angestellten den Straftatbestand der Veruntreuung erfüllt oder nicht. Erst nach einer fristlosen Kündigung der Arbeitgeberin bekannt gewordene Gründe dürfen zu deren Begründung nachgeschoben werden.

C. absolvierte vom 2. August 1993 bis 1. August 1995 bei der B. AG die Lehre als Schuhverkäuferin. In der Folge arbeitete sie weiterhin im Verkauf und wurde auf den 1. November 1998 zur Filialleiterin befördert. In den Jahren 1999 und 2000 stellte die B. AG in der betreffenden Filiale Lagerverluste von Fr. 14'877.-- bzw. Fr. 77'740.-- fest. C. hatte für diese Verluste keine Erklärung. Mit Schreiben vom 2. Februar 2001 erinnerte die B. AG ihre Filialleiterin an deren Aufgaben, insbesondere daran, durch restriktiven Umgang mit Kassenummern, Gutscheinen und Schlüsseln das Diebstahlrisiko zu vermindern. Sie hoffe, dass die Resultate künftig im Rahmen des vorgegebenen Budgets lägen. Andernfalls könne sie personelle Konsequenzen auf lange Sicht nicht mehr ausschliessen. Gleichzeitig ordnete sie vermehrte Inventuren an, die aber unverändert hohe Verluste zu Tage förderten. Da im gleichen Zeitraum auch der Umsatz der Filiale zurückging und viele annullierte Kassentransaktionen festgestellt wurden, erstattete die B. AG bei der Staatsanwaltschaft Anzeige gegen Unbekannt wegen Diebstahls. Nach Durchführung von polizeilichen Abklärungen wurde am 19. November 2001 unter anderem C. verhaftet und befragt. In dieser Befragung gab C. zu, dass sie zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes der Kasse wiederholt Geld entnommen, die Bezüge jedoch jeweils auf Zetteln in der Kasse vermerkt habe. Zuletzt habe es sich um einen Bezug von Fr. 174.-- gehandelt. Zudem habe sie die letzten Bezüge nicht mehr unter ihrem Namen vorgenommen, sondern unter "Noten" Fr. 630.-- notiert, die jedoch in Wirklichkeit nicht mehr vorhanden gewesen seien. Als die B. AG von diesen Geldentnahmen erfuhr, kündigte sie C. am 20. November 2001 fristlos. Mit Klage vom 28. Dezember 2001 verlangte C. die Verurteilung der B. AG zur Zahlung von Fr. 7'714.-- brutto Lohn für die Monate November und Dezember 2001 sowie von Fr. 20'709.30 als Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Mit Urteil vom 17. Januar 2002 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab, soweit damit Lohn für die Zeit nach der fristlosen Kündigung und eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend gemacht wurde. Eine von C. dagegen beim Appellationsgericht erhobene Beschwerde hat diese zurückgezogen, nachdem ihr die unentgeltliche Verbeiständung verweigert wurde. In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde hat das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes ausgeführt:

"[...] c) Zu beurteilen war, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin [C.] als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR anzusehen war. Aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin war davon auszugehen, dass diese Geld aus der Kasse genommen hatte, um für sich

und ihre Familie den Lebensunterhalt zu finanzieren. Dass sie dazu berechtigt gewesen wäre oder jedenfalls die Beklagte [B. AG] darüber informiert hätte, hat die Beschwerdeführerin nie behauptet. Von ihr unbestritten geblieben waren zudem die Ausführungen der Beklagten, wonach Mitarbeiterinnen bei Geldknappheit von dieser Vorschuss erhielten. Erstellt war ferner aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin, dass sie bei den letzten Geldentnahmen diese nicht auf ihren Namen eingetragen, sondern nicht vorhandenes Geld einfach als in der Kasse vorhanden deklariert hatte. Das stimmte auch mit den Feststellungen der Beklagten überein, die entsprechende Einträge mit "Kasse" und später auch mit "Noten" im Kassenbuch vorgefunden hatte.

Es ist davon auszugehen, dass eine Arbeitnehmerin auch dann nicht zum Bezug von Geld aus der Kasse ihrer Arbeitgeberin berechtigt ist, wenn sie, wie die Beschwerdeführerin behauptete, dies vor Zeugen tun oder ausdrücklich ins Kassenbuch eintragen sollte. Macht sie es dennoch, so liegt darin bereits eine Verletzung ihrer Treuepflicht, die nicht leicht genommen werden kann. Erschwerend trat vorliegend hinzu, dass die Beschwerdeführerin mit der Zeit dazu übergegangen war, die Geldentnahmen sogar nicht einmal mehr als solche zu kennzeichnen. Das konnte nur zum Sinn haben, dass sie ihr Tun vor der Beklagten verstecken wollte, um nicht entdeckt zu werden. Das ist ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht. Ihr Verhalten war dabei noch um so gravierender, als für sie als Filialleiterin eine erhöhte Treuepflicht zur Anwendung kam [(BGE 104/1978 II 29 f.; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 8, S. A69; Brühwiler, Art. 321a OR N. 2, S. 61)]. Hinzu kam, dass die Beschwerdeführerin zwar behauptete, sie hätte das aus der Kasse genommene Geld Ende November 2001 zurückbezahlt. Das war eine Behauptung, die regelmässig in solchen Situationen vorgebracht wird und hier auch nicht bewiesen war. Im übrigen konnte diese Erklärung von vornherein nicht genügen. Von einer tauglichen Ersatzbereitschaft der Beschwerdeführerin wäre überhaupt nur dann auszugehen, wenn sie in der Lage gewesen wäre, das Geld sofort zurückzubezahlen [Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Auflage 1997, Art. 138 StGB N. 17, S. 497]. Dazu war die Beschwerdeführerin selbst nach ihren eigenen Ausführungen im Zeitpunkt der Entdeckung ihrer Geldentnahmen gar noch nicht fähig. Aber auch zu einem späteren Zeitpunkt hätte die Beschwerdeführerin angesichts der in grossem Umfang offenen Rechnungen, der hohen Schuldenlast und den damit verbundenen Verpflichtungen der Rückzahlungspflicht kaum nachkommen können. Damit war der Straftatbestand der Veruntreuung erfüllt. Bei diesem Ergebnis war die Beklagte nach der ständigen Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts bereits und ohne, dass die Beschwerdeführerin vorgängig hätte verwarnt werden müssen, zur fristlosen Kündigung berechtigt [BJM 1983 S. 181]. Klarzustellen ist dabei aber, dass für die Berechtigung zu einer fristlosen Kündigung das der Arbeitnehmerin zum Vorwurf gemachte Verhalten selbstverständlich nicht strafrechtlich relevant sein muss. Die sofortige Entlassung wäre hier nämlich auch am Platz gewesen, wenn der strafrechtliche Tatbestand der Veruntreuung noch nicht erfüllt wäre, weil das Verhalten der Beschwerdeführerin so oder anders eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht darstellt [vgl. Streff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 5, S. 369; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 22, S. A624].

Daneben war weiter zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin unerlaubterweise Geld aus der Kasse genommen hatte in einer Zeit, in der massive und für die Beklagte unerklärliche Lagerverluste aufgetreten waren. Vor dem Hintergrund dieser seit Monaten [und sogar Jahren] in ihrem Verantwortungsbereich vorgekommenen Verluste wäre die Beschwerdeführerin um so mehr verpflichtet gewesen, als Filialleiterin alles zu unternehmen, was den Interessen der Beklagten nach einer einwandfreien und transparenten Führung der Filiale gedient hätte. Die Beklagte hat die Beschwerdeführerin denn auch in ihrem Schreiben vom 2. Februar 2001 [...] aus diesem Grund im einzelnen und nachdrücklich an ihre Pflichten erinnert. Unter diesen Umständen war es völlig unverständlich, dass die Beschwerdeführerin das in sie gesetzte Vertrauen dennoch missbraucht und aufs Spiel gesetzt hat. Bei dieser Sachlage konnte die Beklagte nicht anders, als das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung zu beenden.

Für die Berechtigung zur fristlosen Entlassung [spielte es] keine Rolle, wann und auf welchem Weg die Beklagte vom widerrechtlichen Griff der Beschwerdeführerin in ihre Kasse erfahren hat. Aufgrund des Wortlauts der Kündigung vom 20. November 2001 [...] ist davon auszugehen, dass die Beklagte aufgrund der Einvernahme der Beschwerdeführerin vom 19. November 2001 davon von der Staatsanwaltschaft sofort Kenntnis erlangt hat. Dass die Beklagte schon früher von den Geldentnahmen der Beschwerdeführerin Kenntnis hatte, wurde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die Beklagte wusste lediglich von Kassendifferenzen, die die Beschwerdeführerin ihr gegenüber als gewöhnliche Kassenmankos hingestellt hatte, wie sie im Detailhandel immer wieder auftreten, weil beispielsweise der Kassiererin Fehler unterlaufen oder diese, wie auch im Falle der Beschwerdeführerin, auf einen Trickdieb hereinfällt. Die Beschwerdeführerin wendet denn auch ein, dass die Beklagte erst anlässlich der Befragung ihres Verkaufsleiters am 10. Januar 2002 von ihrem Kassenmissbrauch erfahren habe. Selbst wenn dem so wäre, wäre darauf hinzuweisen, dass auch das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung davon ausgeht, dass diejenige Person, die fristlos kündigt, ihr erst später bekannt gewordene Gründe für ihre Kündigung nachschieben darf, wenn diese im Zeitpunkt der Kündigung bereits bestanden haben (neustes Urteil: BGE 127/2001 III 314 E. 4a).

Demzufolge war die Klage abzuweisen, soweit damit Lohn für die Zeit nach der Kündigung verlangt wurde. Hingegen wurde der Beschwerdeführerin der Lohn für die Zeit davor vollumfänglich zugesprochen, obwohl ihr Anspruch darauf [für den 19. November 2001] davon abgehängt wäre, dass sie aus Gründen verhaftet wurde, die ihr nicht als Verschulden hätten angerechnet werden können (Art. 324a OR), [was eigentlich nicht erfüllt gewesen wäre]. Von ihrem Lohnanspruch bis 20. November 2001 abgezogen wurde das Geld, das sie zugegebenermassen der Beklagten schuldete. [...]"

(GSGE vom 17.1.2002 in Sachen C. gegen B. AG, GS 2002/1)

2.10.4.2. Fälle ungerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber

2.10.4.2.1 Art. 337 OR. Die Drohung eines Raumpfleger mit einer Ohrfeige gegen seine Vorgesetzte berechnigte noch nicht zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung.

Art. 337c Abs. 3 OR. Zugesprochen wurde die eingeklagte Entschädigung von einem Monatslohn. Die gegebenen Verhältnisse hätten aber auch eine höhere Entschädigung erlaubt.

K. aus Sri Lanka trat am 11. Juli 1994 als Raumpfleger bei der I. AG ein. Am 29. Oktober 2001 kündigte die I. AG das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2002. Am 19. November 2001 kam es zwischen den Parteien bezüglich der Frage, wann K. noch seine restlichen Ferien beziehen durfte, zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die I. AG das Arbeitsverhältnis fristlos kündigte. Sie warf K. vor, er habe versucht, ihre Frontmanagerin zu ohrfeigen, und er habe ihrem Geschäftsführer, einem Italiener, gesagt, er solle besser zurück nach Italien gehen. Auf Klage von K. vom 18. Dezember 2001 hin verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die I. AG, nachdem diese den gerichtlichen Vergleichsvorschlag widerrufen hatte, unter anderem zur Zahlung von Fr. 8'780.35 netto Lohn und Fr. 3'900.-- Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR, entsprechend einem Bruttomonatslohn, wobei es Folgendes erwogen hat.

Vorliegend hat K. die ihm zur Last gelegten Verfehlungen bestritten. Zudem konnten sie ihm trotz Befragung verschiedener Zeugen nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Nachgewiesen war lediglich eine heftige verbale Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Doch selbst, wenn ein weitergehender Nachweis gelungen wäre, hätten die gegen K. erhobenen Vorwürfe zu einer fristlosen Kündigung nicht ausgereicht. Im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung hätte die Restdauer der bereits laufenden Kündigungsfrist nicht mehr drei, sondern noch etwas mehr als zweieinhalb Monate gedauert. Ferner hatte K. selbst nach den Aussagen der Frontmanagerin gegen sie nur die Hand erhoben, um sie zu ohrfeigen. Tätlichkeiten können Anlass für eine fristlose Kündigung sein (BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 9, S. 131; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 5, S. 369). Dabei wird regelmässig davon ausgegangen, dass die Tötlichkeit auch ausgeführt worden ist. Falls ein Arbeitnehmer seine Absicht zur Tötlichkeit aufgibt, kann dies von vornherein nicht gleich schwer wiegen wie die Tötlichkeit selber (BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 9, S. 131). Ob eine Ohrfeige unter den konkreten Umständen zur Rechtfertigung der sofortigen Entlassung ausgereicht hätte, brauchte nicht untersucht zu werden. Allein die Drohung mit einer Ohrfeige hätte vorliegend noch nicht genügt. K. wäre zudem zugute zu halten gewesen, dass er von sich aus auf die Ausführung der Tötlichkeit verzichtet hätte. Ferner wäre zu berücksichtigen gewesen, dass K., der kaum Deutsch spricht, der Frontmanagerin sprachlich völlig unterlegen war. Unter diesen Umständen hätte die Drohung mit einer Ohrfeige auch in dem Sinne verstanden werden können, dass er sich in der verbalen Auseinandersetzung hat Gehör verschaffen wollen, was die Drohung in einem etwas milderen Licht hätte erscheinen lassen. Weiter wäre auch der dem Arbeitnehmer vorgehaltene, ebenfalls aber nicht bewiesene Ausspruch gegenüber dem Geschäftsführer, dieser solle zurück nach Italien gehen, allein oder zusammen mit der Androhung einer Ohrfeige,

noch kein genügender Anlass zu einer sofortigen Beendigung, aber immerhin zu einer entsprechenden Verwarnung für den Fall gewesen, dass es der Arbeitnehmer in der verbleibenden Kündigungsfrist weiter am nötigen Respekt und Anstand hätte fehlen lassen. Die I. AG schuldete K. daher den Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist, die sich infolge Krankheit des Arbeitnehmers um einen Monat verlängert hatte. Zudem wurde K. die von ihm im Umfang von einem Bruttomonatslohn eingeklagte Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ohne Reduktion zugesprochen. Die gegebenen Verhältnisse hätten sogar eine höhere Entschädigung an K. erlaubt.

(GSGE vom 20.6.2002 in Sachen K. gegen I. AG, GS 2001/457)

2.10.4.2.2. Art. 337 OR. Ein Betriebsarbeiter, der mutwillig eine Schutzscheibe an der von ihm zu bedienenden Maschine eintrat, durfte nicht ohne vorherige Verwarnung fristlos entlassen werden. Kein ausreichender Grund zur fristlosen Kündigung konnte darin bestehen, dass die Arbeitgeberin dadurch gegenüber den übrigen Mitarbeitern hatte ein Zeichen setzen wollen.
Art. 337c Abs. 3 OR. Da der Arbeitnehmer die fristlose Kündigung durch sein Verhalten provozierte, hatte er nur Anspruch auf eine Entschädigung von einem Bruttomonatslohn.

T. wurde von der B. AG am 1. August 1999 als Betriebsarbeiter zur Bedienung einer Verpackungsmaschine angestellt. Die B. AG kündigte am 13. März 2001 das Arbeitsverhältnis fristlos, weil T. am Tag zuvor mit seinem Fuss mutwillig eine Scheibe an einer Etikettiermaschine eingetreten habe, und zahlte ihm den Lohn bis zur Kündigung aus. Mit Klage vom 24. April 2001 verlangte T. vor dem Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der B. AG zur Lohnzahlung bei Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist von Fr. 8'986.-- brutto sowie eine Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR von Fr. 21'000.--, entsprechend sechs Bruttomonatslöhnen. Mit Urteil vom 30. August 2001 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von Fr. 10'637.65 netto gut, wobei es Folgendes erwogen hat.

Aufgrund einer Bestätigung der Herstellerfirma der Etikettiermaschine war erstellt, dass die betreffende Makrolan-Scheibe nur mit massivem Kraftaufwand zerbrochen werden konnte. Nach Anhörung verschiedener Zeugen war zudem davon auszugehen, dass T. die Scheibe mutwillig zerstört und sich damit einer nicht geringen Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Namentlich bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass T. wie dieser sich rechtfertigen wollte, mit dem Fuss nur deshalb gegen die Scheibe getreten sei, um seinen angeblich in der Maschine eingeklemmten Finger zu befreien. Ferner war davon auszugehen, dass der B. AG durch den Bruch der Scheibe ein Schaden von Fr. 1'000.-- entstanden war. Dennoch wurde die fristlose Kündigung als nicht gerechtfertigt angesehen. Eine solche ist nur zulässig, wenn der B. AG nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Beendigungsmöglichkeit nicht zuzumuten gewesen wäre. Vorliegend hätte die B.

AG das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten auf Ende Mai 2001 kündigen können. Zu berücksichtigen war namentlich, dass die B. AG den Mitarbeiter T. bisher stets als guten Arbeitnehmer angesehen hat. Auch hat sie nicht geltend gemacht, dass bei T. die Gefahr einer Wiederholung bestanden habe. Vielmehr hatte sie nach eigenen Angaben deshalb zur fristlosen Kündigung gegriffen, um gegenüber den übrigen 79 Angestellten ein Zeichen zu setzen, dass mutwillige Beschädigungen mit einer fristlosen Entlassung beantwortet würden. Dies genüge nicht zur Rechtfertigung der gewählten Sanktion gegenüber T. Unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips hätte eine ordentliche Kündigung verbunden mit der Androhung einer fristlosen Entlassung für den Wiederholungsfall im konkreten Fall vollauf genügt. Namentlich hätte sie mit dieser Sanktion auch gegenüber den übrigen Mitarbeitern ein Zeichen setzen können. Im übrigen hat die B. AG nicht behauptet, dass Sachbeschädigungen und andere Disziplinwidrigkeiten unter ihrem Personal ein Problem seien. Es wäre ihr deshalb zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis noch bis Ende Mai 2001 aufrechtzuerhalten, so dass T. Anspruch auf Lohn bis zu diesem Zeitpunkt hatte. Zudem wurde T. eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe eines Bruttomonatslohns zugesprochen. Berücksichtigt wurde dabei einerseits, dass die B. AG unter den gegebenen Umständen unverhältnismässig reagiert hatte. Andererseits war die Schwere der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, die dazu führen musste, dass diesem nur eine relativ geringe Entschädigung zukommen konnte. Von den Ansprüchen des Arbeitnehmers abgezogen wurden Fr. 1'000.-- aus Schadenersatz, die die B. AG den klägerischen Forderungen zur Verrechnung gegenüberstellte. Da T. den Schaden mit Vorsatz herbeigeführt hatte, musste er für den vollen Ersatz gerade stehen und konnte der volle Schadenersatzbetrag ohne weiteres mit seinen Ansprüchen verrechnet werden (Art. 321e, 323b Abs. 2 OR).

(GSGE vom 30.8.2001 in Sachen T. gegen B. AG, GS 2001/144)

2.10.4.2.3. Art. 337 Abs. 3 OR. Ein Arbeitnehmer, der sich unter Vorlage eines Arztzeugnisses krank meldet, darf nur bei klaren Verhältnissen wegen Arbeitsverweigerung fristlos entlassen werden. Da der Arbeitnehmer (Bauarbeiter) sich mit guten Gründen auf das Arztzeugnis seines Arztes verlassen durfte und deshalb bei der Arbeit fehlte, war die deswegen ausgesprochene fristlose Kündigung ungerechtfertigt. Daran änderte nichts, dass der Kreisarzt der SUVA, auf dessen Zeugnis die Arbeitgeberin ihrerseits vertrauen durfte, zu einem gegenteiligen Schluss kam.

S. war bei der R. AG als Bauarbeiter angestellt. Er erlitt am 21. April 1997 ein Knie trauma, das von der SUVA als unfallähnliche Körperschädigung anerkannt wurde, die bis am 19. April 1998 zu einer 100 %-Arbeitsunfähigkeit führte. Für die Zeit vom 20. April bis zum 2. Juni 1998 bezifferte der Kreisarzt der SUVA die Arbeitsunfähigkeit mit 50 %, danach mit 25 %. Ab dem 3. Juni 1998 zahlte die SUVA kein Taggeld mehr. Der Hausarzt des Arbeitnehmers, Dr. B., hingegen attestierte S. eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis und mit 20. April 1998 und in der Folge eine solche von 50 % ohne weitere Reduktion. Gestützt auf

dieses ärztliche Attest von Dr. B. ging S. erst wieder am 21. April 1998 zur Arbeit, was ihm eine Verwarnung von Seiten des Arbeitgebers eintrug. Am 8. Juni 1998 verliess er den Arbeitsplatz, nachdem er einen halben Tag lang gearbeitet hatte. Die Arbeitgeberin entliess ihn deswegen gleichentags fristlos.

Am 9. November 1998 reichte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage gegen die R. AG ein, mit der er deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 9'996.-- brutto inklusive Zins zu 5 % seit dem 23. August 1998 begehrte. In der zweiten Hauptverhandlung vom 23. März 2000 stellte das Gewerbliche Schiedsgericht förmlich fest, dass die fristlose Entlassung des Klägers ungerechtfertigt sei. Ein Entscheid über die Höhe des dem Arbeitnehmer allfällig zustehenden Schadenersatzes wurde indes nicht getroffen. Die R. AG beschwerte sich gegen das Feststellungsurteil beim Appellationsgericht. In seiner Beschwerdevernehmlassung führte das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes aus:

"[...] Eine fristlose Kündigung kann nach Art. 337 Abs. 1 OR nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden, worunter grundsätzlich nur besonders schwere Verfehlungen der gekündigten Vertragspartei fallen. Nie ein wichtiger Grund kann deshalb die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung sein. Das ist derart grundlegend und selbstverständlich, dass darüber eigentlich gar nicht erst diskutiert werden soll und muss. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber in Art. 337 Abs. 3 OR in einem der seltenen Beispiele einer authentischen Interpretation die Auslegung von Abs. 1 dem Rechtsanwender entsprechend vorweggenommen und vorgeschrieben. An dieser Auslegung kann auch nichts ändern, dass wie hier im konkreten Fall der fristlosen Kündigung eine Verwarnung unter Androhung einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorangegangen ist. Die fristlose Kündigung kann immer nur die Reaktion auf ein Fehlverhalten der anderen Vertragspartei sein. Fehlt es daran, ist sie daher ohne weiteres ungerechtfertigt. Eine vorgängige Verwarnung erlaubt lediglich, unter bestimmten Voraussetzungen auch weniger schwerwiegende Verfehlungen zum Anlass einer ausserordentlichen Kündigung zu nehmen. In diesem Sinne ist der eingangs erwähnte Grundsatz zu verstehen.

Vorliegend haben die den Kläger untersuchenden Ärzte die Arbeitsunfähigkeit voneinander abweichend eingeschätzt. Folgt man der Einschätzung von Dr. B., so hat der Kläger am 8. Juni 1998 zu Recht nur den halben Tag gearbeitet und eine darüber hinausgehende Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin verweigert. Bei dieser Sachlage ist danach zu fragen, ob Dr. B. für seine Einschätzung plausible Gründe geltend machen kann und der Kläger darauf vertrauen durfte. Dabei ist vorweg festzuhalten, dass der Gesundheitszustand eines Patienten durch die Ärzte in vielen Fällen nicht mit absoluter Genauigkeit erfasst werden kann. Das liegt vor allem daran, dass die Beeinträchtigung der Gesundheit des Menschen nicht oder nicht immer umfassend durch die zur Verfügung stehenden Untersuchungsmethoden sichtbar oder messbar dargestellt werden kann. Namentlich dort, wo das Schmerzempfinden des Patienten eine massgebende Rolle für das Ausmass der Beeinträchtigung spielt, können daher ärztliche Beurteilungen sogar deutlich voneinander abweichen. Das trifft um so mehr auch auf

die Bemessung des Grades der Arbeitsunfähigkeit zu. Im Falle des Klägers liegen all diese Faktoren vor, die eine Beurteilung durch die Ärzte schwierig und dadurch unsicher machen. Es kann aus diesem Grund nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass entweder nur der Kreisarzt der SUVA oder aber nur Dr. B. die Arbeitsunfähigkeit des Klägers exakt bemessen hat. Jedenfalls durfte der Kläger sich mit gutem Grund auf das Urteil seines Hausarztes verlassen. Da damit keine Verfehlung des Klägers vorliegt, ist die fristlose Kündigung ungerechtfertigt. Andererseits hat aber auch die Beklagte auf die Einschätzung der SUVA vertrauen dürfen. Das kann ihre fristlose Kündigung zwar nicht rechtfertigen, weil keine Verfehlung des Klägers feststellbar ist. [...]"

(GSGE vom 23.3.2000 in Sachen S. gegen R. AG, GS 1998/371)

Die Beschwerde der R. AG gegen dieses Urteil hat das Appellationsgericht am 7. Juni 2000 aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

"[...] 2. In materieller Hinsicht ist Folgendes festzuhalten: Nach Art. 337 Abs. 3 OR darf der Richter in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung anerkennen. Daraus wird deutlich, dass ein Arbeitnehmer, der sich krank meldet und dies mit einem ärztlichen Zeugnis untermauert, nur bei klaren Verhältnissen wegen Arbeitsverweigerung fristlos entlassen werden kann. Das kann etwa zutreffen, wenn der Arbeitnehmer ein ihm Arbeitsunfähigkeit attestierendes Arztzeugnis in missbräuchlicher Weise erschleicht. So hat das Appellationsgericht in einem früheren Entscheid eine fristlose Entlassung für berechtigt erklärt im Falle eines Arbeitnehmers, der während längerer Zeit krank geschrieben und dann sowohl vom Hausarzt als auch vom Vertrauensarzt des Kollektivversicherers wieder als arbeitsfähig bezeichnet worden war und, anstatt die Arbeit wieder aufzunehmen, umgehend einen neuen Arzt aufgesucht hat und von diesem wiederum krank geschrieben worden ist (AGE vom 9. Juni 1995 i.S. R.G. AG). Der vorliegende Fall liegt eindeutig anders: Hier sprach sich der Hausarzt, der den Patienten schon seit über sechs Jahren ärztlich betreut hatte und ihn daher besonders gut kannte, für einen höheren Grad der Arbeitsunfähigkeit aus als der Kreisarzt der SUVA. Er tat dies in Kenntnis der abweichenden Beurteilung von Seiten der SUVA, da seine Erfahrungen mit chronischen Schmerzpatienten es nicht zulassen, die Problematik der Arbeitsfähigkeit auf einer rein objektivierbaren Ebene zu betrachten. Dass diese Einschätzung nicht wirklichkeitsfremd war, zeigt sich darin, dass die IV dem Kläger mit Verfügung vom 16. Oktober 1998 eine 50 %-Rente mit Beginn ab 1. April 1998 zugesprochen hat. Natürlich konnte die Beschwerdeführerin, wie sie in der Beschwerde geltend macht, diese Verfügung der IV bei der fristlosen Entlassung am 8. Juni 1998 nicht antizipieren. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. Denn jedenfalls hatte sie Kenntnis davon, dass der Hausarzt des Klägers dessen Arbeitsfähigkeit anders beurteilt hatte. Der Arbeitnehmer hat nämlich in der ersten Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht erklärt, er habe am 6. Juni 1998 das Arztzeugnis abgegeben, was der Vertreter der Beklagten gemäss Verhandlungsprotokoll nicht bestritten, jedoch als unmassgeblich bezeichnet hatte. Davon abgesehen muss für die Frage der Berechtigung der fristlosen Entlassung auch entscheidend sein, ob sich der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf die Be-

urteilung der Arbeitsfähigkeit durch seinen eigenen Arzt hat verlassen dürfen. Das war in dem aufgezeigten früheren Fall gerade nicht der Fall, weil der dortige Arbeitnehmer, nachdem er auch von seinem bisherigen Hausarzt wieder für arbeitsfähig erklärt worden war, einen völlig neuen Arzt aufgesucht hatte, um doch noch krank geschrieben zu werden. Im Gegensatz dazu ist vorliegend nicht zu erkennen, weshalb sich der Beschwerdegegner auf den medizinischen Rat seines langjährigen Hausarztes nicht hätte verlassen dürfen. Die fristlose Entlassung ist daher zu Unrecht erfolgt. [...]"

(AGE vom 7.6.2000 in Sachen R. AG gegen S.)

2.10.4.3. Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR)

2.10.4.3.1. Zusprechung eines Monatslohnes bei an sich höherem Anspruch

Siehe Ziffer 2.10.4.2.1.: S. 64

2.10.4.3.2. Zusprechung eines Monatslohnes bei provozierter Kündigung

Siehe Ziffer 2.10.4.2.2.: S. 65

2.10.4.3.3. Art. 337c Abs. 3 OR. Es handelt sich um eine echte Kann-Vorschrift (Praxis des Appellationsgerichts). Eine Entschädigung ist deshalb nicht regelmässig zuzusprechen, sondern ein Entscheid hat nach freiem richterlichem Ermessen unter Würdigung aller Umstände und damit nach Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB aufgrund objektivierbarer Wertungen zu erfolgen. Kann weder dem Arbeitnehmer noch der Arbeitgeberin ein Fehlverhalten angelastet werden, so entfällt ein Entschädigungsanspruch.

Siehe für den Sachverhalt vorstehend unter Ziffer 2.10.4.2.3.: S. 66.

Mit Entscheid vom 3. September 2001 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Forderungsklage von S. ab, mit der dieser anstelle von Schadenersatz nunmehr eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR verlangte. Es erwog, die R. AG treffe kein Verschulden an der fristlosen Entlassung. Sie habe den Arbeitnehmer gestützt auf die Einschätzung der SUVA-Ärzte in guten Treuen zu 75 % als arbeitsfähig betrachten dürfen. Es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass, wie sich im Nachhinein herausstellte, die Beurteilung des behandelnden Hausarztes die Richtigere gewesen sei. Die gegen dieses Urteil von S. erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 20. März 2002 abgewiesen, indem es Folgendes ausführte:

"[...] 2. a) Der Beschwerdeführer [S.] begehrt die Verurteilung der Beschwerdegegnerin [R. AG] zur Zahlung von CHF 9'996.-- nebst Zins zu 5 % seit 23. August 1998. Dieser Betrag setzt sich gemäss Klage vom 9. November 1998 zusammen aus dem "Anspruch auf Nachzahlung von drei Monats-

löhnen zu 50 % und von 22 Tagen aus dem Juni 1998 ebenfalls zu 50 %". Im Anschluss an das Urteil des Appellationsgerichts vom 7. Juni 2000 erklärte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Februar 2001, dass er an seiner Klage festhalte. Zwar ständen ihm nach den Leistungen der Arbeitslosenversicherung, der IV, einer Pensionskassenleistung und den Leistungen der Helsana keine Lohnansprüche mehr zu. Wegen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung sei jedoch eine "Entschädigung" zum Ausgleich der Persönlichkeitsverletzung geschuldet. [...]

3. a) In materieller Hinsicht ist zwischen den Parteien umstritten, ob die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers zur Zusprechung einer Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR führt. Jener ist unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Auffassung, bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung komme eine gänzliche Verweigerung der Entschädigung nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht. Zudem setze die Verweigerung der Entschädigung grundsätzlich voraus, dass dem Arbeitgeber kein Fehlverhalten angelastet werden könne.

b) Während die Absätze 1 und 2 von Art. 337c OR den Schadensersatzanspruch des zu Unrecht fristlos Entlassenen regeln, stellt der in Abs. 3 geregelte Anspruch eine auf Gesetz beruhende, präventiv wirkende zivilrechtliche Strafe einerseits, eine genugtuungsähnliche Ausgleichszahlung für die durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung regelmässig zugefügte Persönlichkeitsverletzung, andererseits, dar. Der Anspruch weist damit eine Doppelnatur auf (BGE vom 18. Juli 2001, 4C.109/2001; BGE 123 [1997] V 5 E. 2a S. 7; JAR 2000 S. 235; von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, Bern 1996, S. 28 f.).

Obwohl Art. 337c Abs. 3 OR nach seinem Wortlaut eine "Kann-Vorschrift" ist, gehen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und ein Teil der Lehre davon aus, dass grundsätzlich immer eine Entschädigung geschuldet sei und nur in aussergewöhnlichen Fällen darauf verzichtet werden dürfe (BGE 121 [1995] III 64 E. 3c S. 68, 120 [1994] II 243 E. 3e S. 248, 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301; von Kaenel, a.a.O., S. 67 f.). Das Bundesgericht hält fest, die fristlose Entlassung ohne wichtigen Grund tue dem Arbeitnehmer Unrecht, verletze ihn in seinen persönlichen Verhältnissen, beeinträchtige seinen Ruf und rechtfertige daher eine Entschädigung, ohne dass der Richter im Einzelfall die Persönlichkeitsverletzung und deren Grad abzuklären habe (BGE 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301). Ausnahmen sollen sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben, die sich nicht generell umschreiben liessen (BGE vom 1. Februar 1991, JAR 1995 S. 221). Grundsätzlich wird vorausgesetzt, dass dem Arbeitgeber ein Fehlverhalten nicht angelastet werden kann (BGE 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301 f.; BGE vom 19. März 1999, JAR 2000 S. 235 f.); allenfalls kann ein leichtes Fehlverhalten des Arbeitgebers durch besondere Umstände, die zur fristlosen Kündigung geführt haben, aufgewogen werden (BGE vom 1. Februar 1991, JAR 1995 S. 221).

Das Appellationsgericht vertritt mit einem Teil von Lehre und Rechtsprechung demgegenüber die Auffassung, dass die Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nicht regelmässig zugesprochen werden muss. Der Entscheid hierüber habe vielmehr nach freiem richterlichem Ermessen unter Würdigung aller Umstände und damit nach Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB aufgrund objektivierbarer Wertungen zu erfolgen. Dabei sei neben der Strafwür-

digkeit des Arbeitgeberverhaltens, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung und dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung auch die Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (AGE vom 4. Februar 2000 i.S. H.D.K., vom 23. Dezember 1994 i.S. B.L.; BJM 1993 S. 259 ff.; vgl. auch Staehelin, Zürcher Kommentar, N 15 zu Art. 337c OR; ebenso Streiff/von Kaenel, N 8 zu Art. 337c OR; vgl. auch die Nachweise bei von Kaenel, a.a.O., S. 67 ff.). An der bisherigen Rechtsprechung ist festzuhalten. Die bundesgerichtliche Praxis, die zur Begründung auf die Gesetzesmaterialien verweist, vermag nicht zu überzeugen, zumal sich daraus gerade nicht ergibt, dass es sich bei Art. 337c Abs. 3 OR - entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut - lediglich um eine unechte "Kann-Vorschrift" handelt. Abgesehen davon, dass die subjektiv-historische Auslegungsmethode in Lehre und Rechtsprechung überwiegend abgelehnt wird (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 168 ff. zu Art. 1 ZGB), hat *von Kaenel* nachgewiesen, dass die Mehrheit der Votanten in den eidgenössischen Räten in der gewählten Formulierung von Art. 337c Abs. 3 OR eine echte "Kann-Klausel" mit entsprechenden Freiheiten des Richters gesehen hat (von Kaenel, a.a.O., S. 69 mit zahlr. Nachw.). Auch der Versuch, das "Kann" im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung in ein "Muss" umzudeuten, überzeugt nicht (von Kaenel, a.a.O., S. 70 ff.).

Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Streitfrage für den vorliegenden Entscheid nicht von ausschlaggebender Bedeutung, erweist sich die Entschädigungsforderung doch nach beiden Auffassungen als unbegründet.

4. Anlass zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer bildete dessen Weigerung, am 8. Juni 1998 mehr als einen halben Tag zu arbeiten. Wie bereits erwähnt, hatte ihn sein Hausarzt lediglich zu 50 % arbeitsfähig erklärt, während der kreisärztliche Befund der SUVA von einer Arbeitsfähigkeit im Umfang von 75 % ausgegangen war. Der Hausarzt erklärte in einem ausführlichen Zeugnis vom 9. Juni 1998, dass die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit auf 75 % gemessen an medizinisch objektivierbaren Kriterien aus der Sicht der SUVA korrekt sein möge. Erfahrungen mit chronischen Schmerzpatienten liessen es aber nicht zu, die Problematik auf einer rein objektivierbaren Ebene zu betrachten. Das Appellationsgericht erkannte in seinem Urteil vom 7. Juni 2000, der Beschwerdeführer habe sich nach Treu und Glauben auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch seinen Hausarzt verlassen dürfen. Die fristlose Entlassung sei daher mangels eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers zu Unrecht erfolgt.

Wie die Vorinstanz bereits in ihrer Vernehmlassung vom 11. April 2000 zutreffend bemerkt hat, können ärztliche Beurteilungen namentlich dort voneinander abweichen, wo das Schmerzempfinden des Patienten eine massgebende Rolle für das Ausmass der Beeinträchtigung spielt. Dies trifft dann auch auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit und damit auf den vorliegenden Fall zu. Kann daher einerseits dem Beschwerdeführer kein Vorwurf gemacht werden, dass er sich für seine Arbeitsverweigerung auf die Einschätzung seines Hausarztes verlassen hat, gilt dasselbe andererseits auch für die Beschwerdegegnerin. Auch sie durfte sich in guten Treuen auf die Einschätzung der SUVA-Kreisärzte stützen. Die Veranlassung einer vertrauensärztlichen Untersuchung [...] erübrigte sich bereits deshalb, weil die SUVA in beweisrechtlicher Hinsicht ein zur Objektivität verpflichtetes gesetzessvollziehendes Organ ist (BGE 122 [1996] V 157 E. 1c S. 161). Ihre ärztlichen Beurteilungen stellen keine blossen

Parteigutachten dar. Die Beschwerdegegnerin hat daher mit ihrer Forderung nach einer Arbeitsleistung im Umfang von 75 % nicht gegen ihre Pflicht verstossen, auf die Gesundheit des Beschwerdeführers gebührend Rücksicht zu nehmen [...].

Kann aber (auch) der Arbeitgeberin kein Fehlverhalten angelastet werden, entfällt ein Entschädigungsanspruch selbst nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301 f.). Zu beachten ist ferner, dass der Kündigung am 21. April 1998 bereits eine Verwarnung des Beschwerdeführers unter Androhung der fristlosen Entlassung vorausgegangen war, weil dieser nach seinem Arbeitsunfall - gestützt auf ein Zeugnis seines Hausarztes Dr. B. - erst an jenem Tag wieder zur Arbeit erschienen war, obwohl das Attest des SUVA-Kreisarztes die (teilweise) Arbeitsfähigkeit bereits ab 20. April 1998 bejaht hatte. Die fristlose Kündigung hat den Beschwerdeführer damit nicht völlig unerwartet getroffen. Von Bedeutung ist sodann, dass der Beschwerdeführer keinen Schaden wegen Lohnausfalls erlitten hat, sind doch seine Ansprüche vollumfänglich durch die beteiligten Sozialversicherungen gedeckt worden. Die Zusprechung einer Entschädigung rechtfertigt sich angesichts der erwähnten Umstände nicht. An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, dass die fristlose Entlassung für den Beschwerdeführer angesichts des bereits mehrjährigen Arbeitsverhältnisses und im Hinblick auf seine angeschlagene Gesundheit persönlich belastend gewesen sein mag. Da er rückwirkend seit April 1998 eine halbe IV-Rente erhält und gemäss Attest seines Hausarztes seit 9. März 1999 sogar vollständig arbeitsunfähig ist, bestehen die damit verbundenen Probleme in den persönlichen und beruflichen Verhältnissen (z.B. allfällige Zukunftsängste und Existenzsorgen, schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt) allerdings unabhängig von der fristlosen Entlassung. [...]"

(AGE vom 20.3.2002 in Sachen S. gegen R. AG; GSGE vom 3.9.2001 in Sachen S. gegen R. AG, GS 1998/371)

2.10.4.3.4. Art. 337c Abs. 3. Eine Entschädigung ist bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung in aller Regel geschuldet (Praxis des Bundesgerichts). Nur in Ausnahmefällen darf davon abgesehen werden. Ein solcher lag vor, weil ein Bauarbeiter sein Recht, infolge Arbeitsunfähigkeit von der Arbeit fernzubleiben, rücksichtslos durchsetzte, ohne ein Einvernehmen mit der Arbeitgeberin zu suchen, die für die Frage der Arbeitsunfähigkeit auf die widersprechende Beurteilung des SUVA-Arztes abstellte.

Eine von A. gegen das oben wiedergegebene Urteil des Appellationsgerichts (Ziffer 2.10.4.3.3.: S. 69) beim Bundesgericht erhobene Berufung hat dieses mit Urteil vom 11. September 2002 abgewiesen, wobei es Folgendes ausführte:

"[...] 2. Streitig ist ausschliesslich, ob dem Kläger [A.] eine Pönalentschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zusteht. Die bereits von der ersten Instanz aufgestellten Erwägungen, dass er seinen Lohn von den Sozialversicherungen vollständig erhalten hat und ihm daher aus Art. 337c Abs. 1 und 2 OR nichts mehr zusteht, blieben unangefochten.

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung in aller Regel eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 geschuldet und darf nur in Ausnahmefällen von der Zusprechung einer solchen abgesehen werden (BGE 121 [1995] III 64 E. 3c mit Hinweisen). Ein derartiger Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn ein im Vergleich zum Fehlverhalten des Arbeitgebers erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegt, das zwar für eine fristlose Entlassung gerade noch nicht ausreicht, die Zusprechung einer Entschädigung indessen als stossend erscheinen lässt (Entscheid des Bundesgerichts 4C.326/1990 vom 1. Februar 1991 E. 3, in: JAR 1995, S. 220 ff., Ziff. 2).

Die Vorinstanz erwog unter anderem, die vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen für den Verzicht auf eine Pönalentschädigung seien vorliegend erfüllt. Damit hat sie jedenfalls im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt. Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid hatte die Beklagte [R. AG] den Kläger bereits verwarnet, weil er am 20. April 1998 unter Berufung auf ein Zeugnis des behandelnden Arztes, das von der kreisärztlichen Beurteilung der SUVA abwich, nicht am Arbeitsplatz erschienen war. Der Kläger musste somit wissen, dass die Beklagte auch künftig auf die Beurteilung der SUVA abstellen würde. Unter diesen Umständen wäre von ihm zu erwarten gewesen, dass er am 8. Juni 1998 das Gespräch mit der Beklagten suchte, bevor er seinen Arbeitsplatz erneut aufgrund eines von der SUVA-Beurteilung abweichenden Arztzeugnisses verliess. Dass er dies getan hätte, lässt sich dem angefochtenen Urteil indessen nicht entnehmen und wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Auch wenn die fristlose Entlassung des Klägers nicht gerechtfertigt war, weil er beim Verlassen des Arbeitsplatzes aufgrund des Zeugnisses des behandelnden Arztes in guten Treuen davon ausgehen durfte, er sei nur zu 50 % arbeitsfähig, muss er sich damit vorwerfen lassen, dass er sein Recht rücksichtslos durchgesetzt hat, ohne ein Einvernehmen mit der Beklagten zu suchen. Damit hat er seine fristlose Entlassung provoziert. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich, ausnahmsweise auf eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu verzichten.[...]"

(BGE 4C.231/2002 vom 11.9.2002)

2.10.4.3.5. Art. 337c Abs. 3 OR. Dem Richter steht bei der Bemessung der Entschädigung ein besonders weites Ermessen zu. Bei der Ausübung des Ermessens ist die vom Gesetzgeber beabsichtigte abschreckende Wirkung im Auge zu behalten. Die Erhöhung des Ausgangswerts durch das Gewerbliche Schiedsgericht von zwei auf drei Monatslöhne (Praxisänderung) ist gerechtfertigt. Die Zusprechung von drei Bruttomonatslöhnen an eine Filialleiterin war unter Berücksichtigung der konkreten Umstände angemessen.

Nachdem J. bereits früher für die F. AG tätig gewesen war, wurde sie von dieser aufgrund eines am 18. August 1999 abgeschlossenen Arbeitsvertrags per August 1999 als Geschäftsführerin der Filiale A. zu einem Monatslohn von rund Fr. 6'000.-- brutto erneut angestellt. Ab dem 29. September 2000 war sie krank. Während ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit will die F. AG durch andere Mitarbeiter der Filiale von verschiedenen geschäftlichen Unregelmässigkeiten von J. erfahren haben. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2000 konfrontierte sie

deshalb die Arbeitnehmerin mit den entsprechenden Vorwürfen, wozu diese am 23. Oktober 2000 schriftlich Stellung nahm. Am 30. Oktober 2000, während andauernder Krankheit der Arbeitnehmerin, sprach die F. AG die fristlose Kündigung aus. Ausserdem erstattete sie am 26. Februar 2001 bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige wegen Verdachts auf Diebstahl, Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsbesorgung. Mit Beschluss vom 11. Mai 2001 stellte die Staatsanwaltschaft das gegen J. geführte Strafverfahren wegen Fehlens bzw. mangels Beweises des Tatbestands ein. Hiergegen rekurrierte die F. AG an die Rekurskammer des Strafgerichts, deren Präsident den Rekurs mit Entscheid vom 18. September 2001 als offensichtlich unbegründet abwies und den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft bestätigte.

J. akzeptierte die fristlose Kündigung nicht und reichte gegen die Arbeitgeberin Klage zunächst auf Schadenersatz beim Gewerblichen Schiedsgericht ein. Dieses verurteilte die F. AG mit Entscheid vom 10. Dezember 2001 in Anwendung von Art. 337c Abs. 1 OR wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zur Zahlung einer Lohnentschädigung von Fr. 16'297.15 netto (Verfahren GS 2001/12). Das Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Am 15. Februar 2002 reichte J. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine zweite Klage ein, in der sie ihre Gesamtforderung gegenüber der F. AG auf Fr. 34'200.-- brutto, nämlich Fr. 10'200.-- brutto Ferien- und Überzeitentschädigung und Fr. 24'000.--, entsprechend vier Bruttomonatslöhnen, als Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR bezifferte. Hievon machte sie klageweise pauschal Fr. 30'000.-- brutto geltend. Mit Urteil vom 2. September 2002 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die F. AG zur Zahlung von Fr. 7'201.75 netto als Lohn und von Fr. 18'000.-- netto, entsprechend drei Bruttomonatslöhnen, als Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Die von der F. AG gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht geführte Beschwerde wurde mit Entscheid vom 18. März 2003 aus folgenden Gründen abgewiesen:

"[...] 3. a) Die Beschwerdeführerin [F. AG] anerkennt, dass die fristlose Entlassung der Beschwerdegegnerin [J.] ungerechtfertigt gewesen ist und dass dieser deshalb ein Anspruch auf Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zusteht. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bilden einzig deren Höhe, namentlich die Kriterien, nach denen das Gewerbliche Schiedsgericht sie festgesetzt hat.

b) Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR hat der Richter die Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung "nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände" festzulegen; sie darf jedoch den sechsfachen Monatslohn des Arbeitnehmers nicht übersteigen. Mit dieser allgemeinen Umschreibung räumt der Gesetzgeber dem Richter ein besonders weites Ermessen ein. Sie stimmt weitgehend mit der Umschreibung überein, wie sie auch für die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR und wegen geschlechterdiskriminierender Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 5 Abs. 2 und 4 des Gleichstellungsgesetzes (SR 151) gilt. Alle diese Entschädigungen bezwecken nicht den Ersatz eines allfälligen materiellen Schadens, sondern stellen eine Vertragsstrafe dar, die einerseits das erlittene Unrecht, namentlich die seelische Unbill, im Sinne einer Genugtuung abgelten und andererseits den dafür verantwortlichen Arbeitgeber bestrafen soll. Bei der Ausübung seines Ermessens hat der Richter daher stets die vom Gesetzgeber beabsichtigte ab-

schreckende Wirkung im Auge zu behalten, denn die Entschädigung soll so hoch ausfallen, dass es sich aus der Sicht des Arbeitgebers nicht lohnt, eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung auszusprechen (vgl. Zürcher Kommentar, Adrian Staehelin, Art. 336a OR, N. 3, und Art. 337c OR, N. 18; Berner Kommentar, Manfred Rehbinder, Art. 337c OR, N. 9; ferner AGE vom 19. November 2002 i.S. G.S.). Um im Einzelfall eine einheitliche und rechtsgleiche Festsetzung derartiger Entschädigungen zu gewährleisten, erscheint es als sinnvoll, ja geradezu als geboten, dass das Gewerbliche Schiedsgericht in seiner Praxis möglichst objektivierbare Bemessungskriterien entwickelt und anwendet.

c) Nach Inkrafttreten von Art. 337c OR auf den 1. Januar 1989 hat sich das Gewerbliche Schiedsgericht bei der Heranbildung seiner Praxis jener des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich angeschlossen und ist in der Regel von einem „Grundbetrag“ von zwei Monatslöhnen ausgegangen, den es je nach den konkreten, be- und entlastenden Umständen im Einzelfall erhöht oder ermässigt hat. Unter dem Eindruck der unverändert hohen Zahl ungerechtfertigter fristloser Entlassungen ist es im Jahr 2002 im Sinne einer Praxisänderung dazu übergegangen, den erwähnten Grundbetrag auf drei Monatslöhne zu erhöhen und diesen Ansatz entsprechend den konkreten Umständen nach oben oder nach unten anzupassen. Dieses Vorgehen hat im vorliegenden Fall, in dem das Gewerbliche Schiedsgericht die be- und entlastenden Faktoren als ausgeglichen gewichtet hat, zu einer Entschädigung von CHF 18'000.--, entsprechend drei Monatslöhnen der Beschwerdegegnerin, geführt.

Die von der Beschwerdeführerin an der neuen Praxis des Gewerblichen Schiedsgerichts geübte Kritik ist unbegründet. Eine Praxisänderung ist dann zulässig, wenn sie grundsätzlicher Natur ist, besserer Erkenntnis folgt, sachlich begründet ist und Gewähr für eine künftige rechtsgleiche Behandlung bietet (vgl. statt vieler BGE 127 [2001] I 52, 126 [2000] I 129, 125 [1999] II 162/163, 124 [1998] V 387). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die bessere Erkenntnis des Gewerblichen Schiedsgerichts beruht auf der Erfahrung, dass die Zahl der ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen unter der bisherigen Praxis nicht spürbar abgenommen hat, die beabsichtigte Abschreckung also nicht eingetreten ist. Dies mag damit zusammenhängen, dass eine Vertragsstrafe von lediglich zwei Monatslöhnen den Arbeitgeber nicht genügend hart trifft und für ihn im Ergebnis oftmals nicht schwerer wiegt als eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit anschliessender Freistellung des Arbeitnehmers. Die Erhöhung des Ausgangswertes von bisher zwei auf neu drei Monatslöhne trägt deshalb dem Abschreckungszweck der Entschädigung, dem die Literatur erhebliches Gewicht beimisst, angemessen Rechnung. Ohnehin ist nicht einzusehen, weshalb bei einem gesetzlichen Rahmen von sechs Monatslöhnen der Mittelwert bei zwei Monatslöhnen liegen sollte. Rehbinder (a.a.O.) befürwortet denn auch unter diesem Gesichtspunkt einen Ausgangsbetrag von drei Monatslöhnen. Inwiefern dieser Ansatz eine Ermessensunterschreitung bedeutet, ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich. Im Gegenteil, eine solche wäre, jedenfalls aus der Sicht des betroffenen Arbeitnehmers, eher bei einem Ausgangsbetrag von nur zwei Monatslöhnen, d.h. bei Ausschöpfung lediglich eines Drittels des gesetzlichen Rahmens, anzunehmen. Im übrigen führt jede Fixierung auf einen Grundbetrag, liege dieser nun bei zwei oder bei drei Monatslöhnen, zu einer gewissen Schematisierung und Erstarrung, die indessen mit der Berücksichtigung der besonderen konkreten Umstände wieder auszugleichen sind. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen den Ausgangswert von drei

Monatslöhnen und damit gegen die Praxisänderung des Gewerblichen Schiedsgericht wendet, erweist sich die Beschwerde nach dem Gesagten als unbegründet und ist in diesem Umfang abzuweisen.

d) Bei den konkreten Umständen, die zu einer Erhöhung oder Ermässigung des Ausgangsbetrags führen können, sind zunächst die Vorwürfe zu würdigen, welche die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin erhebt und die sie zum Anlass für die fristlose Entlassung und für die Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft genommen hat. Es handelt sich dabei um drei Vorfälle, die von den Parteien nach wie vor unterschiedlich gewichtet werden und für deren Einzelheiten auf die Akten, namentlich auf jene der Staatsanwaltschaft, verwiesen wird:

- Die Beschwerdegegnerin hat für eine gute Kundin ein Paar bei der Beschwerdeführerin nicht vorrätige Stiefel in einem Konkurrenzgeschäft gekauft und das dafür benötigte Geld vorerst der Kaffeekasse des Personals entnommen. In der Folge ist der Verkauf an die Kundin nicht zustande gekommen und sind die Stiefel im Geschäft der Beschwerdeführerin geblieben. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat der Beschwerdegegnerin ein Handeln im Interesse der Beschwerdeführerin zugebilligt, ihr aber den gewählten, ungewöhnlichen Weg zum Vorwurf gemacht.
- Die Beschwerdegegnerin hat an einem Geschäftsessen ein Paar Schuhe aus dem Sortiment der Beschwerdeführerin getragen, die später nach einer Auffrischung zum regulären Preis an eine Kundin verkauft worden sind. Sie hat sich dabei auf eine im Betrieb geltende Regelung berufen, nach welcher neue Schuhe an Modeschauen u.dgl. haben getragen werden dürfen. Solche Schuhe seien später mit Rabatt verkauft worden. Darüber, ob eine solche Regelung bestanden hat, haben die Angaben der befragten Personen keine restlose Klärung gebracht mit der Folge, dass das Gewerbliche Schiedsgericht einen Regelverstoss der Beschwerdegegnerin nicht als erwiesen betrachtet hat. Zudem hat es festgehalten, dass der Beschwerdeführerin durch das Vorgehen der Beschwerdegegnerin jedenfalls kein Schaden entstanden ist, da der Verkauf der Schuhe nicht mit Rabatt, sondern zum regulären Preis erfolgt ist. Auch dieser Würdigung ist bei der gegebenen unsicheren Beweislage zu folgen.
- Die Beschwerdegegnerin soll gelegentlich Kundinnen unerlaubte Rabatte gewährt und ihnen Schuhe in zu grosser Zahl und für zu lange Zeit zur Anprobe mit nach Hause gegeben haben. Der Vorwurf der unzulässigen Rabattgewährung hat sich weder im Strafverfahren noch im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht erhärten, aber auch nicht gänzlich entkräften lassen. Beweismässig steht lediglich fest, dass die Beschwerdegegnerin einer Kundin mehr Schuhe zur Auswahl mitgegeben hat, als dies nach einer betriebsinternen schriftlichen Weisung zulässig gewesen wäre. Da es sich dabei um eine der besten Kundinnen der Filiale gehandelt hat, hat das Gewerbliche Schiedsgericht den Weisungsverstoss milder gewichtet. Auch dieses Ergebnis überzeugt und ist nicht zu beanstanden.

Bei der Wertung dieser drei Vorfälle ist zu beachten, dass sie für eine fristlose Entlassung nicht ausreichen und sich auch strafrechtlich als nicht relevant erwiesen haben. Allerdings hat sich die Beschwerdegegnerin teilweise weisungswidrig und im übrigen zumindest verdächtig verhalten und damit das Misstrauen der Beschwerdeführerin gefördert. In diesem Umfang trägt sie, wie das Gewerbliche Schiedsgericht zutreffend festgestellt hat, ein gewisses Mitverschulden an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, das die Höhe der Entschädigung im Sinne einer Ermässigung beeinflusst.

Als erhöhend hat das Gewerbliche Schiedsgericht andererseits das Verhalten der Beschwerdeführerin gewichtet und dabei namentlich berücksichtigt, dass sie die Entlassung der Beschwerdegegnerin während deren krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen und ihr zwar eine schriftliche Stellungnahme zu den erhobenen Vorwürfen zugestanden, eine gegenseitige Aussprache aber trotz mehrmaligen Ersuchens verweigert hat. Ungeachtet des Hinweises des Gewerblichen Schiedsgerichts auf die eher geringen Chancen einer Strafanzeige anlässlich des Vorverfahrens hat die Beschwerdeführerin eine solche erstattet und den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft - erfolglos - an die Rekurskammer weitergezogen. Damit hat sie die Beschwerdegegnerin unnötigerweise an den Pranger gestellt und sie insbesondere betriebsintern in Misskredit gezogen. Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin erst nach rund drei Monaten eine neue Anstellung gefunden und dabei eine Lohneinbusse von ca. 17 % in Kauf nehmen müssen. Insgesamt erscheint die Vorgehensweise der Beschwerdeführerin zunächst als überstürzt und später als offensichtlich rechthaberisch, wobei vor allem ihr unangelegentliches Insistieren auf dem Strafverfahren einen belastenden und damit entschädigungserhöhenden Umstand darstellt.

Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die be- und entlastenden Umstände, wie sie im geschilderten Verhalten beider Parteien zum Ausdruck gelangen, und ihre Auswirkungen auf die Höhe der Entschädigung als ungefähr gleichwertig gewichtet und deshalb den Ausgangsbetrag von drei Monatslöhnen als angemessen im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR betrachtet. Diese Beurteilung erscheint als ausgewogen. Sie trägt dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Abschreckungszweck Rechnung und beruht weder auf einer Unter- noch auf einer Überschreitung des richterlichen Ermessens. Das angefochtene Urteil erscheint daher als richtig und ist auch bei freier Kognition nicht als fehlerhaft zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet. [...]"

(AGE vom 18.3.2003 in Sachen F. AG gegen J.; GSGE vom 2.9.2002 in Sachen von J. gegen F. AG, GS 2002/78

2.11. Abgangsentschädigung (Art. 339b ff. OR)

2.11.1. Art. 339c OR. Auslegung einer Vertragsabrede ("5 % [des Jahresgehalts] für jedes folgende Jahr") über die Höhe einer Abgangsentschädigung: Massgebend sind nur vollständige Beschäftigungsjahre.

2.11.2. Art. 339d Abs. 1 OR. Prämienbefreiungen, die mit Geldern aus Arbeitgeberbeiträgen finanziert werden, sind abzugsfähig.

S. war vom 4. Januar 1982 bis 31. Juli 2000 als leitender Angestellter bei der W. AG beschäftigt. Artikel 18 des Arbeitsvertrages sah vor, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Abgangsentschädigung hatte, falls das Arbeitsverhältnis nach mindestens 10 Jahren aufgelöst wurde, ohne dass diesen an der Vertragsauflösung ein schweres Verschulden traf. Die Höhe der Abgangsentschädigung betrug 50 % des letzten Jahresgehaltes nach 10 Anstellungsjahren und "weitere 5 % für jedes folgende Jahr". Bei der Berechnung der Abgangsentschädigung war zwischen den Vertragsparteien unter anderem umstritten, ob S. Anspruch auf diese 5 % nur für ein vollständiges Jahr oder aber auch pro rata für ein unvollständiges Jahr hatte. Zudem waren sich die Vertragsparteien darüber nicht einig, ob eine von der Pensionskasse den Angestellten der W. AG während mehrerer Jahren gewährten Beitragsbefreiung als Beiträge der W. AG im Sinne von Art. 339d Abs. 1 OR zu betrachten waren. Die von S. mit Klage vom 6. Juli 2001 beim Gewerblichen Schiedsgericht in diesem Zusammenhang gestellten Ansprüche wurden mit Urteil vom 25. Februar 2002 abgewiesen. Dabei wurde Folgendes erwogen.

Aus dem Wortlaut von Art. 18 des Arbeitsvertrags wurde nicht eindeutig klar, ob die weiteren "5 % für jedes folgende Jahr" nur für ein vollständiges Jahr zu verstehen waren oder nicht. Der Vergleich dieser Vorschrift mit weiteren Bestimmungen im Arbeitsvertrag zeigte jedoch, dass die Vertragsparteien bei der Regelung zeitabhängiger Ansprüche des Arbeitnehmers, wie Ferien, 13. Monatslohn und Gratifikation, allfällige pro rata Ansprüche jeweils ausdrücklich erwähnten. Zudem bemessen die Gerichte, wie ein Blick in die Rechtsprechung zeigt (vgl. die bei ZK-Staehelin, Art. 339c OR N. 8, S. A719 aufgeführten Hinweise), die Höhe der Abgangsentschädigung regelmässig lediglich aufgrund der vom Arbeitnehmer absolvierten vollendeten Beschäftigungsjahre. Beides führte dazu, dass auch vorliegend die Abgangsentschädigung bloss aufgrund von 18 Dienstjahren berechnet wurde, während die 7 Monate Arbeit, die S. im Jahre 2000 noch geleistet hatte, unberücksichtigt blieben.

Nach Art. 339d Abs. 1 OR können Leistungen einer Personalfürsorgeeinrichtung, die der Arbeitnehmer erhält, von der Abgangsentschädigung abgezogen werden, soweit diese vom Arbeitgeber oder auf Grund seiner Zuwendungen von der Personalfürsorgeeinrichtung finanziert worden sind. Vorliegend konnte die W. AG nachweisen, dass die strittige Prämienbefreiung

aus den Arbeitgeberbeiträgen finanziert wurde, welche die W. AG für später ausgeschiedene Angestellte der Pensionskasse einbezahlt hatte. Diese Angestellten durften aufgrund der damals noch gültigen nur teilweisen Freizügigkeit hinsichtlich ihres Pensionskassenguthabens die Arbeitgeberbeiträge der W. AG beim Stellenwechsel nicht für sich beanspruchen. Damit war die betreffende Prämienbefreiung durch die Pensionskasse aus Mitteln ermöglicht worden, die ursprünglich von der W. AG stammten. Aus diesem Grund waren auch diese Beiträge von der Abgangsentschädigung in Abzug zu bringen.

(GSGE vom 25.2.2002 in Sachen S. gegen W. AG, GS 2001/246)

2.12. Dienstaltersgeschenk: Anspruch auf Freitage trotz Ausscheidens?

Siehe Ziffer 2.10.3.: S. 52

2.13. Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR)

2.13.1. Art. 351a Abs. 1 OR / Art. 4 Abs. 2 HArG. Sofern sich der Lohn nach der geleisteten Arbeit bemessen soll, so ist auch die Vorgabezeit schriftlich anzugeben. Bei Fehlen einer Vorgabezeit wird der übliche Aufwand durch das Gericht geschätzt.

2.13.2. Art. 352 Abs. 2 OR / Art. 321e OR. Kein Verschulden der Arbeitnehmerin für Arbeitsmängel, wenn diese nicht ausreichend instruiert wurde und zudem bekanntermassen keine ausgebildete Schneiderin ist. Kein Anspruch der Arbeitgeberinnen auf Verbesserung und Schadenersatz.

2.13.3. Art. 353b OR / Art. 324 OR. Ungenügende Arbeitsqualität berechtigt die Arbeitgeberinnen zur Arbeitsreduktion, soweit dies vertraglich vorgesehen ist.

L. arbeitete seit dem 16. März 2001 bei H. und J. als Schneiderin in einem Heimarbeitsvertrag. Der am 19. April 2001 unterzeichnete unbefristete Vertrag sah vor, dass L. wöchentlich 2 bis 4 Kleidungsstücke erhalten werde, die zu nähen waren. H. und J. behielten sich vor, "diese Stückzahl (z.B. bei Fehlen von Material, vermindertem Arbeitsanfall, etc.) vorübergehend auf 1 bis 2 Stück wöchentlich zu reduzieren". Weiter wurde bestimmt, dass bei der Übergabe der Arbeit der Stücklohn sowie der für die Arbeit berechnete Zeitaufwand bekanntgegeben werden. Der Berechnung des Stücklohnes werde ein Stundenlohnansatz von Fr. 20.-- inkl. 8,33 % Ferienanteil zugrunde gelegt. Mit Schreiben vom 22. Mai 2001 kündigten H. und J. den Vertrag, weil sie mit den letzten Arbeiten von L. zuviel Verlust und vor al-

lem Umtriebe gehabt hätten. In der Folge teilten sie L. keine Arbeit mehr zu. In der Lohnabrechnung vom 1. Juni 2001 wurde für die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses eine Lohnsumme Fr. 1'844.70 netto ausgewiesen. Ausbezahlt waren an L. bereits Fr. 1'198.-- netto. Das Restguthaben von L. verrechneten H. und J. mit einer Gegenforderung von Fr. 1'036.70 für Wiederherstellungsarbeiten und Materialkosten, die aus fehlerhafter Arbeit von L. entstanden seien. Mit Klage vom 12. Juli 2001 begehrte L. die Verurteilung von H. und J. in solidarischer Verbindung zur Zahlung von Fr. 5'786.-- brutto nebst Zins. Die Forderung setzte sich einerseits aus Lohn für geleistete Arbeit und andererseits aus Lohn für die Kündigungsfrist zusammen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 16. August 2001 im Umfang von Fr. 2'527.60 netto nebst Zins gut, wobei es Folgendes erwogen hat.

Unter den Parteien war zunächst umstritten, wie viele Kleidungsstücke bzw. wie viele Stunden L. seit Beginn des Arbeitsverhältnisses genäht bzw. gearbeitet hatte. Da L. selber aber von weniger fertiggestellten Kleidungsstücken als H. und J. ausging, war letztlich nur über den verrechenbaren Stundenaufwand zu urteilen. L. ging von einem Arbeitsaufwand von total 156 Stunden aus. Nach Ansicht von H. und J. war dieser Aufwand nicht gerechtfertigt. Sie hätten L. teilweise kürzere Zeitvorgaben mitgegeben als der Stundenaufwand, der L. pro Kleidungsstück geltend machte. Einig waren sich die Parteien darüber, dass der Aufwand pro Jacke 4 Stunden betragen durfte. Umstritten war hingegen der Aufwand pro Hose. Die Klägerin setzte 2 Stunden ein. Die Beklagten wollen ihr eine Zeitvorgabe von jeweils 1 Stunde 20 Minuten bis 1 Stunde 30 Minuten mitgegeben haben. Auszugehen war davon, dass nach Art. 351a Abs. 1 OR die Arbeitgeberinnen im Heimarbeitsvertrag vor jeder Ausgabe von Arbeit der Arbeitnehmerin die für deren Ausführung erheblichen Bedingungen bekanntgeben müssen. Die Angabe des Lohnes hat dabei schriftlich zu erfolgen (Art. 351a Abs. 1 OR; Art. 3 Heimarbeitsgesetz, HArG, das auf die gewerbliche und industrielle Heimarbeit Anwendung findet; SR 822.31). Sofern der Lohn nach der geleisteten Arbeit bemessen wird, gehört dazu auch die Vorgabezeit, das heisst der geschätzte Zeitaufwand (Art. 326a Abs. 1 OR; Art. 4 Abs. 2 HArG). Vorliegend ergab sich der Lohnansatz pro Stunde aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag. Hingegen erfolgte die Bekanntgabe der Vorgabezeit nach den Aussagen der beklagten H. und J. jeweils bloss mündlich und war zudem von L. in den meisten Fällen bestritten. Unter diesen Umständen kam Art. 351a Abs. 2 OR zum Zuge, wonach die üblichen Arbeitsbedingungen gelten, wenn die Angaben über den Lohn nicht gesetzeskonform vorgenommen wurden. Das Gericht ging davon aus, dass die von L. geleisteten zwei Stunden pro Hose als üblich anzusehen sind. Aus diesem Grund standen ihr für die geleisteten 156 Arbeitsstunden Fr. 3'120.-- brutto zu. Nicht zu untersuchen war, ob der in den Stundenlohnansatz integrierte Ferienanteil zulässig war oder nicht, weil die Klägerin diesen Punkt nicht beanstandet hat.

Für die Zeit während der Kündigungsfrist, in der L. keine Arbeit mehr zugeteilt wurde, hatte sie dennoch Lohn zugut. Die Klägerin wurde bis 10. Mai 2001 beschäftigt. Die Kündigung erfolgte am 22. Mai 2001. Damit endete das Arbeitsverhältnis am 30. Juni 2001. Berücksichtigt wurde, dass die Arbeitgeberinnen die Stückzahl von wöchentlich 4 vorübergehend auf 1 bis 2

Stück reduzieren durften. Als Gründe, die zur Reduktion berechtigten, wurden im Heimarbeitsvertrag beispielhaft das Fehlen von Material sowie der verminderte Arbeitsanfall angegeben. Solche Gründe fielen jedoch grundsätzlich ins Betriebs- und Wirtschaftsrisiko von H. und J. und widersprachen damit den relativ zwingenden Vorschriften in Art. 324 OR sowie Art. 353b OR, wonach die Arbeitgeberinnen in aller Regel zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleiben, wenn sie ihrer Arbeitnehmerin keine oder weniger Arbeit anbieten können, als vereinbart wurde (ZK-Staehelin, Art. 324 OR N. 12 ff., S. A210 f.; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 324 OR N. 5, S. 141; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 324 OR N. 2, S. 135). Vorliegend haben H. und J. jedoch auf die weitere Beschäftigung von L. verzichtet, weil sie mit ihrer Arbeitsqualität nicht zufrieden waren. Unter diesen Umständen wurde die Zulässigkeit der vertraglich vorbehaltenen Reduktion des Arbeitspensums auf 2 Kleidungsstücke pro Woche bejaht. Damit ergab sich eine gesamte Lohnforderung der Klägerin von Fr. 3'980.70 brutto bzw. von Fr. 3'725.60 netto. Da L. bereits Fr. 1'198.-- netto ausbezahlt erhalten hatte, standen ihr noch Fr. 2'527.60 netto zu.

Zu prüfen war ferner, ob die Beklagten von diesem Lohn Guthaben die Kosten für Wiederherstellungsarbeiten in Abzug bringen durften. L. hat diese Verrechnungsforderung bestritten. Nicht nachgewiesen war insbesondere, dass H. und J. die Arbeitnehmerin bei der Arbeitsausgabe ausreichend instruiert hatten. Wie sie wussten, war L. keine ausgebildete Schneiderin. Es konnte deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die ihr zum Vorwurf gemachten Mängel verschuldet hatte. Aus diesem Grund konnte von ihr weder die Verbesserung allfälliger Mängel (Art. 352 Abs. 2 OR) noch gar Schadenersatz (Art. 321e OR) verlangt werden.

(GSGE vom 16.8.2001 in Sachen L. gegen H. und J., GS 2001/256)

3. Gleichstellungsgesetz (GIG)

3.1. + 2. Offengelassen, ob in Analogie zu Art. 11 Abs. 3 GIG iVm Art. 8 Abs. 2 sowie Art. 9 GIG für eine Entschädigungsklage eine Klagfrist gilt, wenn die Diskriminierung damit begründet wird, dass Arbeitsverhältnisse mit Männern und Frauen aufgrund eines unterschiedlichen Pensionierungsalters durch den Arbeitgeber entsprechend früher oder später beendet werden. Die Frist zur Einreichung einer Entschädigungsklage beim Gericht nach dem Scheitern des Schlichtungsverfahrens beginnt erst mit der schriftlichen Bestätigung der Schlichtungsstelle nach § 16 Abs. 2 EG GIG darüber, dass ein Vergleich nicht zustande gekommen ist. Art. 10 Abs. 3 GIG bezieht sich nur auf die in Abs. 1 umschriebenen Fälle einer Kündigung "ohne begründeten Anlass", nicht hingegen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Erreichen der Altersgrenze.

3.3. § 64b Pensionskassengesetz BS / Art. 5 Abs. 2 GlG. Diskriminierung der Frauen, die im Unterschied zu den Männern nicht zwischen der bisherigen und der neuen Altersgrenze wählen können. In casu konnte eine Spitalchwester nicht weiterarbeiten, um ihre berufliche Vorsorge aufzubessern. Die daraus entstehende finanzielle Schlechterstellung wurde nicht durch andere Vorteile ausgeglichen. Der Entschädigungsanspruch bestimmt sich in Analogie zu Art. 5 Abs. 2 GlG. In casu wurde eine Entschädigung in der Höhe von zwei Nettomonatslöhnen als angemessen angesehen.

S., geboren am 1. Januar 1941, arbeitete seit dem 26. April 1979 als privatrechtlich angestellte Mitarbeiterin im Patientenwesen im Gemeindespital R. (im Folgenden: Spital). Als solche war sie für die berufliche Vorsorge bei der Pensionskasse des Basler Staatspersonals versichert. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2000 teilte ihr das Spital mit, sie werde wegen Erreichens der Altersgrenze auf den 31. Januar 2001 pensioniert. Das Spital stützte sich hiefür einerseits auf Art. 5 Abs. 2 des Personalreglements, wonach das Arbeitsverhältnis auf den Zeitpunkt der Alterspensionierung ohne weiteres, insbesondere ohne vorgängige Kündigung, erlischt, und andererseits auf die Bestimmungen des Pensionskassengesetzes (PKG; SG 166.100) und auf die Anschlussvereinbarung zwischen dem Spital und der Pensionskasse des Basler Staatspersonals. Nach der Regelung des Pensionskassengesetzes wird die massgebende Altersgrenze frühestens am Monatsende nach Vollendung des 60. Altersjahres und spätestens am Monatsende nach Vollendung des 63. Altersjahres erreicht (§ 30 Abs. 2 PKG). Abweichend davon gilt gemäss der Übergangsbestimmung von § 64b Abs. 1 PKG, in Kraft seit dem 1. Juli 1995, für versicherte Frauen mit Lebensalter 47 oder älter die ordentliche Altersgrenze von 60 Jahren, während versicherte Männer mit Lebensalter 50 oder älter gemäss Absatz 2 der zitierten Bestimmung bis zur Vollendung des 63. Altersjahres weiterarbeiten können.

S. widersetzte sich der Pensionierung und bekundete gegenüber dem Spital ihren Willen, zwecks Verbesserung ihrer Altersvorsorge weiterhin arbeiten zu wollen, was das Spital ablehnte. In der Folge wandte sie sich wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes (GlG; SR 151.1) an die Kantonale Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen. Da eine Einigung mit dem Spital nicht zustande kam, reichte sie beim Gewerblichen Schiedsgericht gestützt auf Art. 11 GlG eine Klage ein mit dem Begehren um Verurteilung des Spitals zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 9'600.-- netto, zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Februar 2001. Mit Urteil vom 3. Juni 2002 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab. Die gegen dieses Urteil von S. erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht mit Entscheid vom 19. November 2002 mit folgender Begründung gutgeheissen:

"[...] 2. Der Beschwerdegegner [Spital] macht geltend, die Entschädigungsklage der Beschwerdeführerin [S.] sei wegen Nichteinhaltung der Klagefrist verwirkt. Hiezu ist zu bemerken, dass gemäss Art. 11 Abs. 3 GlG in den Fällen, in denen das Gesetz eine Klagefrist vorsieht, die Schlichtungsstelle

innerhalb dieser Frist anzurufen und die gerichtliche Klage innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens einzureichen ist. Eine solche gesetzliche Klagfrist sehen Art. 8 Abs. 2 GIG bei diskriminierender Ablehnung einer Anstellung und Art. 336b Abs. 2 OR, in Verbindung mit Art. 9 GIG, bei diskriminierender Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor, wobei die Klagfrist im ersten Fall drei Monate und im zweiten Fall 180 Tage beträgt. Im vorliegenden Fall besteht zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass es weder um die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses noch um die Ablehnung einer Anstellung geht. Gegenstand des Rechtsstreits bildet vielmehr die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien infolge unterschiedlichen Pensionierungsalters für Männer und Frauen. Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass dieser Fall im Hinblick auf die vom Gleichstellungsgesetz bezweckte tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau gleich zu behandeln ist wie die diskriminierende Ablehnung einer Anstellung oder die diskriminierende Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, denn auch hier steht das Interesse der betroffenen Person am Zustandekommen bzw. am Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses im Vordergrund. Ob auch in einem solchen Fall, in analoger Anwendung der erwähnten Gesetzesbestimmungen, eine Klagfrist anzunehmen ist, kann offen bleiben, da die Beschwerdeführerin jedenfalls ihre Entschädigungsklage am 5. Februar 2002 und damit innert drei Monaten nach dem Scheitern des Schlichtungsverfahrens eingereicht hat. Dieses ist nämlich, entgegen der Meinung des Beschwerdegegners, nicht schon mit der erfolglos verlaufenen Schlichtungsverhandlung vom 30. Oktober 2001 abgeschlossen gewesen, sondern erst mit der in § 16 Abs. 2 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Gleichstellungsgesetz (SG 140.100) ausdrücklich vorgeschriebenen schriftlichen Bestätigung des Nichtzustandekommens eines Vergleichs. Diese Zustellung, versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung, ist im vorliegenden Fall am 5. November 2001 erfolgt. Erst in diesem Zeitpunkt hat für die Beschwerdeführerin die Gewissheit bestanden, dass das Schlichtungsverfahren beendet ist, d.h. dass keine weiteren Vergleichsversuche mehr stattfinden würden und sie (die Beschwerdeführerin) zur Wahrung ihrer Rechte innert der Frist von drei Monaten gemäss Art. 11 Abs. 3 GIG das Gericht werde anrufen müssen. Mit ihrer Klage vom 5. Februar 2002 hat sie diese Frist eingehalten.

Ebenfalls eingehalten hat die Beschwerdeführerin die Frist zur Anrufung der Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen. Wohl sieht Art. 10 Abs. 3 GIG vor, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden muss. Diese Bestimmung gelangt indessen im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung, zum einen, weil das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin, wie erwähnt, nicht mittels Kündigung, sondern wegen Erreichens der Altersgrenze aufgelöst worden ist und zum andern, weil sich die Vorschrift nur auf die in Art. 10 Abs. 1 GIG umschriebenen Fälle von Kündigungen "ohne begründeten Anlass", also auf sog. Rachekündigungen, bezieht. Mit ihrer Eingabe vom 8. Februar 2001 an die Schlichtungsstelle hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 9 GIG und Art. 336b Abs. 2 OR einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht, was nach der zitierten Bestimmung innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geschehen hat. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 31. Januar 2001 geendet und die Beschwerdeführerin sich bereits am 8. Februar 2001 an die Schlichtungsstelle gewandt hat, ist entgegen der Meinung des Beschwerdegegners auch diese Frist gewahrt.

3. Gemäss Art. 5 Abs. 6 des Personalreglements erlischt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdegegner und seinen Mitarbeitern ohne weiteres auf den Zeitpunkt der Alterspensionierung; einer vorangehenden Kündigung bedarf es nicht. Die Vereinbarung einer derartigen Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den jeweiligen Mitarbeiter ist grundsätzlich zulässig (vgl. BGE 114 [1988] II 349/350). Das massgebende Pensionierungsalter bestimmt sich im vorliegenden Fall nach dem Pensionskassengesetz, dem der Beschwerdegegner gemäss Art. 47 des Personalreglements mit entsprechender Anschlussvereinbarung die berufliche Vorsorge seiner Mitarbeiter unterstellt hat. Nach dem revidierten § 30 Abs. 2 PKG gilt für beide Geschlechter die gleiche Altersgrenze. Sie wird nach fünfunddreissig Versicherungsjahren jeweils auf ein Monatsende erreicht, frühestens jedoch am letzten Tag des Monats, in dem die versicherte Person das sechzigste Altersjahr vollendet und spätestens am letzten Tag des Monats, in dem sie das dreiundsechzigste Altersjahr vollendet. Abweichend von dieser allgemeinen Regelung gilt nach der Übergangsbestimmung von § 64b Abs. 1 PKG für bereits in der Pensionskasse versicherte Frauen mit Lebensalter siebenundvierzig oder älter - und damit auch für die im Jahr 1941 geborene Beschwerdeführerin - die Altersgrenze von sechzig Jahren, während gemäss Abs. 2 der zitierten Bestimmung bereits in der Pensionskasse versicherten Männer mit Lebensalter fünfzig oder älter, die gemäss früherer Regelung ihre Altersgrenze nach Vollendung des dreiundsechzigsten Altersjahres erreichen, zwischen der bisherigen (65 Jahre) und der neuen Altersgrenze wählen können. Durch diese Regelung erleidet die Beschwerdeführerin, die lediglich über dreissig Beitragsjahre verfügt, im Vergleich mit einem Mann in der gleichen Situation insofern einen Nachteil, als sie mit Vollendung des sechzigsten Altersjahres ihre Stelle verliert, ohne ihre Dienstjahre verlängern und dadurch ihre Pensionskassenrente aufbessern zu können, dagegen ein Mann gleichen Alters und mit ebenfalls nur dreissig Beitragsjahren sich gemäss § 64b Abs. 2 PKG für die bisherige Altersgrenze von fünfundsechzig Jahren und damit für eine entsprechend höhere Pensionskassenrente entscheiden kann. Die Regelung von § 64b PKG wirkt sich somit für die Beschwerdeführerin geschlechtsbedingt finanziell nachteilig aus.

4. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat nicht verkannt, dass die geschilderte unterschiedliche Regelung des Pensionierungsalters Männer und Frauen ungleich trifft. Gleichwohl hat es das Bestehen einer Diskriminierung für die Beschwerdeführerin verneint, weil die für sie negativen Folgen der Ungleichbehandlung durch verschiedene Vorteile - mehr Freizeit, früherer Rentenbezug, möglicher Antritt einer neuen Stelle - aufgewogen würden. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es ist ihr insbesondere entgegenzuhalten, dass der mit der früheren Pensionierung verbundene Vorteil der freien Lebensgestaltung ohne Arbeit den erlittenen finanziellen Nachteil nicht ohne weiteres ausgleicht. Erwerbsarbeit stellt nicht einfach und in jedem Fall eine Last dar, sondern weist auch zahlreiche positive Aspekte auf, wie etwa berufliche Befriedigung, zwischenmenschliche Kontakte, soziale Anerkennung etc., die nicht ohne weiteres mit einer finanziellen Leistung abgegolten werden können. Jedenfalls liegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht angeführten Vorteile auf einem ganz anderen Gebiet; sie lassen sich im übrigen nicht verallgemeinern, da die individuellen Bedürfnisse, wie der vorliegende Fall deutlich macht, sehr unterschiedlich sein können. So hat denn auch das Verwaltungsgericht in einem vergleichbaren Fall hinsichtlich eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses entschieden, dass die Regelung, wonach das Arbeitsverhältnis einer Frau mit vollendetem sechzigsten Altersjahr erlischt, Männer dagegen länger arbeiten können, gegen die Bundesverfassung verstösst (Art. 4 Abs. 2

aBV) und den Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau verletzt (BJM 1988, S. 67; vgl. ferner JAR 1994, S. 267, und BGE 109 [1983] Ib 89). Die gleiche Rechtsauffassung vertritt offenbar auch das Bundesgericht (Praxis 78/1989, Nr. 114, S. 389/390). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Frage im vorliegenden Fall anders beantwortet werden sollte. Dass die Bundesgesetzgebung bei der Alters- und Hinterlassenenversicherung und bei der beruflichen Vorsorge ebenfalls unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen kennt, ändert an der festgestellten Verletzung des Gleichstellungsgrundsatzes jedenfalls nichts, zumal jene Ungleichheit frühestens mit vollendetem zweiundsechzigsten Altersjahr der weiblichen Versicherten wirksam wird, während es bei der Beschwerdeführerin um die Altersgrenze von sechzig Jahren geht. Die Auffassung des Gewerblichen Schiedsgerichts, wonach sich die Regelung von § 64b Abs. 1 PKG nicht diskriminierend auswirke, erweist sich nach dem Gesagten als unrichtig.

5. Wie das Bundesgericht schon unter der Herrschaft der alten Bundesverfassung (Art. 4 Abs. 2) angenommen hat, richten sich auch nach der neuen (Art. 8 Abs. 3) die Auswirkungen des Gleichstellungsgrundsatzes, anders als bei der Lohndiskriminierung, nicht an Private, sondern an das Gemeinwesen; sie entfalten insofern keine direkte Dritt- oder Horizontalwirkung (Praxis 78/1989, a.a.O.). Massgebend sind ausschliesslich die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes über die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgte geschlechtsbedingte Diskriminierung.

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist der vorliegende Fall unter gleichstellungsrechtlichen Gesichtspunkten gleich zu behandeln wie die diskriminierende Ablehnung der Anstellung oder die diskriminierende Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Da die Beschwerdeführerin durch die Regelung des Pensionierungsalters eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG erleidet, steht ihr analog zu den erwähnten Fällen gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG ein Anspruch auf Entschädigung zu. Der angefochtene Entscheid, mit dem das Gewerbliche Schiedsgericht die entsprechende Entschädigungsklage der Beschwerdeführerin abgewiesen hat, beruht somit auf einer unrichtigen Anwendung des Gleichstellungsgesetzes. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Da die Sache keiner weiteren Abklärungen bedarf und deshalb spruchreif ist, kann von einer Rückweisung an das Gewerbliche Schiedsgericht abgesehen werden und ist der neue Entscheid vom Appellationsgericht zu fällen (§ 244 ZPO).

6. Die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GIG ist "unter Würdigung aller Umstände" festzusetzen und darf im Einzelfall den Betrag, der sechs Monatslöhnen entspricht, nicht übersteigen (Art. 5 Abs. 4 GIG). Die Bemessung ihrer Höhe liegt im richterlichen Ermessen und hat im übrigen nach den Grundsätzen zu erfolgen, wie sie auch bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a Abs. 2 OR) und bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR) zur Anwendung gelangen. Alle diese Entschädigungen bezwecken nicht den Ersatz eines allfälligen materiellen Schadens, sondern stellen eine Vertragsstrafe dar, die das erlittene Unrecht, namentlich die seelische Unbill, abgelten und die dafür verantwortliche Gegenpartei bestrafen soll (vgl. Zürcher Kommentar, A. Staehelin, Art. 336a OR, N. 3). Die von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht und erneut im Beschwerdeverfahren geforderte Entschädigung von CHF 9'600.-- entspricht gemäss ihren unbestritten gebliebenen Angaben in der erstinstanzlichen Verhandlung rund zwei Netto-Monatslöhnen

(vgl. Protokoll der Verhandlung vom 3. Juni 2002). Dieser Betrag erscheint als angemessen, zumal er nur einen Drittel des gesetzlich zulässigen Höchstbetrags ausmacht und die Beschwerdeführerin mehr als zwanzig Jahre im Betrieb des Beschwerdegegners tätig gewesen ist. Dieser ist daher zu entsprechender Zahlung zu verurteilen. Der geforderte Verzugszins ist unbestritten; [...]"

(AGE vom 19.11.2002 in Sachen S. gegen Gemeindespital R.; GSGE vom 3.6.2002 in Sachen S. gegen Gemeindespital R., GS 2002/56)

3.1.4. § 4 Abs. 3 EG GlG. Offengelassen, ob die Geltendmachung eines höheren Lohns unter Berufung auf eine Diskriminierung infolge Zivilstands nur als Nebenpunkt zu betrachten ist.

Art. 3 Abs. 1 iVm Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG. Eine Benachteiligung wegen des Zivilstands ist erst dann eine relevante Diskriminierung, sofern sie gleichzeitig zu einer Benachteiligung wegen des Geschlechts führt. Die Ehefrau des alleinigen Aktionärs ihrer Arbeitgeberin konnte sich für den von ihr geltend gemachten höheren Lohn nicht auf eine Diskriminierung infolge ihrer Ehe berufen, weil sie dabei nicht als Frau benachteiligt wurde.

R.S. arbeitete einige Jahre im Betrieb ihres Ehemannes U.S., den dieser in Form von zwei Aktiengesellschaften, der X. AG und der Y. AG, führte. R.S. war Verwaltungsrätin in beiden Gesellschaften und einzige Angestellte der X. AG. Alleiniger Aktionär und Verwaltungsratspräsident der X. AG war ihr Ehegatte. Im mündlich abgeschlossenen Arbeitsvertrag vereinbarten R.S. und die X. AG ein Monatsgehalt von Fr. 3'000.-- brutto für ihre Tätigkeit. Nachdem die Ehegatten das Getrenntleben aufgenommen hatten, kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis per 30. April 2001. Mit Klage vom 17. September 2001 verlangte R.S. die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von Fr. 30'000.-- brutto, entsprechend Lohndifferenzen von je Fr. 5'000.-- brutto für die Monate September 1996 bis Februar 1997. Zur Begründung ihrer Klage machte R.S. geltend, der Lohn sei wegen ihrer Ehe mit U.S. lediglich auf Fr. 3'000.-- brutto festgesetzt worden. Aufgrund ihres Aufgabenbereichs wäre vielmehr ein Lohn von Fr. 8'000.-- brutto angemessen gewesen. Der vereinbarte Lohn verstosse gegen das Gleichstellungsgesetz. Mit Urteil vom 29. November 2001 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab, soweit es darauf eintrat.

Gemäss § 45c ZPO obliegt in Streitigkeiten betreffend die Diskriminierung im Erwerbsleben die Aufgabe zu einer Vermittlung unter den Parteien der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen. Für das Verfahren ist das kantonale Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz (EG GlG, SG 140.100) massgebend. Nach § 4 Abs. 1 EG GlG müssen Diskriminierungsstreitigkeiten aus privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen, die das Geschlecht betreffen, vor der Einleitung eines Gerichts- oder Verwaltungsrekursverfahrens der Schlichtungsstelle unterbreitet werden. Nach § 4 Abs. 3 EG GlG ist die Anrufung der Schlichtungsstelle fakultativ, sofern die Diskriminierung nur als Nebenpunkt geltend gemacht wird. Da sich die Klägerin für ihren Anspruch ausdrücklich und einzig auf eine Verletzung

des Gleichstellungsgesetzes berief, konnte es sich nicht bloss um einen Nebenpunkt handeln. Letztlich konnte die Frage aber offenbleiben, weil die Klage ohnehin unbegründet und deshalb abzuweisen war.

Nach Auffassung der Klägerin wurde sie aufgrund ihres Zivilstands als verheiratete Frau lohnmässig diskriminiert. Auszugehen war davon, dass die Arbeitsvertragsparteien im Rahmen der Privatautonomie bei der Festsetzung des Lohns grundsätzlich frei sind (Art. 322 Abs. 1 OR). Sofern der Lohn nicht durch Einzelarbeitsvertrag, NAV oder GAV bestimmt wird, gilt der übliche Lohn. Zudem wird die Freiheit, den Lohn vertraglich nach Belieben festzulegen, durch das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung eingeschränkt. Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder bei Arbeitnehmerinnen auf eine Schwangerschaft. Wer von einer derartigen Diskriminierung betroffen ist, kann nach Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG die Bezahlung eines vorenthaltenen höheren Lohns verlangen. Art. 3 Abs. 1 GIG setzt nach seinem Wortlaut voraus, dass eine Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts benachteiligt wird. Eine Benachteiligung wegen des Zivilstands ist deshalb erst dann eine relevante Diskriminierung, sofern sie gleichzeitig zu einer Benachteiligung wegen des Geschlechts führt (Olivier Steiner, Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, 1998, S. 99 f.). Dies ist gegeben, wenn ein Arbeitgeber Lohnzulagen an seine unverheirateten Angestellten ausrichtet und dabei zugleich der Männeranteil unter diesen wesentlich höher ist als bei den verheirateten Angestellten. Diese Bevorzugung der Unverheirateten, die auf den ersten Blick mit der Geschlechtszugehörigkeit nichts zu tun hat, würde jedoch im Ergebnis zu einer Privilegierung der Männer führen, indem diese von der Zulage viel häufiger als die Frauen profitieren könnten. Eine solche Konstellation fiel unter den Begriff der indirekten Diskriminierung, bei der trotz einer Unterscheidung nach einem äusserlich neutralen Kriterium (verheiratet/unverheiratet) das eine Geschlecht im Vergleich zum anderen schlechter gestellt würde.

Eine solche Situation machte R.S. nicht geltend. Sie brachte lediglich vor, dass sie wegen ihres Zivilstands eine Lohneinbusse erlitten habe. Inwiefern darin eine Benachteiligung für sie als Frau liegen sollte, führte sie nicht aus. Insbesondere behauptete sie nicht, dass im Betrieb der X. AG oder auch der Y. AG andere Angestellte aufgrund der Tatsache, dass sie verheiratet sind, benachteiligt würden und dass diese Angestellten ganz überwiegend weiblichen Geschlechts seien. Deshalb wurde das Vorliegen einer Diskriminierung verneint. Das Gleichstellungsgesetz untersagt eine Minderentlohnung der Ehefrau im Grundsatz nicht. Im vorliegenden Fall müsste die Klägerin einen Ausgleich für die von ihr als ungerecht empfundene Situation primär über das eheliche Güterrecht und über die Entschädigung für ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt der Familie gemäss Art. 165 ZGB suchen. Für diese Frage war das Gewerbliche Schiedsgericht aber offensichtlich nicht zuständig.

(GSGE vom 29.11.2001 in Sachen R.S. gegen X. AG, GS 2001/346)

E. Statistiken der Berichtsjahre 2000 - 2002

	2000	2001	2002
Klageingänge	373	476	462
aus dem Vorjahr übernommen	<u>188</u>	<u>197</u>	<u>197</u>
Total hängig	561	673	659
unerledigt übertragen	197	230	218
erledigte Fälle	364	443	441

Die Fälle fanden folgende Erledigung

Sitzungen (inkl. Vorverfahren)	138	138	148
--------------------------------	-----	-----	-----

2000

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	2	10	0	12	16	6	5	39
2. Chemie + Spital	2	0	0	2	0	1	0	3
3. Körper + Gesundheitspflege	1	1	0	2	4	3	0	9
4. Handel, Büro + Technik	11	33	7	51	77	28	7	163
5. Transport + Verkehr	4	10	3	17	19	3	0	39
6. Künstlerische Berufe + Werbung	1	1	0	2	3	1	1	7
7. Textilien, Leder + Reinigung	2	5	2	9	4	1	1	15
8. Metall + Kunststoffarbeit	1	4	3	8	14	5	1	28
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	5	21	6	32	17	7	3	59
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	0	0	0	0	1	0	1	2
Total	29	85	21	135	155	55	19	364

2001

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	4	6	2	12	3	6	9	30
2. Chemie + Spital	0	0	1	1	0	1	2	4
3. Körper + Gesundheits- pflege	0	2	2	4	5	4	2	15
4. Handel, Büro + Technik	12	27	26	65	57	44	26	192
5. Transport + Verkehr	2	12	4	18	18	4	9	49
6. Künstlerische Berufe + Wer- bung	0	1	0	1	0	0	0	1
7. Textilien, Leder + Reinigung	0	5	2	7	6	2	6	21
8. Metall + Kunst- stoffarbeit	1	6	2	9	6	7	4	26
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Ge- nussmittel	7	36	7	50	15	12	24	101
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	0	0	0	0	4	0	0	4
Total	26	95	46	167	114	80	82	443

2002

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	5	16	1	22	13	10	0	45
2. Chemie + Spital	0	0	0	0	2	0	0	2
3. Körper + Gesundheits- pflege	2	5	1	8	14	7	2	31
4. Handel, Büro + Technik	18	47	19	84	79	29	12	204
5. Transport + Verkehr	5	5	7	17	8	5	0	30
6. Künstlerische Berufe + Wer- bung	0	0	0	0	0	0	0	0
7. Textilien, Leder + Reinigung	5	2	2	9	3	0	2	14
8. Metall + Kunst- stoffarbeit	2	3	2	7	10	1	2	20
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Ge- nussmittel	8	33	5	46	31	12	4	93
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	0	0	0	0	2	0	0	2
Total	45	111	37	193	162	64	22	441

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT
BASEL-STADT**

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2003 UND 2004

Vorsitz im Jahre 2003: Dr. H. Wohlfart, Zivilgerichtspräsident

Vorsitz im Jahre 2004: Dr. M. Stein-Wigger, Zivilgerichtspräsident

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Mai 2005

Inhaltsübersicht

Seite

A.	Einleitung	1
B.	Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen	3
1.	<u>Prozessrechtliche Fragen</u>	
1.1.	Örtliche Zuständigkeit	
1.1.1.	Internationalrechtlich (Art. 3 Abs. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ) (siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)	
1.1.2.	Binnenrechtlich (Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 GestG) (siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)	
1.2.	Rasches Verfahren (Art. 343 Abs. 2 OR) Zur Mitwirkungspflicht der Parteien zur Vermeidung von Prozessverzögerungen, (siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)	
1.3.	Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)	
1.3.1.	Geringere Anforderungen bei anwaltlicher Vertretung? (siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)	
1.3.2.	Amtliche Abklärung der Arbeitgeberidentität? (siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)	
1.4.	Vorladung: Anforderungen (siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)	
1.5.	Urkundenbeweis (§ 99 ff. ZPO) Folgen der Verweigerung der Urkundenedition (§ 109, 111 ZPO) (siehe unter Ziffer 2.5., S. 24)	
1.6.	Zeugen (§ 113 ff. ZPO)	
1.6.1.	Zur Zeugenqualität von Angestellten (§ 115 ff. ZPO) (siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)	
1.6.2.	Anhörung nur auf amtliche Ladung (§ 121 ZPO)? (siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)	

1.7.	Parteientschädigung vor Gewerblichem Schiedsgericht (§ 216 Abs. 2 ZPO)	4
2.	<u>Materiellrechtliche Fragen nach OR</u>	
2.1.	Arbeitsvertrag Art. 319 OR Einsatz auf Baustelle: Zu welcher von zwei möglichen Arbeitgeberinnen besteht ein Arbeitsvertrag?	8
2.2.	Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)	
2.2.1.	Überlassung der Betriebsführung an Dritten als Duldungsvollmacht zum Abschluss von Arbeitsverträgen nach Art. 32 Abs. 2 OR?	10
2.2.2.	Keine Anwendung der Gleichgültigkeitsregel in Art. 32 Abs. 2 OR auf Arbeitsverträge?	13
2.3.	Überstunden (Art. 321c OR)	
2.3.1.	Auslegung einer Überstundenklausel ("angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert werden")	17
2.3.2.	Auslegung einer Überstundenklausel (Überstunden "müssen innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung anerkannt werden")	21
2.4.	Lohnhöhe (Art. 322 Abs. 1 OR) Auslegung einer Lohnabrede als eine solche über Mindestlohn	24
2.5.	Provision (Art. 322b f. OR) Einsichtsrecht des Arbeitnehmers contra Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers (Art. 322c Abs. 2 OR)	26
2.6.	Freistellung	
2.6.1.	Pflicht zur Kompensation von Überstunden? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)	
2.6.2.	Pflicht zum Ferienbezug? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)	
2.6.3.	Geltung des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c OR)? (siehe unter Ziffer 2.12.1., S. 79)	

2.7.	Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)	
2.7.1.	Pflicht des Arbeitnehmers zur Untersuchung durch Vertrauensarzt?	31
2.7.2.	Fristlose Kündigung bei verweigerter vertrauensärztlicher Untersuchung?	31
2.7.3.	Lohnverlust bei verweigerter vertrauensärztlicher Untersuchung?	31
2.7.4.	Lohnanspruch bzw. Anspruch auf Krankentaggelder über Kündigungsende hinaus?	34
2.8.	Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)	
	Kostenbeteiligung der Arbeitnehmerin an vorgeschriebenen Arbeitskleidern?	36
2.8.1.	Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts	39
2.8.2.	Urteil des Appellationsgerichts	42
2.9.	Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)	
2.9.1.	Anforderungen an einen Betriebsübergang (Art. 333 OR).....	46
2.9.2.	Voraussetzungen zur Annahme einer Umgehung von Art. 333 OR.....	46
2.9.3.	Anwendung von Art. 333 OR bei nachträglichem Wegfall eines Betriebsübergangs?.....	49
2.10.	Kündigung (Art. 335 ff. OR)	
2.10.1.	Anforderungen an die Begründung einer Kündigung während der Probezeit (siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)	
2.10.2.	Anhörungspflicht vor Kündigung? (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)	
2.11.	Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)	
2.11.1.	Kündigungsschutz während der Probezeit? (siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)	
2.11.2.	Verhaftung und Untersuchungshaft als persönliche Eigenschaften (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)? Arbeitsverhinderung als Rechtfertigung?.....	54

2.11.3.	Häusliche Gewalt als persönliche Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)? Auswirkung auf Zusammenarbeit im Betrieb? Fehlende Rechtfertigung mangels Auswirkung auf Zusammenarbeit im Betrieb?	54
2.11.4.	Krankheit als persönliche Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)?	
2.11.4.1.	Zur Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit auf die Rechtfertigung der Kündigung (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)	
2.11.4.2.	Zur Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit und der Verschuldensfrage auf Rechtfertigung	57
2.11.5.	Unzulässige Vereitelung des Anspruchs auf eine vereinbarte Stelle (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR)?	59
2.11.6.	Differenzen zwischen Arbeitsvertragsparteien als Missbrauchstatbestand? Voraussetzungen (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	61
2.11.7.	Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung als Missbrauchstatbestand. Voraussetzungen?	64
2.11.8.	Kündigung wegen bevorstehender Rekrutenschule (Art. 336 Abs. 1 lit. e OR)?	70
2.11.9.	Missbräuchliche Änderungskündigung: Voraussetzungen	71
2.11.10.	Entschädigung (Art. 336a OR): Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)	
2.11.11.	Nachweis der Missbräuchlichkeit. (siehe unter Ziffer 2.11.4.2., S. 53)	
2.12.	Kündigung zur Unzeit (Art. 336c ff. OR)	
2.12.1.	Während Freistellung (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)?	83
2.12.2.	Welche Sperrfrist bei Arbeitsunfähigkeit am Übergang von Dienstjahr mit kürzerer Sperrfrist zu Dienstjahr mit längerer Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)?	85
2.12.3.	Sperrfrist bei ärztlichem Eingriff: Voraussetzungen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)	96
2.12.4.	Sperrfrist bei Arbeitsunfähigkeit während Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)	

2.13.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	
2.13.1.	Gerechtfertigte Kündigung bei schwerer Treuepflichtverletzung durch Bezug von Leistungen des Arbeitgebers	101
2.13.2.	Nicht gerechtfertigte Kündigung bei nicht genehmigter Nebentätigkeit	105
2.13.3.	Nachweisproblematik bei Kassenfehlbeträgen	108
2.13.4.	Wiederherstellung verlorener Unzumutbarkeit für Arbeitgeber?	109
2.13.5.	Entschädigung (Art. 337c Abs. 3 OR): Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)	
2.14.	Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)	
	Zur massgebenden Kundenbeziehung (Art. 340 Abs. 2 OR)	112
2.15.	Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)	
	Bedeutung einer Per-Saldo-Klausel auf Lohnabrechnung. (siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)	
3.	<u>Weitere Erlasse</u>	
3.1.	Gleichstellungsgesetz (GIG)	
	Diskriminierende Kleidervorschriften (Art. 3 GIG) (siehe unter Ziffer 2.8., S. 34)	
3.2.	Berufsbildungsverordnung (BVV)	
	Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise: Voraussetzungen (Art. 69 BVV)	115
3.3.	Römer-Übereinkommen	
	Zur Rechtswahl in Arbeitsverträgen (Art. 6 Abs. 1 RömÜ). (siehe unter Ziffer 2.11.9., S. 67)	
C.	Statistiken der Berichtsjahre 2003 und 2004	122

A. Einleitung

In den Berichtsjahren 2003 und 2004 wurden 506 bzw. 457 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 167 bzw. 193 durch Urteil. Die durch Vergleich, Rückzug der Klage oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2003 59,1% und im Jahre 2004 60,4%. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und von diesem erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 115). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO in 19 (2003) und in 14 Fällen (2004) Beschwerde an das Appellationsgericht erhoben, wovon jeweils vier Beschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen wurden. In drei Fällen wurde danach noch das Bundesgericht angerufen, das jedoch die Berufung bzw. die zwei staatsrechtlichen Beschwerden abgewiesen hat (siehe unter B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen Ziffer 2.11.7., S. 61, Ziffer 2.14., S. 106 und Ziffer 2.9.1. f., S. 42). Eine Beschwerde gegen ein Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts aus dem Jahre 2004 ist zur Zeit noch beim Appellationsgericht hängig.

Im Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts in den Jahren 2003 und 2004 wurde darauf hingewiesen, dass per 6. Dezember 2001 die Änderung der baselstädtischen Zivilprozessordnung in Kraft getreten ist, welche die Zulassung der Advokatinnen und Advokaten vor dem Gewerblichen Schiedsgericht nicht mehr von einem besonderen Interesse der anwaltlich vertretenen Prozesspartei abhängig macht. Während vor dieser Gesetzesrevision kaum je Advokatinnen und Advokaten vor den Schranken aufgetreten sind, ist dies im Jahre 2004 bereits in 37,75% aller vor dem Gewerblichen Schiedsgericht verhandelten Streitigkeiten der Fall gewesen. Mit der erwähnten Revision der Zivilprozessordnung wurde zudem die Vorschrift (§ 216 Abs. 2 ZPO) aufgenommen, dass der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, worauf ebenfalls im letzten Rechtsprechungsbericht hingewiesen wurde. Vorbehalten bleibt ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen. Um die Abkehr von der bisherigen, gegenteiligen Regelung für die Parteien zu mildern, hat das Gewerbliche Schiedsgericht in der Folge den Billigkeitsgründen weiten Raum eingeräumt (siehe Rechtsprechungsbericht 2000-2002, S. 4). Im letzten Jahr hat nun jedoch das Appellationsgericht in einem Urteil klargestellt, dass in aller Regel Parteientschädigungen zuzusprechen sind (siehe Urteil unter B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen Ziffer 1.7., S. 3).

Auf den 1. Juli 2003 sind die Berufsgruppen, aus denen die Richterinnen und Richter beim Gewerblichen Schiedsgericht bestellt werden, von zehn auf sechs reduziert worden. Neu gelten folgende Gruppen:

Gruppe 1: Bau, Immobilien, Reinigung, Gewerbe und Industrie (soweit nicht anderweitig speziell eingeteilt)

Gruppe 2: Gastgewerbe

Gruppe 3: Handel, Verwaltung, Verkauf, Elektronische Datenverarbeitung (EDV), Chemische Industrie

Gruppe 4: Transport, Autogewerbe

Gruppe 5: Gesundheit und Erziehung

Gruppe 6: Medien, Theater, Druck und Papier

Gleichzeitig wurde auch die Anzahl der Richterinnen und Richter von bisher je zehn (Gruppen 1 bis 3) bzw. je sechs (übrige Gruppen) Arbeitgeberinnen bzw. Arbeitgebern sowie Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern auf jeweils die Hälfte reduziert. Die Anzahl der Berufsgruppen und jene der Gerichtsmitglieder wurden vermindert, weil es für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände schwieriger geworden ist, interessierte und geeignete Personen für das Richteramt vorzuschlagen. Zudem bestand bei den Richterinnen und Richtern das Bedürfnis, vermehrt zum Einsatz zu gelangen.

B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts werden gewöhnlich mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgt in der Regel nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben worden ist. Im Folgenden werden zu einzelnen bestimmten Rechtsfragen die Urteilerwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und des Appellationsgerichts sowie in einem Fall auch des Bundesgerichts (Ziffer 2.11.7., S. 61) wiedergegeben.

1. Prozessrechtliche Fragen

1.1. Örtliche Zuständigkeit

1.1.1. Internationalrechtlich (Art. 3 Abs. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ)
(siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)

1.1.2. Binnenrechtlich (Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 GestG)
(siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)

- 1.2. **Rasches Verfahren (Art. 343 Abs. 2 OR)**
Zur Mitwirkungspflicht der Parteien zur Vermeidung von Prozessverzögerungen,
(siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)
- 1.3. **Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)**
- 1.3.1. Geringere Anforderungen bei anwaltlicher Vertretung?
(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)
- 1.3.2. Amtliche Abklärung der Arbeitgeberidentität?
(siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)
- 1.4. **Vorladung: Anforderungen** (siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)
- 1.5. **Urkundenbeweis (§ 99 ff. ZPO)**
Folgen der Verweigerung der Urkundenedition (§ 109, 111 ZPO)
(siehe unter Ziffer 2.5., S. 24)
- 1.6. **Zeugen (§ 113 ff. ZPO)**
- 1.6.1. Zur Zeugenqualität von Angestellten (§ 115 ff. ZPO)
(siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)
- 1.6.2. Anhörung nur auf amtliche Ladung (§ 121 ZPO)?
(siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)
- 1.7. **§ 216 Abs. 2 ZPO. Der obsiegenden Partei im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht muss eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn nicht Billigkeitsgründe einen anderen Entscheid rechtfertigen. Billigkeitsgründe für den Verzicht auf die Parteientschädigung sind regelmässig nur im Verhältnis und Verhalten der Parteien, allenfalls auch in ihren finanziellen Verhältnissen zu finden.**

M. und fünf weitere ehemalige Verkäuferinnen der F. AG haben am 19. März 2003 vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Klagen erhoben, mit welchen sie die Rückerstattung von Abzügen für Berufskleider forderten. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat am 8. September 2003 alle Klagen gutgeheissen und die ausserordentlichen Kosten in allen Fällen wettgeschlagen (siehe unter Ziffer

2.8.1., S. 36). Auf Beschwerde von M. & Konsorten hat das Appellationsgericht am 24. Februar 2004 den Kostenentscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts aufgehoben und den mit ihren Klagen obsiegenden Klägerinnen Parteientschädigungen zulasten der F. AG zugesprochen. Dabei hat es Folgendes erwogen:

„ [...] 2. Die Vorinstanz hat bei grundsätzlicher Gutheissung der Klagen die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen und damit den obsiegenden Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung verweigert. Diese berufen sich darauf, dass nach § 216 Abs. 2 ZPO in der heute geltenden Fassung in Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Parteientschädigungen zuzusprechen seien, wenn nicht Billigkeitsgründe dagegen sprächen. Das Gewerbliche Schiedsgericht verweist in seiner Vernehmlassung demgegenüber auf den weiten Spielraum, der ihm nach seiner Rechtsprechung zu § 216 Abs. 2 ZPO bei den Billigkeitserwägungen zustehe (vgl. auch Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts über die Rechtsprechung der Jahre 2000 bis 2002, S. 4). In den beurteilten Fällen sei es der Überlegung gefolgt, dass es sich unter den Parteien um eine strittige Angelegenheit gehandelt habe, deren Beurteilung durch das Gericht die Beklagte trotz der objektiven Rechtslage aufgrund der Urteile aus dem Jahr 1997 habe abwarten dürfen.

3. a) Das Appellationsgericht hatte sich bisher noch nie mit der Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts zur Frage der Verteilung der ausserordentlichen Kosten nach neuem Recht zu befassen. Hingegen ist es im Zusammenhang mit der Kostenverlegung in eigenen Beschwerdeverfahren wiederholt davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber die Regelung der Parteientschädigung mit der Revision grundsätzlich umgekehrt habe und dass dieser Wille des Gesetzgebers, der in der heutigen Formulierung von § 216 Abs. 2 ZPO klar zum Ausdruck komme, beachtet werden müsse (zuletzt: AGE vom 15. Dezember 2003 i.S. K.S.; vgl. auch den zit. Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts, S. 4 in fine).

b) In der alten Fassung lautete § 216 Abs. 4 ZPO wie folgt: *„Die Kosten einer Vertretung oder einer Verbeiständung im Sinne von § 13 Abs. 1 können der Gegenpartei nicht überbunden werden; vorbehalten bleibt ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen.“*

In der Fassung gemäss Grossratsbeschluss vom 25. Oktober 2001, wirksam seit dem 9. Dezember 2001, ist Abs. 4 zu Abs. 2 geworden und lautet nun: *„Der obsiegenden Partei*

ist eine Parteientschädigung nach den Bestimmungen von § 172 ZPO zuzusprechen. Vorbehalten bleibt ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen.“

Die Vorinstanz hat sich im bereits erwähnten Rechtsprechungsbericht mit der Änderung von § 216 ZPO und ihrer praktischen Auswirkung eingehend befasst (Bericht S. 3 f.). Zu seiner eigenen Praxis hat es erklärt, § 216 Abs. 2 i. V. m. § 172 ZPO werde in dem Sinne ausgelegt, dass grundsätzlich jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten trage. Parteientschädigungen würden erst dann zugesprochen, wenn die im Prozess unterliegende Partei trotz hinreichender Kenntnis der Sach- und Rechtslage, „wie sie einerseits von der obsiegenden Partei schon vor Klaganhebung ihr gegenüber geltend gemacht wurde und wie sie andererseits schliesslich auch dem Urteil durch das Gericht zugrundegelegt wurde,“ den Prozess riskiert habe, ohne dass hierfür selbst aus der Sicht eines juristischen Laien achtenswerte Gründe bestanden hätten. Zur Begründung seiner Auslegung führt das Gericht das Interesse der Parteien an einem ungehinderten Zugang zum Gewerblichen Schiedsgericht an, was auch dem Sinn von Art. 343 Abs. 3 OR entspreche. Aus der bisher bekannten Kostenverteilungs-Praxis des Appellationsgerichts wird geschlossen, dass dieses sich zwar „mehr am Wortlaut von § 216 Abs. 2 ZPO orientiert, dabei aber ebenfalls den Billigkeitserwägungen einen weiten Anwendungsraum einräumt.“

c) Der Praxis des Gewerblichen Schiedsgerichts steht der eindeutige Wortlaut von § 216 Abs. 2 ZPO entgegen, welcher der obsiegenden Partei *in der Regel* eine Parteientschädigung zuspricht. Davon darf nur aus Billigkeitsgründen abgewichen werden. Indem das Gewerbliche Schiedsgericht Parteientschädigungen nur ausnahmsweise zuspricht, verkehrt es den gesetzlichen Grundsatz in sein Gegenteil. Der Text des Gesetzes ist aber weder unklar noch lässt er verschiedene Deutungen zu. Es muss daher auch nicht erst mittels weiterer Auslegungselemente nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden (BGE 125 II 177 E. 3 S. 179, 124 II 372 E. 5 S. 376). Ungeachtet der nachvollziehbaren Gründe, welche das Gewerbliche Schiedsgericht für seine Praxis anführt, legt es das Gesetz aus, wo Auslegungsbedarf nicht besteht, weil der Wortlaut des Gesetzes klar ist. Seine Praxis erfolgt daher nicht in Auslegung des Gesetzes, sondern gegen das Gesetz. Das ist willkürlich. Vielmehr muss in Anwendung von § 216 Abs. 2 ZPO der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn nicht Billigkeitsgründe einen anderen Entscheid rechtfertigen. Ein Billigkeitsentscheid ist ein dem Einzelfall möglichst angemessener Entscheid, der alle erheblichen Umstände des Falls berücksichtigt und dabei die individuell-konkrete Interessenlage zum Gegenstand hat (Meier-Hayoz, Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, 3. A., Zürich 1979, S. 74). Nach dem Duden ist billig, was als gerecht und angemessen empfunden wird; unbillig, was als ungerecht und stossend, als „unangemessene Härte“ erscheint. Auch wenn dem Richter bei der Beurteilung der Billigkeit ein weites Ermessen zusteht, hat der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 216 Abs. 2 ZPO den Vor- bzw. Grundsatzentscheid getroffen, wonach die Zusprechung einer Parteientschädigung an die obsiegende Partei nicht per se

unbillig ist. Daran hat der Richter sich zu halten. In den vorliegenden Fällen ist daher zu prüfen, ob besondere Gründe die Zusprechung von Parteientschädigungen als unbillig erscheinen lassen.

d) Die Vorinstanz führt zur konkreten Begründung ihres Kostenentscheides in der Vernehmlassung aus, es habe *„sich unter den Parteien um eine strittige Angelegenheit gehandelt, deren Beurteilung durch das Gericht die Beklagte trotz der objektiven Rechtslage auf Grund der Urteile aus dem Jahr 1997 abwarten durfte.“* Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Nachdem Angelegenheiten, die vor dem Gewerblichen Schiedsgericht ausgetragen werden, regelmässig strittig sind, darin mithin kein Billigkeitsgrund zu finden ist, war für das Schiedsgericht offenbar entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin auf die Präjudizien aus dem Jahr 1997 vertraut hat. Dies hätte aber zur Folge, dass der Partei, die eine gesetzwidrige Praxis zu Fall bringt, aus Billigkeitsgründen die Parteientschädigung verweigert wird. Sie würde damit dafür bestraft, dass ein Richter zu besserer und richtiger Erkenntnis gelangt. Dies wäre offensichtlich unbillig. Ohnehin sind Billigkeitsgründe für den Verzicht auf die Parteientschädigung regelmässig nur im Verhältnis und im Verhalten der Parteien, allenfalls auch in ihren finanziellen Verhältnissen, kaum je aber im Verhalten des Richters zu finden.

Die vom Gewerblichen Schiedsgericht und von der Beschwerdegegnerin angeführten Gründe für die Wettschlagung der ausserordentlichen Kosten sind folglich klar gesetzwidrig und damit willkürlich, weshalb die angefochtenen Kostenentscheide aufzuheben und durch die Zusprechung von Parteientschädigungen zu ersetzen sind. Diese entstammen der Tabelle des Einzelrichters in Zivilsachen für die jeweiligen Streitwerte.

4. Das Beschwerdeverfahren ist gemäss Art. 343 Abs. 3 OR kostenlos. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist den Beschwerdeführerinnen zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 216 Abs. 2 ZPO). Billigkeitsgründe im Sinne der genannten Bestimmung, aus welchen auf die Zusprechung einer Parteientschädigung verzichtet werden könnte, liegen nicht vor. Da die Beschwerden gegen sechs Urteile in einem Verfahren zusammengefasst sind, erscheint es sachgerecht, für das Beschwerdeverfahren lediglich eine Parteientschädigung festzusetzen. Die Rechnung des Vertreters der Beschwerdeführerinnen lautet auf CHF 500.-- Honorar, CHF 42.10 Auslagenersatz sowie CHF 41.20 MwSt und ist tarifkonform. [...]"

(GSGE vom 8.9.2003 in Sachen M. & Konsorten gegen F. AG, GS 2003/113-118; AGE vom 24.2.2004, Verf. Nr. 997/2003)

2. Materiellrechtliche Fragen nach OR

- 2.1. **Art. 319, Art. 320 Abs. 2, Art. 321d OR. Für die Frage, zu welcher von zwei möglichen Arbeitgeberinnen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist vor allem auf die persönliche und organisatorische Abhängigkeit des Arbeitnehmers sowie darauf abzustellen, wem der Nutzen der geleisteten Arbeit zugute gekommen ist.**

Die E. AG hat die Planung und Ausführung von Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlageanlagen zum Zweck. Sie erhielt bei verschiedenen Projekten Aufträge für diverse Umbauarbeiten, unter anderem für Sanitärinstallationen. Für diese Installationen zog sie die darauf spezialisierte S. GmbH als Unterakkordantin bei. Da die S. GmbH als Zweimannunternehmen die Arbeiten nicht allein bewältigen konnte, schlug sie nach kurzer Zeit der E. AG den Beizug des Sanitärmeisters C. vor. C. war zu dieser Zeit arbeitslos. Nachdem C. der E. AG vorgeschlagen und vorgestellt worden war, wurde er ab dem 13. Juli 2002 auf deren Baustellen, auf denen jeweils auch die S. GmbH tätig war, eingesetzt. Am 28. Oktober 2002 wies die E. AG C. von der Baustelle, weil dieser dort Drogen konsumiert habe. Während der ganzen Dauer seines Einsatzes auf den Baustellen der E. AG erhielt C. weder von der S. GmbH noch von der E. AG Lohn und Lohnabrechnungen. Beide Unternehmen stellten sich auf den Standpunkt, dass C. bei der jeweils anderen Firma angestellt gewesen sei und von dieser Lohn zu erwarten habe. Da C. der Ansicht war, dass er mit der E. AG in einem Arbeitsverhältnis gestanden und mit dieser einen Stundenlohn von CHF 30.-- vereinbart hatte, verlangte er mit Klage vom 23. Januar 2004 deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 16'705.-- brutto zuzüglich Zins. Nach Durchführung eines Vorverfahrens hat das Gewerbliche Schiedsgericht am 1. April 2004 die Klage gegen die E. AG vollumfänglich gutgeheissen. Es ging von einem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten aus, wobei es Folgendes erwogen hat.

- a) Kennzeichnend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist ein Subordinationsverhältnis. Massgebend ist danach, dass ein Arbeitnehmer in persönlicher, betrieblicher sowie in wirtschaftlicher Hinsicht vom Arbeitgeber abhängig ist (statt vieler: ZK-Staehelin, 1984, Art. 319 OR N. 27 ff., S. A24 f.).

Vorliegend konnte C. die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages mit der E. AG nicht nachweisen, weil bei ihrer gemeinsamen Unterredung niemand anders zugegen war. Allerdings gilt nach Art. 320 Abs. 2 OR ein Arbeitsvertrag „auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist“. Damit entsteht von Gesetzes wegen ein Arbeitsvertrag unabhängig

davon, ob die Parteien einen Vertrag gewollt haben oder nicht (BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 320 OR N., 14 S. 1679).

b) Von der E. AG anerkannt war, dass die S. GmbH ihr C. für einen Einsatz auf deren Baustellen vorgeschlagen und vorgestellt hatte. Unklar war, was dieser Vorschlag und diese Vorstellung zu bedeuten hatten. Sowohl die S. GmbH, deren Gesellschafter und Geschäftsführer als Auskunftsperson befragt wurde, als auch die E. AG hatten je ein eigenes Interesse daran, beides vor Gericht in einem jeweils für sie günstigen Licht erscheinen zu lassen. Es konnte deshalb nicht entscheidend auf ihre Aussagen abgestellt werden. Vielmehr musste aufgrund der gesamten Umstände geprüft werden, ob und zu wem C. in einem Arbeitsverhältnis gestanden war.

ba) Auszugehen war davon, dass eine Unternehmerin im Werkvertrag, die ihr dabei zur Verrichtung übertragenen Arbeiten gewöhnlich mit dem eigenen Personal leistet, das sie hierfür einsetzen kann und selber für geeignet hält. Allenfalls vereinbart sie mit der Bestellerin, wie viele Angestellte und in welcher Funktion diese zum Einsatz gelangen. Andererseits will die Bestellerin hingegen dann in die Auswahl des eingesetzten Personals einbezogen werden, wenn der Werkvertrag mit Rücksicht auf die Person der Unternehmerin und ihre Angestellten abgeschlossen wird (vgl. ZK-Bühler, 3. Auflage 1998, Art. 364 OR N. 56 ff., S. 112 ff.). Die hier gegebenen Verhältnisse liessen keine eindeutigen Schlüsse zu, ob zwischen C. und der S. GmbH oder der E. AG ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der Umstand, dass die E. AG das Zweimannunternehmen S. GmbH als Unterakkordantin auswählte, konnte einerseits dafür sprechen, dass der Werkvertrag mit Rücksicht auf die zum Einsatz gelangenden Personen abgeschlossen wurde. Dabei wäre es verständlich, wenn der E. AG der Sanitärmeister C. vorgeschlagen und vorgestellt würde, weil er als Angestellter der S. GmbH eingesetzt werden soll. Andererseits konnte der Vorschlag und die Vorstellung von C. bei der E. AG aber auch bedeutet haben, dass diese C. selber angestellt hätte.

bb) Aufschlussreicher waren vorliegend zunächst die Aussagen des Zeugen B., der über eine Temporärfirma an die E. AG ausgeliehen war und zusammen mit C. auf deren Baustellen arbeitete. B. gab zu Protokoll, die E. AG habe ihm und C. täglich jeweils bei Arbeitsbeginn Weisungen über die zu verrichtenden Arbeiten erteilt. Zudem sei auch noch ein weiterer Mitarbeiter dieser Temporärfirma bei der E. AG im Einsatz gestanden. Es ergab sich daraus, dass die E. AG die Sanitärarbeiten nicht allein durch die S. GmbH ausführen liess, sondern dass sie einen Teil dieser Arbeiten mit zugezogenen und von ihr selber angeleiteten Arbeitnehmern erledigte. Unter diesen Umständen war es naheliegend, dass sie C. direkt angestellt hatte. Anderenfalls hätte C. enger mit der S. GmbH zusammen gearbeitet und von dieser die täglichen

Arbeitsanweisungen empfangen. Das von der E. AG ausgeübte Weisungsrecht (Art. 321d OR) ist typisch für die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Daneben ergaben sich auch Hinweise darauf, dass C. in die Arbeitsorganisation der E. AG und nicht in jene der S. GmbH integriert war. Offensichtlich begab sich C. täglich direkt zur Arbeit auf die Baustellen der E. AG und nicht zunächst in die Räumlichkeiten der S. GmbH. Auch wurde auf ihren Baustellen, wie die E. AG ausdrücklich betonte, ausschliesslich mit ihrem Werkzeug gearbeitet. Ferner berücksichtigte das Gericht, dass der Nutzen der Arbeit, die C. geleistet hatte, der E. AG zugekommen war. Die Behauptung der E. AG, dass die S. GmbH ihr die vom Kläger geleisteten Arbeitsstunden verrechnet habe, konnte sie nicht belegen. Für weniger massgebend angesehen wurde hingegen der Umstand, dass C. augenscheinlich nie Arbeitsrapporte ausgefüllt hatte, weil er dies weder für die S. GmbH noch für die E. AG getan hatte. Auch kann es als gerichtsnotorisch bezeichnet werden, dass nicht alle Bauunternehmer über die auf ihren Baustellen geleisteten Arbeitsstunden regelmässig Rapport führen bzw. führen lassen.

Da die E. AG vor Gericht ausdrücklich auf die Bestreitung des Quantitativen der Klage verzichtet hatte, wurde für die Berechnung der Lohnforderung auf die Angaben von C. zur geleisteten Stundenzahl sowie zur vereinbarten Höhe des Stundenlohnes abgestellt.

(GSGE vom 1.4.2004 in Sachen C. gegen E. AG, GS 2004/27)

2.2. Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)

2.2.1. Art. 320, Art. 32 Abs. 2 OR. Mit der vollständigen Überlassung der Betriebsführung eines Restaurants an den Geschäftsführer ist automatisch eine Vollmachtserteilung – zumindest im Sinne einer Duldungsvollmacht – zum Abschluss von Arbeitsverträgen verbunden.

K. reichte am 18. Juli 2003 beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage gegen das "Restaurant Heuwaage, Hr. X." ein, mit welcher er dessen Verurteilung zur Zahlung von CHF 22'100.-- brutto (Lohn und Kinderzulagen für 7 Monate) nebst 5% Zins seit dem 1. November 2002 beantragte. Der Klage lag unter anderem die Kopie eines unbefristeten Arbeitsvertrages zwischen dem Restaurant Heuwaage und K. vom 1. April 2002 bei, gemäss welchem K. als Chauffeur

angestellt wurde und einen Monatslohn von CHF 3'000.-- brutto sowie Kinderzulagen von monatlich CHF 300.-- erhalten sollte. Der Arbeitsvertrag war nicht von X., sondern von dessen Geschäftsführer Y. unterschrieben. Das Gewerbliche Schiedsgericht stellte in seinem Urteil vom 4. August 2003 fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vom 1. April bis zum 28. Oktober 2002 gedauert hatte, und verurteilte X. zur Zahlung von CHF 16'699.50 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 22. Juli 2003 an den Kläger. Auf die Mehrforderung trat es nicht ein. Eine von X. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 11. März 2004 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 4. a) Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass ein Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner zustande gekommen ist. Er macht jedoch geltend, dieser Vertrag sei auf Arbeitgeberseite nicht von ihm, sondern von Y. unterzeichnet worden. Dieser - damals Geschäftsführer im Restaurant Heuwaage - habe den Beschwerdegegner angestellt und beschäftigt und sei dessen eigentlicher "Ansprechpartner" gewesen. Er - der Beschwerdeführer - selbst habe mit dieser Anstellung nichts zu tun [...]. Damit bestreitet der Beschwerdeführer sinngemäss seine Passivlegitimation in diesem Verfahren.

b) Eine Erkundigung des Gewerblichen Schiedsgerichts beim Bewilligungsbüro des Polizeidepartements vom 9. September 2003 hat ergeben, dass in der hier interessierenden Zeitspanne von April bis Oktober 2002 die Befugnis zur Führung des Restaurants Heuwaage ausschliesslich dem Beschwerdeführer zustand. Ihm war die Bewilligung zur Führung dieses Betriebs erteilt worden, bei welcher es sich laut § 5 Abs. 1 des Wirtschaftsgesetzes (SG 563.100) um eine "Polizeierlaubnis, die den Inhaber zur Führung des in ihr genannten Betriebes berechtigt", handelt. Gemäss § 7 des Wirtschaftsgesetzes lautet die Bewilligung auf den verantwortlichen Betriebsleiter des Restaurants und ist nicht auf Dritte übertragbar (Abs. 1). Muss der Betriebsleiter aus besonderen Gründen vorübergehend aussetzen, so hat er der Bewilligungsbehörde einen geeigneten Stellvertreter zu melden, bleibt aber weiterhin für die Betriebsführung verantwortlich (Abs. 2). Y. war in den Akten des Bewilligungsbüros nicht als Stellvertreter registriert. Der Beschwerdeführer war somit für die Betriebsführung selbst zuständig.

5. a) Da der Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner nicht vom Beschwerdeführer, sondern von Y. unterzeichnet wurde, wird der Beschwerdeführer daraus nur dann verpflichtet, wenn Y. als sein Vertreter gehandelt hat und handeln durfte. Gemäss Art. 32 ff. OR tritt eine Vertretungswirkung grundsätzlich nur ein, wenn der Vertreter über eine entsprechende Vollmacht des Vertretenen verfügt. Fehlt es an einer Vollmacht, wird der Vertretene weder berechtigt noch verpflichtet, ausser bei nachträglicher Genehmigung durch den Vertretenen, oder wenn der Dritte in berechtigtem gutem Glauben auf das Bestehen der Vollmacht vertraut hat. Die Bindung des ungewollt Vertretenen beruht auf dem Vertrauensprinzip. Er ist nicht gebunden, weil

er einen bestimmt gearteten Willen hat, sondern weil er ein Verhalten an den Tag legt, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf einen bestimmt gearteten Willen schliessen darf. Der Vertretene ist auf der Äusserung des vollmachtlosen Vertreters zu behaften, wenn der gutgläubige Dritte, gegenüber dem der vollmachtlose Vertreter handelt, diese Äusserung in guten Treuen als Vollmachtenkundgabe verstehen darf und auf diese vertraut. Wer auf einen Rechtsschein vertraut, darf nach Treu und Glauben verlangen, dass dieses Vertrauen gegenüber demjenigen geschützt wird, der diesen Rechtsschein hervorgerufen oder mitveranlasst und somit auch zu vertreten hat (BGE vom 14. Mai 2002, 4C.12/2002; 120 II 197 E. 2a S. 199 mit Hinweisen).

b) Der Beschwerdeführer bestreitet sinngemäss eine Vollmachtenerteilung an Y.. Allerdings hat er durch seinen Vertreter vor dem Gewerblichen Schiedsgericht ausführen lassen, Herr Y. sei Geschäftsführer im Restaurant Heuwaage gewesen; dieser sei "zuständig" gewesen und habe "das Restaurant geführt" [...]. In der Beschwerde vom 11. August 2003 wird dazu erläuternd ausgeführt, der Beschwerdeführer sei "erst Anfang dieses Jahres, also erst nachdem der Beschwerdebeklagte bereits nicht mehr im Restaurant Heuwaage arbeitete, näher in Kontakt" gekommen - "nämlich als Herr Y. definitiv als Geschäftsführer des Restaurants Heuwaage ausschied und ihm gewisse Unterlagen übergab". Mit diesen Ausführungen gesteht der Beschwerdeführer ein, dass er sich während der Zeit, für die der Beschwerdegegner Lohn von ihm fordert, praktisch nicht um das Restaurant Heuwaage gekümmert und die Betriebsführung - welche eigentlich ihm oblag - vollständig seinem Geschäftsführer überlassen hat. Mit einer solchen Überlassung ist aber automatisch eine Vollmachtenerteilung - zumindest im Sinne einer sog. "Duldungsvollmacht" - verbunden (vgl. Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 8. Auflage, Zürich 2003, Nr. 1411; BGE 118 II 313, E. 2a S. 316).

c) Y. hat den Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner zwar nicht ausdrücklich im Namen des Beschwerdeführers, sondern in der Rubrik "Arbeitgeber" ausschliesslich mit seinem Namen, ohne den Zusatz "i.V." oder "namens des Restaurants Heuwaage", unterzeichnet. Dies war indessen auch gar nicht notwendig. Da im Vertragstext das Restaurant Heuwaage als Arbeitgeber genannt wird und der Beschwerdeführer als verantwortlicher Betriebsleiter des Restaurants registriert war, durfte der Beschwerdegegner im Sinne von Art. 32 Abs. 2 OR "aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen".

d) Die Vorinstanz ist nach dem Gesagten zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer aus dem von seinem Geschäftsführer mit dem Beschwerdegegner am 1. April 2002 eingegangenen Arbeitsvertrag verpflichtet ist. Dass der Beschwerdegegner offenbar auf den Lohnlisten des Restaurants nicht aufgeführt und auch der AHV nicht gemeldet worden war, steht dem - angesichts der notorischen Häufigkeit von Schwarzarbeit - nicht entgegen. Die Passivlegitimation des Beschwerdeführers ist zu bejahen. [...]"

(GSGE vom 4.8.2003 in Sachen K. gegen X., GS 2003/276; AGE vom 11.3.2004, Verf. Nr. 978/2003)

2.2.2. Art. 32 Abs. 2 OR. Es ist nicht willkürlich, die Gleichgültigkeitsregel mit Zurückhaltung anzuwenden. Die "Gleichgültigkeit", von der Art. 32 Abs. 2 OR spricht, ist namentlich bei den schuldrechtlichen Handgeschäften des täglichen Lebens, also etwa beim Barkauf in einem Ladengeschäft, von Bedeutung. Es kann mit guten Gründen vertreten werden, dass Verträge über Dauerschuldverhältnisse von der Gleichgültigkeitsbestimmung ausscheiden.

Art. 343 Abs. 2 und 4 OR. Eine Verlängerung des Gerichtsverfahrens um mehrerer Monate aufgrund einer dritten Gerichtsverhandlung wäre kaum mit dem Erfordernis nach einem raschen Verfahren vereinbar. Zur Vermeidung von Prozessverzögerungen darf verlangt werden, dass die Parteien ihrer Mitwirkung bei der Stoffsammlung bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt nachkommen, in Basel-Stadt z.B. bis zum Schluss der ersten Verhandlung im mündlichen Verfahren. An die Handhabung der Untersuchungsmaxime sind sodann geringere Anforderungen zu stellen, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind.

Verschiedene Staatsangehörige aus der Ukraine, Marokko und Tschechien hatten für den Monat November 2002 ein Engagement als Tänzerinnen in der X. Bar in Basel. Die einzelnen Verträge wurden zwischen November 2001 und September 2002 abgeschlossen, in einer Zeit, als die X. Bar von der R. GmbH betrieben wurde, deren Geschäftsführer und Gesellschafter P. F. war. Mit Vertrag vom 23. Oktober 2002 vereinbarten die R. GmbH und R. v. D., dass letzterer den Betrieb der X. Bar per 1. November 2002 übernehme. Auf diesen Termin traten die sechs Tänzerinnen ihre Stelle vertragsgemäss an. Am 5. November 2002 schloss der neue Betreiber das Lokal wieder. Die sechs Frauen blieben ohne Bezahlung, weshalb sie am 13. November 2002 beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage auf Bezahlung der vereinbarten Gagen erhoben. Als beklagte Partei wurde in allen Klagbegehren das "Rest. X. Bar" angegeben. In der Folge gingen Vorladungen ausser an die jeweiligen Klägerinnen auch an die R. GmbH und an P. F.. In der ersten Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 26. November 2002 verkündeten die beiden Beklagten R. v. D. den Streit und stellten eine Regressforderung in Aussicht. Aus diesem Grunde wurde das Verfahren ausgestellt und der Litisdenunziat eingeladen, sich zur Angelegenheit und namentlich zu seiner Haltung gegenüber der Regressforderung zu äussern. Nachdem sich R. v. D. der Beurteilung der Regressforderung widersetzt hatte,

fand am 8. Mai 2003 die zweite Hauptverhandlung statt. Dabei wurden die beiden Beklagten in solidarischer Verbindung verurteilt, den Klägerinnen A. und B. die Nettobeträge von je CHF 2'314.80 und den Klägerinnen C., D. und E. je CHF 2'399.40 zu bezahlen. Die Klage von F. wurde ebenfalls im Umfang von CHF 2'399.40 netto gegenüber der R. GmbH gutgeheissen, gegenüber P. F. jedoch abgewiesen.

Gegen diese Entscheide hat P. F. Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht mit Urteil vom 20. August 2003 abgewiesen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] b) Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz. Obwohl er in der zweiten Verhandlung darauf hingewiesen habe, dass die Klägerin E. bereits einmal für die R. GmbH gearbeitet und dieser damals den Empfang des Lohnes quittiert habe, was den Standpunkt des Fehlens seiner eigenen Passivlegitimation unterstreiche, habe man ihm keine Möglichkeit geboten, die entsprechende Quittung nachzureichen. In der Replik führt er dazu noch aus, das Verfahren habe seit Einreichung der Klage bis zum Urteil am 8. Mai 2003 schon fast ein halbes Jahr gedauert. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb dem Beschwerdeführer nicht eine kurze Frist von fünf Tagen habe gesetzt werden können, um dieses Dokument nachzureichen. Hierzu ist festzuhalten, dass eine dritte Verhandlung, auch wenn eine noch so kurze Frist gesetzt worden wäre, das Verfahren erfahrungsgemäss um mehrere Monate verlängert hätte, was mit dem in Art. 343 Abs. 2 OR statuierten Erfordernis eines **raschen** Verfahrens kaum vereinbar gewesen wäre. Im Übrigen bedeutet der Untersuchungsgrundsatz nicht, dass die Parteien zu jeder Zeit noch Beweismittel nachschieben dürfen, und es besteht namentlich kein Anspruch auf Durchführung beliebig vieler Verhandlungen, nur weil es den Parteien im letzten Augenblick in den Sinn kommt, ein zusätzliches Beweismittel nachzureichen. Auch im Bereich der Untersuchungsmaxime tragen die Parteien zumindest Mitverantwortung für die Sachverhaltsermittlung und sind verpflichtet, sich nach Möglichkeit an der Sammlung des Prozessstoffes und an der Beschaffung der erforderlichen Beweise zu beteiligen, da sie über den Sachverhalt am besten orientiert sind und das Gericht regelmässig über keinen umfassenden Ermittlungsapparat verfügt. Zur Vermeidung von Prozessverzögerungen darf verlangt werden, dass die Parteien ihrer Mitwirkung bei der Stoffsammlung bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt nachkommen, in Basel-Stadt z.B. bis zum Schluss der ersten Verhandlung im mündlichen Verfahren (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, § 11 Rz 25; Zürcher Kommentar/Stahelin, N. 31 zu Art. 343 OR; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage 2001, S. 329 f.; BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f. mit Hinweisen). An die Handhabung der Untersuchungsmaxime sind sodann geringere Anforderungen zu stellen, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind (Zürcher Kommentar/Stahelin, a.a.O.). Das war hier der Fall. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nahm schon an der ersten Ver-

handlung vom 26. November 2002 teil. Bereits damals bestritt er die Passivlegitimation seines Mandanten. Er hätte daher allen Grund gehabt, spätestens zur zweiten Verhandlung vom 8. Mai 2003 die aus seiner Sicht zum Beweis seines Standpunktes erforderlichen Dokumente mitzubringen. Wenn er das nicht getan hat, so kann er nicht hinterher dem Gewerblichen Schiedsgericht Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorwerfen, zumal er in der zweiten Verhandlung nicht einmal den Antrag gestellt hat, den Fall abermals auszustellen, damit er die besagte Quittung nachreichen könne.

3. a) Es steht fest und ist unbestritten, dass sämtliche der im vorliegenden Beschwerdeverfahren noch im Streit liegenden Anstellungsverträge auf der Arbeitgeberseite vom Beschwerdeführer unterschrieben worden sind. Er macht jedoch geltend, er habe sie lediglich als Vertreter der R. GmbH unterzeichnet. Dies ist aus den Verträgen allerdings nicht ersichtlich. Als Arbeitgeber wird dort entweder der "X. Bar Night Club" [...] oder das "Cabaret X. Bar" [...] genannt. Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR wird der Vertretene, wenn der Vertreter sich beim Vertragsabschluss nicht als solcher zu erkennen gegeben hat, nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der Vertragspartner aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, die Frauen bzw. ihre Agenten hätten gewusst, dass sie von der R. GmbH und nicht von ihm persönlich angestellt gewesen seien. Ausserdem sei es den Frauen gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag abschliessen würden.

b) Dass den Beteiligten, namentlich L., dem Geschäftsführer der Agentur Y. GmbH, der die Verträge der Beschwerdegegnerinnen B. A. und E. vermittelt hatte, klar gewesen wäre, dass der Beschwerdeführer die Verträge lediglich als Geschäftsführer der R. GmbH in deren Namen und für deren Rechnung unterzeichnet habe, ist bestritten. Es mag stimmen, dass die diesbezüglichen Aussagen von L., der ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, nicht zuverlässig sind. Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat jedoch derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Rechtserzeugende Tatsachen sind demnach von der Partei, die eine Berechtigung behauptet, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen vom Anspruchsgegner zu beweisen (vgl. Basler Kommentar/Schmid, N 38 zu Art. 8 ZGB). Beweispflichtig für die rechtshindernde Tatsache, dass er die Arbeitsverträge ausschliesslich als Vertreter der R. GmbH unterschrieben habe, ist somit der Beschwerdeführer. Wenn er dies nicht beweisen kann, so hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe ohne nachvollziehbaren Grund und damit willkürlich auf die Aussagen [von] L. abgestellt, ist deshalb verfehlt. Dass die Klägerinnen, soweit sie an der ersten Verhandlung überhaupt teilgenommen haben [...], über die Passivlegitimation des Beschwerdeführers nicht befragt worden sind, stellt keinen Mangel dar, zumal die Ukrainerinnen unter ihnen - worauf der Beschwerdeführer an anderer Stelle selbst hingewiesen hat - in lateinischer Schrift gehaltene Dokumente

ohnehin nur schwer verstehen dürften. An der zweiten Verhandlung hat laut Protokoll von den Klägerinnen einzig E. teilgenommen. Sie hat hier bestätigt, dass sie bei einem früheren Einsatz in der X. Bar eine Quittung erhalten (recte wohl: unterschrieben) habe, doch wisse sie nicht mehr, auf wen diese gelautet habe. Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, die vom ihm im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht eingereichten Bankbelege würden belegen, dass die Y. GmbH die Vermittlungsprovisionen immer von der R. GmbH erhalten habe. Daraus hätte die Vorinstanz schliessen müssen, dass L. wusste, dass diese und nicht der Beschwerdeführer persönlich Vertragspartner der Tänzerinnen war. Aus den eingereichten Bankbelegen ist jedoch lediglich eine einzige Zahlung der R. GmbH zugunsten der Y. GmbH im Umfang von CHF 430.-- ersichtlich. Es ergibt sich daraus weder der Zahlungsgrund, noch ist dies ein Beweis dafür, dass der Y. GmbH oder L. hätte klar sein müssen, dass der Beschwerdeführer als Vertragspartner ausscheide. Immerhin hätte dieser die R. GmbH aus irgend welchen Gründen als Zahlstelle einsetzen können. Dasselbe gilt im Übrigen auch hinsichtlich der Quittung der Klägerin E., so sie denn tatsächlich auf die R. GmbH lautete. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Beschwerdeführer noch im August 2001 Inhaber der Einzelfirma war, welche die X. Bar betrieben hat. Wenn er also früher durchaus in eigenem Namen mit Tänzerinnen und andern Personen Verträge für ein Engagement in der X. Bar abgeschlossen hat, so darf es ihn nicht wundern, dass er, wenn er als Geschäftsführer der R. GmbH in Anstellungsverträgen jeden Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis vermessen lässt, auch weiterhin als direkter Vertragspartner angesehen wird. Lediglich am Rand ist zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer den Vertrag mit F. ausdrücklich für die R. GmbH abgeschlossen hat, was denn auch dazu geführt hat, dass das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage dieser Tänzerin nur gegen die Gesellschaft gutgeheissen, gegen den Beschwerdeführer persönlich aber abgewiesen hat.

c) Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, es sei den Tänzerinnen gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag schliessen. Dies ergebe sich schon daraus, dass sie die Verträge nicht selbst, sondern über Agenten abgeschlossen hätten. Es ist zwar durchaus möglich, dass die Beschwerdegegnerinnen die Verträge auch dann abgeschlossen hätten, wenn auf ihnen als Arbeitgeber ausdrücklich die R. GmbH aufgeführt gewesen wäre. Das Gewerbliche Schiedsgericht stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die Gleichgültigkeitsregel nach Art. 32 Abs. 2 OR sei mit Zurückhaltung anzuwenden. Dies ist zumindest nicht willkürlich. Diese Regel ist nicht ohne Weiteres so zu verstehen, dass Vertretungswirkungen auch bei Handeln des Vertreters in eigenem Namen eintreten, falls es nur dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag abschliesse (so aber BGE 117 II 387). In der Rechtslehre wird auch die Auffassung vertreten, es könne nicht sein, dass ein Dritter, der keinerlei Kenntnis vom Vertretungsverhältnis hat, riskieren müsse, im Prozess gegen den ihm allein bekannten Vertreter, den er für seinen Vertragspartner hält, wegen fehlender Passivlegitimation zu unterliegen. Der Dritte dürfe daher nach wie vor immer dann, wenn er nicht fest mit einem Vertretungsverhältnis habe rechnen müssen, sich an seinen Vertragspartner

halten und müsse sich nicht entgegenhalten lassen, es fehle ihm an einem legitimen Interesse, den Vertreter und nicht den Vertretenen in Anspruch zu nehmen (Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979, S. 567/568). Auch wenn man den Anwendungsbereich der genannten Regel weniger eng eingrenzen wollte, so ist jedenfalls zu beachten, dass die "Gleichgültigkeit", von der Art. 32 Abs. 2 OR spricht, namentlich bei den schuldrechtlichen Handgeschäften des täglichen Lebens, also etwa beim Barkauf in einem Ladengeschäft, von Bedeutung ist (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1998, Rz 1333a; ebenso Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, Rz 41.05). Demgegenüber kann man mit guten Gründen vertreten, dass Verträge über Dauerschuldverhältnisse von der Gleichgültigkeitsbestimmung ausscheiden. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass es durchaus nicht gleichgültig ist, mit wem man einen Arbeitsvertrag abschliesst. Während die R. GmbH offenbar in den letzten Zügen liegt (vgl. die Verfügung des erstinstanzlichen Gerichtsschreibers an die Adresse des Handelsregisteramtes) und das gegen sie ergangene Urteil ein Nonvaleur darstellen dürfte, ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die den Beschwerdegegnerinnen zugesprochenen Beträge beim Beschwerdeführer erhältlich gemacht werden können. [...]"

(GSGE vom 8.5.2003 in Sachen A. und Kons. gegen R. GmbH und P. F., GS 2002/397 ff., 400 - 402; AGE vom 20.8.2003, Verf. Nr. 941/2003)

2.3. Überstunden (Art. 321c OR)

2.3.1. Art. 321c Abs. 3, Art. 329c / 329d, 336c Abs. 3 OR. Auslegung einer Überstundenklausel ("Angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert werden, sofern es der Arbeitsablauf erlaubt") dahingehend, dass der Arbeitnehmer eine Kompensation beanspruchen und der Arbeitgeber eine solche anordnen durfte. Bei einer derartigen Regelung kann der Einspruch des Arbeitnehmers gegen die Anordnung zur Kompensation während der Freistellungszeit nichts bewirken. Während der Freistellung ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht zum Bezug von Ferien nach Möglichkeit und unabhängig davon verpflichtet, ob der Arbeitgeber den Ferienbezug angeordnet hat oder nicht. Während einer Erstreckung der Kündigungsfrist zur Einhaltung eines Endtermins nach Art. 336c Abs. 3 OR kann eine neuerliche Arbeitsunfähigkeit keine Sperrfrist bzw. erneute Verlängerung der Kündigungsfrist bewirken.

M. war als kaufmännischer Sachbearbeiter/Administrator und Mitglied der Geschäftsleitung beim Verein S. angestellt. Zwischen den Parteien wurden zwei Arbeitsverträge abgeschlossen, einer am 19. Juli 2001, ein zweiter am 26. Februar 2002. Im ersten Arbeitsvertrag wurde bestimmt, dass angeordnete Überstunden mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen sind. Der zweite Arbeitsvertrag hielt in Bezug auf Überstundenarbeit folgende Regelung fest: "Angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert werden, sofern es der Arbeitsablauf erlaubt. Ansonsten gelten sie grundsätzlich als mit dem vereinbarten Jahressalar bzw. Anspruch auf die 6. Ferienwoche abgegolten. Entschädigt können sie nur aufgrund besonderer Umstände und auf Beschluss des Vorstandes werden. Die Abgeltung von evtl. anfallender Überzeit richtet sich nach dem Arbeitsgesetz."

Am 7. November 2002 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 28. Februar 2003 und stellte M. per sofort von der Arbeit frei. In der Kündigung wurde unter anderem Folgendes festgehalten: "Allfällig noch offene Ferien- oder Mehrarbeitsansprüche gelten mit der Freistellung als kompensiert." Da M. vom 11. November 2002 bis zum 20. Januar 2003 krank war, verlängerte sich die Kündigungsfrist bis Ende April 2003. Vom 28. April bis 12. Mai 2003 war der Beschwerdeführer erneut arbeitsunfähig. Die Parteien schlossen aus diesem Umstand, dass sich die Kündigungsfrist nochmals verlängere, weshalb M. Lohn bis Ende Mai 2003 erhalten hat.

Mit Klage vom 27. Juni 2003 hat M. Ferienlohn und Überstundenentschädigung im Gesamtbetrag von CHF 16'592.85 brutto verlangt. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Entscheid vom 18. August 2003 den Verein S. dazu verurteilt, für die bis Ende Februar 2002 nachgewiesenen Überstunden CHF 1'893.80 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 27. Juni 2003 zu vergüten. Die Mehrforderung hat es abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat M. am 28. August 2003 Beschwerde eingereicht, die das Appellationsgericht am 12. März 2004 in freier Kognition abgewiesen hat. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat in seiner Vernehmlassung vom 14. Oktober 2003 Folgendes ausgeführt:

„[...] Mit seiner Klage machte [der Beschwerdeführer] Lohn für angeblich geleistete Mehrarbeit im Jahre 2001 von 158,33 Stunden und im Jahre 2002 von 143,58 Stunden unter Anrechnung, was er unter dem Titel Überstunden bereits erhalten hat, geltend. Zugesprochen wurden dem Beschwerdeführer alle Überstunden bis und mit Februar 2002, soweit diese nicht bereits bezahlt waren. Der Beklagte hat dem Beschwerdeführer gegenüber 100 Stunden anerkannt und diese vergütet. Gegenstand der Beschwerde ist die Mehrarbeit in der Zeit danach, das heisst ab März 2003. Abgestellt wurde im Urteil auf den jeweils gültigen Arbeitsvertrag. Der erste, am 19. Juli 2001 abgeschlossene

Arbeitsvertrag sah vor, dass angeordnete Überstunden mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen sind (Ziffer 2.2.). Der zweite, am 26. Februar 2002 unterzeichnete Arbeitsvertrag bestimmte, dass angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden mit gleich langer Freizeit kompensiert werden können, sofern es der Arbeitsablauf erlaubt. Ansonsten seien sie grundsätzlich mit dem vereinbarten Jahressalär bzw. dem Anspruch auf die sechste Ferienwoche als abgegolten zu betrachten. Entschädigt werden könnten sie nur aufgrund besonderer Umstände und auf Beschluss des Vorstands. Die Abgeltung allenfalls anfallender Überzeit richte sich nach dem Arbeitsgesetz (Ziffer 2).

Die beiden Arbeitsverträge halten sich an die Vorgaben in Art. 34 Abs. 2 des GAV für den Dienstleistungsbereich in der Region Basel, der im zweiten Vertrag subsidiär für anwendbar erklärt wurde. Obwohl aus diesem zweiten Arbeitsvertrag hervorgeht, dass er bereits ab dem 1. Januar 2002 gegolten hat, hat ihn das Gericht erst für die Zeit ab Ende Februar 2002, dem Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung (vgl. Art. 321c Abs. 3 OR), zur Anwendung gebracht. Es ist dabei der Überlegung gefolgt, dass die gegenüber dem ersten Arbeitsvertrag einschränkendere Vorschrift bezüglich der Überstunden nur auf noch nicht geleistete Mehrarbeit Anwendung finden konnte. Ferner stellte sich die Frage, ob es sich bei der geltend gemachten Mehrarbeit um Überstunden oder allenfalls um Überzeit handelte. Die Normalarbeitszeit betrug 41 Wochenstunden, die zulässige Höchstarbeitszeit nach Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG 45 Wochenstunden. Die Höchstarbeitszeit wurde lediglich im Mai 2002, für den der Beschwerdeführer insgesamt 23,22 Überstunden geltend machte, im Umfang von 7,22 Stunden überschritten. Dass die Überstunden angeordnet, nachträglich genehmigt oder sonst notwendig gewesen wären, hat der Beklagte in Abrede gestellt und war nicht erwiesen. Insbesondere sind die Stempelkarten des Beschwerdeführers seit Januar 2002 durch den Präsidenten des Beklagten nicht mehr visiert worden. Soweit es sich um reine Überstunden und noch keine Überzeit handelte, war eine Entschädigung von den Parteien in nach Art. 321c Abs. 3 OR gültiger Weise und in grundsätzlicher Hinsicht ausgeschlossen. Ausnahmen davon verlangten besondere Umstände, die für das Jahr 2002 nicht erkennbar waren. Zudem waren sie ins Ermessen des Vorstands gestellt, der sich gegen eine Entschädigung ausgesprochen hatte. Soweit es hingegen um Überzeit ging, wäre noch zu prüfen gewesen, ob der Beschwerdeführer als Mitglied der Geschäftsführung mit entsprechenden Kompetenzen und Verantwortung nicht eine höhere leitende Tätigkeit nach Art. 3 lit. d ArG ausgeübt hatte und damit vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes grundsätzlich ausgenommen war. Auf diese Prüfung wurde verzichtet, weil der Beschwerdeführer so oder anders keinen Anspruch auf Vergütung der geltend gemachten Mehrarbeit hatte.

Hinzu kam nämlich vor allem, dass das Arbeitsverhältnis am 7. November 2002 durch den Beklagten unter Einhaltung der vertraglichen dreimonatigen

Kündigungsfrist auf Ende Februar 2003 gekündigt und der Beschwerdeführer dabei freigestellt wurde. Gleichzeitig ordnete der Beklagte an, dass der Beschwerdeführer allfällige Überstunden- und Ferienguthaben zu kompensieren habe. Aufgrund einer ersten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers vom 11. November 2002 bis 20. Januar 2003 begann die eigentliche Kündigungsfrist (1. Dezember 2002 bis 28. Februar 2003 = 90 Tage) erst am 21. Januar 2003 zu laufen, war nach 90 Tagen, das heisst am 20. April 2003, konsumiert und endete eigentlich Ende April 2003, dem nächstfolgenden Monatsende als gewöhnlichem Kündigungsendetermin. Die Parteien hingegen gingen davon aus, dass eine zweite, vom 28. April bis 12. Mai 2003 dauernde Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers zu einer neuerlichen Verlängerung der Kündigungsfrist bis Ende Mai 2003 führte. Sie übersahen dabei, dass nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, die in eine blosser Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 3 OR fällt, nicht eine erneute Verschiebung des Kündigungsendes zur Folge haben kann [BGE 124/1998 III 475 ff. mit Hinweisen auf die Lehre]. Unter dieser irrigen Vorstellung hat der Beklagte dem Beschwerdeführer den Lohn für einen weiteren Monat gewährt, ohne dass dieser dafür arbeiten musste und ohne dass er darauf Anspruch hatte.

Gegen die Anordnung der Kompensation von Überstunden und Ferien will der Beschwerdeführer bei der Übergabe der Kündigung am 7. November 2002 Einspruch erhoben haben, was jedoch bestritten war und von ihm nicht mehr hätte bewiesen werden können. Darin war deshalb sein Einverständnis mit dieser Kompensation zu sehen. Letztlich brauchte aber nicht darauf abgestellt zu werden. In Abweichung von Art. 321c Abs. 3 OR machte der zweite Arbeitsvertrag eine Überstundenkompensation nicht vom Einverständnis des Arbeitnehmers abhängig. Die dortige Kann-Formulierung weist vielmehr darauf hin, dass beide Parteien eine Kompensation beanspruchen bzw. anordnen durften. Unter diesen Umständen hätte ein Einspruch des Beschwerdeführers nichts bewirken können. Durch eine Kompensation von Überstunden mit Freizeit war dieser auch nicht an der Arbeitssuche gehindert. Doch selbst, wenn der Beschwerdeführer einer Kompensation der Mehrarbeit hätte zustimmen müssen, so hätte dies jedenfalls nicht für den Monat Mai 2003 gelten können, weil das Arbeitsverhältnis bei richtiger Anwendung des Art. 336c OR Ende April 2003 beendet gewesen wäre und es deshalb im Monat Mai nichts zu kompensieren gab.

All dies gilt auch für [den Bezug] des Ferienguthabens, das der Beschwerdeführer mit 22 Arbeitstagen angegeben hat. Zudem ist auf das Ferienabgeltungsverbot und die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen. In BGE 128/2002 III 282 f. hat das Bundesgericht klar gemacht, dass ein freigestellter Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht zum Bezug von Ferien nach Möglichkeit und

unabhängig davon verpflichtet ist, ob der Arbeitgeber den Ferienbezug angeordnet hat oder nicht. Zudem sind 22 Ferientage bei einer Freistellungszeit von 67 Arbeitstagen (21. Januar bis 27. April 2003) mit jenen Verhältnissen vergleichbar, die das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung zu beurteilen hatte. Hier wie dort war deshalb - selbst unter Ausklammerung des Monats Mai 2003 - davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer der volle Bezug der noch offenen Ferientage während der Kündigungszeit zuzumuten war. Mit oder ohne Berücksichtigung des Monats Mai 2003 kamen sich zudem die Kompensation der Mehrarbeit von rund 124 Stunden (143,58 Stunden - [20,44 - 1,01]) bzw. von rund 15 Arbeitstagen, sofern und soweit sie überhaupt bestanden hat, einerseits und der Bezug von 22 Arbeitstagen Ferien andererseits einander nicht in die Quere.“

(GSGE vom 18.8.2003 in Sachen M. gegen Verein S., GS 2003/244; AGE vom 12.3.2004, Verf. Nr. 986/2003)

2.3.2. Art. 321c Abs. 3 OR, Art. 341 Abs. 1 OR. Eine Per-Saldo-Klausel auf einer Lohnabrechnung bezieht sich im Zweifel nur auf das, worüber dort abgerechnet wird. Der Arbeitnehmer kann während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach auf die Abgeltung von Überstunden nicht gültig verzichten. Auslegung einer Vertragsklausel betreffend Überstunden („müssen innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung schriftlich anerkannt werden“) dahingehend, dass die Meldung der Überstunden und nicht deren Genehmigung innert Monatsfrist erfolgen musste. Unzulässig wäre eine Genehmigung, mit der sich die Arbeitgeberin vertraglich vorbehalten hätte, auch notwendigerweise geleistete Überstunden nach Belieben nicht zu vergüten, es sei denn, der Angestellte würde sich dabei über ein klares Verbot hinwegsetzen, überhaupt Mehrarbeit zu leisten. Bei einer solchen Regelung könnte der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Überstunden erbringt, nicht voraussehen, ob sie vergütet werden, was gegen Art. 341 Abs. 1 OR verstiesse.

K. kündigte sein per 1. November 2001 angetretenes Arbeitsverhältnis mit der S. AG auf den 29. Februar 2004. Der schriftliche Arbeitsvertrag sah vor, dass Überstunden „innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung schriftlich anerkannt“ werden müssen. Am letzten Arbeitstag machte K. erstmals bei der Arbeitgeberin die Bezahlung von Überstunden geltend, was diese ablehnte. Beim Austritt aus dem Betrieb hat K. zudem die letzte Lohnabrechnung, auf welcher die S. AG eine Per-Saldo-Klausel angebracht hatte, unterschrieben. Mit Klage vom 6. April 2004 verlangte K. die Verurteilung seiner Arbeitgeberin zur Entschädigung von Überstunden im Betrag von CHF 1'624.25 brutto. Mit Urteil vom 3. Mai 2004

hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von CHF 368.15 netto gut, unter Abweisung der Mehrforderung. K. hat gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht Beschwerde erhoben, die am 27. Juli 2004 abgewiesen wurde. Das Gewerbliche Schiedsgericht führte in seiner Vernehmlassung vom 18. Juni 2004 zur Beschwerde was folgt aus:

„[...] Zunächst war die Frage zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer überhaupt noch Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis hatte, weil er am 26. Februar 2004 eine Per-Saldo-Klausel unterschrieben hat. Die Klausel („Per Saldo aller Ansprüche erhalten“) hat der Beschwerdeführer auf einer Lohnabrechnung, in der über den 13. Monatslohn für die Monate Januar und Februar 2004 abgerechnet wurde, unterschrieben. Abgesehen davon, dass sich die Klausel im Zweifel nur auf das bezog, worüber dort abgerechnet wurde, konnte der Beschwerdeführer damals – noch vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses - nicht auf zwingende Ansprüche (Art. 341 OR) verzichten. Mit seiner Klage machte er die Bezahlung von Überstunden geltend. Die Abgeltung von Mehrarbeit gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als zwingender Anspruch [BGE 124/1998 III 471 = Pra. 88/1999 Nr. 37 S. 223]. Deshalb war von keinem gültigen Verzicht auszugehen und hatte sich das Gericht somit mit der Frage zu befassen, ob dem Beschwerdeführer Überstundenlohn zustand. Die Parteien haben in ihrem schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbart, dass Überstunden innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung schriftlich anerkannt werden müssen. Augenscheinlich sollte der Beschwerdeführer nur dann Anspruch auf Abgeltung der Mehrarbeit haben. Die Parteien haben damit Gebrauch vom Recht in Art. 321c Abs. 3 OR gemacht, durch schriftliche Abrede von der gesetzlichen Überstundenregelung abzuweichen. Zu prüfen war deshalb, was damit vereinbart war und ob diese Vereinbarung auch inhaltlich zulässig war.

Fraglich war, was mit einer Genehmigung innert Monatsfrist gemeint war. Einer solchen Genehmigung geht regelmässig eine Meldung über geleistete Überstunden voraus. Es stellte sich daher die Frage: Soll die Monatsfrist zu laufen beginnen, sobald die Überstunden geleistet oder erst nachdem sie gemeldet wurden? Im ersten Fall muss sinnvollerweise auch die Meldung innert Monatsfrist seit der Leistung der Mehrarbeit erfolgen. Eine Meldung hat offensichtlich zum Zweck, dass die Geschäftsleitung von der Leistung von Überstunden Kenntnis erhält, deren Notwendigkeit und Wünschbarkeit überprüfen sowie allenfalls Massnahmen zur Vermeidung von Mehrarbeit einleiten kann. Je näher die Leistung von Mehrarbeit und deren Meldung zeitlich beieinander liegen, desto eher vermag ein Arbeitnehmer die Notwendigkeit nachzuweisen und kann die Geschäftsleitung diese auch nachprüfen. Aus diesem Grund lag ein Genehmigungsvorbehalt innert Monatsfrist seit Leistung der Überstunden näher als ein solcher erst binnen Monatsfrist seit der Überstundenmeldung. Bei der Genehmigung, die sich die Beklagte vorbehalten

hatte, konnte und durfte es ferner nur darum gehen, dass die Notwendigkeit der Mehrarbeit von der Geschäftsleitung der Beklagten entweder bejaht oder aber verneint und entsprechend die Abgeltung, insbesondere Lohnzahlung, bewilligt oder dann verweigert wurde. Unzulässig wäre eine Genehmigung, mit der sich die Beklagte vorbehalten hätte, auch notwendigerweise geleistete Überstunden nach [Belieben] nicht zu vergüten, es sei denn, ein Angestellter würde sich dabei über ein klares Verbot der Arbeitgeberin hinwegsetzen, überhaupt Mehrarbeit zu leisten. Bei einer solchen Regelung würde es nämlich für den Arbeitnehmer an der Voraussehbarkeit der Vergütung für Überstunden im Zeitpunkt, in dem er sie erbringt, fehlen. Dies liefe darauf hinaus, dass der Angestellte auf den Überstundenlohn verzichten müsste, obwohl er bei der Leistung der Mehrarbeit (noch) mit deren Bezahlung rechnen durfte. Darin läge ein Verstoss gegen Art. 341 OR, wonach ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach auf zwingende Ansprüche nicht verzichten darf. [...]

Vorliegend hat der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung zugegeben, dass er beim Einstellungsgespräch darauf hingewiesen wurde, der Beklagten Meldung zu erstatten, falls die Arbeitszeit zur Verrichtung der Arbeit nicht ausreichen sollte. Ebenfalls anerkannt hat er, dass er dies nicht getan hat. Nicht belegt war sein Einwand, dass die Beklagte ihm sonst gekündigt hätte. Im übrigen hätte er sich dann auf die Missbräuchlichkeit einer solchen Kündigung berufen können. Der Beschwerdeführer räumte weiter ein, dass er die Beklagte mit seiner Überstundenforderung erstmals am letzten Tag des Arbeitsverhältnisses konfrontiert hatte. Dies war aufgrund der getroffenen Überstundenvereinbarung zu spät, weil der letzte Arbeitstag der 27. Februar 2004 war, während die letzten Überstunden laut der Liste des Beschwerdeführers bereits am 20. November 2003 angefallen sein sollen. Eine Genehmigung innert Monatsfrist seit Leistung der Mehrarbeit war damit ausgeschlossen, sofern die Überstunden von der Beklagten nicht bereits als genehmigt gelten konnten oder von ihr – bei ausreichender früherer Kenntnis – hätten rechtzeitig genehmigt werden können.

Der vom Beschwerdeführer eingeklagte Lohn betraf sodann Überstunden, die ausschliesslich ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten geleistet worden sein sollen. Einerseits handelte es sich um von der Beklagten angeordnete Weiterbildungen und andererseits um Arbeiten, die der Beschwerdeführer bei den Kunden der Beklagten verrichtet haben wollte. Zugesprochen wurde dem Beschwerdeführer der Überstundenlohn für die Weiterbildungen im Umfang von insgesamt 12 Stunden, weil diese Stunden von der Beklagten ausdrücklich angeordnet waren (Schreiben vom 7. Februar 2002: „Teilnahme unerlässlich“) und von ihr als Überstunden in der Hauptverhandlung bestätigt wurden. Bei der übrigen Mehrarbeit war dies nicht der Fall. Hier stellte sich die Frage, ob die Beklagte davon dennoch rechtzeitig und ausreichend Kenntnis erlangte, so dass sie über deren Notwendigkeit hätte befinden können.

Der Beschwerdeführer hatte die von ihm geleistete Arbeitszeit, die den Kunden verrechnet werden konnte, jenem Sachbearbeiter zu melden, dessen Aufgabe es war, mit den Kunden abzurechnen. Obwohl es sich bei der Beklagten um eine kleine Firma handelte, konnte darin noch keine Meldung von Überstunden erblickt werden. Wer Mehrarbeit leistet und dafür entschädigt werden möchte, hat diese Stunden sowohl als Überstunden als auch umfangmässig klar zu deklarieren, damit sie als solche erkannt, geprüft und zur Abgeltung genehmigt werden können. Dies hat der Beschwerdeführer zugegebenermassen unterlassen. Auch kann aus dem Umstand, dass eine Arbeitgeberin jene Stunden, die ihr Angestellter als Überstunden geltend macht, dem Kunden weiterverrechnet hat, nicht geschlossen werden, dass es sich dabei effektiv um entschädigungspflichtige Mehrarbeit gehandelt hat. Die Kontrolle darüber, ob Überstunden vorhanden sind, setzt mehr voraus, nämlich erstens die Übersicht über alle vom betreffenden Arbeitnehmer geleisteten - den Kunden sowohl verrechenbaren als auch nicht verrechenbaren - Arbeitsstunden, zweitens die Kontrolle darüber, ob damit die Normalarbeitszeit effektiv erreicht sowie allenfalls und in welchem Umfang sie übertroffen wurde, und drittens die Kontrolle, ob diese Überstunden notwendig waren.“

(GSGE vom 3.5.2004 in Sachen K. gegen S. AG, GS 2004/135; AGE vom 27.7.2004, Verf. Nr. 942/2004)

2.4. Lohnhöhe (Art. 322 Abs. 1 OR)

Auslegung einer Lohnabrede als Mindestlohn. Berechnung eines pro-rata-Anspruches auf einen 13. und einen 14. Lohn.

P. war vom 1. Juni bis und mit 31. August 2002 als Vermögensverwalter bei der B. AG angestellt. Bezüglich des Lohnes vereinbarten die Parteien was folgt:

" 9.1 Gehalt

Das Bruttogehalt des Arbeitnehmers setzt sich wie folgt zusammen:

1. Der Arbeitnehmer erhält auf sein Depotvolumen von Kunden, die er während des Arbeitsverhältnisses akquiriert hat, 50% der durch die Arbeitgeberin von diesen Kunden vereinnahmten Vermögensverwaltungshonorare.
2. Das im zwischen der Arbeitgeberin und diesen Kunden des Arbeitnehmers abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag geregelte Erfolgshonorar erhält der Arbeitnehmer zu 100%.
3. Ausserdem erhält der Arbeitnehmer 50% der von der Bank für diese Kunden des Arbeitnehmers ausbezahlten Retrozessionen auf Wertpapiertransaktionskosten abzüglich der bezahlten Mehrwertsteuer.

Der Arbeitnehmer erhält in Anrechnung auf sein in den Ziffern 1 – 3 von Art. 9.1 gerechnetes Salär ein monatliches Gehalt von CHF 8'000.--, zahlbar spätestens am Ende eines jeden Monats. Zusätzlich erhält der Arbeitnehmer ein dreizehntes und vierzehntes Monatsgehalt, jeweils zahlbar im Mai und im November jeden Jahres. Je nach Arbeitsbeginn oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses stehen diese Zusatzgehälter dem Arbeitnehmer pro rata zu. Die eigentliche Abrechnung über das Gehalt des Arbeitnehmers gemäss den vorstehenden Ziffern 1 – 3 von Artikel 9 werden per Ende des Geschäftsjahres, d.h. per 31. Dezember erstellt. Diese Abrechnung wird jeweils von beiden Vertragsparteien zum Zeichen ihres Einverständnisses unterzeichnet. Von dem aus dieser Abrechnung resultierenden Salär werden bereits geleistete Gehaltszahlungen in Abzug gebracht. Der Arbeitnehmer erhält eine sich aus dieser Abrechnung ergebende Restzahlung jeweils spätestens bis Ende Januar eines Jahres ausbezahlt. Vom gesamten Bruttosalär kommen die gesetzlich vorgeschriebenen Sozialbeiträge in Abzug. [...]"

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2002 verlangte P. die Auszahlung des 14. Monatslohnes in Höhe von CHF 4'000.-- brutto, wovon er CHF 2'000.-- brutto bereits erhalten habe. Die B. AG hingegen stellte sich mit Schreiben vom 9. Januar 2003 auf den Standpunkt, P. habe Anspruch auf einen 13. Lohn von CHF 2'000.--, den er bereits erhalten habe. Der 13. Lohn berechne sich pro rata auf 12 Monate. Auf Klage von P. vom 28. Februar 2003 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die B. AG zur Zahlung von CHF 2'000.-- brutto bzw. von CHF 1'853.70 netto, wobei es Folgendes erwogen hat.

In Ziffer 9 Abs. 1 des Arbeitsvertrages legten die Parteien fest, wie sich das Gehalt von P. berechnet. In Absatz 2 wurde bestimmt, dass P. in Anrechnung auf dieses Gehalt monatlich CHF 8'000.-- brutto erhalten sollte. Abzurechnen war per 31. Dezember. Sollte sich dabei ergeben, dass der Arbeitnehmer nach Abzug der bisherigen monatlichen Auszahlung noch weitere Lohnansprüche hatte, so musste die Restzahlung bis Ende Januar erfolgen. Hingegen wurde nichts über eine Rückzahlung oder eine Verrechnung zuviel bezahlten Lohnes bestimmt. Daraus wurde geschlossen, dass die monatlichen Zahlungen von CHF 8'000.-- brutto einen Mindestlohn darstellten. Allfällige Unklarheiten bezüglich des Arbeitsvertrages gingen in Anwendung der Unklarheitsregel zulasten der B. AG, die den Arbeitsvertrag selber formuliert hatte. P. durfte und musste die Lohnabrede im Sinne eines garantierten Mindestlohnes verstehen. Zudem hatte P. Anspruch auf einen 13. und 14. Lohn in Höhe eines Monatsgehalts von je CHF 8'000.-- brutto, die nicht auf das Gesamtgehalt anzurechnen waren. Da P. vom 1. Juni bis 31. August 2002 angestellt war, kam er in den Genuss einer pro-rata-Zahlung für drei Monate. Diese berechnete sich entweder auf CHF 8'000.-- brutto eines 14. Lohnes (Juni bis November) oder auf CHF 16'000.-- brutto eines 13. und 14. Lohnes (Januar bis Dezember), was jeweils einen Anspruch von CHF

4'000.-- brutto ergab. Davon hatte P. anerkanntermassen bereits CHF 2'000.-- brutto erhalten.

(GSGE vom 15.5.2003 in Sachen P. gegen B. AG, GS 2003/93)

2.5. Provision (Art. 322b f. OR)

Art. 322c OR. Das Einsichtsrecht des Arbeitnehmers hat sich an den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeberin zu orientieren. Auf den zur Verfügung zu stellenden Unterlagen dürfen durch die Arbeitgeberin jene Daten abgedeckt werden, die für die vorzunehmende Kontrolle nicht erforderlich sind. Sofern gewisse Daten für eine Kontrolle unabdingbar sind, an denen andererseits die Arbeitgeberin ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, ist durch die Art und Weise, wie die Kontrolle durchgeführt wird, sicherzustellen, dass die beidseitigen Interessen angemessen gewahrt werden können. Dazu dient in solchen Fällen der Beizug eines von den Parteien unabhängigen Sachverständigen, der an der Stelle des Arbeitnehmers Einsicht nimmt und die Kontrolle durchführt.

§ 109, § 111 ZPO. Urkundenedition. Handgelübde, welche die Parteien abzulegen haben, sind in der Gerichtspraxis nicht mehr in Gebrauch. Vielmehr wird einfach vermutet, dass sich die Tatsachen, welche die Gegenpartei als in den vorenthaltenen Urkunden enthalten behauptet, tatsächlich zugetragen haben.

X. trat am 25. Juli 2002 bei der Weinhandlung Y. GmbH als Handelsvertreter ein. Als Lohn waren ausschliesslich Abschlussprovisionen auf den von X. getätigten Weinverkäufen vereinbart. Insgesamt wurden X. Provisionen im Umfang von CHF 22'709.65 ausbezahlt. Mit Schreiben vom 11. März 2003 erteilte die Y. GmbH ihrem Angestellten X. mit sofortiger Wirkung ein Hausverbot mit und stellte fest, dass dieser das Arbeitsverhältnis nach mündlicher Aussprache aufgelöst habe. Sie warf X. vor, er habe sie konkurrenziert, indem er Kunden auf eigene Rechnung beliefert habe. Mit Klage vom 15. Juli 2003 verlangte X. die Verurteilung der Y. GmbH zur Zahlung von CHF 30'000.--. An Ansprüchen führte er CHF 24'832.55 Provisionen bis zum Hausverbot sowie CHF 9'956.35 Provisionen in der Zeit danach bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist Ende April 2003 auf. Der Klage war eine eigene detaillierte Berechnung der Provisionsansprüche beigelegt. Gleichzeitig stellte X. den Antrag um Einsichtnahme in die Geschäftsbelege der Y. GmbH, damit er seine Provisionsansprüche exakt berechnen könne. Er habe auch

Provisionen aus Geschäften mit Kunden, die anderen Angestellten zugeteilt worden seien, zu gut. Die Y. GmbH hingegen bestritt, X. noch Provisionen zu schulden. Nach Durchführung einer 1. Hauptverhandlung am 15. September 2003 wurde die Y. GmbH verpflichtet, dem Gericht unter anderem detaillierte Bank- und Postkontoauszüge für die Zeit vom 25. Juli 2002 bis 31. Juli 2003 sowie sämtliche Lieferscheine vom 25. Juli 2002 bis 11. März 2003 bezüglich der durch X. vermittelten Geschäfte einzureichen. In der Folge legte die Y. GmbH die verlangten Unterlagen unter Abdeckung der Kundennamen und teilweise auch der Liefer- oder Rechnungsbeträge ins Recht. Sie erklärte hierzu, X. versuche mittels unrechtmässig kopierter und mitgenommener Kundenlisten und unter Verwendung ihres Firmennamens Geschäfte zu tätigen. Er habe daher offensichtlich sämtliche, ihn betreffenden Verkaufsunterlagen einsehen können. Andere ihn betreffende Unterlagen bestünden nicht. In keinem Fall dürfe X. Verkaufsunterlagen anderer Verkäufer einsehen. In einer 2. Hauptverhandlung am 29. März 2004 wurden auf Antrag der Y. GmbH zwei Zeugen einvernommen. Z., ein früherer Angestellter der Y. GmbH, gab zu Protokoll, dass er und X. auf Anweisung der Y. GmbH die eigenen Kundenkarteien unter sich ausgetauscht und eine Zeit lang bearbeitet hätten. S. ein Kunde der Y. GmbH, bezeugte vor Gericht, dass X. ihn im September 2003 unter dem Namen der Y. GmbH kontaktiert und Wein zum Verkauf angeboten habe. Hierauf stellte das Gericht das Verfahren erneut aus und verpflichtete die Y. GmbH zur nochmaligen Einreichung der bereits ins Recht gelegten Belege jeweils im Original und ohne Abdeckung. Die Y. GmbH kam dieser Aufforderung in der Folge nicht nach und erklärte, das Gericht leiste mit dieser Anordnung weiteren Wettbewerbsverstössen durch X. Vorschub. Mit Urteil vom 19. August 2004 wurde sie zur Zahlung von CHF 17'940.60 netto an X. verurteilt. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat dabei Folgendes erwogen:

Art. 322c Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die für die Provisionsabrechnung massgebenden Bücher und Belege zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist. Ein entsprechendes Recht steht dem Arbeitnehmer auch nach Art. 322a Abs. 2 OR mit Bezug auf einen ihm versprochenen Anteil am Geschäftsergebnis zu. In der Rechtslehre wird deshalb für den Umfang des Einsichtsrechts regelmässig auf jene Vorschrift verwiesen (statt vieler: BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 322c OR N. 1, S. 1712). Beide Einsichtsrechte sind in zweifacher Hinsicht beschränkt.

Sie gehen nur soweit, als sie zur Nachprüfung der Richtigkeit der Angaben der Arbeitgeberin nötig sind (ZK-Staehelin, 1984, Art. 322a OR N. 13, S. A155). Das Einsichtsrecht nach Art. 322c Abs. 2 OR bezieht sich damit auf all jene

Unterlagen, die als Grundlage der Berechnung der Provisionsansprüche dienen (ZK-Staehelin, Art. 322c OR N. 2, S. A164). Vorliegend waren dies nicht nur die Unterlagen bezüglich der Kunden, die X. zugeteilt waren, sondern auch die Unterlagen derjenigen Kunden, die von seinen Arbeitskollegen bearbeitet wurden. Es ergab sich klar aus den Aussagen des Zeugen Z., dass X. auf Geheiss der Y. GmbH während einer gewissen Zeit mit dessen Kundenkartei arbeiten musste und daraus Anspruch auf Provisionen hatte. Zu den fraglichen Unterlagen gehörten namentlich die Bestellungen, Lieferscheine, Rechnungen sowie Bank- und Postbelege. Um festzustellen, ob die Y. GmbH der Kontrolle keine Unterlagen vorenthielt, wurde sie verpflichtet, sämtliche bei ihr vorhandenen Belege dem Gericht einzureichen.

Ferner sind die Einsichtsrechte des Arbeitnehmers nach Art. 322a und c OR auch darin beschränkt, als ihnen höher zu gewichtende Interessen der Arbeitgeberin entgegenstehen. Die Einsichtnahme durch den Angestellten muss sich namentlich an den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeberin orientieren (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, vor § 183 N. 11, S. 530; Spühler/Vock, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, in SJZ 95/1999, S. 43 mit Hinweisen). Auf den durch die Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellenden Unterlagen dürfen deshalb jene Daten abgedeckt werden, die für die vorzunehmende Kontrolle nicht erforderlich sind (z. B. Bankkontonummern und Saldi auf Bankbelegen). Sofern gewisse Daten für eine Kontrolle hingegen unabdingbar sind, an denen andererseits jedoch die Arbeitgeberin ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, ist durch die Art und Weise, wie die Kontrolle durchgeführt wird, sicherzustellen, dass die beidseitigen Interessen angemessen gewahrt werden können. Dazu dient in solchen Fällen der Beizug eines von den Parteien unabhängigen Sachverständigen, der an der Stelle des Arbeitnehmers Einsicht nimmt und die Kontrolle durchführt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, vor § 183 N. 11a, S. 530). Der Sachverständige wird entweder von den Arbeitsvertragsparteien gemeinsam oder bei Uneinigkeit durch den Richter bestimmt (Art. 322c Abs. 2 OR, ZK-Staehelin, Art. 322a OR N. 12 f., S. A154 f.). Vorliegend ergab sich aus der Einvernahme des Zeugen S., dass die Y. GmbH zu Recht befürchtete, X. könne die Daten auf den einzureichenden Belegen zur Konkurrenzierung missbrauchen. Da über die Provisionsansprüche des Arbeitnehmers X. ein Prozess hängig war, musste es Aufgabe des Gerichts sein, zu prüfen und darüber zu bestimmen, welche Belege für eine Kontrolle der Provisionsberechnung erforderlich waren. Zudem war es Sache des Gericht darüber zu befinden, wie die Interessen der beiden Parteien bestmöglich gewährleistet werden konnten. Dies setzt jedoch die uneingeschränkte Kenntnis der fraglichen Unterlagen durch das Gericht voraus (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, vor § 183 N. 11a, S. 530).

Nach § 109 Abs. 1 ZPO ist eine Prozesspartei verpflichtet, auf Begehren und zu Gunsten der Gegenpartei Urkunden ins Recht zu legen, „die mit dem ausgesprochenen oder selbstverständlichen Zwecke unter den Parteien als Beweisstück zu dienen verfertigt worden sind“ (Ziffer 1). Ebenso unterliegen der Urkundenedition die „Handlungs-, Geschäfts- und Rechnungsbücher“ der anderen Partei (Ziffer 3). Die Y. GmbH war sowohl aus Art. 322c Abs. 2 OR als auch aus § 109 Ziff. 1 und 3 ZPO zur Einreichung der Unterlagen verpflichtet, die für die Kontrolle der Provisionsberechnung durch die Y. GmbH erforderlich waren. Dabei war die Y. GmbH nicht von sich aus berechtigt, auf diesen Unterlagen nach ihrem Gutdünken Daten abzudecken. Vielmehr hätte sie stattdessen die eingeforderten Unterlagen gemäss den gerichtlichen Vorgaben vollumfänglich und ohne Einschränkung einreichen müssen. In ihrer Eingabe an das Gericht hätte sie jedoch bezüglich der Einsichtnahme Anträge stellen sowie die aus ihrer Sicht nötigen Einschränkungen der Einsichtnahme begründen dürfen. Auch wäre sie dazu berechtigt gewesen, die verlangten Unterlagen ausschliesslich unter dem Vorbehalt einzureichen, dass das Gericht ihren Anträgen stattgeben würde. Mit der angeordneten Einreichung der Unterlagen ans Gericht wären die Interessen der Y. GmbH nicht gefährdet gewesen. Der Angestellte X. wäre noch nicht berechtigt gewesen, über den Weg einer einfachen Akteneinsicht Einsicht in die Unterlagen zu nehmen. Ihre Interessen wären solange, als das Gericht über die Einsichtnahme nicht rechtskräftig entschieden hätte, keiner Gefahr ausgesetzt gewesen. Wäre das Gericht bei seiner Prüfung der beiseitigen Interessen zur Auffassung gelangt, dass der Standpunkt der Y. GmbH berechtigt gewesen wäre, hätte das Gericht die Auswertung der Unterlagen durch einen Sachverständigen und unter Beschränkung des Einsichtsrechts von X. vornehmen lassen. Hätte hingegen die Einsichtnahme durch X. der unter einem Vorbehalt eingereichten Unterlagen nicht entsprechend den Anträgen der Y. GmbH beschränkt werden können, so wären dieser die Unterlagen ohne weiteres retourniert worden. In diesem Fall wäre sie gleich behandelt worden, wie wenn sie die Unterlagen überhaupt nicht eingereicht hätte. Die Y. GmbH hatte sich zu Letzterem entschlossen und hat damit eine Überprüfung der Ansprüche des Klägers von vornherein verunmöglicht. Aus diesem Grund kam § 111 ZPO zur Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist der von den Gegenpartei angegebene und mit Handgelübde als wahr erklärte Inhalt der Urkunden als bewiesen anzunehmen, wenn sich die zur Edition angehaltene Partei weigert, die verlangten Urkunden ins Recht zu legen. Handgelübde, welche die Parteien abzulegen haben, sind in der Gerichtspraxis nicht mehr in Gebrauch (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, 1992, S. 173, 166 f.). Vielmehr wird einfach vermutet, dass sich die Tatsachen, welche die Gegenpartei als in den vorenthaltenen Urkunden enthalten behauptet, tatsächlich zugetragen haben (Stahelin/Sutter, S. 166). Vorliegend hatte der Arbeitnehmer X. nach der Editionsverweigerung durch die Y. GmbH erklärt, dass sich aus den ihm

vorenthaltenen Unterlagen die von ihm errechneten Provisionsansprüche ergeben würden. Gestützt darauf berechnete das Gericht die Provisionsansprüche von X..

(GSGE vom 19.8.2004 in Sachen X. gegen Y. GmbH, GS 2003/266)

2.6. Freistellung

2.6.1. Pflicht zur Kompensation von Überstunden?
(siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)

2.6.2. Pflicht zum Ferienbezug?
(siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)

2.6.3. Geltung des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c OR)?
(siehe unter Ziffer 2.12.1., S. 79)

2.7. Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)

- 2.7.1. **Art. 324a OR.** Der Arbeitnehmer ist zur Untersuchung durch den Vertrauensarzt der Arbeitgeberin verpflichtet, wenn er sich dazu vertraglich bereit erklärt hat oder objektive Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bzw. am Arzzeugnis, das diese belegen soll, bestehen.
- 2.7.2. Die Weigerung des Angestellten, sich von einem Vertrauensarzt der Arbeitgeberin untersuchen zu lassen, kann, wenn er dazu verpflichtet wäre, unter Umständen, insbesondere nach vorgängiger rechtsgenügender Verwarnung, zur fristlosen Kündigung berechtigen.
- 2.7.3. Als Alternative zur fristlosen Kündigung kann die Arbeitgeberin die Lohnfortzahlung einstweilen stoppen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Arbeitnehmer für diese Zeit definitiv keinen Lohnfortzahlungsanspruch mehr hat. Dies ist die Frage nach dem Nachweis der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit, auf die Art. 324a OR abstellt. Trotz anfänglich berechtigter Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit bzw. an einem Arzzeugnis kann dem Angestellten der Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit doch noch gelingen, falls diese Zweifel durch weitere oder nähere Informationen beseitigt oder entscheidend relativiert werden können. Unter solchen Voraussetzungen kann die Weigerung, sich vom Vertrauensarzt der Arbeitgeberin untersuchen zu lassen, nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnfortzahlungsanspruch verliert.

D. war seit dem 1. Oktober 2001 bei der Baufirma X. AG als Schaler beschäftigt. Am 21. Februar 2003 verliess D. die Arbeit und meldete sich in der Folge krank. Der Arbeitgeberin reichte er ein am 28. Februar 2003 ausgestelltes Arzzeugnis ein, das ihm eine volle Arbeitsunfähigkeit vom 21. Februar bis 1. März 2003 bescheinigte. Er weigerte sich jedoch, sich vom Vertrauensarzt der X. AG untersuchen zu lassen. Da die Arbeitgeberin in der Woche nach dem 1. März 2003 für D. keine Arbeit hatte, wies sie ihn an, Ferien zu beziehen. Danach meldete sich D. weiterhin krank und reichte Arzzeugnisse über eine bis 31. März 2003 fortdauernde volle Arbeitsunfähigkeit ein. Daraufhin wurde D. der Lohn für den Monat März nicht bezahlt. Mit Klage vom 12. Januar 2004 verlangte D. die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 4'540.-- netto nebst Zins zu 5% seit 1. April 2003 (Krankenlohn für den Monat März 2003 nebst Kinderzulagen). Mit Urteil vom 18. März 2004 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von CHF 3'956.05 netto sowie CHF 150.-- Kinderzulagen gut. Eine von

der Arbeitgeberin gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 3. September 2004 abgewiesen. In seiner Vernehmlassung vom 28. April 2004 zu dieser Beschwerde führte das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes aus:

„[...] Im weiteren beanstandet die Beklagte, dass das Gericht die Weigerung des Klägers, sich von ihrem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, nicht zum Anlass genommen habe, ihm den Lohnanspruch abzusprechen. Auszugehen ist davon, dass der Angestellte zur Untersuchung durch den Vertrauensarzt verpflichtet ist, wenn er sich dazu vertraglich verpflichtet hat oder objektive Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bzw. am Arzzeugnis, das diese belegen soll, bestehen (ZK-Staehelin, 1984, Art. 324a OR N. 10, S. A226 f.; Christoph Schönenberger, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, 2001, S. 158 ff.; Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP 2000, S. 1069; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, S. 154; Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 47; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, S. 159; Manfred Rehbinder, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Festschrift Vogel, 1991, S. 197). Vorliegend räumen weder der LMV für das Bauhauptgewerbe noch der zugehörige Regiovertrag der Arbeitgeberin ein derartiges Recht ein. Hingegen wurde das vom Kläger der Beklagten vorgelegte Arzzeugnis von Dr. M., in welchem eine Arbeitsunfähigkeit vom 21. Februar bis 1. März 2003 ausgewiesen wird, erst am 28. Februar 2003 und damit rückwirkend ausgestellt. Unter diesen Umständen ergaben sich für die Beklagte im Zeitpunkt, als ihr dieses Zeugnis vorgelegt wurde, berechnete Zweifel an dessen Genauigkeit bzw. Richtigkeit, so dass sie vom Kläger verlangen durfte, sich von ihrem Vertrauensarzt begutachten zu lassen. Bei diesem Ergebnis konnte es nicht mehr darauf ankommen, ob der Kläger sich zunächst zu dieser Untersuchung bereit erklärt hatte oder nicht, was er jedoch bestritten hat und was von der Beklagten auch nicht hätte nachgewiesen werden können, weil beim Gespräch zwischen ihrem Herrn H. und dem Kläger niemand anders anwesend war.

Vom Kläger anerkannt war jedoch, dass er auf Anraten der Gewerkschaft der Aufforderung der Beklagten nicht nachkam. Die Beklagte zieht daraus den Schluss, dass der Angestellte seines Lohnfortzahlungsanspruches verlustig gehe. Sie stützt sich für ihre Ansicht auf Streiff/von Kaenel (S. 159 mit Hinweis auf den Entscheid Nr. 118 in Gabriel Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984) und spricht dabei von einer "Rechtsfolge", die durch zwei vom Gerichtsvorsitzenden zitierte Lehrmeinungen nicht ausser Kraft gesetzt werden könne. Sie scheint dabei zu übersehen, dass jene Rechtsfolge sich nicht im Gesetz findet, sondern dass es sich um eine Meinung in Lehre und Rechtsprechung handelt (Egli, AJP 2000, S. 1069 mit Hinweis auf JAR 1993 S.

144; Brühwiler, S. 154 mit Hinweis auf Entscheid Nr. 118 bei Aubert), die zudem umstritten ist (Schönenberger S. 162). Zu unterscheiden ist zweierlei: Die Weigerung des Angestellten, sich von einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, kann, wenn er dazu verpflichtet wäre, unter Umständen, insbesondere nach vorgängiger rechtsgenügender Verwarnung, zur fristlosen Kündigung berechtigen (ebenso: Schönenberger S. 163 mit Hinweisen; JAR 1992 S. 119 f.). Als Alternative dazu kann er die Lohnfortzahlung einstweilen stoppen (BGE 125/1999 III 76; Schönenberger S. 163). Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Arbeitnehmer für diese Zeit definitiv keinen Lohnfortzahlungsanspruch mehr hat. Dies ist die Frage nach dem Nachweis der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit, auf die Art. 324a OR abstellt. Trotz anfänglich berechtigter Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit bzw. an einem Arzteugnis kann dem Angestellten der Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit dennoch gelingen, falls diese Zweifel durch weitere oder nähere Informationen beseitigt oder entscheidend relativiert werden können. Unter solchen Voraussetzungen kann die Weigerung, zum Vertrauensarzt zu gehen, nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnfortzahlungsanspruch verliert (Schönenberger S. 163; vgl. Zinsli S. 47; Rehbinder S. 198; JAR 1993 S. 144 ff.).

Vorliegend hat das Gericht anlässlich der Hauptverhandlung per Fax und Telefon bei Dr. M., dem behandelnden Arzt des Klägers, sich darüber erkundigt, ob dieser die Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 21. Februar 2003 erst am 28. Februar 2003 beurteilt hat. Dr. M. hat dabei angegeben, dass der Kläger am 21. Februar, 28. Februar, 3. März, 7. März, 17. März, 21. März und am 31. März in seine Sprechstunde gekommen ist. Es war deshalb davon auszugehen, dass Dr. M. von Beginn der Arbeitsunfähigkeit weg und regelmässig den Kläger in seiner Praxis gesehen und damit dessen Gesundheitszustand hat beurteilen können. Daran nichts ändern konnte, dass der Kläger behauptete, er habe bereits am 21. Februar 2003 ein Arzteugnis auf der Baustelle der B. vorgewiesen und danach auch der Beklagten vorbeigebracht, was diese bestritten hat und heute auch nicht mehr unter Beweis gestellt werden könnte. Dies kann nämlich nicht gegen die Glaubwürdigkeit von Dr. M. sprechen, der dem Gericht auch nicht dafür bekannt ist, dass er Gefälligkeitszeugnisse ausstellt. Ferner kann der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit durch die ärztlichen Zeugnisse nicht dadurch erschüttert werden, dass der Kläger nach den Angaben von Dr. M. eine Angina und danach Rückenschmerzen hatte. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Aussage des Rechtsvertreters des Klägers im Schreiben vom 17. Juni 2003, wonach dieser sich immer noch sehr schlecht gefühlt habe, konnte dem Kläger nicht als widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden. Wesentlich ist, dass der Kläger damals arbeitsunfähig war, sei es wegen einer Angina, sei es wegen Rückenschmerzen. Im übrigen war die Beklagte damals, wäre der Kläger gesund gewesen bzw. geblieben, nicht berechtigt, derart kurzfristig Ferien anzuordnen.

Aufgrund der vorliegenden Arztzeugnisse war der Kläger vom 21. Februar bis 1. März (Samstag) 2003 und vom 3. März (Montag) bis 31. März 2003 arbeitsunfähig. Im Rahmen der amtlichen Erkundigung gab Dr. M. an, dass die Arbeitsunfähigkeit infolge Rückenschmerzen sich nahtlos an jene aufgrund der Angina angeschlossen habe. Da es sich beim 2. März 2003 um einen Sonntag handelte, an dem der Kläger ohnehin nicht gearbeitet hätte, ist dieser Tag in den Zeugnissen nicht aufgeführt worden. Dennoch war von einer durchgehenden Arbeitsunfähigkeit auszugehen.“

(GSGE vom 18.3.2004 in Sachen D. gegen X. AG, GS 2004/16; AGE vom 3.9.2004, Verf. Nr. 929/930/2004)

2.7.4. Art. 324a Abs. 2 und 4 OR. Ein Arbeitnehmer, dem für den Fall einer Arbeitsunfähigkeit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer ein Anspruch auf Versicherungsleistungen zuerkannt worden ist, darf guten Glaubens darauf vertrauen, dass er diesem Schutz auch dann noch untersteht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Anspruches auf Taggelder endet. Gleiches muss gelten für Lohnfortzahlungen, zu welchen sich der Arbeitgeber für die Phase vor den Taggeldzahlungen verpflichtet hat. Ob der Ersatz vom Arbeitgeber selbst oder von einer Versicherung geleistet wird, oder ob die Versicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits Leistungen erbracht hat, ändert nichts daran, dass Ersatz versprochen ist und im versprochenen Umfang geleistet werden muss.

B. arbeitete seit dem 20. August 2001 bei der X. Versicherung als Verkaufsleiter. Am 11. Juni 2002 kündigte die X. Versicherung seinen Arbeitsvertrag per 31. Juli 2002. B. wurde in der Folge für mehrere Monate krank. Deswegen verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 31. August 2002. Bis dahin bezahlte die X. Versicherung seinen Lohn. B. erhob daraufhin Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht und forderte Lohn für die Monate September und Oktober 2002. Mit Urteil vom 24. Februar 2003 sprach das Gewerbliche Schiedsgericht B. für September und Oktober 2002 Lohn von CHF 14'098.-- netto nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Oktober 2002 zu.

Gegen dieses Urteil hat die X. Versicherung Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht mit Urteil vom 7. August 2003 in freier Kognition abgewiesen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 2. a) Während einer Krankheit schuldet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer im ersten Dienstjahr für mindestens drei Wochen den Lohn (Art. 324a

Abs. 1 und 2 OR). Abweichende Regelungen können getroffen werden, sofern sie für den Arbeitnehmer zumindest gleichwertig sind (Art. 324a Abs. 4 OR; Art. 362 OR). Gemäss Art. 6 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 7. August 2001 wird dieser durch das Personalreglement ergänzt (Arbeitsvertrag und Personalreglement [...]). Art. 6 Ziff. 1 des Reglements lautet wie folgt:

„1. Gehaltszahlung im Krankheitsfall

Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entrichtet der Arbeitgeber das gesamte Gehalt während den ersten 180 Tagen. Ab dem 181. Tag ist der Arbeitnehmer für den Einkommensverlust zu 100 % während 720 Tagen auf eine Dauer von 900 aufeinanderfolgenden Tagen versichert.“

b) Das Gewerbliche Schiedsgericht entnimmt dieser Bestimmung das Versprechen, bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit während 180 Tagen das volle Salär zu zahlen. Gestützt auf seine langjährige Praxis (Vernehmlassung S. 2 mit Verweis auf BJM 1993 S. 293 f.), nach der ein vertraglich zugesicherter Lohnfortzahlungsanspruch nicht durch Kündigung abgekürzt werden könne, habe es den Beschwerdegegner in seinem Vertrauen auf die Lohnfortzahlung während 180 Tagen im Krankheitsfall geschützt und ihm deshalb den Lohn für die Monate September und Oktober 2002 zugesprochen. Die Beschwerdeführerin hingegen beruft sich auf BGE 113 II 259 ff., wonach der Arbeitgeber zu Lohnzahlungen über das Ende des Arbeitsvertrags hinaus nur verpflichtet sei, wenn er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

c) Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wurde auf Ende August 2002 aufgelöst, womit gemäss Art. 324a OR grundsätzlich die Lohnzahlungspflicht endet. Da Art. 324a OR nur einseitig zwingender Natur ist, können die Parteien indessen eine für den Arbeitnehmer günstigere Absprache treffen. Strittig ist im vorliegenden Fall die Frage, ob aufgrund von Art. 6 des Personalreglements die Lohnfortzahlung auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet ist. Von einer solchen Absprache ist namentlich auszugehen, wenn sich der Arbeitgeber ohne Vorbehalt verpflichtet hat, während einer längeren Dauer den Lohnbetrag bzw. einen Teil davon weiterzubezahlen oder eine Versicherung mit einem solchen Inhalt abzuschliessen. Die vom Bundesgericht in BGE 113 II 263 begründete Rechtsprechung, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, ist durch BGE 124 III 126 modifiziert worden. Danach darf ein Arbeitnehmer, dem für den Fall einer Arbeitsunfähigkeit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer ein Anspruch auf Versicherungsleistungen zuerkannt worden ist, guten Glaubens darauf vertrauen, dass er diesem Schutz auch dann noch untersteht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Anspruches auf Taggelder endet (BGE 124 III 126 E. 2b, S. 132 f.; BGE 127 III 318 E. 4b, S. 325 f.; so auch Thomas Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 329). Gleiches muss gelten für Lohnfortzahlungen, zu welchen

sich der Arbeitgeber für die Phase vor den Taggeldzahlungen verpflichtet hat. Ob der Ersatz vom Arbeitgeber selbst oder von einer Versicherung geleistet wird, oder ob die Versicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits Leistungen erbracht hat [...], ändert nichts daran, dass Ersatz versprochen ist und im versprochenen Umfang geleistet werden muss. Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer sich auf die für den Krankheitsfall versprochenen Leistungen auch nach Beendigung des Arbeitsvertrages verlassen darf, wenn nicht der Arbeitgeber sie ausdrücklich auf die Dauer des Arbeitsvertrages beschränkt hat. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat demnach Art. 6 des Personalreglements nicht falsch ausgelegt, weil es richtig zwischen Lohnzahlung während der Dauer des Arbeitsvertrages und Lohnfortzahlung während der Dauer der Krankheit unterschieden hat. Im vorliegenden Fall gilt das dem Arbeitnehmer Versprochene über das Ende des Arbeitsvertrages hinaus; denn es geht hier nicht um eine direkte Gegenleistung für Arbeit (um Lohn), sondern um den Schutz vor krankheitsbedingtem Erwerbsausfall (um Lohnfortzahlung resp. Lohnersatz).

d) Aus der gesetzlichen Regelung zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle kann die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten, da sie diese durch eine einzelvertragliche Abrede ersetzt hat.

e) Ob der Beschwerdegegner nach relativ kurzer Vertragsdauer von einer unverhältnismässig günstigen Regelung profitiert, entzieht sich der gerichtlichen Beurteilung, da die Regelung von den Parteien vereinbart ist. Nach dem Parteiwillen wäre er auch im ersten Vertragsjahr, sogar nach sehr kurzer Vertragsdauer, in den Genuss der grosszügigen Krankheitsregelung gekommen, wenn nicht gekündigt worden wäre. Dass die Beschwerdeführerin als Versicherungsgesellschaft die Regelung nicht so gemeint haben könnte, wie sie sie formuliert hat, hat der Beschwerdegegner nicht erkennen müssen und ist ihm nicht anzulasten. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin beweist das Schreiben des Beschwerdegegners vom 18. September 2002 [...] nichts anderes, als dass dieser darin ausführt, sein Kollektiv - Krankenversicherungsvertrag bleibe bestehen, solange er arbeitsunfähig sei. Irrelevant für die Phase der ersten 180 Tage ist die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob der Beschwerdegegner in die Einzel-Krankentaggeld-Versicherung übergetreten ist. [...]"

(GSGE vom 24.2.2003 in Sachen B. gegen X. Versicherung, GS 2002/349; AGE vom 7.8.2003, Verf. Nr. 917/2003)

2.8. Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)

Art. 327 Abs. 1 / 327a OR, Art. 3 GIG. Grundsätzlich gehören Kleider nicht zum Material, das die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin zur Verfügung stellen und finanzieren muss. Dies gilt nicht für spezielle Arbeitskleidung, wenn der Arbeitnehmerin nicht zugemutet werden kann, in normalem Gewand zu arbeiten, wenn die Arbeitgeberin solche anordnet oder wenn diese üblich ist. Die Arbeitnehmerin hat sich an den Kosten für solche Berufskleidung nur zu beteiligen, wenn sie diese auch ausserhalb der Arbeitszeit trägt. Das Gewerbliche Schiedsgericht stellt für die Frage, ob die Arbeitgeberin oder aber die Arbeitnehmerin für die Kosten von Arbeitskleidern aufzukommen hat, auf die Interessenlage und die Wahlfreiheit ab: Je grösser einerseits das Interesse der Arbeitgeberin an bestimmten Kleidern ihrer Arbeitnehmerin und je kleiner andererseits die Freiheit der Arbeitnehmerin, diese nach eigenem Gutdünken auszuwählen, desto eher ist die Arbeitskleidung von der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen oder zu finanzieren. Eine einheitliche Kleidung hat Kennzeichnungscharakter und liegt wesentlich im Interesse der Arbeitgeberin. Daran ändert nichts, dass Arbeitnehmervertreterinnen im Betrieb der Arbeitgeberin bei der jeweiligen Auswahl der Kleider mitreden dürfen. Das Gericht ist nicht an eigene frühere Urteile gebunden, in denen sie das gleiche Kleiderreglement noch für zulässig erklärt hatte. Ein Kleiderreglement, das auf weibliche Angestellte im Unterschied zu den männlichen Arbeitskollegen strikt angewendet wird, verstösst gegen das Diskriminierungsverbot im Gleichstellungsgesetz.

M. und fünf weitere ehemalige Verkäuferinnen haben bei der F. AG gearbeitet. Bezüglich der Arbeitskleider war in einem speziellen Kleiderreglement zu den Arbeitsverträgen vorgesehen, dass allen im Verkauf tätigen Mitarbeiterinnen für jede Saison, das heisst zweimal im Jahr, eine Bekleidungseinheit abgegeben werde, die diese während der Arbeitszeit zu tragen hätten. Andererseits mussten sich die Verkäuferinnen mit 50% an den Gestehungskosten dieser Kleider beteiligen. Im Reglement wurde zudem darauf hingewiesen, dass dieser Personalanteil zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen CHF 200.-- und CHF 300.-- pro Person und Saison betrage. Nach Empfang der Kleider für die nächstfolgende Saison gingen laut Reglement die bis dahin getragenen Bekleidungseinheiten ins Eigentum der Verkäuferinnen über. M. und fünf ihrer Arbeitskolleginnen klagten am 19. März 2003 auf Rückerstattung der Lohnabzüge für ihre Kleider. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat am 8. September 2003 alle Klagen gutgeheissen. Eine von der F. AG gegen diese Urteile erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 24. Februar 2004 abgewiesen.

2.8.1. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts

In seiner Vernehmlassung vom 23. Dezember 2003 zur Beschwerde der F. AG hat das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt ausgeführt:

„[...] Hinsichtlich Arbeitskleider sind die Art. 327 und 327a OR zu beachten. Nach Art. 327 OR hat die Arbeitgeberin, wenn nichts anderes verabredet oder üblich ist, die Arbeitnehmerin mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die diese zur Arbeit benötigt. Ferner hat nach Art. 327a OR die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen (Abs. 1). Abreden, dass die Arbeitnehmerin die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen habe, sind nichtig.

Grundsätzlich gilt, dass die Kleider, die eine Arbeitnehmerin zur Arbeit trägt, nicht zum Material gehören, die ihr die Arbeitgeberin zur Verfügung stellen und finanzieren muss. Vielmehr zählen sie zu den persönlichen, von der Arbeitnehmerin selber zu tragenden Auslagen (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 327a OR N. 2, S. 189; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 327a OR N. 1, S. 183; ZK-Staehelin, 1984, Art. 327a OR N. 3, S. A 281; BK-Rehbinder, 1985, Art. 327a OR N. 4, S. 397; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage 1994, S. 116). Die Arbeitnehmerin trägt in der Regel die gleichen Kleider unabhängig davon, ob sie arbeitet oder nicht. Hingegen hat die Arbeitgeberin ihrer Angestellten spezielle Arbeitskleider wie Uniformen und insbesondere Schutzkleider nach Art. 327 OR bereitzuhalten oder nach Art. 327a OR die Kosten dafür zu übernehmen (Brühwiler, Art. 327a OR N. 1, S. 183; Streiff/von Kaenel, Art. 327a OR N. 2, S. 189; BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 327a OR N. 2, S. 1737; Daniel Brand et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, 1991, Art. 327a OR N. 2, S. 210). Es wird dabei darauf abgestellt, ob es der Arbeitnehmerin zuzumuten ist, in ihren gewöhnlichen Kleidern zu arbeiten (BSK-Rehbinder/Portmann, Art. 327a OR N. 2, S. 1737). Zudem kann eine bestimmte Arbeitskleidung angeordnet oder zwecks Kennzeichnung oder zum Schutz vor Unfällen und Krankheiten durch die Arbeitgeberin vorgeschrieben bzw. geboten sein (BSK-Rehbinder/Portmann, Art. 327a OR N. 2, S. 1737; Daniel Brand et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, 1991, Art. 327a OR N. 2, S. 211). Nur wenn die verlangte Arbeitskleidung auch ausserhalb der Arbeitszeit getragen wird, trifft die Arbeitnehmerin eine anteilige Kostentragungspflicht (Streiff/von Kaenel, Art. 327a OR N. 2, S. 189). Es ergibt sich aus alledem, dass für die Frage, ob die Arbeitgeberin oder aber die Arbeitnehmerin für die Kosten von Arbeitskleidern aufzukommen hat, auf die Interessenlage und die Wahlfreiheit abzustellen ist. Je

grösser einerseits das Interesse der Arbeitgeberin an bestimmten Kleidern ihrer Arbeitnehmerin und je kleiner andererseits die Freiheit der Arbeitnehmerin, diese nach eigenem Gutdünken auszuwählen, desto eher ist die Arbeitskleidung von der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen oder zu finanzieren.

Hintergrund des Kleiderreglements im Betrieb der Beklagten ist nach ihren eigenen Ausführungen der Umstand, dass das Verkaufspersonal in der Konfektionsbranche elegant gekleidet sein müsse und entsprechend eine korrekte Kleidung ohne weiteres erwartet werden dürfe [...]. Hierzu ist zu bemerken, dass dieser Zweck eindeutig und hauptsächlich im Betriebsinteresse der Beklagten als Arbeitgeberin steht. Die Beklagte will verständlicherweise ihren Betrieb gegenüber ihren Kunden und Konkurrenten als modisch und zeitgemäss präsentieren. Sie verspricht sich davon offensichtlich ein ordentliches Erscheinungsbild, Reklame und vor allem Geschäftserfolg für ihr Unternehmen. Ein vergleichbares Interesse daran besteht für ihre Angestellten nicht. Zwar sind auch sie daran interessiert, dass die den Kunden angebotenen Waren gut verkauft werden können, damit ihnen Beschäftigung und Entlohnung gesichert sind. Die Verkäuferinnen sind jedoch am Unternehmen der Beklagten selber nicht beteiligt. Ebenso wenig hängt ihr Lohn massgeblich vom getätigten Umsatz oder Geschäftserfolg ab. Vereinbart waren eine Umsatzbeteiligung und Prämien, die zusammen zwischen 10% und - und bei wenigen Verkäuferinnen und gleichzeitig vereinzelt sehr guten Monaten - bis maximal ein Drittel des Monatsgehalts ausmachen konnten. Wesentlicher als diese Zahlen und entscheidend ist jedoch die Feststellung, dass das Kleiderreglement von den Verkäuferinnen weit mehr verlangt, als was erforderlich wäre, damit diese elegant und korrekt angezogen in den Verkaufslokalitäten erscheinen. Dazu genügte es vollauf, wenn die Beklagte den Verkäuferinnen vorschreiben würde, dass sie sich in bestimmter Weise - beispielsweise helle Bluse und dunkler Jupe - für die Arbeit zu bekleiden hätten, wie dies auch in vielen anderen Modegeschäften und Boutiquen gehandhabt wird. Auf diese Weise verbliebe den Verkäuferinnen bei der Auswahl der Kleider eine weitgehende Freiheit. Stattdessen schreibt das Kleiderreglement vor, dass die Verkäuferinnen jede Saison sich am Kauf einer bestimmten Garderobe zur Hälfte des Kaufpreises beteiligen müssen. Auch wenn die Beklagte diese Saisonbekleidung jeweilen nicht allein, sondern unter Beizug von vier bis fünf Angestellten aussucht, so können weder diese beteiligten Verkäuferinnen, aber noch viel weniger das Gros des weiblichen Verkaufspersonals, das dazu nichts beitragen darf, über die Kleider, die sie zur Arbeit tragen müssen, frei bestimmen. Vielmehr sind sie darin dermassen eingeschränkt, dass die Arbeitskleidung nicht mehr zu den persönlichen, von einer Arbeitnehmerin selber zu tragenden Auslagen gerechnet werden kann.

Überhaupt ist bei Kleidern, die eine Arbeitgeberin ihrem Personal nach Marke, Modell, Schnitt und Farben vorschreibt, von einer eigentlichen Uniformierung zu

sprechen. Unter solchen Umständen ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Arbeitskleider von den Angestellten auch noch in ihrer Freizeit getragen werden, sehr gering. Auch die Klägerinnen haben bestätigt, dass sie die Kleider nicht in der Freizeit getragen und am Ende der Saison entsorgt haben. Dies erscheint glaubwürdig und das Gegenteil ist von der Beklagten nicht nachgewiesen. Es ist darauf hinzuweisen, dass in der heutigen Gesellschaft viel stärker als noch in vergangenen Jahrzehnten Frauen und Männer grossen Wert auf Individualität in Fragen legen, wie sie sich in der Öffentlichkeit präsentieren. Es wird allgemein als völlig selbstverständlich angesehen, dass jedermann seinen eigenen Bekleidungsstil entwickelt und pflegt. Eigentliche Kleidervorschriften und -gewohnheiten haben deshalb zunehmend an Bedeutung verloren. Diese gesellschaftliche Entwicklung wird übrigens gerade von den Modeunternehmen wie der Beklagten gefördert und mitgetragen. Aus diesen Gründen verstösst das Kleiderreglement gegen Art. 327a Abs. 3 OR und ist damit nichtig. Bei diesem Resultat durften die Klägerinnen auch erst nachträglich gegen die Kleiderabzüge in den Lohnabrechnungen vorgehen (Art. 341 OR). Dabei ist nicht davon auszugehen, dass sie darauf nach Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse und bis zu ihrer Klageeinreichung beim Gewerblichen Schiedsgericht stillschweigend verzichtet haben.

Hinzu kommt, dass das Kleiderreglement und seine Handhabung durch die Beklagte auch gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes verstossen. Auf Vorhalt der Klägerinnen hat die Beklagte zugegeben, dass die männlichen Angestellten nicht der strengen Kleidervorschrift gemäss dem Kleiderreglement unterstehen. Bei ihnen bestehe lediglich die Weisung, das sie in einem Anzug, den sie in einem beliebigen Geschäft gekauft haben oder noch kaufen können, oder dann in Kleidern, die die Beklagte in ihrem Verkaufsangebot habe, zur Arbeit zu erscheinen hätten [...]. Dahin gestellt bleiben konnte, ob die männlichen Angestellten darüber hinaus noch weitere Erleichterungen erhalten. Nach Aussagen der Klägerinnen dürfen diese sogar in T-Shirts und Jeans ihre Arbeit verrichten [...]. Entscheidend ins Gewicht gefallen ist nämlich, dass die Beklagte ihren Arbeitnehmern bei der Auswahl ihrer Arbeitskleider eine Wahlfreiheit belässt, die sie andererseits aber ihren Arbeitnehmerinnen vorenthält. Die Männer dürfen anders als die Frauen jene Anzüge tragen, die sie nach Marke, Modell, Schnitt und Farbe in ihrem Privatleben selber aussuchen und kaufen. Dies entspricht einer in Modegeschäften und Bürobetrieben weit verbreiteten Erwartung der Arbeitgeber an ihre Angestellten hinsichtlich deren Bekleidung bei der Arbeit und ist nicht zu beanstanden. Auf diese Weise werden jedoch die Frauen im Betrieb der Beklagten gegenüber den Männern in diskriminierender Weise zurückgesetzt. Aus diesem Grund können die Klägerinnen den ihnen belasteten Anteil an den Kleiderkosten zurückfordern.

An diesem Ergebnis nichts ändern konnte, dass das Gewerbliche Schiedsgericht im Jahre 1997 mehrere Klagen von Verkäuferinnen, mit denen diese ebenfalls die Zulässigkeit desselben Kleiderreglements der Beklagten bestritten haben, abgewiesen hatte. Es handelt sich dabei um Urteile vom 19. Juni 1997, die das Gewerbliche Schiedsgericht über vier gleiche Klagen gleichzeitig gefasst hatte [...]. Zudem hatte es zwei weitere gleiche Klagen [...] vier Monate später am 30. Oktober 1997 wiederum abgewiesen. Seither hat das Gewerbliche Schiedsgericht nie mehr über das Kleiderreglement der Beklagten urteilen müssen. Die heutigen Klägerinnen sind mit jenen sechs aus dem Jahre 1997 nicht identisch. Ausserdem war schon damals trotz Abweisung der Klagen in der Urteilsbegründung zum Ausdruck gekommen, dass das Gericht das Kleiderreglement nicht für unproblematisch angesehen hatte. Bei diesen beiden letzteren Fällen gab nämlich der Umstand, dass das Gericht nach der kurzen Zeit keine widersprechenden Urteile erlassen wollte, den Ausschlag für die Abweisung. Auch darauf war die Beklagte in der Urteilsbegründung hingewiesen worden. Die Beklagte musste sich deshalb über die Gefahr einer abweichenden Beurteilung des gleichen Sachverhalts in Zukunft bewusst sein. Zudem ist das heutige Gewerbliche Schiedsgericht personell völlig anders zusammengesetzt als jenes, das vor sechs Jahren entschieden hatte. So wenig das Zivilgericht in der Beurteilung arbeitsrechtlicher Fragen an die Praxis des Gewerblichen Schiedsgerichts gebunden ist und umgekehrt, so wenig gilt dies für die unterschiedlichen Zusammensetzungen des Gewerblichen Schiedsgerichts. Nicht ohne Grund spricht deshalb das Gerichtsorganisationsgesetz von den „Gewerblichen Schiedsgerichten“ (§ 4 ff. GOG). Dies gilt um so mehr, nachdem die letzten Urteile sechs Jahre zurückliegen. In der Zwischenzeit haben 1997 und dieses Jahr jeweils Neuwahlen ins Gewerbliche Schiedsgericht stattgefunden. Auch hat sich seither der gesellschaftliche Wandel weiter fortgesetzt. Noch stärker als damals wird heute Wert auf Individualität in der Bekleidung gelegt. Gleichzeitig haben sich die Kleiderzwänge im Berufsalltag noch mehr gelockert. Diesen Änderungen kann und will sich das Gericht nicht verschliessen. Es ist nicht zuletzt deshalb zum Schluss gekommen, dass das Kleiderreglement der Beklagten nicht nur problematisch, sondern klar unzulässig ist. Hinzu kam, dass vor sechs Jahren die unterschiedlichen Weisungen hinsichtlich Bekleidung bei weiblichen und männlichen Angestellten im Betrieb der Beklagten von keiner der damaligen Parteien thematisiert worden und dem Gericht daher auch nicht bekannt war, so dass es damals darüber nicht geurteilt hatte.“

(GSGE vom 8.9.2003 in Sachen M. & Konsorten gegen F. AG, GS 2003/113-118)

2.8.2. Urteil des Appellationsgerichts

Das Appellationsgericht hat in seinem Urteil über die Beschwerde der F. AG was folgt erwogen:

„[...] 2. Die Beschwerdeführerin gibt ihren Verkäuferinnen pro Saison (2 mal jährlich) eine „Bekleidungseinheit“ ab, welche während der Arbeitszeit zu tragen ist. Die Verkäuferin übernimmt 50% der Gestehungskosten. Nach Empfang der Kleider für die nächste Saison gehen die bisher getragenen „Bekleidungseinheiten“ in den Privatbesitz der Verkäuferin über. Der Kostenanteil der Verkäuferin macht CHF 200.-- bis 300.-- pro Saison aus. Geregelt ist diese Kleiderabgabe in einem „Kleider-Reglement“, das alle Verkäuferinnen erhalten und zum Zeichen ihres Einverständnisses unterzeichnen [...].

Die Beschwerdegegnerinnen sind der Auffassung, es handle sich um uniform-ähnliche Berufskleidung ohne privaten Nutzen, deren Kosten die Arbeitgeberin gemäss OR Art. 327 und 327a zwingend zu tragen habe. Demgegenüber verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass ihre Verkäuferinnen elegant gekleidet sein müssten. Sie erhielten die saisonale Bekleidungseinheit für 50% der Gestehungskosten; letztere lägen ihrerseits wegen des En-Gros-Einkaufs bei ca. 50% des Detailhandelspreises. Damit bezahle die Verkäuferin nur gerade rund 25% des effektiven Wertes. Es handle sich um normale Kleidungsstücke von guter Qualität, die auch ausserhalb der Arbeitszeit getragen werden könnten. Ohne die im Kleider-Reglement vereinbarte Lösung hätten die Verkäuferinnen die erforderliche Kleidung auf eigene Rechnung zu höheren Kosten beschaffen müssen. Schliesslich habe das Gewerbliche Schiedsgericht bereits im Jahre 1997 vier Klagen ehemaliger Mitarbeiterinnen abgewiesen und damit die Kleiderordnung der Beschwerdeführerin als zulässig beurteilt. Darauf habe sie vertrauen dürfen und müssen.

3. a) Gemäss Art. 327 Abs. 1 OR hat bei Fehlen einer anderen Vereinbarung oder Übung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt. Darunter fällt auch eine für die Ausführung der Arbeit notwendige besondere Berufsbekleidung. Grundsätzlich gehören aber Kleider, welche ein Arbeitnehmer zur Arbeit trägt, nicht zum Material, das ihm der Arbeitgeber zur Verfügung stellen und finanzieren muss. Spezielle Arbeitskleidung ist nur erforderlich, wenn dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, in normalem Gewand zu arbeiten, wenn der Arbeitgeber solche anordnet oder wenn sie üblich ist (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 327 OR). Der Obliegenheit des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer solche Berufskleidung zur Verfügung zu stellen, entspricht das Verbot, diese vom Arbeitnehmer - sei es auch nur anteilmässig - finanzieren zu lassen. Der Arbeitgeber hat die Kosten hierfür vielmehr selbst zu tragen (Art. 327a OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. A., Zürich 1992, N 2 zu Art. 327a OR; Rehbindler/Portmann, Basler Kommentar, Art. 327a OR N 2; Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, Rz 255; ähnlich auch Brand/Dürr/Gutknecht/Platzer/Schnyder/Stampfli/Wanner, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht,

Bern 1991, N 2 zu Art. 327a OR). Aus welchen Gründen der Arbeitgeber die Berufskleidung anordnet, ist nicht massgeblich. Die Kleidung kann der Verhütung von Unfällen und Krankheiten dienen, üblich sein (Bäcker, Garagist) oder - wie etwa beim Verkaufspersonal - zum Zweck der Kennzeichnung der Mitarbeiter erfolgen (Rehbinder, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 327a OR). Wie namentlich STREIFF/VON KAENEL betonen, ist ein Arbeitnehmer dabei nur dann an den Kosten der Berufskleidung zu beteiligen, wenn er diese auch ausserhalb der Arbeitszeit trägt (a.a.O., wo das Uniformenreglement der Swissair als unzulässig bezeichnet wird). Das Gewerbliche Schiedsgericht stellt für die Frage, ob die Arbeitgeberin oder der Arbeitnehmer für die Kosten von Arbeitskleidern aufzukommen hat, auf die Interessenlage und die Wahlfreiheit ab: „Je grösser einerseits das Interesse der Arbeitgeberin an bestimmten Kleidern ihrer Arbeitnehmerin und je kleiner andererseits die Freiheit der Arbeitnehmerin, diese nach eigenem Gutdünken auszuwählen, desto eher ist die Arbeitskleidung von der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen oder zu finanzieren“ [...].

b) Die Vorinstanz erachtet die Kleidung der Verkäuferinnen der Beschwerdeführerin als im Interesse der Arbeitgeberin geforderte uniform-ähnliche Einheitskleidung, die von den Verkäuferinnen nicht individuell bestimmt werden könne, ausserhalb der Arbeitszeit nicht getragen und nach Saisonende entsorgt werde. Daraus hat sie geschlossen, die Regelung des Kleider-Reglements, welche eine Kostenbeteiligung der Arbeitnehmerinnen vorsieht, sei unzulässig.

Gegen diese Auffassung spricht zwar, dass die Berufskleider nicht den Charakter von eigentlichen Uniformen haben, sondern wie Zivilkleider zusammengestellt sind. Die Verkäuferinnen, die zunächst eine entsprechende Kostenbeteiligung anerkannt haben, dürfen die Berufskleider denn auch privat tragen und sie gehen nach dem Saisonende in ihr Eigentum über. Andererseits ist zu beachten, dass alle Verkäuferinnen die gleichen Kleider tragen *müssen*. Das Kleider-Reglement bestimmt in Ziff. 1 zur abzugebenen „Bekleidungsinheit“: „Diese ist während der Arbeitszeit zu tragen“. Dadurch wird ein einheitliches Erscheinungsbild erzeugt, welches die Kleider, auch wenn sie von gehobener Qualität und nach objektiven Massstäben geeignet sein mögen, auch im privaten Umfeld getragen zu werden [...], in die Nähe von Uniformen rückt. Die einheitliche oder eben „uniforme“ Kleidung hat Kennzeichnungscharakter und dient der „corporate identity“; sie liegt wesentlich im Interesse der Arbeitgeberin. Im Übrigen sind heutzutage auch „eigentliche“ Uniformen tendenziell so gestaltet, dass sie weniger streng erscheinen und sich den Privatkleidern annähern (vgl. etwa jene von Mitarbeitern der Post oder der BVB). Als Uniformen erscheinen sie weniger wegen des Stoffs, der Farbe und des Schnitts, als wegen der Tatsache, dass alle Mitarbeiter die gleiche Kleidung tragen. Wenn zwanzig Frauen die gleiche Bluse und die gleichen Hosen tragen, wirken sie uniformiert und wird deren Trägerin in der Öffentlichkeit dadurch gekennzeichnet. Daran ändert nichts, dass Vertreterinnen des Verkaufspersonals bei der jeweiligen Auswahl mitreden dürfen. Entscheidend ist schliesslich auch, dass die Arbeitskleidung nach Aussage der Beschwerdegegnerinnen ausserhalb der Arbeitszeit

nicht getragen und am Saisonende entsorgt wird. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, die Arbeitskleidung *dürfe* auch privat getragen werden. Entscheidend ist aber, ob sie effektiv privat genutzt wird. Hierfür ist die Beschwerdeführerin nach Art. 8 ZGB beweispflichtig, will sie doch die Zulässigkeit der Kostenbeteiligung u. a. mit dem privaten Nutzen der Beschwerdegegnerinnen begründen. Von einer unzulässigen Umkehrung der Beweislast kann nicht die Rede sein [...]. Da sie diesen Beweis nicht erbracht hat, ist davon auszugehen, dass jedenfalls die Beschwerdegegnerinnen ihre „Bekleidungseinheiten“ nicht privat getragen haben. Fehl geht auch der Vorwurf, die Beschwerdegegnerinnen hätten ihre Kleider entsorgt und nunmehr die „Chuzpe“ [...], hierfür noch eine Entschädigung zu verlangen. Die Arbeitnehmerinnen verlangen nicht eine Entschädigung, sondern die Rückerstattung einer unzulässigen Kostenbeteiligung. Daraus, dass sie die früher verteilten Arbeitskleider nicht mehr vorlegen können, ist nichts gegen sie abzuleiten; gestützt wird damit höchstens die - nachvollziehbare - Behauptung, die täglich im Geschäft getragenen Kleider seien nicht auch noch privat genutzt worden. Inwiefern schliesslich eine Gehörsverletzung der Beschwerdeführerin vorliegen soll, ist nicht ersichtlich.

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdegegnerinnen nicht an den Kosten für die Berufskleidung beteiligt werden dürfen, ist nach dem Gesagten in keiner Weise willkürlich.

c) Unbehelflich ist schliesslich der Hinweis darauf, das Gewerbliche Schiedsgericht habe in früheren Urteilen aus dem Jahr 1997 gegenteilig entschieden. Selbst wenn die vom Gericht in seiner Vernehmlassung im Einzelnen aufgeführten Präjudizien eine feste Praxis gebildet hätten, ist dieses frei, heute besserer Erkenntnis zu folgen und anders zu entscheiden. Wohl mag die Beschwerdeführerin auf jene Präjudizien vertraut haben. Das vermittelt ihr aber keinen Anspruch darauf, dass auch sämtliche künftigen Streitfälle gleich entschieden werden. Auch die wirtschaftlichen Folgen, welche die Beschwerdeführerin in fast schon drohender Weise darstellt, haben keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren. Die Situation der Beschwerdeführerin ist derjenigen einer Arbeitgeberin vergleichbar, die jahrelang eine unzulässige Ferienregelung praktiziert hat und sich deswegen mit unangenehmen, gleichwohl aber unvermeidlichen Nachforderungen konfrontiert sieht.

4. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten in allen Teilen als unbegründet und ist daher abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob das Kleider-Reglement auch gegen das Diskriminierungsverbot verstösst (Vernehmlassung der Vorinstanz S. 3 f.). [...]"

(AGE vom 24.2.2004, Verf. Nr. 1000/2003)

2.9. Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)

- 2.9.1. **Art. 333 OR.** Ein Betriebsübergang wurde bejaht bei einer Übernahme von Ware, Material, Rüsttischen, einem geleasteten Kühlwagen sowie der letzten fünf Kunden einer danach inaktiv gewordenen Früchtehandelsfirma durch eine Konkurrentin.
- 2.9.2. Offengelassen wurde, ob eine ausschliesslich im Hinblick auf eine Betriebsübernahme ausgesprochene Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im schweizerischen Recht und entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Recht ungültig ist. Die Betriebsüberträgerin kündigte das Arbeitsverhältnis in einem Zeitpunkt, der nicht auf eine Umgehung von Art. 333 OR schliessen liess, sowie aus wirtschaftlichen und organisatorischen Gründen, die zu Änderungen bei der Anstellung ihrer Angestellten Anlass gaben. Damit war die Kündigung auch im Lichte der europäischen Rechtsprechung gültig. Eine Kündigung, die hingegen darauf angelegt wäre, den Rechtsschutz nach Art. 333 OR auszuhebeln, müsste im Wissen darum erfolgen, dass die Betriebsübernehmerin den Betrieb übernehmen wird. Gleiches läge vor, wenn die Betriebsübernehmerin gleichzeitig mit der Kündigung durch die Betriebsüberträgerin den Angestellten ein Angebot zur Weiterbeschäftigung unterbreiten würde.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2003 hat die Einzelfirma X. ihren Kunden, Partnern, Konkurrenten und Freunden mitgeteilt, dass aus Arbeitnehmern der bisherigen Firmen Y. AG und X. die neue Mannschaft der Firma X. geformt worden sei. Unter diesen Arbeitnehmern befand sich auch Z.. Z. war bei der Y. AG seit dem 5. Oktober 1992 angestellt. Die Y. AG kündigte das Arbeitsverhältnis am 29. Oktober 2003 per 30. November 2003 unter Einhaltung der vertraglichen einmonatigen Kündigungsfrist. Die Firma X. hat mit Z. am 22. November 2003 per 1. Dezember 2003 einen neuen Arbeitsvertrag mit einer dreimonatigen Probezeit abgeschlossen. Der Arbeitsvertrag konnte während der Probezeit mit einer Frist von sieben Tagen gekündigt werden. Danach galt im ersten Dienstjahr eine Kündigungsfrist von einem Monat und vom zweiten bis neunten Dienstjahr eine solche von zwei Monaten. Die Firma X. kündigte das Arbeitsverhältnis am 8. Januar per 17. Januar 2004. Mit Klage vom 2. Februar 2004 verlangte Z. die Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist und entsprechend die Lohnzahlung zunächst für die Zeit bis Ende Januar 2004. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. April 2004 wurde sein Klagänderungsgesuch, mit dem er auch Lohn für die Monate Februar und März 2004 geltend machte, bewilligt. Gleichentags hat das Gewerbliche

Schiedsgericht die Zulässigkeit der Kündigung des alten Vertrages durch die Y. AG und des Abschlusses eines neuen Vertrages mit einer Probezeit bei der Firma X. bejaht und die Klage von Z. abgewiesen. Eine von Z. am 15. April 2004 gegen dieses Urteil erhobene Willkürbeschwerde hat das Appellationsgericht am 26. August 2004 abgewiesen, wobei es betonte, dass die Beschwerde auch bei freier Kognition abgewiesen worden wäre. Ebenfalls abgewiesen hat das Bundesgericht am 14. April 2005 eine gegen das Urteil des Appellationsgerichts erhobene staatsrechtliche Beschwerde. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat in seiner Vernehmlassung vom 14. Mai 2004 zur Beschwerde ans Appellationsgericht was folgt ausgeführt:

„[...] Das Gericht ist davon ausgegangen, dass die Y. AG ihren Betrieb per 1. Dezember 2003 auf den Beklagten übertragen hat. Wesentlich für einen Betriebsübergang ist, dass der Betrieb oder Betriebsteil - verstanden als eine in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig bzw. unselbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt – durch den Übergang auf einen Dritten ihre Identität, das heisst den Betriebszweck, die Organisation und den individuellen Charakter, im wesentlichen beibehält, was aufgrund sämtlicher den Vorgang kennzeichnender Tatsachen und Umstände zu beurteilen ist. Entscheidend ist dabei, ob dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Für die Wahrung der Identität spricht namentlich der Übergang von Infrastruktur, Betriebsmitteln und der Kundschaft (BGE 4C.37/1999 in JAR 2002 S. 229 f.). Für einen Betriebsübergang wurde vorliegend auf folgende Umstände abgestellt: Der Beklagte hat von der Y. AG Ware, Material, Rüsttische, einen geleasteten Kühlwagen und deren letzte fünf Kunden übernommen. Zudem ist die Y. AG seither inaktiv und hat keine Angestellten mehr.

Dem Beschwerdeführer wurde am 29. Oktober 2003 auf den 30. November 2003 gekündigt. Während der Kündigungsfrist hat er gearbeitet, so dass die Kündigungsfrist Ende November wie vorgesehen zu Ende gegangen ist. Das Gericht ist ferner davon ausgegangen, dass der Betriebsübergang per 1. Dezember 2003 erfolgt ist. Zwar hat der Beschwerdeführer drei Tage vor Kündigungsende bereits in den Räumlichkeiten des Beklagten gearbeitet. Es blieb aber unbestritten, dass die Y. AG damals noch aktiv war und ihre Kunden, weil die Markthalle geschlossen war, vom Domizil des Beklagten aus belieferte. Auch hat der Beschwerdeführer den Lohn bis Ende November 2003 von der Y. AG erhalten.

Bei dieser Situation war weiter zu prüfen, ob die Y. AG das Arbeitsverhältnis überhaupt im Hinblick auf diese Betriebsübernahme kündigen konnte. Im schweizerischen Recht ist diese Frage umstritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes ist eine ausschliesslich im

Hinblick auf einen Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung nicht gültig, wobei das Bundesgericht die Konsequenzen einer Kündigung mit dem Zweck, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen, offengelassen hat (BGE 127/2001 V 194; BGE 4C.333/1998; AGE i.S.v. A. P. gegen R. v. D. vom 14.5.2003, S. 6; ablehnend statt vieler: Thomas Geiser, Die Auswirkungen der Unternehmensstrukturierung auf Arbeitsverträge, S. 14 N. 2.36). Nach der Europäischen Richtlinie, an die sich Art. 333 OR anlehnt, dürfen Kündigungen im Hinblick auf einen Betriebsübergang aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, ausgesprochen werden (Art. 4 RL 77/187, 98/50, 01/23; zustimmend für das CH-Recht z. B: Jürg Brühwiler; Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, S. 280). Vorliegend brauchte die in Lehre und Rechtsprechung strittige Frage nicht entschieden zu werden. Es ergab sich nämlich, dass die Y. AG das Arbeitsverhältnis sowohl aus Gründen als auch in einem Zeitpunkt gekündigt hat, die nicht auf eine Umgehung des Rechtsschutzes hindeuteten.

Aufgrund der Schliessung der [Basler] Markthalle beabsichtigte die Y. AG ihre Geschäftstätigkeit aufzugeben und kündigte im Hinblick darauf ihrem Personal. Darin sind wirtschaftliche und organisatorische Gründe zu erblicken, die zu Änderungen bei der Beschäftigung der Angestellten der Y. AG Anlass gaben. Erst danach ergab sich offensichtlich die Lösung einer Weiterführung des Betriebs durch den Beklagten. Aus diesem Grund luden der Beklagte und die Y. AG die Angestellten Mitte November 2003 zu einer Sitzung ein. Dort wurden diese darüber informiert, dass der Beklagte bereit sei, die Kunden der Y. AG weiterzubedienen und auch die Angestellten anzustellen, wozu es in der Folge gekommen ist. Dieser Gang der Geschehnisse wurde dadurch bestätigt, dass der Beklagte zusammen mit Herrn Y., der ebenfalls bei diesem eine Anstellung fand, erst mit Schreiben vom 2. Dezember 2003 die „Kunden, Partner, Konkurrenten und [...] Freunde“ darüber orientierte, dass „aus den zwei Teams [...] die neue verstärkte Mannschaft geformt“ worden sei. Unter diesen Umständen war davon auszugehen, dass die Kündigung nicht zum Zweck der Umgehung der Rechtsfolgen von Art. 333 OR erfolgte. Der Beklagte durfte sich deshalb darauf berufen, dass er mit dem Kläger eine dreimonatige Probezeit vereinbart hat, während der er das Arbeitsverhältnis binnen Wochenfrist kündigen konnte. Wäre die Kündigung hingegen darauf angelegt gewesen, den Rechtsschutz nach Art. 333 OR auszuhebeln, hätte die Y. AG im Wissen darum kündigen müssen, dass der Beklagte den Betrieb übernehmen würde. Ebenso zu entscheiden wäre gewesen, wenn der Beklagte gleichzeitig mit der Kündigung durch die Y. AG den Angestellten ein Angebot zur Weiterbeschäftigung unterbreitet hätte (vgl. Thomas Brändli, Outsourcing, 2001, S. 171 N. 360; Urs Wickihalder, Arbeitsrechtliche Aspekte des Outsourcing, in: Weber/Berger/Auf der Maur, IT-Outsourcing, 2003, S. 179). Beides war nicht erstellt.“

(GSGE vom 5.4.2004 in Sachen Z. gegen Firma X., GS 2004/37; AGE vom 26.8.2004, Verf. Nr. 934/2004; BGE vom 14.4.2005, 4P.299/2004)

2.9.3. Art. 333 OR. Für die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift kann es nicht darauf ankommen, dass eine zunächst vereinbarte Betriebsübernahme nachträglich wieder wegfällt.

Art. 343 Abs. 4 OR; § 242 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. Da in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 343 Abs. 4 OR die Untersuchungsmaxime gilt, ist bei Klagen gegen Gastgewerbebetriebe nicht zu beanstanden, dass das Gericht abklärt, wer als Arbeitgeber in Frage kommt, und diese Person als beklagte Partei vorlädt. Aus der Vorladung sollte klar ersichtlich sein, wer auf Klägerseite und wer auf Beklagtenseite auftritt und in welcher Funktion jemand vorgeladen wird. Kein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor, nachdem das Gericht präzisiert hat, in welcher Funktion jemand vor Gericht vorgeladen ist.

Anita P. arbeitete seit dem 1. April 2001 als Bardame in der X. Bar in Basel. Angestellt war sie zunächst von P. F. und D. Sch., später von der R. GmbH, deren Geschäftsführer P. F. war und welche nach ihrer Gründung am 16. August 2001 den Betrieb der X. Bar und damit die Arbeitsverträge mit den Angestellten rückwirkend per 1. April 2001 übernahm. Mit Vertrag vom 23. Oktober 2002 vereinbarten die R. GmbH und R. v. D., dass letzterer den Betrieb der X. Bar per 1. November 2002 übernehme. In Bezug auf die Arbeitsverträge wurde vereinbart, dass die R. GmbH diese per 31. Oktober 2002 kündige. Dies tat sie auch gegenüber Anita P. mit Schreiben vom 24. Oktober 2002, worin sie unter anderem festhielt, sie habe "andeutungsweise gehört", dass "unter Umständen die Möglichkeit" bestehe, dass der neue Betreiber der X. Bar sie übernehmen werde. Anita P. war mit der Kündigung per 31. Oktober 2002 nicht einverstanden und bot schriftlich ihre Arbeit bis zum 30. November 2002 - dem Ende der ordentlichen Kündigungsfrist - an. Sie erschien in der Folge am 1. November 2002 an ihrer Arbeitsstelle und verrichtete an jenem und dem folgenden Tag im gewohnten Umfang ihre Arbeit. An den folgenden vier Tagen hatte sie frei. Als sie am 7. November 2002 erneut zur Arbeit erschien, fand sie sich vor verschlossener Türe, weil der Barbetrieb eingestellt worden war. Anita P. hat in der Folge für den Nachtclub X. Bar nicht mehr gearbeitet.

Am 27. Dezember 2002 erhob Anita P. beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage, mit der sie den Lohn für November 2002 sowie den 13. Monatslohn per 2002 verlangte. Als beklage Partei nannte sie die "X. Bar". In der Folge gingen Vorladungen ausser an die Klägerin auch an die R. GmbH, P. F. und D. Sch. sowie an R. v. D.. Da die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt der Klägerin im November 2002 Arbeitslosenentschädigung bezahlt hatte, wurde sie im entsprechenden Umfang als Klägerin 2 zum Verfahren zugelassen.

In der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 13. Februar 2003 wurden die R. GmbH und R. v. D. in solidarischer Verbindung zur Zahlung von CHF 7'496.30 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 30. Dezember verurteilt, wovon CHF 6'423.25 an die Klägerin und CHF 1'073.05 an die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt. Die Klagen gegen D. Sch. und P. F. wurden abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat R. v. D., Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht am 14. Mai 2003 aus folgenden Erwägungen abgewiesen hat:

„[...] 1. a) Gegen das inappellable Endurteil des Gewerblichen Schiedsgerichts ist die Beschwerde an das Appellationsgericht gemäss § 242 Abs. 1 ZPO zulässig. Da der Nachteil, den der Beschwerdeführer durch das angefochtene Urteil erlitten hat, weniger als CHF 8'000.-- beträgt, ist dieses ausschliesslich unter den Gesichtspunkten des Verfahrensmangels und der Willkür zu überprüfen (§ 242a Ziff. 4 in Verbindung mit § 220 Abs. 1 ZPO).

b) Willkürlich ist ein Entscheid nicht bereits dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt sodann nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 124 I 247 E. 5, 123 I 1 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 21 Rz 87).

2. a) Der Beschwerdeführer rügt als Verfahrensmangel, dass er vom Gewerblichen Schiedsgericht vorgeladen wurde, obwohl ihn die Klägerin in ihrer Klage gar nicht erwähnt habe. Zudem sei in der Vorladung nicht vermerkt gewesen, in welcher Funktion er vor Gericht zu erscheinen habe.

b) Die Beschwerdegegnerin hatte im Klageformular in der Rubrik "Beklagte/r" die "X. Bar" eingesetzt. Diese besitzt als solche keine Rechtspersönlichkeit und ist damit auch nicht parteifähig. Wie das Gewerbliche Schiedsgericht in seiner

Vernehmlassung ausführt, werden im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen im Gastgewerbe des öfteren Klagen angehoben, in denen einfach die jeweilige Bezeichnung des Betriebes, in dem die klägerische Partei Arbeit geleistet hat, als beklagte Partei angeführt wird. Da die klagenden Arbeitnehmer in diesen Fällen regelmässig nicht wissen, wer ihr eigentlicher Arbeitgeber ist, klärt das Gewerbliche Schiedsgericht dies jeweils ab und lädt die eruierten Vertragspartner als beklagte Parteien vor. Da in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 343 Abs. 4 OR die Untersuchungsmaxime gilt, ist dieses Vorgehen des Gewerblichen Schiedsgerichts nicht zu beanstanden. Es entspricht einer alten Erfahrung, dass es gerade in dem hier zur Diskussion stehenden Gewerbe häufig zu Wechseln auf der Arbeitgeberseite kommt und dass es für die Arbeitnehmerschaft gelegentlich schwierig ist, hierüber den Überblick zu bewahren. Auch im Falle der Beschwerdegegnerin gab es verschiedene Wechsel: Ihre ersten Arbeitgeber Sch. und F. wurden von der R. GmbH abgelöst, und per Ende Oktober 2002 stand wieder ein Wechsel an, welcher der Grund für die Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses unter Missachtung der Kündigungsfrist war. Dass es in solchen Situationen für eine Arbeitnehmerin schwierig ist zu wissen, gegen wen sie klagen soll, leuchtet ein. Zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse durch das Gewerbliche Schiedsgericht gehört in derartigen Fällen auch die Prüfung, wer als Arbeitgeber in Frage kommt. Dabei darf das Gericht auch Wissen nutzen, das ihm aus andern Verfahren im Zusammenhang mit demselben Betrieb zugekommen ist. Vorliegend war dem Gericht aus andern Fällen bekannt, dass als Arbeitgeber verschiedene natürliche und juristische Personen in Frage kommen, darunter auch der heutige Beschwerdeführer. Es war deshalb richtig, dass es alle in Frage kommenden Arbeitgeber, also auch den Beschwerdeführer, als Beklagte vorlud. Ein Verfahrensmangel kann darin nicht erblickt werden.

c) Es trifft zu, dass auf der Vorladung nicht ausdrücklich vermerkt war, dass der Beschwerdeführer *als Beklagter* geladen wurde. Tatsächlich sollte aus einer Vorladung klar ersichtlich sein, wer auf Klägerseite und wer auf Beklagtenseite auftritt und in welcher Funktion jemand vorgeladen wird. Insofern ist die vorliegend gewählte Formulierung "In Sachen P. Anita ./ R. GmbH X. Bar Night Club et al." nicht unproblematisch, auch wenn sich aus dem Zusatz "et al." auf Beklagtenseite ergibt, dass es neben der R. GmbH noch weitere Beklagte gibt, und sich aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer nicht ausdrücklich als Zeuge, Auskunftsperson oder Streitberufener bezeichnet wird, indirekt schliessen lässt, dass er einer der Beklagten sei. Indessen ist nicht alles, was in einem Verfahren nicht ganz perfekt abläuft, ein Verfahrensmangel im Sinne von § 242 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. Die erfolgreiche Verfahrensbeschwerde setzt einen *wesentlichen* Mangel im Verfahren voraus, der zudem "für den Beschwerdeführer einen Rechtsnachteil herbeigeführt hat". Hier liegt weder das Eine noch das Andere vor. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat mit Eingabe vom 5. Februar 2003 das Gewerbliche Schiedsgericht auf die genannte Problematik hingewiesen und darum ersucht, die Vorladung "aufzuheben oder allenfalls

näher zu präzisieren". Mit Verfügung vom 7. Februar hat der Verfahrensleiter daraufhin klargestellt, "dass R. von D. als Beklagter (als allfälliger Käufer der X. Bar)" geladen sei.

3. a) Art. 333 OR bestimmt für den Fall, dass der Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten überträgt, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Seit der am 1. Mai 1994 in Kraft getretenen neuen Fassung des Gesetzesartikels spielt es dabei keine Rolle mehr, ob die Übernahme des Arbeitsverhältnisses zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Erwerber des Betriebs vereinbart wurde oder nicht. Eine Vereinbarung zwischen bisherigem Arbeitgeber und Erwerber über einen Ausschluss der Übernahme des Personals hat dem Personal gegenüber keine Wirkung. Wesentlich ist einzig, ob im Zeitpunkt des Betriebsübergangs das betreffende Arbeitsverhältnis bereits beendet ist oder nicht. Nach der Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichts als auch des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften ist zudem eine ausschliesslich im Hinblick auf einen Betriebübergang ausgesprochene Kündigung nicht gültig (BGE 127 V 183 E. 7 S. 194; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 1999, 4C.333/1998). Offen gelassen hat das Bundesgericht allerdings die Konsequenzen einer Kündigung mit dem Zweck, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen. Vorliegend wird indessen nicht die Kündigung an sich angefochten, sondern lediglich der Lohn für die vertragliche Kündigungsfrist geltend gemacht.

b) Gemäss Arbeitsvertrag der Beschwerdegegnerin betrug ihre Kündigungsfrist einen Monat auf Ende eines Monats. Ihr Arbeitsverhältnis konnte am 24. Oktober 2002 demnach frühestens per Ende November 2002 gültig aufgelöst werden. Wenn der Betrieb am 1. November 2002 auf den Beschwerdeführer überging, ging somit auch das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin auf ihn über. Nach Art. 333 Abs. 3 OR haften in diesem Fall der bisherige Arbeitgeber und der Beschwerdeführer solidarisch für die Forderungen der Beschwerdegegnerin bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. November 2002. Von dieser Bestimmung darf gemäss Art. 362 Abs. 1 OR nicht zuungunsten der Arbeitnehmerin abgewichen werden.

c) Der Beschwerdeführer macht nun allerdings geltend, die Betriebsübernahme sei gar nicht zustande gekommen. In der Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht hat er diese Behauptung jedoch in keiner Weise begründet. Die R. GmbH hat demgegenüber in jener Verhandlung erklärt, sie gehe von der Gültigkeit der Vereinbarung aus und es sei über diese Frage kein Zivilprozess hängig. Dem hat der Beschwerdeführer nicht widersprochen. Das Gewerbliche Schiedsgericht ist deshalb gemäss dem dem Gericht vorliegenden beidseitig unterzeichneten Übernahmevertrag davon ausgegangen, dass die Betriebsübernahme gültig zustande gekommen ist. Dies erachtet der Beschwerdeführer als willkürlich. Er ist der Meinung, die Vorinstanz hätte nicht einfach von der Gültigkeit des Vertrags ausgehen dürfen, sondern wäre aufgrund

der in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten geltenden Untersuchungsmaxime verpflichtet gewesen, die Frage der Gültigkeit des Vertrags von Amtes wegen zu prüfen. In der Beschwerde begründet er das behauptete Nichtzustandekommen des Vertrags damit, dass einerseits die als notwendig vorausgesetzte Zustimmung des Vermieters zur Übertragung der Mietverträge nicht erteilt worden und andererseits die Frage des Rückkaufs des Inventars zum Zeitpunkt der geplanten Übernahme immer noch ungeklärt gewesen sei [...]. Auch im Bereich der Untersuchungsmaxime tragen indessen die Parteien zumindest Mitverantwortung für die Sachverhaltsermittlung und sind verpflichtet, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f. mit Hinweisen; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2001, S. 329 f.). Dies hat der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht unterlassen. Zudem kann es im Licht von Art. 333 OR nicht darauf ankommen, dass eine zunächst vereinbarte Betriebsübernahme nachträglich wieder wegfällt. Diese Bestimmung bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer, und es würde dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen, wollte man sie dann nicht anwenden, wenn aufgrund einer missglückten Übernahme der Betrieb geschlossen wird und der Arbeitnehmer dadurch seine Arbeit verliert. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat demnach nicht willkürlich entschieden, wenn es die unsubstantiierte Behauptung des Beschwerdeführers, die Betriebsübertragung sei nicht zustande gekommen, als unbeachtlich erklärt hat.

4. Im Übrigen könnte die Beschwerde auch dann nicht gutgeheissen werden, wenn davon auszugehen wäre, dass die Übertragung des Betriebs auf den 1. November 2002 nicht gültig zustande gekommen ist. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer vereinbarungsgemäss den Betrieb der X. Bar am 1. November 2002 aufgenommen hat und die Beschwerdegegnerin - froh darüber, dass sie trotz erfolgter Kündigung am Arbeitsplatz erschienen ist - für sich hat arbeiten lassen, ohne ihr etwas über seine angeblichen Zweifel am Zustandekommen der Übernahme zu sagen. Die Beschwerdegegnerin hat in der Verhandlung vor der Vorinstanz erklärt, es sei ihr in der Kündigung in Aussicht gestellt worden, dass der Betriebsnachfolger sie allenfalls übernehmen werde. Als sie am 1. November 2002 in der X. Bar erschienen sei, sei der Beschwerdeführer dort gewesen und habe sie gefragt, ob sie weiterhin käme, was sie bejaht habe. Sie habe dann am 1. und 2. November 2002 normal gearbeitet, habe dann vier Tage frei gehabt, und als sie am 7. November 2002 ihre Arbeit wieder aufnehmen wollen, sei sie überraschend vor verschlossenen Türen gestanden. Der Beschwerdeführer hat dieser Darstellung nicht widersprochen. Namentlich hat er nicht geltend gemacht, er habe der Beschwerdegegnerin bei ihrer Arbeitsaufnahme am 1. November 2002 erklärt, dass es sich nur um einen provisorischen Einsatz oder dergleichen handle, sondern er hat sie offensichtlich im Glauben gelassen, sie könne ihre Arbeit am 7. November 2002 fortsetzen. Unter diesen Umständen durfte das Gewerbliche Schiedsgericht willkürfrei annehmen, zwischen den Parteien sei ein neuer

Arbeitsvertrag zustande gekommen, den der Beschwerdeführer nicht - jedenfalls nicht vor Ende November 2002 - beendet hatte. [...]“

(GSGE vom 14.2.2003 in Sachen Anita P. und Öffentliche Arbeitslosenkasse BS gegen P. F., D. Sch. und R. v. D., GS 2002/462; AGE vom 14.5.2003, Verf. Nr. 913/2003, veröffentlicht in: BJM 2004 S. 196)

2.10. Kündigung (Art. 335 ff. OR)

2.10.1. Anforderungen an die Begründung einer Kündigung während der Probezeit (siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)

2.10.2. Anhörungspflicht vor Kündigung? (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)

2.11. Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)

**2.11.1. Kündigungsschutz während der Probezeit?
(siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)**

2.11.2. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Offen gelassen, ob eine Verhaftung am Arbeitsort und eine zwölf tägige Untersuchungshaft unter den Begriff persönliche Eigenschaften fallen können. Wesentlich für die Beurteilung, dass keine missbräuchliche Kündigung vorlag, war, dass die Verhaftung und die Untersuchungshaft den Arbeitnehmer an der Arbeit gehindert haben und damit in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis standen.

2.11.3. Der Arbeitnehmer, der massive häusliche Gewalt gegen seine Ehefrau verübt hatte, konnte sich nicht auf Eigenschaften berufen, die ihm kraft seiner Persönlichkeit zustanden. Sein Verhalten zeugte von einer Grundhaltung Frauen gegenüber, die als intolerabel gilt und die eine Arbeitgeberin selbst dann nicht hinnehmen muss, wenn sich diese Haltung bisher nicht auf die Zusammenarbeit im Betrieb auswirkte. Jedenfalls ist die Kündigung wegen solchen Verhaltens oder auch nur des dringenden Verdachts darauf dann nicht missbräuchlich, wenn

die Arbeitgeberin vorwiegend Frauen beschäftigt und wenn insbesondere die direkte Vorgesetzte des Gekündigten eine Frau ist.

A. war bei der Stiftung S. als Mitarbeiter im technischen Dienst angestellt. Am 16. Januar 2003 wurde er von zwei Beamten des Kriminalkommissariats an seinem Arbeitsort verhaftet, nachdem gegen ihn ein Verfahren wegen häuslicher Gewalt (einfache Körperverletzung und Morddrohung) gegen seine Ehefrau eröffnet worden war. Der zuständige Haftrichter verfügte eine Untersuchungshaft, aus welcher A. am 28. Januar 2003 entlassen wurde. Am 21. Januar 2003 kündigte die Stiftung S. das Arbeitsverhältnis mit A. per 31. März 2003 und stellte ihn per sofort frei.

Mit Klage vom 9. Juli 2003 verlangte A. die Verurteilung der Stiftung S. zur Zahlung von CHF 18'000.-- brutto zuzüglich Zins als Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 11. August 2003 ab. Eine gegen dieses Urteil von A. eingereichte Beschwerde wurde am 13. Februar 2004 vom Appellationsgericht aus folgenden Gründen abgewiesen:

„[...] b) Der Beschwerdeführer anerkennt zwar, dass es sich vorliegend nicht um eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern um eine ordentliche Kündigung handelt. Trotzdem läuft seine Argumentation darauf hinaus, dass keine wichtigen Gründe vorgelegen hätten, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses hätten führen können. Der Beschwerdeführer verkennt hierbei, dass nur eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 337 OR eines wichtigen Grundes bedarf, den der das Arbeitsverhältnis auflösende Arbeitgeber nachzuweisen hat. Die ordentliche Kündigung gemäss Art. 335 OR bedarf dagegen keines besonderen Grundes (Stahelin, Zürcher Kommentar, OR Art. 335, N. 3; BGE 125 III 72 E. 2a). Verpönt und mit Sanktionen belegt ist hingegen die missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR. Der Begründungszwang gemäss Art. 335 Abs. 2 OR bezweckt lediglich, dem für die Missbräuchlichkeit beweispflichtigen Gekündigten den Nachweis der Missbräuchlichkeit zu ermöglichen (Stahelin a. a. O. N. 31; Rehbindler/Portmann, BSK, OR I Art. 335, N. 12). Zu diskutieren ist also nicht, ob die Beschwerdegegnerin über wichtige Gründe zur Kündigung verfügt hat, sondern ob sie missbräuchlich gekündigt hat.

c) Von den in Art. 336 OR aufgezählten Missbrauchstatbeständen, die nicht abschliessend sind (Stahelin a. a. O. Art. 336 N. 7; Rehbindler, Schweiz. Arbeitsrecht, Rz. 144), kann hier nur derjenige von Abs. 1 lit. a in Frage kommen. Es handelt sich hierbei um die Kündigung „wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem

Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb.“

Als persönliche Eigenschaften in diesem Sinne werden genannt: Familienstand, Herkunft, Rasse, Nationalität, Alter, Religion, Weltanschauung, individuelle Verhaltensmuster und Charakterzüge, aber auch Homosexualität, Vorstrafen und Krankheit (Stahelin a. a. O. Art. 336 N. 9; Rehbindler a. a. O., Rz. 142). Ob auch eine Verhaftung am Arbeitsort und eine zwölf-tägige Untersuchungshaft unter den Begriff der persönlichen Eigenschaften fallen können, kann offen bleiben, denn es steht fest, dass die Verhaftung und die Untersuchungshaft den Beschwerdeführer an der Arbeit gehindert haben, somit in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen. Um eine unverschuldete Arbeitsverhinderung handelt es sich nicht, hat sich doch der Beschwerdeführer dem dringenden Verdacht ausgesetzt, gegen seine Ehefrau gewalttätig gewesen zu sein.

d) Gemäss den vom Gewerblichen Schiedsgericht beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt ist der Beschwerdeführer gegen seine Ehefrau massiv gewalttätig geworden. Dieser Vorhalt wird von ihm nicht bestritten. Auch wenn das Opfer keine bleibenden physischen Schäden davonträgt, sind die geschilderten andauernden Schläge mit einer Gürtelschnalle an den Kopf, die gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin die festgestellten Verletzungen verursacht haben können, als eine massive Form der häuslichen Gewalt zu qualifizieren. Diese Gewaltakte können nicht als „Eifersüchteleien“ verharmlost werden, wie der Vertreter des Beschwerdeführers dies in völlig unzulässiger Weise tut. Unabhängig von den strafrechtlichen Folgen liegt hier nicht ein „individuelles Verhaltensmuster“, ein „Charakterzug“ oder ähnliches vor, das dem Beschwerdeführer als Eigenschaft kraft seiner Persönlichkeit zustünde. Das Verhalten zeugt vielmehr von einer Grundhaltung Frauen gegenüber, die als intolerabel gilt und die der Arbeitgeber wohl selbst dann nicht hinnehmen muss, wenn sie sich bisher nicht auf die Zusammenarbeit im Betrieb ausgewirkt hat. Jedenfalls ist die Kündigung wegen solchen Verhaltens oder auch nur des dringenden Verdachts darauf dann nicht missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber vorwiegend Frauen beschäftigt und wenn insbesondere die direkte Vorgesetzte des Gekündigten eine Frau ist. Dass alle anderen Angestellten oder mindestens eine Mehrheit von ihnen den Beschwerdeführer ablehnen, ist nicht erforderlich, weshalb sich die vom Beschwerdeführer beantragte Meinungsumfrage unter den weiblichen Beschäftigten erübrigt. Es genügt, dass die Arbeitgeberin oder im Falle einer juristischen Person deren Organe mit einem der häuslichen Gewalt beschuldigten Arbeitnehmer nicht mehr zusammenarbeiten wollen. Wann die Beschwerdegegnerin von den dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Straftaten Kenntnis erhalten hat, spielt keine Rolle, weil auf alle Fälle keine missbräuchliche Kündigung vorliegt. [...]“

(GSGE vom 11.8.2003 in Sachen A. gegen Stiftung S., GS 2003/258; AGE vom 13.2.2004, Verf. Nr. 979/2003)

2.11.4. Krankheit als persönliche Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)?

2.11.4.1. Zur Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit auf die Rechtfertigung der Kündigung (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)

2.11.4.2. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Krankheit gilt als Eigenschaft. Die Kündigung aufgrund einer Krankheit ist nicht missbräuchlich, wenn die Krankheit zu teilweiser oder voller Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers geführt hat. Diese Rechtfertigung entfällt, wenn die Arbeitgeberin für den Ausbruch oder die entscheidende Verschlimmerung der Krankheit ihres Angestellten die Verantwortung trägt. Zudem muss die Arbeitgeberin vor der Kündigung alle zumutbaren Massnahmen zur Verbesserung der Verhältnisse unter den betroffenen Angestellten vorgenommen haben. Dazu gehören je nach den Umständen namentlich Ermahnungen, Gespräche und interne Versetzungen. Wer Missbräuchlichkeit einer Kündigung behauptet, hat diese nachzuweisen. Der zu führende Nachweis umfasst neben dem Missbrauchstatbestand auch den ursächlichen Zusammenhang zur Kündigung.

L. arbeitete vom 1. Dezember 2001 an bei der E. AG als Einkäufer zu einem Lohn von CHF 4'800.-- bei 13 Monatslöhnen. Am 26. August 2002 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2002 und stellte L. per sofort von der Arbeit frei. Als Kündigungsgründe führte sie organisatorische Umstrukturierungen in der Einkaufsabteilung an. Zudem verwies sie darauf, dass nach Äusserungen von L. selber das Arbeitsklima in der Abteilung sich markant verschlechtert habe. Der Arbeitnehmer habe gesagt, er könne sich kaum vorstellen, mit den gleichen Personen weiterzuarbeiten. Gegen die Kündigung hat L. am 27. September 2002 bei der E. AG schriftlich Einsprache erhoben. Mit Klage vom 7. November 2002 verlangte er die Verurteilung der Arbeitgeberin unter anderem zur Zahlung einer Entschädigung von CHF 15'000.-- nach Art. 336a OR sowie zu einer Genugtuung von CHF 5'000.--. L. machte vor Gericht geltend, dass die Arbeitskollegin B., die seine Bestellungseingänge hätte verbuchen müssen, die Zusammenarbeit mit ihm verweigert und ihn auf diese Weise gemobbt habe. Die Arbeitgeberin habe gegen das Verhalten von B. zu wenig unternommen. Als er wegen B. eine Erschöpfungsdepression erlitten habe,

die zur Arbeitsunfähigkeit geführt habe, sei ihm gekündigt worden. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Urteil vom 31. März 2003 die Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche von L. abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, ausspricht, es sei denn, dass die Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Es ist anerkannt, dass eine Krankheit unter den Begriff der Eigenschaft fällt (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 90 mit Hinweisen). Die Zusammenarbeit im Betrieb ist aufgrund einer Krankheit wesentlich beeinträchtigt, sofern diese zu teilweiser oder ganzer Arbeitsunfähigkeit führt (Nordmann S. 90 mit Hinweisen). Allerdings kann die wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb dann nicht als Rechtfertigungsgrund für die Kündigung herangezogen werden, wenn die Arbeitgeberin für den Ausbruch oder entscheidende Verschlimmerung der Krankheit ihres Angestellten die Verantwortung trägt (vgl. Thomas Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994 S. 183). Zudem muss die Arbeitgeberin vor der Kündigung alle zumutbaren Massnahmen zur Verbesserung der Verhältnisse unter den betroffenen Angestellten vorgenommen haben. Dazu gehören je nach den Umständen namentlich Ermahnungen, Gespräche und interne Versetzungen (ZK-Staehelin, 1996, Art. 336 OR N. 17, S. A 559 mit Hinweisen).

Wer Missbräuchlichkeit einer Kündigung behauptet, hat diese nachzuweisen. Der zu führende Nachweis umfasst neben dem Missbrauchstatbestand auch den ursächlichen Zusammenhang zur Kündigung (Nordmann S. 279). Vorliegend war zunächst zu prüfen, ob die Vorwürfe von L. gegen seine Arbeitskollegin B. und die Arbeitgeberin zutrafen. Zudem war zu untersuchen, ob die Erschöpfungsdepression durch ein allfälliges Fehlverhalten dieser Personen hervorgerufen wurde.

Die Arbeitnehmerin B. gab in der Befragung vor Gericht zu, dass sie die Arbeit liegen gelassen habe, die sie für L. hätte machen müssen, weil sie diese nicht habe erledigen wollen. Sie habe sich als Handlangerin von L. ausgenützt gefühlt. Fraglich war ferner, welche Massnahmen die E. AG zur Verbesserung des Verhaltens von B. getroffen hatte und ob diese genügen konnten. Als die Arbeitgeberin von deren Fehlverhalten erfahren hatte, führte sie mit B. verschiedene Gespräche, verwarnte sie und wies sie an, mit L. zusammenzuarbeiten. Diese Massnahmen führten dazu, dass B. mit L. zwar wieder zusammenarbeitete, dessen Aufträge, wie sie vor Gericht einräumte,

jedoch nicht sofort erledigte. Ob die getroffenen Massnahmen ausreichend waren, konnte dahin gestellt bleiben.

Entscheidend war nämlich, dass L. sich daneben auch durch die zu leistende Arbeit als solche überfordert fühlte. Dass er überfordert war, bestätigte die Arbeitnehmerin P.. Für die Überforderung konnte der E. AG kein Vorwurf gemacht werden. Hinzu kam, dass nach den Feststellungen von L. nicht nur er, sondern auch die übrigen Angestellten seiner Abteilung die gleichen Schwierigkeiten mit B. hatten. Es konnte deshalb nicht von einem allein gegen ihn gerichteten Verhalten gesprochen werden. Ferner empfand L. auch selber Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mit diesen Arbeitskollegen, weshalb er den Wunsch äusserte, in einer anderen Abteilung arbeiten zu dürfen. Ein Fehlverhalten dieser Angestellten war von L. weder behauptet noch nachgewiesen.

Unter all diesen Umständen wurde davon ausgegangen, dass die E. AG für die Erschöpfungsdepression und die damit zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit von L. nicht verantwortlich gemacht werden konnte. Damit konnte offen bleiben, ob die Krankheit von L. der entscheidende Anlass zur Kündigung gewesen ist, weil so oder anders kein Missbrauch des Kündigungsrechts durch die E. AG erblickt werden konnte.

(GSGE vom 31.3.2003 in Sachen von L. gegen E. AG, GS 2002/388)

2.11.5. Art. 336, Art. 336 Abs. 1 lit. c OR. Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung gilt auch während der Probezeit. In der Probezeit, die dem gegenseitigen Kennenlernen und Ausprobieren dient, darf erleichtert gekündigt werden. Als Kündigungsgrund genügt es, wenn eine Vertragspartei befürchtet, dass ihre Erwartungen im Bereich der anfallenden Arbeiten oder im zwischenmenschlichen Bereich nicht erfüllt werden. Die kündigende Partei schuldet der anderen nicht detailliert Rechenschaft über alle ihre Erwägungen. Bei den Ansprüchen, die in Art. 336 Abs. 1 lit. c OR angesprochen werden, handelt es sich um solche, die unter Umständen erst nach Ablauf einer gewissen Zeit entstehen und mit einer Kündigung zweckwidrig verhindert werden können. Der Anspruch auf eine vereinbarte Stelle entfällt dagegen immer und zwingend mit der Kündigung.

D. wurde von der K. AG mit Vertrag vom 25. September 2002 per 1. November 2002 auf unbestimmte Zeit als Umzugskordinatorin Übersee angestellt. Die Parteien kamen überein, dass D. vom 1. November 2002 bis Ende Mai 2003 in

der Europa-Abteilung aushelfen und erst danach ihre eigentliche Arbeit in der Übersee-Abteilung aufnehmen würde. Ferner vereinbarten sie eine Probezeit von 3 Monaten, während welcher eine Kündigungsfrist von 7 Tagen gelten sollte. Am 29. November 2002 kündigte die K. AG ihrer Arbeitnehmerin D. per 6. Dezember 2002 und stellte sie für die verbleibende Arbeitszeit frei. Die Kündigung wurde mit „gegenseitigen Verständigungsproblemen und zwischenmenschlichen Problemen“ begründet. Den Lohn bezahlte die K. AG der Angestellten vertragsgemäss bis zum 6. Dezember. D. klagte daraufhin am 28. Januar 2003 auf Verurteilung der K. AG unter anderem zu fünf Monatslöhnen von insgesamt CHF 26'500.-- als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Die Kündigung sei missbräuchlich, weil diese für sie beruflich und menschlich eine unberechtigte Härte darstelle. Zudem sei sie erfolgt, um ihren Anspruch auf eine Anstellung in der Überseeabteilung zu vereiteln. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Entschädigungsklage mit Urteil vom 7. April 2003 abgewiesen. Eine von D. in der Folge dagegen erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht 12. Juni 2003 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 6. [...] Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung wirkt grundsätzlich auch in der Probezeit (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 8). Missbräuchlich ist aber nicht jede Kündigung, mit welcher die Arbeitnehmerin nicht einverstanden ist. Insbesondere in der Probezeit, die dem gegenseitigen Kennenlernen und Ausprobieren dient, darf erleichtert gekündigt werden. Als Kündigungsgrund genügt es denn auch, wenn eine Vertragspartei befürchtet, dass ihre Erwartungen im Bereich der anfallenden Arbeiten oder im zwischenmenschlichen Bereich nicht erfüllt werden. Nicht notwendig ist es, dass die Partei, welcher gekündigt wird, die Einschätzung durch die kündigende Partei teilt. Ebenso wenig ist vorausgesetzt, dass ihr ein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt wird. Die kündigende Partei schuldet der anderen denn auch nicht detailliert Rechenschaft über alle ihre Erwägungen. Als missbräuchlich anerkannt sind nur die Kündigungsgründe, welche der Gesetzgeber in Art. 336 OR zwar nicht abschliessend (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 7), aber immerhin exemplarisch aufführt. Beweispflichtig für das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung ist diejenige Partei, die sich darauf beruft, vorliegend somit die Beschwerdeführerin. Ihre diesbezüglichen Ausführungen gehen jedoch ins Leere und vermögen die Missbräuchlichkeit der Kündigung in keiner Weise zu belegen. Einzig mit der Behauptung, die Kündigung habe bezweckt, ihren Anspruch auf die Stelle in der Abteilung Übersee zu vereiteln, nähert sich die Beschwerdeführerin dem missbräuchlichen Kündigungsgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass auch ein solcher hier nicht gegeben ist. Als Beispiele von Ansprüchen, deren Entstehung vereitelt werden kann, nennt die Literatur etwa Abgangsentschädigungen, Gratifikationen, 13. Monatslöhne oder Teuerungsnachzahlungen (Stahelin/Vischer, a.a.O., Art. 336 OR, N 22). Es handelt sich somit um Ansprüche, die unter Umständen erst nach Ablauf einer gewissen Zeit entstehen und mit einer Kündigung zweckwidrig verhindert werden können. Der Anspruch auf eine vereinbarte Stelle entfällt dagegen immer und zwingend mit der

Kündigung. Die Kündigung kann demnach auch diesbezüglich nicht zweckwidrig und daher missbräuchlich sein. Die Missbräuchlichkeit der Kündigung ist vom Gewerblichen Schiedsgericht folglich zu Recht verneint worden. [...]"

(GSGE vom 7.4.2003 in Sachen D. gegen K. AG, GS 2003/38; AGE vom 12.6.2003, Verf. Nr. 930/2003)

2.11.6. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Differenzen zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeberin, die zum Anlass für eine Kündigung genommen werden, sind grundsätzlich kein missbräuchlicher Kündigungsgrund. Damit auf Missbräuchlichkeit erkannt werden könnte, müssten die Differenzen ihre Ursache beispielsweise in Ansprüchen haben, welche die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Derartige Ansprüche liegen vor, wenn eine Angestellte am Betrieb zulässige Kritik übt, um sich für ihre oder die Rechte anderer Mitarbeiter einzusetzen.

Art. 336a OR. Die Klagpartei hat bezifferte Begehren zu stellen (§ 37 ZPO). Unbezifferte Forderungsklagen sind dort zuzulassen, wo dies das Bundesrecht ausdrücklich vorsieht oder den Richter auf sein Ermessen verweist. Letzteres gilt bei Klagen auf Zusprechung von Entschädigungen aus missbräuchlicher bzw. ungerechtfertigter fristloser Kündigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzulegen sind (Art. 336a, Art. 337c Abs. 3 OR). Aber auch in diesen Fällen hat die Klagpartei im Rechtsbegehren einen bezifferten Höchstbetrag für die Entschädigung anzugeben.

X. arbeitete seit dem 1. März 2000 als diplomierte Krankenpflegerin und Stationsleiterin im Alters- und Pflegeheim der Stiftung Y.. Im Verlaufe ihrer Tätigkeit hatte sie mit ihren Vorgesetzten diverse Meinungsverschiedenheiten über die Organisation der Station. Die Arbeitgeberin attestierte X. in ihren regelmässigen Mitarbeiterbeurteilungen, dass sie weitgehend gute Arbeit leistete. Hingegen machte sie Vorbehalte zu deren Verhalten gegenüber dem Abteilungsleiter und ihren Arbeitskollegen und -kolleginnen. Die Stiftung Y. kündigte das Arbeitsverhältnis am 28. Februar 2003 auf den 31. Mai 2003. Die Kündigungsfrist erstreckte sich in der Folge bis Ende August 2003 weil X. krankheitsbedingt arbeitsunfähig wurde. X. protestierte gegen die Kündigung und stellte, vertreten durch den Advokaten Dr. Z., mit Klage vom 2. Dezember 2003 beim Gewerblichen Schiedsgericht unter anderem folgendes Rechtsbegehren: „ 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine vom Gericht festzusetzende Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR von wenigstens vier Monatsgehältern nebst 5% Zins seit dem 1.9.2003 zu zahlen. [...]" . Den Grund für die Kündigung

erblickte X. in den ihres Erachtens rein fachbezogenen Auseinandersetzungen mit den Vorgesetzten. Mit Urteil vom 8. März 2004 wurde das Begehren um Zusprechung einer Entschädigung, soweit darauf eingetreten wurde, abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

a) Nach § 37 ZPO hat eine Klagpartei bezifferte Begehren zu stellen. Eine Klage auf Zusprechung einer Geldsumme nach Ermessen des Richters ist dem baselstädtischen Recht fremd (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, 1992, S. 136). Im Grundsatz ist es den Kantonen nicht verwehrt, in Forderungsstreitigkeiten die Bezifferung des geforderten Betrages zu verlangen. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht schrankenlos. Unbezifferte Forderungsklagen sind dort zuzulassen, wo dies das Bundesrecht ausdrücklich vorsieht oder den Richter auf sein Ermessen verweist (BGE 116/1990 II 219; Stahelin/Sutter, S. 136). Nach Art. 336a Abs. 2 OR ist die Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen. Eine damit vergleichbare Vorschrift enthält Art. 337c Abs. 3 OR. Danach hat der Richter die Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände festzusetzen. In der Lehre wird überwiegend darauf hingewiesen, dass die Klagpartei nicht in der Lage sei, die Höhe dieser Entschädigungen abzuschätzen. Es sei ihr deshalb nicht zumutbar, diese zu beziffern und das damit verbundene Prozessrisiko zu tragen (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. S. 313 mit zahlreichen Hinweisen in Fn. 1424; ablehnend hingegen Obergericht ZH in JAR 1991 S. 397 ff. und in plädoyer 1993/6 S. 63 sowie Bezirksgericht Steckborn in JAR 1994 S. 319 f.).

Hinzuweisen ist darauf, dass das Gewerbliche Schiedsgericht bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 336a OR wie auch jener bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR von einem „Grundbetrag“ von drei Monatslöhnen ausgeht, der unter Berücksichtigung mildernder und erschwerender Umstände im Verhalten beider Vertragsparteien reduziert bzw. erhöht wird (JAR 2004 S. 452 ff.; BJM 2004 S. 43 ff.). Zudem sind seit Inkrafttreten beider Vorschriften zahlreiche, publizierte Urteile ergangen, in denen bei missbräuchlichen bzw. ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen über Entschädigungsansprüche entschieden wurde. Beides hilft, dieses Prozessrisiko zu begrenzen. Zudem darf das kantonale Recht selbst in jenen Fällen, in denen von Bundesrechts wegen sogenannte unbezifferte Klagen zuzulassen sind, aus formellen Gründen gleichwohl eine rahmenmässige Bezifferung der Klagforderung verlangen (BGE 116/1990 II 219; Stahelin/Sutter, S. 136). Die Klagpartei hat deshalb in ihrem Rechtsbegehren einen Höchstbetrag, den sie als Entschädigung geltend macht, einzusetzen (Nordmann S. 314 mit Hinweisen). Dies entspricht

der vom Gewerblichen Schiedsgericht geübten Praxis. Vorliegend erfüllte das Entschädigungsbegehren der Klägerin X., das von ihrem Advokaten formuliert war, diese Anforderung jedoch nicht. Sie hatte zwar einen Höchstbetrag von vier Monatslöhnen, aber ohne jede Bezifferung angegeben. Es ist nicht Sache des Gerichts, die geforderte Entschädigung ziffernmässig zu bestimmen. Da die Klage aus anderen Gründen abzuweisen war, konnte offen bleiben, welche Folgen an diese Unterlassung zu knüpfen waren, insbesondere, ob auf das Rechtsbegehren einzutreten war.

b) Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat, „wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, [...] derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet“. Das Obligationenrecht sieht in den Vorschriften zur missbräuchlichen Kündigung (Art. 336 ff. OR) keine Ausnahme von dieser Regel vor. Wer behauptet, dass eine Kündigung missbräuchlich ist, hat deshalb den Beweis der Missbräuchlichkeit zu erbringen. Dieser Beweis umfasst sowohl den Missbrauchstatbestand als auch dessen Kausalität für die Kündigung. Andererseits hat die kündigende Vertragspartei jene Gründe nachzuweisen, die die Kündigung rechtfertigen sollen (Nordmann S. 279 mit Hinweisen). Falls mehrere Gründe zu einer Kündigung geführt haben, ist diese dann missbräuchlich, wenn sie ohne den verpönten Grund nicht ausgesprochen worden wäre (Nordmann S. 285; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336 OR VI, S. 333; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 336 OR N. 20, S. 348). Dem Nachweis der Kündigungsgründe dienen in erster Linie soweit vorhanden das Kündigungsschreiben sowie die schriftliche Begründung der Kündigung nach Art. 335 Abs. 2 OR. Weitere Gründe für die Kündigung können nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nachgeschoben werden, wenn diese im Zeitpunkt der Kündigung bestanden haben, ohne dass die kündigende Partei davon Kenntnis hatte oder hätte haben müssen (BGE 121/1995 III 472 f. zur gleichgelagerten Problematik bei der fristlosen Entlassung nach Art. 337 OR; vgl. Nordmann S. 292 ff.). Art. 336 OR zählt verschiedene Tatbestände auf, unter denen eine Kündigung als missbräuchlich anzusehen ist. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend (Nordmann S. 143 mit zahlreichen Hinweisen). Es ist Sache des Richters, im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Rechtsanwendung einen als missbräuchlich behaupteten Kündigungsgrund unter die gesetzlichen Tatbestände zu subsumieren sowie die Tatbestandsliste, soweit erforderlich, zu ergänzen (Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts in den Jahren 1998 und 1999 S. 61).

Vorliegend machte die Klägerin fachliche Auseinandersetzungen zwischen ihr und ihren Vorgesetzten als missbräuchlichen Grund für die Kündigung geltend. Im Kündigungsschreiben vom 28. Februar 2003 verwies die Stiftung Y. auf die verschiedenen persönlichen Unterredungen mit X. hin. Auf Verlangen begründete

die Arbeitgeberin am 14. März 2003 die Kündigung schriftlich wie folgt:“ [...] Ihr Führungsverhalten in Ihrem Pflorgeteam und die Zusammenarbeit mit anderen internen Dienstbereichen gaben immer wieder Anlass zu Beanstandungen. In diesem Zusammenhang erhielten wir verschiedene Reklamationen von Mitarbeiterseite und von Verantwortlichen anderer Dienstbereiche. Auf die Umstände haben wir Sie sowohl in den Mitarbeitergesprächen wie in persönlichen Unterredungen aufmerksam gemacht und können heute leider keine Veränderungen in ihrem Verhalten feststellen. [...]“. Aus den Unterlagen zu den durchgeführten Mitarbeitergesprächen, die von den Parteien eingereicht wurden, ergab sich, dass die Arbeitnehmerin weitgehend positiv beurteilt wurde. Andererseits waren darin aber auch Vorbehalte der Arbeitgeberin zur Arbeitsweise von X. sowie divergierende Ansichten der Parteien festgehalten. Derartige Differenzen in einem Arbeitsverhältnis können, falls sie zum Anlass für eine Kündigung genommen werden, diese grundsätzlich nicht als missbräuchlich erscheinen lassen (JAR 2000 S. 193 ff.; JAR 1990 S. 240 f.). Damit von einer missbräuchlichen Kündigung gesprochen werden könnte, müssten beispielsweise die Divergenzen ihre Ursache in Ansprüchen haben, welche die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Solche Ansprüche liegen vor, wenn eine Angestellte am Betrieb zulässige Kritik übt, um sich für ihre oder die Rechte anderer Mitarbeiter einzusetzen (vgl. Nordmann S. 117 mit Hinweisen). Insofern ergab sich aus einer Mitarbeiterbeurteilung, dass die Klägerin nicht mit der Kündigung einverstanden war, welche die Stiftung Y. gegen eine Mitarbeiterin aus ihrem Pflorgeteam ausgesprochen hatte. Dass gerade dieser Umstand zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit ihr geführt haben soll, hat die Klägerin jedoch nie behauptet und war auch nicht ersichtlich. Vielmehr waren weitere Punkte vorhanden, die im Verhältnis zwischen X. und ihrer Arbeitgeberin, strittig waren und als Grund für die Kündigung in Frage kamen.

(GSGE vom 8.3.2004 in Sachen X. gegen Stiftung Y., GS 2003/461)

2.11.7. Art. 336 OR, Art. 2 Abs. 2 ZGB. Eine Kündigung, die nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit ausgesprochen wird, ist nicht missbräuchlich. Der Missbrauch einer Kündigung kann sich aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer

Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht. Einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr entspricht es grundsätzlich, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht eine Anhörungspflicht vor der Kündigung jedoch nicht vor.

A. war seit dem 1. Januar 1993 als Filialleiter der B. AG im C.-Shopping angestellt, wo Videos, DVDs und Computerspiele zum Kauf angeboten wurden. Er wurde an seinen freien Tagen durch D. vertreten, die in der Filiale als Aushilfsverkäuferin tätig war. Anfangs Dezember 2001 meldete D. der Verkaufsleitung der B. AG verschiedene von ihr festgestellte Ungereimtheiten. Diese erweckten den Verdacht, A. habe Artikel aus dem Sortiment gestohlen bzw. veruntreut. Die B. AG erstattete deshalb am 10. Dezember 2001 Strafanzeige gegen A.. Nachdem die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt die Vorgesetzten von A. sowie D. einvernommen hatte, liess sie A. am 22. Januar 2002 polizeilich zur Einvernahme vorführen und durchsuchte gleichzeitig seine Wohnung. Dort wurde allerdings nichts beschlagnahmt.

Am 23. Januar 2002 kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis mit A. per 30. April 2002. Da A. indessen seit diesem Tag krank geschrieben war, erwies sich diese Kündigung als nichtig. Nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist von 180 Tagen kündigte die B. AG ihrem Angestellten A. mit Schreiben vom 25. Juli 2002 erneut auf den 31. Oktober 2002. Das Strafverfahren gegen A. wurde nach weiteren Ermittlungen mit Beschluss der Staatsanwaltschaft vom 27. August 2002 eingestellt, da kein hinreichender Beweis des Tatbestandes bzw. keine rechtsgültigen Strafanträge für allfällige geringfügige Vermögensdelikte vorlagen.

Am 11. Februar 2003 klagte A. beim Gewerblichen Schiedsgericht gegen die B. AG auf Zahlung von sechs Bruttomonatslöhnen, d.h. CHF 27'618.--, zuzüglich Zins als Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung. Mit Urteil vom 18. August 2003 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab. Eine gegen dieses Urteil gerichtete Beschwerde des Klägers wies das Appellationsgericht am 13. Januar 2004 ab. Ebenfalls abgewiesen hat das Bundesgericht am 5. August 2004 eine von A. dagegen eingereichte Berufung, wobei es Folgendes ausgeführt hat:

„[...] 1.

Die kantonalen Instanzen sind zum Schluss gekommen, es liege keine missbräuchliche Kündigung vor. Es sei keiner der in Art. 336 OR aufgeführten Tatbestände erfüllt. Die

Gründe, die zur Kündigung geführt hätten, könnten auch nicht den vom Gesetz ausdrücklich missbilligten gleichgesetzt werden. Für die Kündigung sei der objektive Vertrauensverlust entscheidend gewesen, nicht die Krankheit des Arbeitnehmers. Mit Blick auf die langjährige Dauer des Arbeitsverhältnisses wäre zwar ein etwas schonenderes Vorgehen der Beklagten denkbar gewesen; insbesondere wäre es durchaus nicht abwegig gewesen, wenn sie den Kläger nach dessen Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft angehört hätte, bevor sie die Kündigung aussprach. Es könne ihr aber nicht vorgeworfen werden, das Gebot der schonenden Rechtsausübung in krasser Weise verletzt zu haben, so dass ihr Verhalten als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden müsste.

Der Kläger sieht darin eine falsche Anwendung von Art. 336 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB. Er macht somit eine Bundesrechtsverletzung geltend (Art. 43 Abs. 1 OG), und auf die Berufung ist, da auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, grundsätzlich einzutreten.

2.

2.1 Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht auch nach der Revision von 1988 vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht (vgl. BGE 127 III 86 E. 2a). Missbräuchlich ist eine Kündigung grundsätzlich nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist allerdings nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (vgl. zum Ganzen BGE 125 III 70 E. 2a S. 72 mit zahlreichen Hinweisen; ferner BGE 123 III 246 E. 3b S. 251; 121 III 60 E. 3b S. 61 f.). Diese müssen aber eine vergleichbare Schwere aufweisen, wie die in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten.

Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (BGE 118 II 157 E. 4b/bb S. 166; bestätigt in BGE 125 III 70 E. 2b). Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 125 III 70 E. 2b; 118 II 157 E. 4b/cc S. 167). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren.

2.2 Der Kläger macht zunächst geltend, die Kündigung sei missbräuchlich, weil sie wegen seiner Erkrankung erfolgt sei.

2.2.1 Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG) festgehalten, dass die Kündigung in keinem kausalen Verhältnis zur Krankheit stand. Diese sei bei der wirksamen, zweiten Kündigung nur deshalb erwähnt worden, um festzuhalten, dass der krankheitsbedingte zeitliche Kündigungsschutz nun abgelaufen sei. Soweit der Kläger seinen Vorwurf der Missbräuchlichkeit mit der Kündigung wegen Krankheit begründet, geht er somit von einem Sachverhalt aus, der im angefochtenen Urteil keine Stütze findet. Da er in diesem Zusammenhang bloss frei gehaltene Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz übt, jedoch keine Ausnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG anruft, die dem Bundesgericht eine Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen des Sachgerichts erlaubt, kann auf die Berufung insoweit nicht eingetreten werden (vgl. BGE 130 III 102 E. 2.2; 127 III 248 E. 2c; 125 III 193 E. 1e S. 205).

2.2.2 Auch bei materieller Beurteilung wäre dem Standpunkt des Klägers nicht zu folgen, selbst wenn seine Krankheit die Arbeitsfähigkeit vermindert hat, wovon nach dem angefochtenen Urteil auszugehen ist. Eine Krankheit ist eine persönliche Eigenschaft, die gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR für den Kündigungsschutz relevant sein kann. Zu beachten ist indessen, dass der sachliche Kündigungsschutz entfällt, wenn die persönliche Eigenschaft die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Insofern schränkt Art. 336 Abs. 1 lit. a OR den Persönlichkeitsschutz ein. Die Kündigung wegen Krankheit hat zur Folge, dass für die Zukunft die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, wenn die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt. Insofern könnte es sich bei einer Kündigung wegen einer Krankheit um eine Vereitelungskündigung im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR handeln. Aufgrund der Systematik des gesamten Kündigungsschutzes ist indessen anzunehmen, dass der Gesetzgeber nicht soweit gehen wollte. Daher scheint es zulässig, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen (BGE 123 III 246 E. 5 mit Hinweisen).

2.3 Der Kläger hält weiter dafür, die von der Beklagten gegen ihn eingereichte Strafanzeige, die polizeiliche Vorführung und die Hausdurchsuchung seien ein unverhältnismässiges und unnötig verletzendes Vorgehen gewesen. Die Beklagte habe es an einer schonenden Rechtsausübung missen lassen. Ihr Vorgehen stelle ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar, was zur Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne von Art. 336 OR führe.

2.3.1 Der Kläger widerspricht in diesem Zusammenhang der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beobachtungen der Aushilfsverkäuferin und weitere Indizien bei der Beklagten den schwerwiegenden Verdacht erweckt hätten, dass der Kläger deliktische Handlungen zu ihrem Nachteil begangen haben könnte. Ferner macht er in

Erweiterung des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts geltend, die Beklagte habe mit ihrem Vorgehen wider besseres Wissen gehandelt, und er habe allen Grund zur Annahme, dass die Beklagte ihn im Hinblick auf die Schliessung ihrer Filialen in Basel unter irgend einem Vorwand habe los werden wollen. Da er sich auch in diesem Zusammenhang nicht auf eine Ausnahme von der Bindung an die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG beruft, kann er insoweit nicht gehört werden (vgl. Erwägung 2.2.1 vorne).

2.3.2 Der Kläger sieht sich in seinem Standpunkt, die Beklagte habe das Gebot einer schonenden Rechtsausübung krass verletzt, durch BGE 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f. bestätigt. Er übersieht indessen, dass sich der Sachverhalt im zitierten Entscheid von dem hier zu beurteilenden in wesentlichen Punkten unterscheidet. Im zitierten Entscheid hatte die Franchisegeberin in der Folge von gewissen Meinungsverschiedenheiten mit der Franchisenehmerin über die Erhöhung der Nutzungsgebühren bereits einen Vertrag mit einer anderen Person für die Übernahme des Geschäftes geschlossen, ohne dass die Franchisenehmerin davon etwas zu wissen bekam. Über zwei Monate später beruhigte sie die Franchisenehmerin noch mit dem Hinweis, sie habe bezüglich der Nutzungsgebühren noch nichts entschieden. Sie täuschte somit während mehreren Monaten vor, das Vertragsverhältnis fortführen zu wollen, obgleich sie sich bereits entschieden hatte, dieses zu beenden. Erst kurzfristig vor dem Zeitpunkt, auf den die neue Arbeitskraft angestellt worden war, hatte sie sodann ihren Standpunkt der bisherigen Franchisenehmerin bekannt gegeben, um dann deren Weigerung, die Gebührenerhöhung zu akzeptieren, zur kurzfristigen Auflösung des Vertragsverhältnisses zu verwenden. Das Bundesgericht hat bei diesem Sachverhalt die Ansicht der Vorinstanz geteilt, die Franchisegeberin habe ein falsches und verstecktes Spiel getrieben und krass gegen Treu und Glauben verstossen. Sie hatte in krasser Weise dem Gebot der schonenden Rechtsausübung zuwidergehandelt und sich widersprüchlich verhalten (BGE 118 II 157 E. 4b/cc S. 167).

Vorliegend lässt sich der Beklagten hingegen keinerlei widersprüchliches Verhalten vorhalten. Sie hat gegenüber dem Kläger nie zum Ausdruck gebracht, sie wolle das Arbeitsverhältnis mit ihm weiterführen, nachdem sie sich zur Kündigung bereits entschlossen hatte. Dass sie dem Kläger die Verdächtigungen nicht sofort mitteilte, ergab sich - wie die kantonalen Instanzen feststellten - zwingend aus den Bedürfnissen der polizeilichen Abklärungen. Dem von der Vorinstanz festgestellten, massgeblichen Sachverhalt, ist überdies in keiner Weise zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin sich bereits vor den polizeilichen Massnahmen zu einer Kündigung entschlossen hätte.

Das konkrete Vorgehen der staatlichen Behörden lag zudem nicht im Einflussbereich der Arbeitgeberin. Dieses haben vielmehr die Behörden selber zu verantworten. Ob dieses Vorgehen mit Blick auf die vorgebrachten Vorwürfe und den damaligen Wissensstand der Arbeitgeberin und der Untersuchungsbehörden verhältnismässig war oder nicht, braucht deshalb vorliegend nicht beurteilt zu werden. Angesichts der erhobenen

Vorwürfe kann die Strafanzeige selber nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Ob auch andere Wege, wie beispielsweise eine private Überwachung möglich und der Arbeitgeberin zumutbar gewesen wären, ist nicht dargetan. Von einer rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung kann somit nicht gesprochen werden.

2.4 Schliesslich sieht der Kläger eine Rechtsmissbräuchlichkeit auch darin, dass die Beklagte die Kündigung aussprach, ohne vorgängig mit ihm das Gespräch zu suchen.

Es ist ihm zuzugestehen, dass dieses Vorgehen wenig verständlich ist. Einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr entspricht es grundsätzlich, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Es ist aber zwischen einem unanständigen und einem rechtswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung jedes Fehlverhalten zu sanktionieren. Nur Verstösse gegen gesellschaftliche Verhaltensnormen, die so krass sind, dass sie von der Gesellschaft nicht toleriert werden können, muss die Rechtsordnung durch geeignete Massnahmen unterbinden. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht eine Anhörungspflicht vor der Kündigung nun aber gerade nicht vor. Wohl besteht ein Anspruch auf Begründung einer Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR). Diese muss aber erst im Nachhinein erfolgen. Wäre eine vorhergehende Anhörung zwingend, müssten sinnvoller Weise bereits bei einer solchen auch die Kündigungsgründe offen gelegt werden. Soweit wollte der Gesetzgeber indessen nicht gehen (vgl. dazu BGE 121 III 60 E. 3b; vgl. ferner Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, N. 8 zu Art. 335 OR und Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 13 zu Art. 335 OR, die gar nur einen Anspruch auf schriftliche, nicht aber auf mündliche Begründung der Kündigung anerkennen; insoweit a.M. Rehbinder, Berner Kommentar, N. 9 zu Art. 335 OR; Brunner/Bühler/Waerber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel 1997, N. 20 zu Art. 335 OR; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 18 zu Art. 335 OR). Es geht nicht an, diesen gesetzgeberischen Entscheid über den Umweg von Art. 2 Abs. 2 ZGB umzustossen und einen rechtlichen Anspruch auf vorgängige Anhörung einzuführen. Auch insoweit ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie das Vorliegen einer Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint.

2.5 Es ginge nun allerdings fehl, alle Vorwürfe nur einzeln zu betrachten. Die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, setzt richtiger Weise eine Gesamtwürdigung voraus.

Die Beklagte muss sich vorwerfen lassen, dass es kaum als anständig bezeichnet werden kann, das Gespräch mit dem Kläger nicht einmal gesucht zu haben. Ob es nicht schonendere Möglichkeiten gegeben hätte, die erhobenen Vorwürfe abzuklären, ist offen. Die Kündigung traf den Kläger sicher in einer mit Blick auf seinen Gesundheitszustand schwierigen Situation. Von daher ist seine Verletzung und damit auch seine Verärgerung über das Vorgehen der Beklagten verständlich. Das reicht aber

mit Blick auf das in der Schweiz geltende Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen. Der Berufung des Klägers kann deshalb kein Erfolg beschieden sein. [...]“

(GSGE vom 18.8.2003 in Sachen A. gegen B. AG, GS 2003/63; AGE vom 13.1.2004, Verf. Nr. 987/2003; BGE vom 5.8.2004, 4C.174/2004)

2.11.8. Art. 336 OR. Im Gegensatz zum zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR besteht der sachliche Kündigungsschutz auch während der Probezeit. Vorliegend bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die bevorstehende Rekrutenschule des Arbeitnehmers und nicht seine Leistungen ausschlaggebend für die Kündigung der Arbeitgeberin waren.

Art. 335b OR. Die Probezeit dient dem gegenseitigen Kennenlernen der Parteien und vor allem der Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin. Es dürfen an die Begründung einer Kündigung während der Probezeit keine hohen Anforderungen gestellt werden, um so mehr, als auch nach Ablauf der Probezeit aus jedem noch so geringen Anlass gekündigt werden kann, sofern keine missbräuchliche Kündigung vorliegt.

O. wurde von der J. AG am 22. Juli 2002 als Verkäufer mit einer Probezeit von drei Monaten angestellt. Am 21. Oktober 2002 kündigte die J. AG das Arbeitsverhältnis auf den 26. Oktober 2002 wegen ungenügender Leistungen und stellte ihn von der Arbeit frei. Am 22. Oktober 2002 erhob O. Einsprache gegen die Kündigung und verlangte mit Klage vom 10. Januar 2003 die Verurteilung der J. AG zur Zahlung von CHF 4'597.25 brutto, worunter ein Monatslohn als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. O. machte geltend, ihm sei gekündigt worden, weil er ab Februar 2003 die Rekrutenschule habe absolvieren müssen, worauf er die Arbeitgeberin schon bei der Anstellung hingewiesen habe. Mit Urteil vom 31. März 2003 wurden O. CHF 188.-- netto zugesprochen und die Klage im übrigen abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt erwogen hat.

Nach Art. 336 OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aus einem der dort genannten Gründe, deren Aufzählung nicht abschliessend ist, ausgesprochen wird. Im Unterschied zum zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR kommt der sachliche Kündigungsschutz nach Art. 336 OR auch bei Kündigungen, die noch in der Probezeit erfolgen, zur Anwendung (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des

Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 82 f.). Die Probezeit dient dem gegenseitigen Kennenlernen der Parteien und vor allem der Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin. Die Kündigungsfrist während der Probezeit beträgt von Gesetzes wegen lediglich 7 Tage und kann durch schriftliche Abrede sogar noch verkürzt werden (Art. 335b Abs. 1 und 2 OR). Es ergibt sich daraus, dass keine hohen Anforderungen an eine Kündigung während der Probezeit sowie an deren Begründung durch die kündigende Partei nach Art. 335 Abs. 2 OR gestellt werden dürfen. Davon abgesehen darf nach schweizerischem Arbeitsvertragsrecht auch nach Ablauf der Probezeit aus jedem noch so geringen Anlass gekündigt werden, solange keine missbräuchliche Kündigung gegeben ist. Vorliegend hatte die Arbeitgeberin in ihrer Kündigungsbegründung angegeben, dass O. unaufmerksam und unkonzentriert bei der Arbeit gewesen sei, woraus sich verhältnismässig viele Fehler ergeben hätten. Obwohl O. dies bestritten hat, war es an ihm nachzuweisen, dass anstelle dieser Gründe die bevorstehende Rekrutenschule Anlass für die Kündigung war, was missbräuchlich wäre (Art. 336 Abs. 1 lit. e OR). Diesbezüglich ergaben sich keine Anhaltspunkte, weil der Arbeitsvertrag bereits in Kenntnis davon, dass O. im Februar 2003 mit einiger Sicherheit in den Militärdienst einrücken musste, abgeschlossen wurde. Unter diesen Umständen wäre zu erwarten gewesen, dass die J. AG den Arbeitsvertrag gar nicht abgeschlossen hätte. Es war deshalb naheliegend, dass die Kündigung aufgrund der Beurteilung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin während der Probezeit ausgesprochen wurde. Gegenteiliges konnte O. nicht nachweisen. Zugesprochen wurde ihm deshalb lediglich der Lohn für zwei Tage, weil die Kündigungsfrist von 7 Tagen durch die J. AG nicht eingehalten worden war.

(GSGE vom 31.3.2003 in Sachen von O. gegen J. AG, GS 2003/13)

2.11.9. Art. 3 Abs. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ; .Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 GestG. Gerichtsstand am Sitz der Beklagten. Zur Frage der Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach LugÜ und nach GestG. Nach der Bejahung der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte in Konkurrenz zu französischen Gerichten in Anwendung des Lugano-Übereinkommens ist aufgrund des Gerichtsstandsgesetzes das örtlich zuständige Gericht innerhalb der Schweiz zu bestimmen.

Art. 6 Französisch-schweizerischer Staatsvertrag über Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mülhausen. Die Anwendbarerklärung französischen Gesetzes- und Ordnungsrechts für das Flughafengebiet ist eine Gesamtverweisung. Damit bestimmt sich das auf die Arbeitsverhältnisse anwendbare Recht nach französischen Kollisionsregeln, zu denen das sog. Römer Übereinkommen zählt.

Art. 6 Abs. 1 RömÜ. Die Rechtswahl in Arbeitsverträgen ist unter Vorbehalt zwingender Vorschriften des ohne Rechtswahl anwendbaren französischen Rechts zulässig.

Art. 336 OR. Zu den Voraussetzungen einer missbräuchlichen Änderungskündigung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Vorliegend handelte sich um eine suspensivbedingte Änderungskündigung. Die Reduktion des Grundlohnes um 5% ist eine lediglich geringfügige Änderung. Je geringer die Vertragsänderung ist, desto geringere Anforderungen gelten auch für die betrieblichen oder marktbedingten Rechtfertigungsgründe. Zur Frage, inwiefern bei der Beurteilung des Ausmasses einer Vertragsänderung die Abweichung von Ansprüchen aus zwingenden gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Vorschriften ins Gewicht fällt: Auszugehen ist davon, dass zwingende Ansprüche trotz einer Vertragsänderung vom Arbeitnehmer weiterhin geltend gemacht und durchgesetzt werden können. Andererseits kann die entscheidende Verschlechterung darin zu erblicken sein, dass die Geltendmachung und Durchsetzung dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Dabei kommt es auf das Ausmass der Verschlechterung an. Zudem muss die Verschlechterung in Zusammenhang mit der Vertragsänderung stehen und sich nicht bereits unter dem geltenden Arbeitsvertrag in gleichem Masse gezeigt haben. Bei der Frage der Unbilligkeit einer Verschlechterung ist auf die individuellen Verhältnisse des betreffenden Arbeitnehmers abzustellen.

Die X. AG und die Y. AG sind beides Gesellschaften, die sich im Bereich der Flugzeugabfertigung auf den Flughafen Basel-Mulhouse betätigen bzw. betätigt haben. Die Arbeitnehmer der X. AG wurden von dieser mit Schreiben vom 8. September 2003 darüber informiert, dass ihre Arbeitsverhältnisse aufgrund einer Betriebsübertragung per 26. Oktober 2003 auf die Y. AG übertragen würden. Die Y. AG unterbreitete ihnen gleichentags eine Vertragsofferte und ersuchte um Rücksendung des unterschriebenen Vertrages bis 7. Dezember 2003. Ferner hiess es darin: „Dans le cas où vous n’accepteriez pas notre offre dans le délai mentionné ci-dessus, nous allons résilier votre contrat de travail avec l’entreprise Y. SA en observant le délai de préavis de deux mois, au 31 décembre 2003.“ Elf Arbeitnehmer nahmen das Vertragsangebot nicht an, worauf ihnen die Y. AG mit Schreiben vom 18. Dezember 2003 mitteilte: „Pour cette raison vous quitterez la maison Y. SA pour le 31.01.2004“. In der Folge erhoben die betreffenden Arbeitnehmer Einsprache gegen die Kündigung ihrer Arbeitsverträge und verlangten mit Klagen vom 10. Februar 2004 die Verurteilung der Y. AG unter anderem zur Lohnzahlung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie zu einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Änderungskündigung. Mit Urteilen vom 9. September 2004 hiess das

Gewerbliche Schiedsgericht die Lohnansprüche teilweise gut und wies die Entschädigungsforderungen ab, wobei es Folgendes erwogen hat:

1.1. Zunächst hat sich das Gericht die Frage nach seiner Zuständigkeit zu stellen. Die Arbeitsverhältnisse haben internationale Bezüge, weil sie nicht nur auf die Schweiz oder nur auf Frankreich beschränkt sind, sondern Verknüpfungen darüber hinaus bestehen. Die internationalen Bezüge ergeben sich aus dem Wohnsitz der Kläger in Frankreich, während die Beklagte mit Sitz in Basel im Handelsregister eingetragen ist, und zudem auch daraus, dass die Arbeit auf dem Flughafen Basel-Mulhouse angeboten und geleistet wurde. Damit kommt hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage das zwischen der Schweiz und Frankreich gültige Lugano-Abkommen zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG, SR 291).

1.2. Das Lugano-Übereinkommen (SR 0.275.11) sieht in Art. 3 Abs. 1 vor, dass Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen sind. Für den Gerichtsstand in der Schweiz kann hingegen nicht auf Art. 5 Abs. 1 LugÜ abgestellt werden. Diese Bestimmung knüpft an den gewöhnlichen Arbeitsort an und beschränkt den Gerichtsstand auf Fälle, in denen die beklagte Partei mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt wird. Das ist vorliegend nicht der Fall, weil die Y. AG ihren Sitz in der Schweiz hat und auch ein schweizerisches Gericht angerufen wurde. Zudem lag der gewöhnliche Arbeitsort der Kläger auf dem Flughafengebiet und damit in Frankreich. Zur Anwendung gelangen vorliegend ebenfalls nicht die Gerichtsstandsvereinbarungen, die die Kläger mit der X. AG seinerzeit getroffen haben und die infolge der Betriebsübernahme auch zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits zum Inhalt ihrer Arbeitsverhältnisse geworden sind. Obwohl die Parteien den Gerichtsstand in Basel und damit die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte vorgesehen haben, hat diese Gerichtsstandsvereinbarung nur Gültigkeit, wenn sie vor dem Lugano-Übereinkommen bestehen kann. Dies ist nicht der Fall, weil Art. 17 Abs. 5 LugÜ im Bereich individueller Arbeitsverträge Gerichtsstandsvereinbarungen nur zulässt, wenn sie nach Entstehung der Streitigkeit getroffen werden, was hier nicht gegeben ist (vgl. aber Art. 5 IPRG).

1.3. Nach dieser internationalrechtlichen Betrachtung der Zuständigkeitsfrage, muss die örtliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts in Konkurrenz zu allfälligen weiteren zuständigen Gerichten in der Schweiz geprüft werden (vgl. Eric Johner, Die direkte Zuständigkeit der Schweiz bei internationalen Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Lugano-Übereinkommens, 1995, S. 6, 64).

1.4. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Gerichte im Binnenbereich der Schweiz ist das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG, SR 272) zu beachten. Gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Nach Art. 21 Abs. 1 GestG kann die arbeitnehmende Partei auf diese Gerichtsstände weder zum voraus noch durch Einlassung auf ein Verfahren vor einem unzuständigen Gericht verzichten. Vorbehalten bleibt allerdings der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit (Art. 21 Abs. 2 GestG). Vorliegend haben die Kläger mit der X. AG im Arbeitsvertrag den Gerichtsstand in Basel vorgesehen. Ob diese Gerichtsstandsvereinbarung gültig ist, kann offen bleiben, weil sie das Gleiche vorsieht, was nach Gerichtsstandsgesetz gilt. Gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG sind die Gerichte am Sitz der Beklagten in Basel zuständig, weshalb auf die Klagen einzutreten und diese damit zu behandeln sind.

1.5. Die Frage nach dem auf die Arbeitsverhältnisse zwischen den Parteien anwendbaren Recht ist nach den Kollisionsregeln des am Gerichtsstand gültigen internationalen Privatrechts zu beantworten. Hier gilt das am Gerichtsstand in Basel gültige schweizerische IPRG, dem aber allfällige völkerrechtliche Verträge, die die Schweiz abgeschlossen hat, vorgehen (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Vorliegend stehen Arbeitsverhältnisse auf dem Gebiet des Flughafens Basel-Mulhouse zur Diskussion, der auf französischem Staatsgebiet liegt. Der Französisch-schweizerische Staatsvertrag über den Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mülhausen in Blotzheim vom 4. Juli 1949 (SR 0.748.131.934.92 bzw. SG BS 956.200) regelt in Art. 6 die Frage des anwendbaren Rechts: „Für das ganze Gebiet des Flughafens gilt französisches Gesetzes- und Verordnungsrecht, soweit nicht durch diesen Staatsvertrag und seine Anhänge ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen ist.“ Der Staatsvertrag sieht nur wenige ausdrückliche Vorbehalte vor. Diese haben hauptsächlich zum Zweck, den schweizerischen Flugverkehr sowie das Zollrecht zu regeln, beziehen sich jedoch nicht auf Arbeitsverhältnisse. Der Verweis auf das französische Recht ist damit grundsätzlich umfassend und schliesst insbesondere sowohl das Verwaltungsrecht als auch das Privatrecht ein. Demzufolge ist aus der Sicht des Staatsvertrages in erster Linie auf die arbeitsrechtlichen Verhältnisse zwischen den Unternehmungen des Flughafengebiets und deren Personal französisches Recht anzuwenden. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Staatsvertrag mit dem anwendbaren Recht lediglich das materielle französische Recht meint (sog. Sachnormverweisung) oder ob er auch die Kollisionsregeln nach französischem IPR anspricht (sog. Gesamtverweisung). Dies ist die Frage danach, ob der Staatsvertrag eine Rückverweisung (sog. Renvoi) französischer Kollisionsregeln auf schweizerisches Recht zulassen würde. Es wird davon ausgegangen, dass mit internationalen Übereinkommen vereinheitlichte Kollisionsregeln regelmässig

als Sachnormverweisungen zu verstehen sind (Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Auflage 2000, S. 156 N. 335; Peter A. Reichert, Der Renvoi im schweizerischen IPR, 1996, S. 183; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 2. Auflage 1994, S. 155 f.). Insbesondere ältere Staatsverträge enthalten jedoch vereinzelt anderslautende bzw. als Gesamtverweisungen zu interpretierende Klauseln (Kropholler, a.a.O.) Für eine Gesamtverweisung in Art. 6 des Staatsvertrages spricht, dass die vertragsschliessenden Parteien mit Rücksicht auf den binationalen Status des Flughafens kaum zwingend französisches Privatrecht zur Anwendung bringen wollten und wollen. Insbesondere gibt es auf dem Flughafen je einen schweizerischen und einen französischen Sektor. Diese Zweiteilung deutet darauf hin, dass in den beiden Sektoren unterschiedliche Vorschriften gelten sollen. So sieht Art. 14bis des Anhangs II zum Staatsvertrag bezüglich der im schweizerischen Sektor beschäftigten Arbeitskräfte vor, dass die beiden Regierungen gemeinsam die Bedingungen festlegen können, unter denen gewisse Abweichungen von den französischen Rechtsvorschriften über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Ausländer sowie über die soziale Sicherheit erfolgen können. Eine reine Sachnormverweisung des Flughafenvertrages auf französisches Recht könnte zudem zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, etwa wenn auf einen Arbeitsvertrag zwischen Vertragsparteien, beide mit Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz, über Arbeit am Flughafen zwingend französisches Sachrecht anzuwenden wäre.

1.6. Mit der Bejahung einer Gesamtverweisung kommt bei der Anwendung französischer Kollisionsregeln das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (zum Wortlaut des Übereinkommens: Paolo Michele Patocchi/Eliott Geisinger, Internationales Privatrecht, 2000, S. 1374 ff.), kurz Römer-Übereinkommen (RömÜ), zur Anwendung. Das RömÜ hat universellen Charakter, indem das von ihm als anwendbar bezeichnete Recht auch dann anzuwenden ist, wenn es das Recht eines Nichtvertragsstaates, beispielsweise die Schweiz, ist (Art. 2 RömÜ). Daraus ergibt sich für die Vertragsparteien die Möglichkeit, nicht nur das Recht eines Staates, der am RömÜ beteiligt ist, sondern auch das Recht eines Drittstaates, beispielsweise der Schweiz, zu wählen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 RömÜ ist das Übereinkommen anwendbar auf „vertragliche Schuldverhältnisse bei Sachverhalten, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist“. Art. 1 Abs. 2 RömÜ zählt sodann die Gebiete auf, die aus seinem Anwendungsbereich fallen. Es handelt sich um Bereiche ohne vermögensrechtlichen Charakter oder die durch eine andere Konvention geregelt werden oder für die nur schwer die Grundsätze der freien Rechtswahl angewendet werden können. All dies trifft nicht auf Arbeitsverhältnisse zu.

1.7. Art. 3 RömÜ bestimmt ferner in einer allgemeinen Vorschrift, dass die Parteien für den ganzen oder nur für einen Teil ihres Vertrages das anzuwendende Recht frei wählen können. Die Rechtswahl wird aber auch noch speziell für den Einzelarbeitsvertrag in Art. 6 Abs. 1 RömÜ geregelt: „Ungeachtet des Artikels 3 darf in Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Absatz 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre.“ Bei diesen zwingenden Bestimmungen handelt es sich nicht nur um Bestimmungen des eigentlichen Arbeitsvertrages, sondern auch um solche hinsichtlich der Arbeitshygiene und der Arbeitssicherheit sowie der kollektiven Arbeitsverträge, sofern diese durch das ohne Rechtswahl anwendbare Recht als obligatorisch erklärt werden (Richard Plender, *The European Contract Convention, The Rome Convention on the Choice of Law of Contracts*, 1991, S. 141 N. 8.14). Art. 6 Abs. 2 RömÜ bestimmt das bei fehlender Rechtswahl durch die Parteien auf deren Arbeitsverhältnis anwendbare Recht: „a) das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist oder b) das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, sofern dieser seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, es sei denn, dass sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.“

1.8. Die Kläger hatten in den Verträgen mit der X. AG schweizerisches Recht für anwendbar erklärt. Diese Rechtswahl in den Arbeitsverträgen gilt auf Grund der Betriebsübernahme auch im Verhältnis zur Y. AG, was von allen Parteien anerkannt ist. Sie ist nach Art. 3 und 6 Abs. 1 RömÜ und unter Vorbehalt des nach Art. 6 Abs. 1 RömÜ zwingenden französischen Rechts rechtsgültig. Denn ohne die getroffene Rechtswahl käme nicht schweizerisches, sondern französisches Recht zur Anwendung. Engere Verbindungen des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses zur Schweiz als zu Frankreich wären dann vorhanden, wenn ein schweizerischer Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz von einem Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz auf dem Flughafen beschäftigt würde und wenn das französische Recht den Vertragsparteien völlig unvertraut wäre (vgl. BJM 2001 S. 92 ff.). Der Vorbehalt zwingenden Rechts gilt abgesehen von Art. 6 Abs. 1 RömÜ aufgrund der lois d'application immédiate, wie sie von den Klägern bezüglich französischer zwingender Vorschriften geltend gemacht wird (Art. 7 RömÜ; vgl. für das schweizerische Recht Art. 18 IPRG). Immerhin ist jedoch zu bemerken, dass es unzulässig ist, wenn die Kläger sowohl französische als auch schweizerische öffentlichrechtliche Vorschriften zur Anwendung bringen wollen, und zudem je nachdem, welche ihnen jeweils

günstiger erscheinen. Die Frage der Verletzung französischer öffentlichrechtlicher Vorschriften wird von den Klägern im Zusammenhang mit der Frage der Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Änderungskündigungen vorgebracht. Darauf ist nachfolgend kurz einzugehen.

1.9. Änderungskündigungen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann missbräuchlich, wenn sie auf eine Verschlechterung der vertraglichen Stellung der Gegenpartei abzielen, die für diese unbillig ist, und sofern es für die Änderung der Arbeitsverhältnisse weder betriebliche noch marktbedingte Gründe gibt (BGE 123/1997 III 250 f.). Es kann sich dabei die Frage stellen, ob darunter auch Ansprüche aus zwingenden Vorschriften fallen können. Bekanntlich können solche Vorschriften – sei es aus Gesetz, sei es aus einem GAV – nicht durch widersprechende Abreden unter den Parteien auf die Seite gestossen werden können. Das gilt bei absolut zwingenden Vorschriften sowohl für die Arbeitgeberin als auch für die Arbeitnehmer (vgl. Art. 361 OR). Relativ zwingende Vorschriften hingegen lassen immerhin vertragliche Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer zu (vgl. Art. 362 OR). Letzteres deckt sich mit dem im Wirkungsfeld eines GAV gültigen Günstigkeitsprinzips. Danach darf zum Vorteil der Angestellten von den zwingenden normativen GAV- Bestimmungen abgewichen werden (vgl. Art. 357 Abs. 2 OR). Es darf angenommen werden, dass vergleichbare Regeln auch im französischem Recht bestehen. Selbst wenn die Kläger ihre Zustimmung zu einem Arbeitsvertrag gegeben hätten, der französische zwingende Arbeitsnormen verletzen würde, so könnten sie demzufolge unbesehen ihrer Zustimmung diese Verletzung jederzeit geltend machen. Es kann daher argumentiert werden, dass sich die Arbeitnehmer in solchen Fällen durch Annahme einer Vertragsofferte nicht wirklich auf eine Verschlechterung des Arbeitsvertrages einlassen (vgl. Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 64 Ziff. 5.4).

1.10. Andererseits fragt sich, ob die entscheidende Verschlechterung nicht vielmehr darin zu sehen wäre, dass die Angestellten unter einem solchen Vertrag mit Sicherheit um ihre Rechte kämpfen müssten, was ihnen nicht zuzumuten wäre. Dabei dürfte eine Rolle spielen, in welchem Ausmass der offerierte Vertrag von zwingenden Vorschriften und zum Nachteil der Arbeitnehmer abweichen würde. Allerdings kann darin, dass ein Vertrag gewisse Rechte der Arbeitnehmer nicht mehr ausdrücklich regelt, noch kein Widerspruch zu zwingenden Vorschriften erblickt werden. Vielmehr muss aus dem Vertrag hervorgehen, dass sich die Arbeitgeberin über solche Bestimmungen hinwegsetzen möchte. Vorliegend sehen die Arbeitsverträge, die die Beklagte den Klägern offeriert hat, keine ausdrücklichen Abweichungen von öffentlichrechtlichen Vorschriften vor. Zudem machen die Kläger geltend, dass die Y. AG bereits unmittelbar nach der Betriebsübernahme und damit noch vor dem Angebot zu einer Vertragsänderung

die betreffenden öffentlichrechtlichen Vorschriften verletzt habe. Diese Verletzung wäre damit nicht Folge der Vertragsänderung, sondern des Verhaltens der Beklagten im Rahmen der Arbeitsverhältnisse als solchem. Unter diesen Umständen hat die Frage, welches öffentliche Recht, schweizerisches oder französisches, zur Anwendung gelangt, vorliegend eigentlich keine entscheidende Bedeutung.

2.1. Strittig unter den Parteien ist, wann die Y. AG die Arbeitsverhältnisse gekündigt hat. Ausgangspunkt ist das Schreiben der Beklagten vom 26. Oktober 2003. Es ist überschrieben mit « préavis de modification par la maison Y. SA ». Es wird darin zunächst auf eine Offerte zu einem Vertrag mit Beginn ab 1. Januar 2004 Bezug genommen. Damit dieser Vertrag gültig sei, wird der Empfänger des Schreibens gebeten, ein Exemplar unterzeichnet bis spätestens am 7. Dezember 2003 der Beklagten zurückzusenden. Danach kommt die Y. AG darauf zu sprechen, was passieren werde, wenn dies nicht geschehen sollte. Die entscheidende Passage heisst wie folgt: "Dans le cas où vous n'accepteriez pas notre offre dans le délai mentionné ci-dessus, nous allons résilier votre contrat de travail avec l'entreprise Y. SA en observant le délai de préavis de deux mois, au 31 décembre 2003. [...]"

2.2. Aus dem zitierten Satz des Schreibens vom 26. Oktober 2003 ergibt sich damit, dass die Beklagte für den Fall, dass die Kläger ihre Vertragsofferte in der Zeit bis zum 7. Dezember nicht akzeptieren sollten, den Vertrag unter Einhaltung einer 2-monatigen Kündigungsfrist auf den 31. Dezember 2003 kündigen werde. Es ergibt sich daraus, dass die Y. AG mit "nous allons résilier" das Futurum verwendet und damit eine Kündigung im Zeitpunkt des Schreibens vom 26. Oktober 2003 noch nicht ausspricht. Hinzu kommt, dass sie die zukünftige Kündigung von der Bedingung abhängig macht, dass die Kläger die Vertragsofferte nicht bis zum 7. Dezember akzeptieren sollten. Andererseits nennt die Beklagte im gleichen Satz eine Kündigungsfrist von 2 Monaten, die am Kündigungstermin vom 31. Dezember 2003 enden solle, falls die Kündigung ausgesprochen werde. Dies ist ein offensichtlicher Widerspruch und es stellt sich die Frage, wie die Kläger diesen Satz verstehen durften und mussten.

2.3. Es wird in diesem Zusammenhang von der Y. AG geltend gemacht, die Kläger hätten aufgrund von vorgängig durchgeführten Personalinformationen sowie durch die Gespräche zwischen der Beklagten und Herrn J. von Gewerkschaftsseite, der zur Wahrung ihrer Interessen eingesetzt war, von den Kündigungen auf den 31. Dezember gewusst. Die Y. AG beruft sich dabei auf ein E-Mail, das sie Herrn J. am 25. Oktober 2003 zugesandt habe und woraus sich ergibt, dass die Beklagte die Kündigungen aushändigen würde. Die Kläger wenden hiegegen ein, dass Herr J. dieses E-Mail nicht erhalten habe und dass

dieser im damaligen Zeitpunkt von den Klägern gar nicht mehr mandatiert gewesen sei.

Auszugehen ist davon, dass für die Frage, ob ein Schreiben als Kündigung seitens einer Vertragspartei verstanden werden darf und muss, es nicht nur auf den Wortlaut dieses Schreibens ankommt, sondern dass dazu sämtliche weiteren Umstände, insbesondere Verlautbarungen und Verhandlungen unter den Parteien, heranzuziehen sind. Sollte der Inhalt eines Schreibens dennoch unklar bleiben, so hat nach der Unklarheitsregel die Verfasserin des betreffenden Schreibens den unklaren Inhalt des Schreibens sich entgegenhalten zu lassen (BK-Rehbinder, 1992, Art. 335 OR N. 6, S. 53; Geiser, S. 67 Ziff. 5.6). Vorliegend kann offen bleiben, ob Herr J. das betreffende E-Mail erhalten und ob er damals die Kläger noch gültig vertreten hatte. Es ergibt sich aus dem fraglichen E-Mail nicht klar, in welcher Art die Y. AG Kündigungen auszusprechen beabsichtigte. Offensichtlich haben die Parteien noch kurz vor dem Schreiben vom 26. Oktober 2003 miteinander verhandelt und dieses Schreiben war das Resultat davon, dass sie sich dabei nicht einigen konnten.

Im Zusammenhang mit Änderungskündigungen werden eigentliche von uneigentlichen Kündigungen unterschieden. Eine eigentliche Änderungskündigung liegt vor, wenn der Änderungswunsch mit der Kündigung aufs engste verknüpft wird. Die uneigentliche Änderungskündigung erfolgt, nachdem die Gegenpartei die Änderungsangebote nicht annimmt (Geiser, S. 61 Ziff. 2.2. ff.). Bei den eigentlichen Änderungskündigungen wird eine weitere Unterscheidung in unbedingte und bedingte Kündigungen vorgenommen. Eine bedingte Kündigung ist dadurch gekennzeichnet, dass deren Wirkung vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht wird. Dabei ist weiter zu unterscheiden, ob es sich um eine resolutiv bedingte oder um eine suspensiv bedingte Kündigung handelt. Geht eine Kündigung dahin, dass sie dahinfällt, falls ein Änderungsvertrag zustande kommt, ist die Folge die gleiche wie bei einer unbedingten eigentlichen Änderungskündigung. Handelte es sich demgegenüber um eine Suspensivbedingung, beginnt die Kündigungsfrist erst dann zu laufen, wenn feststeht, dass kein Änderungsvertrag zustande gekommen ist. Hier beginnt die Kündigungsfrist so lange nicht zu laufen, wie eine Annahme der Änderungsangebote noch möglich ist (Geiser S. 61, 63 f., 68).

2.4. Vorliegend handelt es sich eindeutig um eine Suspensivbedingung und nicht um eine Resolutivbedingung. Davon zeugt, dass die Y. AG die Bedingung negativ umschrieben hat. Hinzu kommt, dass die Beklagte, wie erwähnt, das Futurum für die Frage der Kündigung verwendet und damit diese für die Zukunft in Aussicht gestellt hat. Beides erlaubt den Schluss, dass die Kündigungsfrist erst mit von den Klägern unbenützten Ablauf der Frist bis 7. Dezember 2003 zu laufen beginnen sollte. Zudem hat die Y. AG am 18. Dezember 2003 den Klägern

mitgeteilt, dass sie ihren Betrieb per 31. Januar 2004 verlassen würden. Darin kann die von der Y. AG in Aussicht gestellte Kündigung erblickt werden, mit der sie die Arbeitsverhältnisse jedoch erst auf Ende Februar beenden konnte. Unter diesen Umständen kann es letztlich keine Rolle spielen, ob es sich vorwiegend um eine eigentliche oder aber um eine uneigentliche Änderungskündigung, wie sie die Kläger beurteilen, handelt. Die Kündigungsfrist begann erst im Dezember zu laufen, nach der vorliegenden Interpretation mit dem unbenützten Ablauf der bis 7. Dezember 2003 durch die Beklagte gesetzten Annahmefrist. Damit endete die Kündigungsfrist unter Einhaltung einer 2-monatigen Dauer so oder anders Ende Februar 2004.

3. Die Kläger, die von der Y. AG nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Umfang eingesetzt wurden, haben demnach Anspruch auf den Lohn unter den bisherigen Vertragsbedingungen und unter Beizug der durchschnittlichen Arbeitsstunden in früheren Monaten, die mit dem vorliegenden Monaten von November 2003 bis und mit Februar 2004 verglichen werden können. Diese Lohnbetreffnisse sind für jeden einzelnen Angestellten aufgrund der besonderen individuellen Verhältnisse auszurechnen. Dabei wird in einem ersten Schritt aufgrund der Lohnunterlagen jeder Klagpartei einzeln ermittelt, ob bezüglich der Monate, für die Lohn verlangt wird, auf Durchschnittswerte der letzten 12 Monate oder auf die entsprechenden Monate früherer Jahre abzustellen ist. Dort, wo sich aufgrund der Beschäftigungskurve betreffend der jeweiligen Klagpartei feststellen lässt, dass diese in den betreffenden Monaten jeweils deutlich mehr oder aber deutlich weniger gearbeitet hat als in den übrigen Monaten unter dem Jahr, sind deren Arbeitsstunden anhand dieser Referenzmonate und aufgrund der Beschäftigungstendenz im laufenden Jahr zu bestimmen. In einem zweiten Schritt sind für jene Monate, in denen die jeweilige Klagpartei noch gearbeitet hat, die ihr bereits bezahlten Stunden festzustellen und vom Anspruch in Abzug zu bringen.

4.1. Die Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung mit Bezug auf die Vertragsofferte hängt wie bereits erwähnt von drei Punkten ab: erstens Verschlechterung für die Gegenpartei, zweitens unbillige Verschlechterung sowie drittens keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe für die Änderung des Arbeitsvertrages.

4.2. Vorliegend ergibt sich aus den Verträgen der Kläger mit der X. AG, dass sie damals Fr. 17.50 inkl. Ferien und Feiertagen verdienten und nach Ziff. 5.1.1 des Gesamtarbeitsvertrages Anspruch auf eine Jahreszulage in Höhe eines Zwölftels des Jahressalärs hatten. Hinzu kamen diverse, differenzierte Zuschläge insbesondere für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit. Nach dem neuen von der Y. AG den Klägern vorgeschlagenen Arbeitsvertrag sollten diese Fr. 16.05 zuzüglich Ferien von Fr. 1.95, insgesamt Fr. 18.--, zuzüglich 10% Zuschlag für

Nacht- und Sonntagsarbeit verdienen. Hinsichtlich der Arbeitszeit war im Arbeitsvertrag, den die Kläger mit der X. AG abgeschlossen hatten, vermerkt, dass diese sich nach dem Dienstplan richte und dass die wöchentliche Arbeitszeit höchstens 20 Stunden betrage. In der Vertragsofferte der Y. AG wird festgehalten, dass die wöchentliche Arbeitszeit unregelmässig sei und dass die Arbeitszeiten im Arbeitsplan individuell festgelegt würden. In diesem Fall ist kein Maximum der Arbeitszeit genannt.

4.3. Die Vertragsofferte brachte damit gegenüber dem bisherigen Arbeitsvertrag hinsichtlich des Lohnes und der Zulagen gewisse Verschlechterungen mit sich. Es ist anerkannt, dass bei einer Verschlechterung im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung verlangt wird, dass es sich dabei um eine nicht geringfügige Verschlechterung handelt (vgl. Geiser, S. 64, Ziff. 3.13, der diese Frage unter dem Titel der Unbilligkeit behandelt). Vorliegend geht es um eine Abweichung hinsichtlich des Grundlohnes von 5%, was eine geringfügige Abweichung vom bisherigen Arbeitsvertrag darstellt. Weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung sind Merkmale genannt, welche eine geringfügige Verschlechterung kennzeichnen. Die Frage der Geringfügigkeit einer Verschlechterung steht in wechselseitigem Verhältnis zu den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe für eine derartige Verschlechterung. Je geringer eine Änderung ausfällt, desto geringere Anforderungen sind an die betrieblichen oder marktbedingten Gründe zu stellen, die sie rechtfertigen sollten.

4.4. Was den GAV, der unter der X. AG gegolten hatte, angeht, so ist dieser von der Änderungskündigung bezüglich der Einzelarbeitsverträge nicht betroffen. Der GAV kann nur von den vertragsschliessenden Parteien, das heisst vorliegend X. AG einerseits und der Gewerkschaft Z. andererseits mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt werden (GAV Ziff. 13.1.). Sofern und solange er nicht gekündigt wurde, galt er aufgrund von Art. 333 Abs. 2 OR während eines Jahres seit der Betriebsübernahme im September 2003 weiter.

4.5. Bei der Frage der Unbilligkeit einer Verschlechterung ist auf die individuellen Verhältnisse des betreffenden Arbeitnehmers, hier der einzelnen Kläger, abzustellen (vgl. Meier-Hayoz, Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage 1979, S. 74: „[...] Billigkeit ist die dem Einzelfall möglichst angemessene Entscheidung; sie berücksichtigt alle erheblichen Umstände des Falles; sie hat die individuell-konkrete Interessenlage zum Gegenstand [...].“ Diesbezüglich fehlen Angaben der Kläger, inwiefern sie durch diese Vertragsofferte individuell betroffen worden wären. Hinsichtlich der Frage nach betrieblichen oder marktbedingten Gründe ist allgemein bekannt, dass unter den Fluggesellschaften, den Flughäfen sowie unter den Zulieferbetrieben seit Jahren ein ruinöser Preiskampf im Gange ist. Bezeichnend ist auch, dass die X. AG das der Beklagten übertragene Reinigungsgeschäft nicht mehr weiterführen

wollte, wofür wohl zumindest auch finanzielle Gründe eine Rolle gespielt haben dürften. Bekannt ist zudem, dass die französischen Firmen auf dem Flughafen Basel-Mulhouse ihren Angestellten tiefere Löhne bezahlen als die schweizerischen. Das mag auch mit den wohl tieferen Lebenshaltungskosten in Frankreich zusammenhängen. Vorliegend sind die Kläger selber auch in Frankreich ansässig. Unter diesen Umständen ist vom Vorliegen marktbedingter Gründe hinsichtlich der Anpassung der Gehälter der Kläger auszugehen.

4.6. Betriebliche Gründe sind darin zu sehen, dass die Y. AG, wie sie sich rechtfertigt, die Löhne der übernommenen Mitarbeitern an jene tieferen Löhne ihrer bisherigen Mitarbeiter aus Gründen der Gleichbehandlung anpassen musste. Theoretisch hätte hier zwar auch die Möglichkeit bestanden, die Gehälter der bisherigen Mitarbeitern auf das Niveau der übernommenen Angestellten anzuheben. Es sind aber die erwähnten marktbedingten Gründe, die hier die Richtung der Anpassung vorgegeben haben. Die Missbräuchlichkeit kann deshalb nicht damit begründet werden, dass die Kläger eine ungerechtfertigte Verschlechterung ihrer Verhältnisse aufgrund der Vertragsofferte hätten hinnehmen müssen.

4.7. Was die von den Klägern hinsichtlich der Verletzung französischer öffentlichrechtlicher Arbeitsvorschriften vorgebrachte Verschlechterung ihrer Arbeitsverhältnisse angeht, ist zu sagen, dass die Y. AG auch nach Aussagen der Kläger die Arbeitsverhältnisse in der Weise bereits unmittelbar nach der Betriebsübernahme geführt hat. Es ist bereits ausgeführt worden, dass Arbeitnehmer die Verschlechterung von öffentlichrechtlichen Vorschriften unbesehen davon, ob sie sich darauf in einem Arbeitsvertrag eingelassen haben oder nicht, geltend machen können, weil die Verletzung zwingender Vorschriften jederzeit vorgebracht werden kann und von Amtes wegen zu beachten ist. Entgegenstehende vertragliche Abreden sind nichtig. Sofern die Verschlechterungen für die Arbeitnehmer darin zu sehen wären, dass es ihnen nicht zuzumuten wäre, der Arbeitgeberin gegenüber die sich jeweils aus zwingenden Vorschriften ergebenden Ansprüche gerichtlich einzufordern, so käme es auf das Ausmass der Verletzung zwingender Vorschriften an. Die von den Klägern aufgezählten Verschlechterungen stehen zudem offensichtlich nicht in einem Zusammenhang mit der Vertragsofferte, weil diese solche ausdrücklich gar nicht enthält, sondern die Verschlechterungen von der Beklagten bereits nach erfolgter Betriebsübernahme vorgenommen worden sein sollen. Die von den Klägern beanstandeten Verschlechterungen sind damit keine Vorwirkungen des neuen Vertrages. Anderenfalls könnte argumentiert werden, dass die Y. AG die Verschlechterungen, die der offerierte Vertrag enthalten habe, faktisch sofort umgesetzt und die Kläger dadurch unter Druck gesetzt habe.

4.8. Hinsichtlich der Verschlechterungen mit Bezug auf schweizerisches Recht sind die Vorbringen der Kläger mit „Unzumutbaren Arbeitsbedingungen“ überschrieben. Es wird dabei weder angegeben noch daraus klar, welche zwingenden gesetzlichen Normen verletzt sein könnten.

(GSGE vom 9.9.2044 in Sachen S. und Kons. gegen Y. AG; GS 2004/59 ff.)

2.11.10. Entschädigung (Art. 336a OR): Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)

2.11.11. Nachweis der Missbräuchlichkeit. (siehe unter Ziffer 2.11.4.2., S. 53)

2.12. Kündigung zur Unzeit (Art. 336c ff. OR)

2.12.1. Art. 336c OR. Der zeitliche Kündigungsschutz gilt auch während einer Freistellung von der Arbeit. Ebenso hat der freigestellte Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und nachzuweisen. Die Anzeige und der Nachweis der Krankheit durch den Arbeitnehmer erlaubt der Arbeitgeberin festzustellen, wie lange sich die Kündigungsfrist dadurch verlängert sowie ob und wie lange sie zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Zudem darf der Arbeitnehmer durch eine zu späte Mitteilung der Krankheit eine allfällige Überprüfung durch einen Vertrauensarzt nicht vereiteln. Der Beweiswert eines Arztzeugnisses hängt unter anderem davon ab, ob der Arzt den Arbeitnehmer untersucht und sich dadurch ein eigenes Bild von der Krankheit und der damit verbundenen Arbeitsunfähigkeit gemacht hat. Anderenfalls wird dem Zeugnis der Beweiswert abgesprochen.

L. war seit dem 15. Oktober 2001 bei der V. AG als Buchhalter angestellt. Der Arbeitsvertrag sah vor, dass ergänzend der „GAV für die kaufmännischen Angestellten in Basel“ zur Anwendung gelangte. Am 23. Dezember 2002 kündigte die V. AG das Arbeitsverhältnis per 31. März 2003 und stellte L. per sofort von der Arbeit frei. Am 7. März 2003 suchte L. Dr. N., den Praxiskollegen seines Hausarztes, auf, der ihm für die Zeit vom 3. bis 9. März 2003 eine 100%

Arbeitsunfähigkeit bescheinigte. In der Folge verlangte L. mit Klage vom 21. Juli 2003 die Verurteilung der V. AG zur Bezahlung des Aprillohnes. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage mit Urteil vom 28. August 2003 vollumfänglich abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf die Arbeitgeberin nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist und zwar im zweiten Dienstjahr während 90 Tagen. Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Sperrfrist ausgesprochen worden, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit, längstens nach Ablauf der Sperrfrist, fortgesetzt (Abs. 2). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (Abs. 3). Der Schutz von Art. 336c OR gilt auch während einer Freistellung von der Arbeit (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2000, S. 53 f.). Der Arbeitnehmer, der sich auf die Verlängerung der Kündigungsfrist beruft, hat dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und nachzuweisen (Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 172 ff., 244). Die Anzeige und der Nachweis der Krankheit durch den Arbeitnehmer erlaubt der Arbeitgeberin festzustellen, wie lange sich die Kündigungsfrist dadurch verlängert (JAR 1990 S. 247) sowie ob und wie lange sie zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist (Blesi S. 140). Zudem hat die Arbeitgeberin Anspruch auf Beizug eines Vertrauensarztes, sofern der Arbeitnehmer sich dazu verpflichtet hat oder objektive Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bzw. am Arzteugnis bestehen (Christoph Schönenberger, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, 2001, S. 158 ff.). Gewöhnlich erfüllt der Arbeitnehmer seine Nachweispflicht mit einem Arzteugnis. Der Beweiswert des Arzteugnisses hängt unter anderem davon ab, ob der Arzt den Arbeitnehmer untersucht und sich dadurch ein eigenes Bild von der Krankheit und der damit verbundenen Arbeitsunfähigkeit gemacht hat (vgl. Schönenberger S. 115 f.). Daneben kann der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit auch durch andere geeignete Beweismittel erbracht werden (Zinsli S. 174 f.).

Zusammen mit dem Arbeitsvertrag hat L. am 1. Arbeitstag ein Merkblatt zu seinen Pflichten im Krankheitsfall erhalten. Danach sind Krankheiten am 1. Tag der V. AG zu melden und ist ihr nach drei Tagen ein Arzteugnis vorzulegen. Dieses Merkblatt war als Inhalt des Arbeitsvertrages zu betrachten. Zudem hat nach Art. 43 Ziff. 2 des anwendbaren „GAV für den Dienstleistungsbereich in der Region Basel, insbesondere für kaufmännische Angestellte“ die Arbeitgeberin bei Krankheit das Recht, ein Arzteugnis zu verlangen. Ausserdem kann sie auf ihre Kosten die Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch einen von ihr bezeichneten Vertrauensarzt geltend machen. Da weder das Merkblatt für den

Krankheitsfall noch Art. 43 Ziff. GAV eine Einschränkung enthalten, sind sie auch auf die Zeit einer Freistellung des Arbeitnehmers anwendbar. Es ergibt sich daraus, dass L. zu sofortigen Anzeige seiner Krankheit der Arbeitgeberin verpflichtet war, wie wenn er nicht freigestellt gewesen wäre. Er hätte daher die Krankheit bereits am Montag, dem 3. März 2003, und nicht erst am Freitag, dem 7. März 2003, der V. AG mitteilen müssen. Auf Erkundigung des Gerichts hat Dr. N. am 18. August 2003 erklärt, dass L. ihn am Freitag, dem 7. März 2003, aufgesucht habe. Damals sei es L. gesundheitlich bereits besser gegangen, weshalb er sich für die Diagnose allein auf dessen Schilderungen abgestützt habe. Es hätten keine objektiven Befunde mehr erhoben werden können, so dass er auch keine Behandlung mehr angeordnet und den Patienten auf den nächsten Arbeitstag, Montag, den 10. März 2003, wieder für arbeitsfähig geschrieben habe. Unter diesen Umständen wurde dem Arztzeugnis der Beweiswert abgesprochen. Auch hatte die V. AG keine Möglichkeit mehr, die Krankheitsangaben ihres Angestellten zu überprüfen. Ferner hat sich L. zum Nachweis der Krankheit auf die mit ihm befreundete B. berufen, die ihn am 5. und 6. März 2003 gepflegt und dabei 39° C Fieber festgestellt habe, was diese in der Hauptverhandlung vor Gericht als Auskunftsperson tatsächlich bestätigt hat. Allerdings wurden die Aussagen der Auskunftsperson nicht als hinreichend zum Nachweis angesehen, um so mehr, als diese auf das Gericht keinen glaubwürdigen Eindruck hinterliess. In grundsätzlicher Hinsicht wurden die Aussagen der Auskunftsperson als nicht zum Nachweis ausreichend angesehen, weil es L. möglich und zumutbar gewesen wäre, bereits am Montag einen Arzt aufzusuchen. Es konnte ihn nicht entlasten, dass sein Hausarzt in den Ferien und er an dessen Praxiskollegen verwiesen wurde. Er hätte sich stattdessen ins Spital begeben können und müssen.

(GSGE vom 28.8.2003 in Sachen L. gegen I. AG, GS 2003/273)

2.12.2. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Bei einer Arbeitsunfähigkeit am Übergang von einem Dienstjahr, in dem eine kürzere Sperrfrist gilt, zu einem Dienstjahr, das eine längere Sperrfrist kennt, kommt dann die längere Sperrfrist zur Anwendung, wenn die nach Abs. 1 und nicht die nach Abs. 3 verlängerte Kündigungsfrist im neuen Dienstjahr andauert und der Arbeitnehmer in dieser Zeit noch oder erneut aus dem gleichen Grund ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist.

Z. trat am 1. Februar 1999 als Jurist in die Rechtsabteilung der L. AG ein. Mit Anstellungsvertrag vom 10. September 2002 übernahm Z. ab 1. September 2002 die Funktion als „Manager Leadership Development“ im Bereich Human-Resource. Der Arbeitsvertrag sah eine Kündigungsfrist von drei Monaten auf das

Ende eines Monats vor. Am 30. Juni 2003 kündigte die L. AG das Arbeitsverhältnis auf den 30. November 2003 und stellte ihn mit sofortiger Wirkung von der Arbeit frei. Z. erlitt am 13. September 2003 durch einen Unfall einen Kreuzbandriss am Knie und war in der Folge arbeitsunfähig. Mit Klage vom 30. Juni 2004 verlangte Z. die Verurteilung der L. AG unter anderem zur Zahlung der Löhne für April und Mai 2004 zuzüglich des anteiligen 13. Lohnes für diese Monate. Die L. AG hatte Z. die Auszahlung dieser Löhne mit der Begründung verweigert, dass sich die Kündigungsfrist nur bis Ende März 2004 verlängert habe. Nach Ansicht von Z. hingegen lief die Kündigungsfrist erst Ende Mai 2004 aus. Die L. AG stellte sich für ihre Ansicht auf den Standpunkt, dass die anwendbare Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 90 Tage betrage. Zudem bezweifelte sie die Arbeitsunfähigkeit von Z. mit Rücksicht auf seine bisherige Tätigkeit. Auf amtliche Erkundigung des Gerichts bei Dr. W., leitender Arzt des Bruderholzspitals, wo Z. operiert wurde, bescheinigte dieser, dass eine Wiederaufnahme der Tätigkeit durch Z. erst Ende März 2004 zumutbar geworden sei. Mit Urteil vom 16. September 2004 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die L. AG zur Zahlung der Löhne für April und Mai 2004 zuzüglich des anteiligen 13. Lohnes von insgesamt CHF 17'339.20 netto, wobei es Folgendes ausgeführt hat:

„[...] 2. Der Kläger befand sich zum Zeitpunkt des Unfalles am 13. September 2003 im 5. Anstellungsjahr, das am 31. Januar 2004 zu Ende ging. Demzufolge begann am 1. Februar 2004 das 6. Dienstjahr. Unter den Parteien strittig ist, welche Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b des Obligationenrechts zur Anwendung gelangt. Diese Vorschrift sieht vor, dass nach Ablauf der Probezeit der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im 1. Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem 2. bis und mit 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, die während einer dieser Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig. Ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach der Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR).

3. Obwohl an einer 100% Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit Blick auf seine Arbeitstätigkeit gewisse Zweifel bestehen, die von Dr. W. in seiner Antwort nicht völlig ausgeräumt werden konnten, ist jedenfalls als erwiesen anzunehmen, dass der Kläger bis am 28. März 2004 wenigstens eine Restarbeitsunfähigkeit in geringem Mass aufgewiesen hat. Art. 336c OR lässt die Sperrfristen auch bei bloss teilweiser Arbeitsunfähigkeit eintreten, ohne einen Mindestgrad hierfür zu verlangen. Deshalb kann die Frage, in welchem Umfang der Kläger aufgrund seiner Verletzung nicht hätte arbeiten können, offengelassen werden. Zudem

brauchte der Kläger, weil er seit der Kündigung freigestellt war, seine (teilweise) Arbeitskraft auch nach einer durch Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist nicht mehr anzubieten. Es wird davon ausgegangen, dass ein Arbeitgeber, der seinen Angestellten vorbehaltlos für die Zeit der Kündigungsfrist freistellt, damit rechnen muss, dass dieser arbeitsunfähig werden könnte. Nur bei einer während einer Freistellung eingetretenen Schwangerschaft darf der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die lange Dauer der Sperrfrist (ganze Schwangerschaft und 16 Wochen nach Niederkunft), auch wenn er keinen Vorbehalt angebracht hatte, auf seinen Entscheid zurückkommen.

4. In der Rechtslehre und Rechtsprechung wird die Frage, welche Sperrfrist beim Wechsel eines Arbeitsverhältnisses von einem Dienstjahr in ein neues Dienstjahr gilt, für das Art. 336 c Abs. 1 lit. b OR eine längere Sperrfrist vorsieht, unterschiedlich beantwortet:

4.1. Zwei Lehrmeinungen stellen auf das Dienstjahr im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Adressaten ab:

JÖRG MATHIAS **ZINSLI**, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 236: „Gemäss Art. 336c I lit. b OR dauert die Sperrfrist im ersten Dienstjahr 30 Tage, ab dem zweiten Dienstjahr jedoch 90 Tage. Es stellt sich die Frage, wie lange die Sperrfrist nun bei einem Arbeitsverhältnis dauert, welches am 1. August 1991 begann, seitens des Arbeitgebers am 16. Juni 1992 per Ende Juli 1992 gekündigt wird und der Arbeitnehmer am 15. Juli 1992 erkrankt und deshalb arbeitsunfähig wird. In diesem Falle findet m. E. – entgegen einer mehrfach geäusserten Meinung – bloss die dreissigtägige Sperrfrist Anwendung, befand sich doch das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung im ersten Dienstjahr; weiter ist klar beabsichtigt, das Arbeitsverhältnis nicht überjährig werden zu lassen, weshalb nur die für das erste Dienstjahr vorgesehenen Sperrfristen zur Anwendung gelangen dürfen.“

Die gleiche Meinung vertreten **RENÉ KUHN**, **GERHARD L. KOLLER** (Hrsg), Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Stand 1990/2004, Teil 7, Kapitel 2.4.1., S. 16: „Welche Sperrfrist zur Anwendung kommt, ist gleich wie bei den Kündigungsfristen davon abhängig, wann die Kündigung erfolgt und der Gegenpartei zur Kenntnis gelangt ist. Auch wenn die daran anschliessende Kündigungsfrist in die Zeit danach fällt, d.h. z.B. in die Zeit nach der Probezeit bzw. ins zweite Dienstjahr, gilt die Sperrfrist überhaupt nicht oder aber diejenige des ersten Dienstjahres. Vorbehalten bleiben missbräuchliche Kündigungen. Im Gegensatz zu den Sperrfristen kumulieren sich die Ansprüche bei der Lohnfortzahlungspflicht, wenn das Dienstjahr wechselt.“

4.2. ADRIAN **STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 1996, Art. 336c OR, N. 10, S. A595 f. stellt auf das Dienstjahr ab, in dem die Sperrfrist endet: „Die Sperrfrist beginnt mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Zieht sich dieselbe in das 2. Dienstjahr hinüber, so dauert die Kündigungsbeschränkung 90 Tage [...]. Läuft indessen die Sperrfrist noch im ersten Dienstjahr ab, so beträgt sie nur 30 Tage, auch wenn der Kündigungstermin [...] im zweiten Dienstjahr liegt.“

4.3. Die meisten Lehrmeinungen sowie das Zürcher Arbeitsgericht stellen auf die Arbeitsunfähigkeit als entscheidendes Kriterium ab, das im neuen Dienstjahr gegeben sein muss, damit die längere Sperrfrist zur Anwendung gelangt. Im weiteren verlangt ein Teil dieser Meinungen, dass das Kündigungsende (Ziffer 4.3.1.), ein anderer Teil dieser Meinungen hingegen, dass der Kündigungstermin (Ziffer 4.3.2.) in das neue Dienstjahr zu liegen kommt. Ein dritter Teil der Meinungen äussert sich gar nicht zu diesem zweiten Element (Ziffer 4.3.3.). Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese letzten Meinungen zumindest ebenfalls verlangen, dass der Kündigungstermin im neuen Dienstjahr liegt. Zur Unterscheidung zwischen Kündigungsende und Kündigungstermin sei darauf hingewiesen, dass unter ersterem der Ablauf der Kündigungsfrist nach Tagen und unter letzterem die Verlängerung der Kündigungsfrist bis zum anvisierten Endzeitpunkt nach Art. 336c Abs. 3 OR gemeint ist.

4.3.1. ULLIN **STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 336c OR N. 8, S. 362: „Streitig ist, ob die längere Sperrfrist ab 2. bzw. 6. Dienstjahr zur Anwendung kommt, wenn die Kündigung vor Ablauf des 1. bzw. 5. Dienstjahres ausgesprochen wurde, die Kündigungsfrist ordnungsgemäss aber im 2. bzw. 6. Dienstjahr endet. Fällt die effektive Erkrankung ins 2. bzw. 6. Dienstjahr, gilt m. E. die längere Sperrfrist [...].“

MANFRED **REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Auflage 2003, Art. 336c OR, N. 6, S. 1826: „Das massgebende Dienstjahr bestimmt sich nach dem Ende der regulären Kündigungsfrist (nicht des Kündigungstermins), sofern die Verhinderung an der Arbeitsleistung in das nächste Dienstjahr hinüberreicht.“

4.3.2. JÜRIG **BRÜHWILER**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336c OR N. 3, S. 351: „Erstreckt sich eine Erkrankung während der Kündigungsfrist in ein nächstes Dienstjahr hinüber, für das eine verlängerte Sperrfrist gilt (z.B. vom ersten zum zweiten Dienstjahr), so ist die längere Sperrfrist massgebend. Endet die Arbeitsunfähigkeit während des früheren Dienstjahres, gilt die kürzere Sperrfrist, auch wenn der Endtermin im nächsten Dienstjahr liegt [...].“

MANFRED **REHBINDER**, Berner Kommentar, 1992, Art. 336c OR, N. 3, S. 111: „Zieht sich eine Erkrankung während der Kündigungsfrist in ein nächstes Dienstjahr hinüber, für das eine verlängerte Sperrfrist gelten würde (wie beim Übergang vom ersten zum zweiten Dienstjahr), gilt die längere Sperrfrist. Endet die Erkrankung während des früheren Dienstjahres, bleibt es bei der kürzeren Sperrfrist, auch wenn der Auflösungsstermin im nächsten Dienstjahr liegt [...].“

4.3.3. CHRISTIANE **BRUNNER**/JEAN-MICHEL **BÜHLER**/JEAN-BERNARD **WAEBER**, Commentaire du contrat du travail, 2. Auflage 1996, Art. 336c OR, N. 8, S. 216: « Si une incapacité de travail due à la maladie ou à l'accident survient en empiétant sur la première et la deuxième année de service ou sur la cinquième et la sixième année de service, c'est la période de protection prévue dès la deuxième année, respectivement dès la sixième année de service, qui est applicable à l'incapacité de travail en cause.“

Urteil des **ARBEITSGERICHTS ZÜRICH** vom 25. November 1991 (Ziffer 4.4.1.)

THOMAS **GEISER**, Kündigungsschutz bei Krankheit (Ziffer 4.4.2.)

4.4. Zwei weitere Meinungen befassen sich sodann noch mit der zusätzlichen Frage, in welchem Zeitpunkt die längere Sperrfrist beginnt:

4.4.1. Das **Arbeitsgericht Zürich** ist der Ansicht, dass die längere Sperrfrist ausgehend vom Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen anfängt (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. November 1991, in Zürcher Rechtsprechung, ZR, 93/1994, Nr. 55, S. 169, Regesten): „Dauert die Krankheit vom ersten ins zweite Dienstjahr, kommt zwar die längere Sperrfrist zur Anwendung, sie beginnt aber mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen.“

4.4.2. Thomas **Geiser** vertritt hingegen die Meinung, dass die längere Sperrfrist am Anfang des neuen Dienstjahres zu laufen beginnt und dass daran die im zu Ende gegangenen Dienstjahr abgelaufene Sperrfrist anzurechnen ist (THOMAS **GEISER**, Kündigungsschutz bei Krankheit, in Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 555, Rz. 2.19.): „Für die *Dauer* [der Sperrfrist] ist das jeweils entsprechende Dienstjahr massgebend. Zieht sich die Arbeitsunfähigkeit in ein Dienstjahr hinüber, für welches eine längere Sperrfrist vorgesehen ist, gilt diese. Eine Sperrfrist kann somit bereits abgelaufen sein und später neu beginnen.“

- Ist der Arbeitnehmer beispielsweise am 200. Tag des fünften Dienstjahres aufgrund einer Krankheit arbeitsunfähig geworden, so kann der Arbeitgeber nach Ablauf von 90 Tagen, d.h. ab dem 291. Tag bis zum 365. Tag dieses Dienstjahres kündigen. Vom 1. Tag bis zum 90. Tag des sechsten Dienstjahres

besteht sodann wieder der Kündigungsschutz, sofern eine Arbeitsunfähigkeit besteht, und die Kündigung ist erst wieder ab dem 91. Tag des sechsten Dienstjahres zulässig.

- Wurde im vorstehenden Beispiel die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist ausgesprochen, ruht die Kündigungsfrist zwischen dem 200. und dem 290. Tag des fünften Dienstjahrs. Sie läuft dann vom 291. bis zum 365. Tag weiter, um vom 1. Tag des sechsten Dienstjahrs an bis zu dessen 90. Tag wiederum zu ruhen, falls sie noch nicht vorher abgelaufen und der Arbeitnehmer noch immer arbeitsunfähig ist.“

5. Die Parteien vertreten hinsichtlich der strittigen Frage zu Art. 336c OR unterschiedliche Standpunkte:

5.1. Der Kläger schliesst sich der mehrheitlichen Ansicht in der Rechtslehre und des Zürcher Arbeitsgerichts an, wonach es darauf ankommen soll, ob die Arbeitsunfähigkeit im neuen Dienstjahr noch andauert oder nicht. Die Beklagte hingegen, die auf jeden Fall die kürzere und im abgelaufenen 5. Dienstjahr des Klägers geltende Sperrfrist angewendet sehen will, beruft sich für ihren Standpunkt auf die Autoren Zinsli, Rehbinden/Portmann und Staehelin, die jedoch unterschiedliche Ansichten vertreten, aber alle für das von ihr angestrebte Prozessergebnis scheinbar günstig sind. Dabei unterliegt sie einem Missverständnis.

5.2. Die Beklagte versteht **Rehbinden/Portmann** dahingehend, dass diese Autoren jenes Dienstjahr für massgebend halten, in dem die ursprüngliche Kündigungsfrist, falls diese nicht verlängert worden wäre, geendet hätte. Indem Rehbinden/Portmann von der „regulären Kündigungsfrist“ sprechen, meinen sie jedoch den Ablauf der Kündigungsfrist nach einer Verlängerung infolge Sperrfrist und wollen diesen von einem Ablauf aufgrund einer Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR abgegrenzt haben. Unter regulärer Kündigungsfrist ist deshalb das Ende der Kündigungsfrist nach Ablauf aller Kündigungstage zu verstehen. Im Gegensatz dazu steht - und insofern irregulär ist - die Kündigungsfrist, wenn diese nach Ablauf aller Kündigungstage auf einen dem ursprünglichen Kündigungstermin entsprechenden Kündigungsendpunkt, meistens das Monatsende, verlängert wird. Das Ende der regulären Kündigungsfrist ist nämlich nach Rehbinden/Portmann nur massgebend, falls die Verhinderung der Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung ins neue Dienstjahr hinüberreicht. Die beiden Autoren gehen damit davon aus, dass die Kündigungsfrist durch eine Arbeitsunfähigkeit unterbrochen wird und unterscheiden sodann danach, ob die Arbeitsunfähigkeit im abgelaufenen Dienstjahr endet oder der Arbeitnehmer auch im neuen Dienstjahr noch arbeitsunfähig ist. In beiden diesen Fällen kann die reguläre Kündigungsfrist entweder im abgelaufenen Dienstjahr oder erst im neuen Dienstjahr zu Ende gehen.

Allein die Kombination von einer Beendigung der regulären Kündigungsfrist im neuen Dienstjahr und von einer im neuen Dienstjahr andauernden Arbeitsunfähigkeit begründen nach Meinung von Rehbindler/Portmann die Gültigkeit der im neuen Dienstjahr anwendbaren Sperrfrist. Diese Sperrfrist kommt jedoch dann nicht zum Zug, falls die reguläre Kündigungsfrist im bisherigen Dienstjahr endet und nur jener Teil der Kündigungsfrist in das neue Dienstjahr hineinragt, der eine blossse Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR darstellt. Damit stimmt überein, dass nach Meinung des Bundesgerichts nur jene Arbeitsunfähigkeit, die während der regulären Kündigungsfrist, nicht aber während einer blossen Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR auftritt, zur Unterbrechung der Kündigungsfrist führen kann (BGE 124/1998 III 475 ff.).

6. Art. 336c OR hält auf die vorliegend unter den Parteien strittige Frage, welche Sperrfrist anwendbar ist, keine ausdrückliche Antwort bereit. Das Gesetz bestimmt einzig die Voraussetzungen eines Sperrfristeintritts und dass die Länge der Sperrfrist von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt sowie im 5. Dienstjahr 90 Tage bzw. im 6. Dienstjahr 180 Tage beträgt. Die richtige Lösung dieser Rechtsfrage ist damit durch Auslegung von Art. 336c OR zu ermitteln.

6.1. Es fällt auf, dass die meisten in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinungen nicht begründet werden. Einzig **Zinsli** sowie **Kuhn/Koller** führen zwei Gründe an, weshalb auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs abzustellen sei. Einmal wird darauf hingewiesen, dass auch für die Kündigungsfristen der Zeitpunkt, in dem die Kündigung erfolge, massgebend sei. Zudem bestehe bei einer Kündigung, deren Kündigungstermin auf das Ende des laufenden Dienstjahres gestellt werde, der Wille, das Arbeitsverhältnis nicht über dieses Dienstjahr hinaus weiterzuführen. Diese Autoren rücken damit den Willen der kündigenden Partei, das Arbeitsverhältnis auf einen bestimmten Zeitpunkt zu beenden und dies dem Adressaten der Kündigung vorher mitzuteilen, sowie die Transparenz über das Kündigungsende für die Vertragsparteien als massgebende Elemente in den Vordergrund. Letzteres vertritt auch die Beklagte im vorliegenden Prozess.

6.2. Was bei der Frage nach der anwendbaren Kündigungsfrist seine Berechtigung hat, kann jedoch nicht ohne weiteres auf alle Fragen im Zusammenhang mit einer Kündigung übertragen werden. Das Kündigungsrecht ist teilweise nachgiebiges, teilweise zwingendes Recht. Die Parteien können, sofern sie für die Zeit nach Ablauf der Probezeit die Minimalfrist von einem Monat einhalten, die Länge der Kündigungsfrist frei vereinbaren (Art. 335b Abs. 2 und 335c Abs. 2 OR). Auch entscheidet, ob und wann eine Kündigung ausgesprochen wird, der Kündigende grundsätzlich selber. Die Kündigung als Gestaltungsrecht gibt ihm das Recht, durch einseitige empfangsbedürftige

Willenserklärung die Rechtsstellung seines Vertragspartners ohne dessen Mitwirkung zu verändern. Der Kündigungsadressat wirkt dabei nur insoweit mit, als er in der Lage sein muss, von der Kündigungserklärung Kenntnis zu nehmen. Mit dem Zugang der Kündigung wird dem Adressaten klar, welche Kündigungsfrist gilt. Damit ist die Transparenz hergestellt.

6.2.1. Der zeitliche Kündigungsschutz in Art. 336c OR hingegen sind Schutzvorschriften im Interesse des Arbeitnehmers und können deshalb nicht zu seinen Ungunsten vertraglich abgeändert werden (Art. 362 OR). Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber deshalb nicht zu, diesen Schutz durch die Wahl des Zeitpunktes, wann er die Kündigung ausspricht, festzulegen bzw. zu verkürzen. Vielmehr hängt die Frage nach dem zeitlichen Kündigungsschutz massgebend von der Person des Arbeitnehmers und dessen Gesundheit ab. Ausnahmen von dem genannten Grundsatz bestehen mit Rücksicht auf die Kürze eines erst begonnenen Arbeitsverhältnisses während laufender Probezeit. So wird für die Frage, ob der zeitliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR nach Ablauf der Probezeit zur Anwendung gelangt, auf den Zugang der Kündigung beim Adressaten abgestellt. Gelangt die Kündigung noch während der Probezeit in den Herrschaftsbereich des Angestellten und ist dieser in der Lage, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, so kommt der zeitliche Kündigungsschutz nicht zur Anwendung, selbst wenn die Kündigungsfrist erst nach Ablauf der Probezeit endet (BK-Rehbinder, 1992, Art. 335b OR N. 6, S. 73).

6.2.2. Andererseits erschöpft sich der zeitliche Kündigungsschutz in der Vorschrift von Art. 336c OR. Die Unterbrechung und Verlängerung einer laufenden Kündigungsfrist nach Art. 336c OR kann, falls deswegen eine neues Dienstjahr mit längerer Kündigungsfrist anbricht, nicht zur Geltung dieser längeren Kündigungsfrist führen. Auch hier wird vielmehr für die Länge der Kündigungsfrist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Adressaten abgestellt.

6.3.1. Die Antwort auf die vorliegend strittige und zu entscheidende Frage ist nicht einfach durch Anwendung anderer im Kündigungsrecht massgebender Prinzipien, sondern durch Auslegung von Art. 336c OR zu suchen, wobei der Wortlaut der Vorschrift und vor allem deren Schutzrichtung im Vordergrund stehen sollten (vgl. Andreas Abegg, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, 2004, S. 277). Art. 336c OR macht den Eintritt der Sperrfristen von verschiedenen Voraussetzungen abhängig. Vorausgesetzt wird in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ein Arbeitsverhältnis im Stadium nach Ablauf der Probezeit sowie die teilweise oder volle Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Zudem ist Art. 336c OR darauf ausgerichtet, den Arbeitnehmer im Verhältnis zur bisherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses besser, das heisst länger, zu schützen. Ein Arbeitsverhältnis am Übergang von einem Dienstjahr mit einer kürzeren

Sperrfrist zu einem Dienstjahr mit einer längeren Sperrfrist ist nicht bloss ein solches im Stadium des einen oder des anderen Dienstjahres, sondern beider betroffenen Dienstjahre zusammen. Damit kann nicht ohne weiteres die Sperrfrist, die für das eine oder andere Dienstjahr gilt, für die richtige erklärt werden. Vielmehr sind die verschiedensten Sachverhalte hinsichtlich des Zeitpunktes der Kündigung, des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit sowie des Zeitpunktes des Dienstjahreswechsels denkbar, die jedoch nicht alle zum selben Ergebnis führen müssen. Dabei ist zu differenzieren. Soweit herrscht unter den dargestellten unterschiedlichen Ansichten Einigkeit. Die auseinandergehenden Ansichten knüpfen für die Beantwortung der strittigen Frage dann jeweils aber an unterschiedlichen Elementen in den Sachverhalten an.

6.3.2. Die von der Mehrheit der Lehrmeinungen favorisierte Ansicht verlangt, dass die *Arbeitsunfähigkeit* im neuen Dienstjahr noch vorhanden ist. Damit hält sie sich ausdrücklich an die Voraussetzungen in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Die *Sperrfrist*, auf die **Stahelin** als massgebendes Kriterium abstellen will, ist hingegen keine Voraussetzung nach Art. 336c OR, sondern gehört bereits zu dessen Rechtsfolgen. Allein schon deshalb erweist sich dieser Ansatzpunkt als der nicht richtige. Man mag zwar mit der Ansicht von Stahelin als solche durchaus Sympathie empfinden, weil sie darauf ausgerichtet ist, die Sperrfrist aus dem bisherigen Dienstjahr zumindest nahtlos in jene des neuen Dienstjahres übergehen zu lassen. Allein, das findet keine Stütze im Gesetz und würde zu einer zu weitgehenden Einschränkung des zeitlichen Kündigungsschutzes führen. Selbst für den Fall, dass die Kriterien der Arbeitsunfähigkeit einerseits und der Sperrfrist andererseits sich als gleichwertig einander gegenüberstehen würden, müsste eine Auslegung mit Rücksicht auf den Schutzgedanken von Art. 336c OR sowie auf den relativ zwingenden Charakter dieser Vorschrift den Ausschlag für die dem Arbeitnehmer günstigere Variante geben.

6.3.3. Weiter entspricht das von **Streff/von Kaenel** und **Rehbinder/Portmann** verlangte zweite Element, dass nämlich zusätzlich zur Arbeitsunfähigkeit auch das Kündigungsende und nicht aber der Kündigungstermin im neuen Dienstjahr liegen muss, gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezüglich der Tragweite einer Kündigungsverlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR. Es ist bereits erwähnt worden, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Arbeitsunfähigkeit, die erst dann auftritt, wenn die Kündigungsfrist als solche zwar abgelaufen ist, aber um den Kündigungstermin zu wahren, bis zum nächsten solchen Endzeitpunkt aufgrund von Art. 336c Abs. 3 OR doch noch weiterläuft, keine erneute Sperrfrist auslösen kann (BGE 124/1998 III 475 ff.). Diese Rechtsprechung ist zwar kritisiert worden (vgl. BGE 124/1998 III 476). Sie entspricht jedoch dem Grundgedanken von Art. 336c Abs. 2 OR, nämlich dem Arbeitnehmer eine ungekürzte - weil weder durch Arbeitsunfähigkeit noch durch weitere alternative Umstände beeinträchtigte - Kündigungsfrist zur Stellensuche

zur Verfügung zu stellen. Die Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR andererseits zielt darauf ab, namentlich den Arbeitnehmer möglichst in den Genuss eines unterbruchsfreien Übergangs vom bisherigen Arbeitsverhältnis in ein neues kommen zu lassen (BGE 124/1998 III 475, 476/477 Erw. 2baa).

Diese Unterscheidung zwischen den Absätzen 2 und 3 von Art. 336c OR muss auch bei der vorliegenden Frage eine mitentscheidende Rolle spielen. Ist im bisherigen Dienstjahr die Kündigungsfrist berechnet nach Tagen abgelaufen und läuft sie im neuen Dienstjahr nur noch weiter, weil der Kündigungstermin in dieses Dienstjahr hinein zu liegen kommt, so könnte selbst eine völlig neue Ursache, die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, nicht zu einer Sperrfrist führen. Ebenso wenig kann dies deshalb bei einer Arbeitsunfähigkeit der Fall sein, die aus der gleichen Ursache schon im bisherigen Dienstjahr bestanden hat.

6.3.4. An dieser Stelle könnte noch fraglich sein, nach welcher Variante der mehrheitlichen Ansicht der Lauf der längeren Sperrfrist zu berechnen wäre, vom Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit (Zürcher Arbeitsgericht) oder vom Beginn des neuen Dienstjahres (Geiser) an. Wie sich jedoch im folgenden ergibt, ist die Kündigungsfrist nach Tagen nach Ablauf der Sperrfrist jeweils exakt am gleichen Tag im Mai ausgelaufen und hat sich aufgrund von Art. 336c Abs. 3 OR unter beiden Varianten übereinstimmend bis Ende Mai 2004 erstreckt, weshalb sich ein weiteres Befassen mit den Varianten erübrigt.

Für die Frage, ob eine Arbeitsunfähigkeit den Lauf einer Kündigungsfrist unterbrechen kann, ist auf die eigentliche Kündigungsfrist abzustellen. Diese wird durch Rückrechnung vom Kündigungsendtermin aus und unter Beachtung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist bestimmt (BGE 115/1989 V S. 440 ff., BGE 119/1993 II 450). Vorliegend hat die vertragliche Kündigungsfrist drei Monate betragen. Ausgehend vom 30. November 2003 begann sie damit am 1. September 2003 zu laufen. Die Kündigungsfrist ist demzufolge während 79 Tagen stillgestanden. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sieht vor, dass im 5. Dienstjahr die Sperrfrist 90 Tage beträgt, so dass diese am 11. Dezember 2003 abgelaufen ist. Vom 12. Dezember 2003 an lief die Kündigungsfrist danach weiter, und zwar während 79 Tagen. Das waren 20 Tage im Dezember 2003, 31 Tage im Januar 2004 und 28 Tage im Februar 2004. Nun hatte aber am 1. Februar 2004 das 6. Dienstjahr für den Kläger und die Beklagte begonnen. Unter Berücksichtigung der im 6. Dienstjahr gültigen 180tägigen Sperrfrist wäre die Kündigungsfrist – ausgehend vom 13. September 2003 – bis zum 10. März 2004 (Variante Arbeitsgericht Zürich) bzw. – ausgehend vom 1. Februar 2004 und unter Anrechnung der im Jahre 2003 abgelaufenen 90tägigen Sperrfrist – bis zum 30. April 2004 (Variante Geiser) stillgestanden. Vom 10. März bzw. 30. April 2004 an begann daher der Rest der Kündigungsfrist von 79 Tagen (Variante Zürcher Arbeitsgericht) bzw. 28 Tagen

(79 Tage – [20 Tage im Dezember + 31 Tage im Januar]; Variante Geiser) zu laufen und endete jeweils nach beiden Varianten am 28. Mai 2004. Nach Art. 336c Abs. 3 OR ist dann die Kündigungsfrist nach beiden Varianten noch bis 31. Mai 2004 verlängert worden. [...]“

(GSGE vom 16.9.2004 in Sachen Z. gegen L. AG, GS 2004/246)

2.12.3. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Die Arbeitsunfähigkeit infolge eines ärztlichen Eingriffs ist dann unverschuldet, wenn dieser medizinisch indiziert und keine eigentliche Schönheitsoperation ist. Auf die Frage der Aufschiebbarkeit kommt es hingegen grundsätzlich nicht an.

X. war seit dem 2. Februar 2001 bei der Y. AG angestellt. Diese kündigte ihr erstmals am 28. November 2002. Bei der Zustellung der Kündigung war X. wegen Rückenproblemen krankgeschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte bis 14. Dezember 2002. Die Y. AG anerkannte die Kündigung für nichtig an. Am 12. Dezember 2002 erkrankte X. zusätzlich an einer Bronchitis, die bis am 29. Dezember 2002 dauerte. Eine zweite von der Y. AG am 27. Dezember 2002 ausgesprochene Kündigung war deshalb ebenfalls nichtig. Am 2. Januar 2003 hatte sich X. einem operativen Eingriff unterzogen und wurde bis 15. Februar 2003 krankgeschrieben. Am 10. Januar 2003 kündigte die Y. AG das Arbeitsverhältnis ein drittes Mal. In der Folge erhielt X. den Lohn bis Ende Februar 2003. Mit Klage vom 7. April 2003 verlangte sie die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung der Löhne für März und April 2003 nebst weiteren Forderungen. Am 6. November 2003 wurde die Klage im Umfang der Löhne für die Monate März und April gutgeheissen und im übrigen abgewiesen. Auf Beschwerde der Y. AG hob das Appellationsgericht am 8. Januar 2004 dieses Urteil auf und wies die Angelegenheit zur Neuurteilung zurück. Das Gewerbliche Schiedsgericht wurde verpflichtet, beim Arzt, der die Operation durchführte, noch genauere Angaben darüber einzuholen, ob es sich um einen medizinisch indizierten Eingriff oder um eine Schönheitsoperation gehandelt hatte. In seiner Stellungnahme vom 21. Mai 2004 erläuterte Dr. Z., dass die Schwangerschaft von X. mit Geburt im Jahre 2003 bei ihr eine Muskelschwäche im Bauchbereich und einen Überbauch zurückgelassen habe. Die Operation sei medizinisch indiziert gewesen. Hingegen hätte die Operation auch zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt werden können. Mit Urteil vom 26. August 2004 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Y. AG erneut zur Zahlung des März- und des Aprillohnes verurteilt, wobei es Folgendes erwogen hat:

"1. Zu beurteilen ist, ob die Kündigung der Y. AG vom 10. Januar 2003 infolge des operativen Eingriffs, dem sich die Arbeitnehmerin unterzogen hat, und aufgrund der in diesem Zusammenhang ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit nichtig war oder nicht.

2. Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf die Arbeitgeberin nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Bei medizinischen Eingriffen, denen sich die

Angestellte unterzieht, ist daher zunächst entscheidend, dass diese aufgrund einer solchen Operation der Arbeitgeberin zur Arbeitsleistung nicht zur Verfügung steht und stehen kann. Im weiteren ist zu prüfen, ob die betreffende medizinische Operation als Auslöser der Arbeitsunfähigkeit durch die Arbeitnehmerin verschuldet ist oder nicht. Der Begriff des Verschuldens ist derselbe wie in Art. 324a OR, wo die Lohnfortzahlung der Arbeitgeberin bei unverschuldeten Verhinderungen der Arbeitnehmerin an der Arbeit geregelt ist. Ein Verschulden darf generell nur zurückhaltend angenommen werden. Im Zusammenhang mit Unfällen und Krankheiten, die eine Angestellte erleidet, wird verlangt, dass sich diese eine schwere Pflichtverletzung hat zu Schulde kommen lassen. Als Massstab dient grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz (Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage 1994, S. 174 und S. 129: „grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz“; Thomas Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, in AJP 1996, S. 554 N. 2.14: „grobe Fahrlässigkeit und grober Vorsatz“). Sowohl unter Art. 324a OR als auch unter Art. 336c OR werden in Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich des Verschuldens der Arbeitnehmerin bezüglich ärztlicher Eingriffe zwei Merkmale als wesentlich aufgeführt: die Fragen nach der Notwendigkeit und der Aufschiebbarkeit des Eingriffs.

2.1. Als allgemein anerkannt gelten kann die Notwendigkeit der medizinischen Operation als erforderliches Element, damit von einer unverschuldeten Absenz der Angestellten gesprochen werden kann (Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 67: „notwendig“; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 324a OR N. 10, S. 157: „notwendig“; BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 336c OR N. 6, S. 1827: „aus medizinischen Gründen angezeigt“; vgl. ZK-Staehelin, 1984, Art. 324a OR N. 25, S. A230 f.; BK-Rehbinder, 1985, Art. 324a OR N. 3, S. 327). Es wird damit eine Grenze zu jenen Eingriffen gezogen, die medizinisch nicht indiziert sind (vgl. BSK-Rehbinder/Portmann, a.a.O.). Darunter fallen regelmässig Schönheitsoperationen, soweit sich deren Notwendigkeit nicht aus psychischen Gründen ergibt (Zinsli, S. 71 f.; BK-Rehbinder, Art. 324a OR N. 3, S. 327).

2.2.1. Die Frage danach, ob ein ärztlicher Eingriff im betreffenden Zeitpunkt, in welchem sich die Angestellte diesem unterzieht oder unterziehen will, stattfinden muss oder aber aufschiebbar wäre, wird weniger einheitlich dargestellt.

STREIFF/VON KAENEL halten bei der Kommentierung von Art. 324a OR kurz und ohne Begründung fest, dass die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet sei, aufschiebbare notwendige medizinische Eingriffe hinauszuschieben (Streiff/von Kaenel, Art. 324a OR N. 10, S. 157, Beilage 4). **ZINSLI** weist darauf hin, dass die Angestellte nicht verpflichtet sei, eine notwendige Operation im Interesse des Dienstes aufzuschieben. Das gelte selbst dann, nachdem die Angestellte gekündigt habe. In diesem Fall könne von der Arbeitnehmerin vielmehr bloss

erwartet werden, dass sie eine aufschiebbare Operation möglichst auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist verschiebe. Zur Begründung führt Zinsli aus, dass es der Angestellten aufgrund der Treuepflicht untersagt sei, der Arbeitgeberin in schikanöser Weise Lohnfortzahlungspflichten gemäss Art. 324a OR aufzubürden (Zinsli, S. 67). Andere Autoren beziehen sich auf Fälle in der Rechtsprechung, die sie wiedergeben. Es handelt sich dabei um ein Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts aus dem Jahr 1979 und um ein Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts aus dem Jahr 1998. Das **ZÜRCHER ARBEITSGERICHT** hält fest, dass eine Arbeitsunfähigkeit, die auf eine zwar nicht notfallmässige, aber unaufschiebbare Knieoperation zurückzuführen sei, nicht als selbstverschuldet im Sinne von Art. 324a OR gelten könne (JAR 1981 S. 260 f. = ZR 80/1981 Nr. 77, S. 200). Auf dieses Urteil verweisen ohne weiteren Kommentar STAEHELIN und KUHN/KOLLER (ZK-Staehelin, Art. 324a OR N. 25, S. A230 f.; Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 1988/2004, 9/A.3.4). REHBINDER, der dieses Urteil im Rahmen von Art. 324a OR ebenfalls erwähnt, stellt darauf ab, ob eine Operation aus medizinischen Gründen erforderlich ist. Die Fortsetzung der Arbeit sei unter diesen Umständen der Arbeitnehmerin auch dann unzumutbar, wenn der gegenwärtige Zustand ihr die Arbeitsleistung an sich noch erlaube (BK-Rehbinder, 1985, Art. 324a OR N. 3, S. 327). Das **ZÜRCHER VERWALTUNGSGERICHT** verweist zunächst – stillschweigend zustimmend – auf Staehelin und damit auf das Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts sowie auf BK-Rehbinder. Danach lehnt es die Ansicht von Zinsli, wonach von einer Angestellten erwartet werden könne, dass sie eine aufschiebbare Operation möglichst auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist verschiebe, ab. Zur Begründung führt das Verwaltungsgericht aus, die Arbeitnehmerin erleide nämlich durch die Operation während der Kündigungsfrist insofern einen Nachteil, als ihr nicht mehr die ganze Kündigungsfrist zur Stellensuche zur Verfügung stehe. Zudem sei es weder ihr noch dem neuen Arbeitgeber zuzumuten, dass sie kurz nach Antritt einer neuen Arbeitsstelle sich einer mit Rücksicht auf die bisherige Arbeitgeberin aufgeschobenen Operation unterziehe (JAR 2001 S. 279 ff., 282 = ZBI 2000 S. 148 ff., 151 f.). Auf dieses Urteil verweisen **REHBINDER/PORTMANN** (BSK-Rehbinder/Portmann, Art. 336c OR N. 6, S. 1827).

2.2.2. Zusammenfassend kann damit gesagt werden, dass die Mehrheit der Ansichten in Lehre und Rechtsprechung die Frage, ob sich ein Eingriff aufschieben lässt oder nicht, bei der Verschuldensfrage - sei es nach Art. 324a OR oder sei es nach Art. 336c OR - nicht für relevant halten. Dem kann mit der Begründung des Zürcher Verwaltungsgerichts, wonach es weder der Arbeitnehmerin noch ihrem neuen Arbeitgeber zuzumuten ist, dass die Operation zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses stattfindet, zugestimmt werden. Der Gesundheitsschaden, der die Operation der Angestellten nötig macht, ist in solchen Fällen regelmässig während der Dauer des bisherigen

Arbeitsverhältnisses oder sogar noch früher entstanden, so dass das sich daraus ergebende Risiko wenn schon die bisherige Arbeitgeberin, jedenfalls aber nicht den künftigen Arbeitgeber treffen sollte.

Daran nichts ändern könnte die Überlegung, dass der künftige Arbeitgeber, sollte die Operation während der ersten drei Monate nach Arbeitsbeginn vorgenommen werden, möglicherweise und im Gegensatz zur bisherigen Arbeitgeberin keine Lohnfortzahlung leisten müsste, weil die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR regelmässig erst mit dem vierten Anstellungsmonat beginnt. Einmal müssen die Fragen des Kündigungsschutzes und der Lohnfortzahlung grundsätzlich auseinandergelassen werden. Davon abgesehen wäre allein schon der Ausfall der Angestellten als Arbeitskraft für den künftigen Arbeitgeber bereits ein Risiko, das ihm nicht zugemutet werden kann. Zudem wird in vielen Fällen das ganze mit einer aufgeschobenen Operation verbundene Risiko in Wirklichkeit ohnehin ein solches der Arbeitnehmerin allein sein, weil diese beim Abschluss eines Arbeitsvertrages den künftigen Arbeitgeber über eine bevorstehende Operation informieren müsste (Roger Rudolph, Stellenbewerbung und Datenschutz, 1997, S. 63) und unter solchen Umständen kaum eine Anstellung finden dürfte. Damit würde das Aufschieben eines aus medizinischen Gründen indizierten Eingriffs auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist gerade zu dem führen, was auch Art. 336c OR verhindern möchte, nämlich, dass die Arbeitnehmerin letztlich keine Arbeitsstelle findet. Unter diesen Umständen kann der Angestellten nicht als schweres Verschulden vorgeworfen werden, dass sie eine aus medizinischen Gründen aufschiebbare Operation nicht auf einen Zeitpunkt nach Ende der Kündigungsfrist verschieben will. Von einem Verschulden der Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 336c OR kann erst dann die Rede sein, wenn dieser durch die Verschiebung der Operation nach Ende der Kündigungsfrist überhaupt keine oder im Vergleich zum Arbeitgeber sehr geringe Nachteile entstehen würden. Darauf ist im folgenden einzugehen.

2.2.3. Obwohl im wesentlichen der Begründung des Zürcher Verwaltungsgerichts zu folgen ist, hat doch auch Zinsli einen wichtigen Aspekt angesprochen. Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB darf der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz finden. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, es lasse sich in Fällen, in denen die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ganz unbedeutend sei und dadurch die Interessen der Arbeitnehmerin, die Art. 336c OR schützen wolle, praktisch nicht berührt würden, fragen, ob die Angestellte in den Genuss dieses Schutzes kommen solle. Dies sei unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu prüfen (BGE 115/1989 V 437 ff., 442). Art. 336c OR hat zum Zweck, der Arbeitnehmerin eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit sie in der Lage ist, eine neue Stelle zu suchen (BGE 115/1989 V 441; BGE 124/1998 III 475). Sie soll dabei vor den Nachteilen bewahrt werden, die ihr für eine Neuansstellung wegen der Ungewissheit über die Dauer

und das Mass der Arbeitsunfähigkeit erwachsen (Geiser, S. 553 N. 2.10 mit Hinweisen).

Bei einer Konstellation wie der vorliegenden könnte bei einer Arbeitnehmerin, die ihre Erwerbstätigkeit definitiv einstellt und auf ein Arbeitseinkommen nicht mehr angewiesen ist, weil sie etwa in Pension geht, erwogen werden, dass es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sie sich auf den Unterbruch der Kündigungsfrist infolge eines notwendigen, jedoch aufschiebbaren ärztlichen Eingriffs berufen würde. Noch nicht genügen könnte hingegen der Umstand allein, dass die Arbeitnehmerin keine neue Stelle suchen will (Geiser, S. 553 N. 2.10).

2.4. Vorliegend ist aufgrund der ärztlichen Auskunft, an der keine Zweifel bestehen, davon auszugehen, dass die Operation, zu der sich X. am 2. Januar 2003 begeben hatte, medizinisch indiziert und keine eigentliche Schönheitsoperation war. Zwar hätte X. den Eingriff auch zu einem späteren Zeitpunkt durchführen lassen können. Ihr kann jedoch nicht als Verschulden angerechnet werden, dass sie sich während der Kündigungsfrist operieren liess und deswegen arbeitsunfähig wurde. X. war zum Zeitpunkt der Kündigung fast 36 Jahre alt. Sie hatte, wie sich auch aus ihren Arbeitsbemühungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergibt, nicht vor, ihr Berufsleben aufzugeben. Unter diesen Umständen konnte von ihr nicht erwartet werden, dass sie den Eingriff erst nach ihrem Austritt bei der Y. AG vornehmen liess. Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ergibt sich ferner auch nicht daraus, dass die Y. AG schon zweimal vorgängig zur Arbeitsunfähigkeit infolge der Operation vergeblich versucht hatte, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, weil X. auch damals aus jeweils verschiedenen Gründen arbeitsunfähig war. Alle Arbeitsunfähigkeiten, die eine Arbeitnehmerin erleidet, vermögen nämlich stets eigene Sperrfristen auszulösen, solange sie nicht eine identische Ursache haben (BGE 120/1994 II 126; ZK-Staehelin, 1996, Art. 336c OR N. 24, S. A 602 f.; Vischer S. 175 f.). Letzteres ist hier nicht der Fall."

(GSGE vom 26.8.2004 in Sachen X. gegen Y. AG, GS 2003/145)

2.12.4. Sperrfrist bei Arbeitsunfähigkeit während Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)

2.13. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff OR)

2.13.1. **Art. 337 OR.** Ein Fotoverkäufer verletzte seine Treuepflicht schwer, weil er Sachleistungen von der Arbeitgeberin bezog, ohne dafür zu bezahlen, und auf Nachfragen der Arbeitgeberin ausweichende Antworten gab sowie Quittungen vorzuspiegeln versuchte. Unter diesen Umständen war die Arbeitgeberin zur fristlosen Entlassung ohne vorherige Verwarnung berechtigt.

§ 121, § 115/117 ZPO. Besonders im mündlichen Verfahren ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Partei Zeugen ohne amtliche Verfügung zur Verhandlung mitbringt oder anbietet. Eine „gewöhnliche“ Angestellte ist grundsätzlich nicht vom Zeugnis ausgeschlossen. Dazu müsste eine sonstige Abhängigkeit vorliegen, die ihre Befangenheit begründet.

X. war bei der Y. GmbH seit 1. Januar 2001 als Fotoverkäufer zu einem Lohn von CHF 5'100.-- brutto pro Monat, zuzüglich Umsatzprovision, angestellt. X. wurde am 27. November 2002 vom Geschäftsführer seiner Arbeitgeberin mündlich fristlos entlassen, nachdem er - ohne dafür zu bezahlen - zu privaten Zwecken verwendete Filme zunächst im Labor der Arbeitgeberin entwickelt und von ihnen Archivkopien angefertigt hat sowie später die Filme dort auch hat digitalisieren und auf CD brennen lassen. Am 28. November erhielt er die fristlose Kündigung noch schriftlich zugestellt.

Am 5. Februar 2003 klagte X. gegen die Y. GmbH auf Verurteilung zur Zahlung von CHF 28'097.80 brutto zuzüglich Zins sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Mit Urteil vom 5. Mai 2003 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die fristlose Kündigung geschützt, die Y. GmbH bei ihrer Bereitschaft zur Zahlung von CHF 5'302.20 netto (Lohn) und CHF 40.-- netto (Spesen) sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses an X. behaftet und zur Zahlung von 5% Zins seit dem 4. Februar 2003 auf diesen beiden Beträgen verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage von X. abgewiesen. Eine von X. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 22. Oktober 2003 abgewiesen, wobei es Folgendes ausgeführt hat:

„[...] 3. a) Der Beschwerdeführer [X.] rügt weiter, dass Z., Angestellte der Beschwerdegegnerin [Y. GmbH], nicht als Auskunftsperson, sondern als Zeugin und erst noch von der Advokatin der Beschwerdegegnerin befragt worden sei. Sodann sei die Zeugin Z. nicht, wie in § 121 ZPO vorgeschrieben, vom Gericht amtlich vorgeladen, sondern von der Beschwerdegegnerin direkt an die Verhandlung mitgebracht worden.

Der Beschwerdeführer rügt somit zum einen mögliche Verfahrensmängel und zum anderen die inhaltliche Würdigung der Aussage. Letztere gehört als materielle Frage zur Beurteilung der fristlosen Entlassung (hinten E. 4).

b) § 121 ZPO bestimmt, dass die Zeugen normalerweise amtlich zu laden sind. Dies schliesst aber nicht aus, dass eine Partei Zeugen besonders im mündlichen Verfahren ohne richterliche Verfügung mitbringt und anbietet. Wenn der Richter bzw. das Gericht die Einvernahme dieser Zeugen beschliessen, können diese im Anschluss an die Parteivorbringen – unter Wahrung der §§ 117 und 119 ZPO – sofort einvernommen werden. Darin liegt kein Verfahrensmangel, auch wenn dem gesetzlichen Aufbau des Prozessverfahrens eher eine formelle Ladung dieser Zeugen zu einer weiteren Verhandlung entsprechen würde. Hierfür spricht einerseits die Prozessökonomie. Andernfalls müsste das Gericht vor der Verhandlung Zeugen laden, deren Befragung sich als unnötig erweisen könnte, oder es müsste den Fall ausstellen und die notwendigen Zeugen zu einer zweiten Verhandlung laden. Zu beachten ist andererseits, dass die Möglichkeit einer Zeugenbeeinflussung durch die Parteien nicht grösser ist, wenn eine Partei „ihre“ Zeugen ohne Vorladung zur Verhandlung mitbringt, als wenn sie diese Zeugen zwecks Ladung zu einer späteren Einvernahme in der Hauptverhandlung anruft und sie dann zur zweiten Verhandlung gemeinsam mit den Zeugen vor Gericht erscheint (Haberthür, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, Basel 1964, § 121, S. 581). Entscheidend ist schliesslich, dass stets das Gericht über die Befragung der Zeugen befindet.

c) Ob Z. als Zeugin befragt werden durfte, ist eine Frage ihrer relativen Zeugnisunfähigkeit. Gemäss § 115 Abs. 1 ZPO gelten Verwandte in auf- und absteigender Linie, Ehegatten sowie Geschwister und deren Ehegatten als relativ zeugnisunfähig. Die Praxis hat die relative Zeugnisunfähigkeit u. a. auch auf Organe von juristischen Personen ausgedehnt (Haberthür, a.a.O., § 115 ZPO, S. 568; Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 14 Rz 26). Die Einvernahme von relativ zeugnisunfähigen Personen als Zeugen ist selbst dann nicht zulässig, wenn beide Parteien einverstanden sind (Staehelin/Sutter, a.a.O., § 14 Rz 27). Der Richter kann ausserdem bestimmte Personen wegen Befangenheit als Zeugen ausschliessen. Als Gründe, die für eine solche sprechen, erwähnt das Gesetz, Freundschaft, Feindschaft, Abhängigkeit oder zu erwartende Vor- oder Nachteile (§ 117 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann zudem in Bezug auf verdächtige Zeugen auch ohne Antrag der Parteien nach § 117 ZPO vorgehen (Haberthür, a.a.O., § 117 ZPO, S. 577). Fragwürdig ist die verbreitete Praxis, Zeugen, die befangen sein könnten, ohne Strafdrohung für falsches Zeugnis als Auskunftspersonen zu befragen. Sie sind vielmehr mit allen Konsequenzen als Zeugen zu befragen, wobei das Gericht bzw. der Richter dann unter Berücksichtigung der allfälligen Befangenheit ihre Aussage zu würdigen hat (AGE vom 10. Mai 1989 i.S. R. H., S. 9, vgl. Staehelin/Sutter, a.a.O., § 14 Rz 28). In jedem Falle steht dem Gericht die freie

Würdigung sowohl der Einwendungen gegen den Zeugen als auch des Zeugnisses (Aussage) selbst zu (Haberthür, a. a. O., § 117 ZPO, S. 577). Z. ist nicht Organ der Beschwerdegegnerin. Als „gewöhnliche“ Angestellte ist sie grundsätzlich nicht vom Zeugnis ausgeschlossen. Eine sonstige Abhängigkeit, die ihre Befangenheit und somit ihre relative Zeugnisunfähigkeit begründet hätte, ist vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht und vom Gewerblichen Schiedsgericht nicht festgestellt worden [..]. Ihrer Befragung als Zeugin ist daher nichts entgegengestanden.

d) Zeugen sind gemäss § 125 ZPO vom Gericht zu befragen. Den Parteien und ihren Vertretern steht das Recht zu, Zeugenfragen zu beantragen (§ 125 Abs. 3 ZPO). Dabei entspricht es gängiger und zulässiger Praxis, dass das Gericht beantragte Fragen direkt beantworten lässt, ohne sie dem Zeugen oder der Zeugin nochmals zu wiederholen. Aus dem Verhandlungsprotokoll ergibt sich nichts, was auf eine Abweichung von dieser Praxis oder eine Verletzung dieser Vorschrift schliessen liesse. Insbesondere eine Befragung durch die Vertreterin der Beschwerdegegnerin im Sinne eines „Kreuzverhörs“ ist nicht ersichtlich. Auch in Bezug auf die Durchführung der Befragung ist daher nichts zu beanstanden.

4. a) Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe vierzehn für private Zwecke verwendete Filme zunächst im Labor der Beschwerdegegnerin entwickelt und von ihnen Archivkopien angefertigt, ohne dafür zu bezahlen. Später habe er die Filme digitalisieren und auf CD brennen lassen, wiederum ohne zu bezahlen oder die für eine Zahlung nötigen Belege auszufertigen.

Der Beschwerdeführer hat im ganzen Verfahren nie behauptet, er hätte die bezogenen Leistungen nicht vergüten müssen. Er hat auch nicht geltend gemacht, er habe dafür bezahlt oder die für eine Bezahlung notwendigen Belege erstellt. Damit ist der Vorwurf, er habe sich unrechtmässig zu Lasten der Beschwerdegegnerin bereichert, unbestritten. An diesem Kern der Sache ändern die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift und in der Replik zu Nebensächlichkeiten nichts. Dazu kommt, dass die Zeugin Z. die Zahlungspflicht der Angestellten für Privatbezüge, die Pflicht zur Erstellung von Belegen dafür und das Fehlen von Zahlungsvorbereitungen des Beschwerdeführers bestätigt hat. Dass das Gewerbliche Schiedsgericht die Zeugin diesbezüglich als unbefangen und daher glaubwürdig beurteilt hat, ist nicht zu beanstanden. Die Zeugin hat über ihre zunächst gute und später getrübtete Beziehung zum Beschwerdeführer offen und in nachvollziehbarer Weise Auskunft gegeben (Protokoll), so dass kein Grund zu erkennen ist, aus welchem das Gewerbliche Schiedsgericht ihre Aussage anders hätte würdigen müssen. [...] Das Gewerbliche Schiedsgericht hat insgesamt die Vorwürfe der Beschwerdegegnerin zu Recht als erwiesen bezeichnet und in seiner Vernehmlassung zutreffend zusammengefasst: „Das Verhalten des Beschwerdeführers war darauf angelegt, die bezogenen Leistungen nicht bezahlen zu müssen“ [...].

b) Nach Art. 337 OR können sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Die dafür geltend gemachten Vorkommnisse müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382; 127 III 153 E. 1a, 310 E. 3, 351 E. 4a S. 353 f.; 117 II 560 E. 3b S. 562; 116 II 145 E. 6a S. 150, je mit Hinweisen).

Der vorliegende Fall ist vom Gewerblichen Schiedsgericht als schwerwiegende Treuepflichtverletzung eingestuft worden, wobei die Vorinstanz noch auf den erschwerenden Umstand hinweist, dass der Beschwerdeführer, einmal zur Rede gestellt, auch noch ausweichende Antworten gegeben und getan habe, als gäbe es entlastende Quittungen betreffend der bezogenen Leistungen [...]. Dieser Auffassung ist zu folgen. Zwar kann der Bezug von Leistungen des Arbeitgebers, ohne hierfür zu bezahlen, nicht ohne weiteres dem berüchtigten „Griff in die Kasse“ gleichgesetzt werden. Oftmals üben Arbeitgeber z.B. bei privaten Telefonaten, vereinzelt Fotokopien oder der Verwendung von Kleinmaterial für den eigenen Gebrauch eine gewisse Toleranz. Auch bei der Entwicklung von vierzehn Filmen, der anschliessenden Herstellung von Archivkopien zu privaten Zwecken sowie dem Digitalisieren handelt es sich für sich allein betrachtet wohl kaum um eine derart schwere Verfehlung, die eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Verwarnung gerechtfertigt hätte. Erschwerend und entscheidend kommt jedoch hinzu, dass der Beschwerdeführer, einmal zur Rede gestellt, mit seinem unredlichen Verhalten dazu beigetragen hat, dass das Vertrauensverhältnis endgültig zerstört wurde. Es war der Beschwerdegegnerin unter diesen Umständen nicht zumutbar, den Beschwerdeführer lediglich zu warnen bzw. die Frist für eine ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzuwarten. Es lag vielmehr ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR vor, der zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigte.

c) Der Beschwerdeführer beruft sich als Eventualstandpunkt auf die Verwirkung des Rechts zur fristlosen Entlassung durch Zeitablauf. Es stellt sich somit die Frage, ob das Zuwarten mit der Entlassung unter Umständen erfolgt ist, die als Indiz

für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist angesehen werden könnten. Im vorliegenden Fall wurde die fristlose Entlassung ausgesprochen am Tag, an dem die Beschwerdegegnerin Gewissheit über das Verhalten des Beschwerdeführers erhalten hatte. Das ist rechtzeitig. Ob und wann genau schon früher ein Gespräch stattgefunden hat, ändert daran nichts, da die Beschwerdegegnerin nicht auf blossen Verdacht hin entlassen musste. Im Ergebnis ist somit das Urteil des Gewerblichen Schiedsgericht zu bestätigen und die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen. [...]“

(GSGE vom 5.5.2003 in Sachen X. gegen Y. GmbH, GS 2003/55; AGE vom 22.10.2003, Verf. Nr. 938/2003)

2.13.2. Art. 337, Art. 337c Abs. 3 OR. Ein Betriebsleiter eines Restaurants durfte nicht ohne vorherige Verwarnung fristlos entlassen werden, weil er nebenbei einen Weinhandel betrieb, ohne die hierfür erforderliche Einwilligung der Arbeitgeberin für eine Nebentätigkeit eingeholt zu haben. Ohne Verwarnung hätte die Arbeitgeberin fristlos kündigen dürfen, wenn sie durch die Nebentätigkeit konkurrenziert worden wäre oder wenn der Betriebsleiter aufgrund seiner Nebentätigkeit seine Arbeit vernachlässigt hätte. Hingegen wurde dem Betriebsleiter keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen.

G. trat am 1. Juli 2003 bei der C. AG als Betriebsleiter eines Restaurants ein. Die Vertragsparteien vereinbarten eine Arbeitszeit von 42 Wochenstunden, wobei G. seine Arbeit frei organisieren könne. Zudem wurde festgehalten, dass der Arbeitnehmer keiner anderen als der in diesem Vertrag vorgesehenen, bezahlten oder unbezahlten Beschäftigung nachgehen dürfe. Dabei gelte die Mitwirkung in einem Betrieb der Branche oder dessen Beratung ebenfalls als berufliche Beschäftigung. Ein Gesuch um Erlaubnis einer Nebentätigkeit müsse schriftlich gestellt werden. Der Monatslohn wurde auf CHF 7'000.-- brutto bei dreizehn Löhnen festgelegt. Nach Ablauf einer dreimonatigen Probezeit konnte das Arbeitsverhältnis mit einer dreimonatigen Frist auf das Ende eines Monats gekündigt werden.

Am 25. Juni 2004 kündigte die C. AG ihrem Angestellten G. fristlos. Als Kündigungsgründe gab sie später an, G. habe ohne ihre Erlaubnis eine Nebentätigkeit ausgeübt, indem er einen Weinhandel aufgezogen und betrieben habe. Zudem ergebe sich aus den Arbeitsplänen, dass er nicht immer im Betrieb anwesend gewesen sei. Am 23. Juni 2004 etwa habe ihn sein Vorgesetzter um 11.20 Uhr anstatt an der Arbeit zu Hause in Privatkleidung angetroffen. Zudem habe G. das Betriebstelefon zur Ausübung seiner Nebentätigkeit benützt. Mit

Teilklage vom 7. Juli 2004 verlangte G. bei einer Gesamtforderung von CHF 49'000.-- brutto die teilklageweise Verurteilung der C. AG zur Zahlung von CHF 30'000.-- brutto. Die Gesamtforderung setzte sich aus Lohn von CHF 21'000.-- brutto für die Monate Juli bis und mit September 2004 sowie aus einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR von CHF 28'000.-- brutto, entsprechend vier Monatslöhnen, zusammen. Nachdem sich die C. AG anlässlich des Vorverfahrens vom 7. September 2004 auf die Teilklage eingelassen hatte, wurde sie am 28. Oktober 2004 zur geltend gemachten Lohnzahlung verurteilt. Hingegen hat das Gewerbliches Schiedsgericht die Entschädigungsforderung vollumfänglich abgewiesen. Es hat dabei Folgendes erwogen.

Eine fristlose Kündigung kann nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt, welche einerseits objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie - in der Regel trotz Verwarnung - wiederholt vorgekommen sein (BGE 127/2001 III 153 f.; 121/1995 III 472). Ob die einem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen die erforderliche Schwere erreichen, entscheidet sich dabei nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (BGE 4C.346/2002 E. 2.3.; BK-Rehbinder, 1992, Art. 337 OR N. 2, S. 125). Bei Angestellten mit einer im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern verstärkten Vertrauens- und Verantwortungsposition kann das Vorliegen eines wichtigen Grundes schneller erreicht sein als bei den übrigen (ZK-Staehelin, 1996, Art. 337 OR N. 6, S. A616; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 123; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 337 OR N. 8, S. 372; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 337 OR N. 8, S. 367). Als ultima ratio untersteht die fristlose Kündigung ferner dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie ist daher ausgeschlossen, wenn mildere Massnahmen (z.B. Verwarnung, ordentliche Kündigung, Freistellung) zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 4, S. A614 f.; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 123; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 14, S. 375 f.; BGE 117/1991 II 562). Je kürzer die Kündigungsfrist ist, die bei einer

ordentlichen Kündigung einzuhalten ist, desto höhere Anforderungen sind an die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung im konkreten Fall zu stellen (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 16, S. 376).

Von den drei Kündigungsgründen hatte die C. AG im Verlaufes des Verfahrens den Vorwurf fallengelassen, G. habe ihren Telefonanschluss zur Ausübung seiner Nebentätigkeit benützt. Zu beurteilen waren deshalb noch die Vorwürfe, G. habe, ohne um Erlaubnis nachzufragen, eine Nebentätigkeit ausgeübt und die Arbeitszeitkontrolle bezüglich seiner Präsenzzeit im Betrieb gefälscht. Zum zweiten Vorwurf war darauf abzustellen, dass G. vertraglich zur freien Arbeitszeitgestaltung berechtigt war. Die anlässlich der Hauptverhandlung als Zeugen befragten beiden nächsten Mitarbeiter von G. konnten nur bestätigen, dass dieser zeitweise nicht an seinem Arbeitsplatz im Betrieb war, ohne aber zu wissen, ob G. entweder in einem anderen Bereich des Betriebes oder auswärts für die C. AG tätig war, was beides möglich war. Ferner konnte G. durch ein Arzteugnis nachweisen, dass er am 23. Juni 2004 sich zu Hause auf einen Arztbesuch am frühen Nachmittag vorbereitete. Insbesondere musste er auf Anordnung seines Hausarztes vorher ein Medikament einnehmen. Deshalb konnten G. weder Fehlzeiten noch eine Fälschung der Arbeitszeitkontrolle vorgeworfen werden.

Anders sah hingegen die Sachlage bezüglich des Vorwurfes der Ausübung einer nicht bewilligten Nebentätigkeit aus. Nach Ziffer 9 des Arbeitsvertrages durfte G. eine andere Tätigkeit nur im Einverständnis mit der C. AG verrichten. Es war anerkannt, dass G. aus Frankreich Wein importierte und in der Schweiz an Dritte veräusserte, wofür er die C. AG jedoch nie um ihre Zustimmung nachgefragt hatte. G. argumentierte, er habe nur für seine Freude Wein eingeführt und an diese verkauft. Dafür habe er nicht um Erlaubnis nachfragen müssen. In Wirklichkeit ging dieser Weinhandel jedoch weit über einen solchen Freundschaftsdienst hinaus. Nach eigenen Aussagen schrieb G. jeweils 180 Interessenten an, die nicht mehr nur einfach als seine Freunde angesehen werden konnten. Zudem wandte er sich an seine Kundschaft mit professionell gestalteten Schreiben. Im Briefkopf bezeichnete er sich als „L’Ambassadeur des Côtes de Bourg“ und trat als „Importeur des grands vins de Bordeaux“ auf. Zu diesem Zweck war er auch im Handelsregister eingetragen. Hinzu kam, dass G., wiederum ohne die C. AG zu fragen, die Räumlichkeiten des Restaurants ausserhalb der Öffnungszeiten zur Durchführung von Degustationen benützte. Alle diese Bemühungen waren darauf angelegt, neben der Tätigkeit für die C. AG einen schwunghaften Weinhandel zu betreiben. Unter solchen Voraussetzungen konnte er nicht mit der Zustimmung der C. AG rechnen. Sie durfte befürchten, dass die Nebentätigkeit sich auf die Tätigkeit von G. in ihrem Betrieb negativ auswirken konnte.

Das Bundesgericht betrachtet die Schwarzarbeit während der Dauer des Arbeitsvertrages im Grundsatz als eine für eine fristlose Kündigung hinreichend schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht, insbesondere wenn sie die Arbeitgeberin konkurrenziert (Kathrin Klett, Fristlose Kündigung, S. 14 in „Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts“, Tagung vom 14.11.2003 mit Hinweis auf BGE 4C.216/1995, 4C.210/1996 in: Pra 1997 S. 670, 4C.85/1996 und 4C.246/1994 in: SJ 1995 S. 809). Vorliegend wurde deshalb für die Frage, ob das Arbeitsverhältnis ohne vorhergehende Verwarnung fristlos gekündigt werden durfte, darauf abgestellt, ob G. die C. AG durch seine Nebentätigkeit konkurrenzierte. Es war offenkundig, dass G. sich mit seinem Angebot an einen anderen Kreis von Kunden wandte als jene, die im Restaurant der C. AG verkehrten, so dass keine Konkurrenzierung vorlag. Andere Umstände, die gleichwohl eine sofortige Kündigung gerechtfertigt hätten, waren nicht gegeben. Insbesondere hatte G. seinen Weinhandel erst seit kurzer Zeit betrieben. Zudem konnte ihm nicht nachgewiesen werden, dass er deswegen seine Arbeit vernachlässigt hatte. Bei diesem Ergebnis konnte die fristlose Kündigung nicht als das mildeste Mittel angesehen werden. Es wäre der C. AG zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigung und verbunden mit der Androhung einer fristlosen Kündigung im Wiederholungsfall aufzulösen. Es durfte davon ausgegangen werden, dass G. sich in der verbleibenden dreimonatigen Dauer des Arbeitsverhältnisses an das Verbot der Nebentätigkeit gehalten hätte. Damit stand G. Schadenersatz in Höhe von drei Monatslöhnen zu. Hingegen wurde die Forderung bezüglich einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR abgewiesen, weil G. als Betriebsleiter eine nicht geringe Treuepflichtverletzung vorzuwerfen war, während der C. AG keinerlei Vorwürfe zu machen waren.

(GSGE vom 28.10.2004 in Sachen G. gegen C. AG, GS 2004/251)

2.13.3. Art. 337 OR. Wer dem Arbeitnehmer vorwirft, er habe Kassenfehlbeträge an sich genommen, muss dies nachweisen können. Damit eine Kassenkontrolle aussagekräftig ist, muss sie den detaillierten Bestand von Geld und Waren, die dem Angestellten mitgegeben werden, festhalten. Dieser Bestand ist am Ende des Verkaufstages dem detaillierten Bestand an Geld und Waren, die zurückgebracht werden, gegenüberzustellen. Zudem muss die Arbeitgeberin für Transparenz dem Angestellten gegenüber sorgen. Erforderlich ist dazu, dass sie diesem den ausgelieferten Bestand an Waren und Geld bei Dienstantritt mitteilt und zu Beweis Zwecken quittieren lässt. Zudem muss sie die Kontrollen der Retouren an Waren und Geld unter Beizug des Arbeitnehmers durchführen. Verzichtet sie darauf, können andere

Ursachen für die behaupteten Fehlbeträge nicht ausgeschlossen werden.

- 2.13.4. Von einer juristischen Person wird erwartet, dass diese sich in der Regel innert einer Woche seit ausreichender Kenntnis der Verfehlungen ihres Mitarbeiters darüber klar wird, ob sie ihn weiterbeschäftigen oder sich von ihm per sofort trennen will, und im letzteren Fall die Kündigung spätestens am Ende dieser Woche ausspricht. Eine Arbeitgeberin, die bei umfassender Kenntnis des Verhaltens ihres Arbeitnehmers diesen während längerer Zeit weiterarbeiten lässt, muss sich entgegenhalten zu lassen, dass für sie offensichtlich eine Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar ist. Diesem Nachteil, dass ihr die eigene Nachsicht gegenüber dem Angestellten nachteilig ausgelegt werden kann, kann die Arbeitgeberin dadurch entgehen, dass sie den Arbeitnehmer wegen dessen Verhaltens ausdrücklich verwarnt und für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung androht. Unter diesen Umständen ist eine sofortige Entlassung wieder zulässig.**

D. arbeitete seit 1. Oktober 2003 als Verkaufsfahrer für die P. GmbH in Riehen. Am 20. Februar 2004 wurde das Vertragsverhältnis von Seiten der Arbeitgeberin wegen behaupteter Fehlbeträge bei den täglichen Abrechnungen fristlos aufgelöst. Am 27. Februar 2004 erhob D. gegen seine ehemalige Arbeitgeberin Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht, mit der er deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 5'875.80 für fehlenden Lohn bis zur fristlosen Kündigung sowie für Schadenersatz begehrte. In der Hauptverhandlung vom 19. Juli 2004 bewilligte das Gericht dem Kläger eine Klagänderung für Ansprüche aus Lohndifferenzen und verurteilte alsdann die Beklagte, ihm CHF 7'697.30 netto, zuzüglich 5% Zins seit dem 1. März 2004, zu bezahlen. Gegen diesen Entscheid hat die P. GmbH Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht am 21. Oktober 2004 abgewiesen hat. In seiner Vernehmlassung vom 24. September 2004 zur Beschwerde hat das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt ausgeführt:

„[...] Zu beurteilen war [...] eine fristlose Entlassung, die die Beschwerdeführerin gegenüber dem Kläger ausgesprochen hat. Sie warf ihm Kassenfehlbeträge vor. Dazu führte sie aus, sie habe, als sie im Dezember Kassendifferenzen entdeckt habe, mit der regelmässigen Kontrolle der Kasse des Klägers begonnen. Sobald der Kläger, der als Verkaufsfahrer gearbeitet hat, am Feierabend die Kasse abgeliefert und den Betrieb verlassen habe, habe sie zusammen mit anderen Angestellten die vom Kläger zurückgebrachten Waren sowie dessen Einnahmen kontrolliert, ohne diesen jedoch darüber zu informieren und ihn mit den angeblich festgestellten Fehlbeträgen zu konfrontieren. Da der Kläger bestritten hat, ausser seinem Trinkgeld Geld aus der Kasse an sich genommen zu haben, war es an der

Beschwerdeführerin, die behaupteten Fehlbeträge sowie das ihm sinngemäss vorgeworfene unredliche Verhalten nachzuweisen.

Die Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass pro Verkaufswoche in der Kasse des Klägers Fr. 200.-- bis Fr. 250.-- gefehlt hätten. Zudem reichte sie eine Liste über die durchgeführten Kontrollen und die dabei festgestellten Fehlbeträge ein. Auf diese Weise konnte jedoch von vornherein der erforderliche Nachweis nicht gelingen. Damit eine derartige Kontrolle aussagekräftig ist, muss sie den detaillierten Bestand von Geld und Waren, die dem Angestellten mitgegeben worden sind, festhalten. Dieser Bestand ist am Ende des Verkaufstages dem detaillierten Bestand an Geld und Waren, die zurückgebracht werden, gegenüberzustellen. Eine derartige Kontrolle war der ins Recht gelegten Liste nicht zu entnehmen. Zudem hätte die Beschwerdeführerin für Transparenz dem Angestellten gegenüber sorgen müssen. Erforderlich ist dazu, dass sie diesem den ausgelieferten Bestand an Waren und Geld bei Dienstantritt mitteilt und zu Beweis Zwecken quittieren lässt. Zudem hätte sie ebenfalls die Kontrollen der Retouren an Waren und Geld unter Beizug des Klägers durchführen müssen. Da sie darauf verzichtet hatte, können andere Ursachen für die behaupteten Fehlbeträge nicht ausgeschlossen werden. Denkbar wäre beispielsweise, dass in einer solchen Situation wie der vorliegenden ein Arbeitgeber oder einer seiner übrigen Angestellten, die bei der Kontrolle mitwirken, selber das Geld für sich abzweigt, um einem missliebigen Mitarbeiter Fehlbeträge unterschieben zu können. Es stand und steht dem Gericht selbstverständlich fern, der Beschwerdeführerin oder ihren übrigen Angestellten etwas derartiges vorzuwerfen. Unter all diesen Umständen konnte jedoch nicht von einem hinreichenden Nachweis der Fehlbeträge ausgegangen werden. Im übrigen hätten solche Fehlbeträge für sich allein nicht eine fristlose Kündigung rechtfertigen können. Erforderlich wäre vielmehr zusätzlich ein dem Angestellten vorwerfbares schweres Fehlverhalten gewesen.

Fehlbeträge in der Grössenordnung, wie sie die Beschwerdeführerin festgestellt haben wollte, brauchen nicht zwingend auf eine unerlaubte Wegnahme durch den Kläger hinzuweisen. Möglich sind derartige Differenzen auch bei einem mit der Bedienung einer Kasse dauerhaft überforderten Angestellten, der sich versehentlich von den Kunden zu wenig bezahlen lässt oder diesen zuviel Wechselgeld zurückgibt. Unter solchen Umständen wäre eine fristlose Kündigung noch nicht zulässig. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin, bevor und nachdem sie am 20. Februar 2004 die fristlose Kündigung ausgesprochen hatte, es bis zur Hauptverhandlung am 19. Juli 2004 nicht für nötig hielt, bei der Staatsanwaltschaft Anzeige gegen den Kläger zu erstatten. Ob sie dies, wie sie nun in der Beschwerde angibt, in der Zwischenzeit nachgeholt hat, entzieht sich [der] Kenntnis [des Gerichts]. Die Beschwerdeführerin wäre auf jeden Fall besser beraten gewesen, schon zu

Beginn der angeblich festgestellten Unregelmässigkeiten sich an die Staatsanwaltschaft zu wenden. Dies hätte ihr erlaubt, sich hinsichtlich einer Beweissicherung beraten zu lassen. Insbesondere hätte die Aussicht darauf bestanden, dem Kläger ein allfälliges deliktisches Verhalten direkt nachzuweisen. Nachdem sie jedoch auf den Beizug der Staatsanwaltschaft verzichtet hatte, konnte unter der Voraussetzung, dass die Fehlbeträge erstellt waren, lediglich daraus - und damit nur indirekt - auf die Schwere des Fehlverhaltens des Klägers geschlossen werden. Um eine fristlose Kündigung rechtfertigen zu können, hätte das Gericht dabei zur Überzeugung gelangen müssen, dass ein Angestellter bei derartigen Fehlbeträgen das fehlende Geld an sich genommen hat. Das wurde vom Gericht in Frage gestellt.

Fraglich war ferner, ob die fristlose Kündigung vom 20. Februar 2004 durch die Beschwerdeführerin nicht als verspätet anzusehen war, nachdem sie bereits seit Dezember 2003 regelmässig Fehlbeträge in der Kasse des Klägers festgestellt haben wollte, diesen jedoch während einigen Wochen bis zum 20. Februar 2004 gleichwohl weiterbeschäftigte. Dabei ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin schon lange Zeit vor diesem Datum hinreichende Kenntnis über das angebliche Fehlverhalten des Klägers hatte. Von einer juristischen Person wird erwartet, dass diese sich in der Regel innert einer Woche seit ausreichender Kenntnis der Verfehlungen ihres Mitarbeiters darüber klar wird, ob sie ihn weiterbeschäftigen oder sich von ihm per sofort trennen will, und im letzteren Fall die Kündigung spätestens am Ende dieser Woche ausspricht. Nur dann kann von einer rechtzeitig erklärten fristlosen Entlassung ausgegangen werden. Man mag diese Praxis bei fortgesetzten deliktischem Verhalten eines Angestellten in Frage stellen. Dennoch hat sich ein Arbeitgeber, der bei umfassender Kenntnis des Verhaltens seines Arbeitnehmers diesen während längerer Zeit weiterarbeiten lässt, sich entgegenhalten zu lassen, dass für ihn offensichtlich eine Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar ist. Diesem Nachteil, dass ihm die eigene Nachsicht gegenüber dem Angestellten nachteilig ausgelegt werden kann, kann der Arbeitgeber dann dadurch entgehen, [dass] er den Arbeitnehmer wegen dessen Verhaltens ausdrücklich verwarnt und für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung androht. Unter diesen Umständen ist eine sofortige Entlassung wieder zulässig. Neu ist die Situation für den Arbeitgeber ausserdem, falls zum bisherigen, von ihm geduldeten Verhalten eines Arbeitnehmers andere, erschwerende Umstände hinzutreten. All dies war vorliegend jedoch nicht der Fall.

Da die fristlose Kündigung vorliegend ungerechtfertigt war, schuldete die Beschwerdeführerin dem Kläger Schadenersatz in der Höhe des Lohnes, den der Kläger verdient hätte, wäre das Arbeitsverhältnis durch sie ordentlich gekündigt worden. [...]“

(GSGE vom 19.7.2004 in Sachen D. gegen P. GmbH, GS 2004/91; AGE vom 21.10.2004, Verf. Nr. 974/2004)

**2.13.5. Entschädigung (Art. 337c Abs. 3 OR):
Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)**

2.14 Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

Zur massgebenden Kundenbeziehung (Art. 340 Abs. 2 OR)

Art. 340 OR. Ein Konkurrenzverbot kann die Kundenbeziehungen einer Arbeitgeberin nur schützen, wenn diese auf ihre Bemühungen und Leistungsfähigkeit zurückgehen. Nur ein so gewonnener Kundenkreis ist schützenswert. Beruht die Bande des Kunden zum Betrieb der Arbeitgeberin hingegen in erster Linie auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, darf deren Werbekraft nicht durch ein Konkurrenzverbot unterbunden werden, auch wenn der Wegzug des Angestellten die Arbeitgeberin schädigen kann.

X. wurde gemäss Arbeitsvertrag vom 3. September 2001 seit dem 1. September 2001 bei der Y. AG, eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, als Aussendienstmitarbeiter beschäftigt. Die Tätigkeit von X. bestand in der Vermittlung von Kapitalanlagen bzw. Vermögensverwaltungsmandaten sowie in der Betreuung bereits aquirierter Mandate. Der Arbeitsvertrag sah folgendes Konkurrenzverbot vor:

„12.1. Der Mitarbeiter verpflichtet sich, während zwei Jahren nach Auflösung des Anstellungsverhältnisses weder als selbständiger noch als angestellter Finanzberater mit der Kundschaft der [Y. AG] in Kontakt zu treten.

12.2. Verletzt der Mitarbeiter dieses Konkurrenzverbot [...], so hat er für jede Übertretung eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.-- zu bezahlen. [...]"

X. kündigte das Arbeitsverhältnis am 27. Mai 2002 per Ende Juni 2002. Nach seiner Kündigung erhob er gegen seine frühere Arbeitgeberin Klage auf Zahlung von insgesamt CHF 11'821.25 netto. Der Klagforderung hielt die Y. AG einen eigenen Anspruch auf Zahlung einer Konventionalstrafe im Umfang der Klagforderung zur Verrechnung entgegen, weil X. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das vereinbarte Konkurrenzverbot übertreten habe. Das

Gewerbliche Schiedsgericht hat am 17. März 2003 X. in teilweiser Guttheissung der Klage CHF 7'486.80 netto zugesprochen. Gegen das Urteil, insbesondere die Nichtberücksichtigung ihrer Verrechnungsforderung, erhob die Y. AG Beschwerde, die das Appellationsgericht am 11. Juni 2003 abgewiesen hat. Ebenfalls abgewiesen wurde am 28. November 2003 eine von der Y. AG wegen willkürlicher Beweiswürdigung und Verletzung des rechtlichen Gehörs beim Bundesgericht eingereichte staatsrechtliche Beschwerde. In seiner Vernehmlassung vom 9. Mai 2003 zur Beschwerde der Y. AG ans Appellationsgericht hat das Gewerbliche Schiedsgericht zum Konkurrenzverbot was folgt ausgeführt:

„[...] Zunächst war zu prüfen, ob dieses Konkurrenzverbot überhaupt gültig war. Ein Konkurrenzverbot kann die Kundenbeziehungen eines Arbeitgebers nur schützen, wenn diese auf dessen Bemühungen und Leistungsfähigkeit zurückgehen. Nur ein so gewonnener Kundenkreis ist schützenswert. Beruht die Bande des Kunden zum Betrieb des Arbeitgebers hingegen in erster Linie auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, darf deren Werbekraft nach der Rechtslehre und Rechtsprechung nicht durch ein Konkurrenzverbot unterbunden werden, auch wenn der Wegzug des Angestellten den Arbeitgeber schädigen kann (Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1988, S. 94). Der Kläger war angestellt zur Vermittlung von Kapitalanlagen bzw. Vermögensverwaltungsmandaten und zur Pflege bereits akquirierter Mandate. Zu diesem Zweck musste er die Kunden mindestens zweimal jährlich besuchen. Aus früheren Verfahren von Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin war dem Gericht zudem bekannt, dass diese dazu aufgefordert wurden, vor allem Verwandte, Freunde und Bekannte als Kunden zu gewinnen. Dies bestätigte sich in den Aussagen von zwei der vor Gericht befragten Zeugen, die Kollegen des Klägers waren und von diesem als Kunden gewonnen wurden. Alle drei Zeugen bestätigten auch, dass sie ausser mit dem Kläger, mit niemanden von der Beschwerdeführerin Kontakt gehabt hätten. Dies führte dazu, dass sie den Kläger, als sie von dessen Weggang bei der Beschwerdeführerin erfuhren, eindringlich baten, sie weiterhin als Kunden der Beschwerdeführerin zu betreuen. In einem früheren Verfahren hat die Beschwerdeführerin zudem ausgeführt, im Zentrum einer erfolgreichen Verkaufstätigkeit durch ihre Angestellten stehe deren soziale Kompetenz. Dabei kam ihnen zweifellos zustatten, dass sie ihre Kunden in ihrem persönlichen Umfeld zu gewinnen suchten. Aus all diesen Fakten war ersichtlich, dass im Vordergrund der Bande der Kunden zur Beschwerdeführerin weniger deren Bemühungen und Leistungsfähigkeit, als vielmehr die persönlichen Kenntnisse, Eigenschaften und Fähigkeiten ihrer Arbeitnehmer standen. Hinzu kam, dass die Beschwerdeführerin ihren Kunden nicht etwa eigene Finanzprodukte, sondern jene grosser Finanzinstitute und Versicherungen angeboten und vermittelt hat. Auch dies zeigt, dass es in erster Linie auf die Geschicklichkeit des Arbeitnehmers und das Vertrauen des Kunden

in diesen ankam, ob ein Mandat gewonnen werden konnte. Die Kunden hätten sonst auch an die eigentlichen Anbieter der vermittelten Produkte direkt und damit ohne Umweg über die Beschwerdeführerin gelangen können. Aus all diesen Gründen wurde das Konkurrenzverbot als ungültig eingestuft. Doch selbst wenn es gültig wäre, so hat sich aus den Einvernahmen der drei Zeugen ergeben, dass der Kläger das Konkurrenzverbot nicht verletzte. Er hat diese nicht zum Abbruch der Kundenbeziehung zur Beschwerdeführerin verleitet und als eigene Kunden weiter betreut. Im Gegenteil war es so, dass die Kunden bei der Beschwerdeführerin blieben und der Kläger ihnen auf ihren ausdrücklichen und dringenden Wunsch hin als Berater weiterhin zur Verfügung gestanden ist. Die Zeugen haben ihre Kundenbeziehung zur Beschwerdeführerin erst eingefroren, gekündigt oder beendet, als sie durch das Vertragsgebaren der Beschwerdeführerin enttäuscht wurden, ohne aber danach etwa den Kläger als neuen Vertragspartner zu wählen. Dies führte dazu, dass die Beschwerdeführerin keine Konventionalstrafe geltend machen konnte. [...]“

(GSGE vom 17.3.2003 in Sachen X. gegen Y. AG, GS 2002/374; AGE vom 11.6.2003, Verf.Nr. 923/2003; BGE vom 28.11.2003, 4P.191/2003)

2.15. Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)

**Bedeutung einer Per-Saldo-Klausel auf Lohnabrechnung.
(siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)**

3. Weitere Erlasse

3.1. Gleichstellungsgesetz (GIG)

**Diskriminierende Kleidervorschriften (Art. 3 GIG)
(siehe unter Ziffer 2.8., S. 34)**

- 3.2. **Art. 69 BBV (Berufsbildungsverordnung).** Nach Abs. 1 anerkennt das BBT (Bundesamt für Berufsbildung und Technologie) ausländische Diplome und Ausweise. Wenn das BBT über die Frage der Äquivalenz eines ausländischen Ausweises (Abs. 1 lit. b, Abs. 2) keine Verfügung trifft, sondern die Gleichwertigkeit lediglich im Rahmen einer behördlichen Auskunft feststellt, schmälert dies die Verwendbarkeit der behördlichen Feststellung nicht. Zwar darf das Gericht, wie dies generell für Auskünfte oder Expertisen gilt, deren Ergebnisse nicht einfach unreflektiert übernehmen. Da das BBT über einen besonderen Sachverstand und eine grosse Erfahrung verfügt, darf das Gericht nicht ohne Not von dessen Einschätzung abweichen. Eine äquivalente Bildungsdauer (Abs. 2 lit. b) heisst nicht, dass die Dauer der im Ausland genossenen Ausbildung auf den Tag genau gleich lange gedauert haben muss wie ein entsprechender Bildungsgang in der Schweiz. Vielmehr ist Gleichwertigkeit der Bildungsdauer gefragt. Kein ausdrücklich genanntes Kriterium für Gleichwertigkeit ist die Frage, ob der Arbeitnehmer sich im Ausland einer Abschlussprüfung hat unterziehen müssen.
- Art. 2 Abs. 2 ZGB.** Die Geltendmachung eines Rechts ist missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht ist nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche, besondere Umstände gegeben sind.

Der italienische Staatsangehörige M. arbeitete seit Februar 1998 als Maurer für die A. AG, eine Temporärarbeitsfirma. Der Lohn für M. wurde nach Lohnklasse B gemäss Art. 42 des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (Ausgabe 1998 - 2000) festgelegt. Die Lohnklasse B steht für „Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, ohne bauberuflichen Berufsausweis, der vom Arbeitgeber aufgrund guter Qualifikation von der Lohnklasse C in die Lohnklasse B befördert wurde“. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung durch die A. AG auf Ende Mai 2003 klagte M. am 16. Juni 2003 auf Verurteilung der Arbeitgeberin zur Bezahlung der Lohndifferenz zwischen den Lohnklassen Q und B. Er habe in Italien die Ausbildung zum Maurer absolviert und sei von der vorherigen Arbeitgeberin ebenfalls in die Lohnklasse Q eingereiht worden. Nach Einholung einer amtlichen Erkundigung beim Bundesamt für Berufsbildung und Technologie in Bern (BBT) über die Frage der Gleichwertigkeit des von M. in Italien erworbenen Berufsausweises mit dem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis als Maurer hat das Gewerbliche Schiedsgericht mit Urteil vom 19. Februar 2004 die Lohnklasse Q für massgebend erklärt und die A. AG zu einer Lohnnachzahlung über CHF 17'995.25 netto nebst 5% Zins verurteilt. Gegen

dieses Urteil hat die A. AG Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht am 1. Juni 2004 abgewiesen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 2. a) [...] Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin aufgrund von Art. 20 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11) den Beschwerdegegner nach den Bestimmungen des Landesmantelvertrags für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) zu entlönnen hatte. Art. 41 LMV legt für die fünf nach Vertrag vorgesehenen Lohnklassen die gesamtschweizerischen Basislöhne fest, "auf die die Arbeitnehmenden im Sinne eines Minimallohnes Anspruch haben" (Art. 41 Abs. 1 LMV). Art. 42 LMV definiert diese fünf Lohnklassen wie folgt:

C Bauarbeiter ohne Fachkenntnisse;

B Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, ohne bauberuflichen Berufsausweis;

A Bau-Facharbeiter ohne Berufsausweis, jedoch:

1. mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission (SPK) anerkannten Kursausweis oder
2. vom Arbeitgeber ausdrücklich als Bau-Facharbeiter anerkannt;

Q Bau-Facharbeiter, wie Maurer, Strassenbauer, Zimmermann usw., mit einem von der SPK anerkannten Berufsausweis (eidgenössisches Fähigkeitszeugnis oder gleichwertiger ausländischer Fähigkeitsausweis) und mindestens dreijähriger Tätigkeit auf schweizerischen Baustellen;

V Bau-Facharbeiter, der eine von der SPK anerkannte Vorarbeiterschule mit Erfolg absolviert hat oder vom Arbeitgeber als Vorarbeiter ernannt wird.

b) Der Streit zwischen den Parteien dreht sich um die Frage, ob der Kläger in die richtige Lohnklasse eingereiht worden ist. Wie sich aus den Aussagen des Vertreters der Beschwerdeführerin anlässlich des Vorverfahrens vom 9. September 2003 ergibt, ist der Arbeitnehmer der Lohnklasse B zugewiesen worden (vgl. Protokoll bei den Akten der Vorinstanz). Dieser selbst erhebt unter Berufung auf sein in Italien erworbenes "Attestato", das einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis gleichwertig sei, Anspruch auf Einreihung in Lohnklasse Q. Nach Art. 68 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung (BBG, SR 412.10) regelt der Bundesrat die Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise der Berufsbildung im Geltungsbereich dieses Gesetzes. In Art. 69 Abs. 1 der Verordnung des Bundesrates vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (BBV, SR 412.101) wird unter dem Marginale "Anerkennung" festgehalten, dass das Bundesamt (für Berufsbildung und Technologie) ausländische Diplome und Ausweise anerkennt, wenn diese im Herkunftsstaat staatlich ausgestellt oder staatlich anerkannt und einem schweizerischen Ausweis oder Titel gleichwertig sind. Nach Art. 69 Abs. 2 BBV liegt Gleichwertigkeit vor, wenn die gleiche Bildungsstufe gegeben ist (lit. a), die Bildungsdauer äquivalent ist (lit. b), die Inhalte vergleichbar sind (lit. c) und der Bildungsgang neben theoretischen auch praktische Qualifikationen umfasst (lit. d).

c) Der Beschwerdegegner, Jahrgang 1940, hat im Jahre 1959 an der "Scuola Consorziale Artigiana" in Motta di Livenza (I) ein "Attestato" erworben, mit dem ihm der Fähigkeitsausweis als Maurer erteilt worden ist. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat beim BBT eine amtliche Erkundigung über die Frage der Gleichwertigkeit dieses Ausweises mit einem entsprechenden eidgenössischen Ausweis eingeholt. Das Amt hat - nachdem es vom Arbeitnehmer ein Formular hat ausfüllen lassen und die Zustellung von beglaubigten Kopien der erworbenen Diplome und Ausweise verlangt hat - mit Schreiben vom 5. Februar 2004 erklärt, dass das dem Kläger am 15. August 1959 verliehene Diplom über die absolvierte Ausbildung als "muratore", unter Berücksichtigung seiner Berufserfahrung, dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis als Maurer gleichgestellt werden könne. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat gestützt auf diese Auskunft erwogen, der Beschwerdegegner hätte richtigerweise in Lohnklasse Q eingereiht werden müssen.

d) Die Beschwerdeführerin kritisiert dies als unrichtig. Sie macht geltend, beim Schreiben des BBT handle es sich nicht um eine Verfügung, sondern um eine blosse behördliche Auskunft. Das Gewerbliche Schiedsgericht wäre verpflichtet gewesen, die Gleichwertigkeit des vorgelegten Ausweises vorfrageweise selbst zu beurteilen und hätte zumindest auf ihre gegen die Auskunft erhobenen Einwände eingehen müssen. Die Gleichwertigkeit sei in Tat und Wahrheit nicht gegeben, da die im "Attestato" bescheinigte Bildungsdauer nur 2½ Jahre und nicht, wie in der Schweiz, 3 Jahre betragen habe. Sodann gehöre die vom Beschwerdegegner besuchte Schule nicht der gleichen Bildungsstufe an und kenne offenbar auch keine Abschlussprüfung. Das Äquivalent zu einer schweizerischen Gewerbeschule wäre die "Scuola tecnica". Schliesslich sei auch nirgendwo bescheinigt, dass der in Italien absolvierte Bildungsgang neben theoretischen auch praktische Qualifikationen umfasse.

e) Es trifft zwar zu, dass das BBT im vorliegenden Fall nicht autoritativ eine Verfügung über die Äquivalenz des ausländischen Ausweises des Beschwerdegegners mit einem schweizerischen erlassen, sondern diese Gleichwertigkeit im Rahmen einer behördlichen Auskunft festgestellt hat. Das schmälert indessen die Verwendbarkeit der behördlichen Feststellung nicht. Zwar darf das Gewerbliche Schiedsgericht, wie dies generell für Auskünfte oder Expertisen gilt, deren Ergebnisse nicht unreflektiert einfach übernehmen. Dies hat es jedoch auch nicht getan. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass das für den Vollzug des Bundesgesetzes zuständige Bundesamt bezüglich der hier interessierenden Fragen über einen besonderen Sachverstand und eine grosse Erfahrung verfügt, weshalb nicht ohne Not von dessen Einschätzung abgewichen werden soll. Was zunächst die Ausbildungsdauer angeht, so verlangt Art. 69 Abs. 2 lit. b BBV eine äquivalente Bildungsdauer. Das heisst nicht, dass die Dauer der im Ausland genossenen Ausbildung auf den Tag genau gleich lange gedauert haben muss wie ein entsprechender Bildungsgang in der Schweiz; es ist vielmehr Gleichwertigkeit der Bildungsdauer gefragt. Ein Bildungsgang, der 2½ Jahre

dauert, kann verglichen mit einem dreijährigen durchaus gleichwertig sein, wenn z.B. die täglich oder wöchentlich absolvierte Stundenzahl höher ist. Vorliegend hat der Beschwerdegegner Bestätigungen über den erfolgreichen Besuch von drei Jahreskursen eingereicht hat, nämlich für das "anno scolastico" der Jahre 1956/57, 1957/58 und 1958/59. Wenn im Abschlusszeugnis vom 15. August 1959 von einer gesamten Kursdauer von 30 Monaten die Rede ist, so hängt dies - wie das Gewerbliche Schiedsgericht in seiner Vernehmlassung überzeugend und unwidersprochen ausführt - offensichtlich mit den jeweils zwei Monate dauernden Sommerferien zusammen. Unter Berücksichtigung der jährlich 5 Wochen Ferien eines Lehrlings in der Schweiz reduziert sich der Unterschied in der Ausbildungsdauer auf bloss 2 ½ Monate. Die Dauer der Ausbildung ist somit kein Grund, die Gleichwertigkeit zu verneinen. Wenn die Beschwerdeführerin des Weiteren moniert, der Beschwerdegegner habe sich seinerzeit keiner Abschlussprüfung unterziehen müssen, so ist darauf hinzuweisen, dass dies nach Art. 69 Abs. 2 BBV kein ausdrücklich genanntes Kriterium ist. Damit kann offen bleiben, ob die Annahme der Vorinstanz, aus der Formulierung "con risultato finale" ergebe sich die Durchführung einer Abschlussprüfung, über jeden Zweifel erhaben ist. Was schliesslich die praktischen Qualifikationen angeht, welche die Beschwerdeführerin auf dem italienischen Abschlusszeugnis vermisst, weist das Gewerbliche Schiedsgericht in der Vernehmlassung darauf hin, dass mit "laboratorio" und "cartella" praktische Fächer benotet worden seien. Da die Beschwerdeführerin auf die Einreichung einer einlässlichen Replik verzichtet hat, ist nichts in Sicht, was diese überzeugende Annahme der Vorinstanz als unzutreffend erscheinen lassen könnte. Es sei nochmals daran erinnert, dass die behördliche Auskunft des BBT auf die amtliche Erkundigung des Gerichts mehr als nur eine völlig unverbindliche Meinungsäusserung ist. Wenn das BBT als zuständiges Amt die Gleichwertigkeit bescheinigt, so genügen bloss unsubstantiierte Behauptungen nicht, um diese behördliche Auskunft als fehlerhaft erscheinen zu lassen. Die Einreihung des Beschwerdeführers in Lohnklasse Q durch das Gewerbliche Schiedsgericht lässt sich nach dem Gesagten auch bei freier Kognition nicht beanstanden, zumal feststeht, dass der Beschwerdegegner schon früher nach dieser Lohnklasse entlohnt worden war (vgl. Lohnabrechnung der Firma X. AG für April 1996, in den Akten).

f) Im Quantitativ wurde die vom Gewerblichen Schiedsgericht vorgenommene Berechnung des auf Lohnklasse Q beruhenden Lohnes von der Beschwerdeführerin nicht bestritten, so dass als Zwischenergebnis festzuhalten ist, dass eine Lohndifferenz von CHF 17'995.25 zu Gunsten des Beschwerdegegners besteht.

3. a) Im Eventualstandpunkt macht die Beschwerdeführerin wie schon vor dem Gewerblichen Schiedsgericht geltend, die vom Beschwerdegegner erhobene Forderung sei rechtsmissbräuchlich und könne deshalb keinen Schutz beanspruchen. Sie begründet dies damit, dass der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin erstmals im Rahmen der Begründung der Klage geltend gemacht habe, er sei gestützt auf seine in Italien erworbene Berufsausbildung berechtigt, in Lohnklasse Q entlohnt zu werden. Es sei zudem in Rechnung zu stellen, dass die Margen beim Verleih von

Personal sehr knapp berechnet seien und dass die Beschwerdeführerin, wenn sie auf fünf Jahre zurück einen höheren Lohn vergüten müsste, einen erheblichen Nachteil erleiden würde, zumal es nachträglich nicht mehr möglich sei, der Einsatzfirma die Differenz in Rechnung zu stellen. Die Geltendmachung von Lohnklasse Q durch den Beschwerdegegner wäre schon zu Beginn des Anstellungsverhältnisses zumutbar und nach Treu und Glauben auch geboten gewesen.

b) Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Wann ein Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, wobei die nach der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen zählt die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Allgemein kann auch gesagt werden, dass die Geldmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Hingegen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Regelung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 397 mit weiteren Hinweisen).

c) Im vorliegenden Fall sind solche vom Bundesgericht geforderte zusätzliche Umstände nicht in Sicht. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausgeführt hat, erfolgt gemäss Art. 43 Abs. 1 LMV die Einreihung der Arbeitnehmer in die entsprechende Lohnklasse durch den Arbeitgeber und muss dem Arbeitnehmer spätestens nach Ablauf der Probezeit mitgeteilt werden; sie ist sodann auf der individuellen Lohnabrechnung aufzuführen. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Einreihung des Arbeitnehmers in die "betreffende Lohnklasse" beinhaltet, dass er den Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung fragen, allfällige Arbeits- und Fähigkeitszeugnisse einverlangen und im Zweifelsfall eine Gleichwertigkeitsbeurteilung durch das zuständige Bundesamt einleiten muss, da nur so eine korrekte Einreihung vorgenommen werden kann. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner in Lohnklasse B - also als Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, aber ohne bauberuflichen Berufsausweis - eingereiht hat, kann nur geschlossen werden, dass sie entweder ihrer obgenannten Erkundigungs- und Abklärungspflicht nicht nachgekommen ist oder den Beschwerdegegner ungeachtet ihrer Kenntnisse seiner Qualifikationen absichtlich zu tief eingereiht hat. Das von der Beschwerdeführerin Versäumte kann nicht dem Beschwerdegegner angelastet werden, zumal die Einreihung entgegen den massgebenden Vorschriften des LMV auf den individuellen Lohnabrechnungen nicht aufgeführt und dem Beschwerdegegner - nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung -

auch nie mitgeteilt wurde. Von einem Rechtsmissbrauch auf Seiten des Beschwerdegegners, geschweige denn von einem offenbaren, kann deshalb keine Rede sein. Damit ist die Beschwerde auch im Eventualstandpunkt unbegründet. [...]“

(GSGE vom 19.2.2004 in Sachen M. gegen A. AG, GS 2003/223; AGE vom 1.6.2004, Verf. Nr. 918/2003)

3.3. Römer-Übereinkommen

**Zur Rechtswahl in Arbeitsverträgen (Art. 6 Abs. 1 RömÜ).
(siehe unter Ziffer 2.11.9., S. 67)**

E. Statistiken der Berichtsjahre 2003 und 2004

	2003	2004
Klageingänge	489	422
aus dem Vorjahr übernommen	150	133
Total hängig	639	555
unerledigt übertragen	133	98
erledigte Fälle	506	457

Die Fälle fanden folgende Erledigung

Sitzungen (inkl. Vorverfahren)	192	192
--------------------------------	-----	-----

2003

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich		sonstige Erledigung	total
	Kläger g	teilweise	Beklagten		Anerken-nung	Rückzug		
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	4	16	7	27	7	10	56	100
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genussmittel	6	15	7	28	8	5	44	85
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	5	21	11	37	17	23	130	207
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	2	6	1	9	3	5	19	36
5. Körper,- Gesundheits-pflege Spital, Erziehung	0	10	7	17	5	5	42	69
6. Medien, Theate Druck + Papier	1	2	1	4	0	0	5	9
Total	18	70	34	122	40	48	296	506

2004

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe Industrie etc.	3	26	1	30	12	7	52	101
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genuss- Mittel	2	22	7	31	12	12	43	98
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	9	18	12	39	18	21	95	173
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	3	3	3	9	1	5	24	39
5. Körper,- Gesundheits-pflege Spital, Erziehung	0	4	2	6	8	3	20	37
6. Medien, Theater Druck + Papier	0	1	3	4	0	1	4	9
Total	17	74	28	119	51	49	238	457

GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT
BASEL-STADT

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2005 BIS 2007

Vorsitz im Jahre 2005: Dr. F. Beurret-Flück und Dr. M. Stein-Wigger

Vorsitz im Jahre 2006: Dr. A. Heierli und Dr. F. Beurret-Flück

Vorsitz im Jahre 2007: lic. iur. A. Schmidlin und Dr. A. Heierli

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Oktober 2008

Inhaltsübersicht

	Seite
A.	Einleitung 1
B.	Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen 1
1.	<u>Prozessrechtliche Fragen</u>
1.1.	Örtliche Zuständigkeit (Art. 21, 24 Abs. 1 GestG) Zulässigkeit einer den Arbeitnehmer begünstigenden Gerichtsstandsklausel2
1.2.	Feststellungsklage Voraussetzungen (siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)
1.3.	Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB)
1.3.1.	bezüglich Abschluss, Befristung, Beendigung des Arbeitsvertrages (siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)
1.3.2.	bezüglich Kündigung des Arbeitsvertrages (siehe unter Ziffer 2.17.1.-2.17.2., S. 71)
1.3.3.	bezüglich Lohnzahlung bei Vorliegen einer Quittung (siehe unter Ziffer 2.8.1.1., S. 28)
1.4.	Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR) Prozessuale Obliegenheiten der Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung7
1.5.	Parteientschädigung vor Gewerblichem Schiedsgericht (§ 172 ZPO)8 Kostenverteilung nach Veranlassungsprinzip und Ausnahmen (siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)
2.	<u>Materiellrechtliche Fragen nach Obligationenrecht</u>
2.1.	Arbeitsvertrag (Art. 319 OR) Zulässigkeit trotz möglicher anderer Rechtsform der Zusammenarbeit.....9

II

2.2.	Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)	
2.2.1.	Aufklärungspflicht des Arbeitnehmerin bezüglich ihres Gesundheitszustandes (siehe unter Ziffer 2.10.1.-2.10.3., S. 37)	
2.2.2.	Wechsel des Arbeitgebers durch konkludente Zustimmung des Arbeitnehmers?	11
2.2.3.	Beweislastverteilung bezüglich Abschluss eines Arbeitsvertrags.....	15
2.3.	Überstundenarbeit (Art. 321c OR) Pflicht zur Kompensation durch Freizeit nach L-GAV für das Gastgewerbe 98 (siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)	
2.4.	Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR) Umsatzrückgang als Schaden?	16
2.5.	Lohn (Art. 322 OR)	
2.5.1.	Voraussetzungen der Lohnrückforderung (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)	
2.5.2.	Anspruch auf Privatkilometer mit Geschäftsfahrzeug als Lohn. Bemessung während Freistellung (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.6.	Provision (Art. 322b f. OR)	
2.6.1.	Provisionsberechnung während Freistellung	19
2.6.2.	Provisionsstornierung trotz Erfüllung des vermittelten provisionsberechtigten Vertrags?	21
2.7.	Gratifikation (Art. 322d OR)	
2.7.1.	Verlust der Freiwilligkeit durch mehrmaliges vorbehaltloses Ausrichten (siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)	
2.7.2.	Entstehung des pro-rata-Anspruchs (siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)	

2.8.	Ausrichtung des Lohnes (Art. 323 ff. OR)	
2.8.1.	Nachweis der Lohnzahlung	
2.8.1.1.	Vermutung der Zahlung durch Lohnquittung. Beweis des Gegenteils.....	28
2.8.1.2.	Datierung und Unterzeichnung der Lohnabrechnung als Quittung?.....	29
2.8.1.3.	Nachweis durch Buchhaltung. Anforderungen.....	31
2.8.2.	Voraussetzungen der Lohnrückforderung (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)	
2.8.3.	Lohnabzug für noch nicht verfügte Zollbusse als Lohnrückbehalt oder Lohnverrechnung?.....	33
2.8.4.	Berechnung der pfändbaren Quote bei verheirateten und beidseits erwerbstätigen Ehegatten (siehe unter Ziffer 2.12.2., S. 51)	
2.9.	Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)	
2.9.1.	Jahresarbeitszeit. Anforderungen.....	34
2.9.2.	Freistellung	
2.9.2.1.	Provisionsberechnung? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.9.2.2.	Bezahlung echter Reisespesen? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.9.2.3.	Abgeltung für entgangene Privatkilometer mit Geschäftswagen? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.9.3.	Ersatz von infolge Arbeitgeberverzuges entgehenden Trinkgeldeinnahmen (siehe unter Ziffer 2.13.2., S. 52)	
2.10.	Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)	
2.10.1.	Lohnfortzahlungsanspruch über das Kündigungsende hinaus?	37
2.10.2.	Lohnfortzahlung bei vorbestehenden gesundheitlichen Leiden?.....	37
2.10.3.	Prämien der Einzelkrankentaggeldversicherung nach Beendigung. Ersatzpflicht des Arbeitgebers. Voraussetzungen?	37

IV

2.10.4.	Anrechnung der Taggelder an den Lohnfortzahlungsanspruch für Verhinderungsgründe, welche nicht zu den durch eine Taggeldversicherung versicherten Risiken gehören?	41
2.10.5.	Lohnfortzahlungsanspruch bei Betreuung kranker Kinder (Art. 36 Abs. 3 ArG)	41
2.11.	Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)	
2.11.1.	Beteiligung der Arbeitgeberin an Bürokosten des Arbeitnehmers trotz Zurverfügungstellen eines Büros?	43
2.11.2.	Anspruch auf echte Reisespesen während Freistellung? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.12.	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 ff. OR)	
2.12.1.	Vertragsfreiheit vor Gleichbehandlungsgebot bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags?	45
2.12.2.	Anspruch auf kostenlose Zahnbehandlung aufgrund des Gleichbehandlungsgebots?	51
2.13.	Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)	
2.13.1.	Betriebsübernahme bejaht beim Verkauf eines Coiffeursalons (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)	
2.13.2.	Betriebsübernahme bei Restaurantpacht bejaht	52
2.13.3.	Betriebsübernahme bei Restaurantpacht verneint	54
2.14.	Befristeter Arbeitsvertrag (Art. 334 OR)	
2.14.1.	Beweislastverteilung bezüglich Befristung eines Arbeitsvertrags (siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)	
2.14.2.	Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach nichtiger Kündigung als Aufhebungsvertrag qualifiziert (siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)	
2.14.3.	Voraussetzungen der Gültigkeit eines Aufhebungsvertrages (siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)	

2.15.	Kündigung, Probezeit (Art. 335 ff. OR)	
2.15.1.	Zustellung der Kündigung bereits mit Kenntnisnahme der Abholungseinladung der Post?.....	58
2.15.2.	Lohnanspruch während Kündigungsfrist.....	60
2.15.3.	Vereinbarung einer Probezeit im Gastgewerbe: Ungewöhnliche Vertragsklausel im Formularvertrag von GastroSuisse.....	62
2.15.4.	Ordentliche oder fristlose Kündigung: Auslegung nach Vertrauensprinzip (siehe unter Ziffern 2.8.1.3., S. 31 und 2.17.1., S. 71)	
2.16.	Kündigung zur Unzeit (Art. 336c f. OR)	
2.16.1.	Vertragliche Pflicht zur Vorlage eines Arztzeugnisses ab 4. Krankheitstag: Beweislastumkehr für Arbeitgeber?.....	65
2.16.2.	Zum Beweiswert von Arztzeugnissen.....	65
2.16.3.	Temporärarbeit: Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR oder des LMV für das Bauhauptgewerbe?	68
2.16.4.	Nichtige Kündigung: Genügt schriftliches Arbeitsangebot?	70
2.16.5.	Verlängerung der Kündigungsfrist durch notwendige Operation (siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)	
2.17.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	
2.17.1.	Ordentliche oder fristlose Kündigung: Auslegung nach Vertrauensprinzip	72
	(siehe auch unter Ziffer 2.8.1.3., S. 31)	
2.17.2.	Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Schriftlichkeitsform nach GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren und Confiseur-gewerbe?.....	72
2.17.3.	Gerechtfertigte fristlose Kündigung erst nach Verwarnung	
2.17.3.1.	Bei Arbeitsverweigerung.....	74
2.17.3.2.	Bei Nichtvorlage von Arztzeugnissen.....	78
2.17.3.3.	Bei Nichtvorlage von Arztzeugnissen.....	82
2.17.3.4.	Bei unentschuldigtem kurzzeitigen Fernbleiben vom Arbeitsplatz.....	87
2.17.4.	Gerechtfertigte fristlose Kündigung bei Geschlechtsverkehr mit Kunden während Arbeitszeit (siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)	

- 2.17.5. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung nach Verweigerung einer sofortigen Vertragsänderung
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
- 2.17.6. Schadenminderungspflicht bei ungerechtfertigter Entlassung
 - 2.17.6.1. Selbstverschuldeter Taggeldverlust, unterlassenes Bemühen um Wiedererhalt der Taxifahrbewilligung
(siehe unter Ziffer 2.17.3.1., S. 73)
 - 2.17.6.2. Zumutbare Neuanstellung beim bisherigen Arbeitgeber?
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
- 2.17.7. Schadenersatzberechnung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung und notwendiger Operation während hypothetischer Kündigungsfrist
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)
- 2.17.8. Pflicht zur Lohnfortzahlung trotz gerechtfertigter fristloser Kündigung?
(siehe unter Ziffer 2.17.3.2., S. 77)
- 2.17.9. Charakter der Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR
(siehe unter Ziffer 2.17.1.2., S. 71)

- 2.18. Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)
Verzichtsverbot bezüglich bereits entstandener Ansprüche
(siehe unter Ziffern 2.12.1., S. 45 und 2.16.4., S. 69)

- 2.19. Wirkung von GAV-Bestimmungen (Art. 357 OR)
Bezüglich einer von der Arbeitgeberin abgeschlossenen Krankentag-
geldversicherung91

- 3. Gesamtarbeitsverträge
 - 3.1. LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005
 - 3.1.1. Pflicht zur Erkundigung über Ausbildung und Berufserfahrung des Arbeitnehmers (Art. 43 LMV)
(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)
 - 3.1.2. „Dreijährige Tätigkeit im Beruf“ bei BBT-Lehrberufen für Hilfsbetriebe (Anhang 15 zum LMV)?
(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)
 - 3.1.3. Temporärarbeit: Vorrang des Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR vor Art. 21 Abs. 1 LMV
(siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)

- 3.2. GAV für die Reinigungsbranche ab 1.7.2004
Unzulässige Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit (Art. 6 GAV)
(siehe unter Ziffer 2.9.1., S. 34)

- 3.3. L-GAV für das Gastgewerbe 98

 - 3.3.1. Ungewöhnliche Abrede über Probezeit in Formularvertrag von Gastro-Suisse (Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98)
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
 - 3.3.2. Pflicht der Arbeitnehmer zur Freizeitkompensation von Überstunden
(Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98)
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)

- 3.4. GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren-
und Confiseurgewerbe
Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Schriftlichkeitsvorbehalt bei ei-
gener fristloser Kündigung
(siehe unter Ziffer 2.17.1.-2.17.2., S. 71)

- 3.5. GAV für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den
schweizerischen Rheinhäfen
Für den Arbeitnehmer verbindliche, vom Arbeitgeber abgeschlossene
Krankentaggeldversicherung (Art. 5.3 Abs. 2 GAV)
(siehe unter Ziffer 2.19., S. 90)

- C. Statistiken der Berichtsjahre 2005-2007 95

A. Einleitung

In den Berichtsjahren 2005 bis 2007 wurden 341, 413 bzw. 411 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 95, 148 bzw. 128 durch Urteil. Die durch Vergleich, Rückzug der Klage oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2005 61,3%, im Jahre 2006 61,5% und im Jahre 2007 62,3%. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und von diesem erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 94). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO in den Jahren 2005 und 2006 in jeweils neun Fällen bzw. im Jahre 2007 in zwölf Fällen Beschwerde an das Appellationsgericht Basel-Stadt erhoben, wovon in den Jahren 2005 und 2007 jeweils zwei Beschwerden teilweise oder ganz und im Jahre 2006 sechs Beschwerden teilweise gutgeheissen wurden. In insgesamt drei Fällen wurde danach noch das Bundesgericht angerufen, das jedoch auf eine Beschwerde nicht eingetreten ist (BGE 4A.352/2008) und eine Beschwerde (BGE 4A_163/2008, S. 21) bzw. eine altrechtliche Berufung (BGE 4C.29/2006, S. 2) abgewiesen hat, soweit es darauf eintrat.

B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts werden gewöhnlich mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgt in der Regel nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben wird. Im Folgenden werden zu einzelnen bestimmten Rechtsfragen die Urteilserwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und des Appellationsgerichts Basel-Stadt (Ziffern 2.10.4.-5., S. 41; 2.17.3.3., S. 81; 2.17.3.4., S. 86; 2.19., S. 90) sowie in zwei Fällen auch des Bundesgerichts (Ziffern 1.1., S. 2; 2.6.2., S. 21) wiedergegeben.

1. Prozessrechtliche Fragen

- 1.1. Örtliche Zuständigkeit (Art. 21, 24 Abs. 1 GestG; Gerichtsstandsklausel nach GAV). Ein Aushilfsarbeitsverhältnis wandelt sich in eine feste Anstellung, wenn der Arbeitnehmer ununterbrochen mindestens ein Jahr lang relativ regelmässig Arbeitseinsätze leistet und in guten Treuen mit weiteren Einsätzen rechnen durfte. Für diese Umwandlung sprachen vorliegend die konkreten Verhältnisse, nämlich konstante Arbeitseinsätze eines Schlafwagenbegleiters über mehrere Jahre entsprechend einem Beschäftigungsgrad von 60%, keine Ablehnung von Einsätzen durch den Arbeitnehmer sowie insbesondere auch das Verhalten der Arbeitgeberin, welche in Abweichung zum Aushilfsarbeitsvertrag das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist auf Monatsende kündigte und dem Arbeitnehmer noch Lohn bezahlte, als er keine Reisen mehr ausführte. Da der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Festanstellung hatte, kam der GAV, der nur für festangestellte Arbeitnehmer galt, und damit die dortige Gerichtsstandsklausel zur Anwendung. Die Gerichtsstandsklausel sah mit Basel einen Ort vor, der weder Sitz noch Niederlassung der Arbeitgeberin und auch nicht der gewöhnliche Arbeitsort war. Ein Arbeitnehmer kann im Unterschied zur Arbeitgeberin auf die Gerichtsstände nach Art. 24 Abs. 1 GestG nicht verzichten. Eine Gerichtsstandsvereinbarung, die ihm einen zusätzlichen Gerichtsstand zur Verfügung stellt, ist anlog Art. 12 Ziff. 2 und Art. 15 Ziff. 2 LugÜ gültig, obwohl das Gerichtsstandsgesetz keine entsprechende explizite Regelung kennt.

Y. arbeitete seit dem 1. Februar 2001 als Zugsteward im Aushilfsarbeitsverhältnis bei der X. AG. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis am 2. September 2004 auf den 30. November 2004. Am 18. Januar 2005 klagte er gegen die X. AG vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Zahlung von CHF 27'661.20 nebst Zins für Lohndifferenzen bei 172 Reisen sowie den Oktoberlohn. Die X. AG erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, weil weder ihr Sitz noch der gewöhnliche Arbeitsort in Basel lägen, noch die Gerichtsstandsklausel nach GAV gelte, der nur auf festangestellte Arbeitnehmer Anwendung fand. Y. war hingegen, der Ansicht, dass er Anspruch auf eine Festanstellung habe und die X. AG als Festangestellten hätte behandeln müssen. Das Gewerbliche Schiedsgericht trat mit Verfügung vom 14. bzw. 19. April 2005 im Sinne eines Zwischenentscheides auf die Klage ein. Die hiergegen erhobene Beschwerde der X. AG wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 25. August 2005 ab, ebenso das Bundesgericht am 21. März 2006 eine von der X. AG gegen das Urteil des Appellationsgericht eingereichte Berufung, wobei es Folgendes ausführte:

„[...] 2.

Unbestritten ist, dass im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage die Beklagte weder ihren Sitz noch eine Niederlassung und der Kläger seinen gewöhnlichen Arbeitsort ebenfalls nicht in Basel hatte, weshalb sich eine Zuständigkeit weder aus Art. 24 Abs. 1

GestG noch aus Art. 5 GestG ergab. Die kantonalen Gerichte leiteten die örtliche Zuständigkeit vielmehr aus Ziff. 27 des zwischen der Beklagten und dem Schweizerischen Eisenbahn- und Verkehrspersonalverband abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ab, der für Streitfälle die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbehörden des Kantons Basel-Stadt vorsieht. Die Beklagte nahm indessen den Standpunkt ein, der GAV habe für den Kläger keine Geltung. Der GAV regle das Anstellungsverhältnis nur für das fest angestellte Fahrpersonal der Beklagten (Ziff. 2 Abs. 1 GAV). Der Kläger erfülle jedoch das Kriterium der Festanstellung nicht. Die Beklagte stellt auch in der Berufung die Anwendbarkeit des GAV auf das Vertragsverhältnis der Parteien in Abrede, weil der Kläger mangels "Festanstellung" nicht als beteiligter Arbeitnehmer im Sinne von Art. 357 Abs. 1 OR gelten könne. Sie räumt aber nunmehr ein, dass der mit dem Kläger eingegangene Vertrag in ein Dauerschuldverhältnis übergegangen sei. Dennoch hält sie daran fest, dass sich daraus keine Festanstellung im Sinne des GAV ergeben habe. Nach dem Willen der Parteien des GAV sollten "Aushilfen" mit entsprechenden Vertragskonditionen, d.h. Arbeitnehmer, welche ihre Dispositionsfreiheit behalten und sich den strengen Bedingungen einer Festanstellung nicht unterwerfen wollen, dem GAV nicht unterstehen.

3.

3.1 Die Vorinstanz erwog, der am 4. Februar 2001 geschlossene "Arbeitsvertrag für Aushilfen auf Anfrage" sei zwar nach seiner Formulierung ursprünglich auf Gelegenheitsarbeit ausgerichtet gewesen. Nach den Allgemeinen Bestimmungen habe der Vertrag mit dem Abschluss jeder Dienstreise geendet. Monatliche Mindestarbeitseinsätze seien weder seitens der Arbeitgeberin garantiert noch sei der Arbeitnehmer dazu verpflichtet, sondern vielmehr berechtigt gewesen, ihm angebotene Dienstleistungen abzulehnen. Die Vorinstanz nahm jedoch an, das Gelegenheitsarbeitsverhältnis habe sich in ein festes Anstellungsverhältnis, ein Teilzeitarbeitsverhältnis von 60%, gewandelt. Generell sei eine Umwandlung in ein festes Anstellungsverhältnis anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ununterbrochen mindestens ein Jahr lang relativ regelmässig Arbeitseinsätze geleistet hat und deshalb in guten Treuen mit weiteren Einsätzen rechnen durfte.

3.2 In einem zweiten Schritt würdigte die Vorinstanz aber auch die konkreten Verhältnisse und hielt in tatsächlicher Hinsicht fest, der Kläger habe von Februar 2001 bis Ende September 2004 für die Beklagte gearbeitet, ohne jemals längere Zeit ausgesetzt zu haben. Seine Einsätze hätten etwa einer 60%-Stelle entsprochen. Dass es dem Kläger während der gesamten Vertragsdauer freigestanden hätte, angebotene Einsätze zu akzeptieren oder abzulehnen, sei nicht nachgewiesen. Dass er jemals abgesagt hätte, sei nicht einmal behauptet worden. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten zugestanden, dass sie selbst von einer verbindlich vereinbarten Kündigungsfrist ausgegangen sei, indem sie sich mit der Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist und des Kündigungstermins auf ein Monatsende nicht an die Vorgaben des schriftlichen Aushilfsvertrages, sondern an jene des Obligationenrechts, allenfalls des GAV (Ziff. 8.1) gehalten und ausdrücklich auf die Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist hingewiesen habe. Über-

dies habe die Beklagte dem Kläger entgegen ihrer Verpflichtung gemäss dem ursprünglichen Vertrag den Lohn auch noch ausgerichtet, als er keine Reisen mehr ausgeführt habe. Dadurch habe die Beklagte den Kläger wie einen Festangestellten behandelt.

3.3 Aufgrund des festgestellten Verhaltens der Parteien hielt die Vorinstanz dafür, es sei davon auszugehen, dass sich das anfänglich als Vertrag zur Aushilfsarbeit eingegangene Arbeitsverhältnis mit der Zeit in ein festes Anstellungsverhältnis gewandelt habe, so dass der GAV auf den Kläger anwendbar sei. Demnach komme die in Art. 27 GAV verankerte Gerichtsstandsklausel zum Tragen. Die ordentlichen Gerichte des Kantons Basel-Stadt seien deshalb zuständig.

3.4 Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2 S. 71; 417 E. 3.2 S. 424 f., je mit Hinweisen). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 132 III 24 E. 4 S. 28; 131 III 606 E. 4.1 S. 611, je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366).

3.5 Die Vorinstanz hält zwar fest, bei einem gleichbleibenden regelmässigen Beschäftigungsgrad sei nach einer gewissen Beschäftigungsdauer generell von einer Umwandlung des Vertragsverhältnisses in eine Festanstellung auszugehen. Sie liess es dabei aber nicht bewenden, sondern stellte gestützt auf das Verhalten der Beklagten fest, diese selbst betrachte den Kläger als Festangestellten im Sinne des GAV. Dass die Vorinstanz dabei auch das Verhalten der Beklagten bei und nach der Kündigung berücksichtigte, macht deutlich, dass sie im Rahmen der Beweiswürdigung auf den tatsächlichen Willen beider Parteien schloss, womit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Bedeutung zukommt. Indem die Beklagte behauptet, der Kläger hätte die Arbeitseinsätze jederzeit ablehnen können, weshalb keine Festanstellung im Sinne des GAV vorliege, übt sie Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz, welche die entsprechende Behauptung der Beklagten nicht für erwiesen erachtete und aus den übrigen Umständen auf eine Festanstellung im Sinne des GAV schloss. Diese Kritik ist im Rahmen der Berufung

nicht zu hören (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85).

3.6 Im Übrigen zeigt die Beklagte nicht auf, inwiefern angesichts der weiteren tatsächlichen Elemente - konstante Arbeitseinsätze über mehrere Jahre entsprechend einem Beschäftigungsgrad von 60%, keine Ablehnung von Einsätzen durch den Kläger - die Annahme, der Kläger habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, es habe eine Umwandlung des Aushilfs- in festes Angestelltenverhältnis im Sinne des GAV stattgefunden, Bundesrecht verletzt. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die Vorinstanz habe keinen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen festgestellt, sondern den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, ist der angefochtene Entscheid bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

3.7 Damit gehörte der Kläger nicht mehr zu den Aushilfskräften, und es ist unerheblich, ob die Beklagte im kantonalen Verfahren belegt hat, dass zwischen den Vertragspartnern des GAV Verhandlungen über die Unterstellung von "Aushilfen" unter den neu abzuschliessenden GAV im Gange sind, wie sie in der Berufung anführt.

3.8 Soweit die Beklagte in der Berufung vorbringt, der Kläger habe sie vor Einleitung des Verfahrens mit Schreiben vom 22. Juli 2004 um eine Festanstellung gebeten, ist sie damit nicht zu hören, da dem angefochtenen Urteil keine entsprechende Feststellung zu entnehmen ist und die Beklagte diesbezüglich keine zulässige Sachverhaltsrüge vorträgt (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106; 115 II 484 E. 2a S. 485 f., je mit Hinweisen). Die auf diese neue Behauptung abgestützten Rügen der Verletzung von Art. 356 und 357 OR bleiben demnach ausser Acht. Im Übrigen wurde im angeführten Schreiben hervorgehoben, dass die Tätigkeit des Klägers in keiner Weise einer Aushilfs-, sondern einer regelmässigen Teilzeittätigkeit entspreche und dass Kettenarbeitsverträge verboten seien. Aus dem Brief vom 22. Juli 2004 könnte die Beklagte mithin nichts zu ihren Gunsten ableiten, selbst wenn darauf abgestellt würde.

3.9 Mit dem Vorbringen, die Vorinstanz habe aus dem Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ohne Begründung und damit in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV auf die Anwendbarkeit des GAV geschlossen, rügt die Beklagte eine Verletzung ihres verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Für derartige Rügen steht die Berufung nicht offen (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252 mit Hinweisen). Überdies missachtet die Beklagte, dass die Vorinstanz die Unterstellung des Verhältnisses der Parteien unter den GAV mit der bundesrechtskonform ermittelten Festanstellung des Klägers gemäss Art. 2 GAV begründet hat. Dass unter dieser Voraussetzung der GAV Geltung hat, stellt auch die Beklagte nicht in Abrede.

4.

Die Beklagte rügt schliesslich, selbst wenn sich der Kläger auf den GAV stützen könnte, würde die Auffassung der Vorinstanz, dass sich nur der Arbeitnehmer, nicht aber der

Arbeitgeber auf die Gerichtsstandsvereinbarung gemäss GAV berufen könne, vor dem Verbot des Vorausverzichts gemäss Art. 21 GestG nicht standhalten.

4.1 Nach Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG kann die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf die Gerichtsstände nach dem 5. Abschnitt des GestG, darunter jene des Arbeitsrechts nach Art. 24 Abs. 1 GestG (Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder gewöhnlicher Arbeitsort) verzichten. Da die Einführung des Verbots des Vorausverzichts auf den Gerichtsstand den Schutz der vermuthungsweise schwächeren Partei, im Arbeitsverhältnis also des Arbeitnehmers, bezweckt, ist dem Arbeitgeber ein solcher Vorausverzicht unbenommen (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N. 2d zu Art. 343 OR; BALZ GROSS, in: Müller/Wirth [Hrsg.] Gerichtsstandsgesetz, N. 27 und 52 zu Art. 21 GestG; vgl. auch WALTHER, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., N. 5 zu Art. 21 GestG; KELLERHALS, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Gerichtsstandsgesetz: Schutz des Schwachen vs. Schutz gegen widersprüchliche Entscheide und ineffiziente Streiterledigung, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, S. 487 ff., S. 497), obwohl der Wahlgerichtsstand des Art. 24 Abs. 1 GestG beiden Parteien zur Verfügung steht (NOËLLE KAISER JOB, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen [GestG], N. 1 zu Art. 24 GestG). Einseitig begünstigende Gerichtsstandsvereinbarungen, die der sozial schwächeren Partei einen zusätzlichen Gerichtsstand zur Verfügung stellen, sind unter dem Gesichtswinkel des Sozialschutzes unbedenklich und daher analog Art. 12 Ziff. 2 LugÜ und Art. 15 Ziff. 2 LugÜ als zulässig zu erachten, obwohl das Gerichtsstandsgesetz keine entsprechende explizite Regelung kennt (WALTHER, a.a.O., N. 8 zu Art. 21 GestG mit Hinweisen). Im voraus getroffene Gerichtsstandsabreden erweisen sich daher nicht als nichtig, sondern als für den Arbeitnehmer einseitig unverbindlich (KELLERHALS, a.a.O., S. 497).

4.2 Ziff. 27 GAV stellt dem Kläger somit neben den in Art. 24 Abs. 1 GestG vorgesehenen Gerichtsständen einen weiteren wahlweise zur Verfügung (vgl. BALZ GROSS, a.a.O., N. 52 zu Art. 21 GestG). Die Beklagte muss sich bei der Gerichtsstandsvereinbarung behaften lassen und vermag sich der vereinbarten Zuständigkeit nicht unter Hinweis auf Art. 24 GestG zu entziehen. Als nicht vom Schutzbereich von Art. 24 GestG erfasste Partei kann sie aus dem zwingenden Charakter dieser Bestimmung nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch in diesem Punkte ist die Berufung unbegründet. [...]"

(BGE 4C.29/2006 vom 21.3.2006 in Sachen von Y. gegen X. AG; AGE vom 25.8.2005, Verf.Nr. 947/2005; GSGE vom 14./19.4.2005, GS 2005/11)

- 1.2. Feststellungsklage (Art. 8 ZGB)
Voraussetzungen
(siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)

- 1.3. Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB)
 - 1.3.1. bezüglich Abschluss, Befristung, Beendigung des Arbeitsvertrages
(siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)

 - 1.3.2. bezüglich Kündigung des Arbeitsvertrages
(siehe unter Ziffern 2.17.1.-2.17.2., S. 71)

 - 1.3.3. bezüglich Lohnzahlung bei Vorliegen einer Quittung
(siehe unter Ziffer 2.8.1.1., S. 28)

- 1.4. Art. 343 Abs. 4 OR. Den Parteien obliegen die Behauptungs- und Substantiierungspflicht sowie die Bezeichnung von Beweismitteln. Eine Partei, die tatsächliche Behauptungen, zu denen eine Auskunftsperson befragt werden kann, erst dann vorbringt, nachdem die Auskunftsperson aus der Gerichtsverhandlung entlassen wurde, hat keinen Anspruch auf erneute Vorladung und Befragung der bereits einvernommenen Person. Ihre bestrittene und nicht überprüfte Behauptung musste als nicht nachgewiesen gelten.

In einem von St. gegen die Arbeitgeberin J. AG vor dem Gewerblichen Schiedsgericht geführten Prozess betreffend Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung wurden verschiedene Personen als Zeugen und Auskunftspersonen einvernommen. Den Parteien wurde während der Hauptverhandlung am 24. Februar 2005 Gelegenheit zu Fragen an diese Personen gewährt. Bezüglich der Auskunftsperson D. hat St. davon keinen Gebrauch gemacht, so dass die Auskunftsperson vom Gericht nach Hause entlassen wurde. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung hat St. jedoch Behauptungen bezüglich bestimmter Umstände aufgestellt, aus denen sich ihrer Meinung nach unter anderem die Missbräuchlichkeit der Kündigung hätte ergeben sollen und über die D. hätte Auskunft geben können. In der Folge beantragte St., dass die Auskunftsperson erneut vorgeladen würde, um sie in einer zweiten Hauptverhandlung zu diesen Umständen zu

befragen, was jedoch vom Gewerblichen Schiedsgericht abgewiesen wurde, wozu Folgendes erwogen wurde.

Nach Art. 343 Abs. 4 OR stellt das Gericht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Zu dieser Untersuchungspflicht gehört es, dass das Gericht Tatsachen in den Prozess einzubeziehen hat, die von keiner Partei behauptet worden sind. Gleiches gilt für die Berücksichtigung von Beweismitteln, die von keiner Partei angerufen werden. Andererseits obliegen jedoch den Parteien die Behauptungs- und Substantiierungspflicht sowie die Bezeichnung von Beweismitteln (BGE 107 III 233 E. 2b und 2c, 4C. 143/2002 E. 3). All dies muss so frühzeitig wie möglich, spätestens jedoch in der ersten Hauptverhandlung geschehen. Sofern eine Beweisabnahme durch Einvernahme von Zeugen oder Auskunftspersonen stattfindet, haben die Parteien ihre Behauptungen, soweit sie durch jene Personen bestätigt oder verworfen werden können, in diesem Zeitpunkt aufzustellen. Vorliegend hat St. diese Obliegenheit verletzt, indem sie ihre tatsächlichen Behauptungen erst vorbrachte, nachdem die Auskunftsperson, welche dazu hätte befragt werden können, durch das Gericht aus der Hauptverhandlung entlassen worden war. Dabei hatte St. von diesen Umständen, die sie behauptete, schon damals Kenntnis gehabt. St. hatte daher keinen Anspruch auf einer erneute Vorladung und Befragung der Auskunftsperson zu diesen Umständen. Es ging dabei nicht um eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der J. AG, wie sie argumentierte. Vielmehr mussten die bestrittenen und nicht überprüften Behauptungen von St. als nicht nachgewiesen gelten.

(GSGE vom 24.2.2005 in Sachen von St. gegen J. AG, GS 2004/92)

- 1.5. Parteienschädigung vor Gewerblichem Schiedsgericht (§ 172 ZPO):
Kostenverteilung nach Veranlassungsprinzip und Ausnahmen
(siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)

2. Materielle rechtliche Fragen nach Obligationenrecht

2.1. Arbeitsvertrag (Art. 319 OR)

Ein Arbeitsverhältnis kann als Rechtsform gewählt werden, auch wenn die Wahl eines anderen Rechtsverhältnisses für die Zusammenarbeit der Parteien zulässig wäre.

Art. 337 OR. Eine fristlose Kündigung, die erfolgt, weil die Arbeitnehmerin einer sofortig wirksam werdenden Vertragsänderung nicht zustimmen will, ist klarerweise ungerechtfertigt.

Art. 337c Abs. 2 OR. Eine erneute Anstellung beim bisherigen Arbeitgeber kann zumutbar sein, wenn die Persönlichkeitsverletzung als beseitigt zu betrachten ist. Dies wurde für eine vorübergehende Anstellung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bejaht, weil die Persönlichkeitsverletzung durch die Kündigung für die Arbeitnehmerin nicht sehr schwerwiegend gewesen sein konnte.

S. schloss mit A. einen Arbeitsvertrag ab, wonach sie ab September 2004 als Masseurin in seinen Räumlichkeiten zum Stundenlohn von CHF 50.-- arbeitete. Am 14. Februar 2006 übergab ihr A. eine Änderungskündigung und einen neuen Arbeitsvertrag über einen Stundenlohn von nur noch CHF 42.--. Sollte sie damit nicht einverstanden sein, so betrachte er das Arbeitsverhältnis als gekündigt. Da S. ihre Zustimmung zum neuen Vertrag verweigerte, schrieb A. von Hand auf die Änderungskündigung: „Verhältnis per sofort aufgelöst.“ In der Folge räumte S. am 20. Februar 2006 ihren Arbeitsplatz. Mit Schreiben vom 23. Februar 2006 kündigte A. das Arbeitsverhältnis per 30. April 2006. Mit Klage vom 21. April 2006 verlangte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von A. unter anderem zur Zahlung des Restlohnes für den Monat Februar 2006, des Lohnes für die Monate März und April 2006 sowie einer Ferienentschädigung. Mit Urteil vom 3. Juli 2006 wurde A. zur Zahlung des Februarrestlohnes und der Ferienentschädigung verurteilt, im Übrigen die Klage jedoch abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt erwogen hat:

a) Strittig war zunächst, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorlag. S. unterhielt mit ihrem Ehemann in Berlin ein Massagestudio. Daneben arbeitete sie bei A. in der Schweiz, von dem sie allerdings keinerlei Weisungen empfing. Hingegen war S. in die Organisation von A. eingegliedert. A. stellte ihr für ihre Tätigkeit Räumlichkeiten zur Verfügung, die S. zwar mit ihren eigenen Einrichtungsgegenständen ausstattete. A. verlangte dafür jedoch keinen Mietzins, sondern nahm die Kundenhonorare von S. ein und bezahlte ihr davon einen Lohn. Ferner hat er für S. die Kundentermine entgegengenommen, diese mit ihren Anwesenheiten in Basel koordiniert sowie die Korrespondenz mit den Krankenkassen-

senpatienten geführt. Das Gericht ging davon aus, dass die Parteien für ihre Zusammenarbeit, die sie rechtlich auch anders hätten ausgestalten können, bewusst die Rechtsform eines Arbeitsverhältnisses wählten. Folgerichtig wurde S. in der Schweiz als Arbeitnehmerin angemeldet. Zudem rechnete A. ihren Lohn mit den Sozialversicherungsträgern ab. Aus diesen Gründen hat das Gewerbliche Schiedsgericht seine sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Klage bejaht.

b) Ferner stellte das Gericht fest, dass A., nachdem S. seine Offerte für einen abgeänderten Arbeitsvertrag abgelehnt hatte, den Arbeitsvertrag fristlos kündigte. Seine handschriftliche Bemerkung „Verhältnis per sofort aufgelöst“ auf einer Kopie des Schreibens der Änderungskündigung, welche er nach der Besprechung mit S. ihrem Ehemann ausgehändigt hatte, konnte nicht anders verstanden werden, als dass A. nach dem negativen Bescheid durch S. und entgegen seiner ursprünglichen Absicht das Arbeitsverhältnis per sofort nicht mehr weiterführen wollte. S. hat die Notiz denn auch entsprechend verstanden, indem sie wenige Tage danach ihre Einrichtungsgegenstände aus den Räumlichkeiten von A. entfernt und damit ihren Arbeitsplatz geräumt hat. Eine fristlose Kündigung, die erfolgt, weil die Arbeitnehmerin einer sofortig wirksam werdenden Vertragsänderung nicht zustimmen will, ist klarerweise ungerechtfertigt. Hinterher ist A. allerdings wieder auf seine ursprüngliche Absicht, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigung zu beenden, zurückgekommen, indem er S. am 23. Februar 2006 eine solche zusandte. Da das Arbeitsverhältnis in diesem Zeitpunkt bereits beendet war, konnte das Schreiben nur als Angebot an S. verstanden werden, ein neues bis Ende April 2006 befristetes Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Konditionen einzugehen.

c) Wer eine Arbeitnehmerin ohne zureichende wichtige Gründe fristlos entlässt, schuldet ihr Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Die Arbeitnehmerin andererseits hat sich an diesen Schadenersatzanspruch anrechnen zu lassen, was sie infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Abs. 2). Für die Frage, ob Letzteres zutrifft, sind alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen (BGE 4C.321/2005 E. 6.2). Die Anrechnung eines Ersatzverdienstes geschieht unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Art. 324 Abs. 2 OR. Dabei muss die Arbeitnehmerin auch eine angebotene Aushilfsarbeit annehmen, wenn dadurch die Suche nach einer angemessenen Dauerstelle nicht erheblich beeinträchtigt wird (vgl. OGer ZH, ZR 1997 Nr. 92, S. 184). Eine erneute Anstellung beim bisherigen Arbeitgeber kann zumutbar sein, wenn die Persönlichkeitsverletzung als beseitigt zu betrachten ist (BGE 4C.321/2005 E. 6.3; OGer ZH, ZR 1997 Nr. 92, S. 184; AUBERT, Commentaire romand, OR 337c N 11; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, OR 337c N. 7, S. 774 f.). Vorliegend wurde davon ausge-

gangen, dass die Verletzung der Persönlichkeit von S. durch die fristlose Kündigung nicht sehr schwerwiegend war, weil A. gegen sie persönlich keinerlei Vorwürfe erhoben und die fristlose Kündigung nur in der Enttäuschung darüber ausgesprochen hat, dass sie nicht bereit war, ihren Lohn der [geringeren] Bezahlung der übrigen Masseure anzupassen. Zwar hatte S. sich berechtigterweise dagegen gewehrt, die Lohnsenkung per sofort in Kraft treten zu lassen. Andererseits wäre es ihr jedoch zumutbar gewesen, ihre Arbeit aufgrund des Angebots von A. doch noch bis Ende April 2006 [zum höheren Lohn] weiterzuführen. Damit hätte sie den durch die fristlose Entlassung erlittenen Schaden ab März 2006 vollumfänglich wiedergutmachen können. Hingegen hatte sie Anspruch auf den Lohn bis Ende Februar 2006, weil das Angebot erst Ende Februar 2006 gemacht wurde.

(GSGE vom 3.7.2006 in Sachen von S. gegen A., GS 2006/116, publiziert in JAR 2007 S. 393)

2.2. Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)

2.2.1. Aufklärungspflicht des Arbeitnehmerin bezüglich ihres Gesundheitszustandes

(siehe unter Ziffer 2.10.1.-2.10.3., S. 37)

2.2.2. Art. 320 OR. Für einen Wechsel der Arbeitgeberin bedarf es des ausdrücklichen Einverständnisses des Arbeitnehmers. Nur unter besonderen Umständen kann eine konkludente Zustimmung genügen.

Anhang 15 des LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005. „Dreijährige Tätigkeit in ihrem Beruf“ bei BBT-Lehrberufen für Hilfsbetriebe: Es sollen jene Arbeitnehmer der Lohnklasse Q zugeteilt werden, die nach Abschluss der Ausbildung während drei Jahren praktische Erfahrung auf dem erlernten Beruf haben sammeln können. Diese Erfahrung braucht weder in der Schweiz noch auf einer Baustelle gemacht worden zu sein. Es genügt auch eine solche in einer Werkstatt.

Art. 43 LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005. Die Arbeitgeberin hat den Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung zu fragen, die Vorlage allfälliger Arbeits- und Fähigkeitszeugnisse zu verlangen und im Zweifelsfall eine Gleichwertigkeitsbeurteilung durch das zuständige Bundesamt einleiten zu lassen.

K. schloss im Jahre 2004 bei der Temporärfirma P. AG in Basel einen Arbeitsvertrag über einen Einsatz als Rohrschlosser bei der Baufirma G. AG ab. Der Einsatz ging am 8. September 2005 zu Ende. Mit Klage vom 5. Januar 2006 verlangte

K. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der P. AG unter anderem zur Zahlung von Lohndifferenzen, die sich aus der Anwendung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe ergaben. Die P. AG wehrte sich gegen diese Forderungen mit dem Einwand der fehlenden Passivlegitimation. Arbeitgeberin von K. sei vielmehr die X.Y. AG in Muttenz. Zudem erfülle K. die Voraussetzungen gemäss Landesmantelvertrag nicht, um in den Genuss der Lohnklasse Q zu kommen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Urteil vom 20. März 2006 diese klägerischen Ansprüche gutgeheissen. Eine von der P. AG dagegen erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 28. September 2006 abgewiesen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde Folgendes ausgeführt:

„a) Der Einwand der fehlenden Passivlegitimation geht fehl. Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass sie mit dem Kläger einen Vertrag über einen Einsatz bei der G. AG abgeschlossen hat. In dieser Einsatzfirma leistete der Kläger denn in der Folge bis zu seinem Ausscheiden am 8. September 2005 durchgehend seine Arbeit. Bei der X.Y. AG in Muttenz handelt es sich um eine von der Beschwerdeführerin verschiedene AG, für die jedoch dieselben Personen als Organe verantwortlich zeichnen wie für die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin hat weder behauptet noch war ersichtlich, dass der Kläger im Rahmen einer Betriebsübernahme von der AG in Muttenz übernommen worden wäre. Insbesondere ergibt sich eine Betriebsübernahme nicht aus den eingereichten Handelsregisterauszügen.

b) Auf einen Wechsel der Vertragsparteien konnte auch weder aufgrund der Lohnabrechnungen, die ab Januar 2005 durch die X.Y. AG in Muttenz erstellt wurden [...], noch aus einem von der Beschwerdeführerin eingereichten Arbeitsvertrag [...] geschlossen werden. Lohnabrechnungen sind einseitig von der Arbeitgeberin ausgestellte Dokumente und enthalten auch vorliegend keine Willenserklärung des Arbeitnehmers. Der fragliche Arbeitsvertrag trägt das Datum vom 3. März 2005 und nennt als Parteien den Kläger und die X.Y. AG. Er ist jedoch von keiner der als Vertragsparteien genannten Personen unterzeichnet worden. Für einen Wechsel der Arbeitgeberin hätte der Kläger sein ausdrückliches Einverständnis erklären müssen. Nur in Ausnahmefällen kann aus besonderen Umständen eine konkludente Zustimmung abgeleitet werden, wie sie hier jedoch nicht gegeben sind. Daran kann nichts ändern, dass die Beschwerdeführerin mit diesem Arbeitsvertrag eine Lohnerhöhung per 21. Februar 2005 mitgeteilt hat, die in der Folge ab März gewährt worden ist [...]. Aus einer Lohnerhöhung und ihrem Empfang durch den Arbeitnehmer lässt sich nicht auf einen Wechsel der Vertragspartei schliessen. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf den Parteiwechsel hinweisen und den Kläger um seine Zustimmung ersuchen müssen. Der Kläger hat an der Hauptverhandlung lediglich zu Protokoll gegeben,

dass er von der Beschwerdeführerin einen Brief erhalten habe, wonach sie von Basel nach Muttenz zügle [...].

c) In der Sache selber machte der Kläger Lohndifferenzen geltend. Angestellt wurde er zu einem Stundenlohn von CHF 23.80 brutto zuzüglich 9,16% Ferienentschädigung, 3,33% Feiertagsentschädigung und 8,33% 13. Monatslohn, insgesamt CHF 29.-- brutto [...]. Der Lohn erhöhte sich ab 1. März 2005 auf CHF 25.70 brutto nebst den erwähnten Zuschlägen, allerdings mit einer Ferienentschädigung von 8,33%, was einen Stundenlohn von total CHF 31.-- brutto ergab [...]. Einig waren sich die Parteien in der Hauptverhandlung darüber, dass der Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden musste [...]. Strittig unter ihnen war, in welche Lohnklasse des Landesmantelvertrages der Kläger einzureihen war. Der Kläger machte eine Entlohnung nach Lohnklasse Q, entsprechend CHF 34.80 brutto bis Ende Februar 2005 und für die Zeit danach von CHF 35.40 brutto pro Stunde, geltend. Die Beschwerdeführerin hielt die Einreihung in Lohnklasse C für richtig.

d) [...]

e) Gemäss dem Katalog über die Einreihungskriterien für die Lohnklassen A und Q (LMV Anhang 15) werden unter die Lohnklasse Q auch BBT-Lehrberufe für Hilfsbetriebe in den Unternehmungen des Bauhauptgewerbes gefasst, soweit diese in den Geltungsbereich des LMV fallen. Vorausgesetzt wird dabei, dass der Arbeitnehmer über ein eidgenössisches Fähigkeitszeugnis und eine dreijährige Tätigkeit im Beruf verfügt sowie im erlernten Beruf eingesetzt wird. Unter den im Anhang namentlich aufgeführten Beispielen ist der Rohrschlosser aufgeführt. Bei Arbeitnehmern mit ausländischen Berufsausweisen wird für die Einreihung in die Lohnklasse Q eine dreijährige Ausbildungsdauer mit praktischem und theoretischem bzw. schulischem Teil verlangt, die mit einer öffentlichrechtlich anerkannten Prüfung abgeschlossen wird [SPK-Merkblatt für die Anerkennung ausländischer Berufs-Ausweise].

f) Mit Entscheid vom 25. August 2005 hat das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie festgestellt, dass die vom Kläger in der Slowakei abgeschlossene Ausbildung als Maschinenschlosser unter Berücksichtigung seiner langjährigen Berufserfahrung gleichwertig mit dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis als Metallbauer sei [...]. Da der Kläger bei der G. AG als Schlosser eingesetzt wurde, war noch die dritte und von der Beschwerdeführerin in der Hauptverhandlung einzig bestrittene Voraussetzung, das heisst, ob der Kläger über eine dreijährige Tätigkeit im Beruf verfügte, zu prüfen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat der Arbeitnehmer dabei eine dreijährige Tätigkeit auf schweizerischen Baustellen vorzuweisen, während Arbeit in einer Werkstatt nicht zählen könne [...].

g) Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck des Anhangs 15 zum LMV lassen einen derartigen Schluss zu. Der Anhang spricht allein von dreijähriger Tätigkeit im Beruf. Offensichtlich sollen nur jene Arbeitnehmer der Lohnklasse Q zugeteilt werden, die nach Abschluss der Ausbildung während drei Jahren praktische Erfahrung auf dem erlernten Beruf haben sammeln können. Diese Erfahrung braucht weder in der Schweiz noch auf einer Baustelle gemacht worden zu sein. Der LMV lässt nicht erkennen, dass er zwischen Tätigkeiten in der Schweiz oder im Ausland sowie auf der Baustelle oder in der Werkstatt unterscheiden will. Vielmehr geht er davon aus, dass, wer im Ausland eine mit der schweizerischen Lehre gleichwertige Ausbildung absolviert hat, bei dreijähriger praktischer Tätigkeit auf dem Beruf unabhängig davon, ob im Aus- oder Inland, die für die Lohnklasse Q erforderliche Erfahrung hat machen können. Zudem kann die nötige Erfahrung sowohl auf einer Baustelle als auch in einer Werkstatt erworben werden. Überhaupt arbeitet ein Schlosser nicht nur in der Werkstatt oder auf der Baustelle, sondern an beiden Orten, weil die Metallkonstruktionen regelmässig in Werkstätten erstellt und danach auf Baustellen montiert und eingebaut werden. So verhielt es sich übrigens auch beim Kläger, der seinen Einsatz bei der G. AG auf 60% Arbeit in der Werkstatt und 40% Arbeit auf den Baustellen einschätzte [...]. Vorliegend hat der Kläger ferner durch zwei Arbeitszeugnisse nachweisen können, dass er seit Mitte Juli 1989 bis Ende Mai 2000 als Maschinenschlosser in der Schlosserei D. in Münchenstein und vom 19. Juni 2000 bis 31. Januar 2004 als Metallbauer bei der J. AG in Arlesheim tätig gewesen war [...] und damit auch die dritte Voraussetzung erfüllte.

h) Gegen die Klage hatte die Beschwerdeführerin im Weiteren vorgebracht, dass der Kläger die erforderlichen Unterlagen über die ausländische Berufsausbildung ihr nie und das Schreiben der BBT erst nach Einsatzende eingereicht habe [...]. Art. 43 LMV bestimmt, dass die Einreihung in die entsprechende Lohnklasse nach erstmaliger Anstellung im Betrieb durch den Arbeitgeber erfolgen muss und dem Arbeitnehmer spätestens nach Ablauf der Probezeit mitzuteilen ist. Die Einreihung ist zudem auf der individuellen Lohnabrechnung aufzuführen. Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat mit Urteil in Sachen M. gegen A. AG vom 1. Juni 2004 [JAR 2005, 322 E. 3c] darauf hingewiesen, dass die Arbeitgeberin „den Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung fragen, allfällige Arbeits- und Fähigkeitszeugnisse einverlangen und im Zweifelsfall eine Gleichwertigkeitsbeurteilung durch das zuständige Bundesamt einleiten muss, da nur so eine korrekte Einreihung vorgenommen werden kann“ (Erwägung 3c).

i) Vorliegend hat der Kläger der Beschwerdeführerin bei seiner Bewerbung einen Lebenslauf sowie die erwähnten zwei Arbeitszeugnisse eingereicht. Aus dem Lebenslauf geht hervor, dass der Kläger in Bratislava von 1972-1975 eine Berufsausbildung gemacht und von 1975-1977 das Technikum besucht hat [...].

Zwar hat die Beschwerdeführerin behauptet, ihr sei nur das Zeugnis der J. AG vorgelegen. Dafür und auch für weitere dem Kläger vorgeworfene Unterlassungen konnte sie jedoch keine ausreichenden Beweise vorlegen [...]. Davon abgesehen waren ihre Einwände entweder nicht stichhaltig oder nicht massgebend. Das Zeugnis der Schlosserei D. wurde am 15. Juni 2000 ausgestellt, weshalb es nicht als glaubwürdig angesehen wurde, dass der Kläger ihr dieses vorenthalten haben soll. Die erforderliche dreijährige praktische Tätigkeit des Klägers ergab sich zudem bereits aus dem Zeugnis der J. AG. Ferner ist aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. April 2005 [...] zu ersehen, dass sie die erforderlichen Unterlagen vom Kläger erst einforderte, nachdem dieser eine Lohnerhöhung geltend gemacht hatte. Dabei forderte sie den Kläger dazu auf, die Gleichwertigkeit seiner ausländischen Ausbildung mit dem schweizerischen Fähigkeitsausweis beim BBT selber abzuklären, was jedoch ihre Pflicht während der Probezeit gewesen wäre, die sie jedoch nicht genügend wahrgenommen hat. Davon zeugen auch die Lohnabrechnungen, auf denen die nach Art. 43 LMV anzugebende Lohnklasseneinreihung fehlt. Unter diesen Umständen konnte die Klage nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. [...]"

(GSGE vom 20.3.2006 in Sachen von K. gegen X. AG, GS 2006/4; publiziert in JAR 2007, S. 387)

2.2.3. Art. 320 Abs. 2 OR; Art. 8 ZGB. Zu den Nachweispflichten der Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich Abschluss, allfälliger Befristung und Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses.

B. klagte am 11. Juli 2006 gegen die C. GmbH vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Bezahlung von Lohn und einer Entschädigung infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Sie habe im Café der beklagten Partei seit dem 4. Februar 2006 als Serviceangestellte gearbeitet und sei am 23. Februar 2006 fristlos entlassen worden. Die C. GmbH stellte in Abrede, dass sie B. angestellt habe. B. habe bei ihr lediglich einen Probetag absolviert. Nach Einvernahme diverser Zeugen hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage am 12. Februar 2007 teilweise gutgeheissen, wobei es was folgt erwogen hat.

Wer den Bestand eines Arbeitsverhältnisses behauptet, um daraus Rechte abzuleiten, hat dieses zu beweisen (Art. 8 ZGB). Nach Art. 320 Abs. 2 OR gilt ein Arbeitsvertrag als abgeschlossen, wenn die Arbeitgeberin in ihrem Dienst Arbeit entgegennimmt, deren Leistung nur gegen Lohn zu erwarten ist. Vorliegend haben mehrere Zeugen vor Gericht glaubwürdig bestätigt, dass sie B. im Betrieb der C. GmbH an mehreren Tagen hätten arbeiten gesehen. Unter diesen Umständen war davon auszugehen, dass es zwischen den Parteien zum Abschluss eines Arbeitsvertrages gekommen war. Dabei war es an der Arbeitgeberin nachzuweisen,

dass es sich bloss um ein Schnupperarbeitsverhältnis, Probearbeitsverhältnis bzw. um ein befristetes Arbeitsverhältnis gehandelt hat. Ohne einschränkende Abreden ist nämlich vom Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages auszugehen. Derartige Abreden waren vorliegend weder nachgewiesen noch sonst ersichtlich. Allerdings gelten nach Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98 des Gastgewerbes die ersten 14 Tage eines Arbeitsverhältnisses, soweit nichts anderes schriftlich vereinbart ist, als Probezeit, in welcher dieses mit einer Kündigungsfrist von drei Tagen und danach von einem Monat gekündigt werden kann. Da die Parteien keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abschlossen, konnte sich die C. GmbH auf eine vierzehntägige Probezeit berufen. Andererseits hatte sie nachzuweisen, dass und wann der Arbeitsvertrag beendet wurde. Da sie diesen Beweis schuldig blieb und auch keine Arbeitszeitkontrolle geführt hatte, war auf die glaubwürdigen Angaben der Arbeitnehmerin abzustellen. Danach hatte das Arbeitsverhältnis jedoch länger als die Probezeit gedauert. Hingegen konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Arbeitgeberin fristlos gekündigt hätte, weil auch B. nicht behauptete, dass diese das Vorliegen einer unzumutbaren Fortführung des Arbeitsvertrages geltend gemacht hätte. Vielmehr nahm die C. GmbH an, dass das Arbeitsverhältnis, wenn schon, auf bestimmte Zeit eingegangen wurde und B. daher nicht weiter zu beschäftigen war. Deshalb hätte die Angestellte ihre Arbeit während der geltend gemachten Kündigungsfrist anbieten müssen, was sie nicht getan hat. Ihr wurde deshalb der Lohn für die gesamte Zeit ihrer effektiven Beschäftigung unter Anrechnung dessen, was sie bereits erhalten hatte, zugesprochen.

(GSGE vom 12.2.2007 in Sachen von B. gegen C. GmbH, GS 2006/204)

- 2.3. Überstundenarbeit (Art. 321c OR)
 Pflicht zur Kompensation durch Freizeit nach L-GAV für das Gastgewerbe 98
 (siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
- 2.4. Art. 321e OR. Ein Umsatzrückgang beweist noch nicht den Eintritt eines Schadens. Erforderlich ist zusätzlich der Nachweis einer damit zusammenhängenden Gewinneinbusse. Die Mitnahme des Kundenterminsbuchs durch eine Coiffeuse ist vertragswidrig, jedoch nicht hinreichend zum Nachweis dafür, dass deren Verhalten das Ausbleiben der Kundschaft verursachte. Erforderlich ist der Nachweis, dass die Angestellte die Kundschaft in dieser Hinsicht beeinflusst hat.

Art. 322 OR. Die Lohnrückforderung setzt einen Anspruch aus Vertrag (z. B. Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (irrtümliche Zahlung, Art. 63 OR) voraus.

Art. 333 Abs. 1 OR. Eine Betriebsübernahme liegt beim Verkauf eines Coiffeursalons samt Inventar und Kundenbeziehungen zur Weiterführung in den bisherigen Geschäftsräumlichkeiten vor.

S. war seit 22 Jahren bei T. als Coiffeuse angestellt. Per 1. Oktober 2004 verkaufte T. seinen Coiffeursalon samt Inventar an R.. Dieser schloss mit S. per 1. Oktober 2004 einen Arbeitsvertrag ab, der eine dreimonatige Probezeit vorsah, während welcher das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden konnte. Am 13. November 2004 kündigte R. das Arbeitsverhältnis fristlos und versprach ihr, den Lohn für eine Woche weiterzubezahlen. Vom gleichen Tag an wurde S. durch ihren Arzt zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Krankentaggeldversicherung richtete für S. ab 16. Dezember 2004 Krankentaggelder aus, zunächst an R. und ab 1. Februar 2005 direkt an S.. R. bezahlte S. den Lohn bis Ende Januar 2005 weiter und behielt die an ihn ausbezahlten Krankentaggelder ein. Am Tag der fristlosen Kündigung nahm S. das Buch über die Kundentermine mit. R. stellte fest, dass in der Zeit danach die Kunden, die S bedient hatte, in seinem Coiffeursalon ausblieben. Mit Klage vom 10. April 2005 verlangte R. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von S. zur Rückzahlung des vom 16. November 2004 bis 31. Januar 2005 bezahlten Lohnes sowie die Bezahlung von Schadenersatz aus Abwerbung von Kundschaft und infolge erlittener Umsatzeinbussen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage am 20. Juni 2005 vollumfänglich abgewiesen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Das Gericht stellte zunächst fest, dass das Arbeitsverhältnis von S. und T. infolge Betriebsübernahme gemäss Art. 333 Abs. 1 OR auf R. übergegangen war. Massgebend für einen Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass der neue Betriebsinhaber dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt (BGE 129 III 335 E. 2.1; 4C.193/2004 E. 2.2). Hierfür ist namentlich auf den Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln und die Übernahme von Kundschaft abzustellen (BGE 4C.193/2004 E. 2.2). All dies war vorliegend gegeben, weil R. den Coiffeursalon gekauft hat, um ihn in den gleichen, gemieteten Räumlichkeiten weiterzuführen. Zum Coiffeursalon gehörten sowohl das Geschäftsinventar als auch die Kundenbeziehungen.

b) Aufgrund des Übergangs und damit Weiterbestands des Arbeitsverhältnisses war die Vereinbarung einer Probezeit zwischen R. und S. ausgeschlossen. Deshalb konnte der Arbeitsvertrag nur mit Rücksicht auf die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses, das heisst nicht mit einer siebentägigen, sondern einer zweimonatigen Frist ordentlich gekündigt werden (Art. 7.1. Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Coiffeurgewerbe). Die Kündigung vom 13. November 2004,

die R. selber als fristlose bezeichnete, war daher trotz seiner Zusage, den Lohn an S. für eine Woche weiterzubezahlen, nicht als ordentliche Auflösung anzusehen. In der Folge hat R. den Lohn in voller Höhe bis Ende Januar 2005 an S. weiterbezahlt. Er hatte sich dabei weder vertraglich eine Rückforderung vorbehalten noch diese Lohnzahlungen im Irrtum (Art. 63 Abs. 1 OR) vorgenommen. Hinzu kam, dass R. für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch keinen wichtigen Grund nach Art. 337 OR geltend machen konnte. Er berief sich zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung auf Dispute zwischen S. und seiner Ehefrau, die im Coiffeursalons mitgearbeitet hat, ohne S. jedoch die Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten vorzuwerfen. Unter diesen Umständen hatte R. keinen Anspruch auf Rückbezahlung des bis Ende Januar 2005 an S. ausgerichteten Lohnes. Vielmehr hatte er S. aufgrund seiner ungerechtfertigten fristlosen Entlassung vermögensmässig so zu stellen, wie wenn er ordentlich gekündigt hätte. Da die Arbeitsunfähigkeit von S. durch die Situation am Arbeitsplatz und die fristlose Kündigung verursacht wurde, wäre der Schadenersatzanspruch von S. durch die Krankentaggelder zu 80% des Lohnes unvollständig abgedeckt gewesen, so dass der an S. zu 100% weiterbezahlte Lohn durchaus seine Richtigkeit hatte. R. durfte dabei die an ihn ausgerichteten Krankentaggelder einbehalten und an den an S. ausbezahlten Lohn anrechnen.

c) Ferner konnte auch die Schadenersatzforderung von R. nicht gutgeheissen werden. Der Schadenersatzanspruch eines Arbeitgebers gegenüber seiner Angestellten setzt den Nachweis des Schadens, der schädigenden, vertragswidrigen Verhaltens der Arbeitnehmerin sowie des Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen voraus (Art. 321e OR). Zwar hätte S. ihr Terminbuch bezüglich ihrer Kundentermine nach der fristlosen Kündigung nicht behändigen dürfen, weil dieses zu den Geschäftsunterlagen von R. gehörte. Damit allein konnte jedoch nicht erklärt werden, dass die Kunden dem Coiffeursalons ferngeblieben sein sollten. Insbesondere war nicht nachgewiesen, dass die Kunden durch S., wie R. behauptete, in ihrer Entscheidung beeinflusst wurden, weiterhin die Dienste des Coiffeursalons von R. in Anspruch zu nehmen (vgl. Art. 19 GAV). Zudem hatte R. den behaupteten Schaden nur mit einem Umsatzrückgang begründet und keine damit zusammenhängende Gewinneinbusse vorlegen und belegen können. Es fehlte damit an der erforderlichen Schadenssubstantiierung.

(GSGE vom 20.6.2005 in Sachen von R. gegen S., GS 2005/96)

2.5. Lohn (Art. 322 OR)

2.5.1. Voraussetzungen der Lohnrückforderung
(siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)

2.5.2. Anspruch auf Privatkilometer mit Geschäftsfahrzeug als Lohn. Bemessung während Freistellung
(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

2.6. Provision (Art. 322b f. OR)

2.6.1. Art. 322b, 324 Abs. 1, 327a Abs. 1 OR. Können die während einer Freistellung entgangenen Provisionen nicht konkret berechnet werden, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den Durchschnitt der von ihm in der Zeit davor verdienten Provisionen. Als Referenzzeitraum sind möglichst die letzten zwölf Monate heranzuziehen, es sei denn, dass die in bestimmten Monaten jährlich wiederkehrenden, spezifischen Umsatztendenzen zu berücksichtigen sind. Während einer Freistellung sind ohne gegenteilige Abrede keine echten Reisespesen zu bezahlen. Hingegen hat ein Arbeitnehmer, dem das Geschäftsfahrzeug bei der Freistellung entzogen wird, welches er auch zu Privatfahrten in bestimmtem Umfang pro Jahr benützen darf, Anspruch auf die Privatkilometer, welche durchschnittlich in der Freistellungszeit gefahren worden wären.

B. trat am 1. Oktober 2003 als Key Account Manager bei der K. AG ein. Der Lohn bestand aus einem Jahresfixum von CHF 65'000.-- und einer Provision, wobei für die ersten neun Monate eine solche von monatlich CHF 1'800.-- garantiert wurde. Zudem wurden B., der im Aussendienst eingesetzt war, monatliche Reisespesen von CHF 500.-- versprochen. Ferner durfte er das Geschäftsfahrzeug pro Jahr für Privatfahrten bis 5'000 km benützen. Am 14. Februar 2005 kündigte die K. AG das Arbeitsverhältnis per 30. April 2005, stellte gleichzeitig B. von der Arbeit frei und entzog ihm das Geschäftsfahrzeug. Mit Klage vom 22. März 2005 verlangte B. die Verurteilung der K. AG unter anderem zur Zahlung von Provisionen und Spesen während der Freistellungszeit sowie einer Entschädigung für nicht gefahrene 5'572 Privatkilometer. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat B. am 2. Mai 2005 Provisionen und eine Entschädigung für nicht gefahrene Privatkilometer für die Zeit der Freistellung zugesprochen, eine weiterge-

hende Entschädigung sowie die Spesenforderung jedoch abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Nach Art. 324 Abs. 1 OR bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge ihres Verschuldens nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeit in Verzug gerät. Die Vorschrift findet Anwendung auf eine von der Arbeitgeberin aufgrund ihres Weisungsrechts einseitig angeordnete Freistellung des Arbeitnehmers (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 324 OR N. 13, S. 267). Die Arbeitgeberin schuldet deshalb für diese Zeit auch Provisionen, wie wenn der Angestellte arbeiten würde. Vorliegend konnten die während der Freistellungszeit tatsächlich entgangenen Provisionen nicht konkret berechnet werden. Auch konnte nicht davon ausgegangen werden, dass B. schon vor der Freistellung im Hinblick darauf die in dieser Zeit anfallenden Geschäfte bereits getätigt hätte. Die Kündigung und Freistellung kamen für B. völlig überraschend, so dass er gar keine Gelegenheit dazu gehabt hätte, bestimmte Vertragsabschlüsse vorzuziehen. Es war deshalb auf den monatlichen Durchschnitt der verdienten Provisionen in der Zeit vor der Freistellung abzustellen. Als Referenzzeitraum sind in solchen Fällen möglichst die letzten zwölf Monate heranzuziehen, es sei denn, dass die in bestimmten Monaten jährlich wiederkehrenden, spezifischen Umsatztendenzen zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 125 III 14 E. 2b). Vorliegend wurden der Durchschnittsberechnung jene Arbeitsmonate seit Wegfall der Provisionsgarantie zugrunde gelegt, weil B. in der Folge jeweils die Höhe der Provisionsgarantie nie mehr erreichte.

b) Keinen Anspruch hatte der Arbeitnehmer auf die vertraglichen Reisespesen. Es handelte sich dabei um Ersatz echter Spesen und nicht um versteckten Lohn. Da B. während der Freistellungszeit keine Reiseaufwendungen hatte, fehlten Auslagen, die hätten ersetzt werden können und müssen (Art. 327a Abs. 1 OR). Daran konnte nichts ändern, dass die K. AG die Reisespesen bisher auch während der Ferien jeweils vollumfänglich bezahlt hatte. Es war darin zwar ein anspruchsbegründendes Entgegenkommen der Arbeitgeberin zu erblicken, das sich jedoch lediglich auf die Ferien bezog und nicht ohne weiteres auf eine Freistellungszeit ausgedehnt werden konnte.

c) Lohncharakter hatte hingegen der Anspruch des Arbeitnehmers, pro Jahr 5'000 km mit dem Geschäftsfahrzeug zu privaten Zwecken absolvieren zu dürfen. Der Arbeitnehmer konnte die Privatkilometer jedoch nur in jenem Jahr beziehen, in welchem der Anspruch darauf entstanden war. Diese Einschränkung ergab sich aus dem Sinn und Zweck der Abrede, die auf der Erfahrung beruhte, dass ein Teil der von einem Aussendienstmitarbeiter täglich zurückgelegten Fahrstrecken ausschliesslich privaten Zwecken dienen. Diese Privatkilometer sollten dem Arbeitnehmer entschädigungsfrei gewährt werden. Zudem musste B. über

die gefahrenen Privatkilometer monatlich der Arbeitgeberin rapportieren. Die meisten der eingeklagten 5'572 Privatkilometer stammten aus dem Jahre 2004, die als verwirkt anzusehen waren, weil sie nicht innert diesem Jahr bezogen wurden. Der Anspruch auf Privatfahrten war zudem dadurch eingeschränkt, als das Geschäftsfahrzeug seinem Zweck entsprechend hauptsächlich zur Geschäftsbesorgung für die Arbeitgeberin bestimmt war. Er konnte deshalb nur soweit geltend gemacht werden, als es dieser Bestimmungszweck zuliess. Dies galt auch während einer Freistellungszeit. Zwar hätte B. während der Freistellung mehr Zeit für Privatfahrten gehabt. Indessen hatte die Arbeitgeberin Anspruch darauf, das Fahrzeug zur Geschäftsbesorgung durch andere Mitarbeiter einsetzen zu dürfen. B. konnte deshalb das Geschäftsfahrzeug nicht für mehr Privatfahrten beanspruchen, als wenn er während seiner Freistellung selber gearbeitet hätte. Dabei war von den pro Monat durchschnittlichen 416.66 Kilometer für die Freistellungszeit auszugehen, die ihm die K. AG zu CHF -.50 pro Kilometer zu entschädigen hatte. Die weiteren, nicht bezogenen Privatkilometer wurden als nicht entschädigungsberechtigt angesehen.

(GSGE vom 2.5.2005 in Sachen von B. gegen K. AG, GS 2005/61)

2.6.2. Art. 322b Abs. 3 OR. Die resolutive Bedingung kann auch nach Erfüllung des vermittelten provisionsberechtigten Vertrages fort dauern. Eine Versicherung hatte gewichtige Gründe zur Rückgängigmachung von Lebensversicherungsverträgen, die von den Versicherungsnehmern, die eigentlich kein Interesse an einer Lebensversicherung hatten, einzig zur Teilnahme an einem dubiosen Trading einer Drittfirma, welche ihnen hohe Renditen versprach, abgeschlossen wurden. Die Arbeitgeberin war deshalb berechtigt, ihrem Arbeitnehmer gegenüber, der die provisionsberechtigten Lebensversicherungsverträge vermittelte, die zunächst gutgeschriebenen Provisionen zu stornieren.

S. war seit dem Jahre 1972 als Berater „Unternehmungen“ bei der Versicherung X. angestellt. Seine Tätigkeit umfasste den Aufbau und den Vertrieb von Versicherungsprodukten. Gemäss dem Arbeitsvertrag vom 14. Dezember 2001 bestand sein Gehalt aus einem jährlichen Fixlohn von CHF 48'600.-- sowie Akquisitionsprovisionen für die vermittelten Versicherungen. Da er nicht zum Abschluss von Lebensversicherungen befugt war, vermittelte er im Juli 2005 dem dafür zuständigen Generalagenten H. deutsche Kunden für den Abschluss von Lebensversicherungen, deren Zustandekommen ihn zum Bezug von Akquisitionsprovisionen in der Höhe von CHF 27'400.90 berechtigten. Die Versicherungspolice wurden in Zusammenhang mit einem Anlagevertrag der C. AG abgeschlossen, in welchem eine monatliche Rendite von 20% in Aussicht gestellt wurde. Jeder Anleger verpflichtete sich, einen bestimmten Betrag an die Versicherung X. zu bezahlen, und nahm zur Kenntnis, dass die Versicherungspolice als Sicherheit,

am Anlageprogramm teilnehmen zu können diene, solange die Originalpolice bei der Versicherung verbleibe. Als die Versicherung X. vom Zusammenhang zwischen den abgeschlossenen Lebensversicherungsverträgen und den Anlageverträgen erfuhr, bot sie allen betroffenen Versicherungsnehmern die vollumfängliche Rückabwicklung der Verträge an. Von diesem Angebot machten alle Versicherungsnehmer Gebrauch, worauf die Versicherung sämtliche Provisionen, welche S. gutgeschrieben worden waren, stornierte. Mit Klage vom 29. August 2006 verlangte S. vor Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung der Versicherung X. zur Zahlung der ihm vorenthaltenen Provisionen von CHF 27'400.90. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage mit Urteil vom 19. Juli 2007 vollumfänglich ab. Die vom Kläger hiergegen eingereichte Beschwerde hat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 12. November 2007 abgewiesen, ebenso das Bundesgericht am 13. Juni 2008 eine von S. gegen dieses Urteil des Appellationsgerichts geführte Beschwerde, soweit es darauf eintrat, wobei es was folgt erwogen hat:

„1. [...] Die Vorinstanz verneinte, dass dem Beschwerdeführer die strittigen Provisionsansprüche zustünden, wobei sie sich auf Art. 322b OR stützte. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung entsteht der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften, wenn er auf diesen verabredet und das Geschäft mit dem Dritten rechtsgültig abgeschlossen ist. Der Anspruch auf Provision fällt allerdings nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt (Art. 322 Abs. 3 Satz 1 OR).

2.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz standen die durch den Beschwerdeführer vermittelten Versicherungsabschlüsse im Zusammenhang mit sogenannten Trading-Geschäften, die eine Y. _____ AG mit Dritten abschloss. Im Rahmen des "Anlageprogramms Versicherung" habe sich der Auftraggeber verpflichtet, auf einen bestimmten Termin hin und für die Dauer von einem Jahr hohe Beträge an die Beschwerdegegnerin zu überweisen. Die bei dieser verbleibende Versicherungspolice sollte dabei als Sicherheit dafür dienen, am Trading teilnehmen zu können. Die Y. _____ AG sollte ihrerseits alle nötigen Vorkehrungen zum Start des Programms tätigen, die notwendigen Trading-Verträge unterzeichnen und dafür sorgen, dass dem Auftraggeber die Rendite monatlich überwiesen werde. Dabei habe die Y. _____ AG, wenngleich ohne Garantie, eine Rendite in der Höhe von 20% netto pro Monat versprochen, den Auftraggeber aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass sie nur vermittelnd zwischen den - im Auftrag nicht näher konkretisierten - Parteien tätig sei. Den Auftraggebern sei vertraglich verboten worden, die bekannt gewordenen Versicherungen direkt oder über Drittpersonen zu kontaktieren oder deren Adressen an Dritte weiter zu geben, ansonsten das Programm gestoppt werde und keine Renditezahlungen mehr ausgeschüttet werden könnten.

Die Beschwerdegegnerin habe von diesem Hintergrund der mit ihr erfolgten Versicherungsabschlüsse Kenntnis erhalten, indem ihr von einem Kunden vorgeworfen worden

sei, ihren Namen in eine unseriöse Vertragsgestaltung eingebracht zu haben, was ihn zur Einschaltung der Staatsanwaltschaft bewogen habe. Nachdem sie die Angelegenheit weiter abgeklärt habe, habe sie die Versicherungsnehmer angeschrieben, sich von der Y._____ AG distanziert und klargestellt, dass es sich bei den Trading-Programmen nicht um ein eigenes Produkt von ihr handle. Sie habe ihnen deshalb angeboten, die Verträge gegen Rückerstattung des einbezahlten Kapitals plus aufgelaufener Zinsen aufzulösen. Alle Teilnehmenden hätten dieses Angebot angenommen.

2.2 Die Vorinstanz erwog dazu, der Beschwerdegegnerin wäre die Erfüllung der Lebensversicherungsverträge nicht unmöglich gewesen. Sie habe diese aber nicht einfach freiwillig rückgängig gemacht, sondern dazu gewichtige Gründe gehabt, seien die Verträge doch vor dem Hintergrund ihrer betrügerischen Vermittlung abgeschlossen worden. Die Entstehungsgeschichte zeige auf, dass die Kunden kein Interesse an Lebensversicherungen als solchen gehabt hätten, sondern diese vielmehr als Mittel zur Teilnahme an den Trading-Geschäften gesehen hätten. Einzig die diesbezügliche Täuschung und damit ein Willensmangel habe sie zum Abschluss der Versicherungsverträge verleitet. Über die Hintergründe aufgeklärt, habe denn auch kein einziger Kunde ein weiteres Interesse an einer Lebensversicherung gezeigt. Für die Beschwerdegegnerin wäre das Festhalten an diesen Verträgen, die aufgrund dubioser Machenschaften zustande gekommen seien und mit denen sie selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen worden sei, unzumutbar, soweit die Kunden diese nach erfolgter Aufklärung nicht hätten weiterführen wollen. Insofern könne nicht von einer Vertragsauflösung aus Kulanz gesprochen werden. Die Auflösung der Verträge sei damit nicht der Beschwerdegegnerin zuzuschreiben. Es könne deshalb offen bleiben, ob diese im Falle ausdrücklicher Geltendmachung von Willensmängeln durch die Versicherungsnehmer nicht gar zum entsprechenden Vorgehen verpflichtet gewesen wäre.

2.3 Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe damit Art. 322b Abs. 3 OR verletzt. Sie sei zu Unrecht von der Anwendbarkeit dieser Bestimmung ausgegangen. Sodann habe sie verkannt, dass eine bloss moralische Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Auflösung der Versicherungsverträge nicht unter die Regelung von Art. 322b Abs. 3 OR subsumiert werden könne und dass die Beschwerdegegnerin zu keinem Zeitpunkt rechtlich, namentlich aufgrund eines Willensmangels, verpflichtet gewesen wäre, die Verträge aufzulösen.

3.

3.1 Der Provisionsanspruch entsteht nach Art. 322b Abs. 1 OR mit dem rechtsgültigen Abschluss des Geschäfts. Von einem solchen kann nicht gesprochen werden, wenn sich der Geschäftsabschluss als nichtig herausstellt oder wenn von einer Partei begründet ein Willensmangel geltend gemacht wird und der Vertrag über das Geschäft daher ex tunc dahinfällt (dazu: BGE 129 III 320 E. 7.1.1 S. 327; 114 II 131 E. 3b S. 143). In diesem Sinne ist die Entstehung des Provisionsanspruchs resolutiv bedingt (vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 5 zu Art. 322b OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art.

322b OR, der allerdings von einer Suspensivbedingung spricht; ferner STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 2 zu Art. 322b OR S. 222, die in diesen Fällen von einem nachträglichen Dahinfallen des Anspruchs nach Art. 322b Abs. 3 OR infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung ausgehen; BEAT MEYER, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss. Zürich 1978, S. 69 f.).

3.2 Auch wenn ein rechtsgültiger Geschäftsabschluss vorliegt und damit zunächst ein Provisionsanspruch entstanden ist, fällt er nach Art. 322b Abs. 3 OR wieder dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Mit anderen Worten entfällt der Provisionsanspruch, wenn die Vertragsausführung aus Gründen unterbleibt, die dem Arbeitgeber nicht zuzuschreiben sind (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N. 5 zu Art. 322b OR). Der Gesetzgeber betrachtete es als ein Gebot der Billigkeit, dem Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Ausrichtung einer Provision erst dann zu überbinden, wenn das abgeschlossene Geschäft nicht nur rechtsgültig abgeschlossen, sondern auch tatsächlich ausgeführt wird. Denn erst die Ausführung bringt dem Arbeitgeber den wirtschaftlichen Erfolg, an dem der Arbeitnehmer durch die vereinbarte Provision beteiligt werden soll (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels bis des OR [Der Arbeitsvertrag], BBl 1967 II 241 ff., S. 318; STAEHELIN, a.a.O., N. 14 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 322b OR S. 222 oben). Der Arbeitslohn ist insoweit in einer für das Arbeitsverhältnis untypischen Weise vom wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit abhängig, d.h. es ist nicht bloss die Leistung von Arbeit, die zur Erzielung eines Erfolgs geeignet ist, sondern die Erreichung des wirtschaftlichen Ergebnisses entscheidend, und der Arbeitnehmer trägt damit einen Teil des Unternehmerrisikos (vgl. dazu STAEHELIN, a.a.O., N. 8, 35 f. zu Art. 319 OR; REHBINDER, a.a.O., N. 5 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 319 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., N. 5 zu Art. 322b OR; Urteile 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.1 und 4C.421/1999 vom 17. Februar 2000 E. 3b).

3.2.1 Dass vorliegend die Dritten, d.h. die Versicherungsnehmer, ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätten, lässt sich den vorinstanzlichen Feststellungen nicht entnehmen und wird auch von keiner Partei behauptet. Dieser gesetzliche Grund für das Dahinfallen des Provisionsanspruchs fällt somit ausser Betracht.

3.2.2 Unter den im Gesetz weiter genannten Fall, dass das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird, fallen namentlich Sachverhalte, bei denen der Arbeitgeber aus einer von ihm nicht zu verantwortenden Unmöglichkeit (Art. 119 OR) nicht in der Lage ist, seine eigene Leistung zu erbringen, z.B. infolge kriegerischer Ereignisse, Naturkatastrophen, Streiks, Aussperrung, allgemeinen Warenmangels oder Einfuhrsperren. Nicht von einer Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers kann dagegen gesprochen werden bei einer Rücknahme von Waren aus Kulanz, d.h. aus geschäftspolitischen Erwägungen, oder aus Gründen, die der Arbeitge-

ber zu vertreten hat. Dasselbe gilt für den freiwilligen Abschluss eines Aufhebungsvertrages, wobei von einem freiwilligen Abschluss eines solchen jedenfalls dann nicht gesprochen werden kann, wenn ihn der Arbeitgeber schliesst, um einer aussichtsreichen Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln zuvorzukommen, mithin rechtliche Gründe dafür bestehen (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N. 15 zu Art. 322b OR; REHBINDER, a.a.O., N. 5 zu Art. 322b OR; PORTMANN, a.a.O., N. 3 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 322b OR S. 322; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 5 zu Art. 322b OR).

Weiter wird in der Lehre die Auffassung vertreten, es liege ein Fall der vom Arbeitgeber unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts vor, wenn diesem ein Festhalten am Vertrag angesichts der gesamten Umstände nach Treu und Glauben nicht zuzumuten sei (MEYER, a.a.O., S. 72).

4.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Anwendbarkeit von Art. 322b Abs. 3 OR vorliegend schon nach dessen Wortlaut ausgeschlossen sei. Dieser verlange, dass das Geschäft nicht ausgeführt worden ist. Hier seien indessen die Geschäfte ausgeführt worden, da die nach den Verträgen zu leistenden Einmaleinlagen geleistet und die Policen den Versicherungsnehmern ausgehändigt worden seien.

Darauf kann nicht eingetreten werden. Es trifft nicht zu, dass sich die Vorinstanz mit dem betreffenden Einwand des Beschwerdeführers nicht auseinandergesetzt hätte. Sie erwog, die unbestrittene Subsumtion von Willensmängeln, die auch nach Ausführung des Geschäfts geltend gemacht werden könnten und zur Rückabwicklung des Vertrages führten, unter die Fälle der unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts nach Art. 322b Abs. 3 OR zeige, dass die resolutive Bedingung auch nach Erfüllung des vermittelten Vertrags fortauern könne. Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Begründung nicht auseinander und zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz damit Bundesrecht verletzt haben soll. Er genügt damit den Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde in Zivilsachen nicht, nach denen in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.1/2; Urteile 4A_22/2008 vom 10. April 2008 E. 1, 5A_56/2007 vom 6. Juni 2007 E. 2.1 und 5A_129/2007 vom 28. Juni 2007 E. 1.4; vgl. zu den entsprechenden Begründungsanforderungen der altrechtlichen Berufung: BGE 121 III 397 E. 2a S. 400; 116 II 745 E. 3 S. 749).

5.

Der Beschwerdeführer hält dafür, die Vorinstanz habe vorliegend fälschlich angenommen, der Provisionsanspruch sei dahingefallen. Dass die Verträge von der Beschwerdeführerin aus gewichtigen Gründen aufgelöst worden seien und ihr die Fortführung der Verträge unzumutbar gewesen sein soll, könne nicht unter die Regelung von Art. 322b

Abs. 3 OR subsumiert werden. Die Beschwerdegegnerin wäre zu keinem Zeitpunkt rechtlich verpflichtet gewesen, die Verträge aufzulösen, und habe aus rein geschäftspolitischen Gründen und somit aus Kulanz gehandelt. Die behauptete Unzumutbarkeit sei nicht erstellt. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach die Entstehungsgeschichte aufzeige, dass die Kunden kein Interesse an Lebensversicherungen als solchen gehabt, sondern diese vielmehr als Mittel zur Teilnahme an den Trading-Geschäften gesehen hätten, bringe zum Ausdruck, dass auf Seiten der Kunden keine Täuschung bezüglich des Vertragsabschlusses vorgelegen haben könne, sondern dem Vertragsabschluss lediglich eine andere Motivation zugrunde gelegen habe. Es könne bezweifelt werden, ob sich die Kunden bei dieser Sachlage gegenüber der Beschwerdegegnerin jemals auf einen rechtlich relevanten Willensmangel hätten berufen können.

5.1 Die Beschwerdegegnerin hat die Lebensversicherungen mit den Versicherungsnehmern vertraglich aufgehoben, weil die Versicherungsverträge "vor dem Hintergrund betrügerischer Vermittlung abgeschlossen" worden bzw. weil sie "aufgrund dubioser Machenschaften zustande gekommen" seien. Die Versicherungsnehmer hätten, so die vorinstanzlichen Feststellungen, kein Interesse an Lebensversicherungsverträgen gehabt, sondern diese lediglich als Mittel zur Teilnahme an den Trading-Programmen gesehen, und einzig die diesbezügliche Täuschung habe sie zum Abschluss der Versicherungsverträge verleitet. Dadurch sei die Beschwerdegegnerin selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen worden. Sie habe die Auflösungsverträge nicht freiwillig geschlossen, weil bei einem Festhalten an den Versicherungsverträgen ihr guter Ruf auf dem Spiel gestanden hätte und ihr damit ein Beharren auf den Verträgen unzumutbar gewesen wäre.

5.2 Es ist zu prüfen, ob es sich wertungsmässig unter den in Art. 322 Abs. 3 OR genannten Fall der Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers subsumieren lässt, wenn die Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen die Versicherungsverträge aufhob, ohne rechtlich dazu gezwungen zu sein.

Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen machte die Y. _____ AG den Abschluss der streitbetroffenen Versicherungsverträge zur Voraussetzung für die Teilnahme an den von ihr angebotenen Trading-Geschäften. Dies offensichtlich, um den Anschein zu erwecken, dass die Beschwerdegegnerin als vertrauenswürdige Gesellschaft hinter den von der Y. _____ AG angebotenen Trading-Programmen stand. Im Rahmen der Trading-Programme wurde den Auftraggebern, wenngleich ohne Garantie, eine Rendite von 20% pro Monat versprochen. Es ist notorisch, dass bei seriösen Vermögensanlagen keine derartigen Renditen versprochen werden. Überdies stand vorliegend eine Person hinter den Trading-Geschäften und vermittelte dem Beschwerdeführer die Kunden für die Lebensversicherungen, die rechtskräftig wegen Veruntreuung im Zusammenhang mit ähnlichen Geschäften verurteilt wurde. Ferner wurde den Auftraggebern aus augenfälligen Gründen vertraglich verboten, mit den Versicherungen Kontakt aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, dass der Beschwerdeführer die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach die Versicherungsabschlüsse vor einem dubiosen,

betrügerischen Hintergrund zustande kamen, in Frage zu stellen versucht, wobei sie denehin keine substantiierte Sachverhaltsrüge erhebt, die dem Bundesgericht allenfalls erlauben würde, vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt abzuweichen (Erwägung 1 vorne).

Es ist der Beurteilung der Vorinstanz ohne weiteres zu folgen, dass die Beschwerdegegnerin durch den Abschluss der Versicherungsverträge im geschilderten Zusammenhang selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen und die Gefahr geschaffen wurde, dass ihr Name mit betrügerischen Geschäften in Verbindung gebracht wird. Dies kann eine Versicherungsgesellschaft, die auf einen tadellosen Ruf angewiesen ist, nicht auf sich beruhen lassen, und es ist der Vorinstanz daher auch darin beizupflichten, dass der Beschwerdegegnerin ein Festhalten an den Verträgen nach Treu und Glauben nicht zumutbar gewesen wäre. Vielmehr hatte sie im Interesse ihres guten Rufes, also aus unternehmerischer Sicht, keine andere Wahl, als sofort von sich aus Hand zur Vertragsauflösung zu bieten. Insofern kann darin kein freiwilliger Abschluss von Aufhebungsverträgen gesehen werden.

Die Beschwerdegegnerin von der Pflicht zu entbinden, dem Beschwerdeführer für die betreffenden Verträge eine Provision zu entrichten, entspricht der Absicht, die der Gesetzgeber der Regelung von Art. 322b Abs. 3 OR zugrunde legte, nämlich den Besonderheiten von Arbeitsverhältnissen, bei denen der Arbeitnehmer mittels einer Provision am wirtschaftlichen Erfolg seiner Tätigkeit beteiligt wird, Rechnung zu tragen, indem der Arbeitnehmer mit einem Teil des Unternehmerrisikos bzw. der daraus erwachsenden wirtschaftlichen Auswirkungen belastet wird, wenn ein vermitteltes Geschäft aus Gründen, die weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber zu vertreten hat, nicht ausgeführt wird (Erwägung 3 vorne). Das Dahinfallen des Provisionsanspruchs rechtfertigt sich im vorliegenden Fall im Speziellen, weil der Beschwerdeführer den Akteuren und den Umständen der Vertragsabschlüsse näher stand als die Beschwerdegegnerin, wenn ihm auch kein Verschuldensvorwurf zu machen sein mag, dass er sich nicht näher über die Hintergründe der von ihm vermittelten Geschäfte ins Bild setzte.

5.3 Die Subsumtion des vorliegenden Sachverhalts unter den Fall der unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts gemäss Art. 322b Abs. 3 OR durch die Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden. Sie hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, die strittigen Provisionsansprüche seien mit der Auflösung der Lebensversicherungsverträge dahingefallen, unabhängig davon, ob bei Geltendmachung von Willensmängeln eine Verpflichtung zur Vertragsauflösung bestanden hätte. [...]"

(BGE 4A_163/2008 vom 13.6.2008 in Sachen A. gegen X. Versicherungen; AGE vom 12.10.2007, Verf.Nr. 972/2007; GSGE vom 19.7.2007, GS 2006/288)

2.7. Gratifikation (Art. 322d OR)

2.7.1. Verlust der Freiwilligkeit durch mehrmaliges vorbehaltloses Ausrichten
(siehe unter Ziffer 2.17.3.3., S. 81)

2.7.2. Entstehung des pro-rata-Anspruchs
(siehe unter Ziffer 2.17.3.3., S. 81)

2.8. Ausrichtung des Lohnes (Art. 323 ff. OR)

2.8.1.1. Art. 323 OR, Art. 8 ZGB. Die durch eine Lohnquittung geschaffene Vermutung, dass eine Lohnzahlung erfolgt ist, kann durch den Nachweis des Arbeitnehmers, dass die Quittung ge- bzw. verfälscht wurde oder unwahr ist, umgestossen werden.

S. arbeitete bei der Y. GmbH als Chauffeur. Nachdem er das Arbeitsverhältnis am 20. September 2004 fristlos gekündigt hat, klagte er am 24. September 2004 vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der Y. GmbH unter anderem zur Bezahlung ausstehender Löhne seit 15. April 2004. Die Y. GmbH legte zum Beweis der angeblich bereits erfolgten Zahlung eine Quittung über CHF 10'000.-- vor, die S. jedoch als Fälschung zurückwies. Nach einer ersten Hauptverhandlung am 4. November 2004 holte das Gewerbliche Schiedsgericht bei der Kantonspolizei Basel-Landschaft ein Schriftgutachten ein und verurteilte die Y. GmbH in einer zweiten Hauptverhandlung vom 23. Juni 2005, an der ein Zeuge einvernommen wurde, zur Bezahlung der eingeklagten Lohnausstände, wobei was folgt erwogen wurde.

Eine Arbeitgeberin hat eine Lohnzahlung, von der sie behauptet, sie habe diese bereits vorgenommen, im Falle der Bestreitung durch den Arbeitnehmer zu beweisen (Art. 8 ZGB; Art. 323 OR). Zum Nachweis einer Barzahlung dient namentlich eine hierfür ausgestellte Quittung. Sie schafft die Vermutung, dass die darin aufgeführte Schuld getilgt ist (BGE 121 IV 131 E. 2c). Diese Vermutung kann der Gläubiger durch den Nachweis der Fälschung oder der Unwahrheit der Quittung umstossen. Die von der Y. GmbH verfasste und ins Recht gelegte Quittung vom 7. September 2004 über CHF 10'000.-- wies bei der letzten Ziffer Null der von der Y. GmbH mit Kugelschreiber geschriebenen Zahl im Vergleich zu den

übrigen Ziffern leichte Abweichungen bezüglich Schriftbild, Schriftmittel und Schriftdruck auf. Diese Abweichungen wurden in der polizeilichen Untersuchung jedoch als zu wenig signifikant beurteilt, als dass daraus auf den Schrifturheber oder auf eine nachträgliche Hinzufügung der fraglichen Ziffer hätte geschlossen werden können. Gemäss den polizeilichen Ausführungen konnten mit dem geringen Umfang an fraglichem Schriftmaterial keine schriftvergleichende Untersuchung durchgeführt werden. Auch seien die Untersuchungen bezüglich einer eventuellen Schreibmitteldifferenzierung in der Infrarot-Absorption, in der Infrarot-Lumineszenz sowie bei der spektroskopischen Untersuchung ohne Erkenntnisse geblieben.

Das Gericht gelangte dennoch zur Überzeugung, dass die fragliche Ziffer Null erst nach der Unterzeichnung der Quittung durch den Angestellten S. von der Y. GmbH in diese eingefügt wurde, womit diese als verfälscht anzusehen war. Beide Parteien und der Zeuge gaben nämlich übereinstimmend zu Protokoll, dass die Y. GmbH ihrem Angestellten S. am Tag der Unterzeichnung der Quittung nicht CHF 10'000.--, sondern CHF 1'000.-- übergeben hat. Die Y. GmbH begründete dabei die auf CHF 10'000.-- lautende Quittung damit, dass S. die übrigen CHF 9'000.-- von ihr bereits vorher erhalten habe. Auch sagte der glaubwürdige Zeuge aus, dass anlässlich der Unterzeichnung der Quittung nichts darüber gesagt worden sei, dass die Quittung mehr als diese CHF 1'000.-- beinhalten würde. Vielmehr habe die Y. GmbH erklärt, dass sie S. zurzeit nicht mehr bezahlen könne. Er werde den Rest hingegen später erhalten. Ausserdem konnte die Y. GmbH dem Gericht nicht angeben, wie sich die CHF 9'000.-- zusammensetzten. Auffällig war zudem, dass die Y. GmbH damit mehr bezahlt haben wollte, als S. noch Lohnausstände geltend machte.

(GSGE vom 23.6.2005 in Sachen von S. gegen Y. GmbH, GS 2004/346)

2.8.1.2. Art. 323, 336c, 337, 337c OR. Geschlechtsverkehr mit einem Kunden während der Arbeitszeit in den öffentlichen Geschäftsräumlichkeiten wäre, sofern nachgewiesen, ein genügender Grund zur fristlosen Kündigung. Notwendige Operation führt zum Unterbruch der Kündigungsfrist. Schadenersatzberechnung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Die aufgrund der Barauszahlung des Lohnes erfolgte Datierung und Unterzeichnung der Lohnabrechnung ist eine Quittung. Liegen für bestimmte Monate jeweils mehrere datierte und unterzeichnete Lohnabrechnungen vor, so kann allein daraus nicht bereits darauf geschlossen werden, dass die betreffenden Löhne mehrfach ausbezahlt wurden.

B. trat am 12. September 2005 als Serviceangestellte in den Betrieb von A. ein. A. kündigte das Arbeitsverhältnis am 7. Februar 2006 zunächst ordentlich und

am 20. Februar 2006 fristlos. Er warf B. vor, sie habe mit einem Restaurantbesucher während der Arbeitszeit Geschlechtsverkehr auf der Kundentoilette gehabt und auf Geschäftskosten privat telefoniert. Mit Klage vom 3. März 2006 verlangte B. Schadenersatz sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. A. andererseits machte widerklageweise geltend, B. habe durch Täuschung erreicht, dass ihr für September bis November 2005 der Lohn doppelt ausbezahlt worden sei, weshalb er diese Lohnzahlungen zurückfordere. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat in der zweiten Hauptverhandlung vom 21. Dezember 2006 B. Schadenersatz aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung zugesprochen, die Forderung auf eine Entschädigung sowie auch die Widerklage abgewiesen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Nach Art. 337 Abs. 1 kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen, welche dem Kündigenden nach Treu und Glauben dessen Fortsetzung unzumutbar machen, fristlos aufgelöst werden. Vorliegend kündigte A. zunächst ordentlich, dann fristlos. Allerdings wurde die ordentliche Kündigung aus anderen Gründen als die Fristlose ausgesprochen, so dass A. sich nicht darauf als erste Reaktion behaften lassen musste. Da die Kündigungsfrist nur einen Monat betrug, waren an die wichtigen Gründe allerdings generell höhere Anforderungen als bei längeren Kündigungsfristen zu stellen. Der Vorwurf, B. habe mit einem Kunden in den Geschäftsräumlichkeiten geschlechtlich verkehrt, wäre in jedem Fall ein wichtiger Grund gewesen, das Arbeitsverhältnis per sofort zu beenden. Der Vorfall konnte jedoch auch nach Zeugenbefragungen und trotz einiger Verdachtsmomente nicht als rechtsgenügend bewiesen gelten. Zudem waren private Telefongespräche, welche B. auf Geschäftskosten führte, zu wenig gewichtig, um ohne Verwarnung eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. B. hatte daher Anspruch auf Schadenersatz für die Zeit der Kündigungsfrist, wäre es bei der ordentlichen Kündigung geblieben.

Bei der Schadenersatzbemessung war zu berücksichtigen, dass B. vom 27. Februar bis 14. April 2006 aufgrund einer notwendigen Operation arbeitsunfähig war. Für die Frage, ob die ordentliche Kündigungsfrist unterbrochen worden wäre, kam es nicht darauf an, ob die Operation aufschiebbar gewesen wäre. Das Arbeitsverhältnis hatte noch kein Jahr gedauert. Im unterjährigen Arbeitsverhältnis gewährt Art. 336c Abs. 1 lit. b OR eine Sperrfrist von maximal 30 Tagen. Nachdem B. am 27. Februar 2006 arbeitsunfähig wurde, lief die Sperrfrist gegen Ende März 2006 aus, so dass sich die Kündigungsfrist längstens bis 30. April 2006 verlängert hätte. Damit hatte B. Lohn nur bis Ende April 2006 zu gut. Das Arbeitsverhältnis begann am 12. September 2005. Der Gesamtarbeitsvertrag sieht vor, dass im Gastgewerbe die Angestellten ab Beginn des 7. Anstellungsmonats Anspruch auf einen 13. Lohn zu 50% haben. Deshalb wurde für die Zeit ab dem 12. März 2006 ein 13. Lohn in den Schadenersatzanspruch eingerechnet. Da das Verhalten der Angestellten durchaus Anlass zu berechtigten Bean-

standungen gab, wurde ihr keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen.

b) A. führte bis Ende November 2005 das Restaurant nicht selber, sondern hatte dazu einen Geschäftsführer eingesetzt. Es war unter den Parteien anerkannt, dass B. jeweils den Lohn in bar und gegen Leistung ihrer Unterschrift auf den Lohnabrechnungen erhalten hat. Ihre Unterschrift auf den Lohnabrechnungen hatte offensichtlich zum Zweck, den Empfang des betreffenden Lohnes zu bestätigen. Die datierten und unterzeichneten Lohnabrechnungen waren daher Quittingen. A. legte für die Monate September bis November 2005 weitere Lohnabrechnungen ins Recht, welche ihm die Angestellte im Februar 2006 wiederum datiert und unterschrieben hatte. Daraus konnte jedoch nicht geschlossen werden, dass diese Löhne mehrfach ausbezahlt wurden. Vielmehr musste sich ein solcher Zusammenhang aus weiteren Umständen ergeben. Die von A. hierzu vorgebrachten Vorgänge waren unglaubwürdig. A. will mit dem Geschäftsführer ein angespanntes Verhältnis gehabt haben. Dennoch war es nicht verständlich, dass er auf ihre – von ihm behauptete, von B. jedoch bestrittene – angebliche Aussage, sie habe die Löhne September bis November noch nicht erhalten, ihr diese ausbezahlt haben soll, ohne beim Geschäftsführer diesen Sachverhalt abzuklären. Dies galt umso mehr, als der Geschäftsführer noch immer im Besitze der Lohnabrechnungen gewesen sein soll. Ferner konnte A. weder schlüssig behaupten noch gar nachweisen, woher er die ca. CHF 8'000.-- aufbrachte, welche er B. im Februar bezahlt haben wollte. In der ersten Hauptverhandlung behauptete er, dass er von Hochzeiten, die er für Landsleute in Liestal organisiere, über genügend Geld verfügt habe, welches er B. gegeben habe. Im Verlaufe des Verfahrens gab er hingegen an, er habe sich von einer GmbH, an der er beteiligt sei, ein Darlehen geben lassen. Die von ihm eingereichten Belege waren kein Darlehensvertrag, sondern bestätigten lediglich, dass ein solches Darlehen bestanden haben und inzwischen zurückbezahlt worden sein soll. Unter diesen Umständen blieb A. den Nachweis schuldig, dass B. die zurückgeforderten Löhne zweimal bezahlt wurden.

(GSGE vom 21.12.2006 in Sachen von B. gegen A, GS 2006/62)

2.8.1.3. Art. 323, 335, 337 OR. Der Beweis der erfolgten Lohnzahlung mittels Buchhaltung setzt voraus, dass Buchungsbelege vorliegen. Kündigungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Auslegung einer Kündigung als ordentliche und nicht als fristlose.

H. trat am 1. Januar 2004 bei der A. GmbH als Servicemonteur ein. Am 24. Juni 2006 kündigte die A. GmbH ihrem Arbeitnehmer „rückwirkend auf den 11. Juni 2004“ und stellte ihn „mit sofortiger Wirkung frei“, weil er bei einem tätlichen

Angriff eines Mitarbeiters auf den Lehrling nicht eingegriffen habe. Mit Klage vom 3. September 2004 verlangte H. die Verurteilung der A. GmbH unter anderem zur Lohnzahlung für Mai sowie zur Zahlung einer Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Am 13. Januar 2005 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die A. GmbH zur Zahlung des Mailohnes und wies die Entschädigungsforderung ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Umstritten war als Erstes, ob die A. GmbH ihrem Arbeitnehmer den Mailohn bezahlt hatte. Beweispflichtig für die Zahlung war sie als Schuldnerin (Art. 8 ZGB). Da die A. GmbH keinen Zahlungsbeleg vorlegen konnte, berief sie sich auf Indizien dafür, dass sie dem Kläger den Mailohn als Barlohn ausgehändigt habe. Sie habe den beiden Arbeitskollegen des Klägers den Mailohn ebenfalls in bar entrichtet. Auch habe sie zunächst versucht, den Lohn auf dessen Bankkonto zu überweisen. Das Geld sei ihr jedoch wegen der Angabe einer falschen Kontonummer durch den Kläger wieder gutgeschrieben worden. Zudem habe sie die Mailohnzahlung an H. ordentlich verbucht. Alle diese Umstände vermochten jedoch selbst in ihrer Gesamtheit das Gericht nicht davon überzeugen, dass die Lohnzahlung tatsächlich erfolgt war. Es stellte darauf ab, dass, wer Bargeld an seinen Gläubiger aushändigt, sich darüber eine Quittung ausstellen lässt. Dies gilt namentlich im Geschäftsverkehr, dem die beklagte Partei zuzurechnen war. Zumindest hätte sie die Zahlung vor Zeugen vornehmen müssen, was sie anerkanntermassen nicht getan hat. Die versuchte, jedoch gescheiterte Banküberweisung konnte nicht als Indiz für eine später erfolgte Zahlung angesehen werden, sondern sollte erklären, weshalb die Arbeitgeberin den heutzutage nicht mehr üblichen Weg der Barzahlung gewählt haben wollte, und ihren Willen dokumentieren, die Lohnzahlung effektiv vorzunehmen. Auch die angebliche Verbuchung des Lohnes in der Buchhaltung der Arbeitgeberin konnte nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, weil die Führung einer ordentlichen Buchhaltung das Vorliegen von Buchungsbelegen voraussetzt, woran es hier jedoch anerkanntermassen fehlte. Die Arbeitgeberin war deshalb zur Zahlung des Mailohnes zu verurteilen.

b) Mit Schreiben vom 24. Juni 2004 kündigte die A. GmbH das Arbeitsverhältnis rückwirkend auf den 11. Juni 2004 und stellte ihren Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung frei. Ferner hiess es im Kündigungsschreiben: „Ihre Guthaben aus Lohn und Leistung werden turnusgemäss zur Abrechnungsperiode auf das Monatsende berechnet und ausbezahlt.“ Der Wortlaut der Kündigung war nicht völlends klar und nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Auslegung ergab, dass keine fristlose (Art. 337 OR), sondern eine ordentliche Kündigung (Art. 335 OR) vorlag. Die Freistellung konnte sich nur auf die Zeit nach dem Kündigungszugang bei H. beziehen, weil der Arbeitnehmer bis zum Empfang der Kündigung gearbeitet hat. Sie bedeutete, dass H. von der Arbeitsleistung befreit wurde, für diese Zeit jedoch gleichwohl Anspruch auf Lohn hatte. Letzteres ging aus der Zusicherung der Arbeitgeberin hervor, dass sie die künftigen Löhne turnusgemäss, das heisst

zu den vertraglich vorgesehenen Fälligkeitsdaten, abrechnen und überweisen werde. Zwar hatte die A. GmbH in der Folge den restlichen Juni-lohn sowie das ganze Juligehalt nicht an H. ausbezahlt. Dies stand der Auslegung nicht entgegen, weil die Arbeitgeberin sich Schadenersatzansprüche vorbehalten und den Lohn offenbar zu diesem Zweck einstweilen zurückbehalten hat. An der Interpretation der Kündigung als ordentliche konnte nichts ändern, dass der Vorwurf der A. GmbH an H., er sei dem Lehrling nicht zu Hilfe geeilt, als dieser tätlich angegriffen wurde, die Qualität für einen wichtigen Grund nach Art. 337 OR hätte erfüllen können. Auch wer einen ausreichenden Grund zu einer fristlosen Kündigung hat oder zu haben glaubt, kann sich zu einer ordentlichen Kündigung entschliessen.

(GSGE vom 13.1.2005 in Sachen von H. gegen A. GmbH, GS 2004/319)

2.8.2. Voraussetzungen der Lohnrückforderung
(siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)

2.8.3. Art. 323a, 323b OR. Der Lohnabzug zur Deckung einer noch nicht verfügbaren Zollbusse gegen einen Zolldeklaranten war weder als Lohnrückbehalt (mangels Vereinbarung) noch als Lohnverrechnung (mangels Gegenforderung) zulässig.

R. war seit dem 5. Juli 2004 als Zolldeklarant bei der T. AG angestellt. Die T. AG hat in der Lohnabrechnung für Februar 2005 CHF 2'430.-- für Zollbussen, für die R. verantwortlich sei, von dessen Lohn abgezogen. Mit Klage vom 2. März 2005 verlangte R. die Verurteilung der T. AG zur Auszahlung des nicht bezahlten Februarlohnes. Mit Urteil vom 14. April 2005 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage vollumfänglich gutgeheissen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 323a Abs. 1 OR darf die Arbeitgeberin, „sofern es verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, [...] einen Teil des Lohnes zurückbehalten.“ Vorliegend fehlte im Arbeitsvertrag der Parteien eine derartige Klausel, so dass zu prüfen war, ob die T. AG allenfalls den Anspruch auf den Februarlohn mit einer Gegenforderung verrechnen konnte (Art. 323b OR). Die in Abzug gebrachten Zollbussen waren durch die Zollbehörden allerdings noch nicht verfügt worden. Auch sieht das Zollgesetz nicht vor, dass die Arbeitgeberin für Bussen gegen ihre Angestellten belangt werden kann (vgl. Art. 125 Zollgesetz betreffend Bussen gegen Geschäftsbetriebe zur Vermeidung von Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen). Sollte die Arbeitgeberin eine derartige gegen ihren Angestellten verfügte Busseforderung dennoch erfüllen, so könnte sich ein Anspruch gegenüber dem Arbeitnehmer aus Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben (Art. 419 ff. OR). Vorlie-

gend war festzustellen, dass die T. AG über keine Verrechnungsforderung verfügte, weshalb der Lohnabzug auch in Anwendung von Art. 323b OR nicht zulässig war.

(GSGE vom 14.4.2005 in Sachen von R. gegen T. AG, GS 2005/47)

2.8.4. Berechnung der pfändbaren Quote bei verheirateten und beidseits erwerbstätigen Ehegatten
(siehe unter Ziffer 2.12.2., S. 51)

2.9. Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)

2.9.1. Art. 324 OR; GAV für die Reinigungsbranche (ab 1.7.2004). Die Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit verlangt die Festlegung der Solljahresarbeitszeit und die monatliche Berechnung und Bekanntgabe des Arbeitszeitsaldos entsprechend der Dauer des laufenden Dienst- bzw. Kalenderjahres durch die Arbeitgeberin. Art. 6 des GAV für die Reinigungsbranche, der eine Wochenarbeitszeit als Normalarbeitszeit im Einzelarbeitsvertrag vorschreibt, steht der Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit entgegen.

K. trat am 1. September 2005 als Hilfsreiniger/Gebäudereiniger in die A. GmbH ein. Der Arbeitsvertrag vom 7. Oktober 2005 sah bezüglich der Arbeitszeit eine 42-Stundenwoche vor. In Art. 3 war zudem vermerkt, dass im Grundsatz eine Ganzjahresarbeitszeit gemäss Art. 10 gelte. Art. 10 lautete wie folgt:

„Stundenabrechnung

Der Mitarbeiter erhält unabhängig der effektiv geleisteten Stunden resp. der effektiven Sollstunden jeden Monat 182 Stunden ausbezahlt. Die Überstunden werden auf Plusstunden ausgewiesen und in den Wintermonaten als Freizeit kompensiert. Plusstunden bis maximal 200 Stunden werden dafür aufaddiert. Die 200 Stunden übersteigenden Stunden werden im Folgemonat ausbezahlt. Sinngemäss werden die das Monatssoll nicht erreichten Stunden als Minusstunden gebucht. Die 200 Stunden übersteigenden Minusstunden werden im Folgemonat abgezogen.“

Der Arbeitsvertrag bestimmte ferner, dass für alle nicht geregelten Punkte die Vorschriften des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz vom 1. Juli 2004 gültig seien.

Die A. GmbH kündigte am 12. Januar 2007 das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2007 aus wirtschaftlichen Gründen. K. arbeitete bis Ende März 2007, erhielt jedoch nicht den ganzen Märzlohn. Die Arbeitgeberin verweigerte die Auszahlung des weiteren Lohnes, weil K. ein Stundensaldo von 84,4 Minusstunden aufweise. Da der Arbeitsanfall für die Firma in den Sommermonaten mehr und in den Wintermonaten weniger sei, habe sie mit den Arbeitnehmern eine Ganzjahresarbeitszeit vereinbart. Danach sollten die Angestellten im Sommer mehr und im Winter weniger arbeiten. Damit die Arbeitnehmer jeweils über denselben Lohn pro Monat verfügen könnten, habe sie ihnen zugesichert, jeden Monat den Durchschnittslohn zur Auszahlung zu bringen, unabhängig davon, ob im betreffenden Monat mehr oder weniger Stunden gearbeitet würden. Da K. im vergangenen Winter weniger als die durchschnittlichen monatlichen Stunden habe arbeiten können, sei er mit 84,4 Stunden ins Minus geraten. Aufgrund der Abrede im Arbeitsvertrag dürfe sie diese Minusstunden vom für den Monat März geschuldeten Lohn in Abzug bringen.

Mit Klage vom 8. Mai 2007 machte K. unter anderem die Zahlung des restlichen Märzlohnes geltend. Am 21. Juni 2007 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage in diesem Punkt gutgeheissen, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) In der Reinigungsbranche gilt mit Wirkung ab 1. Juli 2004 ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag, der auf das vorliegende Arbeitsverhältnis Anwendung fand. Dieser Gesamtarbeitsvertrag sieht in Ziffer 6.1 vor, dass die Wochenarbeitszeit im Einzelarbeitsvertrag festzulegen ist. Nach Ziffer 6.2 darf die Arbeitszeit pro Woche ab 1. Januar 2005 höchstens 42 Stunden betragen. Zudem bestimmt der Gesamtarbeitsvertrag in Ziffer 7, dass unter aufgezählten, besonderen Umständen Überstunden zu leisten sind, die in der Folge zu kompensieren und ohne solche Kompensation danach auszubezahlen sind. Art. 324 OR schreibt vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den Lohn auch dann schuldet, wenn sie diesem keine Arbeit anbieten kann. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Arbeitsvertragsparteien eine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart haben. Diese Normalarbeitszeit bezieht sich gewöhnlich auf eine Woche, kann aber auch auf längere Zeitabschnitte wie einen Monat bzw. ein Jahr bezogen werden. Da der Gesamtarbeitsvertrag für das Reinigungsgewerbe bestimmt, dass der Einzelarbeitsvertrag eine Wochenarbeitszeit festzulegen hat, kann davon nicht durch eine Jahresarbeitszeit abgewichen werden (vgl. BezG Oberrheintal, JAR 1991 S. 113 zum GAV für das Schreinergerwebe). Wenn immer die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer in einer bestimmten Woche während der vertraglich festgelegten Normalarbeitszeit, vorliegend den 42 Stunden, nicht beschäftigen kann, so schuldet sie aufgrund von Art. 324 OR dennoch den vollen Lohn für 42 Stunden, ohne dass der Arbeitnehmer die nicht geleisteten Stunden nachzuholen hätte. Die Abrede einer Jahresarbeitszeit gegenüber einer Wochenarbeitszeit bedeutet eine Einschränkung des Schutzes von Art. 324 OR für den Arbeitnehmer,

indem die Arbeitgeberin die Möglichkeit erhält, Stunden, in denen sie den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann, über einen grösseren Zeitraum auszugleichen. Dies stellt eine Verschlechterung für den Arbeitnehmer dar, die der Gesamtarbeitsvertrag nicht erlaubt. Aus diesem Grund hatte der Kläger vorliegend Anspruch auf eine Beschäftigung von 42 Stunden pro Woche und es durften ihm die nicht geleisteten 84,4 Stunden am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen gehalten werden.

b) Doch selbst wenn vorliegend die Regelung des Gesamtarbeitsvertrages betreffend die Wochenarbeitszeit als Normalarbeitszeit nicht anwendbar gewesen wäre, so hätte sich dennoch die Frage gestellt, ob das Vorgehen der Arbeitgeberin hätte geschützt werden dürfen. Die Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit als Normalarbeitszeit setzt voraus, dass die jährliche Sollarbeitszeit ziffermässig im Arbeitsvertrag angegeben wird (Art. 324 OR). Zudem hat die Arbeitgeberin monatlich über den Arbeitszeitsaldo während des laufenden Dienst- bzw. Kalenderjahres abzurechnen. Beides hatte die A. GmbH nicht bzw. in nicht genügender Weise erfüllt.

(GSGE vom 21.6.2007 in Sachen von K. gegen A. GmbH, GS 2007/133)

2.9.2. Freistellung

2.9.2.1. Provisionsberechnung?
(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

2.9.2.2. Bezahlung echter Reisespesen?
(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

2.9.2.3. Abgeltung für entgangene Privatkilometer mit Geschäftswagen?
(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

2.9.3. Ersatz von infolge Arbeitgeberverzuges entgehenden
Trinkgeldeinnahmen
(siehe unter Ziffer 2.13.2., S. 52)

2.10 Lohnfortzahlung (Art. 324 a/b OR)

2.10.1.-

2.10.3. Art. 31, 324a OR. Eine Aufklärungspflicht der Arbeitnehmerin vor Vertragsabschluss bezüglich ihres Gesundheitszustandes besteht lediglich dann, wenn gesundheitliche Beschwerden es ihr verunmöglichen oder doch sehr erschweren, die vertraglich verlangte Arbeit zu leisten. Die Unverbindlichkeit eines Arbeitsvertrages zufolge angeblicher Täuschung ist binnen eines Jahres seit Kenntnisnahme dieses Umstands vorzubringen, anderenfalls der Vertrag trotz des Willensmangels als genehmigt gilt. Die im Falle der Genehmigung in Art. 31 Abs. 3 OR vorbehaltenen Schadenersatzansprüche betreffen nicht allfälligen Schaden zufolge der Vertragserfüllung. Die von der Arbeitgeberin versprochene Lohnfortzahlung während bestimmter Dauer erlischt nicht mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, sofern dieses im Arbeitsvertrag nicht als Erlöschungsgrund aufgeführt ist. Art. 324a OR findet auch auf vorbestehende Leiden Anwendung. Der Arbeitgeber ist dort von der Lohnfortzahlung nur insofern befreit, als die Arbeitnehmerin für eine derartige Arbeitsunfähigkeit Ansprüche gegenüber Dritten hat und es ihr zumutbar ist, diese Ansprüche geltend zu machen, ohne dass sie auf einen Vorschuss der Arbeitgeberin angewiesen wäre. Die Arbeitnehmerin kann von ihrer Arbeitgeberin Ersatz der Prämien für eine Einzelkrankentaggeldversicherung, in die sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses übertrat, nur verlangen, wenn die Taggeldversicherung – im Unterschied zum abgeschlossenen Arbeitsvertrag – einen Übertritt für den weiteren Taggeldbezug über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus voraussetzt.

L. wurde per 1. Juli 2004 vom Spital X. als Krankenschwester angestellt. Der Anstellungsvertrag sah eine dreimonatige Probezeit vor, während der das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist gekündigt werden konnte. Im Übrigen enthielt er nur rudimentäre Regelungen und verwies für alle weiteren Anstellungsbedingungen auf das beigelegte Personalreglement, welches integrierender Bestandteil des Vertrages war. Art. 40 des Personalreglements bestimmte, dass bei einer Arbeitsverhinderung als Folge eines Unfalls oder einer Krankheit die Arbeitnehmerin bei voller Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf 100% des Bruttogehalts vom 1. bis 365. Tag der Arbeitsverhinderung und auf 80% des Bruttogehalts ab dem 366. Tag, bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit anteilmässig weniger, habe. Der Anspruch erlösche mit dem Beginn einer Rente oder mit dem Tod der Arbeitnehmerin. L. war vom 12. August 2004 bis 31. August 2005 100% arbeitsunfähig. Am 9. September 2004 kündigte das Spital X. das Arbeitsverhältnis auf den 26. September 2004. Bis dahin wurde der volle Lohn ausbezahlt. Ab dem 12. September 2004, d.h. nach einer 30-tägigen War-

tefrist, bezog L. Taggelder der Krankenversicherung. Im Anschluss an das Ende des Arbeitsverhältnisses am 26. September 2004 trat L. von der Kollektiv- in die Einzelversicherung der Taggeldversicherung über. Die Taggelder wurden ihr bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit am 31. August 2005 ausbezahlt. L. teilte der Arbeitgeberin im August 2006 mit, dass sie noch Lohnansprüche für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe. Das Spital lehnte darauf diese Forderungen ab. Mit Klage vom 2. Oktober 2007 verlangte L. vor Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 4'724.50 brutto zuzüglich Zins unter Kostenfolge. Der Forderungsbetrag setzte sich aus CHF 2'812.50 Lohnnachzahlung und CHF 1'912.-- Taggeldversicherungsprämien zusammen. Mit Urteil vom 6. Dezember 2007 wurde das Spital X. zur Zahlung von CHF 2'812.50 netto nebst Zins an L. verurteilt, wobei das Gericht Folgendes erwogen hat.

a) Unter den Parteien war strittig, ob Art. 40 des Personalreglements auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien Anwendung fand. Die Beklagte war der Meinung, dass diese Vorschrift nur die Dauer der Lohnfortzahlung, nicht aber deren Voraussetzungen regle. Vielmehr käme Art. 324a OR zur Anwendung, welcher verlange, dass das Arbeitsverhältnis mindestens 3 Monate gedauert habe. Zudem habe L. sie bei der Anstellung über das damals bereits bestehende gesundheitliche Leiden getäuscht. Sollte die Beklagte den Vertrag dennoch genehmigt haben, so stehe ihr nach Art. 31 Abs. 3 OR Schadenersatz gegenüber L. zu.

b) Was den Vorwurf anging, L. habe die Arbeitgeberin bezüglich ihres Gesundheitszustandes getäuscht, konnte offen bleiben, ob die Klägerin deswegen das Spital X. hätte bei der Anstellung darauf aufmerksam machen müssen. Eine Aufklärungspflicht der Arbeitnehmerin bezüglich ihres Gesundheitszustandes besteht allerdings lediglich dann, wenn gesundheitliche Beschwerden es der Arbeitnehmerin verunmöglichen oder doch sehr erschweren, die vertraglich verlangte Arbeit zu leisten (ROGER RUDOLPH, Stellenbewerbung und Datenschutz, 1997, S. 63). Ein Willensmangel einer Vertragspartei, der wesentlich ist und zur einseitigen Unverbindlichkeit des abgeschlossenen Vertrages führt, ist von dieser Vertragspartei sofort und spätestens nach einem Jahr seit Kenntnis des Willensmangels geltend zu machen (Art. 31 OR). Vorliegend erkrankte die Arbeitnehmerin sehr kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses und war in der Folge sehr lange arbeitsunfähig. Dies war sicherlich eine unerwartete, ungewöhnliche Entwicklung und gab mit Recht Anlass zu einem gewissen Verdacht, die Klägerin habe schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses von ihrem Leiden und seinen Auswirkungen auf ihre Arbeitskraft gewusst. Der Beklagten konnte dieser Umstand jedoch im August 2004 und bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses im nachfolgenden Monat September nicht verborgen geblieben sein. Wollte sie sich auf einen Willensmangel berufen, so hätte sie bereits damals diesen Willensmangel vorbringen und

erklären müssen, dass sie den Vertrag als einseitig unverbindlich betrachte. Spätestens als L. im August 2006 Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin geltend machte, hätte diese die Tragweite der Angelegenheit erkennen müssen. Es wäre ihr damals jedenfalls zumutbar gewesen, den behaupteten Willensmangel in ihrem Antwortschreiben auf die Forderungen der Klägerin vorzubringen. Der Willensmangel wurde erstmals vor Gericht am 6. Dezember 2007 behauptet. Die Frist zur Geltendmachung einer Täuschung war längst abgelaufen und die Arbeitgeberin hatte den Vertrag trotz Kenntnis dieses angeblichen Mangels genehmigt. Für diesen Fall konnte sich die Beklagte jedoch nicht auf Art. 31 Abs. 3 OR berufen, worin Schadenersatzansprüche für eine getäuschte Vertragspartei trotz Genehmigung vorbehalten werden. Es kann dort nicht um Schadenersatzansprüche gehen, die sich daraus ergeben, dass die getäuschte Partei nun den Vertrag erfüllen muss, weil sie die rechtzeitige Anfechtung verpasst hat. Vielmehr geht es um den Ersatz von Schaden, der auch im Falle einer erfolgreichen Anfechtung entstanden wäre (BGE 109 Ia 5 E. 4b), insbesondere falls die Folgen einer Nichtgenehmigung noch nachteiliger gewesen wären. Zudem wäre eine Schadenersatzforderung, auf die die einjährige Verjährungsfrist nach Kenntnis des Schadens und der schadensverursachenden Person gemäss Art. 60 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangt (BGE 109 Ia 5 E. 4c), vorliegend ohnehin verjährt gewesen.

c) Art. 324a OR regelt, unter welchen Voraussetzungen und wie lange die Arbeitgeberin bei Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin den Lohn fortzuzahlen hat. Die Arbeitgeberin kann durch Abrede längere Zeitabschnitte für die Lohnfortzahlung festlegen (Art. 324a Abs. 2 OR). Die Parteien haben mit Art. 40 des Personalreglements eine in diesem Sinne für die Arbeitnehmerin bedeutend grosszügigere Regelung getroffen. Es wurden darin neben einer viel längeren Anspruchsdauer insbesondere keine Anspruchsvoraussetzungen bezüglich der Dauer des Arbeitsverhältnisses aufgestellt. L. hatte deshalb unbesehen davon, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits dauerte oder ob es sich noch in der Probezeit befand, im Falle von Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf die im Arbeitsvertrag versprochenen Leistungen. Obwohl die Klägerin am 12. August 2004 noch während der Probezeit erkrankte, war sie deshalb anspruchsberechtigt. Art. 40 des Personalreglements zählte ferner die Gründe auf, bei denen der Anspruch auf Lohnfortzahlung unterging. Darin nicht genannt wurde das Ende des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung. Zwar fällt der Lohnanspruch nach Art. 324a OR nach herrschender Ansicht mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses dahin (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 324a/b OR N. 34, S. 315; BGE 113 II 259 E. 3). Wenn eine Arbeitgeberin hingegen für den Fall der Arbeitsunfähigkeit eine Lohnfortzahlung während bestimmter Dauer verspricht und nicht vorsieht, dass der Anspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt, so gilt dieses Versprechen zur Lohnfortzahlung auch für die Zeit danach abgegeben. Nach Treu und Glauben darf die Arbeitnehmerin ein solches Versprechen denn auch auf diese Weise verstehen (BJM 2003 S. 326).

Ferner stellte sich die Frage, ob die Regelung in Art. 40 des Personalreglements auch auf vorbestehende Krankheiten Anwendung fand. Die Arbeitgeberin behauptete nämlich, dass die Arbeitsunfähigkeit von L. bereits bei ihrer Anstellung bzw. beim Stellenantritt bestanden habe, was die Arbeitnehmerin jedoch bestritten hat. Art. 324a OR findet auch auf vorbestehende Leiden Anwendung. Die Arbeitgeberin ist in solchen Fällen von der Lohnfortzahlung nur insofern befreit, als die Arbeitnehmerin für eine derartige Arbeitsunfähigkeit Ansprüche gegenüber Dritten hat und es ihr zumutbar ist, diese Ansprüche geltend zu machen, ohne dass sie auf einen Vorschuss der Arbeitgeberin angewiesen wäre (vgl. BJM 2003 S. 311). Art. 40 des Personalreglements sah bezüglich der Frage, ob ein Leiden erstmals während des Arbeitsverhältnisses auftritt oder bereits schon vor dieser Zeit aufgetreten ist, keine unterschiedliche Anspruchsregelung vor. Daraus war zu schliessen, dass die vereinbarte Lohnfortzahlung in vollem Umfang auch für vorbestehende Leiden galt.

d) L. hatte damit Anspruch auf Lohnfortzahlung während maximal 720 Tagen. Ihre Arbeitsunfähigkeit endete am 31. August 2005. Sie machte Ansprüche bis zum 12. August 2005 geltend, weil bis dahin ein Anspruch auf 100% und in der Folge auf 80% Lohnfortzahlung bestand. Die Klägerin hat bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit von der Krankenversicherung Taggelder in Höhe von 80% des Lohnes erhalten, die an ihren Anspruch anzurechnen waren. Zum Anspruch auf Lohnfortzahlung hätte auch jener auf Kinderzulagen gehört, den die Klägerin jedoch nicht geltend machte. Strittig war unter den Parteien ferner, ob die Klägerin Anspruch auf einen 13. Monatslohn hatte. Die Arbeitgeberin war der Meinung, dass der 13. Monatslohn nur für die Zeit nach Ablauf der Probezeit gelten würde. Der Arbeitsvertrag sah einen 13. Monatslohn ohne eine zeitliche Einschränkung vor. Das Personalreglement enthielt keine davon abweichende Regelung und hätte anderenfalls ohnehin gegenüber einer für die Arbeitnehmerin günstigeren einzelarbeitsvertraglichen Regelung zurückstehen müssen. Zudem hatte das Spital X. der Arbeitnehmerin bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses den 13. Monatslohn ausbezahlt. Der 13. Lohn war deshalb einzurechnen.

e) Ferner verlangte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Übernahme der von ihr bezahlten Prämien für die Krankentaggeldversicherung nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses. Diese Prämien waren angefallen, weil L. aus der Kollektiv- in die Einzelversicherung übertrat. Die Arbeitnehmerin hat weder behauptet noch nachgewiesen, dass dieser Übertritt erforderlich war, um den Anspruch auf Taggelder auch nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses erhalten zu können. Doch selbst wenn dem so gewesen wäre, konnte die Klägerin die Übernahme dieser Prämien durch die Beklagte nicht fordern. Die Beklagte war aufgrund des Arbeitsvertrages und mit Rücksicht darauf, dass Art. 336c OR während der Probezeit eines Arbeitsverhältnisses trotz Arbeitsunfähigkeit eine Kündigung eines Ar-

beitsvertrages zulässt, berechtigt den Arbeitsvertrag auf den 26. September 2004 zu kündigen. Die Klägerin hatte deshalb keinen Anspruch auf Weiterführung des Arbeitsvertrages, welche ihr einen allenfalls sonst nicht zustehenden Verbleib in der kollektiven Krankentaggeldversicherung ermöglicht hätte. Hinzu kam, dass der Übertritt in die Einzelversicherung offensichtlich deswegen vollzogen wurde, um der Klägerin auch nach ihrem Austritt aus der Beklagten, den bisherigen Versicherungsschutz erhalten zu können. Es geht dabei nicht um den Schutz gegen bereits eingetretene, sondern erst bevorstehende, mögliche Risiken, das heisst um den Schutz für den Fall, dass L. aus anderen Gründen arbeitsunfähig geworden wäre.

(GSGE vom 6.12.2007 in Sachen von L. gegen Spital X., GS 2007/272)

2.10.4.-

2.10.5. Art. 324a OR; Art. 36 Abs. 3 ArG. Der Anspruch auf bezahlte drei Tage für Eltern zur Betreuung ihres erkrankten Kindes besteht auch dann, wenn die Krankheit des Kindes während der Ferien der Eltern oder während eines Mutterschaftsurlaubs beginnt. Der Lohnfortzahlungsanspruch bei Verhinderungsgründen der Arbeitnehmerin nach Art. 324a OR, welche nicht zu den versicherten Risiken einer Taggeldversicherung gehören, wird durch deren Taggelder nicht konsumiert. An den Anspruch auf Lohnfortzahlung infolge Betreuung eines kranken Kindes war deshalb die vorgängig bezogene Mutterschaftsentschädigung nicht anzurechnen.

Y. war seit dem 1. Januar 2004 bei Dr. K. als medizinische Praxisassistentin angestellt. Am 21. Mai 2005 gebar sie ein Kind und bezog in der Folge bis zum 26. August 2005 einen 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub. In der Folge kam sie nicht zur Arbeit, weil sie ihr an Schlaf- und Ernährungsproblemen leidendes Kind habe versorgen müssen. Mit Klage vom 17. Januar 2006 verlangte sie vor Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung von Dr. K. unter anderem zur Lohnfortzahlung während der Zeit, in der sie ihr Kind betreut hatte. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies diesen Anspruch mit Urteil vom 2. Oktober 2006 ab. Auf Beschwerde hin gewährte ihr das Appellationsgericht Basel-Stadt am 1. Juni 2007 einen Lohnfortzahlungsanspruch für drei Tage, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 3.4. Für die Zeit vom 27. August bis zum 19. September 2005 macht die Beschwerdeführerin noch einen Anspruch auf Lohnzahlung geltend. Sie rügt, dass sie nach dem Mutterschaftsurlaub nicht hätte arbeiten können, weil sie ihr an Schlaf- und Ernährungsproblemen leidendes Baby habe versorgen müssen. Sie sei dadurch mit ihren Nerven und gesundheitlich am Ende gewesen. In der Folge habe sie einen Nervenzusammenbruch erlitten und durch die Sanität auf die Notfallstation transportiert werden müs-

sen. Letztendlich macht sie somit geltend, selber aus gesundheitlichen Gründen an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert gewesen zu sein. Eine solche, eigene gesundheitliche Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin ist aber durch sie nicht belegt worden. Ihr Hausarzt Dr. med. Chr. K. bestätigt im eingereichten Arztzeugnis vom 9. Dezember 2005 allein, dass die Beschwerdeführerin „wegen Ernährungsproblemen bei ihrer voll gestillten Tochter die Arbeit vom 26.8. bis 14.9.2005 noch nicht aufnehmen“ konnte. Damit bestätigt er allein gesundheitliche Probleme der Tochter, nicht aber eine eigene Erkrankung der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung erwogen, dass gemäss Art. 36 Abs. 3 ArG der Arbeitgeber verpflichtet sei, Eltern kranker Kinder während drei Tagen frei zu geben. Während dieser Zeit bestehe ebenfalls ein Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR (WYLER, Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Art. 36 ArG N 7). Die Freitage dienten aber „auch dazu“, für das Kind eine Drittbetreuung zu organisieren. Dies sei der Mutter aber schon zuvor während dem Mutterschaftsurlaub möglich gewesen. Dies mag tatsächlich „auch“ ein Grund für die Befugnis zur Absenz sein. Im Vordergrund steht aber die Absicht des Gesetzgebers, dass die arbeitstätigen Eltern in diesem begrenzten Umfang in die Lage versetzt werden sollen, ihr Kind, das während seiner Krankheit besonders der Nähe der Eltern bedarf, persönlich zu betreuen. Dies dürfen sie auch dann, wenn die Krankheit des Kindes während der Ferien der Eltern oder wie hier während einem Mutterschaftsurlaub beginnt. Folglich hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf drei bezahlte Freitage für die Betreuung ihres kranken Kindes. Während dieser Zeit vom 26., 29. und 30. August 2005 hat die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers fortgedauert.

Die Vorinstanz vertritt in ihrer Vernehmlassung die Ansicht, ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für diese Kinderbetreuung bestehe nicht mehr, da dieser gemäss Art. 324a OR nur für eine beschränkte Zeit bestehe. Ebenso sei der Beschwerdeführerin, die sich im Jahre 2005 im zweiten Dienstjahr befand, aufgrund der Taggeldversicherungsleistungen ihr geldmässig beschränkter Lohnfortzahlungsanspruch bereits erfüllt worden. Die Vorinstanz stützt sich diesbezüglich auf STREIFF/VON KAENEL (Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Art. 324a/b OR N 24 S. 304). Es ist dabei unbestritten, dass beim Anspruch auf Lohnfortzahlung die Zeiten aus Verhinderungen unterschiedlicher Art (Krankheit, Militärdienst, öffentliches Amt, etc.) zusammen zu rechnen sind. Besteht nun aber eine Versicherung, die nur gewisse Formen der Arbeitsverhinderung versichert, so überzeugt diese Anrechnung nicht. Es ist nicht einleuchtend, warum der Arbeitgeber einem zeitweise kranken, aber von der Taggeldversicherung entschädigten Arbeitnehmer während der Ausübung öffentlicher Ämter oder eben während der Krankheit eines Kindes keine Lohnfortzahlung mehr finanzieren soll. Mit der Versicherung darf er sich nur darauf verlassen, die versicherten Risiken abzudecken. Dem gesunden Arbeitnehmer gegenüber muss er doch die entsprechenden Absenzen ebenfalls trotz bestehender Versicherung vollumfänglich vergüten. Die Taggeldversicherung ist daher nur für die Risiken ein gleichwertiger Ersatz. Für die übrigen Risiken besteht die direkte Leistungspflicht gemäss Art. 324a OR ohne

Anrechnung der Versicherungsleistungen fort. Daher hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf drei Tage Lohnfortzahlung für die Absenz zur Pflege ihres kranken Kindes. [...]“

(AGE vom 1.6.2007 in Sachen von Y. gegen Dr. K.; Verf.Nr. 1023/2006)

2.11. Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)

2.11.1. Art. 327a Abs. 1 OR. Ein Arbeitnehmer, welcher zu Hause arbeitet, obwohl ihm die Arbeitgeberin ein Büro zur Verfügung stellt, hat keinen Anspruch auf Ersatz seiner Bürokosten. Bewilligt hingegen der Vorgesetzte im Einzelfall solche Bürokosten, hat sich dies die Arbeitgeberin, wenn ihn der Arbeitnehmer hierzu für kompetent ansehen durfte, entgegenhalten zu lassen.

W. trat am 15. April 2006 in die Dienste der Versicherungsgesellschaft X. in Basel als Maklerbetreuer ein. Sein Tätigkeitsgebiet umfasste die gesamte Schweiz entsprechend der Zusammenarbeit der ihm zugewiesenen Makler. In Punkt 6.6.1 „Auslagenerfassung“ des Arbeitsvertrags wurde bestimmt, dass die Spesen des Maklerbetreuers nach dem effektiven Aufwand vergütet werden. Es gelte das Spesenreglement für Innendienstmitarbeiter. Fahrspesen würden ab Wohnort zu den Kunden vergütet. Reisen an den Hauptsitz würden als Arbeitsweg gelten und der Arbeitsort sei Basel. W. gelangte am 28. November 2006 an seinen direkten Vorgesetzten und verlangte, dass die Arbeitgeberin die Kosten für sein Büro in seiner Wohnung in Winterthur übernehme. Die Kosten gab er mit monatlich CHF 350.-- an. W. füllte am 28. November 2006 einen Spesenbeleg über Spesen für Büroräumlichkeiten von insgesamt CHF 2'625.-- für die Zeit von Mitte April bis Ende November 2006 aus. Der Spesenbeleg wurde von seinem direkten Vorgesetzten visiert, die Spesen wurden in der Folge von der Arbeitgeberin jedoch nicht ausbezahlt.

Mit Klage vom 2. Februar 2007 verlangte W. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Versicherungsgesellschaft X. zur Zahlung von CHF 2'975.-- Spesen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage am 5. März 2007 im Umfang von CHF 2'625.-- gutgeheissen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Nach Art. 327a Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Im Arbeitsvertrag war als Arbeitsort der Hauptsitz der Versicherungsgesellschaft X. in Basel angegeben. Auch wurde klargestellt, dass der Weg des Klägers von seinem Wohnort in Winterthur zum Hauptsitz der Arbeitgeberin in Basel als Ar-

beitsweg gelte und damit nicht von dieser vergütet würde. Ferner hat W. eingeräumt, es sei abgesprochen gewesen, dass er drei Tage in Basel arbeiten und den Rest seiner Arbeitszeit in Zusammenarbeit mit den Maklern der Beklagten vor Ort zubringen würde. Auch liess er die Darstellung seiner Arbeitgeberin unwidersprochen, dass ihm in Basel ein Büro zur Verfügung stand. Aus alledem ergab sich, dass W., wenn er bei sich zuhause arbeitete, dies nach eigenem Gutdünken tat. Die Kosten für sein Büro konnten deshalb nicht unter Art. 327a OR subsumiert werden. Auch bestand keine vertragliche Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Tragung dieser Kosten. Zudem führte W. vor Gericht aus, dass von den drei vereinbarten Bürotagen pro Woche in Basel letztlich nur ein Tag übrig geblieben sei, was jedoch auf seine eigene Entscheidung zurückging.

b) Zu prüfen war im Weiteren, ob die Arbeitgeberin deshalb zur Zahlung dieser Spesen verpflichtet werden konnte, weil der Vorgesetzte dessen Spesenbeleg visiert hatte. Aus dem Handelsregister ergab sich, dass der direkte Vorgesetzte des Arbeitnehmers nur kollektivzeichnungsberechtigt war. Dies stimmte auch damit überein, dass der Arbeitsvertrag neben diesem Vorgesetzten von einer zweiten zeichnungsberechtigten Person der Beklagten unterzeichnet war. Mit dem alleinigen Visum des direkten Vorgesetzten auf dem Spesenbeleg konnte damit keine Änderung des Arbeitsvertrages begründet werden. Davon zu unterscheiden war jedoch die Kompetenz dieses Vorgesetzten im internen Bereich der Versicherungsgesellschaft. Der Vorgesetzte war Mitglied der Geschäftsleitung. Er hat nicht nur den Spesenbeleg unterzeichnet, sondern W. am 8. Dezember 2006 dazu aufgefordert, ihm den letzten Bürokostenbeleg zu übergeben. Ferner hatten Verhandlungen über eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses stattgefunden. In diesen Verhandlungen hatte der Vorgesetzte W. angeboten, die Kosten für die Büroräumlichkeiten zu übernehmen. Aus alledem ergab sich, dass der Vorgesetzte im Rahmen seines Budgets offensichtlich dazu kompetent war, die Kosten für die Büroräumlichkeiten zu bewilligen. Jedenfalls durfte W. davon ausgehen, dass sein Vorgesetzter dazu berechtigt war. Den visierten Spesenbeleg musste sich die Versicherungsgesellschaft X. deshalb als Schuldanerkennung entgegenhalten lassen. Diese Schuldanerkennung umfasste die Bürokosten für die Monate von Mitte April bis Ende November 2006. W. hatte belegen können, dass die Steuerbehörden für sein Büro einen Betrag von CHF 350.-- als Aufwand akzeptiert hatten. Weiter hat sich das Visum des Vorgesetzten von W. auch auf die Höhe der monatlich anfallenden Bürokosten bezogen. Unter diesen Umständen konnte die Höhe der eingeklagten Bürokosten nicht in Zweifel gezogen werden. W. hatte jedoch keinen Anspruch auf Ersatz der Bürokosten, die vom visierten Spesenbeleg nicht erfasst waren. Deshalb wurde die Klage im Umfang von CHF 2'625.--

entsprechend 7½ Monaten von Mitte April bis Ende November 2006 gutgeheissen.

(GSGE vom 5.3.2007 i.S. von W. gegen Versicherungsgesellschaft X., GS 2007/35)

2.11.2. Anspruch auf echte Reisespesen während Freistellung?
(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

2.12. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 ff. OR)

2.12.1. Art. 328, 341 Abs. 1 OR. Im Rahmen einer Sozialplanung hat die Arbeitgeberin das Gleichbehandlungsgebot zu wahren. Bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags hat die Vertragsfreiheit grundsätzlich Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgebot. Das Verzichtsverbot für den Arbeitnehmer bezieht sich auf bereits entstandene Ansprüche aus zwingenden Vorschriften. Zu den Anforderungen an einen Grundlagenerkenntnis über einen zukünftigen Sachverhalt.

M. war seit dem 19. September 1998 als Linienpilot bei der X. AG, danach seit dem Jahre 2001 bei der Y. AG in derselben Funktion angestellt. Unter den Parteien galt der Gesamtarbeitsvertrag vom 1. November 2000 zwischen der X. AG und der Cockpitvereinigung. Mit Schreiben vom 23. Juni 2005 an die Piloten verwies die Y. AG darauf, dass die laufende Restrukturierung, die darauf ausgerichtet sei, die Flugzeugflotte zu verkleinern, darauf hinauslaufe, dass auch das Pilotenkorps reduziert werde. Das Verfahren und der Zeitplan dieses Personalabbaus seien noch nicht klar für jedes Segment. Dies hänge vom detaillierten Flugplan, vom zukünftigen Produktionsvolumen sowie den neuen Arbeitsbedingungen ab, die alle noch nicht verfügbar seien. Das Ziel sei es deshalb zu freiwilligen Abgängen zu ermuntern, um dieses Personalproblem zu erleichtern und auch die demographische Struktur des Pilotenkorps zu verbessern. Innerhalb eines klar definierten Zeitrahmens vom 1. - 31. Juli 2005 offeriere sie den Piloten auf einer freiwilligen Basis eine Abgangsentschädigung, sofern diese in diesem Zeitrahmen die Kündigung einreichen. Für die Kündigung gelte die Kündigungsfrist gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag. Die Ferien müssten vor Verlassen der Firma aufgebraucht sein.

Mit Schreiben vom 7. Juli 2005 kündigte M. das Arbeitsverhältnis und wünschte, vom Angebot der Y. AG profitieren zu können. Er bat dabei darum, dass er

die Y. AG auf einen früheren Zeitpunkt verlassen könne trotz der dreimonatigen Kündigungsfrist gemäss Gesamtarbeitsvertrag, weil er seine neue Stelle am 1. September beginnen müsse. Er wünsche deshalb auf den 31. August 2005 oder auf einen früheren Zeitpunkt unter Einrechnung seiner Ferien die Firma verlassen zu können. Mit Schreiben vom 11. Juli 2005 teilte die Y. AG dem Angestellten M. mit, dass sie einer Verkürzung der Kündigungsfrist um zwei Monate nur zustimmen könne, wenn auch die Abgangsentschädigung auf ein Drittel gekürzt würde. Ein eventueller Feriensaldo werde ihm soweit möglich vor Austritt zugeteilt bzw. mit einem Dreissigstel pro Ferientag ausbezahlt. Sie bitte ihn, zum Zeichen des Einverständnisses bis am 22. Juli 2005 seine Zustimmung zu erteilen. In der Folge hat M. dieses Angebot angenommen und die Y. AG verlassen.

Mit Schreiben vom 23. September 2005 unterbreitete die Y. AG den verbliebenen Piloten auf freiwilliger Basis eine erneute Kündigungsofferte verbunden mit höheren Abgangsentschädigungen als zum Zeitpunkt ihrer ersten Offerte im Juni. Die neuerlichen Offerten waren derart ausgestaltet, dass, wer die Y. AG per 30. November 2005 verliess, eine höhere Abgangsentschädigung erhielt als jene Piloten, die ihren Austritt erst auf den 28. Februar 2006 erklärten. M. erfuhr hinterher von diesen besseren Angeboten und verlangte mit Klage vom 8. März 2007 beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung einer Abgangsentschädigung in der Höhe von CHF 15'126.20 zuzüglich 5% Zins seit dem 9. September 2005, unter o/e-Kostenfolge.

Zur Begründung brachte M vor, die Y. AG habe ihn, weil sie im September den bei ihr verbliebenen Piloten ein besseres Angebot gemacht habe, gegenüber diesen Piloten ungleich behandelt. Hätte er von diesem besseren Angebot Kenntnis gehabt, hätte er mit seiner Kündigung noch zugewartet, weil seine künftige Arbeitgeberin ihm die Möglichkeit gegeben habe, den Zeitpunkt seines Arbeitsantrittes selber zu bestimmen. Zudem sei die im Juni angebotene Abgangsentschädigung Teil eines Sozialplans zur Durchführung der geplanten Restrukturierungsmassnahmen gewesen. Da sich dieser Sozialplan auf die Delegationsnorm des Ziff. 16 des GAV stütze, liege ein Gesamtarbeitsvertrag im Sinne von Art. 356 OR vor. Damit werde Art. 341 OR anwendbar. Er habe deshalb auf die restliche Abgangsentschädigung nicht verzichten können. Ferner fände das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 328 OR auf einen Sozialplan Anwendung. Die Y. AG habe gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen, da sie bei anderen Piloten, welche die im Rahmen derselben Restrukturierungsmassnahmen offerierten Abgangsentschädigungen ebenfalls angenommen hätten, keine Kürzungen vorgenommen habe. Dabei spiele es keine Rolle, dass die Abgangsentschädigungen zeitlich befristet gewesen seien. Beide seien Teil des gleichen Sozialplans gewesen, welcher zur Umsetzung der geplanten Restrukturierungsmassnahmen aufgestellt worden sei. Ausserdem habe er sich zum Zeitpunkt seiner Verzichtserklärung in einem wesentlichen Grundlagenirrtum befunden. Das Gewerbliche

Schiedsgericht hat am 23. August 2007 die Klage vollumfänglich abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat:

a) Die Y. AG hat ihren Piloten im Rahmen der Restrukturierung im Juni 2005 ein Angebot gemacht, wonach jene Piloten, die sich freiwillig innert bestimmter Frist zum Verlassen der Firma bereit erklärten, eine Abgangsentschädigung in bestimmter Höhe erhalten würden. Dabei hätten die Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gemäss Gesamtarbeitsvertrag zu kündigen und erhielten dafür im Gegenzug die versprochene Abgangsentschädigung. M. hat innert der festgesetzten Frist das Arbeitsverhältnis gekündigt, dabei aber das Angebot der Y. AG nicht angenommen, sondern ihr ein eigenes Angebot unterbreitet, das eine von drei Monaten auf einen Monat verkürzte Kündigungsfrist vorsah. Die Y. AG hat ihrerseits dieses Angebot von M. nicht angenommen, sondern ihm aufbauend auf seinem Angebot eine neue Offerte unterbreitet, welche schliesslich von M. angenommen wurde.

b) Das Gleichbehandlungsgebot ist ein Diskriminierungsverbot. Es verbietet dass die Arbeitgeberin einzelne Mitarbeiter im Vergleich zur Mehrheit der übrigen Angestellten, ohne dass sachliche Gründe dafür gegeben sind, schlechter behandelt und dadurch ihre Persönlichkeit verletzt. Das Gleichbehandlungsgebot hat seine Rechtsgrundlage in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR, nach einer anderen Meinung im Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verpflichtet diesen, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Vorliegend verlangte M., dass ihm die ganze Abgangsentschädigung gemäss ursprünglicher Offerte vom 23. Juni 2005 bezahlt werde. Er machte nicht geltend, dass er Anspruch auf jene Offerte, die erst im September 2005 den Piloten gemacht wurde, Anspruch habe. M. verwies für die Frage der Geltung des Gleichbehandlungsgebots im Rahmen eines Sozialplans auf das Urteil des Zivilgerichts aus dem Jahre 1997 (JAR 1999 S. 193 ff. = BJM 1998 S. 271 ff.).

ba) Dort hat das Zivilgericht eine Kündigung, die eine Arbeitgeberin im Rahmen einer rollenden Sozialplanung ausgesprochen hat, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsprinzip zu beurteilen. Es hatte festgestellt, dass der damals betroffene Arbeitnehmer aus strukturellen Gründen entlassen wurde, ohne dass er in die Sozialplanung einbezogen worden wäre. Es bejahte deshalb eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von jenem darin, dass die Y. AG hier nicht einseitig das Arbeitsverhältnis auflöste und Massnahmen angeordnet hat. Vielmehr haben die Parteien über den Austritt von M. aus der Y. AG einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen. Ein Aufhebungsvertrag untersteht zweierlei Einschränkungen. Es dürfen durch einen Aufhebungsvertrag keine zwingenden Vorschriften umgangen oder verletzt werden. Soweit der Aufhebungsvertrag auch einen Erlassvertrag darstellt, ist darauf zu

achten, dass Art. 341 OR nicht verletzt wird (vgl. WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, Harrer/Portmann/Zäch, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, 2002, S. 363 f.). Grundsätzlich gilt auch für einen Aufhebungsvertrag die Vertragsfreiheit. In eine Persönlichkeitsverletzung kann grundsätzlich eingewilligt werden. Die rechtfertigende Wirkung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung als unsittlich oder ihrerseits als persönlichkeitsverletzend angesehen werden muss. Die Vertragsfreiheit erlaubt es daher, dass Angestellte ungünstigere Arbeitsbedingungen als ihre Kollegen aushandeln können. Die Vertragsfreiheit geht insofern dem Gleichbehandlungsgrundsatz vor (THOMAS GEISER, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im Schweizerischen Arbeitsrecht?, In: Festschrift für Manfred Rehbinder, 2002, S. 37 ff., S. 45). Die Y. AG musste vorliegend das Gleichbehandlungsgebot beachten, weil die Offerten Teil ihrer Sozialplanung waren. Einschränkend war jedoch festzuhalten, dass im Unterschied zum erwähnten Urteil des Zivilgerichts, wo eine Kündigung verbunden mit abfedernden Leistungen des Arbeitgebers zu beurteilen war, vorliegend kein einseitiges, sondern ein zweiseitiges Rechtsgeschäft in Frage stand. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots war hier deshalb zurückhaltender anzunehmen als bei einer Kündigung des Arbeitgebers, weil der Arbeitnehmer durch seine Zustimmung im Rahmen des Vertragskonsenses auch in die Persönlichkeitsverletzung einwilligen konnte.

bb) Das Gleichbehandlungsgebot hat zwingenden Charakter, so dass im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrags zu prüfen war, ob dieses Gleichbehandlungsgebot umgangen bzw. verletzt wurde. Bei der Frage der Umgehung zwingender Vorschriften im Rahmen eines Aufhebungsvertrags ist zu untersuchen, ob der Arbeitnehmer an der gewählten Lösung ebenfalls ein eigenes, beachtliches Interesse hat (PORTMANN, S. 365). Dazu ist festzuhalten, dass M. eine Verkürzung der Kündigungsfrist unter Hinweis darauf, dass er auf den 1. September eine neue Stelle in Aussicht habe, verlangt hat. In der Klagschrift hat er abweichend davon erklärt, er habe in jenem Zeitpunkt bereits eine andere Anstellung auf Mitte September 2005 angenommen, so dass er keine andere Möglichkeit gesehen habe, die Verzichtserklärung zu unterzeichnen, um kurz danach hingegen zu erklären, er hätte, falls er vom späteren vorteilhafteren Angebot der Y. AG Kenntnis gehabt hätte, mit seiner Kündigung noch zugewartet, insbesondere deshalb, weil seine künftige Arbeitgeberin ihm die Möglichkeit gegeben habe, den Zeitpunkt seines Arbeitsantrittes selber zu bestimmen. Dies war in sich ein Widerspruch und zeigte zudem auf, dass M. ein eigenes Interesse an der frühzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte. Gleichzeitig gab er nun auch zu, dass er der ursprünglichen Offerte durchaus hätte zustimmen können, um die volle Abgangsentschädigung zu erhalten. Hinzuweisen war nochmals darauf, dass M. nicht geltend machte, er hätte gerne von der zweiten Offerte profitiert, sondern er hat jene Offerte nur dazu bemüht, um aufzuzeigen, dass die Y.

AG später an der Einhaltung der Kündigungsfrist als Voraussetzung der Höhe der Abgangsentschädigung nicht festgehalten habe.

bc) Ferner war festzuhalten, dass bezüglich der im Juni angebotenen freiwilligen Abgänge der Piloten nicht behauptet wurde, dass damals die Y. AG anderen Piloten und schon gar nicht der Mehrheit der übrigen Piloten eine Verkürzung der Kündigungsfrist unter Aufrechterhaltung der vollen Abgangsentschädigung gewährt hätte. Es wurden lediglich die Modalitäten der beiden Offerten von Juni und September miteinander verglichen. Es ist jedoch allgemein bekannt, dass die Fluggesellschaften sich im Nachgang zu den Ereignissen in New York im Jahre 2001 in einer schwierigen Phase befunden haben. Es bestanden Überkapazitäten an Flugzeugen und Flugpersonal. Die Zeit war derart schwierig, dass viele Fluggesellschaften ums Überleben kämpften. Die Y. AG war aus dem Niedergang der Z. AG entstanden. Es war offensichtlich, dass die Y. AG sich auch im Zeitpunkt ihrer Offerte in einer schwierigen Lage befunden hat. Sie hat in ihrem Schreiben vom 23. Juni 2005 darauf hingewiesen, dass eine Planung der Restrukturierung schwierig sei, weil nicht alle Faktoren in ihrem Ausmass bekannt seien. Es ergab sich daraus, dass allein schon der Umstand, dass den Piloten eine Offerte im Juni und eine andere im September 2005 unterbreitet wurde, einen sachlichen Grund darstellte, diese Offerten unterschiedlich auszugestalten. Die Entwicklung der Marktereignisse im Flugverkehr war schnell und ihre Beurteilung derart unsicher, dass Massnahmen zur Restrukturierung laufend angepasst werden mussten. Wenn die Y. AG den Piloten im Juni andere Angebote gemacht hat als drei Monate später im September, so lag im zwischenzeitlichen Zeitablauf bereits ein sachliches Unterscheidungsmerkmal. Zudem haben die Piloten, die noch im September bei der Beklagten angestellt waren, dieser eben auch länger die Treue gehalten.

bd) Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots war deshalb nicht ersichtlich, weder mit Bezug auf die Offerte vom Juni allein noch mit Bezug auf einen Vergleich zwischen den Offerten von Juni und September. Der Aufhebungsvertrag hat deshalb das zwingende Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt. Zudem hätte der Kläger ein genügendes eigenes Interesse daran gehabt, einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch Einwilligung in den Aufhebungsvertrag seine Zustimmung zu erteilen.

c) Das Verzichtsverbot in Art. 341 OR setzt voraus, dass Ansprüche aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages für den Arbeitnehmer entstanden sind. M. behauptete, der Anspruch auf Abgangsentschädigung sei ein derartiger zwingender Anspruch. Dabei verwies er auf Art. 16 des Gesamtarbeitsvertrages, der Grundlage dieser Abgangsentschädigung sei. Art. 16 GAV regelt die Kündigung aufgrund des Umstands, dass die Fluggesellschaft zuviel Personal hat. Vorgesehen ist dabei, dass ein Sozialplan ausgearbei-

tet wird, der folgende Punkte regelt: Unterstützung mit Umschulung auf einen anderen Flugzeugtyp oder Umschulung für einen anderen Beruf, Erhaltung der Lizenz durch Simulatortraining, Unterstützung bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz. Soweit der Gesamtarbeitsvertrag nicht bestimmt, dass eine Vorschrift über Abschluss, Inhalt oder Beendigung der Arbeitsverhältnisse dispositiver Natur ist, so ist diese Bestimmung als zwingende Vorschrift zu verstehen (Art. 357 Abs. 1 OR). In Art. 16 GAV ist im Falle der Kündigung wegen zu hohem Personalbestand eine Abgangsentschädigung nicht vorgesehen. Die Abgangsentschädigung, die dem Kläger offeriert wurde, hat deshalb ihre Grundlage nicht in Art. 16 des GAV und kann folglich nicht als Ausfluss einer zwingenden Vorschrift verstanden werden. Hinzu kommt, dass der Anspruch auf Abgangsentschädigung vor Abschluss des Aufhebungsvertrages gar noch nicht bestanden hat, sondern erst mit diesem zur Entstehung kam. M. hat damit nicht auf einen Anspruch verzichtet, der bereits entstanden war und sich aus einer zwingenden Vorschrift ergab. Eine Verletzung von Art. 341 OR war damit nicht gegeben.

d) In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob ein Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt gegeben sein kann. Das Bundesgericht bejaht einen Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt, wenn die sich auf Irrtum berufende Vertragspartei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, und die andere Partei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für Erstere Vertragsvoraussetzung war (BGE 118 II 297 E. 2b). Es wurde bereits ausgeführt, dass die Y. AG als Fluggesellschaft sich im damaligen Zeitpunkt in einer schwierigen Lage befand, die es ihr aufgrund der damals herrschenden Marktverhältnisse verunmöglichte, auch über kurzfristige Zeiträume sicher zu planen. Es konnte deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte im Juni 2005 bereits wusste, dass sie im darauffolgenden September ihren Piloten eine noch bessere Offerte würde unterbreiten können. Andererseits konnte auch M. nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass die Y. AG ihren Piloten in naher Zukunft kein vorteilhafteres Angebot würde machen können. Jedenfalls wäre M. zum Nachweis seines Irrtums verpflichtet gewesen. Diesen Beweis hat er weder angeboten noch geleistet.

(GSGE vom 23.8.2007 in Sachen von M. gegen Y. AG, GS 2007/66, publiziert in JAR 2008, S. 349)

- 2.12.2. Art. 328 Abs. 1 OR. Keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes lag bei Nichtgewährung der Kostenlosigkeit einer Zahnbehandlung durch einen Zahnarzt an seine von ihm angestellte Dentalassistentin vor. Für deren Schlechterstellung gegenüber den übrigen Angestellten war die Dauer des Arbeitsverhältnisses als sachlicher Grund massgebend.
- Art. 323b Abs. 1 OR. Die Berechnung der pfändbaren Quote nach Art. 93 SchKG ist bei verheirateten und beidseits erwerbstätigen Ehegatten nach sog. der Methode der proportionalen Aufteilung des Existenzminimums der Familie vorzunehmen.

D. hat in der Zahnarztpraxis von Dr. P. in der Zeit vom 1. Februar 2003 bis 30. April 2004 als Dentalassistentin gearbeitet. Seit dem Monat März 2003 liess sie sich von Dr. P. zahnärztlich behandeln. Die letzte Behandlung fand im April 2004 statt. Dr. P. stellte am Ende des Arbeitsverhältnisses Rechnung über sämtliche Zahnarztkosten im Umfang von CHF 2'555.75 und verrechnete diese mit dem Aprillohn 2004 von CHF 3'678.30 netto. Mit Klage vom 23. Juli 2004 verlangte D. vor dem Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von Dr. P. zur Zahlung von CHF 2'555.75 netto. Die Klage wurde mit Urteil vom 10. Januar 2005 abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

- a) D. hat zunächst den Bestand der zur Verrechnung gebrachten Forderung des Arbeitgebers bestritten. Sie habe sich zwar von ihm behandeln lassen. Dr. P. habe ihr jedoch mündlich versprochen, dass er dafür nichts verlangen werde. Zudem habe er auch andere Angestellte unentgeltlich behandelt.

Auszugehen war davon, dass zahnärztliche Behandlungen, auch wenn sie in der Praxis des Arbeitgebers vorgenommen werden, kostenpflichtig sind. Es war deshalb an der Arbeitnehmerin eine davon abweichende Zusage des Arbeitgebers zu beweisen. Da bei den Unterredungen der Parteien über die Behandlung von D. keine Drittpersonen zugegen waren, war ein direkter Nachweis für eine solche Abrede ausgeschlossen. Ferner hat Dr. P. zwar zugegeben, dass er für die Behandlung anderer Angestellter tatsächlich keine Rechnungen gestellt habe. Es habe sich dabei jedoch ausschliesslich um langjährige Arbeitnehmer gehandelt, was D. als richtig bestätigte bzw. in einem einzigen Fall nicht widerlegen konnte. Da D. erst etwas mehr als ein Jahr angestellt war und sich bereits vom zweiten Anstellungsmonat an durch Dr. P. hat behandeln lassen, konnte sie aus der von Dr. P. langjährigen Angestellten gewährten kostenlosen Behandlung keinen eigenen Anspruch ableiten. Dazu bot ihr auch der Gleichbehandlungsgrundsatz, der aus Art. 328 OR abgeleitet wird, keine Handhabe. Danach dürfen einzelne Arbeitnehmer im Vergleich zu einer Vielzahl anderer Angestellter nicht schlechter gestellt werden, falls hierfür keine sachlichen Gründe vorliegen (BGE 129 III 276 E. 3.1). Die Besserstellung der anderen Arbeitnehmer beruhte nach den glaub-

würdigen Aussagen von Dr. P. auf dem sachlichen Kriterium der langjährigen Zugehörigkeit zu dessen Betrieb. Ferner konnte der Forderung von Dr. P. nicht entgegengehalten werden, dass er sie erst am Ende des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hat. Offensichtlich hat D. zunächst versucht, die Kosten durch ihre private Krankenversicherung in Frankreich tragen zu lassen, was diese allerdings abgelehnt hat. Dr. P. hat daher mit der Geltendmachung gegenüber D. aus Rücksichtnahme auf die Abklärungen von D. bei ihrer Versicherung zugewartet.

b) Schliesslich stellte sich noch die Frage der Zulässigkeit der von Dr. P. vorgenommenen Verrechnung. Nach Art. 323b Abs. 2 OR darf der Arbeitgeber Forderungen gegenüber der Arbeitnehmerin mit Lohnforderungen nur soweit verrechnen, als diese pfändbar sind. Die Berechnung der pfändbaren Quote nach Art. 93 SchKG wurde, weil der Ehegatte von D. ebenfalls erwerbstätig war, nach der sogenannten Methode der proportionalen Aufteilung des Existenzminimums der Familie (BGE 114 III 12 E. 4, 116 III 75 E. 2) vorgenommen. Die Berechnung hat ergeben, dass die Verrechnungsforderung nicht grösser als die pfändbare Quote war. Dass D. auf den durch Verrechnung entzogenen Lohn nicht angewiesen war, bestätigte sich auch durch deren Aussage, dass sie sich damals deswegen finanziell nicht habe einschränken müssen.

(GSGE vom 10.1.2005 in Sachen von D. gegen Dr. P., GS 2004/271)

2.13. Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)

2.13.1. Betriebübernahme bejaht beim Verkauf eines Coiffeursalons (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)

2.13.2 Art. 324 Abs. 1 iVm Art. 97 OR. Der Arbeitgeber im Verzug hat der Arbeitnehmerin dadurch entgehende Trinkgeldeinnahmen zu ersetzen. Art. 333 Abs. 1 OR. Ein Betriebsübergang wurde bejaht, weil der Übernehmer vom Arbeitgeber das Restaurantinventar erworben, dasselbe Restaurant gepachtet und den Restaurantbetrieb mit der gleichen Kundschaft weitergeführt hat.

S. wurde am 1. September 2004 von B. als Serviceangestellte eingestellt. S. wurde im März 2005 schwanger. Per 1. Juli 2005 kündigte B. den Pachtvertrag über das Restaurant und verkaufte das Restaurantinventar an E., der das Restaurant anschliessend pachtete. B. wurde daraufhin von E. angestellt. Am 20. Juli 2005 sprach B. gegenüber S. die Kündigung wegen Geschäftsübergabe aus. S.

arbeitete bis am 1. August 2005 und wurde danach nicht mehr eingesetzt, obwohl sie ihre Arbeitskraft anbot. Mit Klage vom 25. August 2005 verlangte S. die Verurteilung von E. zur Zahlung von sechs Monatslöhnen zuzüglich Trinkgeld. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat am 5. Dezember 2005 die Klage im Umfang von 4,5 Monatslöhnen zuzüglich Trinkgeld gutgeheissen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Ausgegangen wurde davon, dass der Arbeitgeberbetrieb von B. und damit auch dessen Arbeitsverhältnis mit S. per 1. Juli 2005 auf E. übergegangen waren. Massgebend für einen Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass der neue Betriebsinhaber dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt (BGE 129 III 335 E. 2.1; 4C.193/2004 E. 2.2). Hierfür ist namentlich auf den Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln und die Übernahme von Kundschaft abzustellen (BGE 4C.193/2004 E. 2.2). Ausreichend ist dabei auch eine bloss miet- oder pachtweise Übertragung der Nutzungs- und Gebrauchsrechte an Produktionsmitteln (BGE 129 III 335 E. 2.1). Nicht erforderlich ist eine Rechtsbeziehung zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Arbeitgeber (BGE 123 III 466 E. 3a: Restaurantpächter). Diese Voraussetzungen waren hier vorhanden, weil E. von B. das Restaurantinventar erworben, über dasselbe Restaurant, welches B. gepachtet hatte, mit der Eigentümerin ebenfalls einen Pachtvertrag abgeschlossen und den Restaurantbetrieb mit der gleichen Kundschaft weitergeführt hat. Da B. vom 1. Juli 2005 an nicht mehr der Arbeitgeber von S. war, konnte er auch das Arbeitsverhältnis nicht in eigenem Namen kündigen. Zudem war S. über den Betriebsübergang nicht informiert worden. Sie musste daher die Kündigung, die in der „Wir-Form“ abgefasst war, auch nicht als eine Kündigung von E. verstehen, die durch B. als dessen Angestellten vorgenommen worden wäre. Ferner war S. schwanger, so dass eine Kündigung nach Art. 336c Abs. 1 Ziff. 3 OR ohnehin nichtig gewesen wäre. Die Befragung der Parteien und der Zeugen durch das Gericht ergab, dass E. seine Serviceangestellte zu anderen als im bisherigen Arbeitsvertrag festgelegten Arbeitszeiten beschäftigen wollte. Da S. mit einer Vertragsänderung nicht einverstanden war, kam sie nicht mehr zum Einsatz. Darin konnte keine fristlose Kündigung durch E. erblickt werden, umso mehr dieser eine solche in Abrede gestellt hat. Damit bestand das Arbeitsverhältnis mit S. weiterhin fort. E. geriet, weil er von der ordentlich angebotenen Arbeitskraft seiner Angestellten keinen Gebrauch machte, in Arbeitgeberverzug. Er hatte S., weil diese weder über eine Ersatzarbeit verfügte noch eine solche auszuüben absichtlich unterlassen hat, den bis zum Urteilszeitpunkt fälligen Lohn zu bezahlen. Da ihr durch den Arbeitgeberverzug die Möglichkeit, von der Kundschaft Trinkgelder einzunehmen, genommen wurde, hatte E. ihr diese zu ersetzen. Bis Ende November 2005 war E. mit 4,5 Monatslöhnen in Verzug, die S. zugesprochen wurden.

(GSGE vom 5.12.2005 in Sachen von S. gegen E., GS 2005/231)

2.13.3. Art. 333 Abs. 1 OR. Von einem Übergang des Betriebes kann nur gesprochen werden, wenn dieser seine Identität bewahrt, was aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen ist. Diese Identität fehlt bei der Neupacht von Räumlichkeiten eines Restaurants zum gleichen Betriebszweck, wenn zwischen dem früheren und dem neuen Pächter keinerlei Vereinbarungen getroffen wurden, der Charakter des Betriebes vollkommen geändert und eine völlig neue Speisekarte geschaffen wurde.

K. trat am 19. September 2005 bei T., welcher das Restaurant U. in Basel von der W. AG pachtete, als Serviertochter ein. Per 1. September 2006 pachtete die a. ag das Restaurant U. und schloss mit K. einen Arbeitsvertrag ab. Zwischen T. und der a. ag gab es keine vertragliche Vereinbarungen. Die a. ag führte das Restaurant ohne Unterbruch in den gleichen Räumlichkeiten und unter dem gleichen Namen weiter. Hingegen änderte sie den Charakter des Betriebs und führte eine völlig neue Speisekarte ein. Mit Klage vom 16. Januar 2007 verlangte K. die Verurteilung der a. ag zur Zahlung eines anteilmässigen 13. Monatslohns, welche das Gewerbliche Schiedsgericht mit Urteil vom 7. Juni 2007 schützte. Das Appellationsgericht Basel-Stadt hiess die von der a. ag hiergegen eingereichte Beschwerde am 31. Dezember 2007 gut, wobei es was folgte ausführte:

„[...] 3.1 Die Anwendung von Art. 333 OR setzt die Übertragung eines Betriebs oder eines Betriebsteils voraus. Betrieb ist gemäss neuerer Bundesgerichtspraxis und Lehre „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“; Betriebsteile sind „autoorganisatorische Leistungseinheiten, denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt“ (BGE 129 III 335, E. 2.1 S. 336 f.; BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 3). Bei der Betriebsübernahme gehen unter anderem die Rechte des Betriebsvermögens auf den Erwerber über (ZK-STAEHELIN, Art. 333 OR N 3). Von einem Übergang des Betriebes kann nur gesprochen werden, wenn danach im Wesentlichen derselbe Betrieb weitergeführt wird, dieser also seine Identität bewahrt. Dies ist aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen. Für die Wahrung der Identität sprechen etwa der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln und die Übernahme der Kundschaft; Indizien können auch die personell gleich bleibende Unternehmensleitung, der Verbleib im alten Geschäftslokal sowie die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft sein (vgl. im Einzelnen: STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 6). Der blosse Verkauf des Inventars stellt noch keinen Betriebsübergang dar (AGE vom 14. Dezember 1999 i.S. J.-C.B.). Hingegen hat das Appellationsgericht auf eine Betriebsübernahme geschlossen in einem Fall, da der Erwerber „Ware, Material, Rüsttische, einen geleasteten Kühlwagen und die letzten fünf Kunden“ übernommen hat (AGE vom 26. August 2004 i.S. M.E.).

3.2 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten nicht mehr, als dass die Beschwerdeführerin per 1. September 2006 die Räumlichkeiten des Restaurants U. gemietet und mit der bereits vom früheren Pächter beschäftigten Beschwerdegegnerin einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Die Beschwerdeführerin macht unwidersprochen geltend, sie habe mit dem früheren Pächter selbst keinerlei Vereinbarungen getroffen, insbesondere auch kein Inventar übernommen. Zudem habe sie den Charakter des Betriebes vollkommen geändert und eine völlig neue Speisekarte geschaffen. Es fehlt damit vorliegend an der Identität der beiden Betriebe oder, anders ausgedrückt, an einem Betrieb oder Betriebsteil, der übernommen worden wäre. Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass allein aus der Neupacht von Räumlichkeiten zum gleichen Betriebszweck wie zuvor und dem Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Person, die zuvor vom früheren Pächter beschäftigt worden war, nicht auf eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR geschlossen werden kann.

3.3 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus BGE 129 II 335. Dort hatte das Bundesgericht den Erwerb eines Betriebs aus der Konkursmasse des bisherigen Arbeitgebers zu beurteilen, also eine völlig andere Konstellation als vorliegend. Das Gericht gelangte zum Schluss, es liege kein Anwendungsfall von Art. 333 Abs. 3 OR vor. Dies ergäbe sich aus dem Sinn und Zweck der Norm und den ihr zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen, ausserdem auch bei einer europarechtskonformen Auslegung der Bestimmung. In Bezug auf letztere hat es ausgeführt, zwar entfalte das Recht der Europäischen Union keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da indessen die Revision 1993 die Anpassung von Art. 333 OR an die Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 im Rahmen des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckt habe, sei die EU-Rechtsordnung als Auslegungshilfe beizuziehen (E. 6 S. 350). Inwiefern das europäische Recht für den vorliegenden Fall eine Auslegungshilfe sein soll, ergibt sich aus den Ausführungen der Beschwerdegegnerin indessen nicht. Sie nennt weder EU-Gesetzesbestimmungen noch Gerichtsentscheide, aus denen sich für die hier entscheidende Frage der Betriebsidentität etwas ergäbe. In dem von ihr zitierten Entscheid des EuGH vom 20. November 2003 (C 340/01 i.S. Abler) war - anders als im vorliegenden Fall - die Voraussetzung der Identität des Betriebs(teils) offensichtlich erfüllt und nur die Frage strittig, ob auch ohne vertragliche Bindung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber von einem Betriebsübergang gesprochen werden könne, was bejaht wurde. Dasselbe gilt für den vom Bundesgericht im BGE 123 III 466 entschiedenen Fall, welcher im Übrigen von der Lehre eingehend kritisiert wurde (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 333 N 5, welche als Voraussetzung des Betriebsübergangs nach schweizerischem Recht nach wie vor eine vertragliche Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber verlangen). Zur Frage, wann ein Betrieb oder Betriebsteil vorliegt resp. zur Frage der Identität des vom alten und vom neuen Pächter geführten Betriebs sagen beide Gerichtsentscheide nichts, was der oben zitierten Definition des Bundesgerichts und der schweizerischen Lehre, welche

im Übrigen jener des EuGH entspricht (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 333 N 4), entgegenstünde.

3.4 Es kann der Beschwerdeführerin auch nicht angelastet werden, dass sie einen Betriebsübergang vor der Vorinstanz nicht ausdrücklich bestritten hat. Dass ein kleiner Teil der eingeklagten Forderung gemäss Klagformular auf dem früheren Arbeitsverhältnis beruht hat und nur mit der Haftung aus Art. 333 OR zu begründen gewesen wäre, hat den Betriebsübergang nicht offensichtlich zum Prozessthema gemacht. Denn dieser Sachverhalt ist nur gerade daran zu erkennen, dass der unter dem Titel „13. Monatslohn/Gratifikation“ eingesetzte Forderungsteil „für die Zeit vom 01.9.05 bis 31.12.06“ (Unterstreichung beigefügt) gefordert worden ist. Die Frage des Betriebsübergangs ist denn offensichtlich auch vom Gewerblichen Schiedsgericht übersehen worden und war gemäss Verhandlungsprotokoll vor der Vorinstanz überhaupt kein Thema. Weder hat die Beschwerdegegnerin einen solchen ausdrücklich behauptet, noch hat das Gericht dazu im Rahmen seiner Untersuchungspflicht Fragen gestellt. Die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen dabei behaupten zu wollen, dass sie den Betriebsübergang nicht ausdrücklich bestritten hat, wäre willkürlich. Ihr Stillschweigen kann nicht als Anerkennung gewertet werden, zumal sie vor der Vorinstanz die Forderungen insgesamt und damit implizit auch den den Vorgängerbetrieb betreffenden Forderungsteil bestritten hat.

3.5 Die Beschwerde ist daher in der Hauptsache gutzuheissen und das angefochtene Urteil in Bezug auf die Zusprechung des pro rata-Anteils des 13. Monatslohns für die Monate März bis August 2006 als willkürlich aufzuheben. [...]“

(AGE vom 31.12.2007 i.S. von a. ag gegen K., Verf.Nr. 959/2007)

2.14. Befristeter Arbeitsvertrag (Art. 334 OR)

2.14.1. Beweislastverteilung bezüglich Befristung eines Arbeitsvertrags
(siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)

2.14.2. Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach nichtiger Kündigung als Aufhebungsvertrag qualifiziert
(siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)

2.14.3. Voraussetzungen der Gültigkeit eines Aufhebungsvertrages
(siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)

2.15. Kündigung, Probezeit (Art. 335 ff. OR)

- 2.15.1. Art. 335 OR. Eine Kündigung entfaltet ihre Wirkung, sobald sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt, so dass dieser von ihr Kenntnis nehmen kann. Eine per Einschreiben versandte Kündigung, die nicht sofort dem Adressaten bzw. einer dazu berechtigten und geeigneten Drittperson ausgehändigt werden kann, wird diesem durch die Post zunächst lediglich zur Abholung auf der Poststelle angezeigt. Sie gilt dabei in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie durch den Adressaten erstmals auf der Poststelle abgeholt werden kann, sofern der Adressat von der Abholungseinladung nach Treu und Glauben Kenntnis hat und zur Abholung in der Lage ist. In casu wurde aufgrund der besonderen Umstände davon ausgegangen, dass die Kündigung ausnahmsweise bereits mit Kenntnisnahme der Abholungseinladung als zugestellt zu betrachten war.

J. trat am 3. Januar 2005 bei der Stiftung S. als Geschäftsführerin ein. Am 27. September 2005 kündigte E. das „Mandatsverhältnis“ mit der Klägerin unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist auf Ende Oktober 2005 und forderte sie zur Schlüsselrückgabe auf. J. wies E. mit Schreiben vom 3. Oktober 2005 darauf hin, dass die Kündigung nicht gültig sei, weil er für die Stiftung laut Handelsregistereintrag nicht zeichnungsberechtigt sei, und bot ihre Arbeit an. Am 14. Oktober 2005 sandte sie die Schlüssel an die Stiftung zurück. Mit Einschreiben vom 27. Oktober 2005 kündigte E., der inzwischen Stiftungsratspräsident geworden war, im Namen des Stiftungsrates das Arbeitsverhältnis per 30. November 2005. Die Kündigung war von B., Vizepräsident des Stiftungsrates, mitunterzeichnet. Die Kündigung wurde am 29. Oktober 2005 der Post übergeben. Da J. am 31. Oktober 2005 nicht zu Hause war, legte ihr der Postbote eine Einladung zur Abholung innert der Frist vom 1. bis 7. November 2005 in den Briefkasten. J. nahm die Kündigung am 1. November 2005 auf der Poststelle in Empfang und bot mit Schreiben vom 4. November 2005 der Arbeitgeberin ihre Arbeit bis Ende Dezember 2005 an, worauf diese mit Schreiben vom 8. November 2005 daran festhielt, dass das Arbeitsverhältnis am 30. November 2005 zu Ende gehen werde. Mit Klage vom 14. Februar 2006 verlangte J. vor dem Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung der Stiftung S. unter anderem zur Bezahlung des Dezemberlohnes. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat diesen Teil der Klage mit Urteil vom 27. April 2006 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

- a) Die erste, im September erfolgte Kündigung des Arbeitsverhältnisses war nicht gültig. Sie wurde von E. ausgesprochen, der zu jenem Zeitpunkt für die Stiftung nicht zeichnungsberechtigt war. Zudem hat die Stiftung S. mit Schreiben vom 27. bzw. 29. Oktober 2006 das Arbeitsverhältnis erneut gekündigt und

nicht etwa die erste Kündigung nachträglich genehmigt. Es stellte sich deshalb allein die Frage, auf welchen Zeitpunkt hin diese zweite Kündigung ihre Wirkung entfaltet. Eine Kündigung erlangt als empfangsbedürftige Willenserklärung ihre Wirkung mit Empfang durch den Adressaten. Entscheidend ist, wann sie in dessen Machtbereich gelangt, so dass dieser von ihr Kenntnis nehmen kann. Eine per Einschreiben versandte Kündigung, die nicht sofort dem Adressaten bzw. einer dazu berechtigten und geeigneten Drittperson, regelmässig einer zum Haushalt des Adressaten gehörenden erwachsenen Person, ausgehändigt werden kann (BGE 118 II 42 E. 3b), wird diesem durch die Post zunächst lediglich zur Abholung auf der Poststelle angezeigt. Sie gilt dabei in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie durch den Adressaten erstmals auf der Poststelle abgeholt werden kann (AGer ZH JAR 1986, S. 115; hL s dazu STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, OR 335 N. 5, S. 596 f.), sofern der Adressat von der Abholungseinladung nach Treu und Glauben Kenntnis hat und zur Abholung in der Lage ist (vgl. BGE 4P.307/1999 E. 2b).

b) Vorliegend hat die Post der Arbeitnehmerin die Abholungseinladung am 31. Oktober 2005 in den Briefkasten gelegt. Am gleichen Tag hat J., die nach einem auswärtigen Aufenthalt übers Wochenende nach Hause zurückkehrt war, davon Kenntnis genommen und die Kündigung am 1. November 2005, dem ersten Tag der Abholfrist, auf der Poststelle in Empfang genommen. Grundsätzlich hat sie damit erst am 1. November 2005 vom Inhalt des Schreibens, nämlich der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch ihre Arbeitgeberin, Kenntnis nehmen können. Ausgehend von diesem Zustelldatum hätte die Kündigung das Arbeitsverhältnis erst per Ende Dezember 2005 beendet. Der vorliegende Sachverhalt wies jedoch weitere besondere Umstände auf, die es rechtfertigten, ausnahmsweise von einer bereits am 31. Oktober 2005 erfolgten Kenntnisnahme der Kündigung durch die J. auszugehen, obwohl diese vom genauen Wortlaut des Schreibens erst am Tag darauf Kenntnis erlangt hat.

c) J. hatte bereits vor Ende Oktober 2005 Kenntnis davon, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis demnächst kündigen wollte. Sie hat im September 2005 von E., dem späteren Stiftungsratspräsidenten, eine – allerdings ungültige – Kündigung erhalten. Entscheidend war, dass die Beklagte der Arbeitnehmerin mit E-Mail vom 28. Oktober 2005 die Kündigung erneut angekündigt hat, wovon diese Kenntnis genommen hat bzw. jedenfalls hätte nehmen können. J. hat nie behauptet, dass sie dieses Mail nicht erhalten hatte. Zudem hat sie am 31. Oktober 2005 ein weiteres Mail der Beklagten vom 29. Oktober 2005 beantwortet. Es ergab sich daraus, dass sie am 31. Oktober 2005 ihren E-Mail-Briefkasten geöffnet hatte. Ferner war die Klägerin nicht mehr im Besitze der Geschäftsschlüssel, weil sie diese Mitte Oktober 2005 weisungsgemäss zurückgegeben hatte. Auch war sie seither von der Arbeit freigestellt und hatte in der Folge ihr restliches Ferienguthaben bezogen. Da die Klägerin nicht geltend machte,

sie habe beim Schreiben, welches ihr von der Post zur Abholung angezeigt wurde, nicht die in Aussicht gestellte Kündigung, sondern eine andere Mitteilung der Beklagten erwartet, konnte für sie unter allen diesen Umständen kein Zweifel darüber bestehen, dass dieses Schreiben die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf den nächstmöglichen Termin enthielt. Diese Kenntnis war ausreichend, um die Kündigung als zugestellt zu betrachten, womit die Kündigungsfrist in Gang gesetzt wurde, die Ende November 2005 auslief.

An diesem Resultat konnte nichts ändern, dass J. im Verlauf des Dezembers 2005 der Arbeitgeberin den von ihr in den Monaten zuvor verlangten Geschäftsbericht abgegeben hat. Es war bestritten und nicht nachgewiesen, dass die Arbeitnehmerin auf Weisung der Stiftung im Dezember noch Arbeit geleistet hatte.

(GSGE vom 27.4.2006 in Sachen von J. gegen Stiftung S., GS 2006/42, publiziert in JAR 2007, S. 391)

2.15.2. Art. 324, 335 OR. Während der Kündigungsfrist hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Lohn im bisherigen Umfang, damit der Zweck der Kündigungsfrist gewahrt wird. Dazu hat ihr die Arbeitgeberin genügend Arbeit zuzuweisen, wobei die Arbeitnehmerin ihre Arbeit nicht speziell anzubieten braucht. Andernfalls gerät die Arbeitgeberin in Verzug und schuldet gleichwohl den Lohn (Art. 324 OR). Hingegen war eine Betreuerin zum Arbeitsangebot verpflichtet. Während fast der ganzen, über neunjährigen Tätigkeit hatte sie auf eigenen Wunsch nur ihre eigenen Familienmitglieder betreut. Da ihre Familienmitglieder nicht mehr vom Betreuungsdienst betreut wurden, hätte sie der Arbeitgeberin anbieten müssen, dass sie zur Betreuung von fremden Personen bereit gewesen wäre.

B. trat am 1. Mai 1998 als Betreuerin bei T. ein, die einen ambulanten Betreuungsdienst betrieb. Dort betreute sie nach Bedarf und im Stundenlohn zunächst während kurzer Zeit vornehmlich und danach auf ihren eigenen Wunsch hin ausschliesslich ihre Familienmitglieder, das heisst ihren Sohn, ihren Vater und ihre Mutter. Als im Juli 2006 ihr Vater starb, beschränkte sich ihre weitere Betreuungsarbeit auf ihre Mutter und ihren Sohn. Im Juli 2007 wurde ihre Mutter hospitalisiert, so dass B. nur noch ihren Sohn betreute. Als das Pflegeverhältnis zwischen ihrem Sohn und T. aufgelöst wurde, weil dieser mit der fristlosen Kündigung seines damaligen Betreuers, der ihn neben seiner Mutter betreute, nicht einverstanden war, kündigte T. am 27. August 2007 das Arbeitsverhältnis mit B. auf den 31. Oktober 2007. T. wies im Kündigungsschreiben B. darauf hin, dass das Pflegeverhältnis mit ihrem Sohn nicht mehr bestehe und sich B. bisher immer geweigert habe, andere Kunden zu betreuen. Sinngemäss brachte T. zudem zum Ausdruck, dass sie deshalb B. während der Kündigungsfrist nicht werde einsetzen

können. B. verlangte daraufhin mit Schreiben vom 3. September 2007 von T. die Ausstellung eines fairen Arbeitszeugnisses. In einem weiteren Schreiben vom 9. Oktober 2007 machte B. ihre Arbeitgeberin darauf aufmerksam, dass sie seit dem 21. August 2007 keine Arbeitseinsätze mehr erhalten habe. Zudem betrage die Kündigungsfrist nicht zwei, sondern drei Monate. Die Kündigungsfrist habe nur dann einen Sinn, wenn sie arbeiten könne. Andernfalls käme diese einer fristlosen Entlassung gleich. In ihrem Antwortschreiben vom 15. Oktober 2007 räumte T. ein, dass die Kündigungsfrist erst am 30. November 2007 ende. Gleichzeitig warf sie B. vor, dass diese nach Erhalt der Kündigung ihre weitere Arbeitsbereitschaft nicht mitgeteilt habe. Zudem hätten Angestellte im Stundenlohn ohnehin kein Anrecht auf Zuteilung von Arbeit. Sie sehe daher keine Veranlassung, ihr für die dreimonatige Kündigungsfrist Lohn zu bezahlen. Mit Klage vom 17. Oktober 2007 verlangte B. die Verurteilung von T. zur Zahlung des Lohnes von total CHF 4'000.-- brutto für die Zeit vom 1. September bis 30. November 2007. Am 6. Dezember 2007 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht T. zur Lohnzahlung von CHF 1'830.-- netto an B. und wies im Übrigen die Klage ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Die nach Gesetz oder Vertrag einzuhaltenden Kündigungsfristen haben zum Zweck, der Arbeitnehmerin zu ermöglichen, in dieser Zeit eine neue Arbeitsstelle zu suchen und zu finden. Damit die Kündigungsfristen ihrem Zweck gerecht werden können, ist die Arbeitgeberin verpflichtet, ihrer Arbeitnehmerin in dieser Zeit im bisherigen Umfang Arbeit zuzuweisen und hierfür Lohn zu bezahlen (BGE 125 III 65 E. 5). Kommt die Arbeitgeberin dieser Pflicht nicht nach, so gerät sie in Arbeitgeberverzug und schuldet ihrer Arbeitnehmerin dennoch den Lohn, wie wenn diese arbeiten würde (Art. 324 OR). Die Arbeitnehmerin andererseits hat während der Kündigungsfrist weiterhin ihre Arbeitskraft der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen. Das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft findet dadurch statt, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeit am gewohnten Arbeitsplatz, den ihr die Arbeitgeberin zugewiesen hat, anbietet. Hatte die Arbeitnehmerin ihre Arbeit immer wieder an anderen Arbeitsplätzen zu verrichten, so ist es Sache der Arbeitgeberin, der Arbeitnehmerin auf Grund ihres Weisungsrechtes auch während der Kündigungsfrist den Arbeitsplatz bzw. die Arbeitsplätze zu bezeichnen. Unter diesen Umständen darf die Arbeitnehmerin darauf warten, bis ihr die Arbeitgeberin den Arbeitsplatz und die Arbeit zuweist.

b) Vorliegend war fraglich, wie die Klägerin das Kündigungsschreiben T. verstehen durfte und musste. Es war darin nicht ausdrücklich von einer Freistellung die Rede, immerhin jedoch sinngemäss davon, dass die Beklagte nicht im Sinn habe, die Klägerin einzusetzen, wofür sie jedoch der Klägerin die Verantwortung zuschob. Die Klägerin hat auf dieses Kündigungsschreiben lediglich die Ausstellung eines fairen Arbeitszeugnisses geltend gemacht. Sie hat darin jedoch nicht

ihre Arbeit angeboten oder zumindest der Beklagten widersprochen. Stattdessen hat sie in der Folge offensichtlich das Ende des Monats September abgewartet, um festzustellen, dass die Arbeitgeberin ihr keinen Lohn bezahlte. Daraufhin hat sie T. darauf aufmerksam gemacht, dass sie ihr keine Arbeitseinsätze mehr zuteilte. Auf Grund der besonderen Situation, dass die Klägerin während fast der gesamten Dauer des über neunjährigen Arbeitsverhältnisses auf eigenen Wunsch hin ausschliesslich Familienmitglieder betreut hatte, wäre es Pflicht der Klägerin gewesen, auf das Kündigungsschreiben vom 27. August 2007 unmissverständlich der Beklagten gegenüber mitzuteilen, dass sie bereit sei, andere Personen als ihre Familienmitglieder zu betreuen. Dies hat sie im Schreiben vom 3. September 2007 völlig unterlassen. Im Schreiben vom 9. Oktober 2007 hat sie T. immerhin zumindest vorgeworfen, dass diese ihr keine Arbeitseinsätze angeboten habe. Darin ist das Angebot, Arbeit zu leisten, zu erblicken. Die Beklagte hätte deshalb der Klägerin ab Empfang dieses Schreibens, das heisst ab dem 10. Oktober 2007, Arbeit zuweisen müssen. Dass sie es nicht getan hat, ist wohl darauf zurückzuführen, dass sie die Klägerin gar nicht einsetzen wollte und sich dazu berechtigt sah, weil ihres Erachtens Angestellte im Stundenlohn keinen Anspruch auf Zuteilung von Arbeit hätten. Wäre dem so, so würden die Kündigungsfristen ihren Schutz für die Arbeitnehmer verlieren. T. war sehr wohl verpflichtet, auch Angestellten im Stundenlohn während der Kündigungsfrist Arbeit anzubieten. Indem sie dies unterliess, geriet sie in Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR und musste für die Zeit nach dem 10. Oktober 2007 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. November 2007 der Klägerin den Lohn bezahlen. Ausgehend von einem durchschnittlichen Lohn der Klägerin von monatlich CHF 1'100.-- netto in ihren letzten Einsätzen, berechnete das Gericht den Lohn für 1 2/3 Monate, was CHF 1'830.-- netto ergab.

(GSGE vom 6.12.2007 in Sachen von B. gegen T., GS 2007/293)

- 2.15.3. Art. 5 Abs. 1, 15 Abs. 5 L-GAV 98 für das Gastgewerbe; vgl. Art. 335b OR. Wenn sich die Vertragsparteien über die Dauer der Probezeit nicht schriftlich geeinigt haben, gilt nach Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98 bloss eine Probezeit von 14 Tagen. Nicht zur Anwendung kommt in diesem Fall die Klausel des Formularvertrags des GastroSuisse, wonach, sofern die Parteien keine der Varianten bezüglich Probezeit gemäss Formularvertrag ankreuzten, eine dreimonatige Probezeit zur Anwendung gelange. Im Übrigen ist eine solche Vertragsklausel ungewöhnlich und müsste optisch hervorgehoben werden, soll sie Gültigkeit haben. Gemäss Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 hat eine Arbeitnehmerin die Pflicht, geleistete Überstunden nach Möglichkeit durch Freizeit zu kompensieren.

Mit Arbeitsvertrag vom 16. August 2006 wurde Z. von der S. AG per 1. September 2006 als Bardame angestellt. Für den Arbeitsvertrag wurde ein Vertragsformular der GastroSuisse verwendet, welches von der S. AG ausgefüllt wurde. Unter der Rubrik Probezeit wurden keine Eintragungen gemacht. Am 11. Oktober 2006 kündigte die S. AG das Arbeitsverhältnis auf den 19. Oktober 2006. Im Kündigungsschreiben wies sie darauf hin, dass sich das Arbeitsverhältnis noch in der Probezeit befinde und sie deshalb die Kündigung auf 7 Tage hinaus aussprechen könne. Hierauf erklärte Z. am 16. Oktober 2006, dass sie die Kündigung nicht akzeptiere. Gemäss L-GAV 98 für das Gastgewerbe sei die Probezeit abgelaufen, weshalb die Kündigungsfrist erst Ende November 2006 ende. Gleichzeitig bot sie ihre Arbeitskraft bis Ende November 2006 an. Da die S. AG auf ihrem Standpunkt beharrte, kam es nicht zur Weiterbeschäftigung von Z. Mit Klage vom 31. Oktober 2006 verlangte Z. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der S. AG zur Zahlung des Lohnes bis Ende November 2006. Am 2. April 2007 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Wesentlichen gut, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Die Parteien haben unter Verwendung des von der GastroSuisse den Arbeitgebern zur Verfügung gestellten Vertragsformulars einen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Dieser Formularvertrag wurde von der S. AG ausgefüllt. Ziff. 3 dieses Formularvertrages lautet „Probezeit“. Den Vertragsparteien werden dabei vier Möglichkeiten zur Auswahl angeboten: „a) Die Probezeit beträgt 3 Monate, die Kündigungsfrist beträgt 7 Tage. b) Die Probezeit beträgt 14 Tage, die Kündigungsfrist beträgt 3 Tage. c) Es besteht keine Probezeit. d) Die Probezeit beträgt _____ (max. 3 Monate), die Kündigungsfrist beträgt _____ (min. 3 Tage)“. Oberhalb dieser vier Möglichkeiten wird in einer Klammer auf Art. 5 L-GAV 98 und in einer weiteren Klammer darauf hingewiesen, dass das Zutreffende anzukreuzen sei, sonst gelte die Variante a). Die Beklagte hat beim Abschluss des Arbeitsvertrages keine der unter Ziff. 3 Probezeit zur Auswahl stehenden Varianten angekreuzt. Sie ist deshalb der Ansicht, dass damit Variante „a) die Probezeit beträgt 3 Monate, die Kündigungsfrist beträgt 7 Tage“, zur Anwendung gelangt.

Vor Gericht erklärte die S. AG, sie habe zunächst nichts angekreuzt, weil sie nicht genau gewusst habe, wie lange die Probezeit dauern solle. Wenn im Vertrag bei Probezeit jedoch nichts angekreuzt sei, gelte die Variante a). Die S. AG hat damit zugegeben, dass sich die Parteien anlässlich des Vertragsschlusses über die Länge der Probezeit nicht geeinigt haben. Sie war gleichwohl der Ansicht, dass in diesem Fall Variante a) gemäss Formularvertrag gelten müsse, womit auf das Arbeitsverhältnis eine dreimonatige Probezeit zur Anwendung gelange.

b) Der L-GAV 98 für das Gastgewerbe sieht in Art. 5 vor, dass die Probezeit 14 Tage beträgt. Schriftlich kann eine andere Dauer vereinbart werden. Eine Ver-

längerung ist jedoch höchstens bis zu drei Monaten zulässig (Abs. 1). Es ergibt sich daraus, dass, wenn sich die Vertragsparteien über die Länge der Probezeit nicht einigen können, der Gesamtarbeitsvertrag eine Probezeit von 14 Tagen vorsieht. Da sich die Parteien über die Probezeit nicht geeinigt haben, kam diese 14-tägige Probezeit zur Anwendung. Der Hinweis im Formularvertrag, dass, wenn die Parteien nichts ankreuzen, Variante a) zur Anwendung gelange, setzt voraus, dass sich die Parteien darüber geeinigt haben. Das war vorliegend jedoch nicht der Fall.

Hinzu kommt, dass es sich bei dieser Klammerbemerkung des Formularvertrages um eine ungewöhnliche Vertragsbestimmung handelt, weil der Gesamtarbeitsvertrag etwas davon Abweichendes vorsieht. Z. musste mit einer solchen Vorschrift in diesem Vertrag nicht rechnen. Für ungewöhnliche Vertragsklauseln in einem Formularvertrag gilt, dass sie optisch hervorzuheben sind. Unter Ziff. 3 Probezeit des Formularvertrages sind einerseits in den Varianten a), b) und c) jeweils die Dauer der Probezeit durch Fettdruck hervorgehoben. Andererseits erscheint die Klammerbemerkung, dass die Variante a) gelte, wenn nichts angekreuzt sei, lediglich in Normalschrift, also ohne Fettdruck und bloss in Klammer. Da der Formularvertrag von der S. AG verwendet und ausgefüllt wurde, hätte sie ihre Angestellte speziell auf diese besondere Vorschrift hinweisen müssen. Dies hat sie nicht getan. Überhaupt war davon auszugehen, dass die Parteien über die Probezeit anlässlich des Vertragsabschlusses gar nicht gesprochen haben. Einer entsprechenden Behauptung von Z. hat die S. AG nicht widersprochen.

Damit hat unter den Parteien nur eine 14-tägige Probezeit gegolten und konnte die S. AG den Arbeitsvertrag am 11. Oktober 2006 erst auf Ende November 2006 kündigen. Die Angestellte hat der Kündigung, welche eine zu kurze Kündigungsfrist vorsah, widersprochen und ihre Arbeit angeboten. Dennoch hat die S. AG sie nicht mehr eingesetzt. Sie schuldete Z. deshalb den Lohn bis Ende November 2006.

c) Schliesslich verlangte Z. noch die Bezahlung für neun geleisteten Überstunden. Gemäss Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 sind Überstunden innert nützlicher Frist durch Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren. Es ergibt sich daraus die Pflicht der Arbeitnehmerin, Überstunden durch Freizeit auszugleichen. Da Z. seit dem 13. Oktober 2006 bis Ende November 2006 nicht gearbeitet hat, mussten diese Überstunden, sollten sie tatsächlich geleistet worden sein, als abgegolten betrachtet werden.

(GSGE vom 2.4.2007 in Sachen von Z. gegen S. AG, GS 2006/362, publiziert in JAR 2008, S. 347)

2.15.4. Ordentliche oder fristlose Kündigung:
Auslegung nach Vertrauensprinzip
(siehe unter Ziffern 2.8.1.3., S. 31 und 2.17.1., S. 71)

2.16. Kündigung zur Unzeit (Art. 336c f. OR)

2.16.1.-

2.16.2. Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR. Bestimmt der Arbeitsvertrag, dass die Arbeitnehmerin erst ab dem vierten Krankheitstag ein Arztzeugnis vorlegen muss, so hat die Arbeitgeberin bis zum vierten Tag selber nachzuweisen, dass die bei der Arbeit fehlende Arbeitnehmerin gesund und daher arbeitsfähig ist. Keinen Beweiswert haben Zeugnisse, die lediglich auf den Angaben des Patienten beruhen. Ist die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der ärztlichen Untersuchung weiterhin krank, aber nicht unbedingt arbeitsunfähig, so erhält das Arztzeugnis einen erhöhten Stellenwert und kann auch Aussagen über die Zeit vor dem Arztbesuch enthalten. Rückwirkende Aussagen von bis zu einer Woche sind auch bei geringeren gesundheitlichen Problemen möglich.

W. trat am 15. September 2003 bei der D. GmbH als Mitarbeiterin in die Abteilung Personal und Buchhaltung ein. Die Parteien vereinbarten eine Kündigungsfrist von drei Monaten auf Monatsende. Bezüglich unverschuldeter Verhinderung der Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung wurde zur Meldepflicht vereinbart, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsunfähigkeit unverzüglich, spätestens jedoch eine Stunde nach vorgesehenem Arbeitsbeginn oder eingetretenem Arbeitsunterbruch zu melden habe. Falls die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Arbeitstage dauere, habe die Arbeitnehmerin unaufgefordert ein Arztzeugnis einzureichen. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als zwei Wochen könne die Arbeitgeberin oder die Versicherung auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen.

Am 28. Juli 2006 kündigte die D. GmbH das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2006. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 teilte W. der Arbeitgeberin mit, dass sich die Kündigungsfrist wegen ihrer Krankheitsabsenz am 24. und 25. Oktober 2006 bis zum 30. November 2006 verlängert habe. Sie bitte sie bekannt zu geben, wann sie die Arbeit wieder aufnehmen könne. Sollte sie keine Aufforderung zur Arbeitsaufnahme erhalten, betrachte sie sich bis zum Ende der Kündigungsfrist von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt. In der Folge hat die D. GmbH weder W. zur Arbeitsaufnahme aufgefordert noch den Novemberlohn bezahlt. Mit

Klage vom 16. Februar 2007 beim Gewerblichen Schiedsgericht machte W. unter anderem den Novemberlohn geltend, der ihr mit Urteil vom 16. August 2007 zugesprochen wurde, wobei was folgt erwogen wurde.

a) Strittig war unter den Parteien die Frage, ob sich die Kündigungsfrist infolge einer Arbeitsunfähigkeit von W. bis Ende November 2006 verlängerte. W. gab an, dass sie am 24. Oktober 2006 am Mittag den Arbeitsplatz verlassen habe, weil sie krank gewesen sei. Die D. GmbH machte hingegen geltend, dass die Arbeitnehmerin am 24. Oktober 2006 ganz normal im Betrieb gewesen sei. Sie habe sich dann aber am 25. Oktober 2006 per SMS abgemeldet. W. erklärte hierauf, sie habe am 25. Oktober 2006 nochmals kommen wollen, um die Banküberweisungen zu machen. Ihr Vorgesetzter habe jedoch geantwortet, er würde diese für sie übernehmen. Am 26. Oktober 2006 sei sie dann wieder zur Arbeit gegangen, obwohl sie noch krank gewesen sei. Aus der eingereichten Stundenaufstellung ergab sich, dass W. in der Woche 43, d.h. vom 23. bis 29. Oktober 2006 an 4 Tagen während 33,5 Stunden gearbeitet hat. Die D. GmbH zog in Zweifel, dass W. tatsächlich arbeitsunfähig gewesen sei. Es habe sich lediglich um eine „hunds-kommune Erkältung“ gehandelt. Zudem war sie der Ansicht, dass eine Kurzabsenz eine Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c OR nicht bewirken könne.

b) Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR bestimmen, dass nach einer Kündigung der Arbeitgeberin eine teilweise oder volle Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin während der laufenden Kündigungsfrist zu deren Unterbrechung führt. Das Gesetz legt dabei keine Mindestdauer der Arbeitsunfähigkeit fest. Jede noch so kurze krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist unterbricht diese und führt zu deren Verlängerung. In krassen Fällen, z.B. bei einer eintägigen Krankmeldung, ist das unbefriedigende Ergebnis gegebenenfalls über das Verbot des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu korrigieren (BGE 115 V 437 E. 3d).

ba) Vorliegend hat die D. GmbH die Arbeitsunfähigkeit von W. in Frage gestellt. Laut Arbeitsvertrag musste W. ein Arztzeugnis erst ab dem vierten Tag beibringen. Nach gängiger Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre wird dadurch die Beweislast darüber, dass die bei der Arbeit fehlende Arbeitnehmerin bis zum vierten Tag gesund und daher arbeitsfähig ist, auf die Arbeitgeberin übertragen (HANS SCHMID, Zum Beweislastvertrag, SJZ 2004, S. 477 ff., 481 Ziffer 2; ZK-STAEHELIN, 4. Auflage 2006, Art. 324a OR N. 11, S. 280; BSK-PORTMANN, 4. Auflage 2007, Art. 324a OR N. 24, S. 1836; zustimmende ältere Literatur auch aufgeführt bei HANS PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz, AJP 2000, S. 1064 ff. unter Fn. 72; nicht kommentierend: STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, S. 284; ablehnend: EGLI, S. 1069). Die D. GmbH hätte deshalb, wollte sie behaupten, dass W. nicht arbeitsunfähig war, dies selber beweisen müssen. Im Arbeitsvertrag hat sie sich

jedoch nur bezüglich einer Arbeitsunfähigkeit von länger als zwei Wochen das Recht, die Arbeitnehmerin zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu schicken, ausbedungen. Sie hat sich damit gleichsam den Beweisweg selber abgeschnitten. Für ihren Standpunkt berief sie sich einzig auf ihren Geschäftsführer M., der bezeugen sollte, dass W. am besagten 24. Oktober 2006 nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Abgesehen davon, dass der Geschäftsführer als Zeuge nicht in Frage kam und deshalb nur als Auskunftsperson hätte befragt werden können, hätte auch seine Aussage allein nicht dazu ausgereicht, den Standpunkt der Arbeitgeberin als nachgewiesen anzusehen. Dies galt umso mehr, als W. ein Arztzeugnis bezüglich des 24. und des 25. Oktober 2006 beibrachte. Zwar wurde das Arztzeugnis von Dr. S. erst am 30. Oktober 2006 ausgestellt. In einer Stellungnahme vom 13. November 2006 ging Dr. S. jedoch einlässlich auf die attestierte Arbeitsunfähigkeit ein. Er hielt darin fest, dass er bei W. Erkältungssymptome mit Halsbeschwerden, allgemeiner Müdigkeit und Energielosigkeit sowie einem Infekt der oberen Luftwege festgestellt habe. Er habe die Diagnose aufgrund der klinischen Befunde gestellt. Die Angaben der Patientin würden zu diesen klinischen Befunden passen. Er habe das Arbeitsunfähigkeitszeugnis nach den geltenden Richtlinien ausgestellt, danach könne ein Zeugnis maximal eine Woche zurückdatiert ausgestellt werden, wenn die Angaben der Patienten glaubwürdig seien und mit den klinischen Befunden übereinstimmten.

bb) Bei der Frage, ob ein Arzt rückwirkend ein Arztzeugnis ausstellen kann, sind verschiedene Fälle voneinander zu unterscheiden. Keinen Beweiswert haben Zeugnisse, die lediglich auf den Angaben der Patientin beruhen (ZK-STAEHELIN, Art. 324a OR, N. 9, S. 279; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a OR N. 12, S. 283 f.). Ist die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der ärztlichen Untersuchung weiterhin krank, aber nicht unbedingt arbeitsunfähig, so erhält das Arztzeugnis einen erhöhten Stellenwert und kann auch Aussagen über die Zeit vor dem Arztbesuch enthalten. Rückwirkende Aussagen von bis zu einer Woche sind selbst bei geringeren gesundheitlichen Problemen möglich (vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 324a OR N. 9, S. 279; AGE vom 3.9.2004 in Sachen R gegen M. & S. AG, E. 3c). Unter all diesen Umständen musste vorliegend davon ausgegangen werden, dass W. jedenfalls am 25. Oktober 2006 arbeitsunfähig war. Genügend erhebliche Zweifel daran gab es keine. Insbesondere wäre es an der D. GmbH gewesen, das Gegenteil dessen zu beweisen, was sich aus der Beweislastumkehr durch die Verpflichtung der Arbeitnehmerin ergab, erst ab dem 4. Arbeitstag ein Arztzeugnis vorzuweisen. Doch selbst, wenn nicht von einer Beweislastumkehr auszugehen gewesen wäre, so war der Umstand, dass W., als sie erkrankte, nicht sofort, sondern erst später zum Arzt ging, auf die erwähnte Klausel im Arbeitsvertrag zurückzuführen. Auch lagen keine Umstände vor, um ausnahmsweise keine Verlängerung der Kündigungsfrist infolge Rechtsmissbrauchs zu gewähren. W. hatte zwar Anspruch auf eine dreimonatige und damit länger dauernde Kündigungsfrist. Das Bundesgericht betonte jedoch in BGE 115 V 437 E. 3b, dass vor allem das Ende der Kündi-

gungsfrist für die Arbeitssuche wichtig sei. Auch wurde die D. GmbH durch die Verlängerung der Kündigungsfrist um einen Monat nicht besonders schwer getroffen, weil W. während dieser Frist, weiterhin ihre Arbeit anbieten musste, wollte sie Lohn erhalten. Auch hätte es für W. genügend Arbeit gehabt, weil die Buchhaltung im Rückstand war. Die Klägerin bot mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 ihre Arbeit an. Die Arbeitgeberin machte davon jedoch keinen Gebrauch. Dies führte dazu, dass das Arbeitsverhältnis bis am 30. November 2006 dauerte und W. für den Monat November 2006 Lohn zu gut hatte.

(GSGE vom 16.8.2007 in Sachen von W. gegen D. GmbH, GS 2007/56)

- 2.16.3. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR; Art. 20 AVG; Art. 21 Abs. 1 LMV für das Bauhauptgewerbe (2003-2005). Obwohl der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 21 Abs. 1 LMV für das Bauhauptgewerbe solange besteht, als die Krankentaggeldversicherung Taggelder für den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer leistet, handelt es sich nicht um eine Lohnbestimmung im Sinne von Art. 20 AVG. Deshalb galt für einen bei einer Temporärfirma angestellten Bauarbeiter nicht der Kündigungsschutz des LMV, sondern jener nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Das Gericht bejahte für diese Frage ein Feststellungsinteresse des klagenden Bauarbeiters und trat auf seine Feststellungsklage ein.

Der Bauarbeiter S. und die Temporärfirma B. AG schlossen am 3. Oktober 2003 einen Einsatzvertrag über einen Einsatz bei der Firma M. ab. Am 1. Dezember 2004 erlitt S. einen Schub seiner Rückenkrankheit Bechterew und wurde in der Folge von seinen Ärzten für arbeitsunfähig geschrieben. In der Folge hat die Krankentaggeldversicherung an S. Taggelder ausbezahlt. Das Felix Platter-Spital kam zum Schluss, dass S. bis am 22. Februar 2006 für sämtliche Tätigkeiten arbeitsunfähig sei, dass er jedoch ab diesem Datum zu 100% für mittelschwere bis leichte Arbeiten arbeitsfähig sei. Für schwere Arbeit wie z.B. als Hilfsmaurer bleibe eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 26. September 2005 bestehen. Die Taggeldversicherung hat gestützt auf diesen Bericht daraufhin mit Schreiben vom 27. März 2006 die Taggelder noch bis zum 21. Februar 2006 zugesprochen. Nachdem die B. AG das Arbeitsverhältnis zunächst am 27. September 2005 und später erneut am 4. April 2006 auf den 4. Mai 2006 kündigte, erklärte sich die Taggeldversicherung bereit, das Taggeld noch bis zum Austrittsdatum am 4. Mai 2006 zu leisten. Mit Klage vom 23. März 2006 machte S. geltend, es sei festzustellen, dass die erste Kündigung nichtig sei und die zweite Kündigung nicht zum angegebenen Zeitpunkt ihre Wirkung entfalte. Mit Urteil vom 30. Juli 2007 trat das Gewerbliche Schiedsgericht auf das Feststellungsbegehren ein und wies die Klage jedoch ab, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Damit auf ein Feststellungsbegehren einzutreten ist, hat der Kläger ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung nachzuweisen. Vorausgesetzt wird, dass unter den Parteien eine bedeutende Rechtsunsicherheit herrscht, an deren Beseitigung die Klagpartei ein erhebliches Interesse hat und die nicht anders beseitigt werden kann als durch das Feststellungsbegehren. Deshalb sind Feststellungsklagen subsidiär zu Leistungsklagen (OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage 2006, S. 193 f. N. 23). Vorliegend beehrte S. die Feststellung, dass die Kündigung vom 4. April 2006 nichtig sei bzw. auf den vorgesehenen Endtermin keine Wirkung habe entfalten können. Er berief sich darauf, dass nach dem LMV für das Bauhauptgewerbe eine Kündigung so lange ausgeschlossen sei, als der Arbeitnehmer Taggelder einer Unfallversicherung oder Krankenversicherung beziehe. Da er am 4. April 2006, als die Kündigung erfolgte, noch bis zum 4. Mai 2006 Taggelder bezogen habe, sei diese Kündigung ungültig gewesen. Die Krankentaggeldversicherung hat ihre Leistungseinstellung damit begründet, dass S. für leichte bis mittelschwere Arbeiten arbeitsfähig sei, und andererseits ausgeführt, dass der Kläger mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus dem Kreis der versicherten Personen ausscheide. So gesehen hätte S., weil er der Ansicht ist, dass die Kündigung ungültig ist und dass er bei Arbeitsunfähigkeit weiterhin Leistungen der Versicherung beziehen könnte, durchaus auch eine Leistungsklage anheben können. Dennoch hat das Gericht das Feststellungsinteresse bejaht, weil die Frage ob ein Arbeitsverhältnis durch Kündigung rechtsgültig beendet werden kann, derart zentral ist, dass sie für sich allein dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden darf, ohne dass die Parteien sich bereits mit den Rechtsfolgen der Antwort auf diese Frage befassen müssen. Dass in dieser Situation auf Feststellung geklagt werden konnte, lag insbesondere auch im Interesse der B. AG als beklagte Partei.

b) Die B. AG beantragte eventualiter die Abweisung der Klage, wobei sie auf Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) verwies. Nach dieser Vorschrift finden auf Temporärarbeitsverhältnisse Gesamtarbeitsverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden, Anwendung, wenn der Einsatzbetrieb einem solchen untersteht. Die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages ist jedoch nicht umfassend, sondern auf die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen beschränkt. Was darunter fällt, definiert im Einzelnen Art. 48a der Verordnung zum AVG (AVV). Art. 21 Abs. 1 des LMV für das Bauhauptgewerbe (2003-2005) enthält die Kündigungsschutzvorschrift, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit durch die Arbeitgeberin für solange ausgeschlossen ist, wie die Krankentaggeldversicherung dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer Taggeldleistungen erbringt. Es handelt sich damit nicht um eine Lohn- und Arbeitszeitbestimmung, obwohl sie für die Frage des Kündigungsschutzes an die Taggeldleistungen der Versicherung abstellt. Die Taggelder sind jedoch nur Anknüpfungspunkt. In der Sache geht es hingegen um den Kündigungsschutz, der von Art. 20 AVG nicht erfasst ist. Deshalb war zu untersuchen, ob die Kündigungsschutzvorschriften

nach Art. 336c OR eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin verhindert haben. Nach Art. 336c OR genießt der Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit bei teilweiser oder ganzer Arbeitsunfähigkeit einen zeitlichen Kündigungsschutz, dessen Dauer sich nach jener des Arbeitsverhältnisses bemisst. Nachdem S. am 3. Oktober 2003 bei der B. AG eingetreten war, befand sich das Arbeitsverhältnis am 27. September 2005 im zweiten und am 4. April 2006 im dritten Arbeitsjahr. Vom zweiten bis und mit fünften Dienstjahr beträgt die sogenannte Sperrfrist 90 Tage (Art. 336c Abs. lit. b OR). Da der Kläger bereits am 1. Dezember 2004 erkrankt war, war die Sperrfrist sowohl am 27. September 2005 als auch am 4. April 2006 längst abgelaufen. Damit konnte das Arbeitsverhältnis schon im Herbst 2005 gültig gekündigt werden. Nachdem die B. AG ihre erste Kündigung selber nicht für rechtsgültig ansah und deshalb ein zweites Mal am 4. April 2006 kündigte, war festzustellen, dass diese zweite, auf den nächstmöglichen ordentlichen Termin ausgesprochene Kündigung Gültigkeit hatte. Denkbar wäre gewesen, dass der von den Arbeitsvertragsparteien abgeschlossene Rahmenarbeitsvertrag den Gesamtarbeitsvertrag in einem weiteren Umfang als nach Art. 20 AVG für anwendbar erklärt hätte, was jedoch nicht der Fall war. Art. 12 des Rahmenarbeitsvertrages lautete: „Ist ein Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen GAV unterstellt, so gelten für den jeweiligen Einsatz dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen“ und übernahm damit die Regelung von Art. 20 AVG.

(GSGE vom 30.7.2007 in Sachen von S. gegen B. AG, GS 2006/88)

2.16.4. Art. 319, 336c, 341 OR. Ein schriftliches Arbeitsangebot nach nichtiger Kündigung ist genügend, wenn die Arbeitnehmerin keinen Zugang mehr zum Arbeitsort hat. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach Eintritt der Nichtigkeit der Kündigung ist als Aufhebungsvertrag zu betrachten, die ungültig ist, wenn die Arbeitnehmerin kein eigenes, beachtliches Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat.

V. trat am 24. August 2004 als Reinigungshilfe in die A. GmbH ein. Am 30. Dezember 2004 kündigte die A. GmbH das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2005. Zum Kündigungszeitpunkt war V. schwanger. In der Folge legte ihr die A. GmbH einen per 28. Februar 2005 befristeten Arbeitsvertrag vor, den die Angestellte unterzeichnete. Ende Februar 2005 nahm ihr die A. GmbH den Patch und die Schlüssel ab. In der Folge bot V. der Arbeitgeberin ihre Arbeit schriftlich an, wurde jedoch nicht mehr beschäftigt. Das Kind kam 6. Mai 2005 zur Welt. Mit Klage vom 13. Juni 2005 verlangte V. die Verurteilung der A. GmbH zur Lohnzahlung für die Monate März bis und mit Juni 2005. Das Gewerbliche Schiedsgericht

hiess die Klage am 11. August 2005 teilweise gut, wobei es Folgendes erwogen hat:

Die Arbeitgeberin anerkannte, dass ihre Angestellte, als sie die Kündigung aussprach, schwanger war, womit die Kündigung nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR nichtig war. Es konnte dabei nicht darauf ankommen, ob die Schwangerschaft, wie die Arbeitgeberin behauptete, bereits bei der Anstellung bestanden hatte, jedoch von V. verheimlicht wurde, weil es darauf im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz nicht ankommt. Zudem brauchte die Arbeitnehmerin die A. GmbH bei der Anstellung nicht darauf hinzuweisen, weil sie darüber nicht zur Offenbarung verpflichtet war. Selbst die Frage nach einer Schwangerschaft ist nur dann zulässig, wenn eine schwangere Frau für die betreffende Arbeitsstelle völlig ungeeignet oder wenn eine gesundheitliche Gefährdung von Mutter oder Kind zu befürchten ist (ROGER RUDOLPH, Stellenbewerbung und Datenschutz, Bern 1997, S. 81). Beides ist bei einer Arbeit als Reinigungshilfe auszuschliessen. Im Nachgang zur Kündigung schlossen die Parteien einen bis 28. Februar 2005 befristeten Arbeitsvertrag ab. Die Arbeitgeberin begründete den Vertragsabschluss damit, dass sie V. noch bis dahin weitere Arbeit anbieten können. Da die Kündigung nichtig war, handelte es sich um eine per Ende Februar 2005 abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung. Durch Aufhebungsverträge dürfen zwingende Kündigungsvorschriften nicht umgangen werden. Zudem darf die Angestellte gemäss Art. 341 OR nicht auf zwingende Ansprüche aus Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag verzichten. Keine Umgehung zwingender Kündigungsvorschriften liegt vor, wenn die Arbeitnehmerin ein eigenes, vernünftiges Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufweist (WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in Harrer/Portmann/Zäch, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, 2002, S. 365 ff.; BGE 4C.37/2005 E. 2.2; 4C.383/1999 E. 1a). Dies war vorliegend nicht der Fall. Vielmehr befürchtete die A. GmbH, dass sie V. wegen der Schwangerschaft und Mutterschaft würde nicht mehr einsetzen können. Daher lag eine Umgehung von Art. 336c OR mit der Konsequenz vor, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis weiterhin Bestand hatte (Portmann, S. 368). Da die Arbeitgeberin ihrer Angestellten Ende Februar den Patch und die Schlüssel abgenommen und damit vom Zugang zum Arbeitsort ausgeschlossen hatte, war das lediglich schriftlich erfolgte Arbeitsangebot von V. genügend.

(GSGE vom 11.8.2005 in Sachen von V. gegen A. GmbH, GS 2005/154)

- 2.16.5. Verlängerung der Kündigungsfrist durch notwendige Operation
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)

2.17. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

2.17.1.-

2.17.2. Art. 16 Abs. 1, 321e, 337, 337d OR, Art. 54 Abs. 5 GAV des Schweizerischen Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbes, Art. 8 ZGB. Wer behauptet, die andere Vertragspartei habe gekündigt, hat die Kündigung zu beweisen. Schreibt ein GAV für eine Kündigung die Schriftlichkeit vor, so hängt davon grundsätzlich deren Gültigkeit ab. Wer ohne Einhaltung des Schriftlichkeitsvorbehalts kündigt, um später gegen die Kündigung das Fehlen der Schriftlichkeit einzuwenden, verhält sich rechtsmissbräuchlich. Dies gilt insbesondere bei einer Kündigung durch fristloses Verlassen der Arbeitsstelle, wenn der Einwand nicht sofort erhoben wird. Die Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR stellt keine Konventionalstrafe dar. Vielmehr handelt es sich um einen pauschalierten Schadenersatz mit Beweiserleichterung für den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber hat im Umfang eines Viertels des Monatslohns seinen Schaden nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. Dabei können jedoch nur Positionen als Schadensposten akzeptiert werden, die eine Vermögensverminderung des Arbeitgebers aufgrund des Verlassens des Arbeitsplatzes durch die Arbeitnehmerin darstellen.
(siehe auch unter Ziffer 2.8.1.3., S. 31)

D. war seit dem 1. Oktober 2002 als Konditorin/Confiseurin bei B. angestellt. Am 20. Juni 2007 verliess D. während der Arbeitszeit den Arbeitsplatz und liess sich gleichentags von ihrem Hausarzt krankschreiben. Am gleichen Tag noch schrieb ihr B., er stelle fest, dass sie die Arbeit fristlos niedergelegt habe. Am 13. Juli 2007 antwortete D., sie betrachte das Schreiben von B. als fristlose Entlassung. Mit Klage vom 6. August 2007 verlangte D. die Verurteilung von B. zur Lohnzahlung seit 1. Juni 2007. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage am 18. Oktober 2007 teilweise gutgeheissen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Wer eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die andere Vertragspartei behauptet, hat diese Kündigung nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Vorliegend stand fest, dass D. am 20. Juni 2007 den Arbeitsplatz verlassen hat. Das Schreiben von B. vom 20. Juni 2007 war keine fristlose Kündigung, sondern eine Interpretation des Verlassens des Arbeitsplatzes durch die Angestellte. Er teilte ihr mit, dass er das Arbeitsverhältnis durch ihr Weglaufen als fristlos gekündigt betrachte. Aus der Einvernahme von Arbeitskolleginnen und -kollegen von D. vor Gericht ergab sich, dass D. den Arbeitsplatz trotz Aufforderung durch B. zu bleiben verlassen hat. Sie sei von B. berechtigterweise kritisiert worden sei, weil sie ihre Arbeit nicht rechtzeitig bzw. schlecht gemacht habe. D. hatte damit aufgrund des Verhaltens von B. keinen Grund zum Verlassen des Arbeitsplatzes.

Danach ging D. zu ihrem Hausarzt und liess sich für arbeitsunfähig schreiben. Die amtliche Erkundigung des Gerichts beim Arzt ergab, dass er bei D. eine berufliche Überanstrengung und einen Angstzustand diagnostizierte. Sie habe jedoch keine Anzeichen einer Depression gezeigt. Nach ihren eigenen Aussagen seien ihre Beschwerden Folgen des Arbeitsrythmus, des Arbeitsklimas und des Kündigungsschreibens. Aus den Aussagen des Arztes ergab sich, dass er für die Frage der Arbeitsunfähigkeit, die er ärztlich festgestellt hat, weitgehend auf die Aussagen von D. abstellte. Dies galt auch für die Feststellung, dass ihr die weitere Arbeit bei B. nicht zumutbar sei. Es bestanden daher derart grosse Zweifel am Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit, dass D. nicht berechtigterweise von ihrer Arbeit ferngeblieben war. Da sie die Arbeitsstelle aus eigenem Antrieb, entgegen den Aufforderungen des Beklagten zu bleiben und ohne Vorliegen gesundheitlicher Gründe verliess und in der Folge nicht zur Arbeit zurückkehrte, musste davon ausgegangen werden, dass sie damit das Arbeitsverhältnis definitiv beenden wollte.

b) Ferner wandte D. gegen eine Kündigung ein, der Gesamtarbeitsvertrag für das Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbe sehe für eine solche das Schriftlichkeitserfordernis vor. Zwar ist der Schriftlichkeitsvorbehalt für die Kündigung im Gesamtarbeitsvertrag als Gültigkeitsvoraussetzung für die Kündigung zu betrachten (Art 54 Abs. 5 GAV: „Die Kündigung ist nur rechtsgültig, wenn sie schriftlich abgefasst ist.“; Art. 16 Abs. 1 OR analog). Die Schriftlichkeitsform hat zum Sinn, dass bezüglich der Frage, ob die Kündigende tatsächlich gekündigt hat, keine Zweifel entstehen können. Daneben soll die Schriftlichkeit sicherstellen, dass die Kündigung beweisbar ist. Diejenige, der eine Kündigung ausspricht, dabei aber das Schriftlichkeitserfordernis nicht einhält, kann sich hinterher jedoch nicht auf die Ungültigkeit der Kündigung berufen. Darin würde ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nach Art. 2 Abs. 2 ZGB liegen. Zudem könnte das Schriftlichkeitserfordernis im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung, die eine Arbeitnehmerin durch blosses Weglaufen von der Arbeit konkludent ausspricht, nur dann zur Forderung erhoben werden, wenn die Arbeitnehmerin unmittelbar nach ihrem Weggang bestreitet, dass sie dadurch das Arbeitsverhältnis habe definitiv beenden wollen.

Unter diesen Umständen war von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 20. Juni 2007 durch D. auszugehen. D. hatte Anspruch auf Lohn bis zum diesem Zeitpunkt; darüber hinaus stand ihr jedoch nichts mehr zu.

c) B. wollte aufgrund des Verhaltens von D. als Konventionalstrafe einen Viertel des Monatslohns gemäss Art. 337d Abs. 1 OR zur Verrechnung bringen. Er berief sich darauf, dass durch das Verlassen des Arbeitsplatzes für ihn Schaden entstanden sei. Der Schaden gehe darauf zurück, dass er eine neue Mitarbeiterin habe suchen und einarbeiten müssen. Zudem hätten die anderen Angestell-

ten, um die Arbeit der Klägerin zu bewältigen, Überstunden leisten müssen. Das Gericht hat B. Schadenersatz von CHF 500.-- zugestanden. Die Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR stellt keine Konventionalstrafe dar. Vielmehr handelt es sich dabei um einen pauschalierten Schadenersatz mit Beweiserleichterung für den Arbeitgeber gehe. Der Arbeitgeber hat im Umfang eines Viertels des Monatslohns seinen Schaden nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen (ZK-STAEHELIN, 1996, Art. 337d OR N. 9, S. A679). Dabei können jedoch nur Positionen als Schadensposten akzeptiert werden, die eine Vermögensverminderung des Arbeitgebers aufgrund des Verlassens des Arbeitsplatzes durch die Arbeitnehmerin darstellen. Dies ist praxisgemäss nicht der Fall beim Aufwand für die Suche und Einarbeitung einer neuen Mitarbeiterin. Dieser Aufwand entsteht regelmässig, wenn das Arbeitsverhältnis mit einer Mitarbeiterin beendet wird (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 337d OR N. 6, S. 792). Auch kann der Umstand, dass die übrigen Mitarbeiter hätten Überstunden leisten müssen, weil D. die Arbeitsstelle verlassen habe, nur bedingt als Schadensposition akzeptiert werden. B. hatte D. bereits vor ihrem Weggang vorgeworfen, dass sie schlechte Arbeitsqualität leiste und er deswegen viele ihrer Produkte habe wegwerfen müssen. Bei dieser Ausgangslage war davon auszugehen, dass schon vor dem Austritt von D. andere Mitarbeiter deren schlecht hergestellten Produkte haben erneut herstellen müssen, woraus sich ebenfalls Überstunden in gewissem Umfang ergeben haben dürften. Dies wäre auch bei einer Weiterbeschäftigung von D. unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht anders gewesen. Zudem hat B. nicht vorgebracht, dass und wie viele der durch die fristlose Vertragsbeendigung erforderlich gewordenen Überstunden nicht durch Freizeit kompensiert, sondern durch eine zusätzliche Lohnzahlung ausgeglichen wurden. Unter all diesen Umständen wurde die Schadenersatzforderung des Beklagten auf CHF 500.-- reduziert.

(GSGE vom 18.10.2007 in Sachen D. gegen B., GS 2007/220)

2.17.3. Gerechtfertigte fristlose Kündigung erst nach Verwarnung

2.17.3.1. Art. 336b, 337, 337c Abs. 2 OR. Eine fristlose Kündigung wegen Arbeitsverweigerung setzt regelmässig voraus, dass der Arbeitnehmer verwarnt worden ist. Eine vorhergehende Verwarnung darf insbesondere unterbleiben, wenn sie nutzlos wäre. Keine Arbeitsverweigerung liegt vor, wenn der Angestellte auf die Beurteilung seines Arztes, dass er arbeitsunfähig ist, vertrauen darf. Auf den Schadenersatzanspruch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung muss sich der Arbeitnehmer anderweitige Einkommen oder Ersatzleistungen oder wenn er solche zu erhalten absichtlich unterlassen hat, anrechnen lassen. Da der Arbeitnehmer anfänglich eine vertrauensärztliche Untersuchung, zu der er gemäss Versicherungsvertrag verpflichtet war, ver-

weigerte, erhielt von der Krankentaggeldversicherung keine Taggelder. Soweit er hingegen arbeitsfähig gewesen sein sollte, hätte er sich um die Wiedererlangung der ihm entzogenen Taxifahrerbescheinigung und um anderweitige Arbeit kümmern müssen.

W. war bei L. als Taxichauffeur angestellt. Am 29. Juli 2005 kündigte L. das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2005. Bereits am 13. Juli 2005 erkrankte W. und wurde durch seinen Hausarzt Dr. B. zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit wurde der Krankentaggeldversicherung Z. angemeldet, die in der Folge Taggelder leistete. Die Versicherung liess am 1. November 2005 eine konsiliarfachärztliche Untersuchung durch Dr. J. durchführen, der aus somatischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit feststellen konnte. Mit Schreiben vom 18. November 2005 teilte die Versicherung dem Arbeitnehmer mit, dass sie beim Psychiater Dr. C. ein weiteres Konsilium in Auftrag gegeben habe, um allenfalls andere medizinische Gründe für eine Arbeitsunfähigkeit festzustellen. Zudem werde sie ihre Leistungen per 21. November 2005 einstellen. Sie fordere ihn auf, sofort mit seinem Arbeitgeber die Angelegenheit zu besprechen und die berufliche Tätigkeit spätestens per 22. November 2005 wieder aufzunehmen. Sie verweise ihn auf die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 61 des Versicherungsvertragsgesetzes.

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 teilte W. dem Arbeitgeber mit, dass die Kündigung ungültig sei und dass er ihm ab sofort seine Arbeitskraft wieder zur Verfügung stelle. Er erwarte von ihm, dass er ihm nochmals kündige, in diesem Fall auf den 28. Februar 2006. Diesem Schreiben legte er ein ärztliches Zeugnis von Dr. B. bei, das eine fortdauernde Arbeitsunfähigkeit zu 100% seit dem 13. Juli 2005 festhielt. Zudem wurde darin ausgeführt, dass sich an dieser Arbeitsunfähigkeit nichts geändert habe, auch wenn Dr. J. eine etwas andere Sichtweise habe. Als Reaktion auf dieses Schreiben sprach L. am 27. Dezember 2005 die fristlose Kündigung aus: "da Sie der Aufforderung der Versicherung nicht nachgekommen sind, Ihre Arbeit per 22. November 2005 wieder aufzunehmen."

Mit Klage vom 10. Januar 2006 verlangte W. beim Gewerblichen Schiedsgericht unter anderem die Verurteilung von L. zur Zahlung von CHF 9'616.85 Lohndifferenzen sowie CHF 8'742.60 als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung im Umfang von drei Monatslöhnen. Mit Eingabe vom 12. Januar 2007 teilte die Versicherung mit, dass W. am 31. Mai 2006 durch Dr. C. konsiliarisch begutachtet wurde. Mit Schreiben vom 8. Mai 2007 stellte die Versicherung fest, dass die Invalidenversicherung im Vorbescheid vom 7. November 2006 sowie in ihrer Verfügung vom 30. Januar 2007 eine Invalidenrente für W. abgelehnt habe. Sie halte dabei fest, dass die medizinischen Untersuchungen durch Dr. B. und Dr. S. ergeben hätten, dass W. aus fachärztlicher Sicht, somatisch sowie psychiatrisch, in seiner angestammten Tätigkeit vollschichtig arbeitsfähig sei. W. hat in der Folge den Entscheid der Invalidenversicherung beim Sozialversicherungsgericht angefochten. Das Sozialversicherungsgericht ist in seinem Urteil vom

12. Juni 2007 davon ausgegangen, dass die gutachterlichen Abklärungen durch Dr. B. überzeugend ergeben hätten, dass W. in physischer Hinsicht nicht arbeitsunfähig ist. Hingegen stellte es Differenzen zwischen der Beurteilung durch Dr. S. und Dr. C. fest, die durch ein neuerliches Gutachten beurteilt und ausgeräumt werden müssten. In diesem Sinne wies es die Angelegenheit an die Invalidenversicherung zurück. Mit Eingabe vom 14. März 2006 antwortete die Taxizentrale X. auf amtliche Erkundigung des Gerichts, W. sei aufgrund einer Vielzahl von Reklamationen aufgefallen, und zwar sowohl bei ihr als auch bei ihrer Schwesterfirma. Bei den Vorfällen, die zu Kundenreklamationen geführt hätten, habe sich W. wiederholt kundenschädigend und uneinsichtig verhalten. Aufgrund dieser Ausgangslage werde sich kein Taxihalter der Taxizentrale und der Schwesterfirma bereit erklären, W. je wieder einzustellen. Es gebe in Basel zahlreiche andere Taxifirmen, bei denen W. ebenfalls der Tätigkeit des Taxichauffeurs nachgehen könne. Am 2. August 2007 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klagforderungen ab, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Zu beurteilen waren die Frage der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung sowie die Frage, ob diese Kündigung missbräuchlich ist. Eine fristlose Kündigung kann aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3).

ba) Vorliegend hatte L. seine fristlose Kündigung vom 27. Dezember 2005 damit begründet, dass W. auf die Aufforderung der Versicherung hin, seine Arbeit am 22. November 2005 wieder aufzunehmen, die Arbeit nicht angetreten habe. W. habe am 19. Dezember 2005 zwar geschrieben, er biete seine Arbeit wieder an. Gleichzeitig habe er aber ein Arzzeugnis beigebracht, das ihn nach wie vor zu 100% arbeitsunfähig geschrieben habe. Er sei nicht Arzt und könne die Arbeitsunfähigkeit von W. nicht beurteilen. Das Schreiben vom 19. Dezember 2005 und das gleichzeitig eingereichte Arzzeugnis hätten sich jedoch klarerweise widersprochen, so dass ihm nichts anderes übrig geblieben sei, als W. fristlos zu kündigen.

bb) Eigentlich warf L. dem Arbeitnehmer vor, dass er, obwohl ihn Dr. J. als Konsiliararzt der Versicherung für voll arbeitsfähig erklärt hatte, seine Arbeit verweigert habe. Im Falle von Arbeitsverweigerungen wird von der Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts verlangt, dass der Arbeitnehmer zunächst wegen seines Verhaltens verwarnt und für den Wiederholungsfall auf die Konsequenzen, d.h. die fristlose Kündigung, aufmerksam gemacht wird. Dies ist der Grundsatz. In Ausnahmefällen kann eine Verwarnung unterbleiben, insbeson-

dere wenn der Arbeitgeber davon ausgehen muss, dass eine solche Verwarnung nutzlos wäre. Vorliegend konnte nicht davon ausgegangen werden, dass W. sich einfach geweigert hat, seine Arbeit zu leisten. Vielmehr durfte er sich auf die Beurteilung seiner Arbeitsfähigkeit durch den Hausarzt verlassen, der ihn nach wie vor zu 100% für arbeitsunfähig erklärte. Diese Beurteilung kann rückblickend nicht einfach als eine Gefälligkeit an W. angesehen werden. Es ist zwar richtig, dass W. aufgrund der Untersuchungen durch Dr. J. und Dr. B. offensichtlich körperlich nichts fehlt. Es bestehen jedoch Anzeichen dafür, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers psychischer Natur ist. Die Untersuchungen durch Dr. S. und Dr. C. haben dabei ein verschiedenes Bild geliefert. Auch wenn aus den Untersuchungen, die erst in den Jahren 2006 und 2007 stattgefunden haben, nicht ohne weiteres auf das Jahr 2005 zurückgeschlossen werden darf, so konnte doch immerhin gesagt werden, dass W. auf die Beurteilung durch Dr. B., dass er arbeitsunfähig sei, vertrauen durfte. Einer fristlosen Kündigung durch den L. infolge Arbeitsverweigerung war damit die Grundlage entzogen. In der Kündigung vom 27. Dezember 2005 wurde als Grund für die fristlose Kündigung nur die Arbeitsverweigerung angeführt. Gleichwohl war es nicht ausgeschlossen, dass L. sich auf weitere Gründe für die fristlose Kündigung berufen konnte. In diesem Zusammenhang war darauf hinzuweisen, dass W. vom Arbeitgeber keine schriftliche Begründung der Kündigung verlangte.

bc) L. brachte im Rahmen des Gerichtsverfahrens auch vor, dass W. aufgrund zu schnellen Fahrens die Taxibewilligung entzogen worden sei. Zudem habe er verschiedentlich Kundenreklamationen provoziert, die dazu geführt hätten, dass die Taxizentrale X. ihm keine Aufträge mehr erteilt habe. Dennoch konnte die fristlose Kündigung nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Es musste davon ausgegangen werden, dass L. von diesen Umständen schon längere Zeit Kenntnis hatte, ohne dass er darauf mit einer fristlosen Kündigung reagiert hätte. Durch die Weigerung der Taxizentrale, W. Aufträge zu vermitteln, wäre dieser zwar in seiner Tätigkeit empfindlich eingeschränkt worden. Es wäre ihm jedoch nicht unmöglich gewesen, W. auch anderweitig als Taxichauffeur einzusetzen. Der Lohn von W. bestand aus einer 48%igen Umsatzbeteiligung, so dass dieser dann entsprechend weniger verdient hätte, ohne dass er L. deswegen hätte einen Vorwurf machen können. Zudem war davon auszugehen, dass W. seine Taxifahrerbewilligung nach der zweimonatigen Sperre hätte wieder erlangen können.

bd) Andererseits durfte auch L. auf die ärztliche Beurteilung durch die Versicherung abstellen, so dass ihm für die fristlose Kündigung kein Vorwurf gemacht werden konnte. Dies kann für die Frage, ob die fristlose Kündigung berechtigt ist oder nicht, keine Rolle spielen, hingegen bei den Rechtsfolgen aus der Beurteilung der Rechtfertigung der Kündigung berücksichtigt werden. Aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung schuldete der Beklagte Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist. Da der Kläger im vierten Anstellungsjahr stand, war die 90tägige Sperrfrist nach Art. 336c OR aufgrund der im Juli 2005 einge-

tretenen Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 27. Dezember 2005 längst abgelaufen. Das Arbeitsverhältnis hätte am 27. Dezember 2005 auf den 28. Februar 2006 gültig gekündigt werden können. Der Kläger hatte deshalb grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe des Lohnanspruchs bis zu diesem Datum.

be) Allerdings musste der Kläger sich aufgrund seiner Schadenminderungspflicht anderweitiges Einkommen oder Ersatzleistungen anrechnen lassen. Sollte W. arbeitsunfähig gewesen sein in dieser Zeit, so hätte er Anspruch auf Taggelder gegenüber der Versicherung. Diese Taggelder wurden bisher deshalb nicht ausbezahlt, weil W. sich anfänglich geweigert hatte, sich der vertrauensärztlichen Untersuchung zu stellen, zu welcher er gemäss Versicherungsvertrag verpflichtet war. Der Grund für die Nichtleistung der Taggelder lag damit in seinem Risikobereich begründet. Es konnte daher von L. nicht erwartet und diesem nicht zugemutet werden, selber gegen die Versicherung vorzugehen. Soweit W. während der Zeit bis 28. Februar 2006 arbeitsfähig gewesen sein sollte, so hätte er arbeiten müssen. Er hätte sich, was er anerkanntermassen nicht getan hat, um die Wiedererlangung der Taxifahrerbewilligung bemühen müssen. Zudem hätte er es seinem Verhalten zuschreiben müssen, dass er bis zum 28. Februar 2006 keine Aufträge mehr von der Taxizentrale erhalten hätte. Es war deshalb festzustellen, dass W. zwar einerseits Anspruch auf Schadenersatz hatte, dass er aber andererseits seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen war und deshalb keine Ansprüche gegen L. geltend machen konnte.

c) Was die Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung anging, die W. damit begründete, dass L. seine Krankheit zum Anlass der Kündigung genommen habe, um ihm künftige Ansprüche infolge dieser Krankheit vorenthalten zu können, so setzt diese Entschädigung nach Art. 336b OR voraus, dass der Anspruchsberechtigte gegen die Kündigung bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist schriftlich Einsprache beim Kündigenden erhoben hat. W. hat angegeben, dass er dies unterlassen hat, womit es an dieser formellen Voraussetzung fehlte.

(GSGE vom 2.8.2007 in Sachen von W. gegen L., GS 2006/7)

2.17.3.2. Art. 324a, 337, 337b OR. Ein Arbeitnehmer, welcher der Arbeitgeberin innert ihm gesetzter Frist kein Arzteugnis einreicht, obwohl er dazu genügend Zeit hatte und unter Hinweis auf eine fristlose Kündigung bereits verwart war, darf fristlos entlassen werden. Trotz gerechtfertigter fristloser Entlassung hat der Arbeitnehmer über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn sich die Arbeitgeberin dazu für den Fall des Vorliegens einer

krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit während bestimmter Dauer, aber ohne andere zeitliche Limite verpflichtet hat.

P. war seit dem 18. August 2003 bei der W. AG angestellt. Es bestanden schriftliche Arbeitsverträge, einer vom 6. August 2003 und ein anderer vom 20. April 2005. Beide Arbeitsverträge sahen in Ziff. 4 bzw. Ziff. 5 vor, dass der Kläger Anrecht auf eine Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall, Militärdienst und anderer unverschuldeter Verhinderungen an der Arbeitsleistung während 720 Tagen hat. Zudem bestimmte der neuere Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer bei mehr als dreitägiger Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfall der Arbeitgeberin unaufgefordert und spätestens am 4. Krankheitstage ein ärztliches Zeugnis vorzulegen hat. Ausnahmsweise könne die Arbeitgeberin bereits ab dem 1. Absenztage auf einem solchen bestehen. Die Arbeitgeberin behalte sich zudem vor, den Arbeitnehmer zur vertrauensärztlichen Untersuchung anzubieten.

P. verunfallte am 15. Juni 2005 am Arbeitsplatz und verletzte sich an der Lendenwirbelsäule. In der Folge bezahlte die SUVA bis zum 14. April 2006 Taggelder. Mit Schreiben vom 6. April 2006 teilte sie P. und der W. AG mit, sie werde mangels Vorliegen weiterer mindestens wahrscheinlicher Unfallfolgen sämtliche Versicherungsleistungen einstellen. Die Heilungskostenzahlungen endeten nach Erhalt dieser Mitteilung, wobei sie bereit sei, bis und mit dem 14. April 2006 Taggelder auf der Basis einer vollen Arbeitsunfähigkeit an die Arbeitgeberin abzurechnen. Eine allenfalls danach noch andauernde Arbeitsunfähigkeit sowie medizinische Behandlungen gingen nicht mehr zu Lasten der Unfall-, sondern der Krankenkasse. Hierauf forderte die W. AG ihren Arbeitnehmer mit Schreiben vom 18. April 2006 auf, entweder die Arbeit am 21. April 2006 aufzunehmen oder ein Krankheitszeugnis beizubringen. Ein weiteres Schreiben erging am 21. April 2006. Darin ermahnte sie P. unter Androhung der fristlosen Kündigung, am 24. April 2006 am Arbeitsplatz zu erscheinen oder ein Krankheitszeugnis in ihr Büro vorbeizubringen. Weiter schrieb sie: „Falls Sie diese Frist wieder verstreichen lassen, sehen wir uns gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen per sofort aufzulösen.“ Am 24. April 2006 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos, weil P. ihrer Aufforderung nicht nachgekommen sei. Mit Klage vom 20. Oktober 2006 verlangte P. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der W. AG unter anderem zur Lohnfortzahlung bis 30. Juni 2006 und zur Zahlung einer Entschädigung zufolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Nach Durchführung eines Vorverfahrens und der Einholung amtlicher Erkundigungen sprach das Gewerbliche Schiedsgericht am 9. Juli 2007 P. Lohn bis 30. Juni 2006 zu, wogegen es seine Entschädigungsforderung abwies, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Eine fristlose Kündigung kann aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand,

bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3).

P. erklärte vor Gericht, er sei am 21. April 2006 in die Praxis von Dr. S. gegangen, um ein neues Arztzeugnis zu verlangen. Seine Ärztin habe ihm jedoch keines ausgestellt, weil der Unfallschein gültig sei, bis sie aus ihren Ferien zurückkomme. Auf amtliche Erkundigung hin erklärte Dr. S., dass P. am 21. April 2006 zu einer präoperativen Untersuchung für eine urologische Operation in ihrer Sprechstunde gewesen sei. Sie habe sich nicht notiert, ob er dabei ein Arztzeugnis verlangt habe. Sie sei vom 26. bis 30. April 2006 in den Ferien gewesen und habe zuvor jedoch normal gearbeitet. Nach ihren Ferien hätte P. frühestens am 2. Mai 2006 wieder in ihre Sprechstunde kommen können. Ihre Patienten könnten jedoch auch während ihrer Abwesenheit von einem ihrer drei Praxiskollegen ein Arztzeugnis erhalten. P. gab ferner vor Gericht an, er habe sich am 24. April 2006 zur W. AG begeben, um den Unfallschein abzugeben, worauf ihm diese erklärt habe, sie brauche kein Zeugnis mehr, weil die Kündigung bereits geschrieben sei. Er habe sie zudem darauf hingewiesen, dass er am 2. Mai 2006 den nächsten Termin bei seiner Ärztin habe und dann ein Krankheitszeugnis bringen könne. Nach Darstellung der W. AG kam P. am 24. April 2006 bei ihr vorbei, um mitzuteilen, dass er noch kein Arztzeugnis habe und dass ihn jenes der SUVA nicht interessiere. Daraufhin habe sie ihm gekündigt.

b) Das Kündigungsschreiben datierte vom 24. April 2006 und wurde an P., wie dieser bestätigte, am 25. April 2006 zugestellt. Vorliegend war festzuhalten, dass P. aufgrund des Arbeitsvertrages verpflichtet war, bei Krankheit ab dem 4. Tag ein Arztzeugnis vorzulegen. P. war ursprünglich verunfallt. Die SUVA hatte ihre Taggelder eingestellt, weil sie davon ausging, dass die Unfallfolgen geheilt waren. Aufgrund des Schreibens der SUVA und des ersten Schreibens der Beklagten vom 18. April 2006 wusste P., dass die Arbeitgeberin Anspruch auf ein Arztzeugnis hatte, worin seine Ärztin eine allenfalls weiterbestehende Arbeitsunfähigkeit mit Krankheit begründen würde. Andernfalls musste er zur Arbeit erscheinen, weil davon auszugehen war, dass er zu arbeiten wieder in der Lage war. Obwohl P. am 21. April 2006 aus einem anderem Grund bei seiner Ärztin war, hat er dort offensichtlich kein Arztzeugnis verlangt, um es der W. AG vorlegen zu können. Die Beklagte durfte ihm deshalb zu Recht am 22. April 2006 Frist bis am 24. April 2006 setzen, um ein solches Zeugnis doch noch einzuholen. P. behauptete, diese Frist sei für ihn zu kurz gewesen. Abstrakt betrachtet ist eine zweitägige Frist kurz bemessen. Die Frist war jedoch angemessen, weil P. schon vorher genügend Zeit, aber auch konkret Gelegenheit hatte, das Arztzeugnis einzuholen. Zudem hätte er sich noch am 24. April 2006 um das Arzt-

zeugnis kümmern können, anstatt sich nur ins Büro der W. AG zu begeben, um dort zu erklären, er habe erst am 2. Mai 2006 wieder eine Sprechstunde. Aufgrund der Angaben von Dr. S. war diese nämlich am 24. April 2006 noch nicht in den Ferien. Wer geltend macht, dass eine ihm gesetzte Frist zu kurz und damit nicht angemessen ist, müsste jedenfalls die verlangte Handlung innert einer angemessenen Frist vornehmen können. Wäre die Frist bis am 24. April 2006 nicht angemessen gewesen, so hätte P. das Arztzeugnis jedenfalls bis am 26. April 2006 beibringen müssen und nicht erst für den 2. Mai 2006 in Aussicht stellen dürfen. Unter all diesen Umständen musste die fristlose Kündigung als gerechtfertigt angesehen werden.

c) Eine gerechtfertigte fristlose Entlassung führt gewöhnlich dazu, dass der Arbeitnehmer für die Zeit nach dem Empfang der Kündigung keine Lohnansprüche mehr gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann. Vorliegend wurde dem P. hingegen der Lohn, wie von ihm beantragt, bis zum 30. Juni 2006 zugesprochen. Aufgrund des Zeugnisses von Dr. S. war davon auszugehen, dass P. weiterhin arbeitsunfähig war. Die W. AG versprach im Arbeitsvertrag bei Krankheit Lohnfortzahlung während 720 Tagen ohne sonstige zeitliche Limitierung. Bei Lohnfortzahlungen in Anwendung von Art. 324a OR enden diese mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Anders beurteilt sich hingegen das zeitliche Ende vertraglich versprochener Lohnzahlungsverpflichtungen. Hier hat die Arbeitgeberin, will sie, dass die Lohnfortzahlungsverpflichtung nicht über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert, dieses Ende im Arbeitsvertrag zu fixieren (AGE vom 7.8.2003 E. 2c, in Rechtsprechungsbericht 2003/2004 des Gewerblichen Schiedsgerichts, S. 32). Dies wurde vorliegend unterlassen, weshalb der Kläger Anspruch auf die Lohnfortzahlung auch nach der fristlosen Kündigung und unbezogen davon hatte, ob diese gerechtfertigt oder ungerechtfertigt war. Der Grund, weshalb ein Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, ändert nichts an dieser Lohnfortzahlungspflicht. Hingegen war der Anspruch auf eine Genugtuungs- bzw. Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR bei diesem Ausgang des Prozesses nicht gegeben. Doch selbst, wenn von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung hätte ausgegangen werden müssen, hätte P. auf diese Leistung keinen Anspruch gehabt, weil er mit seinem Verhalten massgeblich dazu beitrug, dass das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst wurde.

(GSGE vom 9.7.2007 in Sachen von P. gegen W. AG, GS 2006/357)

2.17.3.3. Art. 337 OR. Zu den Voraussetzungen für eine gerechtfertigte fristlose Kündigung. Unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz für kurze Zeit vermag praxisgemäss nur dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es trotz klarer Verwarnung wiederholt wird. Ein Arbeitgeber (natürliche Person), der mindestens 7 Tage und mithin deutlich mehr als 2 bis 3 Arbeitstage zuwartet, um das vertragswidrige Verhalten der Arbeitnehmerin zu rügen und zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen, verwirkt das Recht hierzu.

§ 170-172 ZPO. Die Verteilung der ordentlichen und ausserordentlichen Kosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens. Allerdings sind Abweichungen von diesem Veranlassungsprinzip zulässig, wenn dafür zwingende Gründe bestehen. Ein sog. Überklagen etwa in Haftpflichtprozessen bei grundsätzlichem Obsiegen kann dann bis zu einem gewissen Grad im Kostenentscheid ohne Nachteil für die Klagpartei bleiben, wenn ihr eine genaue Bezifferung ihres Schadens nicht möglich ist. Gleiches muss auch für Klagen gelten, mit denen eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend gemacht wird, deren Bemessung der Gesetzgeber ins Ermessen des Gerichts stellt. Ein Überklagen kann in solchen Fällen in guten Treuen erfolgen, so dass das Gewerbliche Schiedsgericht ohne Willkür berechtigt sein kann, vom Ausgang des Verfahrens abzuweichen und dem Obsiegen der Klägerin im Grundsatz besonderes Gewicht beizumessen.

T. hatte seit Sommer 2006 im Gesundheitszentrum von S. als Stellvertreterin dessen Geschäftsführerin von S. gearbeitet, wobei seit dem 14. August 2006 ein schriftlicher Arbeitsvertrag bestand. Am 7. November 2006 kündigte ihr S. mündlich fristlos und bestätigte dies mit Schreiben vom 8. November 2006. Als Kündigungsgründe gab er an: „Nichterscheinen zur Arbeit oder den Arbeitsplatz einfach verlassen. (...) Betriebsbedingte Anweisungen des Chefs zwecks der Arbeitszeit können oder wollen nicht angenommen werden.“ Mit Klage vom 28. Februar 2007 beantragte T. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von S. zur Bezahlung von insgesamt CHF 17'648.-- brutto. Am 10. April 2007 erhöhte sie die Klagforderung auf CHF 17'780.--.

Mit Entscheid vom 4. Juni 2007 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht S. zur Zahlung von CHF 10'570.50 netto (wovon CHF 3'500.-- als Entschädigung gemäss Art. 337c OR) nebst Zins zu 5% seit 8. November 2006 an T.. Deren Mehrforderung wurde abgewiesen. Das Gericht behaftete die Klägerin bei ihrem Zugeständnis, dass der Beklagte seine Schuld im Umfang von CHF 2'090.50 durch Leistung an die Sozialhilfe der Stadt Basel tilgen kann, und wies den Beklagten entsprechend an. Schliesslich wurde der Beklagte zur Leistung einer Parteientschädigung von CHF 3'200.-- zuzüglich Mehrwertsteuer an die Klägerin verurteilt.

Gegen diesen Entscheid erhob S. Beschwerde, welche das Appellationsgericht Basel-Stadt am 2. Oktober 2007 bezüglich der Höhe der Parteientschädigung für T. teilweise guthiess, im Übrigen jedoch abwies, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 3.1 Im Streit steht somit die Zulässigkeit der ausgesprochenen fristlosen Entlassung. Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt gemäss Art. 337 Abs. 2 OR namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden darf. Wann dies zutrifft, entscheidet im Streitfall gemäss Art. 337 Abs. 3 OR der Richter nach seinem Ermessen. Das Vorhandensein eines wichtigen Grundes ist von der kündigenden Partei (vorliegend dem Beschwerdeführer) zu beweisen (vgl. statt vieler AGE vom 6. Juni 2007 i.S. M.S.). Nach der Praxis rechtfertigen nur besonders schwere Verfehlungen des Arbeitnehmers eine fristlose Entlassung. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (vgl. BGE 4C.370/2004 vom 23. Dezember 2004, E. 2.2.2). Bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Entlassung spielt auch die Länge der Kündigungsfrist eine Rolle; je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis, desto weniger wird man den Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulassen (STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Art. 337 N 16). Eine fristlose Entlassung ist zudem umgehend, d.h. nach der Bundesgerichtspraxis im Normalfall (wie er hier vorliegt) innert 2 bis 3 Arbeitstagen, zu erklären, nachdem der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis des Kündigenden gelangt ist. Andernfalls verwirkt dieser sein ausserordentliches Kündigungsrecht. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Kündigung trägt der Kündigende (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 N 17 mit Hinweisen).

3.2 Der Beschwerdeführer macht zur Begründung der fristlosen Entlassung zunächst geltend, die Beschwerdegegnerin habe Arbeitsstunden aufgeschrieben, die sie nicht in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers an ihrem gewöhnlichen Arbeitsplatz verbracht habe. Dies ergäbe sich aus einem Vergleich der Telefonrechnung resp. der Verbindungsnachweise für den Monat September 2006, aus denen die Umleitung des Festnetzanschlusses auf das Mobiltelefon des Gesundheitscenters ersichtlich seien, mit den Arbeitsrapporten der Beschwerdegegnerin. Sie habe im Monat September 2006 praktisch

täglich während unterschiedlich langer Zeiten das Telefon umgeleitet und folglich Arbeitszeit ausserhalb der Arbeitsräume verbracht.

Diese behaupteten Pflichtverletzungen der Beschwerdegegnerin waren dem Beschwerdeführer schon lange vor der Kündigungserklärung vom 7./8. November 2006 bekannt. So hat der Vertreter des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts ausgeführt, nach dem Erhalt der Telefonrechnung habe der Beschwerdeführer um diesen Sachverhalt gewusst (Protokoll S. 7). Die Telefonrechnung mit den Verbindungsnachweisen datiert vom 16. Oktober 2006. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er habe diese erst Wochen später erhalten. Er hat nach deren Erhalt darauf verzichtet, die festgestellte Abwesenheit der Beschwerdegegnerin vom Arbeitsplatz während von ihr aufgeschriebenen Arbeitsstunden umgehend zu rügen und die vorgeworfenen Unregelmässigkeiten zum Anlass für eine Verwarnung oder Entlassung zu nehmen. Damit ist sein Recht zur fristlosen Entlassung gestützt auf diese Umstände auf jeden Fall verwirkt, so dass sie inhaltlich nicht weiter geprüft werden müssen.

3.3 Als weiteren wichtigen Grund führt der Beschwerdeführer an, die Beschwerdegegnerin habe Stunden als Arbeitsstunden aufgeschrieben, an denen sie gar nicht gearbeitet habe. So habe sie behauptet, an drei Samstagen, am 2. und 23. September 2006 sowie am 14. Oktober 2006, die Arbeit zur Betreuung von Kunden bereits um 10.00 Uhr, 2 Stunden vor der offiziellen Öffnungszeit, aufgenommen zu haben. Aus dem Kundenbuch ergäbe sich aber, dass an den beiden Terminen im September gar keine Kunden am Morgen zu bedienen gewesen seien; am 14. Oktober 2006 sei zwar ein Kunde eingetragen, die Geschäftsführerin sei an jenem Tag aber persönlich anwesend gewesen, so dass die Anwesenheit der Beschwerdeführerin gar nicht notwendig gewesen sei. Zudem ergäbe sich aus den Verbindungsnachweisen der Swisscom, dass sie am 23. September 2006 gar nicht im Center gewesen sei.

Auch diesbezüglich ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer allfällige Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit den Stundenrapporten für den Monat September 2006 bereits mit dem Erhalt des Arbeitsrapports Ende September 2006 hätte feststellen und rügen können. Indem er dies nicht getan hat, hat er sein allfälliges Kündigungsrecht aus diesen Gründen verwirkt. Die erst am 7. November 2006 ausgesprochene Kündigung kann nicht auf sie gestützt werden. Was die behauptete Abwesenheit der Beschwerdegegnerin vor 12 Uhr am 14. Oktober 2006 betrifft, so hat die Vorinstanz festgestellt, dies habe nicht unter Beweis gestellt werden können, zumal damals zugestandenermassen ein Kunde anwesend gewesen sei und dessen Betreuung durch die Geschäftsführerin die zusätzliche Anwesenheit der Beschwerdegegnerin nicht ausschliesse. Diese Feststellung wird vom Beschwerdeführer nicht substantiiert angefochten.

3.4 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, aufgrund der Zeugenaussage von Frau N. sei erstellt, dass die Klägerin den Nachmittag des 13. Oktober 2006 nicht an ihrem Arbeitsplatz verbracht habe. Gemäss den Aussagen des Vertreters des Be-

schwerdeführers in der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts hat sein Mandant diesen Sachverhalt Ende Oktober 2006 festgestellt und die Beschwerdegegnerin am 7. November 2006 deswegen zur Rede gestellt. Damit hat er mindestens 7 Tage und mithin deutlich mehr als 2 bis 3 Arbeitstage zugewartet, um das fragliche Verhalten zu rügen und als Anlass für eine Kündigung zu nehmen. Auch die Berufung auf diesen Umstand ist daher verspätet. Ohnehin vermag unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz für kurze Zeit praxisgemäss nur dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es trotz klarer Verwarnung wiederholt wird (AGE vom 12. März 2004 i.S. E. GmbH; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage 2002, § 12 N 355 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 N 5). Das Verlassen des Arbeitsplatzes nach einer Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber berechtigt diesen in der Regel nicht, eine fristlose Entlassung auszusprechen (AGE vom 19. Februar 1985 i.S. S.Q.).

3.5 Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die fristlose Entlassung ungerechtfertigt erfolgt ist. Die Berechnung der daraus folgenden Ansprüche ist in der Beschwerde nicht substantiiert gerügt worden, so dass sie nicht zu überprüfen ist.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer rügt auch die Verteilung der ausserordentlichen Kosten durch das Gewerbliche Schiedsgericht und die Höhe der festgelegten Parteientschädigung von CHF 3'200.--. Er macht geltend, dass zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sei, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Klage nur zu 60% durchgedrungen sei. Zudem entspreche die zugesprochene Parteientschädigung gemäss der Honorarordnung einem Streitwert von CHF 20'000.-- im schriftlichen Verfahren, während es sich vorliegend grundsätzlich um ein mündliches Verfahren mit niedrigerem Streitwert gehandelt habe.

4.2 Hinsichtlich der Kostenverteilung ist der Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts nur auf Willkür hin überprüfbar (AGE vom 4. Juni 2004 i.S. E.M.). [...]

4.3 Gemäss §§ 170-172 ZPO richtet sich die Verteilung der ordentlichen und ausserordentlichen Kosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, d.h. nach dem Mass, in welchem die Parteien mit ihren Anträgen obsiegen oder unterliegen (Veranlassungsprinzip). Allerdings sind Abweichungen vom Veranlassungsprinzip zulässig, wenn dafür zwingende Gründe bestehen (vgl. BJM 1989 S. 390, 1981 S. 341 mit Hinweisen; STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 15 Rz 9). Von Bedeutung sind dabei Billigkeitserwägungen, was für die ordentlichen Kosten in § 171 ZPO zum Ausdruck gelangt, aber auch bezüglich der Anwaltskosten aus der Kann-Vorschrift von § 172 ZPO abzuleiten ist. Besondere Umstände, welche eine vom Sachentscheid abweichende Kostenverteilung rechtfertigen, können vor allem im Verhalten der Parteien liegen, sei es in einer Prozessführung in guten Treuen durch den Unterliegenden oder in einer unnötigen Vergrösserung des Auf-

wands durch den Obsiegenden (AGE vom 4. Juni 2004 i.S. E.M.; vom 15. Juni 2000 i.S. Dr. C.Z.; STAEHELIN/SUTTER, a.a.O.).

4.4 Die Klagforderung der Beschwerdegegnerin belief sich auf CHF 17'780.-- brutto. Zugesprochen wurden der Beschwerdegegnerin CHF 11'189.-- brutto (CHF 10'570.50 netto). Sie ist somit zu 63,4%, durchgedrungen. Ihr teilweises Unterliegen ist bei der Kostenverteilung grundsätzlich zu berücksichtigen.

Zwar kann ein sogenanntes Überklagen etwa in Haftpflichtprozessen bei grundsätzlichem Obsiegen dann bis zu einem gewissen Grad im Kostenentscheid ohne Nachteil für die Klagpartei bleiben, wenn ihr eine genaue Bezifferung ihres Schadens nicht möglich ist (AGE vom 14. Juli 2000 i.S. R.B. mit Hinweis auf EUGEN BUCHER, in: ZSR 1983 II 293 f.). Gleiches muss auch für Klagen gelten, mit denen eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend gemacht wird, deren Bemessung der Gesetzgeber ins Ermessen des Gerichts stellt. Ein Überklagen kann in solchen Fällen in guten Treuen erfolgen, so dass das Gewerbliche Schiedsgericht ohne Willkür berechtigt sein kann, vom Ausgang des Verfahrens abzuweichen und dem Obsiegen der Klägerin im Grundsatz besonderes Gewicht beizumessen. Im vorliegenden Fall ist aber der Beschwerdegegnerin zudem eine Parteientschädigung zugesprochen worden, welche gemäss der Honorarordnung für die Advokaten der Höhe eines Honorars für einen schriftlichen Prozess mit einem Streitwert von CHF 20'000.-- entspricht. Auch wenn vor der Hauptverhandlung bei den Parteien schriftliche Vernehmlassungen eingeholt worden sind, rechtfertigt sich dieses Honorar im einfachen und raschen Verfahren nach Art. 343 Abs. 2 OR auch mit Blick auf die tatsächlichen Schwierigkeiten des konkreten Falles nicht. Im Ergebnis erweist sich der Kostenentscheid aus der Kombination der Höhe der Parteientschädigung mit deren vollständiger Überwälzung auf den bloss teilweise unterlegenen Beschwerdeführer als willkürlich.

4.5 Im Kostenpunkt ist die Beschwerde daher gutzuheissen. Da die Sache insoweit liquid ist, kann das Appellationsgericht die erstinstanzlichen Kosten selbst neu festlegen (§ 244 ZPO). Aufgrund der gesamten Umstände rechtfertigt es sich, in leichter Abweichung vom Ausgang des Verfahrens dem Beschwerdeführer die Vertretungskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu drei Vierteln aufzuerlegen und die Anwaltshonorare auf die gerundete Mitte zwischen dem interpolierten Honorar für ein mündliches Verfahren (CHF 1'937.--) und jenem für ein schriftliches Verfahren (CHF 2'906.--) festzusetzen. Es resultieren somit Honorare von je CHF 2'400.-- und damit eine Parteientschädigung von CHF 1'200.-- zuzüglich MwSt. [...]"

(AGE vom 2.10.2007 i.S. von T. gegen S.; Verf.Nr. 954/2007)

- 2.17.3.4. Art. 337, 337c Abs. 3 OR. Die zweimalige Versäumnis, rechtzeitig ein Arztzeugnis vorzulegen, ist kein Grund zur fristlosen Kündigung, wenn der Arbeitgeber um die psychische Erkrankung der Arbeitnehmerin wusste. Aufgrund der konkreten Umstände hatte die Arbeitnehmerin Anspruch auf eine Entschädigung auf drei Monatslöhne.
- Art. 322d OR. Durch eine mehrmalige, ohne Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgte Ausrichtung einer Gratifikation verliert diese ihren freiwilligen Charakter. Allerdings sind drei Gratifikationen das Minimum dessen, was noch als „mehrmals“ bezeichnet werden kann. Ein pro-rata-Anspruch auf die Gratifikation kann auch stillschweigend oder durch langjährige, ununterbrochene und vorbehaltlose Betriebsübung entstehen.

Y. arbeitete seit dem 24. Januar 2000 in der von Dres. Z. betriebenen Arztpraxis als OP-Gehilfin. Wegen psychischer Probleme war sie vom 18. April bis zum 18. September 2005 arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 15. August 2005 hat Dr. Z. das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Mit Klage vom 22. Dezember 2005 verlangte Y. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Dres. Z. in solidarischer Verbindung zur Zahlung von CHF 30'000.-- nebst 5% Zins seit Klageeinreichung zu verurteilen. Am 23. März 2006 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht Dres. Z., in solidarischer Verbindung an Y. CHF 26'811.85 netto nebst 5% Zins seit dem 22. Dezember 2005 zu bezahlen. Dagegen haben Dres. Z. Beschwerde erhoben, welche das Appellationsgericht Basel-Stadt am 30. Juni 2006 teilweise gutgeheissen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 2.1 Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt gemäss Abs. 2 namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden darf. Wann dies zutrifft, entscheidet im Streitfall gemäss Art. 337 Abs. 3 OR der Richter nach seinem Ermessen. Das unentschuldigte Fernbleiben vom Arbeitsplatz für kurze Zeit vermag praxisgemäss nur dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es trotz klarer Verwarnung wiederholt wird (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, § 12 N 355 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N. 5 zu Art. 337 OR m.w.H.).

2.2 Im vorliegenden Fall ist die fristlose Entlassung der Beschwerdegegnerin in keiner Weise gerechtfertigt gewesen. Die Beschwerdegegnerin hat es zweimal versäumt, ihren Arbeitgebern rechtzeitig ein weiteres Arztzeugnis vorzulegen. Dies als „beharrliche Arbeitsverweigerung“ [...] zu bezeichnen, ist beinahe mutwillig. Die Beschwerdegegnerin war krank, worüber ihre Arbeitgeber orientiert waren. Wenn am Ende eines Monats, für den der behandelnde Arzt eine Arbeitsunfähigkeit wegen psychischer Probleme attestiert hat, kein neues Zeugnis eingereicht wird, so sollte ein Arbeitgeber, zumal wenn er selbst

Arzt ist, eher an einen Weiterbestand der Krankheit denn an ein unentschuldigtes Fernbleiben denken. Seitens der Beschwerdeführer ist zudem zugestanden, dass sie um die psychischen Probleme der Beschwerdegegnerin und deren Hospitalisierung gewusst haben [...]. Und es ist weiter zugestanden, dass Dr. Z. mit dem behandelnden Psychiater der Beschwerdegegnerin Kontakt hatte [...]. Dass er nicht über die Diagnose informiert gewesen ist, tut nichts zur Sache. Nur weil er Arzt ist, hat er als Arbeitgeber keinen Anspruch darauf zu wissen, woran seine Angestellte ganz präzise leidet. Haben aber die Beschwerdeführer von der Erkrankung ihrer Arbeitnehmerin und auch davon gewusst, dass es sich um eine psychische Krankheit gehandelt hat, so kann der Umstand, dass jene es zweimal unterlassen hat, rechtzeitig ein weiteres Arztzeugnis einzureichen, unter keinen Umständen für eine fristlose Entlassung genügen. [...].

4.

Nach Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter bei grundloser fristloser Entlassung den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Im vorliegenden Fall hat das Gewerbliche Schiedsgericht eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zugesprochen. Dies ist auch bei freier Kognition nicht zu beanstanden: Die Beschwerdeführer haben eine kranke Arbeitnehmerin entlassen. Zudem hat Dr. Z. zugestanden, „gelegentlich etwas unbeherrscht“ reagiert zu haben [...] und musste sich auch vor dem Gewerblichen Schiedsgericht für sein Verhalten der Beschwerdegegnerin gegenüber entschuldigen [...]. Diese Entschuldigung vor der Vorinstanz stand im Zusammenhang mit dem Tode des Vaters der Beschwerdegegnerin im Januar 2005. Als sie zur Beerdigung in die Heimat zurückfahren wollte, machte Dr. Z. die sehr unpassende Bemerkung „tot ist tot“, offenbar um ihr zu suggerieren, eine Teilnahme an der Beerdigung sei nicht so wichtig. Des Weiteren steht aufgrund der ärztlichen Berichte fest, dass die psychische Erkrankung der Beschwerdegegnerin ausser mit dem Ableben des Vaters auch mit der unbefriedigenden Situation am Arbeitsplatz zu tun hatte. Das bestreiten die Beschwerdeführer in der Replik nicht generell, wird dort doch bloss ausgeführt, dass das Verhalten des Beschwerdeführers nicht „alleine für die psychischen Probleme verantwortlich“ sei [...]. Schafft aber der Arbeitgeber ein Arbeitsklima, das mit dazu beiträgt, dass die Arbeitnehmerin krank wird, um sie dann fristlos zu entlassen, so ist eine Entschädigung von drei Monatslöhnen unter allen Titeln angemessen.

5.

5.1 Das Gewerbliche Schiedsgericht hat der Beschwerdegegnerin schliesslich unter dem Titel Gratifikation einen Betrag von CHF 2'242.35 zugesprochen. Die Beschwerdeführer beanstanden dies und berufen sich auf den Arbeitsvertrag, wonach eine Gratifikation ausgerichtet werden könne und deren Höhe in einem Qualifikationsgespräch festgelegt werde. Nach Vertrag bestehe somit kein Anspruch auf Gratifikation. Da die Beschwerdeführer mit den Leistungen der Beschwerdegegnerin zunehmend unzufriedener gewesen seien, dürfe davon ausgegangen werden, dass im Jahr 2005 „kaum“ eine Gra-

tifikation ausbezahlt worden bzw. diese sicher tiefer ausgefallen wäre als in den Vorjahren. Zudem werde die Gratifikation jeweils mit dem Dezember-Lohn ausbezahlt. Da eine pro-rata Abrede fehle, bestehe auch deshalb kein Anspruch.

5.2 Das Gewerbliche Schiedsgericht hat angenommen, dadurch, dass die Beschwerdeführer dreimal in Folge eine „Gratifikation“ in Höhe eines Monatslohnes ausbezahlt hätten, hätten sie auf das ihnen gemäss Arbeitsvertrag eingeräumte Ermessen verzichtet. Die regelmässige, ununterbrochene und vorbehaltlose Ausrichtung während dreier Jahre bewirke eine klagbare Verpflichtung. Es sei damit von einem festen Lohnbestandteil auszugehen, weshalb der Anspruch auch pro rata temporis bestehe.

5.3 Die Gratifikation ist ein Entgelt des Arbeitgebers, welches den Arbeitnehmern meist jährlich ausbezahlt wird und an bestimmte Anlässe gebunden ist. Es handelt sich dabei um eine Sondervergütung, die zusätzlich zum Lohn ausbezahlt wird und einerseits geleistete Arbeit honorieren, andererseits zu guten zukünftigen Arbeitsleistungen motivieren will. Grundsätzlich ist die Gratifikation eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers, weshalb ein Rechtsanspruch auf deren Ausrichtung nur dann besteht, wenn dies vereinbart ist (Art. 322d Abs. 1 OR). Der ursprünglich freiwillige Charakter der Gratifikation kann indes verloren gehen, wenn sie mehrmals regelmässig und vorbehaltlos geleistet wird (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR). In Fällen, da das Arbeitsverhältnis endet, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation eingetreten ist, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist (Art. 322d Abs. 2 OR).

5.4 Vorliegend hält Ziffer 5 des Arbeitsvertrages fest, dass an Stelle eines 13. Monatslohnes eine Gratifikation treten könne, deren Höhe in einem Qualifikationsgespräch festgelegt werde. Dr. Z. hat aber in der Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht einräumen müssen, dass diese Qualifikationsgespräche, wiewohl durchgeführt, in der Praxis nicht dazu gedient hätten, die Höhe der Gratifikation festzulegen [...]. Die Vorinstanz verweist des Weiteren auf die Zahlungen der Vorjahre, die erkennen lassen, dass die Beschwerdegegnerin in den Jahren 2002 bis 2004 Gratifikationen in Höhe von CHF 5'200.-- erhalten hat [...]. Die Gratifikation ist in den Vorjahren dreimal ausgerichtet worden, weshalb das Gewerbliche Schiedsgericht davon ausgehen durfte, dass die Gratifikation ihren freiwilligen Charakter verloren hat. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass drei Gratifikationen wohl das Minimum dessen sind, was als „mehrmals“ bezeichnet werden kann. Die Beschwerdeführer hätten den freiwilligen Charakter der Gratifikation beibehalten können, indem sie bei deren Ausrichtung klar darauf hingewiesen hätten, dass diese Leistung weiterhin freiwillig erfolgte (AGE vom 7. Juni 2002 i.S. B.K.). Nun hat aber im vorliegenden Fall das Arbeitsverhältnis beim normalen Anlass der Gratifikationszahlung, Weihnachten, nicht mehr bestanden, weshalb der Anspruch nur geschuldet ist, wenn die Auszahlung pro rata temporis verabredet ist. Genau wie bei der Gratifikation selbst kann diese Abrede stillschweigend getroffen werden oder durch langjährige, ununterbrochene und vorbehaltlose Betriebsübung entstehen (STREIFF/VON

KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 322d OR). Dies gilt auch dort, wo sich der Gratifikationsanspruch aus einer durch konkludentes Verhalten zum stillschweigenden Vertragsinhalt gewordenen Übung ergibt; wenn also der Arbeitgeber z.B. regelmässig an die vor dem Anlass ausgeschiedenen Arbeitnehmer Gratifikationen ausgerichtet hat mit der Folge, dass sich später weitere Arbeitnehmer auf das Gleichbehandlungsgebot berufen können (STAEHELIN/VISCHER, N. 29 zu Art. 322d OR). Von einer derartigen Gewohnheit in der Praxis der Beschwerdeführer ist indessen nichts bekannt. Da damit nicht nachgewiesen ist, dass bei Ausscheiden vor dem Anlass ein pro rata Anspruch besteht, ist die Beschwerde in diesem Grund begründet. [...]“

(AGE vom 30.6.2006 i.S. von Dres Z. gegen Y., Verf.Nr. 946/2006)

- 2.17.4. Gerechtfertigte fristlose Kündigung bei Geschlechtsverkehr mit Kunden während Arbeitszeit
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)
- 2.17.5. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung nach Verweigerung einer sofortigen Vertragsänderung
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
- 2.17.6. Schadenminderungspflicht bei ungerechtfertigter Entlassung
 - 2.17.6.1. Selbstverschuldeter Taggeldverlust, unterlassenes Bemühen um Wiedererhalt der Taxifahrerbewilligung
(siehe unter Ziffer 2.17.3.1., S. 73)
 - 2.17.6.2. Zumutbare Neuanstellung beim bisherigen Arbeitgeber?
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
- 2.17.7. Schadenersatzberechnung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung und notwendiger Operation während hypothetischer Kündigungsfrist
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)
- 2.17.8. Pflicht zur Lohnfortzahlung trotz gerechtfertigter fristloser Kündigung?
(siehe unter Ziffer 2.17.3.2., S. 77)
- 2.17.9. Charakter der Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR
(siehe unter Ziffer 2.17.1.2., S. 71)

- 2.18. Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)
Verzichtsverbot bezüglich bereits entstandener Ansprüche
(siehe unter Ziffer 2.12.1., S. 45 und 2.16.4., S. 69)
- 2.19. Art. 357 OR, Art. 5.3 Abs. 2 GAV für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen. Bedingungen einer durch den Arbeitgeber abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung sind gemäss dem anwendbaren GAV für den Arbeitnehmer verbindlich, wenn sie im Einvernehmen mit der Betriebskommission getroffen wurden.

X. arbeitete seit 1991 als Kranführer bei der Y. AG. Zwischen den Parteien bestand ein schriftlicher Anstellungsvertrag, der auch eine Krankentaggeldversicherung vorsah, wobei für Einzelheiten auf das jeweils geltende Merkblatt verwiesen wurde. Mit seiner Unterschrift bestätigte der Arbeitnehmer, u.a. den Gesamtarbeitsvertrag für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen (GAV) vom 1. Januar 2001 sowie das Merkblatt der Kollektivkrankentaggeldversicherung vom März 2001 erhalten zu haben. Gemäss diesem war der Arbeitnehmer ab dem 61. Krankheitstag zu einem Taggeld von 80% des anrechenbaren Lohnes für die Dauer von 670 Tagen pro Krankheitsfall versichert. Ziff. 5.2 des GAV gab dem Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit infolge unverschuldeter Krankheit ab dem 11. Anstellungsjahr den Anspruch auf Ausrichtung des Grundlohnes und der Kinderzulagen während sechs Monaten. In Ziff. 5.3 GAV war ausserdem vorgesehen, dass andere gleichwertige Regelungen, namentlich in Verbindung mit Krankentaggeldversicherungen unter Prämienbeteiligung der Arbeitnehmer, im Einvernehmen mit der Betriebskommission getroffen werden können. Dieselbe Bestimmung verpflichtet den Arbeitnehmer, sich den Versicherungsbedingungen zu unterziehen.

Seit dem 11. August 2002 war X. ganz arbeitsunfähig. Er erhielt zunächst während sechs Monaten den vollen Lohn und anschliessend die Taggeldleistungen bis zum 10. August 2004. Daneben sprach ihm die Invalidenversicherung (IV) am 18. August 2004, rückwirkend ab 1. August 2003, eine ganze Rente von monatlich CHF 1'343.--, zuzüglich drei Kinderrenten von je CHF 537.-- zu. In der Folge machte die Z. als Taggeldversicherung gegenüber der Y. AG für die Zeit vom 1. Juli bis 10. August 2004 eine Rückzahlung von Taggeldern in Höhe von CHF 3'969.-- geltend, weil ihr die IV eine Verrechnung von Nachzahlungen der IV-Rente nur bis zum 30. Juni 2004 vergütet habe. Mit Schreiben vom 17. Au-

gust 2004 ersuchte die Y. AG den X. um direkte Bezahlung des Betrages von CHF 3'969.-- an die Z., was dieser in der Folge tat.

Mit Klage vom 7. September 2005 verlangte X. die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung von CHF 3'969.-- nebst Zins, die vom Gewerblichen Schiedsgericht am 21. November 2005 abgewiesen wurde. Die von X. hiergegen erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 9. März 2006 aus folgenden Gründen abgewiesen:

„[...] 3.1 Dass die Z. gestützt auf die versicherungsvertraglichen Absprachen mit der Beschwerdegegnerin eine Rückforderung von Taggeldzahlungen im Umfang von CHF 3'969.-- geltend gemacht hat und gegenüber der Versicherungsnehmerin auch geltend machen können, ist vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Dieser bringt jedoch vor, dass er, entgegen der Annahme der Vorinstanz, nicht Partei des Versicherungsvertrages sei. Für ihn sei allein das ihm von der Arbeitgeberin ausgehändigte Merkblatt über die Kollektivkrankenversicherung massgeblich. Daraus ergebe sich kein Vorbehalt der Anrechnung von IV-Leistungen auf die Krankenlohnzusage der Beschwerdegegnerin. Daran vermöge auch der Hinweis auf den GAV nichts zu ändern, da nach Art. 357 Abs. 2 OR [...] günstigere einzelvertragliche Abreden den kollektivvertraglichen vorgingen. Dadurch, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer ohne Grundlage veranlasst habe, gegenüber der Z. einen Anspruch aus dem versicherungsrechtlichen Deckungsverhältnis zu befriedigen, habe sie den unerfahrenen Beschwerdeführer zur Übernahme einer Nichtschuld verleitet. Gleichzeitig habe sie in diesem Ausmass ihre Krankenlohnzusage nicht erfüllt und sei entsprechend ungerechtfertigt bereichert.

3.2 Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die kollektive Krankengeldversicherung sehen in Art. 7 Abs. 1 vor, dass der Versicherer die Taggelder nur bis zu der in der Police aufgeführten Leistungen ergänzt, falls die versicherte Person von staatlichen oder betrieblichen Versicherungen oder von einem haftpflichtigen Dritten Leistungen bezieht. Die Anrechnung von IV-Leistungen an die Taggeldzahlungen ist damit grundsätzlich vorgesehen. Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer als versicherte Person an den versicherungsvertraglichen Absprachen nicht als Vertragspartei beteiligt ist. Jedoch wird er nach Art. 5.3 Abs. 2 GAV verpflichtet, sich den Versicherungsbedingungen zu unterziehen. Nicht einleuchtend ist, weshalb diese gesamtarbeitsvertraglich begründete Verpflichtung nicht gelten bzw. der Regelung gemäss Merkblatt für die Kollektivkrankentaggeldversicherung nachgehen soll. In Art. 5.2 Abs. 1 GAV werden die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Krankheit geregelt. Gemäss Art. 5.3 Abs. 2 GAV können andere gleichwertige Regelungen, besonders in Verbindung mit Krankentaggeldversicherungen unter Prämienbeteiligung der Arbeitnehmer, im Einvernehmen mit der Betriebskommission getroffen werden. Gleichzeitig wird nach dieser Bestimmung der Arbeitnehmer verpflichtet, sich den Versicherungsbedingungen zu unterziehen. Dass die Regelung gemäss Merkblatt eine gegenüber dem GAV günstigere Regelung enthält, lässt sich nicht sagen. Die zitierte Bestimmung von Art. 5.3 Abs. 2 GAV ermöglicht überhaupt

erst die Schaffung anderer gleichwertiger Regelungen, namentlich durch eine kollektive Taggeldversicherung. Wenn im Anschluss daran festgehalten wird, dass sich der Arbeitnehmer, falls eine derartige Versicherung abgeschlossen worden ist, den Versicherungsbedingungen zu unterziehen habe, so geht, wie jedenfalls ohne Willkür angenommen werden darf, die Regelung gemäss Merkblatt nicht weiter. [...].“

(AGE vom 9.3.2006 i.S. von X. gegen Y. AG, Verf. Nr. 1038/2005, publiziert in JAR 2007, S. 385)

3. Gesamtarbeitsverträge

3.1. LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005

3.1.1. Pflicht zur Erkundigung über Ausbildung und Berufserfahrung des Arbeitnehmers (Art. 43 LMV)

(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)

3.1.2. „Dreijährige Tätigkeit im Beruf“ bei BBT-Lehrberufen für Hilfsbetriebe (Anhang 15 zum LMV)?

(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)

3.1.3. Temporärarbeit: Vorrang des Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR vor Art. 21 Abs. 1 LMV

(siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)

3.2. GAV für die Reinigungsbranche ab 1.7.2004

Unzulässige Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit (Art. 6 GAV)

(siehe unter Ziffer 2.9.1., S. 34)

- 3.3. L-GAV für das Gastgewerbe 98
 - 3.3.1. Ungewöhnliche Abrede über Probezeit in Formularvertrag von Gastro-Suisse (Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98)
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
 - 3.3.2. Pflicht der Arbeitnehmer zur Freizeitkompensation von Überstunden (Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98)
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
- 3.4. GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbe
Rechtsmissbräuchliches Berufen auf Schriftlichkeitsvorbehalt bei eigener fristloser Kündigung
(siehe unter Ziffer 2.17.1.-2.17.2., S. 71)
- 3.5. GAV für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen
Für den Arbeitnehmer verbindliche, vom Arbeitgeber abgeschlossene Krankentaggeldversicherung (Art. 5.3 Abs. 2 GAV)
(siehe unter Ziffer 2.19., S. 90)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2005 bis 2007

	2005	2006	2007
Klageingänge	374	434	368
aus dem Vorjahr übernommen	<u>98</u>	<u>131</u>	<u>152</u>
Total hängig	472	565	520
unerledigt übertragen	131	152	111
erledigte Fälle	341	413	411
Sitzungen (inkl. Vorverfahren)	184	200	195

Die Fälle fanden folgende Erledigung

2005

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	Sonstige Erledigung	total
	Kläger g	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe Industrie etc.	1	15	0	16	24	18	8	66
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genuss- Mittel	2	18	4	24	28	14	4	70
3. Handel, Verw., kauf, Chemie etc.	2	22	9	33	64	25	17	139
4. Transport, Auto werke, Sicherheit	2	5	2	9	12	6	6	33
5. Körper,- Gesund heitspflege, Spital, ziehung	0	9	3	12	8	3	1	24
6. Medien, Theate Druck + Papier	0	1	0	1	5	2	1	9
Total	7	70	18	95	141	68	37	341

2006

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	Sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe Industrie etc.	1	26	1	28	25	14	4	71
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genuss- Mittel	2	15	6	23	28	8	2	61
3. Handel, Verw., kauf, Chemie etc.	2	51	9	62	75	32	3	172
4. Transport, Auto werke, Sicherheit	0	14	3	17	12	3	1	33
5. Körper,- Gesund heitspflege, Spital, ziehung	0	15	0	15	13	2	1	31
6. Medien, Theater Druck + Papier	0	3	0	3	41	1	0	45
Total	5	124	19	148	194	60	11	413

2007

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe Industrie etc.	2	15	3	20	39	20	7	86
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genuss- Mittel	3	22	9	34	34	21	12	101
3. Handel, Verw., kauf, Chemie etc.	4	31	9	44	69	24	5	142
4. Transport, Auto werke, Sicherheit	1	14	3	18	21	9	2	50
5. Körper,- Gesund heitspflege, Spital, ziehung	0	8	0	8	12	5	1	26
6. Medien, Theater Druck + Papier	0	4	0	4	2	0	0	6
Total	10	94	24	128	177	79	27	411

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT
BASEL-STADT**

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2008 BIS 2010

Vorsitz im Jahre 2008: lic. iur. A. Schmidlin und lic. iur. B. Lötscher

Vorsitz im Jahre 2009: lic. iur. B. Lötscher und Dr. H. Loehr

Vorsitz im Jahre 2010: Dr. H. Loehr und Dr. E. Braun

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, September 2011

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Einleitung.....	1
B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen.....	1
1. <u>Arbeitsvertrag (Art. 319 OR)</u>	
1.1. Öffentlich- oder privatrechtlicher Vertrag?	2
1.2. Auftrag oder Arbeitsvertrag?	
1.2.1. Arbeitsvertrag einer Beraterin.....	9
1.2.2. Auftrag einer Versicherungsvermittlerin.....	14
1.3 Arbeitsvertrag mit Minderjährigen: Stillschweigende Einwilligung.....	19
1.4. Simulierter Arbeitsvertrag?	22
1.5. Gutschein als Geschenk oder als Leistung aus Arbeitsvertrag?	24
2. <u>Weisungsrecht (Art. 321a OR)</u>	
Schikanöse Weisung?	
(siehe unter Ziffer 1.1., S. 2)	
3. <u>Überstunden (Art. 321c OR)</u>	
3.1. Schätzung der Überstunden: Voraussetzungen?	26
3.2. Stundenlohnberechnung nach L-GAV des Gastgewerbes	26
3.3. Abrede über Überstundenkompensation während Schwangerschaft	
(siehe unter Ziffer 16.1., S. 82)	

4.	Lohn (Art. 322 OR)	
4.1. + 4.2.	Bonus: Lohn oder Gratifikation?	31, 33
4.3.	Gewinnbeteiligung: Lohn oder Gratifikation?	37
5.	Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)	
5.1.	Ausreichendes Arbeitsangebot eines Taxifahrers	42
5.2.	Lohnfortzahlung bei Arbeitgeberverzug	45
5.3.	Stundenlohnvertrag: Angemessene Entschädigung während Kündigungsfrist (siehe unter Ziffer 13.1., S. 75)	
5.4.	Ferienkompensation bei doppelt so langer Freistellung (siehe unter Ziffern 1.1., S. 2 und 5.1., S. 42)	
6.	Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung (Art. 324a OR)	
6.1.	Temporärarbeitsvertrag: Einhaltung der Vorschriften eines AVE GAV.....	46
6.2.	Vorbestehende Leiden: Unzulässige Schlechterversicherung nach LMV Bauhauptgewerbe	47
6.3.	Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Missbräuchliche Geltendmachung	49
6.4.	Vertrauensärztliche Untersuchung: Folgen der unberechtigten Verweigerung	49
6.5.	Vertragsauslegung: Anspruch auf 720 Tage Lohnfortzahlung	51
7.	Lohnabtretung (Art. 325 OR) Abtretungsverbot als Verzichtverbot?	56

8.	Auslagen (Art. 327a OR)	
	Rückzahlungsvereinbarung bezüglich Weiterbildungskosten:	
	Anforderungen	58
9.	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 ff. OR)	
9.1.	Aufklärungspflicht bezüglich Verschlechterung der vermögens-	
	rechtlichen Lage	61
9.2.	Massnahmen zur Kostensenkung unter Wahrung der Arbeitnehmer-	
	interessen	66
10.	Ferien	
10.1.	Widerruf bewilligter Ferien (Art. 329c OR)	68
10.2.	Abrede über Ferienbezug während Schwangerschaft	
	(siehe unter Ziffer 16.1., S. 82)	
11.	Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)	
11.1	Sistierung eines Prozesses betreffend Zeugnisausstellung?	70
11.2.	Nachträgliche Korrektur eines Arbeitszeugnisses aufgrund der Verlet-	
	zung der Herausgabepflicht?	
	(siehe unter Ziffer 4.2., S. 33)	
12.	Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 f. OR)	
12.1.	Betriebsübernahme bei Restaurant-Neuverpachtung verneint	73
13.	Befristetes Arbeitsverhältnis (Art. 334 OR)	
13.1.	Arbeitsvertrag mit Maximalfrist und Kündigungsmöglichkeit	75
13.2.	Zulässige Befristung "bis längstens drei Monate"?	77

- 14. **Unbefristetes Arbeitsverhältnis (Art. 335 ff. OR)**
- 14.1. **Befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis?**
(siehe unter Ziffer 13.2., S. 77)
- 14.2. **Inhaltliche Anforderungen an Kündigung**
(siehe unter Ziffer 5.1., S. 42)
- 14.3. **Kündigung durch Einsatzbetrieb im Temporärarbeitsverhältnis79**
- 14.4. **Stundenlohnvertrag: Angemessene Entschädigung während
Kündigungsfrist**
(siehe unter Ziffer 13.1., S. 75)

- 15. **Massenentlassung (Art. 335d ff. OR)**
- 15.1. **Zulässige zeitliche Staffelung von Kündigungen?**
(siehe unter Ziffer 1.2.1., S. 9)

- 16. **Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)**
- 16.1. **Anspruch nach Treu und Glauben (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR).....82**
- 16.2. **Angemessene Entschädigung bei missbräuchlicher
Massenentlassung (Art. 336 Abs. 2 OR)**
(siehe unter Ziffer 1.2.1., S. 9)

- 17. **Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)**
- 17.1. **Eigenmächtiger Ferienbezug als wichtiger Grund? (Art. 337 OR)84**
- 17.2. **Erforderliche Verwarnung bei Arbeitsverweigerung (Art. 337 OR)**
(siehe unter Ziffer 1.3., S. 19)
- 17.3. **Nachschieben von Kündigungsgründen: Anforderungen? (Art. 337 OR).....90**
- 17.4. **Ungerechtfertigtes Verlassen der Arbeitsstelle (Art. 337d OR)?**
(siehe unter Ziffer 17.1., S. 84)

18.	Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)	
18.1.	Ausreichende Schriftlichkeit in Personalreglement (Art. 340 Abs. 1 OR)?	93
18.2.	Gültiges Konkurrenzverbot mit Nagelkosmetikerin? (Art. 340 OR).....	95
18.3.	Reduktion der Konventionalstrafe bei Verbotsverletzung (Art. 340a OR).....	98
18.4.	Analoge Anwendung von Art. 340a Abs. 1 und 340c Abs. 2 OR auf Rückzahlungsvereinbarungen bezüglich Weiterbildungskosten (siehe unter Ziffer 8., S. 58)	
19.	Unverzichtbarkeit (Art. 341 OR)	
19.1.	Abtretungsverbot (Art. 325 OR) als Verzichtsvorbot? (siehe unter Ziffer 7., S. 56)	
20.	Zivilrechtspflege (Art. 343 OR)	
20.1.	Zulässige Sistierung eines Verfahrens betreffend Ausstellung eines Arbeitszeugnisses? (siehe unter Ziffer 11.1., S. 70)	
20.2.	Zulässiges Urteil in der Sache trotz Beschränkung des Verfahrens auf die Zuständigkeitsfrage (siehe unter Ziffer 1.1., S. 2)	
20.3.	Zulassung rechtswidrig erlangter Beweismittel: Voraussetzungen? (siehe unter Ziffer 4.3., S. 37)	
21.	Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR)	
21.1.	Fristlose Auflösung bei drohendem Scheitern an Lehrabschluss- prüfung?	100

- 22. Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)**
- 22.1. Wegbedingung normativer Vorschriften eines GAV (Art. 357 Abs. 1 OR)?**
(siehe unter Ziffer 1.2.1., S. 9)
- 22.2. Günstigkeitsprinzip bezüglich Einzelabrede über volle Lohnfortzahlung statt Krankentaggeld zu 80% (Art. 357 Abs. 2 OR)**
(siehe unter Ziffer 6.5., S. 51)

Einzelne Gesamtarbeitsverträge

- 23.1. L-GAV des Gastgewerbes 98**
- 23.1.1 Arbeitszeitermittlung bei unkorrekter Arbeitszeitkontrolle
(Art. 21 L-GAV)
(siehe unter Ziffer 3.1. + 3.2., S. 26)
- 23.1.2. Zulässige Abweichung von der Arbeitszeit- und Ruhezeitkontrolle
(Art. 21 Abs. 2 L-GAV)?
(siehe unter Ziffer 17.1., S. 84)
- 23.1.3. Wäscheentschädigung für private Berufskleidung (Art. 30 L-GAV)
(siehe unter Ziffer 3.1. + 3.2., S. 26)
- 23.2. LMV für das Bauhauptgewerbe**
- 23.2.1. Unzulässige Schlechterversicherung vorbestehender Leiden
(Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV)
(siehe unter Ziffer 6.2., S. 47)
- 23.2.2. Günstigere Einzelabrede über volle Lohnfortzahlung statt Krankentaggeld zu 80%
(siehe unter Ziffer 6.5., S. 51)

23.3. GAV für die grafische Industrie 2005-2008

- 23.3.1. Vertrauensärztliche Untersuchung bei Missbrauchsverdacht (Art. 212 Abs. 3 GAV)
(siehe unter Ziffern 6.3. + 6.4., S. 49)
- 23.3.2. Vertrauensärztliche Untersuchung: Folgen der unberechtigten Verweigerung
(siehe unter Ziffern 6.3. + 6.4., S. 49)

Arbeitsvermittlungsgesetz

- 24.1. **Temporärarbeitsvertrag: Einhaltung der Vorschriften eines AVE GAV**
(siehe unter Ziffer 6.1., S. 46)
- 24.2. **Temporärarbeitsvertrag: Kündigungsfristen (Art. 19 AVG)**
(siehe unter Ziffer 13.1., S. 75)

Arbeitsgesetz

- 25.1. **Pausen als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 2 ArG)? 105**
- 25.2. **Zulässige Abrede über Überstundenkompensation und Ferienbezug während Schwangerschaft?**
(siehe unter Ziffer 16.1., S. 82)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2008-2010 109

A. Einleitung

In den Berichtsjahren 2008 bis 2010 wurden 373, 400 bzw. 385 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 121, 122 bzw. 144 durch Urteil. Die durch Vergleich, Rückzug der Klage oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2008 61,9%, im Jahre 2009 65,75% und im Jahre 2010 58,4%. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 109). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO im Jahre 2008 in zehn Fällen, im Jahre 2009 in fünf Fällen sowie im Jahre 2010 in acht Fällen Beschwerde an das Appellationsgericht Basel-Stadt erhoben, wovon im Jahre 2008 zwei Beschwerden und im Jahre 2009 eine Beschwerde teilweise gutgeheissen wurden. Im Jahre 2010 wurden zwei Beschwerden ganz gutgeheissen. Ferner wurde in den Berichtsjahren in zwei Fällen danach noch das Bundesgericht angerufen, das jedoch auf eine Beschwerde nicht eingetreten ist (BGE 4D_5/2010) und die andere Beschwerde (BGE 4A_343/2010, S. 105) abgewiesen hat, soweit es darauf eintrat.

B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts wurden, solange die baselstädtische Zivilprozessordnung in Kraft war, das heisst bis Ende 2010, gewöhnlich mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgte in der Regel nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben wurde. Im Folgenden werden die Urteilserwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts, des Appellationsgerichts Basel-Stadt sowie in einem Fall des Bundesgerichts (Ziffer 25.1., S. 105) wiedergegeben.

1. Arbeitsvertrag (Art. 319 OR)

- 1.1. Art. 319, 321a, 324 OR. Ob ein (Arbeits-)Vertrag öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, beurteilt sich vorab nach dem Gegenstand der durch ihn begründeten Rechte und Pflichten. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag hat direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt oder betrifft einen im öffentlichen Recht geregelten Gegenstand. Dient der Vertrag hingegen nur mittelbar der Verfolgung öffentlicher Interessen, so liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor. In casu war der Arbeitnehmer als Computerverantwortlicher beschäftigt, dessen Tätigkeit als solche keine öffentliche Aufgabe darstellte und allfälligen der von der Studentische Körperschaft Universität Basel als Arbeitgeberin selbst wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben nur indirekt diente, so dass das Arbeitsverhältnis privatrechtlicher Natur war. Als Ausfluss der arbeitsvertraglichen Treuepflicht hat ein Arbeitnehmer über die zum Pflichtenheft gehörenden Arbeiten auch zumutbare Ersatzarbeiten zu erfüllen. Deren Verweigerung bildet ebenfalls eine Arbeitsverweigerung. Die Weisung "alte Zeitungen zu sortieren" resp. Publikationen zur Archivierung nach Archivgesetz zu ordnen hatte einen klaren Nutzen für die Arbeitgeberin, war weder objektiv noch subjektiv für einen anwendungsorientiert arbeitenden Informatiker schikanös, umso mehr, als die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer wegen ungenügender Leistungen gekündigt hatte und ihr daher die weitere Annahme von Arbeit im bisherigen Bereich nicht zugemutet werden konnte. Bei Verweigerung zumutbarer Arbeit ist kein Lohn geschuldet. Bei einer Freistellung ist der Arbeitnehmer unter Vorbehalt der genügenden Ankündigungsfrist und der Anforderungen der Stellensuche gehalten, in der Freistellungszeit Ferien zu beziehen. Zumindest bei einer Freistellungszeit von doppeltem Umfang des Ferienanspruchs ist von dessen Kompensation auszugehen. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer nach einer Aufforderung zum Ferienbezug die Arbeit während knapp anderthalb Monaten nicht mehr antritt.

S. war seit 2006 bei der skuba, der Studentischen Körperschaft Universität Basel, teilzeitlich beschäftigt. Zu Beginn des Jahres 2009 zeigte sich die skuba mit den Leistungen von S. nicht mehr zufrieden. Schliesslich wurde ihm mit Schreiben vom 22. Juni 2009 per Ende September gekündigt. Dem bisher als Computerverantwortlichen beschäftigten Mitarbeiter wurden in der Folge neue Aufgaben zugewiesen, deren Erbringung er wiederholt und auch nach Abmahnung verweigerte. Daraufhin löste die Studentische Körperschaft Universität Basel das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20. Juli 2010 fristlos auf.

Mit Klage vom 9. September 2009 beantragte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der skuba zur Leistung des Betrages von insgesamt CHF 8'424.00 unter den Titeln Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, 13. Monatslohn und Ferienlohn. Nachdem ein anlässlich des Vorverfahrens vom 25. November 2009 abgeschlossener Vergleich von S. widerrufen worden war, wurden die Parteien in die

Hauptverhandlung vorgeladen. Mit Vorladung vom 17. Dezember 2009 wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Instruktionsrichterin das Verfahren mit Verfügung vom gleichen Tag "einstweilen auf die Frage der Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts beschränkt" habe. Gleichzeitig wurden die Parteien aufgefordert, innert Frist "alle zu dieser Frage noch nicht eingereichten Unterlagen einzureichen". Mit Urteil vom 8. Februar 2010 wurde die Klage abgewiesen.

Das Appellationsgericht wies eine von S. gegen dieses Urteil eingereichte Beschwerde am 2. September 2010 ab, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

„[...] 2.

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil materiell in der Sache entschieden habe, obwohl die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 17. Dezember 2009 das Verfahren einstweilen auf die Frage der Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts beschränkt habe. Er sieht darin einen Verfahrensfehler und eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Er habe davon ausgehen können, dass in der Verhandlung lediglich die Zuständigkeitsfrage beurteilt werde.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) räumt dem Betroffenen insbesondere das Recht ein, sich vor dem Entscheid zur Sache zu äussern und über den zu treffenden Entscheid so umfassend in Kenntnis gesetzt zu werden, dass er sich dazu äussern kann (vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008 S. 860 und STEINMANN, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 29 BV N 24 f.). Diese Rechte könnten beeinträchtigt werden, wenn eine angekündigte Beschränkung des Verfahrens auf die Sachurteilsvoraussetzungen anlässlich der Verhandlung über Bord geworfen und in der Sache entschieden wird. Das Vorgehen des Gewerblichen Schiedsgerichts erscheint deshalb problematisch. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers kann darin unter den gegebenen Umständen aber nicht gesehen werden. Auf einzelne aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitete Verfahrensrechte kann verzichtet werden (BGE 132 I 42 E. 3.3. 1 S. 45 f.; STEINMANN, a.a.O., Art. 29 BV N 21). Ein solcher Verzicht ist im vorliegenden Fall geben, wie sich aus den folgenden Erwägungen ergibt.

Das Gewerbliche Schiedsgericht bestreitet die belegte Verfahrensbeschränkung nicht. Es macht aber in seiner Vernehmlassung geltend, das Gericht habe den Parteien im Anschluss an die Verhandlung erneut vorgeschlagen, ihnen einen Vergleich zu unterbreiten. Der Beschwerdeführer habe dies abgelehnt und ein Urteil verlangt. Er habe in keiner Weise dagegen opponiert, dass das Gericht auch inhaltlich über seine Klage urteilt. In seiner Replik hält der Beschwerdeführer dem entgegen, dass das Gericht die Verhandlung kommentarlos und ohne Hinweis auf eine beabsichtigte materielle Erledigung der Sache eröffnet habe. Dies sei erst im Verlauf der Verhandlung und aufgrund der gestellten Fragen erkenntlich geworden. Damit gesteht der Beschwerdeführer ein, dass ihm im Verlauf der Verhandlung klar geworden ist, dass auch zur Sache verhandelt wird. Er

macht auch nicht geltend, was er konkret in der Sache anzusprechen oder zu belegen aufgrund der Vorladung mit der Verfahrensbeschränkung unterlassen hat. Vor diesem Hintergrund kann seine protokollierte und nicht in Abrede gestellte Aussage, wonach er die Vorlage eines erneuten Vergleichs mit den Worten, er wolle ein Urteil, abgelehnt hat, nicht anders verstanden werden, als dass er ein materielles Urteil gewünscht hat. Nachdem die ganze Streitsache mittlerweile liquid war, durfte und musste das Gericht das Urteil auch mit Blick auf das arbeitsvertragsrechtliche Gebot der Verfahrensbeschleunigung gemäss Art. 343 Abs. 2 OR unmittelbar im Anschluss an die Verhandlung auch in der Sache fällen.

3.

3.1 In der Sache beanstandet der Beschwerdeführer zunächst, dass die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis zu Unrecht als privatrechtlichen Arbeitsvertrag und nicht als öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis qualifiziert hat. Diese Haltung ist widersprüchlich. Das von ihm angerufene Gewerbliche Schiedsgericht ist zur Beurteilung öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse gar nicht zuständig (vgl. AGE vom 18. Dezember 1996 in BJM 1998 289 ff.).

3.2 Die Studentische Körperschaft Universität Basel („skuba“) ist gemäss § 21 Abs. 1 des Statuts der Universität Basel vom 12. Dezember 2007 (Universitätsstatut, SG 440.110) eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, deren Organisation sich nach jener eines privatrechtlichen Vereins gemäss Art. 60 ff. ZGB richtet. Aus diesem Status der Beschwerdegegnerin leitet der Beschwerdeführer die öffentlich-rechtliche Natur seines Anstellungsverhältnisses ab. Da der Vertrag nicht schriftlich abgefasst worden sei, habe er sich auf die Geltung des Personalreglements und des Universitätsstatus verlassen. Was sich aus diesen beiden Erlassen für die öffentlich-rechtliche Qualifikation seines Arbeitsvertrages aber ableiten lassen soll, ist nicht ersichtlich. Das neue Universitätsstatut ist erst nach Abschluss seines Vertrages ergangen und regelt die Natur der Anstellungsverhältnisse an der Universität nicht. Vielmehr wird die entsprechende Regelung des Universitätsrates vorbehalten (§ 7 Abs. 2 lit. d Universitätsstatut). Die Personalordnung der Universität Basel vom 19. Februar 2009 (Personalordnung, SG 441.100) sieht zwar den Grundsatz vor, dass Anstellungen mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag erfolgen, regelt davon aber auch Ausnahmen. Dieselbe Regelung kannten prinzipiell auch schon die auf den 26. April 2009 aufgehobene Personalordnung der Universität Basel vom 22. Oktober 1998 (§ 4) wie auch das alte Universitätsstatut vom 6. März 1996 (§ 23). Universitätsstatut und Personalordnung beziehen sich aber, wie ihrem Inhalt und ihrer Systematik entnommen werden kann, nicht direkt auf die Körperschaft der Studierenden, der seit jeher eigene Persönlichkeit zugekommen ist. Die Universitätsrekurskommission hat gestützt darauf in einem Entscheid vom 26. Juni 2002 erwogen, dass die Arbeitsverhältnisse der skuba mit ihren Angestellten privatrechtlicher Natur seien. Soweit der Beschwerdeführer in seiner Replik geltend macht, die Praxis der privatrechtlichen Anstellung von Mitarbeitern durch die Beschwerdegegnerin sei neu, kann ihm daher nicht gefolgt werden.

Ob ein Vertrag öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, beurteilt sich vorab nach dem Gegenstand der durch ihn begründeten Rechte und Pflichten. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag hat direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt oder betrifft einen im öffentlichen Recht geregelten Gegenstand. Dient der Vertrag hingegen nur mittelbar der Verfolgung öffentlicher Interessen, so liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor. Dies gilt etwa für Verträge, mit denen sich der Staat bloss die Hilfsmittel beschafft, derer er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf (vgl. BGE 134 II 297 E. 2.2 S. 301 und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1058), und für Dienstverhältnisse mit Angestellten, die anderen Funktionen, welche öffentliche Aufgaben wahrnehmen, administrativ zudienen (vgl. HAFNER, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: HELBLING/ POLEDNA, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 181 S. 203 f.). Der Beschwerdeführer war primär als Computerverantwortlicher beschäftigt. Diese Tätigkeit stellt als solche keine öffentliche Aufgabe dar und dient allfälligen von der Beschwerdegegnerin selbst wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben nur indirekt.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz das Arbeitsverhältnis der Parteien zu Recht als privatrechtlichen Arbeitsvertrag qualifiziert hat.

4.

In der Sache bestreitet der Beschwerdeführer, dass die Beschwerdegegnerin zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen sei.

4.1 Nach Art. 337 des Obligationenrechts (OR, SR 220) kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint, da vom Vertragspartner nicht mehr erwartet werden kann, das Arbeitsverhältnis mittels ordentlicher Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer dessen Ende abzuwarten. Sinn und Wesen der fristlosen Entlassung als ultima ratio setzen eine besonders schwere Pflichtverletzung voraus. Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen dieses Mittel nur im Wiederholungsfall und nach Abmahnung (vgl. BGer vom 9. September 1997 in Pra 1998 Nr. 41 266 E. 2a S. 267 f. mit weiteren Verweisen). Ob ein wichtiger Grund in diesem Sinne vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. auch BGE 129 III 380 E. 2 S. 382).

Wann ein wichtiger Grund für eine fristlose Vertragsauflösung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich nicht allgemein umschreiben. Immerhin hat sich für gewisse typische Situationen – so auch für den Fall der fehlenden Arbeitsleis-

tung – eine gefestigte Praxis gebildet. Nach Lehre und Rechtsprechung begründet das unentschuldigte Wegbleiben vom Arbeitsplatz dann einen wichtigen Grund, wenn die Arbeitsverweigerung beharrlich ist und ihr eine Verwarnung unter klarer Androhung der fristlosen Entlassung vorausgegangen ist. Die Voraussetzungen der Beharrlichkeit und der vorgängigen Verwarnung gelten allerdings nur bei einem Wegbleiben von kurzer Dauer. Bleibt ein Arbeitnehmer dagegen während mehrerer Tage der Arbeit fern oder ist der Absenz eine klare Aufforderung des Arbeitgebers vorausgegangen, am Arbeitsplatz anwesend zu sein, entfallen diese zusätzlichen Voraussetzungen (BGE 108 II 301 E. 3b S. 303; AGE BE.2009.995 vom 31. Mai 2010 E. 3.1).

4.2 Im vorliegenden Fall beschloss die Beschwerdegegnerin am 4. Mai 2009, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzulösen. In der Folge wurde eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses angestrebt. Nachdem eine solche nicht zu Stande gekommen war, kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22. Juni 2009 per 30. September 2009. Mit Schreiben vom 6. Juli 2009 teilte sie dem Beschwerdeführer mit, dass er nicht freigestellt werde und am Montag dem 13. Juli 2009 im eigenen Sekretariat erwartet werde. Nachdem er dieser Aufforderung nicht nachgekommen war, verlangte die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 14. Juli 2009 erneut die Erledigung von Arbeiten.

4.3 Der Beschwerdeführer bestreitet eine Arbeitsverweigerung zunächst mit der Behauptung, von der Beschwerdegegnerin mit der ursprünglich ordentlichen Kündigung per Ende September 2009 freigestellt worden zu sein. Eine solche Freistellung wird von der Beschwerdegegnerin bestritten. Es sei mit dem Beschwerdeführer vielmehr vereinbart worden, dass er zunächst zwei Wochen Ferien beziehe. Für die behauptete Freistellung wäre der Beschwerdeführer beweispflichtig. Diesen Beweis vermag er nicht zu erbringen. Er macht zwar geltend, dass ihm die Schlüssel abgenommen worden seien, was gemeinhin mit einer Freistellung einhergeht und den Arbeitnehmer regelmässig an der weiteren Erbringung der Arbeitsleistung hindert. Die Beschwerdegegnerin legt aber dar, dass die Schlüssel eingezogen worden seien, weil die Universität neue Schlösser eingebaut habe und die alten Schlüssel zu retournieren gewesen seien.

Nach vorangegangenen Gesprächen über die Bereinigung von bestehenden Differenzen der Parteien über die Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 22. Juni 2009 gekündigt. Obwohl aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Unterlagen – insbesondere einer E-Mail des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2009 - hervorgeht, dass dieser seine Freistellung gefordert hat, ist eine solche im Kündigungsschreiben nicht vorgesehen und wurde ihm entgegen seinem expliziten Wunsch auch nie bestätigt.

4.4 Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, mit der Verpflichtung zur Sortierung alter Zeitungen sei ihm eine völlig ausserhalb seiner Aufgabe liegende, schikanös angeordnete und völlig sinnlose Arbeit auferlegt worden. Er sei ausschliesslich als Computer-

spezialist angestellt worden. Die Verweigerung der von ihm verlangten Arbeit könne daher keine fristlose Kündigung begründen.

Das Gewerbliche Schiedsgericht erwog dazu in seiner Vernehmlassung, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer nach erfolgter ordentlicher Kündigung per Ende September 2009 mit Schreiben vom 6. Juli 2009 auf seine Pflicht zur Arbeitsleistung aufmerksam gemacht und ihn gebeten habe, am 13. Juli 2009 für Arbeiten im Archiv zur Arbeit zu erscheinen. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag habe nicht bestanden.

Wie von der Vorinstanz festgestellt, fehlt ein schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen den Parteien. Von der Beschwerdegegnerin wird auch zugestanden, dass der Beschwerdeführer nie andere Arbeit als spezifische Computertätigkeiten ausgeführt hat. Sie bestreitet aber, dass dies der vertraglichen Vereinbarung entsprochen hätte. Vielmehr habe sich der Beschwerdeführer immer geweigert, das Sekretariat auch in anderen Arbeiten zu unterstützen. Immerhin ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer in einem eigenen Besprechungsprotokoll als Computerverantwortlichen bezeichnet und sein Aufgabengebiet im Arbeitszeugnis ausschliesslich mit computerbezogenen Tätigkeiten umschreibt. Ob vor diesem Hintergrund tatsächlich davon ausgegangen werden kann, dass die verlangten Arbeitsleistungen zum ursprünglich vereinbarten Arbeitsumfang gehören, kann offen bleiben. Offen bleiben kann daher auch, ob die Beschwerdegegnerin im Mitarbeitergespräch vom 21. Januar 2009 berechtigt gewesen ist, „Mitarbeit im skuba-Seki, Vorstandsteam“ zum Aufgabenbereich des Beschwerdeführers zu erklären.

Der Arbeitnehmer hat die Weisungen der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben zu befolgen, soweit die geforderte Handlung durch die Arbeits- und Treuepflicht gedeckt, dem Arbeitnehmer nach Art und Inhalt der Arbeitspflicht zumutbar und nicht schikanös ist. Als Konkretisierung des Arbeitsvertrages müssen sich die Weisungen im Rahmen des Vereinbarten halten. Die Arbeitgeberin ist bei der Bestimmung von Inhalt, Zeit und Ort der Arbeit an die Vereinbarungen des Arbeitsvertrages gebunden (vgl. GEISER, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arbeitsrecht, AJP 2010 120 S. 121). Als Ausfluss der arbeitsvertraglichen Treuepflicht hat ein Arbeitnehmer aber über die zum Pflichtenheft gehörenden Arbeiten auch zumutbare Ersatzarbeiten zu erfüllen. Deren Verweigerung bildet ebenfalls eine Arbeitsverweigerung (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 337 OR N 5d S. 740).

4.5 Die Beschwerdegegnerin verlangte vom Beschwerdeführer, „alte Zeitungen zu sortieren“ (so der Beschwerdeführer) resp. Publikationen der skuba für ihre Archivierung nach Archivgesetz zu ordnen (so die Beschwerdegegnerin). Diese Arbeit hat ohne Zweifel einen klaren Nutzen für die Arbeitgeberin und bildet eine Aufgabe, die sie selber zu erfüllen hat. Sie erscheint daher objektiv nicht schikanös. Schikanös ist sie aber auch in subjektiver Hinsicht nicht, bildet diese ordnende Arbeit doch eine Aufgabe, die für einen anwendungsorientiert arbeitenden Informatiker weder ihrer Art noch ihrem Niveau nach

als unangebracht angesehen werden könnte. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdegegnerin die Kündigung wegen ungenügender Leistungen in der vertraglichen Kernaufgabe ausgesprochen hat, sodass ihr die weitere Annahme von Arbeit in diesem Bereich nicht zugemutet werden konnte. Die vom Beschwerdeführer in seiner Replik erhobene Behauptung, dass es andere Tätigkeiten gegeben hätte, welche zumutbarer gewesen wären und seiner bisherigen Tätigkeit eher entsprochen hätten, ist neu und verspätet. Insbesondere gibt es keinerlei Anhaltspunkte, dass er der Beschwerdegegnerin jemals die Leistung solcher Arbeiten angeboten hätte. Der Beschwerdeführer macht daher zu Unrecht geltend, dass die oben erwähnte Arbeit völlig schikanös „in Mobbingmanier“ angeordnet worden sei.

4.6 Unbestritten ist schliesslich, dass der Beschwerdeführer die erwähnten Arbeiten wiederholt und nach erfolgter Abmahnung mit Kündigungsandrohung verweigert hat. Die Beschwerdegegnerin war daher nach dem Gesagten zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt.

5.

Des Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, die ordentliche Kündigung sei ohne Angabe der wirklichen Gründe erfolgt und daher missbräuchlich. Die Angabe von Gründen ist für die Gültigkeit einer Kündigung nicht erforderlich. Die kündigende Partei muss die Kündigung aber schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR). Dieser Obliegenheit ist die Beschwerdegegnerin mit ihrem Schreiben vom 6. Juli 2009 nachgekommen, mit dem sie dem Beschwerdeführer mitgeteilt hat, die Begründung liege „in dauerhafter suboptimaler Arbeitsleistung“. Diese Begründung korrespondiert mit den zuvor protokollierten Mitarbeitergesprächen und Vorstandssitzungen.

6.

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, dass seine Ansprüche auf Lohn, Ferien und 13. Monatslohn nicht berücksichtigt worden seien. Diese Rüge und die einzelnen Ansprüche werden nicht weiter begründet. Auch in der Replik nimmt der Beschwerdeführer zu den diesbezüglichen Ausführungen in den Vernehmlassungen keine Stellung. Es fragt sich daher, ob er damit seinen Rügeobliegenheiten überhaupt nachkommt. Diese Frage kann offen bleiben und es kann auf die einlässliche Begründung in der Vernehmlassung des Gewerblichen Schiedsgerichts verwiesen werden. Auf den geltend gemachten Lohn für die Zeit vom 1. bis zum 20. Juli 2009 hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch, weil er in dieser Zeit die Leistung von Arbeit verweigerte. In der Folge war das Arbeitsverhältnis aufgrund der gerechtfertigten fristlosen Entlassung beendet, sodass auch keine Lohnansprüche mehr entstehen konnten. Auf einen 13. Monatslohn hat er keinen Anspruch, weil ein solcher nicht vereinbart und in der Vergangenheit auch nie geleistet wurde. Mit Bezug auf den geltend gemachten Ferienlohn führt das Gewerbliche Schiedsgericht aus, der Beschwerdeführer habe noch über einen Ferienanspruch von 9 1/3 Tage verfügt. Er habe aber seit dem 18. Mai 2009 bis Ende Juni trotz Lohnbezug

nie mehr gearbeitet. Er habe sich daher jedenfalls den Monat Juni auf seinen Ferienlohn anrechnen lassen müssen.

Dieser Auffassung ist zu folgen. Selbst bei einer Freistellung ist der Arbeitnehmer unter Vorbehalt der genügenden Ankündigungsfrist und der Anforderungen der Stellensuche gehalten, in der Freistellungszeit Ferien zu beziehen. Zumindest bei einer Freistellungszeit von doppeltem Umfang des Ferienanspruchs ist von einer Kompensation auszugehen (AGE 956/2006 vom 7. Dezember 2006 E. 4.6; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 324 OR N 13 S. 268). Gleiches muss auch dann gelten, wenn der Arbeitnehmer nach einer Aufforderung zum Ferienbezug die Arbeit während knapp anderthalb Monaten nicht mehr antritt. [...]“

(AGE vom 2.9.2010 in Sachen S. gegen skuba; VerfNr. BE 2010.16; GS 2009.384)

1.2. Auftrag oder Arbeitsvertrag?

1.2.1. Art. 319, 335d, 335g Abs. 1, 336 Abs. 2, 336a, 336 b OR. Eine Beraterin, die die ihr aufgetragene Betreuung eines Kunden oder eines Projektes aus wichtigem Grund mit einer Frist von drei Tagen kündigen konnte, in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit grundsätzlich frei und auch nicht an einen festen Arbeitsort gebunden war, arbeitete nicht in einem Arbeitsverhältnis. Daran änderte auch ihre Pflicht zum detaillierten Zeitaufweis, die Möglichkeit, bei Bedarf für die Erledigung der Beratungsaufträge das erforderliche EDV-Equipment kostenlos beim Unternehmen, für das sie arbeitete, auszuleihen sowie die Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nichts. Die zeitliche Staffelung von Kündigungen ist eine Umgehung der Vorschriften über die Massenentlassung, wenn die Arbeitgeberin damit keine arbeitsmarktpolitischen Ziele verfolgt. Dies war der Fall, als eine Arbeitgeberin, obwohl sie wusste, dass sie einem Arbeitnehmer wie auch anderen Mitarbeitern kündigen würde, mit dieser Kündigung zuwartete, um damit nicht in die 30tägige Frist zu fallen. Solange eine Arbeitgeberin bei einer Massenentlassung die Anzeige beim kantonalen Arbeitsamt unterlässt, kann die dadurch ausgelöste 30tägige gesetzliche Kündigungsfrist nicht beginnen mit der Konsequenz, dass dem Gekündigten die Möglichkeit, gegen eine missbräuchliche Kündigung Einsprache zu erheben und danach auf Entschädigung zu klagen, erhalten bleibt. Zuspreehung eines Monatslohns als Entschädigung des gekündigten Arbeitnehmers bei einer missbräuchlichen Massenentlassung.

H. trat am 1. Januar 2009 als Projektleiter Vertrieb und Key Account Manager bei der I. AG ein. Als Salär war ein Monatslohn von CHF 4'675.00 brutto zuzüglich 13. Monatslohn sowie eine feste Prämie für das Jahr 2009 von CHF 15'000.00 vereinbart. Bereits im Jahr 2008 stellte die Arbeitgeberin fest, dass sie wirtschaftliche Schwierigkeiten hatte. Anfangs 2009 verstärkten sich

diese Schwierigkeiten. In einer Geschäftsleitungssitzung im März 2009 beschloss sie daher Sparmassnahmen einzuleiten. In einer Geschäftsleitungssitzung im April 2009 beschloss sie, verschiedenen Mitarbeitern zu kündigen. Am 14. Mai 2009 kündigte sie acht Mitarbeitern und am 26. Mai 2009 dem Arbeitnehmer H.. Dem Mitarbeiter R. wurden diese Kündigungen bekannt und er rief im Mai 2009 den Geschäftsführer G. an und fragte ihn wegen seiner Zukunft. Dieser Mitarbeiter hatte einen unbefristeten Praktikumsvertrag. Er sollte im August seine Prüfungen ablegen. Falls er die Prüfungen erfolgreich bestehen sollte, war die Arbeitgeberin gemäss Arbeitsvertrag bereit, mit ihm einen Beratungsvertrag einzugehen. Beim betreffenden Telefongespräch erläuterte die I. AG dem Arbeitnehmer R., dass sein Arbeitsverhältnis am Ende seines Studiums nicht in ein reguläres Arbeitsverhältnis überführt werden könne. Der Mitarbeiter R. gab auf Zeugenbefragung an, dass ihm damals die Kündigung angekündigt worden sei. Gleichzeitig sprach er jedoch auch davon, dass die Arbeitgeberin damals bereits gekündigt habe. Eine schriftliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses erfolgte jedoch erst am 2. Juli 2009. Ferner kündigte die Arbeitgeberin zwei Mitarbeiterinnen, die sie in einem "Beratungsvertrag" angestellt hatte.

Mit Klage vom 12. April 2010 verlangte H. die Verurteilung der I. AG unter anderem zur Zahlung von CHF 13'650.00 als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR. Der Kläger machte geltend, die Beklagte habe die Vorschriften über die Massenentlassung nicht eingehalten. Daher habe das Arbeitsverhältnis noch nicht geendet. Wegen Nichteinhaltung der Massenentlassungsvorschriften verlange er eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von zwei Monatslöhnen. Die Beklagte berief sich darauf, dass die Vorschriften über die Massenentlassung nicht zur Anwendung gelangten, weil sie nur neun Mitarbeitern in einem Zeitraum von 30 Tagen gekündigt habe. Zudem habe H. weder eine Einsprache gegen die Kündigung erhoben noch seine Klage in 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende August eingereicht. Das Gewerbliche Schiedsgericht verurteilte am 20. Dezember 2010 die I. AG zur Zahlung eines Monatslohnes von CHF 6'314.60 netto als Entschädigung nach Art. 336a OR, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Nach Art. 335d OR gelten als Massenentlassung Kündigungen, die eine Arbeitgeberin innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und von denen mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben betroffen werden, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen. Beabsichtigt die Arbeitgeberin, eine Massenentlassung vorzunehmen, so hat sie die Arbeitnehmervertretung oder, falls eine solche fehlt, die Arbeitnehmer zu konsultieren (Art. 335f Abs. 1 OR). Sie gibt ihnen mindestens die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder ihre Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Abs. 2). Sie muss der Arbeitnehmervertretung

bzw. den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich Folgendes mitteilen: Die Gründe der Massentlassung, die Zahl der Angestellten, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Dabei stellt sie dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie dieser Mitteilung zu (Absätze 2 und 3). Nach Art. 335g Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin dem kantonalen Arbeitsamt jede beabsichtigte Massentlassung schriftlich anzuzeigen und der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern eine Kopie dieser Anzeige zuzustellen. Diese Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation Arbeitnehmervertretung und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massentlassung enthalten (Abs. 2). Falls ein Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massentlassung gekündigt worden ist, so endet es 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird (Abs. 4).

2. Nach Art. 336 Abs. 2 OR ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber missbräuchlich, wenn sie im Rahmen einer Massentlassung ausgesprochen wird, ohne dass die Arbeitnehmervertretung bzw. die Arbeitnehmer konsultiert wurden. Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, die vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt wird, aber im Falle einer missbräuchlichen Massentlassung den Betrag nicht übersteigen darf, der dem Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate entspricht (Art. 336a OR). Wer eine solche Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei schriftlich Einsprache erheben. Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt wurde, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Falls sie innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vor Gericht klagt, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b OR).

3a. Die Arbeitgeberin I. AG hat Sitz in Basel und beschäftigt von hier aus ca. 40 Personen. Als Massentlassung gelten damit Kündigungen, die die I. AG gegenüber mindestens 10 Mitarbeitern in einem Zeitraum von 30 Tagen ausspricht. Vorliegend stand fest, dass die Beklagte acht Kündigungen am 14. Mai 2009 sowie eine am 26. Mai 2009 vornahm. Strittig waren drei weitere Kündigungen. Zwei davon erfolgten am 20. Mai 2009, eine weitere am 2. Juli 2009. Bezüglich der ersten zwei Kündigungen war zu untersuchen, ob es sich damals um die Kündigungen von Arbeitsverträgen handelte. Entscheidend fürs Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist die persönliche, betriebliche und wirtschaftliche Subordination, das heisst das Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers von der Arbeitgeberin. Abzuklären war, ob die arbeitende Person in eine fremde Arbeitsorganisa-

tion eingegliedert ist, weisungsgebunden und für einen Lebensunterhalt auf einen arbeitsvertraglichen Lohn angewiesen ist. Hinweise darauf sind ein zugewiesener Arbeitsplatz in den Räumlichkeiten des Vertragspartners, vorgeschriebene Arbeitszeiten, Ausrüstung mit Arbeitsgeräten und Material des Vertragspartners, die Pflicht zum Empfang und zur Befolgung von Weisungen und Instruktionen, die den Gang und die Gestaltung der Arbeit unmittelbar beeinflussen, eine umfassende Rechenschaftspflicht sowie die Kontrolle durch den Vertragspartner. Hinweise auf ein Arbeitsverhältnis geben auch die Vereinbarung von Ferien.

3b. Die Arbeitsverträge mit den beiden fraglichen Mitarbeiterinnen waren mit "Beratungsvertrag" überschrieben, was jedoch nach Art. 18 OR für deren Inhalt und Bewertung nicht entscheidend war. Vereinbart wurde zwischen den Parteien, dass die Beraterin die Betreuung eines angenommenen Kunden, eines Projektes oder einer Einzelanfrage aus wichtigem Grund mit einer Frist von drei Tagen kündigen könne. Die Beraterin war in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit grundsätzlich frei, musste jedoch die in der Kundenberatung übliche Rücksicht auf Kundenbedürfnisse und die Einhaltung von Fristen und Terminen nehmen. Die Beraterin war zudem nicht an einen festen Arbeitsort gebunden, sondern entschied frei darüber, wo bzw. von wo aus sie die Beratung durchführte, insbesondere ob sie in einem eigenen Büro, im Büro der Arbeitgeberin in Berlin oder an anderen Standorten oder vor Ort beim Kunden ihre Beratungen durchführte. Sie verpflichtete sich jedoch dazu, sich bei der Auswahl des Tätigkeitsortes von sachdienlichen Kriterien leiten lassen. Zudem war vorgesehen, dass die Beraterin für ihr Honorar, das in Euro zu bestimmten Beträgen festgelegt war, sowie für die Kommunikationspauschale für Laptop und Mobiltelefon der I. AG monatlich Rechnung stellte.

Alle diese Merkmale sprachen dafür, dass es sich vorliegend nicht um Arbeitsverhältnisse handelte. Hinweise auf Arbeitsverträge gaben hingegen der Zeittabelle über die Beratungsstunden und Beratungstage einschliesslich der Zeit für Sonderaufgaben und Projekte, die die Beraterin in einer Zeittabelle mit Angabe von Kunden, Gegenstand der Tätigkeit, Datum und aufgewendete Zeit zu erfassen hatte. Ferner war vorgesehen, dass die Beraterin auf Anfrage und bei Bedarf für die Erledigung der Beratungsaufträge das erforderliche EDV-Equipment inkl. Präsentationstechnik kostenlos leihweise zur Verfügung gestellt erhalten. Ausserdem wurde mit der Beraterin eine Konkurrenzklausel vereinbart. Die Beraterin verpflichtete sich, während und nach Ablauf des Vertrages keine Kunden der I. AG auf eigene Rechnung zu beraten und während der Laufzeit des Vertrages nicht für Organisationen tätig zu sein, welche vergleichbar mit der I. AG kleine und mittelständische Betriebe beraten. Eine solche Konkurrenzklausel war allerdings sowohl mit einem Arbeitsvertrag als auch mit einem Auftrag vereinbar. Insgesamt wurde davon ausgegangen, dass die Elemente, die für eine Qualifikation der beiden Beraterverträge als Aufträge sprachen, stärker zu gewichten wa-

ren. Damit fielen die Kündigungen der beiden Verträge für die Frage, ob eine Massentlassung vorlag, ausser Betracht.

4a. Zu untersuchen blieb damit die Kündigung betreffend den Mitarbeiter R.. Die Arbeitgeberin sprach diese Kündigung am 2. Juli 2009 und damit ausserhalb der 30 Tage gemäss Art. 335d OR aus, die am 14. Mai 2009 begonnen hatten. Auf die Frage, wann die Beklagte sich zu dieser Kündigung entschlossen habe, gab sie in der Hauptverhandlung an, der Beschluss Herrn R. zu kündigen, sei erst nach Aussprache der ersten neun Kündigungen gefallen. Es stand fest, dass R. die Beklagte, nachdem die ersten acht Kündigungen bekannt geworden waren, noch im Mai auf seine berufliche Zukunft bei der I. AG ansprach. Er bekam damals zur Antwort, dass sein laufender Arbeitsvertrag nicht in einen Juniorberatervertrag werde umgewandelt werden können. R. gab als Zeuge an, dass ihm damals die Kündigung angekündigt worden bzw. diese bereits ausgesprochen worden sei. Anlässlich der Hauptverhandlung räumte die Beklagte ein, dass sie R. erst später gekündigt habe, um nicht unter die Vorschriften über die Massentlassung zu fallen. Man habe sich vorgängig juristisch beraten lassen. Als Grund für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit R. gab sie an, man habe den Praktikumsvertrag einhalten wollen. Gleichzeitig räumte sie jedoch ein, dass R. sie am 5. Juni 2009 telefonisch um Kündigung des Arbeitsverhältnisses gebeten habe, was sie abgelehnt habe. Als Grund dafür gab sie wiederum an, sie habe den Arbeitsvertrag einhalten wollen. Auffällig war, dass die Beklagte jedoch am 2. Juli 2009 das Arbeitsverhältnis dennoch auf den 31. August 2009 kündigte. Da der Mitarbeiter R. lediglich ein Einkommen von Euro 800.00 pro Monat hatte, konnte durch dessen Kündigung kein besonderer Spareffekt verbunden gewesen sein. Vielmehr wollte die Beklagte offensichtlich die Vorschriften der Massentlassung nicht zur Anwendung bringen müssen.

4b. Es ist durchaus zulässig, dass ein Arbeitgeber Kündigungen gestaffelt ausspricht, um die Anforderungen des Massentlassungsverfahrens nicht erfüllen zu müssen. Eine solche Staffelung ist grundsätzlich zulässig und mit Rücksicht auf die Belastung des lokalen Arbeitsmarktes auch erwünscht. Vorbehalten bleiben aber Gesetzesumgehungen. Eine solche liegt vor, wenn die Arbeitgeberin, die „eine Staffelung ohne betrieblichen Sinn oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzung nur deshalb vornimmt, um nicht unter die Vorschriften über die Massentlassung zu fallen“. In diesem Fall hat sie mit der Anwendung der Massentlassungsvorschriften zu rechnen (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 335d OR N 9). Der letzte Fall war vorliegend gegeben. Die Kündigung des Mitarbeiters R. erfolgte lediglich am 2. Juli, um die Massentlassungsvorschriften nicht einhalten zu müssen. Es ergab sich bereits aus dem Telefongespräch im Mai 2009, dass die Beklagte nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses des Mitarbeiters R. bereit war. Mit der Kündigung gegenüber dem Mitarbeiter R. war auch kein Kostenfaktor verbunden, der für die Gesundheit der

Firma in Betracht fallen konnte. Zudem verfolgte die Arbeitgeberin auch keine arbeitsmarktpolitischen Ziele, indem sie die Kündigung erst im Juli 2009 aussprach. Damit hätte sie die Vorschriften über die Massenentlassung einhalten müssen.

Dies bedeutete, dass das Arbeitsverhältnis mit H. zwar gekündigt war, aber aufgrund der fehlenden Konsultation der Angestellten und insbesondere der fehlenden Anzeige an das Arbeitsamt noch nicht als beendet angesehen werden konnte. Damit war die Frist für den Kläger, nach Art. 336e OR Einsprache zu erheben sowie innert 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht auf diese Entschädigung zu klagen, nicht abgelaufen. Mit der Klage hat H. zum Ausdruck gebracht, dass er mit dieser Kündigung nicht einverstanden war. Im Verlaufe des Verfahrens hat er auch gegenüber der Arbeitgeberin seine Bereitschaft, die Arbeit wieder aufzunehmen erklärt. Die Arbeitgeberin hat darauf nicht reagiert. Daraufhin stand ihm der Weg frei, die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in Folge Nichtkonsultation der Mitarbeiter gemäss Art. 335f OR einzuklagen. Die Entschädigung wurde bei einem Maximum von zwei Monatslöhnen auf einen Monatslohn festgesetzt. Berücksichtigt wurde dabei auch, dass das Arbeitsverhältnis bloss neun Monate gedauert hat. Andererseits hat die Beklagte durch ihr Verhalten klar zum Ausdruck gegeben, dass sie zwingende gesetzliche Vorschriften zu umgehen versuchte, was verwerflich ist. Zur Berechnung des Urteilsbetrages wurde auf den Lohn von CHF 4'675.00 zuzüglich 13. Monatslohn abgestellt. Zudem wurde die anteilmässige Prämie für einen Monat, ausgehend von CHF 15'000.00 pro Jahr, hinzugerechnet.

(GSGE vom 20.12.2010 in Sachen von H. gegen I. AG; GS 2010.119)

1.2.2. Art. 319 OR. Abgrenzung Arbeitsvertrag von Auftrag. Bei einer Vermittlerin für Versicherungsverträge wurde aufgrund der fehlenden Vorgaben bezüglich Arbeitszeit, -umfang und -ort, der selbständigen Tätigkeit der Vermittlerin mit eigener Infrastruktur, ihrer Freiheit, auch für Dritte der gleichen Branche und mit eigenen Mitarbeitenden tätig zu sein, ihrer fehlenden Eingliederung in die Organisation der Versicherung und ihrer nur sehr losen Überwachung und Anleitung vom Vorliegen eines Auftrages ausgegangen.

Auf der Grundlage eines schriftlichen „Zusammenarbeitsvertrags“ hatte D. seit März 2005 für die A. SA individuelle und kollektive Versicherungsverträge vermittelt. Diese Zusammenarbeit wurde von der A. SA mit Schreiben vom 7. August 2008 mit sofortiger Wirkung beendet. Mit Klage an das Gewerbliche Schiedsgericht vom 28. Oktober 2008 verlangte D. unter Vorbehalt einer Mehrforderung die Verurteilung der A. SA zur Zahlung von CHF 29'515.40 (Provisionsforderungen im Betrag von CHF 22'157.65 infolge fristloser Entlassung und die Rückerstattung von Depots im Betrag von CHF 7'357.75) und zur Ausstel-

lung eines Arbeitszeugnisses. Die Beklagte bestritt die Forderung mit der Begründung, beim aufgelösten Vertragsverhältnis habe es sich nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um ein Auftragsverhältnis gehandelt. In der Verhandlung vom 8. Dezember 2008 trat das Gewerbliche Schiedsgericht auf die Klage nicht ein.

Das Appellationsgericht wies am 3. Juni 2009 eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.2** Der Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR unterscheidet sich vom einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR namentlich durch die rechtliche Subordination der Arbeit leistenden Person als betriebliche, persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit von der Person, für welche die Arbeit geleistet wird (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 319 OR N 27; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 319 OR N 42 ff., 49 ff.; STREIFF/VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 319 OR N 6 ff.; WOLFGANG S. HARDER, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, 2. Auflage 2002, S. 83 ff.; BGer 553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.1, 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4 m.w.H). Diese Subordination kann sich einerseits in der Integration der Arbeit verrichtenden Person in eine fremde Arbeitsorganisation zeigen, etwa durch die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, die Verfügbarkeit eines Arbeitsplatzes in den Räumlichkeiten des Vertragspartners, vorgeschriebene Arbeitszeiten oder die Ausstattung mit Arbeitsgeräten und Material durch den Vertragspartner (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage 2007, N 18; BGer 4A_562/2008 vom 30. Januar 2009 E. 3.2.3; AGE 989/2005 vom 27. Oktober 2005). Charakterisierend für ein Subordinationsverhältnis und damit für einen Arbeitsvertrag ist andererseits die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers, welche in der Pflicht zum Empfang und zur Befolgung von Weisungen und Instruktionen von bestimmten Vorgesetzten, die den Gang und die Gestaltung der Arbeit unmittelbar beeinflussen, in der Einbettung in eine hierarchische Struktur, in einer umfassenden Rechenschaftspflicht und in der Kontrolle durch den Vertragspartner zum Ausdruck kommen kann. Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass auch im Rahmen eines Auftrags Weisungen zu befolgen sind. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsabhängigkeit an (BGer 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.2; SIMON GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen 2002, S. 125 ff.; HARDER, a.a.O., S. 88 f.; BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.3.1). Von geringerer Bedeutung zur Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag ist demgegenüber die öffentlichrechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses durch Sozialversicherungsträger und Steuerbehörden als selbständige oder unselbständige Tätigkeit (AGE 921/2000 vom 21. Juni 2000; 990/1999 vom 27. September 1999). Nicht massgebend ist die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses durch die Parteien selbst (Art. 18 Abs. 1 OR). Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechts unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag (Art. 394 Abs. 2 OR).

3.

3.1 Im Zusammenarbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 4./15. März 2006 wird die Beschwerdeführerin als „Vermittlerin“ bezeichnet und dazu „ermächtigt“, für die von der Beschwerdegegnerin verwalteten Lebensversicherer kollektive und Einzelversicherungsverträge zu vermitteln. Im Einzelnen regelt der Vertrag die Tätigkeit der Beschwerdeführerin wie folgt: „Der Vermittler übt diese Tätigkeit selbständig aus und kann für andere Versicherungsgesellschaften tätig sein, sofern er den vorerwähnten Gesellschaften nicht schadet“ (Art. 1 Abs. 3). „Der Vermittler ist der A. gegenüber zu guter und treuer Ausführung des Vertrags verpflichtet. Er verpflichtet sich, den Vertrag sowie die Verkaufsbestimmungen und -richtlinien der A. einzuhalten“ (Art. 4 Ziff. 1). „Grundsätzlich hat der Vermittler das Recht, die Rechte und Pflichten des vorliegenden Vertrags durch Mitarbeiter, mit denen er einen Arbeitsvertrag hat und die über die nötigen Kenntnisse und Kompetenzen verfügen, ausführen zu lassen“ (Art. 4 Ziff. 4). „Damit der Vermittler seine Tätigkeit erfolgreich ausüben kann, stellt ihm die A. die zur Akquisition neuer Versicherter nützlichen Unterlagen und Mittel zur Verfügung (Akkreditierungskarte als Vermittler der A., Tarife, Anträge, Versicherungsbedingungen, EDV-Hilfsmittel usw.)“ (Art. 7 Ziff. 1). „Der Vermittler hat Anrecht auf eine Akquisitionsprovision für Verträge, die er vermittelt hat [...]. Diese Provision deckt die Gesamtansprüche, inklusive Spesen und Auslagen, des Vermittlers ab“ (Art. 8 Ziff. 1). Die Beschwerdegegnerin vergütete der Beschwerdeführerin die erwirtschafteten Provisionen nach einem Abzug von 5,05 % für AHV/IV und 1 % für ALV [...]. Zur Beendigung der Zusammenarbeit hält der Vertrag fest: „Die A. und der Vermittler haben das Recht, den Zusammenarbeitsvertrag jederzeit und ohne Vorbescheid oder Angaben eines Grundes zu kündigen“ (Art. 12 Ziff. 3). Als ausschliesslicher Gerichtsstand wird M. vereinbart (Art. 15).

3.2 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin ihre Arbeit zu Hause und mit Besuchen bei Kunden verrichtete und ihr kein Büro bei der Beschwerdegegnerin zur Verfügung stand. Nur bei ihrer kurzzeitigen Beschäftigung an Promotionsständen der Beklagten war sie ausnahmsweise bezüglich ihres Arbeitsortes und ihrer Arbeitszeit organisatorisch in den Betrieb der Beschwerdegegnerin integriert. In der Regel war sie jedoch sowohl in Bezug auf den Ort als auch bezüglich der Zeit ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin völlig frei. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, sind dies zwar Hinweise auf eine auftragsrechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses, sprechen jedoch für sich allein nicht zwingend gegen ein Arbeitsverhältnis (vgl. auch BGer 276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.4.1). Darüber hinaus waren der Beschwerdeführerin jedoch weder ein bestimmtes Arbeitsvolumen noch eine bestimmte Arbeitsdauer vorgeschrieben. Es stand zudem in ihrem Belieben, zur Ausführung der Arbeit eigene Mitarbeiter anzustellen. Der Einsatz von Hilfspersonen ist im Auftragsverhältnis üblich, im Arbeitsverhältnis dagegen die Ausnahme (Art. 398 f., 321 OR). Über Umfang und Zeitpunkt ihrer Ferien konnte die Beschwerdeführerin frei bestimmen, ohne Bewilligung, Absprache oder auch nur Mitteilung an die Beschwerdegegnerin. Ausserdem war sie ausdrücklich befugt, auch für andere Versicherungsgesellschaften tätig zu sein. Es bestand somit keine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beschwerdegegnerin, wie sie für einen

Arbeitsvertrag typisch wäre (vgl. BGer 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.2). Bei der zu Hause ausgeführten Arbeit benutzte die Beschwerdeführerin nach den Erkenntnissen der Vorinstanz ihre eigene Infrastruktur (Computer, Drucker, Telefon und Fax). Lediglich die für die Akquisition neuer Kunden notwendigen Unterlagen wie Akkreditierungskarte, Tarife, Anträge, Versicherungsbedingungen und gewisse EDV-Hilfsmittel wurden ihr von der Beschwerdegegnerin gestellt. Auch dies spricht für eine selbständige Tätigkeit. Schliesslich ist die vereinbarte jederzeitige Kündbarkeit ohne Angabe eines Grundes (und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist) sowie die Vereinbarung des Gerichtsstandes M. zwar bei einem Auftragsverhältnis, nicht aber bei einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zulässig (vgl. Art. 335 Abs. 2, 335a, 337 OR; Art. 21 Abs. 1 lit. d und Art. 24 des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen [GestG]).

3.3 Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente stehen der Qualifikation des Verhältnisses als Auftrag nicht entgegen. Es trifft zwar zu, dass die Beschwerdegegnerin die Sozialabgaben für AHV/IV und ALV bezahlt und auch die entsprechenden Abzüge von den Provisionen der Beschwerdeführerin vorgenommen hat. Wie bereits erwähnt ist jedoch die sozialversicherungsrechtliche Behandlung eines Vertragsverhältnisses für dessen zivilrechtliche Qualifikation nicht verbindlich (AGE 921/2000 vom 21. Juni 2000). Dasselbe gilt für die steuerliche Behandlung, so dass es auch unerheblich ist, dass die Beschwerdeführerin jährlich einen „Lohnausweis“ erhalten hat. Richtig ist auch, dass der Zusammenarbeitsvertrag nicht ausdrücklich von einer selbständigen Tätigkeit auf auftragsrechtlicher Basis spricht. Dasselbe gilt jedoch auch für ein unselbständiges Arbeitsverhältnis. Die Form der Zusammenarbeit ist daher durch Auslegung zu bestimmen. Diese führt wie aufgezeigt zur Qualifikation als Auftrag. Dass in Art. 2 des Zusammenarbeitsvertrags für alle im Vertrag nicht ausdrücklich geregelten Fragen auf das Obligationenrecht verwiesen wird, spricht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht für einen Arbeitsvertrag, ist doch auch der Auftrag im Obligationenrecht (Art. 394 ff.) geregelt. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin stellt auch das Fehlen eines Organigramms mit klarer Regelung der Vorgesetzten kein Versäumnis der Beschwerdegegnerin dar, sondern verdeutlicht vielmehr die selbständige Stellung der Beschwerdeführerin, sieht doch der Zusammenarbeitsvertrag gerade keine Integration der Vermittler in die interne Hierarchie der Beschwerdegegnerin vor.

3.4 Die Vorinstanz hat zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 9. April 2008 an die Beschwerdegegnerin [...] selbst davon ausgegangen ist, dass ihre Tätigkeit bei der Beklagten eine selbständige war. So hielt die Beschwerdeführerin auf S. 3 dieses Schreibens fest: „Da ich als Vermittlerin die Arbeitsorganisation, -struktur und Zeiteinteilung völlig frei zu organisieren habe, messen sich die erbrachten Leistungen demzufolge nicht an den geleisteten Präsenzzeiten, sondern an der effektiven Produktion“. Nach einem Hinweis auf verschiedene „behördliche und gerichtliche Auseinandersetzungen“, welche sie zu bewältigen habe, fügt sie an: „Der Grund für diese Auseinandersetzungen ist ein durch die sozialen Abgaben (AHV, ALV1), welche die A. SA für mich entrichtet, sowie der möglicherweise auf Missver-

ständnissen entstandene Eindruck, wonach ich über feste Einnahmen verfügen würde und im Arbeitsverhältnis stünde. Bisher war ich selbst auch der Meinung gewesen, wie Sie in Ihrem Schreiben vom 17. März 2008 schreiben, selbständig erwerbend zu sein“. Dies müsse sie nun durch Offenlegung der Zusammenarbeitsbedingungen unter Beweis stellen (S. 4). Damit bestand zumindest bis zu jenem Schreiben ein Konsens zwischen den Parteien darüber, dass die Beschwerdeführerin eine selbständige Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin ausübte. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 15. August 2008 an die Beschwerdegegnerin ihre nochmalige Bestätigung, dass sie ihre Arbeit als Vermittlerin immer selbständig ausgeübt habe, mit dem Zusatz versah „so wie Sie es von mir erwartet haben“ (Akten der Vorinstanz, Beilage 6 der Klägerin). Wenn sie in ihrer Beschwerde ausführt, dass hier nicht vom Selbständigkeitsstatus die Rede sein könne, sondern vom Befolgen der Firmenweisungen, übersieht sie, dass auch der Beauftragte Weisungen der Auftraggebers befolgen muss (Art. 397 Abs. 1 OR). Der Interpretation dieser Wendung durch die Beschwerdeführerin in der Beschwerde widersprechen zudem ihre weiteren Ausführungen im genannten Schreiben: „Die drei Sales Manager C [...], B [...] und L [...] haben zu keinem Zeitpunkt eine Vorgesetztenfunktion für die Vermittler eingenommen. [...] Die Herren C [...] und L [...] sind mir einzig und allein von den Meetings (2 x Jahr) bekannt, und ich hatte während der ganzen Anstellungszeit nicht das Geringste mit diesen Herren zu tun gehabt. Herr B [...] als Sales Manager für die Basler Agentur ist sei Längerem und bis auf weiteres krankheitshalber keine Verkaufsunterstützung mehr“. Daraus muss mit der Vorinstanz geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin selber aufgrund ihrer fehlenden Integration in den Betrieb und die hierarchische Struktur der Beschwerdegegnerin und nur geringer Weisungsabhängigkeit eine selbständige Arbeitstätigkeit bekräftigt hat, auch wenn sie sich in diesem Schreiben schliesslich auf arbeitsvertragsrechtliche Kündigungsfristen bezogen hat.

3.5 Zusammenfassend ist namentlich aufgrund der fehlenden Vorgaben bezüglich Arbeitszeit, -umfang und -ort, der selbständigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin mit eigener Infrastruktur, ihrer Freiheit, auch für Dritte der gleichen Branche und mit eigenen Mitarbeitenden tätig zu sein, ihrer fehlenden Eingliederung in die Organisation der Beschwerdegegnerin und ihrer nur sehr losen Überwachung und Anleitung festzustellen, dass sich die vorinstanzliche Qualifikation des Zusammenarbeitsvertrags als Auftrag auch bei freier Überprüfung als zutreffend erweist. [...]"

(AGE vom 3.6.2009 in Sachen von D. gegen A. SA; VerfNr. 1020/2008; GS 2008.328)

- 1.3. Art. 319, 337, 337c Abs. 3 OR. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluss eines Arbeitsvertrages eines Minderjährigen kann stillschweigend erfolgen. Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer Einsätze ablehnen kann, spricht nicht zwingend für ein Gelegenheitsarbeitsverhältnis. Das Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers kennzeichnet auch die uneigentliche Teilzeitarbeit. Hinweise auf eine uneigentliche Teilzeitarbeit bei einer Serviceaushilfe ergaben sich daraus, dass die Lohnzahlung Ende Monat und nicht jeweils am Ende jedes Einsatzes erfolgte. Zudem ging die Arbeitgeberin offensichtlich selber von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis aus, weil sie dem Angestellten ausserhalb eines Einsatzes fristlos kündigte. Für eine fristlose Kündigung fehlten die wichtigen Gründe, weil der Arbeitnehmer sich für einen Arbeitstag krank meldete. Selbst bei einer Arbeitsverweigerung müsste nach der ständigen Rechtsprechung eine vorherige Verwarnung vorliegen. Zur Bemessung des Schadenersatzes und der Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung.
- § 78 ZPO BS. Eine Klagänderung setzt triftige Gründe voraus. Der Umstand, dass der Kläger minderjährig ist, ist kein triftiger Grund, wenn er die Klage mit Einwilligung und Unterstützung seines Vaters eingereicht hatte.

A., ein im Jahre 2007 17-jähriger Gymnasiast, arbeitete vom 19. Oktober bis zum 13. Dezember 2007 bei der M. AG als Aushilfe im Service und an der Bar. Der Arbeitnehmer war gemäss Einsatzplan für den 20. und 21. Dezember 2007 zur Arbeit vorgesehen. Am 20. Dezember 2007 meldete sich A. bei der Arbeitgeberin krank, worauf diese ihm am 21. Dezember 2007 mitteilte, er brauche nicht zur Arbeit erscheinen. Am 2. Januar 2008 kündigte sie ihm fristlos. Darauf bot A. am 3. Januar 2008 seine Arbeit an. In der Folge kam es nicht mehr zu Weiterbeschäftigung von A.. Dieser klagte am 1. April 2008 beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der M. AG zu Zahlung von Schadenersatz von 1'395.60 für die Zeit vom 1. Januar bis 29. Februar 2008 sowie zu einer Entschädigung von CHF 200.00 gemäss Art. 337c Abs. 3 OR. Nach Durchführung eines Vorverfahrens begehrte A. die Erhöhung seiner bisherigen Klagbegehren und verlangte zudem die Bezahlung des 20. und des 21. Dezember 2007 sowie die Rückzahlung der durch die Beklagte in ihren Lohnabrechnungen zum Abzug gebrachten AHV/IV- und AIV-Abzüge. Der Instruktionsrichter liess die letztgenannten Forderungen zu und wies im Übrigen das Klagänderungsgesuch ab. Das Gewerbliche Schiedsgericht verurteilte am 11. September 2008 die M. AG zur Zahlung von CHF 1'728.00 netto Lohn und CHF 200.00 netto als Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

1. Zunächst bestritt die M. AG, dass zwischen den Parteien ein gültiger Arbeitsvertrag zustande kam, weil A. noch nicht volljährig war und daher der Einwilligung seiner Eltern bedurfte. Von einer Erteilung dieser Einwilligung war auszugehen. Der Vater des Arbeitnehmers feierte schon bald nach Beginn der Tätigkeit sein Geburtstagsfest im Betrieb der M. AG, wo A. arbeitete und auch an diesem Tag eingesetzt wurde. Der Inhaber der M. AG sprach damals mit dem

Vater des Klägers und sagte ihm, sein Sohn sei ein tüchtiger Arbeitnehmer. Damit wusste dieser von der Tätigkeit seines Sohnes und genehmigte stillschweigend dessen Arbeitsverhältnis, indem er offensichtlich nichts dagegen einzuwenden hatte.

2. Ferner berief sich die Beklagte darauf, dass es sich um kein dauerndes Arbeitsverhältnis, sondern bloss um ein Gelegenheitsarbeitsverhältnis gehandelt habe. Dies ergebe sich daraus, dass die Mitarbeiter sich für ihre Einsätze in Listen eintragen müssten und frei seien, ob sie sich dort eintragen wollten oder nicht. Bei einem Gelegenheitsarbeitsverhältnis schliessen Arbeitgeber und Mitarbeiter mit jedem Einsatz einen neuen Arbeitsvertrag ab, der mit diesem Einsatz beginnt und endet. Auch mehrere Einsätze zusammen werden unter diesen Voraussetzungen nicht als ein einheitliches und fortdauerndes Arbeitsverhältnis betrachtet. Der Umstand, dass es zu wiederholten, regelmässigen Einsätzen kommt, ist jedoch als starkes Indiz für ein einheitliches und fortdauerndes Arbeitsverhältnis zu betrachten. Zudem ist zu abzuklären, ob sachliche Gründe dafür vorliegen, dass die einzelnen Einsätze als voneinander getrennte Arbeitsverhältnisse zu behandeln sind. Entscheidend ist dabei, ob der Arbeitnehmer ebenfalls kein eigenes Interesse an einem fortdauernden Arbeitsverhältnis hat, weil er sich nicht über längere Zeit vertraglich binden will.

Dass A. Einsätze ablehnen konnte, sprach nicht zwingend für ein Gelegenheitsarbeitsverhältnis. Dadurch zeichnet sich auch die uneigentliche Teilzeitarbeit, insbesondere uneigentliche Arbeit auf Abruf, aus, die in einem einheitlichen Arbeitsverhältnis geleistet wird (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 319 OR N 18, S. 92). Auszugehen war davon, dass Gelegenheitsarbeitsverhältnisse nur mit Zurückhaltung anzunehmen sind. Vorliegend bestand kein schriftlicher Arbeitsvertrag, so dass für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses darauf abzustellen war, wie die Parteien dieses bis dahin durchführten. Die M. AG bezahlte A. den Lohn jeweils Ende Monat und nicht im Anschluss an seine Einsätze aus. Zudem wollte die Beklagte A. bereits am 21. Dezember 2007 gekündigt und freigestellt haben. Ferner lag eine Kündigung vom 2. Januar 2008 durch die Beklagte vor. Sie schrieb ihm damals, dass sie ihn nicht mehr einsetzen wollte, weil er sich kurzfristig von der Arbeit abgemeldet habe. Alle diese Umstände deuteten darauf hin, dass der Arbeitnehmer in einem einheitlichen und auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis angestellt war.

3. Die Beklagte sprach am 2. Januar 2008 eine fristlose Kündigung aus, konnte sich jedoch nicht auf wichtige Gründe nach Art. 337 OR berufen. Der Kläger bot ihr am 3. Januar 2008 seine Arbeit an, ohne dass die Beklagte darauf reagiert hätte. Sollte A. tatsächlich am 20. Dezember seine Arbeit unberechtigterweise verweigert haben, so hätte die Beklagte den Arbeitnehmer vor einer fristlosen Kündigung verwarnen und ihm für den Wiederholungsfall die fristlose

Kündigung androhen müssen. Im Übrigen wäre eine fristlose Kündigung, nachdem die Beklagte bereits am 20. Dezember vollumfänglich vom Sachverhalt Kenntnis hatte, verspätet gewesen. Die Beklagte schuldete dem Kläger deshalb Schadenersatz für die Zeit der ordentlichen Kündigungsfrist, die Ende Februar geendet hätte.

4. Der Kläger bezifferte seinen Schaden in seiner Klage vom 1. April 2008 mit CHF 1'395.60. Mit einem Klagänderungsgesuch begehrte er die Erhöhung dieser Forderung, was der Instruktionsrichter zu Recht abgewiesen hatte. Nach § 78 ZPO BS setzt eine Klagänderung triftige Gründe voraus. Der Kläger machte den Umstand, dass er ein 17-jähriger Schüler sei, als triftigen Grund geltend. Da A. jedoch seine Klage mit Einwilligung und Unterstützung seines Vaters eingereicht und zuvor der M. AG brieflich mitgeteilt hatte, dass er diese Ansprüche gerichtlich geltend machen würde, lag darin kein triftiger Grund für eine Erhöhung seiner Schadenersatzforderung vor. Zudem wurde die Forderung des Klägers auf einen 13. Monatslohn abgewiesen, weil ein solcher bei Fehlen einer günstigeren einzelarbeitsvertraglichen Regelung erst für die Zeit ab dem 7. Monat geschuldet ist (Art. 12 L-GAV). Der Kläger war jedoch bei der fristlosen Kündigung erst im dritten Anstellungsmonat. Zugesprochen wurde dem Kläger aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung hingegen die von ihm geltend gemachte Entschädigung von CHF 200.00, die nicht einmal einem Drittelmonatslohn entsprach. Deshalb brauchten die nach der Rechtsprechung bezüglich der Entschädigungshöhe massgebenden Elemente (BGer. 4C.321/2005 E. 9.1) nicht eingehend geprüft zu werden. Es war nämlich davon auszugehen, dass die sofortige Entlassung durch A. in keiner Weise mitverursacht war und ihn in seiner Persönlichkeit verletzt hatte. Gutgeheissen wurde ferner das Begehren bezüglich der Lohnforderungen für den 20. und den 21. Dezember 2007. Der Kläger verlangte für diese beiden Tage 12,5 Stunden, die auf beide Tage aufgeteilt wurden, wobei ihm für den 20. Dezember 88% gemäss Art. 23 Abs. 1 L-GAV 98 und für den 21. Dezember 100% Lohn zustanden. Ebenfalls gutgeheissen wurde das Klagebegehren bezüglich der zu Unrecht in Abzug gebrachten AHV/IV und ALV-Beiträge, weil der Kläger im Jahre 2007 erst 17. Altersjahr zurückgelegt hatte und daher bis am 31. Dezember 2007 von der Beitragspflicht befreit war (Art. 3 Abs. 2 lit. a AHVG; Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG).

(GSGE vom 11.9.2008 in Sachen von A. gegen M. AG; GS 2008.90)

- 1.4. **Art. 18, 24, 319 OR.** Die Annahme eines bloss simulierten Rechtsgeschäfts setzt das Einverständnis der Kontrahenten über den Scheincharakter des von ihnen geschlossenen Vertrages voraus. Die Behauptung einer Arbeitgeberin, wonach sie während der Probezeit ausschliesslich Verträge mit auf 80% reduziertem Lohn abschliesse, genügt zum Nachweis eines entsprechenden Irrtums nicht, weil sie sich bei vorangegangenen Vertragsabschlüssen anders als in diesem Fall nie um Einarbeitungszuschüsse bemüht hatte. Zudem wäre sie auch ohne besondere Gründe an einen von den üblichen Verträgen inhaltlich abweichenden Vertrag gebunden.

Die B. AG stellte H. mit Arbeitsvertrag vom 20./24. Dezember 2007 per 15. Januar 2008 als Auftragsbearbeiter/Kalkulator zu 100% für einen Lohn von monatlich CHF 6'200.00 brutto, zuzüglich 13. Monatslohn, an. Es wurde vereinbart, dass H. in der dreimonatigen Probezeit nur 80% des Lohnes erhalten sollte. Um Einarbeitungszuschüsse des Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Basel-Landschaft (KIGA) zu erhalten, schlossen die Parteien zu einem späteren Zeitpunkt einen weiteren Vertrag mit denselben Datumsangaben ab, welcher sich gegenüber dem ersten Vertrag nur dadurch unterschied, dass der Lohn während der Probezeit nicht auf 80% reduziert war. Nach ordentlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses erhob H. mit Eingabe vom 23. Mai 2008 beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage und verlangte von der B. AG die Nachzahlung der Differenz zwischen dem 80%-Lohn und dem 100%-Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in Höhe von CHF 2'833.90 sowie die Nachzahlung des diesbezüglichen Anteils des 13. Monatslohns in Höhe von CHF 218.60. Am 21. Juli 2008 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die B. AG unter Abweisung der Mehrforderung zur Zahlung von CHF 3'006.50 netto nebst Zins an den Kläger.

Das Appellationsgericht wies am 31. Oktober 2008 eine von der B. AG erhobene Beschwerde ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 3.

Es ist unbestritten, dass die Parteien zunächst einen Arbeitsvertrag mit reduziertem Lohn während der Probezeit und danach einen Zweiten mit nicht reduziertem Lohn abgeschlossen haben. Während der Beschwerdegegner seine Forderung auf den zweiten Vertrag gestützt hat in der Annahme, dieser ersetze den ersten, geht die Beschwerdeführerin davon aus, der zweite Vertrag sei unbeachtlich, da dieser nur für das KIGA bestimmt gewesen sei, nicht aber für die Parteien. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht auf den zweiten Vertrag abgestützt. Der zweite Vertrag sei nur für das KIGA bestimmt gewesen und entspreche keinesfalls dem Willen der Parteien. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, [...] W [...], sei bei der Vertragsunterzeichnung einem wesentlichen Willensmangel unterlegen und habe den zweiten Vertrag zudem ohne Kenntnis dessen Inhalts unterzeichnet. Als Grundlage für das Arbeitsverhältnis habe somit weiterhin der erste Vertrag gedient. Es sei zudem Usanz im Betrieb der Beschwerdeführerin, den Lohn der neuen Mitarbeiter in der Probezeit auf 80% zu kürzen, weshalb

der Willensmangel offensichtlich sei und dessen Nichtbeachtung durch die Vorinstanz willkürlich sei.

4.

Die Beschwerdeführerin behauptet, mit dem Beschwerdegegner eine Simulation verabredet zu haben, wofür nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB sie beweispflichtig ist. Es wäre an der Beschwerdeführerin gewesen, anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens zu beweisen, dass es sich beim zweiten Arbeitsvertrag um einen für das KIGA bestimmten, simulierten Vertrag handelte. Der simulierte Vertrag ist nur dann nicht wirksam, wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder das Bestehen eines Vertragsverhältnisses an sich vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen (BGE 123 IV 61 E.5c.cc S. 68, 112 II 337 E. 4a S. 342 m.H.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006, Rz 30.04 ff.). Die Annahme eines bloss simulierten Rechtsgeschäfts setzt das Einverständnis der Kontrahenten über den Scheincharakter des von ihnen geschlossenen Vertrages voraus. Das Scheingeschäft ist Vollzug ihrer gemeinsamen, miteinander abgesprochenen Absicht, ein Geschäft lediglich zum Schein vorzutäuschen (KRAMER, Berner Kommentar, N 106 zu Art. 18 OR). Selbst wenn die Beschwerdeführerin den zweiten Vertrag hätte simulieren wollen, müsste sie folglich nachweisen, dass auch der Beschwerdegegner diesen zweiten Vertrag nur zum Schein abgeschlossen hat. Dieser Beweis wird von der Beschwerdeführerin nicht angetreten.

5.

5.1. Des Weiteren wäre es an der Beschwerdeführerin gewesen, zu beweisen, dass W [...] bei der Unterzeichnung des zweiten Vertrages einem Irrtum unterlegen ist. Auch dieser Nachweis gelingt der Beschwerdeführerin jedoch nicht. Nicht zu überzeugen vermag die diesbezügliche Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach W [...]. ausschliesslich Verträge mit auf 80% reduziertem Lohn während der Probezeit abschliesse, weshalb der Irrtum offensichtlich sei. Bei vorangegangenen Vertragsabschlüssen hat sich die Beschwerdeführerin nie um Einarbeitungszuschüsse bemüht. Dass solche Einarbeitungszuschüsse beantragt werden können, hat sie erst durch den Beschwerdegegner erfahren. Im Übrigen wäre sie auch ohne besondere Gründe an einen von den üblichen Verträgen inhaltlich abweichenden Vertrag gebunden.

5.2. [...] W [...] gab anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung sodann zu Protokoll: „Frau K [...] füllte den Vertrag nochmals aus mit einem 100% Lohn. Ich ging beim zweiten Vertrag davon aus, es ginge um eine Kopie für das KIGA. Ich wollte für die Einarbeitung von Herrn H [...] 20% vom KIGA erhalten. Alle anderen Verträge lauten auf 80%“ [...]. Es überzeugt nicht, dass man einen zweiten Vertrag unterschreibt, nur um eine Kopie für das KIGA anzufertigen, denn hierzu hätte eine Kopie des ersten Vertrages ausgereicht. Demgegenüber lassen die Aussagen von W [...] klar darauf schliessen, dass es ihm darum gegangen ist, Einarbeitungszuschüsse vom KIGA zu erhalten. Dass das

KIGA nicht 20% des bereits auf 80% reduzierten Lohnes vergüten würde, meinte er nicht und konnte er nicht meinen. Es ging ihm nach seiner eigenen Aussage vielmehr darum, auf die Lohnreduktion in den ersten drei Monaten zu verzichten, um die KIGA-Zuschüsse zu bekommen. Ein Irrtum ist auszuschliessen. Die vorinstanzliche Würdigung erscheint unter diesen Gesichtspunkten keineswegs willkürlich.

5.3. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, es sei für [...] W [...] immer klar gewesen, dass der zweite Arbeitsvertrag nur verbindlich sei und der Beschwerdegegner infolgedessen nur dann einen 100%-Lohn erhalten würde, wenn vom KIGA Einarbeitungszuschüsse fliessen würden. Solche seien aber nie ausbezahlt worden, weshalb der zweite Vertrag nicht zur Anwendung gelange. Eine entsprechende Bedingung ist im unterzeichneten Vertrag jedoch nicht enthalten und auch sonst nicht nachgewiesen. Darüber hinaus ändert an der Gültigkeit des zweiten Vertrages nichts, dass der verfolgte Zweck – die Ausrichtung von Einarbeitungszuschüssen – nicht oder noch nicht erreicht sein soll. Diese Behauptung ist unbehelflich und steht zudem im Widerspruch zu den übrigen Behauptungen der Beschwerdeführerin, wonach Herr [...] W [...] den Inhalt des Vertrages nicht gekannt habe. [...]“

(AGE vom 31.10.2008 in Sachen B. AG gegen H.; Verf.Nr. 963/2008; GS 2008.155)

1.5. Art. 319 OR. Ein Gutschein über CHF 6'000.00, der vom Geschäftsführer und den übrigen Mitarbeitern einer Unternehmung unterschrieben ist und einem Angestellten anlässlich seines 10jährigen Jubiläums und im Hinblick auf den Abschluss eines neuen Vertrages zwischen ihm und dem Unternehmen ausgestellt wird, ist eine Leistung der Arbeitgeberin und kein Geschenk der Arbeitskollegen.

Sch. war von 1992 bis Juni 2002 bei der V. AG angestellt. Er hatte im Jahr 2003 die V. AG eingeklagt und deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 26'749.20 Lohn verlangt. Diese Klage sowie eine entsprechende Beschwerde wurden abgewiesen.

Sch. klagte mit Eingabe vom 30. März 2007 die V. AG erneut ein, wobei er beantragte, diese habe ihm einen Gutschein im Wert von CHF 6'000.00 vom Hotel Zermatterhof, Zermatt, auszuhändigen. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 6'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 2002 zu bezahlen. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger CHF 6'000.00 für einen Aufenthalt im Hotel Zermatterhof zu bezahlen hat, alles unter o/e Kostenfolge. Mit Urteil vom 27. September 2007 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage gut.

Das Appellationsgericht wies am 29. April 2008 eine von der V. AG gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **3.2** Zwischen den Parteien hat ab 1. April 1992 ein Arbeitsvertrag bestanden. Dieser wurde von der Beschwerdeführerin per Ende Juni 2002 gekündigt. Im Zusammenhang mit dem 10-jährigen Jubiläum des Beschwerdegegners beim V. Verlag wurde für ihn der zur Debatte stehende Gutschein über CHF 6'000.00 für einen Aufenthalt im Hotel Zermatterhof ausgestellt, unterzeichnet von F. [Geschäftsführer] sowie den drei [...] Mitarbeitern.

Das Gewerbliche Schiedsgericht hat erwogen, alle Zeugen (ausser F.) seien übereinstimmend davon ausgegangen, der Gutschein sei ein Geschenk der Beschwerdeführerin, V. AG, gewesen. Sie hätten die Gratulationskarte, wie bei solchen Anlässen üblich, als Angestellte der Beschwerdeführerin unterschrieben. Nicht unterschrieben habe daher z.B. H., der zu jenem Zeitpunkt nicht bei der Beschwerdeführerin angestellt gewesen sei [...] Zu einem Geschenk in dieser Grössenordnung habe sich die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin (vertreten durch F.) verpflichten wollen. Es entspreche denn auch einer allgemeinen Übung, dass Angestellte zu besonderen Anlässen einem Arbeitskollegen kleinere Präsente wie Blumen, Konfekte etc. übergeben. Grössere Gaben, die den Charakter einer Treueprämie aufwiesen, würden indessen vom Arbeitgeber geleistet [...].

3.3 Im vorliegenden Fall steht fest, dass dem Beschwerdegegner ein Gutschein von erheblichem Wert überreicht worden ist. Dass vier Mitarbeiter diesen Betrag persönlich aufbringen, um ihren Mitkollegen zu feiern, ist doch eher ungewöhnlich [...]. Hingegen hat die Beschwerdeführerin als Herausgeberin der Monatszeitschrift X. jeweils derartige Gutscheine aus Geschäften mit ihren Inserenten erhalten. Zudem hatte die Beschwerdeführerin ein Interesse daran, dass der Beschwerdegegner bezüglich der neustrukturierten Firma einen neuen Vertrag unterzeichnet. So führte der Rechtsvertreter der V. AG im früheren Prozess aus, man habe gehofft, der Beschwerdegegner unterschreibe. Es sei eine neue Firmenstruktur zur Debatte gestanden; der neue Vertrag hätte vor Ende Juni 2002 unterzeichnet werden sollen (vgl. AGE vom 15. Dezember 2003 i.S. K.Sch, E. II/3b, Prot. der HV vom 26. Juni 2003, S. 9). Wenn nun in diesem Zusammenhang ein Gutschein über CHF 6'000.00 übergeben wird, prominent unterzeichnet vom Geschäftsführer [...], und der Freude auf „eine zukünftige enge Zusammenarbeit“ Ausdruck gegeben wird, so ist die Schlussfolgerung, dass die Firma den Gutschein ausgestellt hat, keineswegs willkürlich. Damit hat die Vorinstanz sowohl die arbeitsrechtliche Natur der Leistung als auch die Passivlegitimation der V. AG zu Recht bejaht. [...]“

(AGE vom 29.4.2008 in Sachen von Sch. gegen V. AG; Verf.Nr. BE 992/2007; GS 2007.88)

2. Weisungsrecht (Art. 321a OR)
Schikanöse Weisung?
 (siehe unter Ziffer 1.1., S. 2)

3. Überstunden (Art. 321c OR)

3.1.+ 3.2. Art. 42 Abs. 2, 321c OR, Art. 21 Abs. 2 f., Art. 30 L-GAV. Wenn die genaue Anzahl der geleisteten Überstunden nicht mehr beweisbar ist, jedoch feststeht, dass der Arbeitnehmer regelmässig über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat, so kann der Richter deren Umfang schätzen. Zur Stundenlohnberechnung aufgrund des Landesgesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes. Falls eine Serviceangestellte bei der Arbeit private Kleidung trägt, schuldet die Arbeitgeberin keine Wäscheentschädigung, selbst wenn sie die Farben der zu tragenden Kleider, beispielsweise schwarzer Jupe und weisse Bluse, vorschreibt.

G. arbeitete vom 1. April 2005 bis Ende April 2009 als Serviceangestellte im Restaurant W.. Zunächst war sie als Fest-Angestellte tätig, ab dem 1. Januar 2006 arbeitete sie als Teilzeit-Angestellte im Stundenlohn (so auch der schriftliche Arbeitsvertrag vom 4. Februar 2006). Am 27. Juli 2009, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, erhob G. vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Klage gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin, mit der sie CHF 10'000.00 Lohn für 2'500 Überstunden, ein Taxigeld von CHF 200.00 sowie eine Entschädigung für Arbeitskleidung von CHF 6'000.00 geltend machte. Insgesamt forderte G. einen Betrag von CHF 16'200.00.

Das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt sprach mit Urteil vom 10. Oktober 2009 G. einen Betrag von insgesamt CHF 5'403.40 zu, CHF 3'003.40 netto für geleistete Überstunden und CHF 2'400.00 für die Reinigung ihrer Arbeitskleider. Das geltend gemachte Taxigeld und die Mehrforderung wurden abgewiesen, soweit daran festgehalten wurde. G. wurde verurteilt, ihrer ehemaligen Arbeitgeberin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 620.00 inklusive Mehrwertsteuer zu entrichten.

Das Appellationsgericht hiess am 15. Juli 2010 eine von W. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde teilweise gut und verurteilte die Beschwerdeführerin zur Zahlung von CHF 3'003.40 an G., wobei es Folgendes in Erwägung zog.

„[...] **3.2.1** Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, es sei willkürlich, dass die Vorinstanz von einem regelmässigen Arbeitsschluss der Beschwerdegegnerin um 03.00 Uhr ausging. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat sich auf die von der Beschwer-

deführerin eingereichten Arbeitszeit-Kontrollblätter abgestützt und ist davon ausgegangen, dass die neun entschädigten Arbeitsstunden einer täglichen Arbeitszeit von 17.00 Uhr bis 02.00 Uhr entsprochen hätten. Es hat diesbezüglich auf den Zeitpunkt der täglichen Kassenabrechnung abgestellt und diesen Zeitpunkt als Arbeitsende gewertet. Da der Arbeitsschluss uneinheitlich war, hat die Vorinstanz diesen im Schnitt daher auf 03.00 Uhr festgesetzt und der Beschwerdegegnerin für 3 Arbeitstage pro Woche während einem Jahr eine Stunde Mehrarbeit zugesprochen. Diese Berechnung ergab bei 48 Arbeitswochen pro Jahr insgesamt 144 Überstunden. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, die Beschwerdegegnerin sei dafür beweispflichtig, dass sie mehr Stunden geleistet habe als ihr entsprechend den Arbeitszeitkontrollen und Lohnabrechnungen gutgeschrieben wurden. Diesen Beweis habe sie klarerweise nicht erbringen können. Sie habe im Gegenteil die Richtigkeit der von der Beschwerdeführerin erstellten Lohnabrechnungen durch ihre Unterschrift auf den Arbeitszeitkontrollen sowie auf den Kassenbelegen für die von ihr zusätzlich geleisteten Arbeitstage unterschriftlich bestätigt. Bei dieser Anerkennung sei die Beschwerdegegnerin zu behaften. Aus den 35 eingereichten Kassenbelegen sei ferner zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin längst nicht an allen Arbeitstagen länger als bis 02.00 Uhr gearbeitet habe. Es sei zwar teilweise vorgekommen, dass die Beschwerdegegnerin die Kasse erst nach 02.00 Uhr abgeschlossen habe, teilweise habe die Beschwerdegegnerin ihre Arbeit aber bereits wesentlich früher beenden können. Hinzu komme, dass die Kasse nur auf Sommerzeit programmiert sei und in den Wintermonaten nicht umstelle. Entsprechend sei der auf den Kassenbelegen befindliche Zeitausdruck tatsächlich eine Stunde später als er effektiv war.

3.2.2 Für die Vorinstanz hat sich bei der Ermittlung des strittigen Arbeitsendes der Beschwerdegegnerin die Frage gestellt, ob dafür auf die von der Beschwerdeführerin geführte Arbeitszeitkontrolle abgestellt werden kann. Diesbezüglich hat sie jedoch festgestellt, dass bereits der jeweilige Arbeitsbeginn nicht korrekt wiedergegeben wurde. So sei als Arbeitsbeginn 14.20 Uhr angegeben worden, obwohl die Beschwerdegegnerin ihre Arbeit jeweils erst um 17.00 Uhr aufgenommen habe. Ferner sei die Arbeitszeitkontrolle unvollständig gewesen, da die aufgrund von Sondereinsätzen geleisteten Stunden nicht darin enthalten waren. Bei Durchsicht der Kassenbelege habe sich zudem gezeigt, dass allfällige Mehrstunden entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht nur Tage betrafen, an denen die Beschwerdegegnerin ausserordentlich arbeitete, sondern auch auf ihre „normalen“ Arbeitstage entfielen, die in der Arbeitszeitkontrolle aufgeführt waren. Ein Vergleich der Arbeitszeitkontrolle mit den von der Beschwerdeführerin nur unvollständig eingereichten Kassenbelegen für den Zeitraum Februar 2008 bis März 2009 habe gezeigt, dass das in der Arbeitszeitkontrolle angegebene Arbeitsende nicht mit demjenigen auf dem Kassenbeleg übereinstimme. Aufgrund der ermittelten Differenzen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass für die Frage der geleisteten Arbeitszeit nicht auf die von der Beschwerdeführerin geführte und eingereichte Arbeitszeitkontrolle abgestellt werden könne. Aus den eingereichten Kassenbelegen sei hervorgegangen, dass die Beschwerdegegnerin jeweils erst zwischen 02.00 Uhr und 04.00 Uhr abgerechnet habe.

Dieser Zeitpunkt sei unbestrittenermassen mit dem Arbeitsende gleichzusetzen. Da es die Beschwerdeführerin unterlassen habe, sämtliche Kassenbelege für die Jahre 2008 und 2009 einzureichen, sei eine weitere Überprüfung derselben durch das Gewerbliche Schiedsgericht nicht möglich gewesen. Dementsprechend sei dieses aufgrund der ihm vorliegenden Kassenbelege im Sinne einer Schätzung davon ausgegangen, dass die Beschwerdegegnerin im Schnitt bis um 03.00 Uhr gearbeitet habe. Da die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen um 17.00 Uhr mit der Arbeit begonnen habe, habe sie jeweils zehn Stunden pro Tag gearbeitet. Entlohnt worden sei sie indes nur für neun Stunden. Pro Arbeitstag sei der Beschwerdegegnerin deshalb noch eine Stunde zusätzlich zu entschädigen. Bei drei Arbeitstagen pro Woche würden sich für ein Jahr somit 144 Stunden ergeben.

3.2.3 Dazu muss zunächst festgehalten werden, dass gemäss Art. 21 Abs. 2 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes (L-GAV) der Arbeitgeber über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten seiner Arbeitnehmer Buch zu führen hat. Wenn der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nachkommt, wird eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Die von der Beschwerdeführerin geführte Arbeitszeitkontrolle erweist sich aufgrund der von der Vorinstanz festgestellten Mängel als unkorrekt. Die Beschwerdegegnerin hat dem Gericht indessen keine eigenen Aufzeichnungen eingereicht. Die Vorinstanz musste somit den Zeitpunkt des jeweiligen Arbeitsschlusses selber ermitteln. Diese Aufgabe ist – insbesondere bei nur unvollständig eingereichten Unterlagen – als äusserst schwierig, wenn nicht sogar als unmöglich zu qualifizieren. Wenn die genaue Anzahl der geleisteten Überstunden nicht mehr beweisbar ist, jedoch feststeht, dass der Arbeitnehmer regelmässig über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet hat, so kann vom Richter deren Umfang analog zu Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden (BGer, 4C.7/2004 vom 8. März 2004; Pra 2004 Nr. 84; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Art. 321c N 10). Die Vorinstanz durfte somit den Arbeitsschluss anhand der ihr vorliegenden Unterlagen schätzen. Der von ihr angenommene Arbeitsschluss um 03.00 Uhr erscheint anhand der eingereichten Unterlagen nicht willkürlich.

3.3 Sodann rügt die Beschwerdeführerin, es sei willkürlich, dass die von ihr aufgerufenen Zeugen nicht zum Arbeitsschluss der Beschwerdegegnerin befragt worden seien. Die Beschwerdeführerin führt aus, dass die Beschwerdegegnerin an ihren fest eingeteilten Arbeitstagen nie länger als bis 02.00 Uhr gearbeitet habe, sondern im Gegenteil meist wesentlich früher mit der Arbeit aufhören konnte. Dies hätte durch die als Zeugen angerufenen Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin und durch ihre Tochter bestätigt werden können. Gemäss Protokoll der Sitzung des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt wurden diese Zeugen jedoch in Bezug auf den Arbeitsbeginn der Beschwerdegegnerin angerufen, resp. zur Behauptung, dass der Arbeitsbeginn vorverlegt worden sei, falls es einmal länger gehen sollte. Die Beschwerdegegnerin bestritt indes nie, dass sie erst um 17.00 Uhr angefangen hatte zu arbeiten. Aus den eingereichten Kassenbelegen ist überdies ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin nicht nur einmal länger als 02.00

Uhr arbeiten musste, sondern die Kasse häufig erst zwischen 03.00 Uhr und 04.00 Uhr abrechnen konnte. Die Vorinstanz konnte somit in antizipierter Beweiswürdigung auf die Anhörung der angerufenen Zeugen verzichten, ohne in Willkür zu verfallen.

3.4 Im Weiteren ist es laut Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz für die von ihr angenommenen Mehrstunden einen Bruttolohn von CHF 22.20 errechnet hat. Gemäss Lohnabrechnungen habe die Beschwerdegegnerin einen Stundenlohn von CHF 18.54 brutto, zuzüglich 18.93 % Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie Anteil 13. Monatslohn, erhalten, was einem Bruttolohn von CHF 22.05 und nicht von CHF 22.20 entspreche. 114 Arbeitsstunden würden so gerechnet einen Betrag von brutto CHF 3'175.20 statt CHF 3'196.80 ergeben. Das Gewerbliche Schiedsgericht hält in seiner Vernehmlassung dazu fest, dass der Stundenlohn gemäss Lohnabrechnung CHF 18.45 betragen habe. Unter Hinzurechnung der Ferienentschädigung (8.33 %) und der Feiertagsentschädigung (2.27 %) ergebe sich ein Betrag von CHF 20.50. Rechne man zu diesem Betrag den 13. Monatslohn (8.33 %) hinzu, belaufe sich der massgebende Stundenlohn auf CHF 22.20. Bei einem Stundenlohn von CHF 22.20 ergebe sich somit ein geschuldeter Betrag von CHF 3'196.80 brutto, bzw. CHF 3'003.40 netto. Dabei gibt sowohl die Berechnungsgrundlage als auch die Berechnungsart der Vorinstanz zu keinerlei Beanstandungen Anlass. Zur Berechnung des 13. Monatslohns ist auf den Brutto-Stundenlohn inklusive eine allfällige Ferien- und Feiertagsentschädigung abzustellen. Zu diesem Total aus Stundenlohn *inklusive* Ferien- und Feiertagsentschädigung werden 8.33 % als 13. Monatslohn hinzugerechnet. Diese Berechnung wurde von der Vorinstanz absolut korrekt vorgenommen.

3.5 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die Beschwerdegegnerin bei ihrer Forderung zu behaften sei, wonach sie für 2'500 Überstunden rund CHF 10'000.00 zugut habe. Die Beschwerdegegnerin verrechne die von ihr angeblich geleisteten Mehrstunden zu CHF 4.00 pro Stunde. Die Vorinstanz hätte die der Beschwerdegegnerin zugesprochenen Mehrstunden somit höchstens mit CHF 4.00 pro Stunde berechnen dürfen. 114 geleistete Stunden entsprächen einem Forderungsbetrag von maximal CHF 456.00 brutto. Die Vorinstanz hätte der Beschwerdegegnerin maximal diesen Betrag zusprechen dürfen. Dazu ist mit dem Gewerblichen Schiedsgericht festzuhalten, dass ein Stundenlohn von CHF 4.00 weit unter dem in Art. 10 L-GAV vorgesehenen Mindestlohn liegt und somit der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die von einem Arbeitnehmer geleisteten Mehrstunden zu einem anderen Stundenlohn entlohnt werden sollten als zu demjenigen, welcher im Arbeitsvertrag von den Parteien schriftlich vereinbart worden ist. Auch hier ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen.

3.6 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die auf Art. 30 Abs. 2 L-GAV gestützte Zusprechung einer Kleiderentschädigung von netto CHF 2'400.00 an die Beschwerdegegnerin. Da es in ihrem Betrieb keine vorgeschriebene Berufswäsche oder Berufskleider gebe und die Beschwerdegegnerin insbesondere keine Weste oder Schürze tragen muss-

te, sei die Gewährung einer solchen Kleiderentschädigung offensichtlich willkürlich. Die Reinigung der eigenen Kleider der Mitarbeitenden falle klarerweise nicht unter Art. 30 L-GAV. Hinzu komme, dass die Beschwerdegegnerin während der Dauer ihres Arbeitsverhältnisses nie einen entsprechenden Anspruch geltend gemacht und die entsprechenden Lohnabrechnungen – ohne Kleiderentschädigung – akzeptiert und unterzeichnet habe.

Rechtsgrundlage für eine Entschädigung für die Reinigung der Berufskleidung bildet Art. 30 L-GAV. Abs. 1 dieser Bestimmung regelt die Kostentragungspflicht für die Reinigung der Berufskleidung von Köchen und Pâtisseries. Nach Art. 30 Abs. 2 L-GAV hat der Arbeitgeber für Westen von Servicemitarbeitern monatlich CHF 50.00 und für Schürzen CHF 20.00 zu bezahlen, wenn das Reinigen und Glätten der Westen und Schürzen nicht vom Betrieb übernommen wird. Gemäss Abs. 3 hat der Betrieb eine besondere vorgeschriebene Dienstkleidung zur Verfügung zu stellen und zu bezahlen. Gleichzeitig hat der Arbeitgeber monatlich CHF 50.00 zu bezahlen, wenn das Reinigen und Glätten dieser Dienstkleidung nicht vom Betrieb übernommen wird. Der Wortlaut spricht somit, wie auch die Vorinstanz anerkennt, dafür, dass im vorliegenden Fall keine Entschädigung geschuldet ist, musste die Beschwerdegegnerin doch unbestrittenermassen keine besondere Dienstkleidung tragen, sondern durfte in ihrer privaten Kleidung arbeiten. Die Vorinstanz hat jedoch mit folgenden Überlegungen vom Wortlaut dieser Bestimmung abgewichen (Vernehmlassung Seite 5): „Abs. 1 und Abs. 2 könnten dahingehend verstanden werden, dass die verhandelnden Berufsorganisationen und die Gewerkschaften davon ausgegangen sind, dass sowohl die Arbeit als Koch als auch diejenige als Servicemitarbeiter zu einer Verunreinigung der Kleidung führt. Um ihre Kleidung vor Schmutz zu schützen, tragen die Küchenmitarbeiter deshalb Berufskleidung und die Servicemitarbeiter Westen und Schürzen, für deren Reinigung der Betrieb zu sorgen hat. Die Beschwerdeführerin hält ausdrücklich in ihrer Beschwerde fest, dass die Beschwerdegegnerin nie eine Weste oder Schürze tragen musste. Werden in einem Betrieb aber keine Westen und Schürzen getragen, wird die eigene Kleidung des Servicemitarbeiters schmutzig. Geht man nun davon aus, dass die Weste und die Schürze die Kleidung des Servicemitarbeiters vor Verunreinigungen schützen sollen, liegt der Schluss nahe, dass derjenige Arbeitgeber, dessen Mitarbeiter keine Schürzen und Westen tragen, dem Arbeitnehmer gleichwohl Reinigungskosten zu erstatten hat, soweit er dem Arbeitnehmer keine Reinigungsmöglichkeit gewährt. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat es daher als angemessen erachtet, der Beschwerdegegnerin in Anlehnung an Abs. 2 eine Reinigungsentschädigung von CHF 50.00 pro Monat über vier Jahre hinweg zuzusprechen.“

Fraglich ist vorliegend, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung von Art. 30 L-GAV entgegen dem Wortlaut zulässig ist. Bei einer Auslegung entgegen dem (anscheinend) klaren Wortlaut einer Bestimmung ist immer höchste Zurückhaltung geboten. So dann wird im Kommentar zu Art. 30 L-GAV Folgendes festgehalten: „Für den Service gelten schwarze Hosen/Jupes und weisse Hemden/Blusen/T-Shirts nicht als besondere Dienstkleidung, die Wäscheentschädigung entfällt.“ Gemäss dieser Kommentierung wurde von den Gewerkschaften und den Berufsorganisatoren eine strenge Trennung zwischen vorgeschriebener Dienstkleidung und Privatkleidung vorgenommen. Selbst

wenn die Farbe der zu tragenden Kleider vorgeschrieben ist (schwarze Hosen oder Jupes, bzw. weisse Bluse oder Hemd), ist keine Wäscheentschädigung seitens des Arbeitgebers geschuldet, sofern es sich bei diesen Kleidungsstücken um private Kleidung handelt. Die Beschwerdegegnerin konnte unbestrittenermassen in ihrer privaten Kleidung arbeiten. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Auslegung lässt sich daher nicht rechtfertigen. Die Zusprechung einer Kleiderentschädigung an die Beschwerdegegnerin ist willkürlich. [...]“

(AGE vom 15.7.2010 in Sachen W. gegen G.; Verf.Nr. BE 2009.984; GS 2009.236)

3.3. Abrede über Überstundenkompensation während Schwangerschaft (siehe unter Ziffer 16.1., S. 82)

4. Lohn (Art. 322 OR)

4.1. Art. 322, 322d, 18 OR. Ob ein Bonus Lohn oder Gratifikation darstellt, hängt davon ab, ob der Arbeitgeberin das - eine Gratifikation kennzeichnende - Ermessen zukommt. In casu kam der Arbeitgeberin jedenfalls bezüglich der Bonushöhe Ermessen zu, weil der Bonus mit bis zu 15% des Jahresgehaltes angegeben war, die Faktoren zur Bonusbestimmung umstritten und nicht nachgewiesen waren und es die Arbeitgeberin versäumt hatte, mit dem Arbeitnehmer Umsatzziele zu vereinbaren.

Am 1. April 2008 trat K. bei der B. AG als Project Manager und Business Development Officer ein. Als Lohn wurden CHF 103'500.00 für eine 90%-Beschäftigung vereinbart. Zudem wurde K. unter dem Titel Sondergratifikationen Folgendes versprochen:

„Der leistungsbezogene Bonus entspricht bis 15% des Jahresgehaltes. Hinzu kommt ein zusätzlicher Bonus von bis zu 10% für spezielles Engagement im Business Development. Dies ist eine zusätzliche Zahlung bzw. Sonderprämie und freiwillige Leistung des Arbeitgebers. Hieraus entsteht kein Rechtsanspruch auf wiederholte Zahlung.“

Im Februar 2009 kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis auf Ende April 2009. Der Arbeitnehmer leitete in der Folge gegen die B. AG die Betreuung unter anderem für einen Bonus von CHF 10'350.00 ein. Nach der Zustellung des Zahlungs-

befehls, gegen den die Arbeitgeberin Rechtsvorschlag erhoben hatte, klagte diese vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Feststellung, dass sie K. nichts schulde. K. klagte daraufhin auf Verurteilung der Arbeitgeberin zur Zahlung unter anderem des in Betreuung gesetzten Bonus. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess am 8. Februar 2010 die Bonusforderung im Umfang von CHF 1'035.00 brutto gut, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

Die Arbeitgeberin war der Ansicht, dass es sich bei den Sondergratifikationen gemäss Arbeitsvertrag um Gratifikationen gemäss Art. 322d OR handelte, weshalb K. keinen Anspruch darauf hatte. Der Arbeitnehmer hingegen ging von einem Lohnbestandteil aus.

Daraus, dass Ziffer 12 des Arbeitsvertrags mit „Sondergratifikationen“ überschrieben war, konnte nicht auf eine Gratifikation geschlossen werden, weil die durch die Parteien verwendete Bezeichnung nicht massgebend ist (Art. 18 OR). Gratifikationen zeichnen sich dadurch aus, dass es sich um freiwillige Leistungen des Arbeitgebers handelt. Da sich der dritte Satz grammatikalisch auf den zweitletzten Satz der Ziffer 12 bezog, konnte der Hinweis auf eine freiwillige Leistung nur für den zusätzlichen Bonus von bis zu 10% gelten. Zumindest lag jedoch eine Unklarheit des Arbeitsvertrages darüber vor, ob es sich beim „Bonus“ gemäss der Ziffer 12 um Lohn oder eine Gratifikation handelte. Der Arbeitsvertrag war von der Arbeitgeberin formuliert worden. Falls die Vertragsabrede beide Auslegungen zuliess, musste aufgrund der Unklarheitenregel von einer für den Arbeitnehmer günstigeren Abrede ausgegangen werden. Die Analyse dieses Bonus ergab jedoch, dass der Arbeitgeberin jedenfalls bezüglich der Höhe ein Ermessen zustand. Der Bonus konnte nämlich bis zu 15% des Jahresgehaltes betragen und war daher in seiner Höhe variabel. Was unter Leistungen, worauf sich der Bonus bezog, zu verstehen war, war nicht definiert. Die Meinungen der Parteien gingen darüber auseinander. Die B. AG gab in der Hauptverhandlung an, dass damit die Anzahl der Mandate, die Geschwindigkeit, mit der die Mandate abgewickelt wurden, sowie die Zufriedenheit der Kunden mit der Mandatsabwicklung gemeint seien. Der Arbeitnehmer K. sah in den Leistungen den von ihm erbrachten Umsatz bzw. die Anzahl der Mandate, die er bearbeitete. Da die B. AG mit dem Arbeitnehmer auch keine Leistungsziele vereinbart hatte, wurde davon ausgegangen, dass K. mit dem von ihm generierten Umsatz von CHF 180'000.00 bzw. 6.8% am Gesamtumsatz jedenfalls in bestimmtem Umfang bonusberechtigter war. Fraglich war die Höhe des Bonus. Da gemäss Arbeitsvertrag der Bonus bis zu 15% des Jahresgehaltes des Arbeitnehmers betrug, durfte die Arbeitgeberin bei einem Umsatz von 6.8% im Rahmen ihres Ermessens von einer Bonusberechtigung von 1% ausgehen, ohne dabei geradezu in Willkür zu verfallen. Die anderen Mitarbeiter hatten mit Ausnahme von Frau J., die selber einen sehr hohen und viel höheren Umsatz erreicht hatte, keinen Bonus erhalten. Daher konnte sich der Arbeitnehmer K. auch nicht aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art.

328 OR) auf einen höheren Bonus berufen. Ausgehend von einem Monatsgehalt von CHF 8'120.00 bei 13 Löhnen hatte K. damit Anspruch auf einen Bonus von CHF 1'035.00 brutto.

(GSGE vom 8.2.2010 in Sachen der B. AG gegen K.; GS 2009.247)

- 4.2. **Art. 322, 322d, 328 OR.** Die Qualifikation eines Bonus als Gratifikation setzt voraus, dass der Arbeitgeberin entweder im Grundsatz oder jedenfalls bei der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein regelmässig von der Arbeitgeberin angebrachter Freiwilligkeitsvorbehalt verliert nach drei aufeinanderfolgenden Jahren die Wirkung, in denen sie eine Gratifikation ausbezahlt und damit vom Vorbehalt nie Anspruch machte, obwohl die Voraussetzungen zur Auszahlung der Gratifikation nicht gegeben waren. Ein Anspruch auf eine Gratifikation entsteht aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wenn die Arbeitgeberin einem Angestellten im Unterschied zu einer Vielzahl anderer Mitarbeiter derselben oder einer vergleichbaren Position, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen, keine Gratifikation ausbezahlt und damit diesen schlechter stellt. Die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten an der Generalversammlung der Arbeitgeberin über den Lohncharakter eines Teils des Bonus enthält keine Leistungszusage an den einzelnen Angestellten, auf die sich dieser berufen könnte.

M. war in verantwortlicher Stellung im Human Resources-Bereich der Bank X. tätig. Ab 1. Juni 2000 wurde ihm in den Unternehmensbereichen die Leitung des Personaldienstes der Region Nordschweiz übertragen. Dabei hatte er insbesondere die Betreuung und Beratung des Linienmanagements in allen Personalfragen wie insbesondere auch generelle Fragen der Salär-, Bonus- und Totalkompensationsgestaltung inne. Am 1. April 2004 wurde M. zusätzlich zu seiner Aufgabe als HR-Leiter der Region Nordschweiz die Verantwortung für die HR CRM-Einheiten der Regionen Mittelland, Zentralschweiz, Ostschweiz, Westschweiz, Genf und Tessin übertragen. M. war seit dem 1. Januar 1985 Direktor und seit 1. Januar 1991 Executive Director. Der Arbeitsvertrag vom 14. März 2000 sah mit Wirkung ab 1. Oktober 2000 ein Jahressalär von CHF 187'000.00 vor. Im Arbeitsvertrag war kein Bonus geregelt. M. erhielt jedoch seit dem Jahre 1974 regelmässig einen Bonus. Die Boni seit 1999 bis 2008 bewegten sich zwischen CHF 60'000.00 und CHF 125'000.00. In den letzten drei Jahren wurden ihm Boni von CHF 100'000.00 im 2006, von CHF 100'000.00 im 2007 und von CHF 65'000.00 im 2008 bezahlt.

Das Bonusreglement sah vor, dass Direktionsmitgliedern, deren Arbeitsverhältnis im Verlaufe eines noch nicht abgeschlossenen Geschäftsjahres in Folge reglementarischer Pensionierung ende, ein Bonus ausgerichtet werden könne, sofern die übrigen Voraussetzungen für die Bonuszahlung erfüllt seien. Beim Entscheid

über die Auszahlung eines Bonus an das einzelne Direktionsmitglied und bei der Festlegung der Höhe der individuellen Bonuszahlung stehe der Bank X. ebenfalls volles Ermessen zu. Im Rahmen der Ermessensausübung könne die Bank X. namentlich ihr Geschäftsergebnis, das Ergebnis der Unternehmensgruppe und deren Organisationseinheiten sowie die individuelle Leistung und das persönliche Verhalten des Direktionsmitglieds im massgebenden Geschäftsjahr angemessen mitberücksichtigen. Die individuelle Leistung des Direktionsmitglieds werde dabei nicht nur an den wirtschaftlichen Resultaten gemessen, sondern es werde ebenso berücksichtigt, ob unter anderem die Kundeninteressen im Sinne von Bank X. gewahrt würden, qualitativ hochstehendes Führungsverhalten, gute Teamarbeit und ein beruflich und persönlich korrektes Verhalten gegeben seien. Selbst wenn über mehrere aufeinanderfolgende Jahre ein Bonus ausgerichtet worden sei, könne dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen oder eine bestimmte betragliche Höhe des Bonus abgeleitet werden.

Anlässlich der Bonuszahlungen wurde M. jeweils mitgeteilt, dass es sich um eine freiwillige Leistung handle. Zudem wurde M. jährlich ein Compensation Statement ausgehändigt, worin das aktuelle Salär sowie der letztjährige Bonus angegeben wurden. Im Compensation Statement wurde ausgeführt: „Bank X. steht beim Entscheid über die Auszahlung eines Bonus an den einzelnen Arbeitnehmer und bei der Festlegung der Höhe der individuellen Bonuszahlung volles Ermessen zu. Der Bonus konnte folglich variieren. Im Rahmen der Ermessensausübung konnte die Bank X. namentlich ihr Geschäftsergebnis, das Ergebnis der Unternehmensbereiche, der Unternehmensgruppe und deren Organisationseinheiten sowie die individuelle Leistung und das persönliche Verhalten des Arbeitnehmers im massgebenden Geschäftsjahr angemessen mitberücksichtigen. Auch wenn über mehrere aufeinanderfolgende Jahre ein Bonus ausgerichtet worden ist, kann dadurch kein Anspruch auf künftige Zahlungen oder eine bestimmte betragliche Höhe des Bonus abgeleitet werden.“

M. arbeitete bis zum 3. Juli 2009. In der Folge bezog er bis Ende August 2009 einen Sabbatical. Ab 1. September 2009 war M. freigestellt. Es wurde ein Coach Prozess mit dem Ziel der vorzeitigen Pensionierung durchgeführt. Die vorzeitige Pensionierung wurde in Absprache mit M. auf den 30. April 2010 festgelegt. Mit Vereinbarung vom 17. bzw. 19. September 2009 wurde M. bis zum 30. April 2010 eine Nebenbeschäftigung bei der Bank Y. bewilligt, wobei vereinbart wurde, dass vom Jahresgehalt von CHF 130'000.00, das M. erhielt, monatlich CHF 5'000.00 an das Gehalt, das ihm die Bank X. weiterbezahlte, angerechnet wurden. Nach der frühzeitigen Pensionierung stellte M. fest, dass die Bank X. ihm für das Jahr 2009 keinen Bonus ausbezahlt hatte. Auf Intervention von M. erklärte die Bank X. mit Mail vom 5. Mai 2010, dass im 2009 nur knappe Geldmittel zur Verfügung gestanden seien, weshalb klare Schwerpunkte zu Gunsten der Topleistungsträger im Human Resources-Bereich zu setzen gewesen seien,

die das HR-Geschäft erfolgreich in die Zukunft führen würden. Dies habe zur Folge gehabt, dass zahlreichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für das vergangene Geschäftsjahr kein Bonus ausbezahlt worden sei. Sie hoffe jedoch auf sein Verständnis, da er als HR-Profi die Prozesse und Entscheidungsmechanismen von Bank X. bestens kenne.

Mit Klage vom 19. Mai 2010 beehrte M. die Verurteilung der Bank X. zur Zahlung eines Bonus von CHF 30'000.00 für die Zeit vom 1. Januar bis 31. August 2009 zuzüglich Zins ab 1. April 2010. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 16. September 2010 vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwogen hat:

1. Der Bonus ist im Obligationenrecht nicht geregelt. Er wird als Gratifikation nach Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil nach Art. 322 OR, der auch variabel sein kann (Art. 322a OR), oder als eine Mischform dieser beiden Leistungsarten behandelt. Die Qualifikation als Gratifikation setzt voraus, dass dem Arbeitgeber entweder im Grundsatz oder jedenfalls bei der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Das Ermessen steht dem Arbeitgeber dann zu, wenn er frei ist, dem Arbeitnehmer einen Bonus auszubezahlen und auch die Höhe des Bonus weder bestimmt noch aufgrund objektiver Faktoren bestimmbar ist. Vorliegend waren sich die Parteien einig, dass der Bonus gemäss Bonusreglement als eine Gratifikation anzusehen war. Dort ist klar und deutlich festgehalten, dass der Arbeitgeberin das erforderliche Ermessen zukommt. Zudem sind die dort genannten Faktoren, nach denen sich die Höhe des Bonus bestimmt, nicht in messbarer Form angegeben, sondern wird auf deren Beurteilung durch die Arbeitgeberin abgestellt. M. berief sich für seinen Anspruch auf Auszahlung des Bonus auf drei Punkte, nämlich dass der regelmässig angebrachte Freiwilligkeitsvorbehalt aufgrund der Auszahlung des Bonus in schlechten Jahren zur leeren Floskel verkommen sei. Zudem sei er im Vergleich zu anderen vorzeitig pensionierten Mitarbeitern, die er im Coach Prozess begleitet habe, diskriminiert worden, weil diese anders als er einen Bonus erhalten hätten. Zudem habe der Verwaltungsratspräsident in seiner Rede vor der Generalversammlung der Aktionäre der Bank X. AG ausgeführt, dass der Bonus sich aus vier Teilen zusammensetze und dem ersten Teil Lohncharakter zukomme.

2. Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 276 die Tatbestände aufgeführt, unter denen eine Gratifikation zum klagbaren Anspruch werden kann. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass nach dreimaliger vorbehaltloser Auszahlung einer Gratifikation diese zum klagbaren Anspruch wird. Nach dem genannten Bundesgerichtsurteils entsteht trotz regelmässigem Freiwilligkeitsvorbehalt ein Anspruch auf eine Gratifikation, wenn dieser Freiwilligkeitsvorbehalt jahrzehntelang angebracht wird und vom Vorbehalt nie Anspruch gemacht wird, obwohl die Voraussetzungen zur Auszahlung der Gratifikation nicht gegeben waren.

Vorliegend entgegnete die Bank X., dass die vom Kläger aufgeführten Jahre 2007 und 2008 zwar für die Gesamtbank mit Verlusten geendet habe, dass jedoch die Geschäftsbereiche, wo M. tätig war, mit CHF 9 bzw. 6 Mrd. Gewinn profitabel waren. Im 2009 wurde jedoch nur noch ein Gewinn von CHF 3.4 Mrd. ausgewiesen. Dass für die Frage, ob ein Bonus ausbezahlt wird oder nicht, nicht nur die Lage der Gesamtbank in Betracht zu ziehen ist, sondern auch die einzelnen Geschäftsbereiche, ergab sich klar sowohl aus dem Bonusreglement als auch aus dem Compensation Statement. Die Argumentation von M. war deshalb unbegründet. Hinzuzufügen war, dass aus dem erwähnten Bundesgerichtsurteil nicht klar wird, nach wie vielen Jahren, in denen ein Arbeitgeber vom Freiwilligkeitsvorbehalt keinen Gebrauch machte, obwohl er dazu Anlass gehabt hätte, ein Anspruch auf die Gratifikation entsteht. Dass eine Gratifikation, ohne dass die Voraussetzungen dazu vorlagen, während Jahrzehnten ausbezahlt worden sein muss (BGE 129 III 276 E. 2.3), scheint unverhältnismässig. Andererseits ist jedoch in Analogie zur Praxis des unterlassenen Freiwilligkeitsvorbehaltes eine Mindestdauer von drei Jahren vorauszusetzen, damit der Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass der Bonus nach Treu und Glauben vom Arbeitgeber voraussetzungslos versprochen ist.

3. Nach Art. 328 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu wahren. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der aus Art. 328 OR abgeleitet wird, darf der Arbeitgeber insbesondere bei freiwilligen Leistungen einen Mitarbeiter gegenüber einer Vielzahl von anderen Mitarbeitern, ohne dass sachliche Gründe dafür vorliegen, nicht schlechter stellen. Dabei muss aus dieser Schlechterstellung eine Geringschätzung des Arbeitnehmers hervorgehen. Vorliegend sah das Bonusreglement vor, dass für Direktionsmitglieder bei vorzeitiger Pensionierung Bonus ausbezahlt werden kann. Zudem stand der Arbeitgeberin das volle Ermessen zu. Die Arbeitgeberin konnte anlässlich der Hauptverhandlung eine Liste präsentieren, wonach zahlreichen anderen Mitarbeitern bei der vorzeitigen Pensionierung kein Bonus ausbezahlt wurde. Es stellte sich ohnehin die Frage, mit welchen anderen Angestellten die Situation von M. verglichen werden musste. Da er Direktionsmitglied war, hätte M. eine Vielzahl anderer Arbeitnehmer in derselben oder einer vergleichbaren Position, die vorzeitig pensioniert wurden, nennen müssen, was er jedoch nicht tat. Er berichtete lediglich davon, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit Kenntnis von Bonuszahlungen an vorzeitig Pensionierte erhalten habe. Dass es sich dabei um Direktoren oder andere Kaderpositionen gehandelt hat, behauptete M., der anwaltlich vertreten war, nicht.

4. Ferner berief sich M. auf die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten anlässlich der Generalversammlung. Aus dessen schriftlich vorliegender Rede ergibt sich, dass ein Bonus im Grunde vier Komponenten habe. Der erste Teil sei ein flexibler Lohnanteil, den man im Prinzip in den Grundlohn einbauen könnte. Das Gericht stellte fest, dass die Aussage des Verwaltungsratspräsidenten keine Leis-

tungszusage an M. enthielt. Zudem war sie nur ein Indiz bei der Beurteilung des Bonus der Bank X.. Aufgrund des Bonusreglements, dem Compensation Statement und dem Wissen von M. als verantwortlicher Leiter des HR-Bereiches war klar, dass es sich beim Bonus insgesamt um eine Gratifikation und damit um eine freiwillige Leistung handelte, die nur zum klagbaren Anspruch wurde, falls einer der Tatbestände vorlag, die das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung genannt hat. Dies war vorliegend nicht der Fall. Auch waren keine anderen Umstände vorhanden, die den Bonus zu einem klagbaren Anspruch werden liessen. Hinzu kam, dass die Bank X. durchaus sachliche Argumente vorbrachte, die eine willkürfreie Ausübung ihres Ermessens zeigte. Sie berücksichtigte, einerseits den Rückgang des Gewinns in den beiden Unternehmensbereichen. Hinzu kam, dass das Arbeitsverhältnis von M. zwar bis am 30. April 2010 dauerte, dass M. jedoch seinen letzten Arbeitstag am 3. Juli 2009 hatte und nach einem Sabbatical ab dem 1. September 2009 freigestellt wurde. Nicht zu berücksichtigen waren die anderweitigen finanziellen Vorteile, die die Bank X. M. zukommen liess und seiner Bonusforderung entgegenhalten wollte.

(GSGE vom 16.9.2010 in Sachen M. gegen Bank X.; GS 2010.152)

- 4.3. Art. 322, 322d, 330a OR. Ob eine Gewinnbeteiligung als Lohn oder Gratifikation zu behandeln ist, hängt davon ab, ob und wie viel Ermessen der Arbeitgeberin dabei zukommt. Aus dem Umstand, dass eine Personalverantwortliche Kenntnis davon hat, dass die Arbeitgeberin ihr Ermessen bei der Festlegung der Gewinnbeteiligung für andere Angestellte vertragswidrig ausübt, kann nicht auf eine stillschweigende Vertragsänderung ihr gegenüber geschlossen werden. Zu den Voraussetzungen für eine Zulassung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Zivilprozess. Eine einmalige Verletzung der Herausgabepflicht bezüglich eines Berechnungsblattes am Ende des Arbeitsverhältnisses durch eine Personalverantwortliche, um das vertragswidrige Verhalten der Arbeitgeberin bei der Berechnung der Gewinnbeteiligungen zu beweisen, berechtigt die Arbeitgeberin nicht dazu, das der Arbeitnehmerin vorher im Arbeitszeugnis als „stets korrekt“ attestierte Verhalten zu korrigieren.**

X. trat am 1. Januar 2004 als Personalleiterin bei der Bank Y. ein. Im Arbeitsvertrag wurden ein Gehalt von CHF 131'520.00 zuzüglich CHF 8'000.00 Pauschalspesen vereinbart. Zudem wurde bestimmt, dass sie an einem Gewinnbeteiligungssystem partizipiere. Die Kündigungsfrist betrug sechs Monate. Zudem war bestimmt, dass die jeweils gültigen internen Reglemente, Weisungen und Arbeitsanweisungen sowie die Bestimmungen der Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen einen integrierenden Vertragsbestandteil bildeten. Im Personalhandbuch wurden Ziele und Zweck des Management by objectives (MbO) umschrieben. Es hiess darin, die Bank Y. wolle damit das Vertrauensverhältnis zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern fördern. Ein offener Dialog solle das ge-

genseitige Verständnis weiter ausbauen, das beiderseitige Vertrauen stärken. Es werde der Beitrag jedes einzelnen Mitarbeiters an die Ziele der Bank Y. spezifiziert. Die gemeinsame Zielvereinbarung trage wesentlich zum Erfolg der Bank Y. bei. Deren vielversprechende Zukunft müsse vereint angepackt werden, was zur Stärkung und Anerkennung der Bank nach Aussen führen werde. Deshalb beteilige die Bank Y. alle Mitarbeiter innerhalb des gleichen Gewinnbeteiligungssystems am Geschäftsergebnis. Dadurch werde das unternehmerische Denken, die Identifikation und Loyalität der Mitarbeiter gefördert. Zu diesem Zweck wolle die Bank Y. die erbrachten Leistungen honorieren und gemeinsam die Ziele für die Zukunft festlegen. Zusammen mit einem marktgerechten Gehaltssystem und einem einheitlichen, transparenten und leistungsbezogenen Gewinnbeteiligungssystem schaffe die Bank Y. die Umgebung für herausragende Leistungen. Danach wurden die Bestandteile der Gewinnbeteiligung aufgeführt. Die Gewinnbeteiligung honoriere die Leistung des Einzelnen und der Gruppe. Mit dem einheitlichen und transparenten Gewinnbeteiligungssystem sei die zur Auszahlung gelangende Summe für den Mitarbeiter nachvollziehbar. Das Gewinnbeteiligungssystem habe drei Komponenten: das curriculum vitae, die ständigen Ziele, worunter die Arbeitsleistung, das Arbeitsverhalten, die Kooperation/Teambeitrag und das Führungsverhalten sowie die Jahresziele. Die Gewichtung und Bewertung der Zielerreichung erfolge aufgrund eines Punktesystems. Dieses unterschied zwischen maximal erreichbaren und erreichten Punkten. Die maximal erreichbaren Punkte richteten sich nach dem Gehalt des Inhabers der Funktion. Sie würden an der Zielvereinbarung festgelegt und die erreichten Punkte an der Schlussbesprechung besprochen. Bezüglich der Berechnung der Gewinnbeteiligung wurde ausgeführt, der zur Verteilung stehende Betrag werde nach einem festgelegten Mechanismus berechnet und durch die Geschäftsleitung bekannt gegeben. Diese Summe werde durch die Anzahl Punkte aller Mitarbeiter dividiert. Daraus ergebe sich der Wert pro erreichten Punkt. Die Auszahlung der Gewinnbeteiligung erfolge im April des Folgejahres. Falls ein Mitarbeiter im ersten Semester, d.h. bis 30. Juni eintrete, bestehe Anspruch auf die Hälfte der Gewinnbeteiligung. Eintritte im zweiten Semester erhielten im ersten Jahr keine Gewinnbeteiligung. Unter dem Titel Behandlung spezieller Arbeitsverhältnisse sowie Veränderungen von Arbeitsverhältnissen während eines Jahres wurden drei verschiedene Konstellationen geregelt: Im einem ersten Punkt bezüglich der Mitarbeiter mit befristeten Arbeitsverträgen und Mitarbeitern im Stundenlohn, im zweiten Punkt bezüglich Funktionsänderungen während eines Jahres und im dritten Punkt bezüglich Kündigungen von Seiten des Mitarbeiters. Dieser letzte Punkt lautete wie folgt: „Tritt ein Mitarbeiter im ersten Semester aus, hat er keinen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung des laufenden Jahres. Bei Austritten in der zweiten Jahreshälfte liegt es im Ermessen der Geschäftsleitung, ausserhalb der vorliegenden Regelungen einen Anteil am mutmasslichen Geschäftsergebnis zu sprechen.“

X. war als Personalleiterin mit den Punkteberechnungen für die Gewinnbeteiligung aller Mitarbeiter beauftragt. Zudem hatte sie auch Kenntnis der berechneten Gewinnbeteiligungen sowie der ausbezahlten Gewinnbeteiligungen. Die Gewinnbeteiligungsberechnung für das Jahr 2009 ergab für X. einen Betrag von CHF 9'738.73 brutto. Nachdem X. das Arbeitsverhältnis im Januar 2010 auf Ende Juli 2010 gekündigt hatte, bezahlte ihr die Bank Y. jedoch die errechnete Gewinnbeteiligung nicht aus.

Mit Klage vom 27. September 2010 beantragte X. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Bank Y. zur Zahlung von 9'738.00 brutto nebst Zins. Das Gericht hiess die Klage mit Urteil vom 2. Dezember 2010 vollumfänglich gut, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Die Beklagte brachte vor, dass X. das betreffende Berechnungsblatt am Ende des Arbeitsverhältnisses entwendet habe. Allerdings verband sie damit nicht die Forderung, das Berechnungsblatt dürfe im Prozess nicht verwendet werden. Davon abgesehen hätte das Berechnungsblatt ohnehin im Prozess Verwendung gefunden. Falls sich in einem Strafprozess die Frage nach dem Umgang mit rechtswidrig erlangten Beweismitteln stellt, so ist zunächst zu untersuchen, ob das Beweismittel auch auf legalem Wege hätte beigebracht werden können. Wäre dies der Fall, so würde sich die Verwertbarkeit des Beweismittels aufgrund einer Güterabwägung bestimmen. Sofern die im Rahmen der Beweismittelbeschaffung verletzten Rechtsgüter weniger stark als das Interesse an einer Wahrheitsfindung und Rechtsdurchsetzung zu gewichten wären, so wären die rechtswidrig erlangten Beweismittel verwertbar (BGE 131 I 272 E 4.1.2). In einem Zivilprozess findet letztlich nur diese Güterabwägung statt. Dabei gilt, dass Beweise grundsätzlich nicht verwertbar sind, die unter Verletzung der persönlichen Integrität, durch Drohung oder Gewaltanwendung erlangt wurden. Hingegen ist eine Verwendung eher möglich, wenn die Beschaffung durch die Verletzung von Rechtsgütern geschah, die allein das Vermögen schützen, wie dies beim Diebstahl einer Urkunde der Fall wäre (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2008, S. 261). Vorliegend ergab die rechtliche Analyse des Sachverhalts, dass sich die Bank Y. in deutlichem Widerspruch zu ihren vertraglichen Pflichten verhielt, so dass X. befürchten musste, die Bank Y. würde die ihr zustehende Gewinnbeteiligung mit allen Mitteln vorenthalten. Unter diesen Umständen konnte die allfällige Verletzung ihrer Herausgabepflicht kein Verwertungsverbot bezüglich der Gewinnbeteiligungsberechnung begründen.

2a. Ferner stellte sich Frage nach der rechtlichen Qualifikation der strittigen Gewinnbeteiligung. Eine Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmerin ist dann als Lohn zu betrachten, wenn der Arbeitgeberin keinerlei Ermessen bei der Frage, ob und wie viel auszubezahlen ist, zusteht. Hingegen stellt die Gewinnbeteiligung eine Gratifikation (Art. 322d OR) in dem Umfange dar, als die Arbeitgeberin nach ih-

rem Ermessen die Gewinnbeteiligung bestimmen darf. Das Gewinnbeteiligungssystem der Bank Y. sah vor, dass sie einen bestimmten Betrag als Gesamtgewinnbeteiligung, die unter alle Mitarbeiter zu verteilen war, festlegen konnte. Darin war Ermessen der Bank Y. zu erblicken. Die Berechnung der Gewinnbeteiligung der einzelnen Mitarbeiterin basierte auf einem Punktesystem. Die Punkte wurden aufgrund des curriculum vitae, der ständigen Ziele sowie der Jahresziele vergeben. Während bezüglich des Lebenslaufs eine genau bestimmte Punktezahl, die vergeben wurde, festgelegt war, wurde bezüglich der ständigen Ziele sowie der Jahresziele lediglich der maximale Anteil an der Gesamtpunktzahl festgelegt, der für die ständigen Ziele 80% und für die Jahresziele 20% betrug. Die ständigen Ziele setzten sich weitgehend aus weichen Faktoren wie Arbeitsleistung, Arbeitsverhalten, Kooperation und Teambeitrag sowie Führungsverhalten zusammen. Die Jahresziele hingegen massen sich an den Jahreszielen, die an den Zielvereinbarungsgesprächen bestimmt wurden und dabei objektiv messbar waren. Es ergab sich daraus, dass der Bank Y. bei der Punktevergabe ebenfalls ein weites Ermessen zustand. Ferner war bestimmt, dass der zur Verteilung stehende Betrag durch die Anzahl Punkte aller Mitarbeiter zu dividieren war, woraus sich der Wert pro erreichten Punkt ergab. Hinsichtlich dieser Berechnung hatte die Bank Y. keinerlei Ermessen.

Gemäss dem Personalhandbuch waren ferner noch die Frage des Eintritts des Mitarbeiters während des Jahres, die Behandlung spezieller Arbeitsverhältnisse und die Veränderungen des Arbeitsverhältnisses während des Jahres zu beachten: Eine Mitarbeiterin, die im ersten Semester kündige, habe keinen Anspruch auf die Gewinnbeteiligung des laufenden Jahres. Bei Austritt in der zweiten Jahreshälfte stehe es im Ermessen der Geschäftsleitung, ob der betreffenden Mitarbeiterin ausserhalb der vorliegenden Regelung ein Anteil am mutmasslichen Geschäftsergebnis zuzusprechen sei.

2b. Vorliegend wollte die Bank Y. der Forderung der Klägerin entgegenhalten, dass sie, weil sie seit ihrer Anstellung die Berechnung durchführte sowie die damit nicht übereinstimmende Auszahlung der Gewinnbeteiligungen aller Mitarbeiter kannte, auch über dieses von ihr zusätzlich ausgeübte Ermessen informiert gewesen sei. Allerdings stand fest, dass die Bank Y. der Klägerin jeweils die gemäss Personalhandbuch errechnete Gewinnbeteiligung und damit korrekt ausbezahlt hatte. Damit hatte sie sich gegenüber der Klägerin jeweils vertragsgemäss verhalten. X. musste daher bezüglich ihres eigenen Arbeitsverhältnisses nicht damit rechnen, dass die Bank Y. die Gewinnbeteiligung in Abweichung des Arbeitsvertrages festlegen und auszahlen würde. Ein von der Bank Y. bei anderen Arbeitnehmern bei der Festlegung der Gewinnbeteiligung vertragswidrig ausgeübtes Ermessen konnte daher im Verhältnis zur Klägerin nicht zum stillschweigend akzeptierten Vertragsinhalt geworden sein.

2c. Die Bank Y. enthielt der Klägerin die Gewinnbeteiligung für das Jahr 2009 nur deshalb vor, weil diese das Arbeitsverhältnis im Januar 2010 auf Ende Juli 2010 gekündigt hatte. Eine Kündigung, die nach dem Ende eines Bemessungsjahres für die Gewinnbeteiligung ausgesprochen wird, war jedoch kein von der Bank Y. im Arbeitsvertrag und Personalhandbuch vorbehaltenem Ausnahmegrund. In Ziffer 4.3 des Personalhandbuchs war lediglich die Kündigung einer Mitarbeiterin im laufenden Jahr als Ausschluss beziehungsweise Kürzungsgrund nach Ermessen der Geschäftsleitung aufgeführt. Damit verhielt sich die Bank Y. vertragswidrig, so dass der Klägerin die berechnete Gewinnbeteiligung zustand. Eine Kürzung oder Wegfall der Gewinnbeteiligung wäre nur zulässig gewesen, wenn im Arbeitsvertrag selber oder im Personalhandbuch ein entsprechender Vorbehalt vorhanden gewesen. Davon abgesehen hätte sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein solcher Vorbehalt nur auf eine Gratifikation, nicht jedoch auf Lohn beziehen können.

Die Bank Y. verlangte ferner, dass X. das ihr ausgestellte Arbeitszeugnis zurückgebe. Sie habe darin der Klägerin ein stets korrektes Verhalten bescheinigt. Da X. die Gewinnbeteiligungsberechnung nicht zurückgegeben und damit entwendet habe, habe sie ihr Vertrauen missbraucht. Daher sei die erwähnte Aussage im Arbeitszeugnis nicht mehr korrekt. Es trifft zu, dass eine Arbeitnehmerin am Ende des Arbeitsverhältnisses alle Geschäftsunterlagen der Arbeitgeberin herauszugeben hat (vgl. Art. 321b OR). X. hatte zweifellos diese Herausgabepflicht bezüglich des Gewinnbeteiligungsberechnungsblatts verletzt. Diese Verletzung war darin gerechtfertigt, dass X., nachdem sich die Bank Y. vertragswidrig verhalten hatte, damit rechnen musste, sie werde ihren Gewinnbeteiligungsanspruch nicht oder nur erschwert durchsetzen können. Damit handelte sie in berechtigter Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR). Doch selbst, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt wären, wäre die Mitnahme jedenfalls nachvollziehbar und verständlich gewesen, nachdem sich die Bank Y. ihr gegenüber vertragswidrig verhalten hatte. Unter diesen Umständen wäre das Verhalten der Klägerin zwar nicht korrekt, aber mit Blick auf das seit dem 1. Januar 2004 bestehende Arbeitsverhältnis ein Einzelfall. Der Ausdruck „stets korrekt“ in einem Arbeitszeugnis lässt durchaus zu, dass die Arbeitnehmerin sich einmalig und unter besonderen Umständen nicht korrekt verhalten hat. Deshalb bestand kein Anspruch der Bank Y. darauf, das Arbeitszeugnis in diesem Punkt zu korrigieren. Die Widerklage war in diesem Punkt abzuweisen. X. wurde jedoch bei ihrer Bereitschaft behaftet, weder Drittpersonen Einsicht in die Gewinnbeteiligungsberechnung zu gewähren noch dieses Blatt herauszugeben.

(GSGE vom 2.12.2010 in Sachen von X. gegen Bank Y; GS 2010.276)

5. Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)

- 5.1. **Art. 324 OR.** Der Arbeitnehmer bietet seine Arbeit gewöhnlich dadurch an, dass er sich zur vereinbarten Zeit beim Arbeitgeber zur Leistung der Arbeit einfindet. Wenn der Arbeitgeber seinem Angestellten (in casu Taxifahrer) täglich per SMS Ort und Zeit des Arbeitseinsatzes mitteilt, so hat nicht der Arbeitnehmer seine Arbeit anzubieten, sondern der Arbeitgeber diesen zur Arbeit anzubieten. Dies gilt auch nach Beendigung einer Arbeitsunfähigkeit, sobald der Arbeitgeber davon Kenntnis erlangt. Falls er dies unterlässt, schuldet er dem Arbeitnehmer dennoch den Lohn.

O. trat am 21. Juli 2006 bei der K. AG als Fahrer für Behindertentransporte ein. Die Parteien schlossen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ab. O. wurde am 24. April 2007 bei Verrichtung der Arbeit Opfer einer Straftat. Die dabei erlittene Körperverletzung führte zu einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit. Aufgrund der Arbeitsunfähigkeit richtete die SUVA Taggelder aus. Gemäss Unfallschein hat der behandelnde Arzt O. am 5. Juni 2007 mit Wirkung ab 4. Juni 2007 zu 50% arbeitsfähig geschrieben. Am 11. Juni 2007 erklärte derselbe Arzt O. ab 11. Juni 2007 erneut zu 100% arbeitsunfähig. Am 27. Juni 2007 erklärte er O. ab 1. bzw. 2. Juli 2007 zu 100% arbeitsfähig. Am 5. Juli 2007 will die K. AG O. einen Brief geschrieben haben, worin sie erklärte, sie habe nun erfahren, dass er bereits im Juni teilweise arbeitsfähig gewesen und ab dem 2. Juli 2007 zu 100% arbeitsfähig sei. Sollte sie von ihm in den nächsten Tagen nichts hören, so sei das Arbeitsverhältnis durch ihn aufgelöst. Sie behalte sich vor, von ihm Schadenersatz zu verlangen. O. seinerseits sandte am 19. Juli 2007 der K. AG ein Schreiben vom 17. Juli 2007 zu, in dem er feststellte, dass er weder sein Gehalt für Juni noch die SUVA-Gelder, die an sie weitergeleitet worden seien, von ihr erhalten habe. Er fordere sie hiermit schriftlich auf, die noch ausstehenden Löhne unverzüglich auf sein Konto zu überweisen. O. telefonierte am 27. Juli 2007 Sch. von der K. AG. Damals wurde ihm mitgeteilt, dass die K. AG für ihn keine Arbeit mehr habe und er sich für solche an die XX-Taxi-Unternehmung wenden solle.

Mit Klage vom 1. Juli 2008 verlangte O. die Verurteilung der K. AG zur Zahlung von vier Monatslöhnen im Umfang von CHF 13'074.00 nebst Zins zu 5% seit dem 31. August 2007. Mehrforderungen behielt er sich vor. O. ging davon aus, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt sei und die K. AG ihm keine Arbeit angeboten habe. Deshalb schulde sie ihm trotzdem den Lohn. Er habe sich bei den XX-Taxi gemeldet und dort eine Ausbildung als Taxichauffeur absolviert, jedoch keine Einsätze erhalten. Die K. AG andererseits war der Meinung, dass O. sich nicht mehr bei ihr für Einsätze gemeldet habe. Darin zeige sich, dass er das

Interesse am Arbeitsverhältnis verloren, dieses aufgelöst und keinen Anspruch auf Lohn mehr habe. Deshalb sei die Klage vollumfänglich abzuweisen. Das Gewerbliche Schiedsgericht verurteilte am 11. Dezember 2008 die K. AG zur Zahlung von CHF 8'600.10 netto Lohn zuzüglich Verzugszins, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Wenn ein Arbeitnehmer, nachdem er erkrankte oder verunfallte, wieder teilweise oder ganz arbeitsfähig wird, so hat er dies dem Arbeitgeber mitzuteilen und seine Arbeit anzubieten (BGE 115 V 437 E. 6a f). Der Arbeitnehmer bietet seine Arbeit gewöhnlich dadurch an, dass er sich zur vereinbarten Zeit bei der Arbeitgeberin zur Leistung der Arbeit einfindet (GSGer BS, BJM 2009, S. 108 E. a). Dies gilt in einem Arbeitsverhältnis, in welchem dem Arbeitnehmer ein fester Arbeitsplatz zugewiesen ist, an dem er seine Arbeit zu bestimmten Zeiten zu verrichten hat. Davon abweichend zu beurteilen sind Arbeitsverhältnisse ohne gleichbleibende Arbeitszeiten und fixen Arbeitsplatz.

1.1. Vorliegend wurde der Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberin jeweils am Vortag eines Einsatzes per SMS über Zeit und Ort des Einsatzes informiert. Unter diesen speziellen Verhältnissen ist es nicht der Arbeitnehmer der der Arbeitgeberin seine Arbeit anbietet, sondern diese, die den Arbeitnehmer zur Arbeit auffordert, indem sie ihm den Einsatz mitteilt. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, ob und wann die Arbeitgeberin von Seiten des Klägers Kenntnis davon hatte, dass er wieder arbeitsfähig sei. Die K. AG führte aus, sie sei vom Arzt von O. am 4. Juli 2007 durch Fax darüber aufgeklärt worden, dass dieser ab dem 2. Juli 2007 wieder arbeitsfähig sei. Sie durfte und musste diese Mitteilung als eine solche im Auftrag des Klägers ansehen. Sie hätte deshalb O. für die Zeit ab dem 5. Juli 2007, wie vor dem Unfall, per SMS Einsätze mitteilen müssen. Hingegen brauchte O. seine Arbeit nicht speziell anzubieten. Die K. AG will O. am 5. Juli 2007 ein Schreiben geschickt haben, in welchem sie ihm mitgeteilt habe, dass sie von seiner Arbeitsfähigkeit erfahren habe, dass sich O. aber nicht bei ihr gemeldet habe und dass sie, falls er seine Arbeitskraft weiterhin nicht anbiete, davon ausgehen werde, dass er das Arbeitsverhältnis auflöse. O. bestritt, dieses Schreiben erhalten zu haben. Die K. AG konnte nicht nachweisen, dass sie es verschickt und O. es empfangen hatte. Es war ungewöhnlich, dass die K. AG ein solches Schreiben nicht per Einschreiben versandte. Ob sie es nachträglich erstellt hatte, wie O. behauptete, brauchte nicht untersucht zu werden. Ferner wurde festgestellt, dass die K. AG in jenem Zeitpunkt die SUVA-Taggelder für den Monat Juni nicht an O. weitergeleitet hatte. Nach der Rechtsprechung ist ein Arbeitnehmer unter solchen Verhältnissen nicht verpflichtet, der Arbeitgeberin seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen (BGer 4C.222/2005 E. 5.3). Die K. AG überwies die ausstehenden Taggelder erst an den Kläger, als sie sein Schreiben vom 19. Juli 2007 erhalten hatte.

1.2. Am 27. Juli 2007 teilte die K. AG O. mit, sie habe für ihn keine Arbeit mehr. Damit kündigte sie das Arbeitsverhältnis. Eine Kündigung verlangt nicht die Verwendung des Wortes „kündigen“. Aus einer Kündigung muss jedoch unmissverständlich der Wille des Kündigenden hervorgehen, das Arbeitsverhältnis zu beenden (BGer 4C.151/2003 E. 4.3). Das Arbeitsverhältnis konnte mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten gekündigt werden. Ausgehend vom Telefonat vom 27. Juli 2007 konnte das Arbeitsverhältnis per Ende September 2007 aufgelöst werden.

1.3. Da die K. AG O. keine Arbeit mehr zur Verfügung stellen konnte, schuldete sie ihm nach Art. 324 OR dennoch den Lohn, wie wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte. Andererseits muss sich der Arbeitnehmer unter solchen Umständen Lohn anrechnen lassen, den er aus einer anderweitigen zumutbaren Arbeit erlangt oder hätte erlangen können, wenn er auf die Annahme einer solchen Arbeit nicht absichtlich verzichtet hätte (Art. 324 Abs. 2 OR). Die K. AG hatte anerkanntermassen O. an die XX-Taxi gewiesen. O. meldete sich dort in der Folge und absolvierte eine Ausbildung. Einsätze habe er keine erhalten. Die K. AG behauptete nicht das Gegenteil, obwohl Sch. auch dort Einsitz im Verwaltungsrat hatte. Stattdessen brachte sie drei Bestätigungsschreiben von anderen Taxihaltern bei, worin diese erklärten, sie hätten O. in jener Zeit als Taxichauffeur eingestellt, hätte er sich bei ihnen gemeldet. Andere Beweisanträge hat die K. AG in diesem Zusammenhang nicht gestellt. Aufgrund dieser Bestätigungsschreiben konnte nicht davon ausgegangen werden, dass O. die Möglichkeit einer zumutbaren Ersatzarbeit gehabt hätte. Es war nicht erwiesen, dass diese Taxihalter im damaligen Zeitpunkt Taxichauffeure suchten. Zudem fiel auf, dass der Taxihalter H. erklärte, er hätte O. damals wieder beschäftigt, obwohl er vorher bezüglich seiner Verfügbarkeit schlechte Erfahrungen gemacht habe. Dies waren deutliche Hinweise auf eine Gefälligkeitsbestätigung. Hinzu kam, dass die betreffenden Taxihalter nicht als Zeugen hätten befragt werden können. Einmal haben sie sich mit ihrer Erklärung bereits schriftlich festgelegt. Zudem konnten sie nichts über ein konkretes Arbeitsangebot an O. berichten. Ferner war den Fachrichtern des Gewerblichen Schiedsgerichts nicht bekannt, dass im betreffenden Zeitraum, während der Sommerferien, in Basel und Umgebung Taxichauffeure gesucht worden wären. Es wurde deshalb davon ausgegangen, dass O. keine Ersatzarbeit hätte finden können. Dies führte dazu, dass die K. AG O. den Lohn seit 5. Juli bis Ende September 2007 in voller Höhe bezahlen musste. Abgestellt wurde für den Tagesverdienst auf das auf 100% hochgerechnete Taggeld der SUVA. O. hatte einen Tagesverdienst pro Kalendertag von CHF 108.95. Sein Anspruch bezog sich auf 88 Tage. Dies ergab nach Abzug von 10,3% Sozialversicherungsbeiträgen ein Lohnbetreffnis von CHF 8'600.10 netto.

(GSGE vom 11.12.2008 in Sachen O. gegen K. AG; GS 2008.196)

- 5.2. Art. 16 Abs. 1, 115, 324 Abs. 2 OR. Das Schweigen eines Arbeitnehmers auf ein Bestätigungsschreiben der Arbeitgeberin bezüglich eines Aufhebungsvertrages konnte nicht als Zustimmung angesehen werden. Das Bestätigungsschreiben wurde jedoch als ordentliche Kündigung betrachtet. Lohnfortzahlung infolge Verzugs der Arbeitgeberin.**

Der Sanitärinstallateur B. schloss mit der Verleihfirma L. AG am 16.11.2007 sowohl einen Rahmenarbeitsvertrag als auch einen Einsatzvertrag für einen Einsatz ab 19.11.2007 bei der H. AG ab. Im Rahmenarbeitsvertrag war festgehalten, dass für jeden Arbeitseinsatz ein schriftlicher Einsatzvertrag erstellt werde. Zudem wurde eine dreimonatige Probezeit vereinbart, während welcher das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer siebentägigen Frist auf das Ende einer Arbeitswoche gekündigt werden konnte. B. war infolge Krankheit vom 14. bis 18.1.2008 arbeitsunfähig. Am 18.1.2008 rief er die L. AG an, um seine Arbeitsaufnahme für den darauf folgenden Montag anzukündigen. Dabei erklärte ihm die L. AG, er werde dort nicht mehr gebraucht. In der Folge sandte ihm die L. AG am 22.1.2008 eine Bestätigung zu, wonach das Arbeitsverhältnis per sofort im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst sei. Sie bat B., die Bestätigung zu unterzeichnen und an sie zurückzusenden, was dieser jedoch nicht tat. Mit Klage vom 20.6.2008 verlangte B. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der L. AG zur Zahlung von CHF 6'677.65 brutto nebst Zins, worin Lohn bis 1.2.2008, Ferienlohn sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Am 10.11.2008 wurde die L. AG zur Lohnzahlung von CHF 2'096.50 netto zuzüglich Zins für die Zeit bis 1.2.2008 an B. verurteilt, wobei Folgendes erwogen wurde:

Die L. AG wollte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit B. vereinbart haben, wofür sie beweispflichtig war. Zu untersuchen war, ob eine solche Vereinbarung in der Bestätigung vom 22.1.2008 zu erblicken war. B. hatte diese Bestätigung in Empfang genommen und sich dagegen nicht gewehrt. Er habe sich erhofft, dass ihm die Formulierung, die Arbeitsvertragsparteien hätten sich im gegenseitigen Einvernehmen voreinander getrennt, bei der Arbeitssuche eher behilflich sei, als wenn darin von einer Kündigung seiner Arbeitgeberin die Rede gewesen wäre. Das Schweigen des Empfängers eines Bestätigungsschreibens vermag allerdings nur im kaufmännischen Verkehr als eine Zustimmung zum bestätigten Sachverhalt gedeutet werden (BGE 114 II 250 E. 2a). Davon konnte hier keine Rede sein, umso mehr als der L. AG, einer in Sachen Regiearbeit versierten Firma, ein junger und unerfahrener Arbeitnehmer gegenüberstand. Hinzu kam, dass aufgrund des Rahmenarbeitsvertrags jeder Einsatzvertrag schriftlich abzufassen war. Darin war gemäss Art. 16 Abs. 1 OR ein Schrifterfordernis als Gültigkeitsvoraussetzung zu erblicken. Zwar können nach Art. 115 OR Verträge auch dann formfrei aufgehoben werden, wenn zum Abschluss die Beachtung einer Formvorschrift nötig ist. Indem die L. AG ihren Angestellten B. zur Unterzeichnung ihrer

Bestätigung aufforderte, erklärte sie jedoch den Gültigkeitsvorbehalt auch für die vertragliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses als massgebend. Da B. keine Unterschrift leistete, kam der Aufhebungsvertrag nicht gültig zustande. Im Übrigen hätte der Aufhebungsvertrag zwingende Vorschriften umgangen. Das Gericht interpretierte die Bestätigung der L. AG als Kündigung. Es ging aus ihr der Wille der L. AG hervor, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Allerdings war der Bestätigung nicht zu entnehmen, es lägen wichtige Gründe vor, die eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigten. Aus diesem Grund wurde vom Vorliegen einer ordentlichen Kündigung auf den nächstmöglichen Termin unter Einhaltung einer siebentägigen Kündigungsfrist ausgegangen. Die L. AG behauptete ferner, sie habe B., bevor sie das Bestätigungsschreiben abgefasst habe, eine Ersatzarbeit bei der Firma R. angeboten. Da dies bestritten und nicht rechtsgenügend nachgewiesen war, hatte B. gemäss Art. 324 OR gleichwohl Anspruch auf Lohn während der Kündigungsfrist. Auf diesen zwingenden Anspruch hätte B. im Falle eines Aufhebungsvertrages nicht verzichten können, weil ein eigenes, beachtliches Interesse des Arbeitnehmers an einer einvernehmlichen Auflösung auf diesen Zeitpunkt hin gefehlt hätte (WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in Festschrift Honsell, 2002, S. 365 f.).

(GSGE vom 10.11.2008 in Sachen von B. gegen L. AG; GS 2008.185; publiziert in: JAR 2009 S. 480)

- 5.3. **Stundenlohnvertrag: Angemessene Entschädigung während Kündigungsfrist**
(siehe unter Ziffer 13.1., S. 75)

- 5.4. **Ferienkompensation bei doppelt so langer Freistellung**
(siehe unter Ziffer 1.1., S. 2 und 5.1., S. 42)

- 6. **Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung**
(Art. 324a OR)

- 6.1. **Art. 20 AVG iVm. Art. 48a AVV. Eine Temporärfirma hat insbesondere die Vorschriften eines allgemeinverbindlichen GAV über die Lohnfortzahlung bei Krankheit, dem der Einsatzbetrieb untersteht, einzuhalten.**

6.2. Art. 324a OR, Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV 2008 für das Bauhauptgewerbe. Nach LMV ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, Arbeitnehmer für Arbeitsunfähigkeiten aus vorbestehenden Leiden generell schlechter zu versichern als für erstmals auftretende Krankheiten.

T. wurde durch die M. AG mit Einsatzvertrag vom 28.11.2008 mit Einsatzbeginn am 1.12.2008 bei der I. Bau AG als Kranführer eingesetzt. Im Einsatzvertrag wurde ausdrücklich angemerkt, dass die Einsatzfirma dem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag Bauhauptgewerbe unterstand. T. war vom 23.2. bis 21.4.2009 zu 100% arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit wurde der Krankentaggeld-Versicherung angemeldet, die in der Folge Taggelder zu je CHF 174.00 während 30 Tagen an die M. AG ausbezahlte. Für die Folgezeit verweigerte die Versicherung jedoch weitere Leistungen, wobei sie auf den Krankentaggeld-Versicherungsvertrag verwies. Darin war die Leistungsdauer für vorbestehende Leiden, die zu einer Arbeitsunfähigkeit führen, auf 30 Tage beschränkt. Mit Klage vom 4.8.2009 verlangte T. die Verurteilung der M. AG zur Zahlung von CHF 5'220.00 für die Zeit vom 23.3. bis 21.4.2009. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 9.11.2009 vollumfänglich gut. Die M. AG reichte gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht rechtzeitig Beschwerde ein, die sie jedoch nach Vorliegen der Vernehmlassung des Gewerblichen Schiedsgerichts zurückzog. Das Gewerbliche Schiedsgericht begründete sein Urteil darin wie folgt:

„Nach Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes haben Temporärfirmen, wenn die Einsatzfirma einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag untersteht, die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des betreffenden Gesamtarbeitsvertrages einzuhalten. Was darunter zu verstehen ist, definiert Art. 48a der Verordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVV). Unter Lohnbestimmungen fallen danach insbesondere die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR bei Krankheit des Arbeitnehmers sowie der Prämienanteil des Arbeitnehmers bei einer für ihn abgeschlossenen Krankentaggeld-Versicherung. Der Landesmantelvertrag 2008 sieht in Art. 64 vor, dass der Betrieb verpflichtet ist, die dem Landesmantelvertrag unterstellten Arbeitnehmer kollektiv für ein Taggeld von 80% des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR vollumfänglich abgegolten. In Absatz 3 dieser Vorschrift werden minimale Versicherungsbedingungen aufgeführt, die einzuhalten sind. Unter anderem wird bestimmt, dass die Versicherung 80% des Lohnes während 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinander folgenden Tagen zu entschädigen hat. Zudem habe sie Leistungen nach Art. 324a OR bei Arbeitnehmenden vorzusehen, für welche die Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter Vorbehalt versichert werden könnten.“

Nach Art. 324a OR ist der Arbeitgeber im Falle einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit dazu verpflichtet, diesem den Lohn während einer beschränkten Zeit weiter zu bezahlen, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens drei Monate gedauert hat. Werden durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessen längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Absatz 2). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Absatz 4). Der vorliegend anwendbare Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe hat von dieser Möglichkeit nach Art. 324a Abs. 4 OR Gebrauch gemacht, indem er bestimmt, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Krankentaggeld-Versicherung zu den genannten Leistungen zu versichern hat. Diese Leistungen werden nach der Rechtsprechung als gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR angesehen. Weder Art. 324a OR noch Art. 64 des Landesmantelvertrages des Bauhauptgewerbes unterscheiden danach, ob es sich beim gesundheitlichen Leiden, das zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers führt, um ein vorbestehendes oder um ein unabhängig von früher durchgemachten Krankheiten gesundheitliches Leiden handelt. In Art. 64 Abs. 3 lit. g des Landesmantelvertrages ist lediglich der Vorbehalt vorhanden, dass die Versicherung Leistungen nach Art. 324a OR vorzusehen habe, wenn der Arbeitnehmer für Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter einem Vorbehalt versichert werden könne. Es handelt sich dabei um eine Ausnahmebestimmung, die der Situation Rechnung trägt, dass im konkreten Fall eines Arbeitnehmers sich die Versicherung weigert, diesen aufgrund seines Gesundheitszustandes überhaupt zu versichern, oder nur bereit ist, dies unter einem Vorbehalt zu tun. Diese Vorschrift sieht jedoch nicht vor, dass der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer für den Fall eines vorbestehenden Leidens generell in Abweichung von Art. 64 Abs. 3 schlechter versichern kann als für die übrigen Leiden.

Vorliegend hatte die Krankentaggeld-Versicherung bezüglich dem Kläger beim Abschluss der Versicherung keinen Vorbehalt angebracht. Erst als der Arbeitnehmer erkrankte, erklärte sie nach Einholung von Informationen bei den Ärzten, dass es sich beim Leiden des Arbeitnehmers um ein Vorbestehendes handle, so dass ihre Leistungspflicht auf 30 Tage gemäss Krankentaggeld-Versicherungsvertrag beschränkt sei. Der Kläger gab in der Hauptverhandlung an, dass er an Arm- und Schulterschmerzen leide, die für seine Arbeitsunfähigkeit verantwortlich seien. Er habe bereits im Jahre 2006, als er bei einem anderen Arbeitgeber angestellt gewesen sei, unter vergleichbaren Schmerzen gelitten. Es war unter diesen Voraussetzungen überhaupt einmal fraglich, ob die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch ein vorbestehendes Leiden hervorgerufen wurde. Die Beklagte behauptete nicht, dass der Kläger diese im Jahre 2006 aufgetretenen

Schmerzen bei Abschluss des Krankentaggeld-Versicherungsvertrages hätte angeben müssen bzw. dass er dies nicht getan habe. Jedenfalls war festzustellen, dass die Versicherung ihm gegenüber keinen Vorbehalt angebracht hatte. Da sie Taggeldleistungen erbrachte, war sie offensichtlich nach wie vor bereit, ihn trotz dieses gesundheitlichen Leidens zu versichern. Dass sie einen Vorbehalt angebracht hätte, wenn sie vom Leiden des Arbeitnehmers beim Abschluss der Versicherung gewusst hätte, wurde weder behauptet noch wäre dies erwiesen. Es musste deshalb davon ausgegangen werden, dass die Versicherung nur deshalb keine weiteren Taggelder erbrachte, weil die Beklagte im Krankentaggeld-Versicherungsvertrag, den sie für alle ihre Arbeitnehmer abschloss, einen generellen Vorbehalt für vorbestehende Leiden aufnehmen liess. Damit verletzte sie den Gesamtarbeitsvertrag und musste dem Arbeitnehmer dafür Ersatz leisten, was er bei richtiger Erfüllung des Gesamtarbeitsvertrages durch die Beklagte von der Versicherung erhalten hätte. Dabei wurde, nicht zuletzt aufgrund der Erfahrung des Gerichts in solchen Fragen, angenommen, dass es der Beschwerdeführerin durchaus möglich gewesen wäre, ihre Arbeitnehmer bei der betreffenden Versicherung oder sonst bei einem anderen Versicherungsunternehmen auch für Arbeitsunfähigkeiten aufgrund vorbestehender Leiden unter den Anforderungen in Art. 64 Abs. 3 des Landesmantelvertrages zu versichern. Die von der Beschwerdeführerin auf die entsprechende Frage des Gerichts geäußerte gegenteilige Behauptung war nicht fundiert und darüber hinaus, wie die Beschwerdeführerin selber erklärte, auch nicht belegt. Aus diesen Gründen war die Klage, mit der der Kläger für die Zeit vom 23.3. bis und mit 21.4.2009 und damit 30 Taggelder zu CHF 174.00, insgesamt CHF 5'220.00, geltend machte, vollumfänglich gutzuheissen.“

(GSGE vom 9.11.2009 in Sachen T. gegen M. AG; GS 2009.246; publiziert in: JAR 2010 S. 456)

6.3. + 6.4. Art. 324a OR, Art. 212 GAV für die grafische Industrie 2005-2008. Begründeter Missbrauchverdacht bezüglich gemeldeter Arbeitsunfähigkeit mit Bezug allein auf den Arbeitsplatz, die vom Arbeitnehmer am Tag nach seiner Kündigung für die gesamte Kündigungsfrist geltend gemacht wird. Zu den Folgen einer unberechtigterweise verweigerten vertrauensärztlichen Untersuchung.

S. trat am 1.11.2007 als Polygraf in die Einzelfirma V. Druck ein und kündigte das Arbeitsverhältnis am 28.2.2008 auf den 31.3.2008. Am 29.2.2008 begab er sich in ärztliche Behandlung beim Psychiater Dr. J., der ihn gleichentags wegen einer reaktiven Depression für voraussichtlich vier bis fünf Wochen zu 100% arbeitsunfähig schrieb. Auf dem Arztzeugnis vermerkte Dr. J., dass die Erkrankung von S. in engem Zusammenhang mit den unzumutbaren Arbeitsbedingun-

gen stehe. Er habe ihm deshalb aus medizinischen Gründen dringend geraten, die bereits vorgenommene Kündigung nicht zurückzuziehen. Die Prognose sei günstig. Der Arbeitgeber, der glaubte, er habe S. am 28.2.2008 gesund in den Feierabend gehen sehen, zweifelte an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Am 11.3.2008 schickte er ihn zu seinem Vertrauensarzt. S. suchte den Vertrauensarzt nicht auf. Als V. ihm den Märzlohn nicht bezahlte, klagte er am 12.9.2008 diesen Lohn beim Gewerblichen Schiedsgericht ein, das die Klage am 13.11.2008 aus folgenden Erwägungen abwies:

Auf das Arbeitsverhältnis fand der Gesamtarbeitsvertrag für die grafische Industrie der Jahre 2005-2008 Anwendung. „Bei Arbeitsunfähigkeit infolge ärztlich ausgewiesener, unverschuldeter Krankheit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnzahlung durch den Arbeitgeber von 100% des vollen Nettolohnes während längstens 720 Tagen pro Fall“ (Art. 212 Ziff. 1 GAV). Der GAV sieht in Art. 212 Ziff. 2 weiter vor, dass der Arbeitnehmer, wenn seine krankheitsbedingte Abwesenheit länger als drei Tage dauert, dem Arbeitgeber innert vier Tagen ein Arzzeugnis zuzustellen habe. Nach Ziff. 3 kann der Arbeitgeber bei begründetem Verdacht von Missbrauch eine Untersuchung durch einen Vertrauensarzt anordnen. Vorliegend durfte V. von einem solchen Missbrauchsverdacht ausgehen. Auffällig war, dass S. am 28.2.2008 das Arbeitsverhältnis selber kündigte, um am darauffolgenden Tag einen Arzt aufzusuchen, der ihn für die nächsten vier bis fünf Wochen und damit für die gesamte Kündigungsfrist arbeitsunfähig schrieb. Auch bestritt S. vor Gericht nicht, dass er auf den Beklagten am Feierabend des 28.2.2008 noch gesund gewirkt habe. Arbeitsunfähigkeiten werden durch Arbeitnehmer häufig gegen Ende eines Arbeitsverhältnisses geltend gemacht und erregen namentlich dann eine begründeten Missbrauchsverdacht, wenn der Arbeitnehmer vorher keine Krankheitsanzeichen aufwies. Die vorliegend festgestellten Verdachtsmomente wurden durch das von Dr. J. ausgestellte Arzzeugnis bestätigt, wonach der Kläger an einer reaktiven Depression aufgrund der Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz beim Arbeitgeber erkrankt sei und die Depression allein im Zusammenhang mit seinem Arbeitsplatz stehe. Aus diesen Gründen durfte V. eine Untersuchung durch seinen Vertrauensarzt verlangen.

Als Grund für seine Weigerung, sich vom Vertrauensarzt von V. untersuchen zu lassen, gab S. an, dieser sei bloss Allgemeinmediziner und nicht Psychiater gewesen. Da die behauptete Depression allein im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen bei V. aufgetreten sein soll und deshalb auf Seiten des Vertrauensarztes keine psychiatriespezifischen Kenntnisse zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit voraussetzte, hätte sich S. der verlangten Untersuchung gleichwohl unterziehen müssen. Davon abgesehen hätte er den Arbeitgeber, wenn er schon eine Untersuchung durch einen Psychiater wünschte, darüber informieren müssen, was er jedoch unterliess. Dadurch nahm er dem Beklagten die Möglichkeit, seine Behauptung, er sei arbeitsunfähig, überprüfen zu lassen und gegebenenfalls

das Gegenteil zu beweisen. Allerdings konnte aus der unbegründeten Weigerung von S. noch nicht gefolgert werden, dass er keinen Anspruch auf den Märzlohn hatte. Sofern er trotz der Zweifel am eingereichten Zeugnis hätte nachweisen können, dass er effektiv arbeitsunfähig war, hätte er Anspruch auf Lohnfortzahlung gehabt. S. hatte jedoch nichts unternommen, um die Arbeitsunfähigkeit anderweitig zu beweisen, insbesondere auch keinen weiteren Psychiater zur Bestätigung der Erstdiagnose kontaktiert. Weitere Beweise lagen zu seinen Gunsten nicht vor. Das Gericht sah von einer amtlichen Erkundigung bei Dr. J. ab, weil dieser nicht mehr bestätigen konnte, als was er bereits in seinem Arzzeugnis angegeben hatte. Daher blieben die beachtlichen Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bestehen. Unter diesen Umständen wurde S. ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für den Monat März 2008 abgesprochen.

(GSGE vom 13.11.2008 in Sachen S. gegen V. Druck; GS 2008.270; publiziert in: JAR 2009 S. 482)

6.5. Art. 82, 324a, 337c Abs. 3, 357 Abs. 2 OR. Aus dem „Anrecht auf Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall, Militärdienst und anderer unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung während 720 Tagen“ gemäss Arbeitsvertrag darf vom Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ein Anspruch auf volle Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verstanden werden. Der Verweis auf den LMV für das Bauhauptgewerbe kommt dabei nicht zum Tragen, da die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall im Einzelarbeitsvertrag besonders und für den Arbeitnehmer günstiger geregelt wird. Ein Arbeitnehmer ist nach Art. 82 OR p.a. befugt, die Leistung von Arbeit zu verweigern, solange sich die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet. Vor der Arbeitsverweigerung wegen Lohnrückständen hat der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin entsprechend abzumahnern. Eine fristlose Kündigung, die die Arbeitgeberin wegen einer Arbeitsverweigerung infolge Lohnrückständen ausspricht, auf die sie aus den Umständen schliessen muss, ist ungerechtfertigt. Zu Charakter und Bemessung einer Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung.

D. war gemäss Arbeitsvertrag vom 4. April 2007 seit dem 1. April 2007 bei der T. GmbH, einem Bauschalungsunternehmen, als Bauarbeiter der Lohnklasse B angestellt. Vom 30. Januar bis zum 22. Februar 2008 erschien er nicht zur Arbeit. Da ein erstes Arzzeugnis ihm nur bis zum 3. Februar 2008 eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bescheinigte, wurde er mit Schreiben vom 4. resp. 7. und 21. Februar 2008 zur umgehenden Kontaktnahme gemahnt. Nachdem der Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis mit Bescheinigung einer Arbeitsunfähigkeit bis zum 22. Februar 2008 nachgereicht hatte, am 25. Februar 2008 aber wiederum nicht zur Arbeit erschienen war, teilte ihm die T. GmbH mit Schreiben vom gleichen Tag mit, dass sie sein Verhalten als fristlose Kündigung seinerseits werte. Mit Schreiben vom 27. Februar 2008 protestierte der Arbeitnehmer gegen diese

„fristlose Kündigung“ seitens der Arbeitgeberin und bestritt, die Arbeit zu irgendeinem Zeitpunkt verweigert zu haben. Vielmehr habe er am 26. und 27. Februar 2008 seine Arbeitsleistung persönlich angeboten. In der Folge stellte die T. GmbH mit Schreiben vom 7. März 2008 klar, dass sie nicht gekündigt habe, sondern sein unentschuldigtes Fernbleiben als fristlose Kündigung seinerseits betrachtet habe. Aufgrund seines Schreibens gehe sie nun aber davon aus, dass er von einer Kündigung absehen wolle. Sie erwarte, dass er pünktlich zur Arbeit erscheine, ansonsten das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst werden müsse. Mit Schreiben vom 13. März 2008 sprach sie die fristlose Kündigung aus, da der Arbeitnehmer weder zur Arbeit erschienen sei noch sich gemeldet habe. In der Folge ist es zu Verhandlung zwischen der Beschwerdeführerin und der Gewerkschaft Unia gekommen, in deren Verlauf die Arbeitgeberin die Kündigung zurückgenommen hat. Mit Schreiben vom 25. März 2008 verwarnte die T. GmbH den Arbeitnehmer erneut, da er der Arbeit unentschuldig ferngeblieben sei, und drohte ihm für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung an. Diese sprach sie dann mit Schreiben vom folgenden Tag aus.

Mit Klage vom 31. März 2008 verlangte D. die Verurteilung der T. GmbH zur Zahlung von insgesamt CHF 18'257.00 zuzüglich Zins. Mit Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 20. Oktober 2008 wurde die T. GmbH verurteilt, D. CHF 13'658.86 netto (wovon CHF 5'000.00 Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR) nebst Zins zu bezahlen.

Das Appellationsgericht hiess am 14. April 2009 eine von der T. GmbH dagegen erhobene Beschwerde in einem Nebenpunkt gut, wies sie im Übrigen jedoch ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.1** Das Gewerbliche Schiedsgericht hat dem Beschwerdegegner für den Zeitraum bis zum 30. Januar 2008 die geltend gemachte Differenz des Lohnes von CHF 498.70 brutto zugesprochen. Diesen Betrag hatte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner während dessen krankheitsbedingten Absenzen vom Lohn abgezogen. Die Beschwerdeführerin hält an diesem Vorgehen mit der Begründung fest, dass während krankheitsbedingten Absenzen nur Anspruch auf einen Lohnanspruch im Umfang von 80 % bestehe. Demgegenüber stellt sich das Gewerbliche Schiedsgericht auf den Standpunkt, dass die Parteien im Arbeitsvertrag eine volle Lohnfortzahlung vereinbart hätten.

2.2 Gemäss Ziff. 5 des Arbeitsvertrages vom 4. April 2007 hat der Beschwerdegegner „Anrecht auf Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall, Militärdienst und anderer unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung während 720 Tagen“. In Ziff. 8 des Vertrages wird „für alle hier nicht speziell erwähnten Anstellungsbedingungen“ auf das Obligationenrecht oder den Gesamtarbeitsvertrag (GAV) verwiesen. Aufgrund der ausdrücklichen Regelung im Einzelarbeitsvertrag (EAV) ist daher eine volle Lohnfortzahlung im

Krankheitsfall vereinbart worden. Zu keinem anderen Schluss führen kann auch die von der Beschwerdeführerin angerufene teleologische Auslegung des Vertrages, zumal sie keine Umstände oder konkreten Anhaltspunkte nennt, aus welchen sich schliessen liesse, dass die Parteien eine bloss reduzierte Lohnfortzahlung gewollt hätten. Die betreffende Vertragsbestimmung ist zwar möglicherweise unklar formuliert worden, was die Beschwerdeführerin indessen mitzuverantworten hat, zumal sie diese selbst vorgegeben hat. Der Beschwerdegegner durfte den Vertrag nach Treu und Glauben dahingehend verstehen, dass im Krankheitsfall ein Anspruch auf volle Lohnfortzahlung besteht. Der im Vertrag enthaltene Verweis auf das Gesamtarbeitsvertragsrecht kommt dabei nicht zum Tragen, da die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall im EAV besonders geregelt wird und ein Verweis auf den Landesmantelvertrag (LMV) nach dem Willen der Parteien nur erfolgen soll, soweit der EAV eine Anstellungsbedingung nicht selber regelt. Damit haben die Parteien in Abweichung vom LMV eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall getroffen, was gemäss Art. 357 Abs. 2 i.f. OR zulässig ist. Dies gilt auch im Verhältnis zum vorliegend relevanten Art. 64 des allgemeinverbindlich erklärten LMV für das Bauhauptgewerbe (Günstigkeitsprinzip; vgl. BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 402 ff.; BGer, 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005, E. 4.3).

2.3 Aus vorstehender Erwägung folgt, dass der Beschwerdegegner während der Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf volle Lohnfortzahlung hat. Aufgrund der nicht bestrittenen Berechnung des Nettolohnes mit Abzug von 11,9 % ergibt sich für den Zeitraum bis zum 30. Januar 2008 ein Nettolohnanspruch des Beschwerdegegners von CHF 439.35.

[...] **5.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet im Weiteren die übrige Lohnforderung des Beschwerdegegners für den Monat März 2008.

5.2 Unbestritten und erstellt ist, dass der Beschwerdegegner am 18. und 19. März 2008 gearbeitet hat. Für diese beiden Arbeitstage ist denn auch der Betrag von CHF 427.50 (brutto) auf der Lohnabrechnung März 2008 ausgewiesen. Die Beschwerdeführerin wollte diesen indessen mit einer Konventionalstrafe wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Arbeit verrechnen. Die Vorinstanz hat daher erwogen, dass die mit Schreiben vom 13. März 2008 ausgesprochene fristlose Kündigung zufolge Nichterscheins von der Beschwerdeführerin zurückgenommen worden ist. Ob dies zutreffend ist, kann vorliegend offen bleiben, da die Berufung auf die betreffende Kündigung seitens der Beschwerdeführerin ohnehin einem widersprüchlichen rechtsmissbräuchlichen Verhalten gleichkäme. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat im Weiteren erwogen, es erscheine fraglich, ob die mit Schreiben vom 26. März 2008 ausgesprochene fristlose Kündigung überhaupt möglich gewesen sei, nachdem der Beschwerdegegner die Verwarnung vom Vortag wohl noch gar nicht erhalten habe. Diese Frage hat es indessen offen gelassen und ein Leistungsverweigerungsrecht des Beschwerdegegners angenommen. Dieser begründe sein Nichterscheinen zur Arbeit am 25. März 2008 nämlich damit, dass er keinen Lohn für den Monat Februar erhalten habe und die Beschwerdeführerin

anerkenne einen Lohnanspruch für den 1. Februar 2008. Deren geltend gemachte Verrechnungsforderung sei indessen – wenn überhaupt - erst mit der fristlosen Kündigung am 26. März 2008 entstanden. Die Beschwerdeführerin habe sich im Verzug befunden.

5.3 Die Beschwerdeführerin hält dafür, dass sie aufgrund der damaligen Beweislage nicht von ausstehendem Lohn für den Monat Februar habe ausgehen müssen. Mit dem von Dr. M. ergänzten Arztzeugnis des Kantonsspitals Liestals sei sie erst im Besitz einer „unspezifizierten Handnotiz“ gewesen, welche zur Begründung der Lohnfortzahlungspflicht nicht habe genügen können. Der Beschwerdegegner habe den Verzug überdies erstmals in der Hauptverhandlung geltend gemacht. Eine Arbeitsverweigerung wegen Arbeitgeberverzugs sei zudem nur nach erfolgter Abmahnung möglich, welche indessen nicht erfolgt sei.

5.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer in analoger Anwendung von Art. 82 OR befugt, die Leistung von Arbeit zu verweigern, solange sich der Arbeitgeber mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet (vgl. BGE 120 II 209 E. 6a S. 212). Das Bundesgericht hat aber festgehalten, dass eine Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zur Begründung einer Arbeitsverweigerung gegen Treu und Glauben verstosse, wenn der Arbeitnehmer die Einrede ursprünglich nicht erhoben hat und die Arbeitsleistung tatsächlich nicht aufgrund ausstehender Lohnansprüche sondern aus anderen Gründen verweigert wird (BGer, 4C.222/2005 vom 27. Oktober 2005, E. 5.4). Eine Pflicht zur Abmahnung vor dem Rückhalt der eigenen Leistung respektive vor der Ausübung des obligatorischen Retentionsrechts kann möglicherweise nicht aus Art. 82 OR selbst abgeleitet werden. Das Arbeitsgericht Zürich verlangt dennoch vor der Arbeitsverweigerung wegen Lohnrückständen zunächst eine Abmahnung und eine Verweigerungsandrohung (JAR 1999, S. 137). Dem entspricht, dass der Arbeitgeber mit der ausgebliebenen Lohnzahlung nur dann automatisch in Verzug gerät, wenn ein Fälligkeitstermin durch Abrede bestimmt ist, es ansonsten dazu aber einer Mahnung bedarf (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 323 N 3).

5.5 Die Beschwerdeführerin verkennt, dass sie im Besitz der Bestätigung der nicht bestrittenen Arbeitsunfähigkeit bis zum 3. Februar 2008 durch das Kantonsspital Liestal war. Mindestens der Lohnfortzahlungsanspruch bis zu diesem Zeitpunkt und insbesondere für den Arbeitstag des 1. Februars 2008 war daher offensichtlich. Diesem Anspruch stand am 25. März 2008 klarerweise auch keine Verrechnungsforderung gegenüber. Fraglich ist hingegen, ob der Beschwerdegegner den Lohnrückstand in genügender Weise geltend gemacht hat. In der Hauptverhandlung hat er vorgebracht, er sei im Büro gewesen und habe Geld gewollt. Er sei aber weggeschickt worden. Nach den beiden Arbeitstagen vom 18. und 19. März sei die Baustelle zu gewesen. Es sei ihm nicht mitgeteilt worden, er müsse auf eine andere Baustelle. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat daraufhin zwar das Arbeitsangebot, nicht aber die Lohnforderung bestritten. Geltend gemacht wurde nur, dass der Februarlohn wegen der Ungewissheit über die Krankheit

nicht bezahlt worden sei. Eine solche Ungewissheit bestand aber zumindest für den 1. Februar 2008 nicht. Schliesslich liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdegegner die Arbeit aus anderem Grunde niedergelegt hätte. Hinzu kommt, dass das Vorgehen der Beschwerdeführerin übereilt war, da sie mit dem Zugang ihrer am 25. März 2008 ausgesprochenen Kündigungsandrohung zumindest im Zeitpunkt des Arbeitsbeginns am folgenden Tag nicht rechnen durfte. Die Kündigung bereits am 26. März 2008 erscheint daher als widersprüchliches Verhalten. Die Vorinstanz ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Beschwerdegegner am 25. März 2008 zur Niederlegung der Arbeit berechtigt und die fristlose Entlassung somit unberechtigterweise ausgesprochen worden ist.

[...] **6.1** Nach Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Sie hat nach herrschender Lehre den Doppelcharakter einer Rechtsverletzungsbusse sowie einer Genugtuung (vgl. statt vieler REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 363). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in aller Regel eine Entschädigung geschuldet. Eine solche ist nur zu verweigern, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen (vgl. BGE 133 III 657 E. 3.2 S. 659 f., 121 III 64 E. 3c S. 68 f. und 120 II 243 E. 3e S. 247 f.; BGer, 4C.395/2005 vom 1. März 2006, E. 7.1 m.w.H.)

6.2 Die Vorinstanz hat dem Beschwerdegegner eine Entschädigung von CHF 5'000.00 zugesprochen. Diese wird nicht substantiiert bestritten. Soweit in der Replik geltend gemacht wird, dass die Vorinstanz das Fehlverhalten des Beschwerdegegners und dessen „fehlende Anciennität im Betrieb gänzlich ausser Betracht“ lasse, ist festzuhalten, dass die Entschädigung rund einem Monatslohn entspricht und somit unter dem praxisgemäss üblichen Ausgangsbetrag von drei Monatslöhnen liegt (vgl. AGE 986/2002 vom 18. März 2003; Rechtsprechungsbericht GSG 2000-2002, S. 73 ff.). Auch eine eigentliche Provokation der Kündigung, welche einen ausnahmsweisen Verzicht auf eine Entschädigung rechtfertigen könnte, liegt nicht vor (vgl. BGer, 4C.231/2002 vom 11. September 2002). Jedenfalls hat das Gewerbliche Schiedsgericht sein Ermessen bei der Festsetzung der Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR nicht überschritten. [...]“

(AGE vom 14.4.2009 in Sachen T. GmbH gegen D.; Verf.Nr. 991/2008; GS 2008.86)

7. **Art. 325, 341 Abs. 1 OR. Das Abtretungsverbot begründet kein Verzichtsvorbot, weil es sich ausdrücklich nur auf künftige, nicht aber bereits fällig gewordene Lohnansprüche bezieht. Der Verzicht des Arbeitnehmers auf den 13. Lohn nach der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin war gültig und kein Willensmangel des Angestellten feststellbar.**

D. war seit dem 1. September 2007 beim Uhrenunternehmen M. SA als Kommunikationsverantwortlicher angestellt. Der Arbeitsvertrag sah einen 13. Monatslohn vor. Am 20. November 2008 führte D. mit der Arbeitgeberin am Vormittag ein Gespräch bezüglich der Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Aufgrund der wirtschaftlich schwierigen Lage kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mündlich. Am Nachmittag desselben Tages bat sie D. um Verzicht auf den bereits fällig gewordenen 13. Monatslohn. D. unterschrieb eine entsprechende vorbereitete Erklärung, in der keinerlei Bedingungen für diesen Verzicht enthalten waren.

Mit Klage vom 19. Oktober 2009 verlangte D. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der M. SA zur Zahlung des 13. Monatslohnes im Umfang von CHF 7'000.00. Das Gericht wies die Klage am 3. Dezember 2009 vollumfänglich ab, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Nach Art. 341 OR kann ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach nicht auf Ansprüche verzichten, die sich aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben. Lohnansprüche sind grundsätzlich nicht zwingend, so dass darauf verzichtet werden kann. Zwingend sind regelmässig Mindestlöhne aus Gesamtarbeitsverträgen, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Überstundenlohn nach Art. 321c Abs. 3 OR, ferner der Ferienlohn sowie Ansprüche auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit nach dem Gleichstellungsgesetz. Hingegen begründet das Abtretungsverbot nach Art. 325 OR nicht auch ein Verzichtsvorbot, weil sich jenes ausdrücklich nur auf künftige Lohnforderungen, nicht aber fällige Lohnansprüche bezieht. Ein Arbeitnehmer kann deshalb auf den 13. Monatslohn, soweit er sich aus einem Einzelarbeitsvertrag ergibt, durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber rechtsgültig verzichten, sofern daran keine einschränkenden Voraussetzungen geknüpft werden. Der Arbeitnehmer konnte sich daher vorliegend nicht auf Art. 341 OR berufen.

2. D. machte hingegen geltend, dass er den Verzicht nur unter drei Bedingungen erklärt habe, nämlich erstens, dass alle Mitarbeiter denselben Verzicht unterschreiben würden, zweitens, dass keine Mitarbeiter entlassen würden, und drittens, dass die Lieferanten bezahlt würden. Die Arbeitgeberin habe nicht von allen Angestellten die Zustimmung zum Verzicht des 13. Monatslohnes erhalten. Auch habe sie der ersten Mitarbeiterin zwei Monate später gekündigt. Zudem

seien verschiedene Lieferanten nicht bezahlt worden. Die Bedingungen habe er deshalb gestellt, weil er gewollt habe, dass andere Angestellte mit Kindern den 13. Monatslohn erhielten. Zudem habe er bei den Lieferanten auf Geheiss der Arbeitgeberin kurze Fristen und tiefe Preise aushandeln müssen und habe deshalb erwarten dürfen, dass die M. SA die Lieferanten auch tatsächlich bezahlte. Dabei sei auch sein Ruf bei diesen Lieferanten auf dem Spiel gestanden.

2a. Wer beim Abschluss eines Vertrages einem Willensmangel unterliegt, kann die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages geltend machen, wenn es ihm gelingt seinen Irrtum, seine Täuschung, oder den Vertragsabschluss infolge Furchterregung nachzuweisen. Ein Grundlagenirrtum liegt vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betrifft, der vom Irrtenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Bezieht sich dagegen der Irrtum nur auf den Beweggrund zum Vertragsabschluss, so ist er nicht wesentlich (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 OR). Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des anderen Vertragspartners zum Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR).

2b. Vorliegend enthielt die Verzichtserklärung von D. überhaupt keine Bedingungen. Der Arbeitnehmer konnte keine Beweise nennen, mit denen er die Abhängigkeit des Verzichts von bestimmten Voraussetzungen hätte aufzeigen können. Bereits aus diesem Grund musste davon ausgegangen werden, dass er den Verzicht voraussetzungslos erklärt hatte, was zur Abweisung der Klage führen musste. Hinzu kam, dass sich die M. SA wie viele Unternehmen in der Uhrenbranche aufgrund der Weltwirtschaftskrise in einer schwierigen Lage befunden hatte. Sie versuchte mit verschiedenen Massnahmen das Überleben der Firma zu sichern. Dazu gehörten auch allfällige Lohnverzichte der Arbeitnehmer. Da D. diesen Verzicht erst einging, nachdem die M. SA das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt hatte, konnte zwischen der Kündigung und seinem Verzicht auf den 13. Monatslohn kein Zusammenhang erblickt werden. Offensichtlich versuchte die M. SA in der Folge ihr Möglichstes, um ihr Überleben zu sichern. Es gelang ihr dabei nicht, von allen Mitarbeitern die Zustimmung zum Verzicht auf den 13. Monatslohn zu erhalten. Da sich ihre Bemühungen letztlich als erfolglos erwiesen, musste sie dennoch nach zwei Monaten eine erste Kündigung aussprechen. Zudem liegt es nahe, dass eine Arbeitgeberin zunächst ihren Angestellten den Lohn bezahlt, bevor sie ihre Lieferanten-Rechnungen begleicht. Die Arbeitnehmer stellen für sie sozusagen das wichtigste Gut dar. Ohne sie steht der Weiterbestand der Unternehmung ohnehin in Frage. Zudem werden die Angestellten im Konkurs mit ihren Lohnansprüchen aus den letzten sechs Monaten vor allen anderen Gläubigern privilegiert behandelt (Art. 219 Abs. 4 OR). Dazu gehört auch ein in diesem Zeitraum fällig werdender Anspruch auf den 13. Monatslohn. Aus

diesem Grund war es begreiflich, dass sie die Lieferanten nach Bezahlung der Löhne und damit erst in zweiter Linie berücksichtigte.

(GSGE vom 3.12.2009 in Sachen von D. gegen M. SA; GS 2009.332)

8. **Art. 327a Abs. 1, 340a Abs. 1, 340c Abs. 2 OR. Zu den Voraussetzungen von Vereinbarungen über die Rückzahlung von Weiterbildungskosten durch den Arbeitnehmer. Analoge Anwendung der Vorschriften über die zulässige Dauer und den Wegfall eines Konkurrenzverbotes auf gültige Rückzahlungsvereinbarungen bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Eine vorübergehende unverschuldete Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist noch kein begründeter Anlass für eine Kündigung durch die Arbeitgeberin, hingegen eine wiederholte und längere Zeit andauernde Arbeitsunfähigkeit. Reduktion der zurückzubehaltenden Weiterbildungskosten aufgrund der fehlenden Vorwerfbarkeit der Arbeitsunfähigkeit als Kündigungsgrund und aufgrund des eingeschränkten konkreten Nutzens der Weiterbildung für den Arbeitnehmer.**

N. trat am 1.11.2007 bei der L. AG als Junior System-Engineer ein. Der Lohn betrug dreizehnmal CHF 5'500.00 pro Jahr. In der Folge schlossen die Parteien fünf Ausbildungsverträge ab. Sie waren jeweils mit „Vertrag über die Gewährung von Ausbildungsbeiträgen und Arbeitszeiterleichterungen bei Weiterbildungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ überschrieben. Die Weiterbildungen waren auf dem Gebiet der Informatik. Der Arbeitnehmer konnte jeweils ein Ausbildungsdiplom erwerben. Die Gesamtkosten der Ausbildung betrugen CHF 20'778.00. Zudem wurde vereinbart, dass der Arbeitnehmer zur sofortigen und vollumfänglichen Rückerstattung der vergüteten Weiterbildungskosten verpflichtet sei, wenn er aus Gründen, die er zu vertreten habe, die Arbeitgeberin vor Ablauf von einem Jahr nach Abschluss der Weiterbildung verlasse. Die Frist beginne mit dem ersten Tag des Kalendermonats, in dem die Ausbildung abgeschlossen werde. N. schloss seine Ausbildung mit Kosten von CHF 5'164.00 am 7.12.2007, eine weitere Ausbildung mit Kosten von CHF 5'164.00 am 21.12.2007, eine dritte Ausbildung mit Kosten von CHF 4'010.00 am 4.4.2008, eine vierte Ausbildung über CHF 3'160.00 am 25.4.2008 und schliesslich eine fünfte Ausbildung über CHF 3'280.00 am 9.5.2008 ab. N. war in der Zeit von Januar bis Ende Juni 2008 an 24 Tagen wegen eines Reizdarmsyndroms arbeitsunfähig. Am 16.7.2008 kündigte die L. AG das Arbeitsverhältnis auf den 31.8.2008. In der Kündigung wies sie darauf hin, dass der Arbeitnehmer während der letzten Monate vermehrt vom Arbeitsplatz fern geblieben sei, was für sie wirtschaftlich nicht tragbar sei. Sie sei als Dienstleistungsunternehmen darauf angewiesen, dass ihre Mitarbeiter die mit den Kunden vertraglich vereinbarten Leistungen ordnungsgemäss, zuverlässig und termingerecht erbringen könnten. In der Folge ver-

langte die L. AG vom Arbeitnehmer unter Berufung auf die Weiterbildungsverträge die Rückzahlung von CHF 10'000.00 Weiterbildungskosten und damit fast der Hälfte der diesbezüglichen Aufwendungen, die sie für den Kläger getätigt hatte. Am 5. 10.2009 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht N. zur Zahlung von CHF 3'200.00 Weiterbildungskosten an die L. AG, wobei es was folgt ausführte. Das Appellationsgericht Basel-Stadt wies am 15.3.2010 eine von N. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab.

1. Die Arbeitsvertragsparteien können die Rückzahlung von Weiterbildungskosten, die die Arbeitgeberin für ihren Arbeitnehmer aufwendet, vereinbaren. Vorausgesetzt wird dabei, dass es sich dabei nicht um eine blosser Einarbeitung in die Tätigkeit, die der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin erfüllt, handelt. Solche Kosten gehören zu den durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen (Art. 327a Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss aus einer Weiterbildung, deren Kosten zurückgefordert werden können, einen dauerhaften Nutzen erlangen können, der losgelöst vom konkreten Arbeitsverhältnis besteht. Dies ist erfüllt, wenn der Arbeitnehmer ein Ausbildungsziel erreichen kann, das er auf dem Arbeitsmarkt entsprechend verwerten kann. Zum Teil wird verlangt, dass der Arbeitnehmer mit der Weiterbildung ein eigentliches Diplom erhalten kann. Eine Rückzahlungsvereinbarung bezüglich Weiterbildungskosten muss ausdrücklich getroffen werden. In der Regel wird sie schriftlich ausgestaltet. Die Rückzahlungsvereinbarung muss den Gesamtbetrag aufführen, den der Arbeitnehmer zurückbezahlen muss. Zudem ist die Rückzahlungsverpflichtung degressiv auszugestalten und darf in Anlehnung an Art. 340a Abs. 1 OR höchstens drei Jahre lang dauern, weil sie den Arbeitnehmer daran hindern kann, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Aus diesem Grund werden darauf zudem die Vorschriften über den Wegfall eines Konkurrenzverbotes in Art. 340c OR analog angewendet. Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihr der Arbeitnehmer dazu einen begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, durch die Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass auflöst (vgl. AGER ZH JAR 1999, 327; OGER BL BJM 1990, 188; THOMAS GEISER, Arbeitsvertragsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, recht 1996, 31 ff. Rz 2.18 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 327a OR N 7, S. 335 f.; Art. 335a OR N 3, S. 612 ff.).

2a. Vorliegend stellte sich N. als erstes auf den Standpunkt, dass die Weiterbildungsvereinbarungen im Zusammenhang mit der Rückzahlung voraussetzten, dass der Kündigungsgrund von ihm zu vertreten sei. Darunter verstand er, dass er den Kündigungsgrund entweder fahrlässig oder vorsätzlich verursacht haben müsse, was bei seiner Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall gewesen sei. Art. 340c Abs. 2 OR spricht im zweiten Teilsatz von einem zu verantworteten Anlass. Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass dem Arbeitnehmer weder eine

Vertragverletzung noch ein Verschulden vorgeworfen werden muss, damit das Konkurrenzverbot trotz der Kündigung seitens der Arbeitgeberin weiterhin Gültigkeit hat (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; STREIFF/VON KAENEL, Art. 340c OR N 3, S. 872 m.H.). Dass gemäss den unter den Parteien abgeschlossenen Ausbildungsvereinbarungen der Kündigungsgrund vom Arbeitnehmer nicht zu vertreten sein durfte, stellt im Vergleich zu Art. 340c Abs. 2 OR keine höheren Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers. Der Kündigungsgrund muss sich in der Person des Arbeitnehmers verwirklicht haben. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise schlechte Arbeitsleistungen oder ein mangelhaftes Verhalten aufweist. Falls der Kündigungsgrund weder in der Person des Arbeitnehmers noch derjenigen des Arbeitgebers liegt und damit ein objektiver Grund darstellt, wird darauf abgestellt, welchem Risikobereich dieser Kündigungsgrund zuzuordnen ist. Beispielsweise trägt die Arbeitgeberin für eine schlechte Wirtschaftslage das sogenannte Betriebsrisiko nach Art. 324 OR. Krankheit als Kündigungsgrund ist kein objektiver Grund, sondern liegt in der Person des Arbeitnehmers begründet. In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob eine Krankheit des Arbeitnehmers ein begründeter Anlass für eine Kündigung im Zusammenhang mit dem Wegfall eines Konkurrenzverbotes sein kann. VISCHER hält dafür, dass Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, nicht generell in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fallen, so dass zum Beispiel eine länger dauernde Krankheit nicht ohne Weiteres einen begründeten Anlass für eine Kündigung bilde (FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage 2007, S. 283). Anderer Meinung sind hingegen weitere Autoren, die sich zu dieser Frage äussern. STAEHELIN weist darauf hin, dass das Konkurrenzverbot weiter besteht, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer wegen einer länger andauernden unverschuldeten Krankheit ohne Missachtung von Art. 336c OR kündigt (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, Art 340c OR N 8, S. A778). Im gleichen Sinne äussern sich BOHNY (PETER BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1988, S. 145) und das Personalrekursgericht des Kantons Aargau in einem Entscheid vom 31.3.2005 (AGVE 2005, S. 513, E. 4c). STREIFF/VON KAENEL (Art. 340c OR N 7, S. 876) und NEERACHER (CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, S. 76) lassen ein Konkurrenzverbot aufrechtstehen, wenn die Arbeitgeberin kündigt, weil der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen der Arbeit nicht mehr gewachsen ist. Es ergibt sich daraus, dass eine Kündigung, die wegen einer vorübergehenden unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, noch keinen begründeten Anlass zur Kündigung darstellt und demnach das Konkurrenzverbot wegfallen lässt (Personalrekursgericht AG, AGVE 2005, E. 4c). Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Der Arbeitnehmer war wiederholt und dadurch längere Zeit krankheitshalber an der Arbeit verhindert. Das Arbeitsverhältnis dauerte vom 1.11.2007 bis 31.8.2008. In der Zeit von Januar bis Ende Juni 2008 fehlte der Arbeitnehmer an 24 Arbeitstagen.

2b. Vorliegend sahen die Ausbildungsvereinbarungen vor, dass der Arbeitnehmer nur dann die Ausbildungskosten zurückzubezahlen hatte, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der betreffenden Ausbildung zu Ende ging. Dabei unterschieden sie bezüglich der Höhe der Rückerstattung nicht, ob das Arbeitsverhältnis kurz nach dem Ausbildungsende oder erst nach Ablauf eines Jahres beendet wurde. Diese Regelung widersprach der Anforderung, dass eine Rückzahlungsklausel degressiv ausgestaltet sein muss und sich daher die Kosten mit zunehmender Dauer seit Beendigung der Ausbildung reduzieren müssen. Zunächst war deshalb der vom Arbeitnehmer maximal überhaupt noch zu leistende Rückzahlungsbetrag aufgrund der unterschiedlichen Beendigungszeitpunkte der Ausbildungen zu bestimmen. Dies ergab einen Betrag von maximal CHF 9'550.00. Bei der Bemessung der Höhe der zurückzubezahlenden Ausbildungskosten berücksichtigte das Gericht, dass die Ausbildungen, die der Arbeitnehmer machte, zwar die Grundlage für weitere Ausbildungen darstellten, aber aufgrund des dabei vermittelten Spezialwissens nur beschränkt von Dauer waren. Hinzu kam, dass der Arbeitnehmer, was unbestritten blieb, bei der jetzigen Arbeitsstelle ebenfalls im Informatikbereich keinen Nutzen aus diesen Ausbildungen ziehen konnte. Nicht bestritten war auch, dass der Arbeitnehmer vergeblich nach einer Stelle gesucht hatte, bei der er das erworbene Wissen hätte anwenden können. Ferner wurde berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer ohne Verschulden krank geworden war. Unter all diesen Umständen setzte das Gericht den vom Arbeitnehmer zurückzubezahlenden Anteil an den rückerstattungsfähigen Ausbildungskosten auf einen Drittel beziehungsweise auf CHF 3'200.00 fest.

(GSGE vom 5.10.2009 in Sachen N. gegen L. AG; GS 2009.279; AGE vom 15.3.2010; publiziert in: JAR 2010 S. 453)

9. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 ff. OR)

9.1. Art. 128, 328 OR. Die 5jährige Verjährungsfrist nach Art. 128 OR gilt auch für einmal im Jahr geleistete Gratifikationen, Boni und Erfolgsbeteiligungen. Dies traf vorliegend auch auf eine Erfolgsbeteiligung in der Höhe von mehreren CHF 100'000.00 zu. Zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR gehört im beschränkten Umfang auch dessen Vermögensschutz. Im Vertragsverhandlungsverhältnis haben die Parteien die Pflicht zur gegenseitigen Aufklärung über Tatsachen, die für den Abschluss und Nichtabschluss eines Rechtsgeschäftes für die Gegenpartei wesentlich sind. Diese Pflicht gilt umso mehr, wenn die betreffenden Parteien bereits vertraglich miteinander verbunden sind

und hat in einem Arbeitsverhältnis aufgrund des Vertrauensverhältnisses eine besondere Bedeutung. Die Pflicht zur gegenseitigen Aufklärung gilt namentlich dann verstärkt, wenn die Arbeitsvertragsparteien miteinander über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages verhandeln. Die Arbeitgeberin hat dabei Umstände, die die vermögensrechtliche Lage des Arbeitnehmers verschlechtern könnten, zu erwähnen. Die noch ausstehende Unterzeichnung der Austrittsvereinbarung stellte vorliegend keine Gültigkeitsvoraussetzung, sondern lediglich eine Beweisform dar, weil die Parteien das Arbeitsverhältnis vor der Unterzeichnung bereits beendet und mit dem Vollzug der Austrittsvereinbarung begonnen hatten. Daher kamen die auf ein Vertragsverhandlungsverhältnis anwendbaren gegenseitigen Aufklärungspflichten nicht zur Anwendung. Insbesondere musste die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nicht über die ihr inzwischen bekannt gewordenen Verteilungsrichtlinien bezüglich des Verkaufs einer Tochterfirma informieren, die ihn aufgrund des Zeitpunkts seines Austritts aus der Arbeitgeberin von einer Beteiligung am Verkaufserlös ausschlossen.

Y. klagte vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der Z. AG zur Zahlung von CHF 30'000.00 zuzüglich Zins 5% seit dem 9. Juli 2003, Mehrforderung vorbehalten, unter o/e Kostenfolge. Er stützte seinen Anspruch auf eine Austrittsvereinbarung, die er am 19. April 2002 unterschrieben hatte. Die Austrittsvereinbarung wurde ihm am 21. Dezember 2002 von der Z. AG zugesandt. Die Austrittsvereinbarung sah vor, dass Y. per 31. Dezember 2001 aus der Z. AG austrat und dass er verschiedene Leistungen im Rahmen der vorzeitigen Pensionierung erhielt. Unter diesen Leistungen war aufgeführt, dass Y. bei einem Verkauf der Unternehmensberatungsfirma X. der Z. AG gleich behandelt würde wie die anderen Partner, die zum selben Zeitpunkt aus der Firma ausschieden. Anlässlich des gerichtlichen Vorverfahrens liess sich die Z. AG nicht auf die echte Teilklage ein. Um eine Lösung zu suchen wurde mit Einverständnis der Parteien dennoch verhandelt. Im Rahmen dieser Verhandlung äusserte die Z. AG, dass die Forderung des Klägers verjährt sei. Es komme die Verjährungsfrist von Art. 128 OR von 5 Jahren zur Anwendung. Y. hingegen berief sich auf eine 10-jährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR. Im Nachgang zum Vorverfahren wurde Y. durch Verfügung aufgefordert, zu erklären, ob er auf seine Mehrforderung über CHF 30'000.00 verzichte und damit seine Forderung definitiv auf CHF 30'000.00 beschränke. Y. antwortete dem Gericht, dass er seine Forderung definitiv auf CHF 30'000.00 beschränke. In der Folge wurde die Z. AG zur Klagantwort aufgefordert. In ihrer Klagantwort beantragte die Z. AG die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Verjährung. Diesem Antrag wurde mit Verfügung stattgegeben und das Verfahren auf die Frage der Verjährung beschränkt. In der Folge reichte Y. ein Wiedererwägungsgesuch ein, worin er beantragte, die Verfahrensbeschränkung sei aufzuheben. Insbesondere berief er sich nicht nur auf die Austrittsvereinbarung als Rechtsgrundlage für seinen Anspruch, sondern auch auf Schadenersatz nach Art. 41 OR sowie aus einer Verletzung der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR durch die Z. AG. Dem Wiedererwägungsge-

such wurde in der Folge insofern statt gegeben, als das Verfahren auch auf weitere Anspruchsgrundlagen ausgedehnt und insofern nicht auf die Verjährungseinrede beschränkt wurde. Soweit jedoch der Anspruch aus der Austrittsvereinbarung abgeleitet wurde, blieb es bei der Beschränkung des Verfahrens auf die Verjährungseinrede. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 25. März 2010 ab und verurteilte Y. zur Bezahlung einer Parteientschädigung von CHF 4'000.00 zuzüglich CHF 304.00 MWSt an die Z. AG. Dabei wurde von folgenden Erwägungen ausgegangen:

1a. Y. berief sich zunächst für seinen Anspruch über CHF 30'000.00 auf die Austrittsvereinbarung. Die Austrittsvereinbarung sah vor, dass Y. im Falle eines Verkaufs der X. Unternehmensberatung gleich behandelt werden soll wie die übrigen Partner, die zum selben Zeitpunkt aus der Firma ausschieden. Die Z. AG berief sich bezüglich dieser Forderung auf die Verjährung. Nach Art. 128 OR verjähren innert 5 Jahren Ansprüche des Arbeitnehmers aus Arbeitsverhältnis. Darunter werden sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers mit Ausnahme der Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche bei fristloser und missbräuchlicher Kündigung sowie weiterer Schadenersatzansprüche und des Zeugnisanspruches gefasst. Ein Grundgedanke des Art. 128 OR ist, dass der 5-jährigen Verjährungsfrist Ansprüche auf periodische Leistungen unterstehen (Ziffer 1). Der Wortlaut von Ziffer 3 nimmt die Periodizität der Leistungen jedoch nicht als Tatbestandsmerkmal auf, sondern spricht einfach von den Ansprüchen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis. Der Lohn ist die Entschädigung, die der Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung erhält. Die Lohnzahlung erfolgt periodisch. Neben dem periodisch geleisteten Lohn erhält der Arbeitnehmer allenfalls auch weitere geldwerte Vorteile. Dazu gehören insbesondere auch einmal im Jahr zur Auszahlung gelangende Gratifikationen (Art. 322d OR) und Erfolgsbeteiligungen (Art. 322a OR).

1b. Die Parteien gingen davon aus, dass es sich vorliegend ursprünglich eigentlich um einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch gehandelt habe, der jedoch übereinstimmend von den Parteien als arbeitsrechtlicher Anspruch in die Austrittsvereinbarung übernommen worden sei und behandelt werden wollte. Jedenfalls konnte dem Anspruch eine arbeitsrechtliche Komponente nicht abgesprochen werden. Zwischen den Parteien hatte anerkanntermassen ein Arbeitsverhältnis bestanden. Als Partner war Y. auch an der Z. AG und über diese Beteiligung auch an der X. Unternehmensberatung beteiligt. Die Beteiligung der Partner am Verkaufserlös der X. Unternehmensberatung schien jedoch nicht in Abhängigkeit zu ihrer Beteiligung an der Z. AG beziehungsweise der X. Unternehmensberatung gestanden zu sein. Massgebend waren vielmehr die Funktion und Stellung betreffenden Partners und Arbeitnehmers sowie das Dienstalter. Unter diesen Gesichtspunkten war die Beteiligung der Partner am Verkaufserlös eine Art Erfolgsbeteiligung, wie sie auch Art. 322a OR vorsieht. Kann eine Tochterfirma

mit grossem Gewinn verkauft werden, so widerspiegelt sich darin die Leistung der Arbeitnehmer beim Aufbau und Positionierung dieser Firma. Y. war Partner bei der Z. AG und hatte eine verantwortliche und einflussreiche Stellung. Sein Jahressalär betrug CHF 450'000.00. Aus alledem ergab sich, dass Erfolgsbeteiligungen in der Höhe von mehreren CHF 100'000.00 durchaus Lohncharakter hatten, wie sie bei Arbeitnehmern mit Partnerstatus bei der Z. AG üblich waren. Es galt daher eine 5-jährige Verjährungsfrist für den Anspruch aus der Austrittsvereinbarung. Die Klage wurde nach Ablauf der Verjährungsfrist eingereicht. Die Verjährungsfrist hätte durch Y. beispielsweise durch Betreibung unterbrochen werden können. Anzuführen war, dass Y. aufgrund der Gleichbehandlung, wie sie in der Austrittsvereinbarung vorgesehen war, keinen Anspruch auf eine Beteiligung am Verkauf der X. Unternehmensberatung hatte. Die Verteilungsrichtlinien, die in der Austrittsvereinbarung vorbehalten waren, sahen vor, dass eine Beteiligung davon abhängig war, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Verkaufs noch als Partner in der Z. AG angestellt und tätig war. Da Y. am 31. Dezember 2001 aus der Z. AG ausschied und dabei auch den Partnerstatus verlor, konnte er nicht vom Verkauf der X. Unternehmensberatung an die B. AG im Juni/Juli 2002 profitieren.

2a. Y. stützte seinen Anspruch zudem auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht. Nach Art. 328 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Dazu gehört auch im beschränkten Umfang der Vermögensschutz des Arbeitnehmers. Daneben gilt im Vertragsverhandlungsverhältnis zwischen den Parteien die Pflicht zur gegenseitigen Aufklärung über Tatsachen, die für den Abschluss und Nichtabschluss eines Rechtsgeschäftes für die Gegenpartei wesentlich sind. Wenn die eine Partei den Irrtum der anderen erkennt, hat sie diese darüber zu informieren. Insbesondere darf sie die Gegenpartei nicht über relevante Tatsachen täuschen. Diese Pflichten aus dem Vertragsverhandlungsverhältnis bzw. vorvertraglichen Stadium, wenn unter den Parteien noch gar keine vertragliche Beziehung besteht, gilt um so mehr dann, wenn die betreffenden Parteien bereits vertraglich miteinander verbunden sind. In einem Arbeitsverhältnis hat dies eine entsprechend erhöhte Bedeutung, weil die Grundlage eines solchen Verhältnisses das Vertrauensverhältnis ist. Ist das Vertrauensverhältnis zerrüttet, darf ein Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt werden (Art. 337 OR). Die Pflicht zur gegenseitigen Aufklärung gilt deshalb insbesondere dann noch verstärkt, wenn Arbeitsvertragsparteien miteinander über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages verhandeln. In diesem Zusammenhang erheischt die Fürsorgepflicht in dem Sinne besondere Bedeutung, als der Arbeitgeber Umstände, die die vermögensrechtliche Lage des Arbeitnehmers verschlechtern könnten, zu erwähnen hat. Die Argumentation von Y. lief darauf hinaus, dass die Austrittsvereinbarung erst am 19. April 2002 beziehungsweise zwischen dem 19. und 25. April 2002 zwischen den Parteien zustande kam. Es war von der Z. AG zugegeben, dass Y. am 19. April 2002 die Austrittsvereinbarung unterzeichnet hat. In der Folge hat

sie ebenfalls ihre Unterschrift darunter gesetzt. Ferner konnte Y. nachweisen, dass die Richtlinien über die Verteilung des Erlöses aus dem Verkauf der X. Unternehmensberatung der Z. AG mindestens am 11. beziehungsweise 12. April 2002 bekannt waren. Am 11. April 2002 wurden der Z. AG von der Muttergesellschaft in den USA die Verteilungsempfehlungen zugestellt. Am 12. April 2002 stellte die Z. AG ihre eigenen Verteilungsregeln auf, wobei sie auf jene aus den USA zurückgriff. Die Verteilungsrichtlinien, sogenannter Rollover, wurden zunächst für das initial public offering ausgestellt. Sie wurden nach Aussagen der Z. AG, als die X. Unternehmensberatung an die B. AG verkauft wurde, übernommen und auf diesen Verkauf angewendet. In der Austrittsvereinbarung des Klägers war nur die Rede von Verkauf, worunter sowohl ein Börsengang als auch ein Verkauf der gesamten Unternehmung an ein Drittunternehmen verstanden werden konnte und musste. Die Z. AG legte die Verteilungsrichtlinien nach dem 25. April 2002 ihren Partnern zur Ablehnung oder Annahme vor. Offensichtlich wurden sie damals gutgeheissen. Y. argumentierte, die Z. AG habe, bevor er die Austrittsvereinbarung unterzeichnet habe, von den Richtlinien gewusst und insbesondere davon, dass er danach nichts erhalten würde. Sie hätte ihn daher darüber informieren müssen, so dass er für die Z. AG im Arbeitsverhältnis weiter gearbeitet hätte, um den Anspruch auf Beteiligung am Erlös nicht zu verlieren.

2b. Nach Art. 16 OR wird im Falle einer vertraglich vorbehaltenen Formvorschrift vermutet, dass diese eine Gültigkeitsvoraussetzung darstellt. Vorliegend hat die Z. AG die Austrittsvereinbarung schriftlich abgefasst und an Y. am 21. Dezember 2001 zugestellt. Darin war ein derartiger Schriftlichkeitsvorbehalt als Gültigkeitsvoraussetzung zu erblicken. Y. unterzeichnete den Vertrag jedoch nicht. Andererseits ergab sich aus der Befragung, dass die Parteien das Arbeitsverhältnis faktisch am 31. Dezember 2001 beendet haben. Y. erhielt von diesem Zeitpunkt an die in der Austrittsvereinbarung vorgesehenen Leistungen. Er arbeitete zwar weiter im Büro der Z. AG in Basel. Er beendete dort angefangene Arbeiten, betreute noch Kunden und in Ausbildung stehende Mitarbeiter. Dies geschah jedoch aufgrund der Austrittsvereinbarung im Auftragverhältnis zu einem Stundenlohn zu CHF 150.00. Der Arbeitnehmer hatte nicht mehr bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten. Unter diesen Umständen musste davon ausgegangen werden, dass die Parteien die Austrittsvereinbarung am 31. Dezember 2001 umgesetzt und danach gelebt haben. Die Schriftform der Austrittsvereinbarung wurde von den Parteien nur noch im Sinne einer Beweisform angesehen und behandelt, von der ihre Gültigkeit nicht mehr abhängen konnte. Jedenfalls war die Berufung von Y. auf die Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung rechtsmissbräuchlich. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem Vollzug der Austrittsvereinbarung standen die Parteien nicht mehr in einem Vertragsverhandlungsverhältnis. Die Z. AG war nicht mehr zur Fürsorge des Klägers verpflichtet. Unter diesen Umständen hatte sie keine Pflicht, Y. über die Erkenntnisse bezüglich der Richtlinien, die sie Monate später erlangte, zu informieren. Im Übrigen

hat Y. eingeräumt, dass er nur deswegen mit der Unterzeichnung der Austrittsvereinbarung bis zum 19. April 2000 zugewartet habe, um die Lage der X. Unternehmensberatung zu beobachten. Wollte er davon die Gültigkeit der Austrittsvereinbarung abhängig machen, so hätte er dies gegenüber der Z. AG signalisieren müssen und hätte das Arbeitsverhältnis nicht per 31. Dezember 2001 beenden dürfen. Damit war keine Grundlage für allfälligen Schadenersatz aus einer Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Z. AG oder aus einer Verletzung der Aufklärungspflicht im Vertragverhandlungsverhältnis gegeben, so dass die Klage unbegründet und daher abzuweisen war.

(GSGE vom 25.3.2010 in Sachen von Y. gegen Z. AG; GS 2008.383)

9.2. Art. 328, 24 Abs. 2, 29 Abs. 1 OR. Eine Arbeitgeberin hat aufgrund ihrer Fürsorgepflicht Massnahmen zur Kostensenkung unter Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer, namentlich ihrer Lohnansprüche, durchzuführen. Dazu gehört auch, dass sie alle rechtlichen Möglichkeiten, insbesondere auch jene bezüglich der Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 ff. AVIG, abklärt und gegebenenfalls in die Wege leitet. Eine Arbeitnehmerin, die im Vertrauen darauf in einen unbezahlten Urlaub einwilligt, darf sich diesbezüglich auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR berufen.

B. war seit dem 1. März 2006 als Cabin Attendant bei der Fluggesellschaft H. AG angestellt. Anlässlich des Weihnachtsapéros des Jahres 2008 wurden die Angestellten durch die Arbeitgeberin auf die schwierige wirtschaftliche Lage der Firma aufmerksam gemacht und verschiedene Massnahmen zur Gesundung der Gesellschaft vorgeschlagen. Unter anderem wurde den Angestellten mitgeteilt, dass sie in den Monaten Januar bis März 2009 nur reduziert beschäftigt werden könnten. Deshalb sollten sie sich im Rahmen eines unbezahltenurlaubes mit einer Reduktion der Arbeitszeit einverstanden erklären. B. war bei diesem Weihnachtsapéro nicht anwesend. Sie wurde jedoch per E-Mail über diesen Vorschlag informiert und um Zustimmung zum unbezahlten Urlaub gebeten. Hierauf erteilte B. per E-Mail ihre Zustimmung.

Die Arbeitnehmerin kündigte Ende Februar 2009 das Arbeitsverhältnis per Ende Mai 2009 und einigte sich in der Folge mit der Arbeitgeberin darauf, dass sie das Arbeitsverhältnis per Ende April 2009 beenden könne, um bei der S. eine Ausbildung zu beginnen. Mitte April stellte die Arbeitgeberin B. von der Arbeit frei. Sie bezahlte der Arbeitnehmerin in den Monaten Januar bis März 2009 jeweils einen reduzierten Lohn aus. Im Verlaufe dieser Monate wurde die H. AG darauf aufmerksam, dass sie bei der Arbeitslosenkasse den Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung hätte stellen können. Sie holte diesen Antrag nach, der ihr in der Folge denn auch bewilligt wurde. Hingegen erhielt sie für B. keine Kurzarbeitsentschä-

digung, weil sich die Arbeitslosenkasse darauf berief, dass die Arbeitnehmerin sich im gekündigten Arbeitsverhältnis befand. Dasselbe traf auf diejenigen Angestellten zu, denen die H. AG bereits gekündigt hatte. Die H. AG bezahlte diesen Mitarbeitern jedoch im Unterschied zu B. die nicht erhaltene Kurzarbeitsentschädigung aus. Sie erklärte dies damit, dass sie es als Arbeitgeberin selber zu vertreten habe, dass die betreffenden Angestellten keine Kurzarbeitsentschädigung erhalten hätten, weil sie das Gesuch zu spät gestellt habe.

B. klagte am 30. Oktober 2009 vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der H. AG unter anderem zur Zahlung der Lohnrestanzen aus den Monaten Januar bis März 2009. Das Gericht hiess die Klage am 16. November 2009 für die Monate Februar und März 2009 gut, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Als Erstes behauptete die Klägerin, sie habe ihre Zustimmung zum unbezahlten Urlaub nur unter dem Willensmangel der Furcht erklärt. Die Erregung begründeter Furcht nach Art. 29 OR durch die Arbeitgeberin war nicht nachgewiesen. Es war offensichtlich, dass sich die Flugbranche aufgrund der Weltwirtschaftskrise in eine schwierige Lage geraten war. Es bestanden Überkapazitäten, die die Fluggesellschaften durch verschiedene Massnahmen abzubauen versuchten. Dass die H. AG ihren Mitarbeitern einen unbezahlten Urlaub vorschlug, war eine solche Massnahme, um zu verhindern, dass sie ihren Betrieb einstellen musste. Dies konnte nicht als widerrechtlich erregte Furcht angesehen werden.

2. Hingegen hat eine Arbeitgeberin aufgrund ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) solche Massnahmen möglichst unter Wahrung der Interessen, namentlich der Lohnansprüche, der Arbeitnehmer durchzuführen. Dazu gehört auch, dass sie alle rechtlichen Möglichkeiten abklärt. Dabei hätte sie Kenntnis über die Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 31 ff. Arbeitslosenversicherungsgesetz erlangen müssen. Insofern durfte sich die Klägerin hingegen auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR berufen. Sie durfte davon ausgehen, dass der unbezahlte Urlaub die einzige Massnahme war, um einem entstandenen Auftragsschwund zu begegnen, ohne dass die Beklagte einen Teil ihrer Angestellten entlassen musste. Die Arbeitgeberin hatte es deshalb zu vertreten, dass sie für B. aufgrund der späten Antragstellung bei der Arbeitslosenversicherung keine Kurzarbeitsentschädigung mehr erhielt, weil das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt war (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG). Andernfalls hätte die Arbeitnehmerin die Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Januar und Februar 2009 beziehen können. Hinzu kam, dass die H. AG den Angestellten, denen sie selber kündigte, die ihnen entgangene Kurzarbeitsentschädigung ersetzte. Soweit es sich dabei um eine freiwillige Leistung der Arbeitgeberin an diese Angestellten handelte, konnte sich B. aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 328 OR) ebenfalls auf den Ersatz der entgangenen Kurzarbeitsentschädigung durch die H. AG berufen. Dabei konnte nicht

danach unterschieden werden, ob das Arbeitsverhältnis von der Arbeitnehmerin oder der Arbeitgeberin gekündigt wurde, weil alle Kündigungen aufgrund der wirtschaftlich schwierigen Situation der Arbeitgeberin ausgesprochen wurden.

(GSGE vom 16.11.2009 in Sachen von B. gegen H. AG; GS 2009.338)

10. Ferien

- 10.1. **Art. 329c Abs. 2, 337 OR.** Eine Arbeitgeberin darf das Arbeitsverhältnis nach Abmahnung der Arbeitnehmerin fristlos auflösen, wenn diese entgegen ihrer Weisung in die Ferien fährt. Vorausgesetzt wird, dass die Arbeitgeberin gegen die Ferienbewilligung höherwertige Interessen des Betriebs oder Haushalts geltend machen kann und die Ferien nicht schikanös verweigert. Eine Arbeitgeberin darf selbst bewilligte Ferien auf ihre Kosten widerrufen, sofern sie dafür besonders schützenswerte Interessen geltend machen kann. Vorliegend durfte die Arbeitgeberin eine Haushälterin nach Verwarnung unter Androhung der fristlosen Kündigung entsprechend entlassen, weil während ihrer eigenen Ferien das abgelegene Haus sowie Tiere zu betreuen waren.

K. trat am 1. November 2008 die Stelle einer Haushälterin in der Liegenschaft der Kommanditgesellschaft D. an, wo sie den Haushalt von L. und P. zu besorgen hatte. Im Mai 2009 bezog die Arbeitnehmerin während 5 Tagen Ferien. Sie musste zu diesem Zweck einen Ferienantrag schriftlich einreichen, der in der Folge durch die Arbeitgeberin, vertreten durch P., bewilligt wurde. Vom 18. Juli 2009 an planten L. und P. zweiwöchige Ferien. Die Arbeitnehmerin war der Ansicht, dass ihr L. erklärt habe, dass es sinnvoll sei, wenn sie während derselben Zeit auch ihre Ferien beziehen würde. Davon sei L. später jedoch abgekommen und habe verlangt, dass sie während der Ferienabwesenheit von L. und P. das Haus und die Tiere betreue. Sollte sie dennoch auch in die Ferien fahren wollen, werde sie die Folgen zu tragen haben. In der Folge fanden verschiedene Unterredungen zwischen der Arbeitnehmerin und L. sowie P. statt. Mit Mail vom 17. Juli 2009 teilte P. der Arbeitnehmerin mit, dass sie ihr offenkundig keine Ferien zugesprochen hätten. Sie würden sie darauf aufmerksam machen, dass es eine fristlose Kündigung bedeuten würde, falls sie ohne ihr Einverständnis in die Ferien fahren würde. In der Folge nahm die Arbeitnehmerin ihre Arbeit nicht mehr auf, sondern fuhr mit ihrer Schwester und ihrer Mutter in die Ferien ins Bündnerland, worauf sie fristlos entlassen wurde. Mit Schreiben vom 28. Juli 2009 an die Kommanditgesellschaft D. bot die Arbeitnehmerin ihre Arbeitskraft im Haushalt von L. und P. an. Diese lehnte eine Weiterbeschäftigung von K. ab.

Mit Klage vom 16. Oktober 2009 verlangte K. die Verurteilung der Kommanditgesellschaft D. zur Zahlung von CHF 18'535.50 netto zuzüglich Zins unter o/e Kostenfolge. In der Folge zahlte die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn der Klägerin Arbeitslosenentschädigung für die Monate Juli und August 2009 im Betrag von CHF 3'703.00 aus. Es wurde deshalb für diese Forderung ein weiteres Verfahren gegenüber der Kommanditgesellschaft D. als Beklagte eröffnet. In der Hauptverhandlung vom 3. Dezember 2009 wies das Gewerbliche Schiedsgericht beide Klagen ab, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist. Falls zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeberin darüber Streit besteht, ob Ferien bewilligt wurden oder nicht, trägt die Arbeitnehmerin die Beweislast. Vorliegend hatte die Arbeitnehmerin für Ferien im Mai einen Ferienantragszettel ausgefüllt, der Arbeitgeberin eingereicht, worauf ihr die Ferien bewilligt wurden. Es war davon auszugehen, dass dieses System auch im vorliegenden Fall, wenn die Ferien bewilligt worden wären, zur Anwendung gelangt wäre. Die Arbeitnehmerin behauptete, dass man ihr bezüglich dieser Ferien gesagt habe, ein solcher Antrag sei nicht nötig. Dies war bestritten und nicht erstellt. Die Arbeitnehmerin konnte deshalb die Ferienbewilligung nicht nachweisen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts und auch des Bundesgerichts kann ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Abmahnung der Arbeitnehmerin fristlos auflösen, wenn diese entgegen seiner Weisung in die Ferien fährt. Vorausgesetzt wird, dass der Arbeitgeber gegen die Ferienbewilligung höherwertige Interessen des Betriebs oder Haushaltes geltend machen kann und die Ferien nicht schikanös verweigert (BGE 108 II 301 E. 3b f.). Vorliegend konnte nicht gesagt werden, dass es sinnvoll war, wenn die Arbeitnehmerin während der Ferien der Hausbewohner ebenfalls Ferien bezog. Das Haus war abgelegen und bedurfte der Betreuung. Zudem waren Tiere zu versorgen. Dass dies alles von einer anderen Angestellten hätte besorgt werden können, war eine bestrittene und unbewiesene Behauptung der Arbeitnehmerin. Zudem handelte es sich bei der von der Klägerin angegebenen Person offensichtlich nicht um eine Angestellte.

Doch selbst, wenn der Arbeitnehmerin zunächst die Ferien bewilligt worden wären, hätte die Arbeitgeberin die Ferien auf ihre Kosten widerrufen können, sofern sie besonders schützenswerte Interessen hätte geltend machen können. Auch aus diesem Grund durfte die Arbeitnehmerin nicht davon ausgehen, dass sie sich der Weisung der Arbeitgeberin ohne Weiteres entziehen durfte.

(GSGE vom 3.12.2009 in Sachen von K. gegen Kommanditgesellschaft D.; GS 2009.328)

10.2. Abrede über Ferienbezug während Schwangerschaft
(siehe unter Ziffer 16.1., S. 82)

11. Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)

- 11.1. Art. 330a, 343 OR. Das Verfahren bezüglich Ausstellung eines Arbeitszeugnisses wurde zu Recht sistiert, weil der Arbeitnehmer über die dabei strittige Frage der Gültigkeit bzw. Missbräuchlichkeit der Kündigung der Arbeitgeberin vor dem Zivilgericht einen Prozess führte, der noch nicht abgeschlossen war.**
§ 243 Abs. 2 ZPO BS. Prozessleitende Verfügungen sind nicht beschwerdefähig. Mit einer Sistierung können allerdings ausnahmsweise wesentliche prozessuale Rechte einer Partei endgültig geschmälert oder vernichtet werden. In krassen Fällen könnte auch eine Rechtsverweigerung mit einer Sistierung einhergehen, insbesondere in einer Konstellation, in welchem ein Verfahren grundsätzlich beschleunigt durchzuführen ist (Art. 343 OR).

Mit Klage vom 6. Dezember 2007 vor Gewerblichen Schiedsgericht verlangte Dr. Z. die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses mit bestimmtem Wortlaut durch die Arbeitgeberin V., für die er als Geschäftsführer seit vielen Jahren gewesen tätig war. Die Arbeitgeberin stellte ihm in der Folge am 18. Dezember 2007 ein Zeugnis aus. Strittig blieben aber unter den Parteien mit Bezug auf dieses Zeugnis u.a. die Gründe, die zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben und deren Umschreibung im Zeugnis. Über den vom Arbeitnehmer verlangten Wortlaut des Zeugnisses führten die Parteien und ihre Rechtsvertreter Vergleichsverhandlungen. Dr. Z. behauptete, die Arbeitgeberin habe sich dabei mit seinem Formulierungsvorschlag bezüglich Kündigungsgründe einverstanden erklärt, weigerte sich aber, ihm das Zeugnis mit dieser Formulierung auszuhändigen. Die Arbeitgeberin wollte dem Arbeitnehmer ihr Entgegenkommen zugesichert haben, falls sich die Parteien auch über die vor Zivilgericht parallel hängige Streitsache betreffend Gültigkeit bzw. Missbräuchlichkeit ihrer Kündigung einig würden.

Am 21. Juli 2008 erging im Anschluss an eine Parteiverhandlung die Verfügung des Gewerblichen Schiedsgerichts, dass das Verfahren betreffend Arbeitszeugnis sistiert würde bis zum Abschluss des Prozesses über die Gültigkeit resp. Missbräuchlichkeit der Kündigung vor der Kammer des Zivilgerichts.

Gegen diese Verfügung erhob Dr. Z. beim Appellationsgerichts Beschwerde, womit er die Aufhebung der Sistierung und die unverzügliche Anhandnahme des Verfahrens über das Arbeitszeugnis beantragte. Zur Begründung wies er darauf

hin, dass er dringend auf ein vollumfängliches, wahres und detailliertes Arbeitszeugnis angewiesen sei. Seine potentiellen Klienten legten Wert darauf, dass er seine Qualifikation belegen könne. Mit der Sistierung des Verfahrens würde gegen Art. 343 OR verstossen. Das Appellationsgericht wies die Beschwerde am 5. November 2008 ab, wobei es Folgendes ausführte:

„[...] 1.

Fraglich ist zunächst, ob eine Sistierungsverfügung als prozessleitende Verfügung überhaupt beschwerdefähig ist. Fristansetzungen sind grundsätzlich typische Fälle prozessleitender Verfügungen, die nicht einer Beschwerde unterliegen (vgl. dazu Stamm, BJM 1986, S. 15 ff.). Allerdings ist denkbar, dass mit einer Sistierung – ausnahmsweise – wesentliche prozessuale Rechte einer Partei endgültig geschmälert oder vernichtet würden. In krassen Fällen könnte auch eine Rechtsverweigerung mit einer Sistierung einhergehen, insbesondere in einer Konstellation, in welchem ein Verfahren grundsätzlich beschleunigt durchzuführen ist (Art. 343 OR). In diese Richtung geht denn auch die Argumentation des Beschwerdeführers und es ist daher unter diesen Gesichtspunkten auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 In der Sache wird argumentiert, der Beschwerdeführer sei auf die sofortige Ausstellung eines vollumfänglichen, wahren und detaillierten Arbeitszeugnisses angewiesen. Jeder Tag, an welchem er nicht im Besitze eines derartigen Zeugnisses sei, schmälere seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Dieser Nachteil könne nicht mehr rückgängig gemacht werden.

2.2 Zu berücksichtigen ist, dass dem Beschwerdeführer am 17. März 2006 auf Ende des Jahres 2006 gekündigt worden ist. Am 25. Juli 2007, d.h. mehr als ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, forderte er die Ausstellung eines detaillierten Arbeitszeugnisses. Am 16. Oktober 2007 hat die Beschwerdegegnerin ein solches ausgestellt. Der Wortlaut wurde allerdings vom Beschwerdeführer beanstandet. Am 6. Dezember 2007 erhob er Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht. In einem Vorverfahren vom 20. Februar 2008 konnten sich die Parteien offenbar nicht einigen und es wurde der Prozess sistiert im Hinblick auf den vom Beschwerdeführer vor Zivilgericht anhängig gemachten Prozess betreffend Gültigkeit resp. Missbräuchlichkeit der Kündigung. Auf Antrag des Beschwerdeführers wurde im Sommer die Sistierung aufgehoben und auf den 21. Juli 2008 in eine Verhandlung geladen. Angesichts des noch hängigen Zivilprozesses betreffend Gültigkeit resp. Missbräuchlichkeit der Kündigung war die Beschwerdegegnerin nicht bereit, dem Beschwerdeführer vorbehaltlos ein Zeugnis auszustellen, welches auch die Kündigungsgründe beschlägt. Vorbehalte wurden auf der andern Seite vom Beschwerdeführer nicht akzeptiert. Daraufhin erfolgte die nun beanstandete Sistierung des Verfahrens bis zur Abwicklung des Kammerprozesses zur Beurteilung der Kündigung. Angesichts der erwähnten zeitlichen Abfolge ist im vorliegenden Fall die Aus-

stellung des Zeugnisses nicht als dringlich zu betrachten. So hat der Beschwerdeführer wie erwähnt das Begehren um Zeugnisausstellung mehr als halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsvertrages erst gestellt. In den zwei Verhandlungen, welche in dieser Sache bereits stattgefunden haben, war eine Annäherung der Standpunkte der Parteien nicht zu erreichen und zwar im Wesentlichen deshalb, weil der Beschwerdeführer parallel zum vorliegenden Verfahren noch einen Zivilprozess betreffend Gültigkeit resp. Missbräuchlichkeit der Kündigung vor Zivilgericht anhängig gemacht hat. Die vom Beschwerdeführer gewünschte Formulierung des Zeugnisses könnte diesen Zivilprozess präjudizieren. Den Vorschlag der Beschwerdegegnerin, das Zeugnis nur bei „Aussenkontakten“ nicht aber zwischen den Parteien zu verwenden, akzeptierte der Beschwerdeführer nicht. Bei dieser Ausgangslage kann sich der Beschwerdeführer nicht auf den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung nach Art. 343 OR berufen, wenn der Vorsitzende des Schiedsgerichts den Ausgang des Kammerprozesses abwarten will.

Ergänzend ist festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern der Beschwerdeführer als Selbständigerwerbender bei seiner Klientschaft darauf angewiesen wäre, ein Arbeitszeugnis vorlegen zu können. Die Beschwerdegegnerin releviert zu Recht, dass es eher ungewöhnlich ist, dass sich Selbständigerwerbende durch Vorlage eines Arbeitszeugnisses bei ihren Auftraggebern empfehlen. Zudem wurde dem Beschwerdeführer ein Arbeitszeugnis ausgestellt, welches er gegenüber den Klienten verwenden dürfte. Er dürfte sich einfach nicht im Zivilprozess darauf berufen (vgl. dazu das Protokoll des Vorverfahrens vom 19. Februar 2008: Beklagte: Und wenn Herr Z [...] dieses Zeugnis braucht, um seine Klienten anzuwerben, dann sehe ich das Problem nicht. Für seine Zukunft hindert ihn der Vorbehalt nicht. Kläger: Ich stelle das Zeugnis ins Internet Beklagte: Das Zeugnis ist gut. Ob Sie den Vorbehalt dort rein tun sollen, das weiss ich nicht.). [...]"

(AGE vom 5.11.2008 in Sachen von Dr. Z. gegen V.; Verf.Nr. 964/2008; GS 2007.352)

11.2. Nachträgliche Korrektur eines Arbeitszeugnisses aufgrund der Verletzung der Herausgabepflicht?
(siehe unter Ziffer 4.2., S. 33)

12. Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 f. OR)

12.1. Art. 333 OR. Trotz des gleich bleibenden Namens des Restaurants, der Beibehaltung eines Teils der Speisekarte und der Übernahme von zwei Angestellten des Vorgängerbetriebs kann nicht von einer Wahrung der Identität des Betriebs gesprochen werden, wenn neues Mobiliar und Geschirr angeschafft, das Restaurant neu dekoriert und dessen Erscheinungsbild an zwei weitere Restaurants des neuen Pächters angepasst wurden.

Z. arbeitete seit dem 1. August 2006 als Serviceangestellte im Restaurant H. in Basel, welches bis 31. August 2007 von der H. GmbH geführt wurde. Mit Schreiben vom 31. Juli 2007 kündigte deren Geschäftsführer A. das Arbeitsverhältnis mit Z. per 31. August 2007 „aufgrund der Einstellung der Geschäftstätigkeit“. Am 4. Oktober 2007 schloss Z. mit der S. GmbH, welche das Restaurant H. neu gepachtet hatte, einen Arbeitsvertrag ab. Als Vertragsbeginn wurde der 1. Oktober 2007 mit einer Probezeit von drei Monaten bestimmt. Mit Kündigungsschreiben vom 18. Oktober 2007 bestätigte die Arbeitgeberin, dass sie am 15. Oktober 2007 das Arbeitsverhältnis mündlich auf den 18. Oktober 2007 gekündigt habe.

In der Folge wandte sich Z. an die Gewerkschaft X., welche in ihrem Namen bei der S. GmbH Einsprache gegen die Kündigung erhob. Sie stellte sich auf den Standpunkt, es habe eine Betriebsübernahme mit Übernahme des Arbeitsverhältnisses mit Z. stattgefunden. Es hätte daher keine Probezeit vereinbart werden dürfen. Da Z. im Juli 2007 schwanger geworden sei, unterstehe sie dem Kündigungsschutz für Schwangere. Sie sei demzufolge weiter zu beschäftigen. Mit Teilklage vom 8. November 2007 beim Gewerblichen Schiedsgericht verlangte Z. die Verurteilung der S. GmbH zur Zahlung von CHF 30'000.00.

Mit Urteil vom 7. April 2008 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage abgewiesen und die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen.

Das Appellationsgericht wies am 24. November 2008 eine von Z. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 2.1 Kernpunkt des Verfahrens bildet die Frage, ob das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 1. resp. 4. Oktober 2007 neu begründet wurde oder ob es infolge Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR von der früheren Betriebsinhaberin auf die Beschwerdegegnerin übergegangen ist. Im zweitgenannten Fall hätte die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeführerin keine Probezeit vereinbaren dürfen und die Beschwerdeführerin könnte sich ihr gegenüber auf den in Art. 336c Abs. 1 lit. c OR statuierten Kündigungsschutz während der Schwangerschaft berufen.

2.2 Die Anwendung von Art. 333 OR setzt die Übertragung eines Betriebs oder eines Betriebsteils voraus. „Betrieb“ ist gemäss neuerer Bundesgerichtspraxis und Lehre „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“; Betriebsteile sind „autoorganisatorische Leistungseinheiten, denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt“ (BGE 129 III 335, E. 2.1 S. 336 f.; BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 3). Bei der Betriebsübernahme gehen unter anderem die Rechte des Betriebsvermögens auf den Erwerber über (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 333 OR N 3). Von einem Übergang des Betriebes kann nur gesprochen werden, wenn danach im Wesentlichen derselbe Betrieb weitergeführt wird, dieser also seine Identität bewahrt. Dies ist aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen. Für die Wahrung der Identität sprechen etwa der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln sowie die Übernahme der Kundschaft; Indizien können auch die personell gleich bleibende Unternehmensleitung, der Verbleib im alten Geschäftslokal sowie die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft sein (vgl. im Einzelnen: STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 6). Das Appellationsgericht hat auf eine Betriebsübernahme geschlossen in einem Fall, da der Erwerber „Ware, Material, Rüsttische, einen geleasteten Kühlwagen und die letzten fünf Kunden“ übernommen hat (AGE vom 26. August 2004 i.S. M.E.). Hingegen stellt der blosser Verkauf des Inventars noch keinen Betriebsübergang dar (AGE vom 14. Dezember 1999 i.S. J.-C.B.). Auch die Neupacht von Räumlichkeiten zum gleichen Betriebszweck wie zuvor und der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Person, die zuvor vom früheren Pächter beschäftigt worden war, genügt für sich allein nicht zur Annahme einer Betriebsübernahme (vgl. zum Ganzen: AGE vom 31. Dezember 2007 i.S. a.g. ag).

Strittig ist, ob eine vertragliche Bindung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber eine notwendige Voraussetzung für einen Betriebsübergang i.S. von Art. 333 OR ist. Das Bundesgericht hat dies in einer europarechtskonformen Auslegung der genannten Bestimmung in BGE 123 III 466 = Pra 1998 Nr. 55) verneint. Von einem Teil der Lehre ist dieser Entscheid jedoch eingehend kritisiert worden und wird nach wie vor eine vertragliche Beziehung zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber des Betriebs verlangt (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Art. 333 N 5, m.w.H.).

2.3 Die Beschwerdegegnerin hat die Gastroräumlichkeiten mit am 28. August 2007 unterzeichnetem Mietvertrag per 1. September 2007 gemietet. Ihre Vertragspartnerin war nicht die frühere Pächterin H. GmbH, sondern die G. SA [...]. Da die Übernahme des Restaurants per 1. September zu kurzfristig hätte erfolgen müssen, hat nach Angaben von S., dem Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin, im Monat September 2007 die H. GmbH den Betrieb auf eigene Rechnung weitergeführt und den Mietzins für diesen Monat direkt an die Vermieterin überwiesen. Ebenfalls habe die H. GmbH der Beschwerdeführerin, welche im September ebenfalls weiterarbeitete, den Lohn bezahlt. Dies hat die Beschwerdeführerin bestätigt, indem sie in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung

angegeben hat, im September sei Herr A. im Restaurant gewesen, während Herr S. nur einige Male vorbeigekommen sei [...]. Wegen des Septemberlohnes habe sie Herrn A. angerufen, worauf ihr Herr S. mit der Bemerkung, das Geld komme von Herrn A., „in der ersten Woche September“ (recte: am 9. Oktober [...]) den Lohn ausgehändigt habe [...]. Zwar blieb der – seit Jahrzehnten bestehende – Name des Restaurants mit „H.“ unverändert, und auch die Küche und die Bar wurden nicht verändert [...]. Hingegen hat die Beschwerdegegnerin eine neue Toilette eingebaut [...], neues Mobiliar – Tische, Stühle, Schränke, Lampen, Vorhänge, Bilder – und neues Geschirr angeschafft sowie das Restaurant neu dekoriert [...]. Da sie bereits zwei andere Restaurants führt, lässt sie alle ihre Betriebe in einem einheitlichen Erscheinungsbild auftreten. Sie hat kein Betriebsinventar von der Vorgängerin übernommen. Ausserdem hat die Beschwerdegegnerin das Betriebskonzept geändert und an ihre beiden anderen Restaurantbetriebe angepasst, indem neu Stofftischtücher und Stoffservietten verwendet werden und die Speisekarte wesentlich erweitert worden ist. So werden neben der Grundkarte für [das Restaurant] H. auch eine breite italienische Karte und eine Kinderkarte angeboten. Das Angebot richtet sich damit über die bisherige Stammkundschaft hinaus speziell an Familien und Liebhaber der italienischen Küche. Die Leitung des Betriebs wird von Herrn S. persönlich ausgeübt. Von seinen vier Mitarbeitern hat er neben der Beschwerdeführerin lediglich den Koch vom Vorgängerbetrieb übernommen.

Unter diesen Umständen kann trotz des gleich bleibenden Namens, der Beibehaltung eines Teils der Speisekarte und der Übernahme von zwei Angestellten des Vorgängerbetriebs nicht von einer Wahrung der Identität des Betriebs gesprochen werden. Es ist daher auch bei freier Kognition nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht von einer Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR ausgegangen ist. Dementsprechend ist das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin nicht von der H. GmbH auf die Beschwerdegegnerin übergegangen, sondern per 1. Oktober 2007 neu zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin abgeschlossen worden. Die Vereinbarung einer Probezeit war somit zulässig. Die Beschwerdegegnerin kündigte das Arbeitsverhältnis während der Probezeit, so dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Kündigungsschutz wegen Schwangerschaft berufen kann (vgl. Art. 336c Abs. 1 OR). [...]"

(AGE vom 7.4.2008 in Sachen von Z. gegen S. GmbH; Verf.Nr. 929/2008; GS 2007.315)

13. Befristetes Arbeitsverhältnis (Art. 334 OR)

13.1. Art. 334 OR. Befristeter Arbeitsvertrag mit Maximalfrist und Kündigungsmöglichkeit auf früheren Zeitpunkt.

Art. 324, 335c OR. Die Arbeitgeberin hat den Arbeitnehmer bei einem Arbeitsvertrag mit Stundenlohn, aber ohne garantierte Stundenzahl während der Kündigungsfrist angemessen zu entschädigen. Vorliegend wurde eine Entlöhnung ausgehend von einer 50%-Beschäftigung als angemessen angesehen.

Der Arbeitnehmer G. und die Temporärfirma C. schlossen am 20.10.2009 einen befristeten Arbeitsvertrag über den Einsatz von G. als Software Engineer bei der Versicherung B. ab. Als Arbeitsbeginn waren der 1.11.2008 und als Arbeitsende der 30.6.2009 angegeben. Zudem wurde in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen, die einen integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags bildeten und für alle Arbeitsverhältnisse Gültigkeit hatten, vorgesehen, dass der Arbeitsvertrag gekündigt werden konnte. Eine Kündigungsfrist wurde nicht vertraglich festgesetzt. Die Arbeitszeit betrug 100% der Referenz-Sollzeit von 40 Wochenstunden. Der Arbeitnehmer war im Stundenlohn beschäftigt, wobei der Bruttostundenlohn mit CHF 64.80 je verrechenbarer Kundeneinsatzstunde angegeben wurde, der aus einem Grundlohn von CHF 60.00 sowie einem Ferienanteil von CHF 4.80 bestand. Als rechnerische Basis wurde eine Jahresstundenzahl von 1'840 Stunden zuzüglich 160 Ferienstunden aufgeführt. Ferner hatte G. Anspruch auf Auslagenersatz von CHF 10.00 pro Arbeitsstunde. Einig waren sich die Parteien darin, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer G. beim Vertragsschluss ausdrücklich die Wahl liess, ob er einen Arbeitsvertrag mit Monatslohn oder eine solchen mit einem höheren Stundenlohn abschliessen wollte. G. habe sich für die zweite Variante, weil er so die Möglichkeit gehabt habe, mehr zu verdienen, falls der Kunde der Arbeitgeberin ihn zu 100% einsetzte. Da die Versicherung B. den Arbeitnehmer nicht mehr benötigte, kündigte die Temporärfirma C. am 30.3.2009 das Arbeitsverhältnis auf Ende April 2009. Im April kam G. während 81 Stunden zum Einsatz und erhielt dafür den Lohn ausbezahlt. Mit Klage vom 1.7.2009 verlangte G. die Verurteilung der Temporärfirma C. namentlich zur Lohnzahlung für die Zeit vom 20.4. bis 30.6.2009 im Umfang von CHF 26'956.80. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies den Lohnanspruch am 30.11.2009 vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwogen hat:

1. Es handelte sich um einen befristeten Arbeitsvertrag (Art. 334 OR) mit Maximalfrist bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit auf einen früheren Zeitpunkt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 334 OR N 5, S. 588). Da die Parteien vertraglich keine Kündigungsfrist festlegten, kam eine einmonatige Frist auf das nächste Monatsende nach Art. 335c Abs. 1 OR zur Anwendung. Die Arbeitgeberin kündigte am 30.3.2009 mündlich rechtsgültig auf Ende April 2009. Die schriftliche Kündigung, die G. am 1.4.2009 zugestellt wurde, war lediglich eine Bestätigung der bereits erfolgten Kündigung.

2. Aus der Vereinbarung einer Arbeitszeit von 100% der Referenzsollzeit von 40 Wochenstunden leitete G. einen Anspruch darauf ab, dass er während der Kündigungsfrist in diesem Umfang pro Woche zu entlönnen war. Dies stand in Widerspruch dazu, dass die Parteien einen Stundenlohn vereinbarten, nachdem G. die Wahl zwischen einem Arbeitsvertrag mit Monatslohn und einem solchen mit Stundenlohn hatte. Da der Monatslohnvertrag von einem geringeren Lohnansatz pro Stunde ausging, wählte G. offensichtlich den Stundenlohnvertrag, weil er sich erhoffte, bei einem 100%-Einsatz durch die Einsatzfirma mehr zu verdienen. Entsprechend wurden dem Arbeitnehmer in den Vormonaten nur die geleisteten Stunden ausbezahlt, im November 2008 85 Stunden, im Dezember 2008 162 Stunden, im Januar 2009 122.5 Stunden, im Februar 2009 164 Stunden und im März 2009 164 Stunden, wobei die Lohnabrechnungen jeweils die Zeit vom 21. Tag des Vormonats bis zum 20. Tag des laufenden Monats umfassten. Dem Arbeitnehmer wurde damit vertraglich keine bestimmte Stundenanzahl garantiert. Diese richtete sich vielmehr nach den Bedürfnissen des Einsatzbetriebes. Damit die Kündigungsfristen nicht ihren Sinn verlieren, hat der Arbeitnehmer auch im Arbeitsverhältnis ohne bestimmte garantierte wöchentliche Arbeitszeit, insbesondere in einem Abrufarbeitsverhältnis, Anspruch auf eine angemessene Beschäftigung und entsprechende Lohnzahlung (BGE 125 III 65 E. 4baa). Bei der Bestimmung des angemessenen Arbeitsvolumens während der Kündigungsfrist kann im unterjährigen Arbeitsverhältnis nicht einfach auf den Durchschnitt der bisherigen monatlichen Arbeitsstunden abgestellt werden. Dieser hätte ausgehend von den Monaten November 2008 bis März 2009 und damit unter Ausklammerung der umstrittenen 81 Arbeitstunden im April 2009 154.6 Arbeitsstunden betragen (854 total ausbezahlte Stunden abzüglich 81 Aprilstunden, verteilt auf fünf Monate). Vielmehr waren auch mögliche weitergehende Schwankungen einzubeziehen, weil Erfahrungswerte aus früheren Jahren fehlten. Daher wurde davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer auch mit einer in einzelnen Monaten möglichen bloss 50%-Beschäftigung rechnen musste. Im Monat April 2009 musste G. ausgehend von 40 Wochenstunden bei einer 100%-Beschäftigung während mindestens 80 Stunden eingesetzt und bezahlt werden, was vorliegend mit 81 Arbeitsstunden der Fall war.

(GSGE vom 30.11.2009 in Sachen G. gegen Temporärfirma C.; GS 2009.217; publiziert in: JAR 2010 S. 459)

13.2. **Art. 334, 335 OR, Art. 19 Abs. 4 lit. a AVG. Arbeitsverhältnisse sind unbefristet, wenn das Gegenteil nicht nachgewiesen ist. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses muss derart ausgestaltet sein, dass für beide Parteien ungefähr abschätzbar ist, wann das Arbeitsverhältnis zu Ende geht, damit sie sich auf die Zeit danach angemessen vorbereiten können. Ein Einsatzvertrag mit einer Einsatzdauer von „bis längstens drei Monate“ ist als unbefristeter Vertrag anzusehen.**

Der Arbeitnehmer M. und die Temporärfirma P. AG schlossen am 12. November 2007 einen Einsatzvertrag ab, in dem die Einsatzdauer mit „bis längstens drei Monate“ angegeben war. Der zugehörige Rahmenarbeitsvertrag sah vor, dass befristete Arbeitsverhältnisse während einer Probezeit, sofern eine solche abgemacht war, gekündigt werden konnten. Kündbar waren zudem unbefristete Arbeitsverhältnisse. Die P. AG kündigte das Arbeitsverhältnis am 28. November 2007 auf den 30. November 2007. Mit Klage vom 22. September 2009 verlangte M. die Verurteilung der P. AG zur Zahlung des Lohnes für die Zeit vom 1. Dezember 2007 bis 15. Februar 2008 im Umfang von CHF 7'480.00 brutto. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 9. November 2009 ab, wobei es Folgendes in Erwägung zog.

Strittig unter den Parteien war, ob es sich um ein befristetes oder um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis handelte. Grundsätzlich gelten Arbeitsverhältnisse als unbefristet. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses muss von derjenigen Partei nachgewiesen werden, die sich darauf beruft. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses muss derart ausgestaltet sein, dass es für beide Parteien ungefähr voraussehbar ist, wann das Arbeitsverhältnis zu Ende geht, damit sie sich auf die Zeit danach angemessen vorbereiten können (BGer, Pra 2001, 197 E. 2b; OGer LU, JAR 2000, 365 E. 4.5). Die vorliegend gewählte Befristung von „bis längstens drei Monate“ gab der Arbeitgeberin das Recht das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist für beendet zu erklären, was nicht zulässig war. Das Arbeitsverhältnis wurde daher als ungültig befristetes angesehen und als ein Unbefristetes behandelt. Aus diesem Grund konnten beide Parteien das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der bei Temporärarbeitsverhältnissen in den ersten drei Monaten kurzen Kündigungsfrist von zwei Tagen kündigen (Art. 19 Abs. 4 lit. a AVG). Zudem hatte der Arbeitnehmer seine Arbeit der Arbeitgeberin während der von ihm reklamierten fixen Dauer von drei Monaten nicht mehr angeboten. Aus diesen Gründen hatte er keinen Lohnanspruch, so dass die Klage unbegründet und deshalb abzuweisen war.

(GSGE vom 9.11.2009 in Sachen von M. gegen P. AG; GS 2009.296)

14. Unbefristetes Arbeitsverhältnis (Art. 335 ff. OR)

14.1. Befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis? (siehe unter Ziffer 13.2., S. 77)

14.2. Inhaltliche Anforderungen an Kündigung
(siehe unter Ziffer 5.1., S. 42)

14.3. Art. 319, 321d, 335 OR. Der Einsatzbetrieb nimmt einen Teil der Rechte des Temporärarbeitgebers faktisch wahr. Dazu gehört die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Weisungsrechtes, hingegen regelmässig nicht das Kündigungsrecht. Eine durch den Einsatzbetrieb ausgesprochene Kündigung kann unter Umständen als suspensivbedingte zu verstehen sein, deren Wirksamkeit von der Genehmigung der Temporärarbeitgeberin abhängt. Diese Genehmigung wirkt ex nunc, weil der Kündigungsadressat ein Interesse daran hat, während der gesamten Kündigungsfrist darum zu wissen, ob die Kündigung definitiv ist und der Arbeitsvertrag beendet wird. Maximal die Hälfte einer Freistellungszeit wird an ein noch bestehendes Ferienguthaben angerechnet.

Mit Arbeitsvertrag vom 22. Februar 2007 stellte die Temporärfirma R. AG den Arbeitnehmer V. per 5. März 2007 als Maurer bei der Bauunternehmung E. AG ein. Als Stundenlohn vereinbarten die Parteien einen Betrag von CHF 36.80, worin auch 3,06% Feiertagsentschädigung und 10,6% Ferienentschädigung enthalten waren. Der Rahmenarbeitsvertrag bestimmte, dass das Arbeitsverhältnis ab dem siebten Monat einer ununterbrochenen Anstellung mit einem Monat Kündigungsfrist und vom zweiten bis und mit neuntem Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten auf das Ende eines Monats kündbar sei. V. wurde im Verlaufe des Monats September 2008 arbeitsunfähig und konnte bis Ende März 2009 nicht mehr arbeiten. Mit Schreiben vom 31. März 2009, das mit Kündigung übertitelt war, teilte die R. AG dem Arbeitnehmer V. mit, dass sie, wie ihm im September 2008 durch Herrn B. an seinem Arbeitsplatz bereits mitgeteilt worden sei, seinen Einsatz fristgerecht unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist auf den 1. Oktober 2008 kündige. Aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme könne sie ihn auch nicht mehr anderweitig einsetzen. V. erhob mit Schreiben vom 6. April 2009 Einsprache gegen die Kündigung, die er am 3. April 2009 empfangen habe. Die R. AG habe die Kündigungsfrist nicht eingehalten. Es gelte eine zweimonatige Kündigungsfrist. Zudem biete er ihr weiterhin seine Dienste als Arbeitskraft mit sofortiger Wirkung nach seiner endgültigen Genesung an. Sein Arbeitsangebot wiederholte V. in mehreren Mails an die Arbeitgeberin. Diese setzte V. in der Folge nicht mehr ein. Am 27. April 2009 klagte der Arbeitnehmer vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der R. AG zur Zahlung von CHF 18'000.00, entsprechend drei Monatslöhnen zu je CHF 6'000.00 für die Monate April, Mai und Juni. Der Kläger bezog in den Monaten April und Mai 2009 Arbeitslosenentschädigung. Im Juni 2009 fand er zudem für drei Wochen

eine Arbeit bei einem neuen Arbeitgeber, wo er insgesamt CHF 4'872.00 brutto verdiente.

Anlässlich der am 6. Juli 2009 durchgeführten Hauptverhandlung gab die Beklagte zu Protokoll, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger einzig und allein zum Zwecke des Einsatzes bei der Firma E. AG begründet worden sei. Der Einsatzbetrieb habe den Kläger selber ausgewählt, ihr vermittelt, worauf sie einen Arbeitsvertrag abgeschlossen und den Kläger an den Einsatzbetrieb ausgeliehen habe. Unter diesen Umständen habe der Einsatzbetrieb auch weitgehend Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers im Verhältnis zum Kläger übernommen. Es sei ihm zugestanden, das Arbeitsverhältnis im September 2008 zu kündigen. Sollte von einer Kündigung per Ende Juni 2009 ausgegangen werden, sei auf den Lohnanspruch des Klägers das angesparte Feriengeld anzurechnen. Der Kläger habe von 67 Ferientagen deren 34 bezogen, so dass noch 33 Ferientage zum Bezug vorhanden seien. Hinzu kämen vier ebenfalls bereits bezahlte Feiertage. Der Kläger anerkannte diese Darstellung. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage im Umfang von CHF 304.60 gut und wies die Mehrforderung ab, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. In einem Temporärarbeitsverhältnis nimmt der Einsatzbetrieb einen Teil der Rechte des Arbeitgebers faktisch wahr. Dazu gehört die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Weisungsrechtes (Art. 321d OR), nicht hingegen das Kündigungsrecht (BGer, JAR 1997, 157 E. 4b). Vorliegend unterzeichnete die Temporärfirma den Einsatzvertrag selber. Zudem fehlte eine schriftliche Ermächtigung an den Einsatzbetrieb, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Der Arbeitnehmer bestritt zudem, dass die E. AG im September 2008 das Arbeitsverhältnis gekündigt habe. Herr B. von der Einsatzfirma habe ihm damals lediglich gesagt, das Arbeitsverhältnis gehe möglicherweise zu Ende. Er müsse jedoch noch weitere Abklärungen bei der Beklagten vornehmen und werde ihn danach nochmals kontaktieren. In der Folge sei B. jedoch nicht mehr auf das Thema zurückgekommen. Ferner lag eine schriftliche Kündigung durch die Beklagte vom 31. März 2009 vor. Die Beklagte behauptete allerdings, es habe sich dabei nur um eine Bestätigung einer bereits erfolgten Kündigung gehandelt, die sie auf Wunsch des Klägers zu Handen der Arbeitslosenkasse ausgestellt habe. Es war darin denn auch von der behaupteten Kündigung des Einsatzbetriebes im September 2008 die Rede. Damit war eine solche bereits vorher erfolgte Kündigung jedoch nicht nachgewiesen. Auf eine Befragung von Herrn B. des Einsatzbetriebes wurde verzichtet, weil dieser nicht als unabhängiger Zeuge hätte gelten können. B. hatte als Organ der E. AG ein Interesse an der für die Beklagte günstigen Darstellung. Ferner sprach gegen eine frühere Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Umstand, dass die Beklagte während der von ihr seit Oktober 2008 behaupteten Kündigungsfrist V. zwei neue Einsatzverträge zusandte, in denen sie den Lohn des Klägers zu seinen Gunsten anpasste. Es ist davon auszugehen, dass die Be-

klagte auf diese Lohnerhöhung verzichtet hätte, wäre sie schon von allem Anfang an von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses im September ausgegangen.

2. Da das Arbeitsverhältnis im dritten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten auf das Ende eines Monats gekündigt werden konnte, konnte das Arbeitsverhältnis, nachdem die Kündigung dem Kläger erst am 3. April 2009 zugestellt worden war, auf Ende Juni 2009 als beendet angesehen werden. Zur Berechnung des Lohnanspruches des Klägers wurde darauf abgestellt, dass von April bis Ende Juni die Kündigungsfrist und Freistellung des Klägers 13 Wochen gedauert hatte. Während drei Wochen hatte der Kläger eine Ersatzarbeit, deren Verdienst er sich nach Art. 324 Abs. 2 OR anrechnen lassen musste. Der Lohnvergleich ergab, dass der Kläger zwar am neuen Arbeitsort pro Stunde weniger verdiente, jedoch mehr Stunden leistete, so dass er letztlich in den drei Wochen mehr einnahm, als er bei der Beklagten in dieser Zeit hätte verdienen können. Aus diesem Grund wurde der Lohnanspruch nur für zehn Wochen bejaht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts wird maximal die Hälfte einer Freistellung an ein noch bestehendes Ferienguthaben angerechnet. Vorliegend hatte der Kläger 33 Ferientage noch nicht bezogen. Hinzu kamen vier Feiertage. Alle diese Tage hatte die R. AG bereits an den Kläger ausbezahlt. Sie machten mehr als die Hälfte der Freistellungszeit aus. Aus diesem Grund konnte er nur noch Anspruch auf fünf Wochen Lohn geltend machen. Der Lohnanspruch betrug CHF 6'928.40 brutto bzw. CHF 6'509.25 netto. Davon in Abzug zu bringen war zudem die vom Kläger bezogene Arbeitslosenentschädigung in den Monaten April und Mai von CHF 6'204.65, was noch einen Restbetrag von CHF 304.60 ergab. In einem Parallelprozess wurde die Beklagte zudem verpflichtet, der Arbeitslosenkasse den Lohn im Umfang der ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung zu bezahlen.

(GSGE vom 6.7.2009 in Sachen von V. gegen R. AG; GS 2009.124)

14.4. Stundenlohnvertrag: Angemessene Entschädigung während Kündigungsfrist
(siehe unter Ziffer 13.1., S. 75)

15. Massenentlassung (Art. 335d ff. OR)**15.1. Zulässige zeitliche Staffelung von Kündigungen?**
(siehe unter Ziffer 1.2.1., S. 9)**16. Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)****16.1. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, Art. 35a Abs. 4, 35b Abs. 1 ArG. Ein Anspruch, der nach Treu und Glauben geltend gemacht wird, braucht nicht effektiv zu bestehen. Erforderlich ist lediglich, dass die betreffende Partei in guten Treuen daran glaubt, dass dieser Anspruch besteht, den sie geltend macht. Eine Kündigung, die ausgesprochen wird, weil die Arbeitnehmerin die Vereinbarung zwischen den Parteien über die Kompensation von Überstunden und den Bezug von Ferien während der Schwangerschaft in Frage stellt, weil sie darin eine Verletzung des Arbeitsgesetzes erblickt, ist missbräuchlich. Zusprechung einer Entschädigung von drei Monatslöhnen.**

E. arbeitete seit dem 1. März 2006 als Pflegerin bei der Spitex A., wobei sie ausschliesslich Abenddienst verrichtete. Im Jahre 2007 wurde sie schwanger. Im sechsten Schwangerschaftsmonat schlossen die Parteien eine Vereinbarung darüber ab, dass E. während den letzten zwei Schwangerschaftsmonaten 100 Überstunden kompensieren und zwei Wochen Ferien beziehen würde. Die Arbeitnehmerin befand sich in der Folge im Mutterschaftsurlaub. Noch bevor dieser jedoch zu Ende ging, wandte sie sich an die Arbeitgeberin und machte geltend, dass sie die Kompensation der Überstunden und die Ferien erst nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubes beziehen möchte. Sie berief sich darauf, dass die Arbeitgeberin ihr nach Arbeitsgesetz hätte Tagesarbeit anbieten müssen. Zudem hätten ihr als Schwangere auch Pausen gewährt werden müssen. Ferner hätte sie nicht mehr als vier Stunden arbeiten dürfen. Die Spitex A. lehnte die Forderungen der Angestellten ab, weil sie diese erst nachträglich gestellt habe, und kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich. Mit Klage vom 29. September 2008 vor Gewerblichem Schiedsgericht verlangte E. die Verurteilung der Spitex A. zur Zahlung einer Entschädigung nach Art. 336a OR wegen missbräuchlicher Kündigung im Umfang von sechs Monatslöhnen zu CHF 1'267.20 brutto. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess am 24. November 2008 die Klage im Umfang von drei Monatslöhnen gut, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Um eine Entschädigung zu erlangen, hat die gekündigte Partei gegen die Kündigung während der Kündigungsfrist schriftlich Einsprache zu erheben, und, falls das Arbeitsverhältnis dennoch nicht weitergeführt wird, innert 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Entschädigung einzuklagen (Art. 336a und b OR). Vorliegend waren beide formellen Voraussetzungen für die Zusprechung einer Entschädigung erfüllt. Die Klägerin hat noch während der Kündigungsfrist bis Ende September bei der Beklagten schriftlich Einspruch erhoben. Da die Beklagte das Arbeitsverhältnis in der Folge nicht weiterführen wollte, hat die Klägerin nach Beendigung der Kündigungsfrist innert der 180 Tagen gegen die Beklagte vor dem Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage eingereicht.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts braucht ein Anspruch, der nach Treu und Glauben geltend gemacht wird, nicht effektiv zu bestehen. Erforderlich ist lediglich, dass die betreffende Partei in guten Treuen daran glaubt, dass dieser Anspruch, den sie geltend macht, besteht (BGer 4C.34/2006 E. 3.2). Art. 35a Abs. 4 des Arbeitsgesetzes sieht vor, dass schwangere Frauen ab der achten Woche vor der Niederkunft zwischen 20.00 und 06.00 Uhr nicht beschäftigt werden dürfen. Art. 35b Abs. 1 ArG bestimmt, dass der Arbeitgeber schwangeren Frauen, die zwischen 20.00 und 06.00 Uhr beschäftigt werden, nach Möglichkeit eine gleichwertige Arbeit zwischen 06.00 und 20.00 Uhr anzubieten hat. Frauen, die zwischen 20.00 und 06.00 Uhr beschäftigt werden, denen aber keine andere gleichwertige Arbeit angeboten werden kann, haben während diesen festgelegten Zeiträumen Anspruch auf 80% des Lohnes (Abs. 2). Ferner schreibt Art. 61 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vor, dass ab dem sechsten Schwangerschaftsmonat stehende Tätigkeiten auf insgesamt vier Stunden pro Tag zu beschränken sind (Abs. 2).

3. Das Arbeitsgesetz enthält zum Gesundheitsschutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bestimmte Vorschriften, von denen durch Vereinbarung unter den Vertragsparteien nicht abgewichen werden kann. Insbesondere kann eine Arbeitnehmerin auf diese Schutzbestimmungen nicht verzichten und sie verhält sich grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie einen derartigen Verzicht, den sie eingegangen ist, nachträglich nicht mehr gelten lassen will. Dass Arbeitgeber schwangere Frauen ab der achten Woche vor der Niederkunft zwischen 20.00 und 06.00 Uhr nicht beschäftigen dürfen, ist eine Vorschrift, die die Arbeitgeber zwingend einzuhalten haben. Auch ist es nicht so, dass die schwangeren Arbeitnehmerinnen um gleichwertige Tagesarbeit nachsuchen können, sondern es ist die Pflicht des Arbeitgebers, solche Arbeit den Arbeitnehmerinnen anzubieten (RÉMY WYLER, Handkommentar ArG, 2005, Art. 35b N 3, S. 451).

Da die Beklagte bestritt, dass die Frage der Tagesarbeit je Thema unter den Parteien war, und insbesondere nicht behauptete, sie habe der Klägerin Tagesarbeit angeboten, hatte sie ihre Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) verletzt. Unter diesen Umständen durfte die Klägerin dieses Thema gegenüber der Beklagten zur Sprache bringen, ohne damit rechnen zu müssen, deswegen die Kündigung zu riskieren. Die Beklagte hätte besser daran getan, anstatt zu kündigen, die Frage, ob die Klägerin nochmals Anspruch auf die Kompensation der Überstunden bzw. den Ferienbezug hätte, dem zuständigen Gericht zur Entscheidung vorzulegen. Da zwischen dem Vorbringen einer nochmaligen Kompensation bzw. des Ferienbezugs und der Verletzung zwingenden arbeitsrechtlicher Vorschriften einerseits und der Kündigung andererseits ein kausaler Zusammenhang bestand, wurde die Kündigung als - in Verletzung von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR - missbräuchlich angesehen.

4. Eine missbräuchliche Kündigung hat grundsätzlich zur Folge, dass die kündigende Partei der anderen Partei eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen bezahlen muss. Das Gewerbliche Schiedsgericht geht in seiner ständigen Rechtsprechung bei der Festsetzung von drei Monatslöhnen aus und senkt bzw. erhöht die Entschädigung, falls die Umstände dafür sprechen. Zugunsten der Arbeitnehmerin war vorliegend zu berücksichtigen, dass der Schutz der Schwangeren verletzt wurde, was schwerwiegend ist. Andererseits wollte die Beklagte die Sach- und Rechtslage abklären und gab daher der Klägerin einen Monat frei, während welchem sie ihr dennoch den vollen Lohn bezahlte. Dies wurde ihr mildernd angerechnet. Aus diesen Gründen setzte das Gewerbliche Schiedsgericht die Entschädigung auf drei Monatslöhne fest.

(GSGE vom 24.11.2008 in Sachen von E. gegen Spitex A.; GS 2008.295)

16.2. Angemessene Entschädigung bei missbräuchlicher Massenentlassung (Art. 336a Abs. 3 OR)
(siehe unter Ziffer 1.2.1., S. 9)

17. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

17.1. Art. 337, 337d, 357 Abs. 1 und 2 OR, Art. 21 L-GAV. Der Tatbestand des ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle gemäss Art. 337d OR verlangt eine plötzliche, unbegründete Absenz der Ar-

beitnehmerin. Er setzt eine bewusste, absichtliche und endgültige Weigerung voraus, die Arbeit wieder aufzunehmen. Bei einer kurz dauernden Absenz ist der Tatbestand im Unterschied etwa zu einem mehrmonatigen Fernbleiben von der Arbeitsstelle nicht erfüllt. In casu wurde bei einer Angestellten, die um eine Monatshälfte zu spät aus den Ferien zurückkehrte, aufgrund der übrigen Umstände nicht davon ausgegangen, dass sie das Arbeitsverhältnis beenden wollte. Ob ein eigenmächtiger Ferienbezug den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigt, hängt von den konkreten Umständen ab. In casu war aufgrund der nachgewiesenen betrieblichen Übung, keine Ferienzeitkontrolle zu führen und Ferienverlängerungen auch nach Urlaubsantritt zu gewähren, das Verhalten der Arbeitnehmerin nicht als krass treuwidrig anzusehen, so dass sie vorher hätte abgemahnt werden müssen. Von Art. 21 L-GAV 98 betreffend die Pflicht des Arbeitgebers, über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten Buch zu führen, darf weder durch den Einzelarbeitsvertrag noch durch den Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt abgewichen werden.

F. arbeitete mit Unterbrüchen seit Mitte 2006 als Serviceangestellte im Betrieb N. Cafe, den T. als Einzelunternehmerin führt. Vor den Weihnachtsfeiertagen des Jahres 2008 bezog F. Ferien, aus denen sie in der ersten Hälfte des Monats Januar 2009 wieder an den Arbeitsplatz hätte zurückkehren müssen. Die genaue Dauer des bewilligtenurlaubes ist zwischen den Parteien umstritten. Unbestritten ist jedoch, dass F. nicht in der ersten Monatshälfte, sondern erst gegen Ende Januar 2009 aus den Ferien zurückgekehrt ist. Mit Schreiben vom 22. Januar 2009 entliess die Arbeitgeberin F. fristlos und beendete das Arbeitsverhältnis rückwirkend auf den 31. Dezember 2008. Auf Klage von F. vom 8. Juni 2009 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht T. mit Urteil vom 5. November 2009 zur Zahlung einer Ersatzforderung wegen ungerechtfertigter Entlassung im Betrag von CHF 7'940.00 netto nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Juni 2009 an die Klägerin. Die Mehrforderung wurde abgewiesen. Zudem behaftete das Gericht die Beklagte bei ihrer Bereitschaft, der Klägerin die von dieser verlangten Unterlagen bis spätestens am 23. November 2009 zuzustellen. Das Appellationsgericht wies am 31. Mai 2010 eine von T. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

„[...] 2.1 Die Vorinstanz qualifizierte das Schreiben der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 22. Januar 2009 als ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Art. 337c OR. Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, dass das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt ihres Schreibens an die Beschwerdegegnerin bereits durch diese aufgrund ihres definitiven Verlassens der Arbeitsstelle nach Ferienende am 5. Januar 2009 im Sinne von Art. 337d OR aufgelöst worden sei. Deshalb habe sie die Beschwerdegegnerin am 22. Januar 2009 gar nicht mehr fristlos entlassen können.

2.2 Der Tatbestand des ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle gemäss Art. 337d OR verlangt eine plötzliche, unbegründete Absenz des Arbeitnehmers. Er setzt eine bewusste, absichtliche und endgültige Weigerung voraus, die Arbeit wieder aufzu-

nehmen (BGE 121 V 277, E. 3a; 112 II 41, E. 2 mit weiteren Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 337d N 2). Bei einer kurz dauernden Absenz ist der Tatbestand im Unterschied etwa zu einem mehrmonatigen Fernbleiben von der Arbeitsstelle nicht erfüllt (BGE 121 V 277, E. 3a mit weiteren Hinweisen). Die Vorinstanz hat dazu erwogen, dass sich aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 22. Januar 2009 eindeutig ergebe, dass diese zu jenem Zeitpunkt selber noch vom Bestand des Arbeitsverhältnisses ausgegangen sei. Dies ist offensichtlich zutreffend, hat die Beschwerdeführerin darin doch selber von einer „fristlosen Kündigung“ und einem Verzicht auf die Arbeitskraft der Beschwerdegegnerin geschrieben. Dem hält die Beschwerdeführerin replicando entgegen, dass es auf ihre damalige Einschätzung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses gar nicht ankomme. Mit dem definitiven Verlassen der Arbeitsstelle durch die Beschwerdegegnerin sei das Arbeitsverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beendet worden. Dieser Einwand der Beschwerdeführerin ist zwar grundsätzlich berechtigt. Aus den gesamten Umständen folgt aber, dass die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen durfte, dass gar keine bewusste, absichtliche und endgültige Weigerung der Wiederaufnahme der Arbeit seitens der Arbeitnehmerin bis zum Zeitpunkt der Vornahme der Kündigung am 22. Januar 2009 belegt ist. Dabei kann offen bleiben, ob mit der Beschwerdeführerin, deren Behauptung in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung von der Auskunftsperson P., einer weiteren Angestellten, bestätigt worden ist, von bewilligten Ferien von zwei Wochen Dauer oder, wie die Beschwerdegegnerin behauptet hat, von drei Wochen ausgegangen werden muss. Die Beschwerdegegnerin hätte je nach bewilligter Feriendauer die Arbeit am 5. resp. 12. Januar 2009 wieder aufnehmen müssen. Gemäss der Aussage von P. hat sich die Beschwerdegegnerin am 11. Januar 2009 aus der Slowakei per SMS an sie gewandt und ihr mitgeteilt, dass sie gesundheitliche Probleme habe und dass sie ihren Personenwagen in Reparatur habe geben müssen. Die Arbeitskollegin hat darauf geantwortet, dass im Moment nicht viel los sei und die Beschwerdegegnerin sich wieder melden solle, wenn sie zurück sei. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin eine Arbeitsniederlegung gerade nicht beabsichtigt hat. Dies gilt umso mehr, als im Betrieb der Beschwerdeführerin die ursprünglich vereinbarte Feriendauer nicht unbedingt verbindlich war und relativ formlos hat verlängert werden können. Zudem wurde keine Arbeits- und Ferienzeitskontrolle geführt. Gemäss Aussage der Auskunftsperson habe ihr die Beschwerdegegnerin in einer zweiten SMS dann allerdings erklärt, dass sie nicht mehr zur Arbeit kommen wolle. Das Datum dieser SMS ist aber nicht erstellt, sodass nicht belegt werden kann, dass dieser Wille schon zum Zeitpunkt der Kündigung bestanden hat und erklärt worden ist. Demzufolge hat die Beschwerdegegnerin die Arbeitsstelle nicht im Sinne von Art. 337d OR ungerechtfertigterweise verlassen und hat das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung am 22. Januar 2009 noch bestanden.

3.

Aus Titel und Inhalt des Schreibens vom 22. Januar 2010 geht klar hervor, dass das Arbeitsverhältnis fristlos, rückwirkend auf den 31. Dezember 2009 aufgelöst werden

sollte. Strittig ist zwischen den Parteien diesbezüglich, ob die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung erfüllt gewesen sind.

3.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint, da vom Vertragspartner nicht mehr erwartet werden kann, das Arbeitsverhältnis mittels ordentlicher Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer dessen Ende abzuwarten. Sinn und Wesen der fristlosen Entlassung als ultima ratio setzen eine besonders schwere Pflichtverletzung voraus. Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen dieses Mittel nur im Wiederholungsfall und nach Abmahnung (vgl. BGer in Pra 1998 Nr. 41 mit weiteren Verweisen). Ob ein wichtiger Grund in diesem Sinne vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. auch BGE 129 III 380, E. 2).

Wann ein wichtiger Grund für eine fristlose Vertragsauflösung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich nicht allgemein umschreiben. Immerhin hat sich für gewisse typische Situationen – so auch für den Fall der fehlenden Arbeitsleistung – eine gefestigte Praxis gebildet. Nach Lehre und Rechtsprechung begründet das unentschuldigte Wegbleiben vom Arbeitsplatz dann einen wichtigen Grund, wenn die Arbeitsverweigerung beharrlich ist und ihr eine Verwarnung unter klarer Androhung der fristlosen Entlassung vorausgegangen ist. Die Voraussetzungen der Beharrlichkeit und der vorgängigen Verwarnung gelten allerdings nur bei einem Wegbleiben von kurzer Dauer. Bleibt ein Arbeitnehmer dagegen während mehrerer Tage der Arbeit fern oder ist der Absenz eine klare Aufforderung des Arbeitgebers vorausgegangen, am Arbeitsplatz anwesend zu sein, entfallen diese zusätzlichen Voraussetzungen. Insbesondere wird der eigenmächtige Ferienbezug durch den Arbeitnehmer entgegen einem abschlägigen Bescheid des Arbeitgebers grundsätzlich als wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung angesehen (vgl. BGE 127 III 153, E. 1b; 108 II 301, E. 3b = Pra 1983 Nr. 8, je mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Denn sofern keine besonderen Umstände vorliegen, ist der eigenmächtige Ferienbezug eine Handlung, die geeignet ist, das Vertrauen so zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar und eine fristlose Auflösung desselben durch den Arbeitgeber gerechtfertigt ist. Bestehen allerdings besondere Umstände, kann die Erschütterung des Vertrauensverhältnisses durch den eigenmächtigen Ferienbezug weniger oder gar nicht schwer wiegen (BGE 108 II 301, E. 3b = Pra 1983 Nr. 8), so z.B. bei Sicherstellung der Arbeitsleistung durch einen anderen Arbeitnehmer (vgl. BGer 4C.270/1999 vom 7. Februar 2000 = JAR 2001, 222 ff.). Massgebend sind somit auch beim eigenmächtigen Ferienbezug bzw. bei der eigenmächtigen Verlängerung der Ferien die Umstände des konkreten Falles.

3.2 Die Vorinstanz hat dazu erwogen, dass selbst dann, wenn man der Auffassung der Beschwerdegegnerin, dass drei Ferienwochen bewilligt worden seien, folgen wollte, diese am 12. Januar 2009 wieder am Arbeitsplatz hätte erscheinen müssen. Sie sei aber erwiesenermassen erst Ende Januar 2009 nach Basel zurückgekehrt. Zumindest bezüglich der Dauer der Abwesenheit vom Arbeitsplatz könnte somit das Kriterium der Beharrlichkeit erfüllt sein. Eine vorgängige Verwarnung der Beschwerdegegnerin sei dagegen nicht nachgewiesen. Die Vorinstanz hat im Weiteren darauf abgestellt, dass die Beschwerdegegnerin am 11. Januar 2009 wegen gesundheitlicher Probleme und Schwierigkeiten mit ihrem Auto sich per SMS bei ihrer Arbeitskollegin P. gemeldet habe. Diese habe ihr mitgeteilt, dass es momentan auch ohne sie laufe und sie sich melden solle, wenn sie wieder zurück sei. Es sei für die Arbeitskollegin vor allem wichtig gewesen, dass die Beschwerdegegnerin im Februar wieder arbeiten komme, weil sie dann selber Ferien habe beziehen wollen. P. habe die Beschwerdeführerin über die Abwesenheit der Beschwerdegegnerin informiert. Die Befragung von P. habe des Weiteren ergeben, dass die ursprünglich bewilligte Feriendauer jeweils nicht bindend gewesen sei. Auch der Arbeitskollegin sei auf entsprechende Nachfrage aus den Ferien deren Verlängerung ohne weiteres bewilligt worden. Man habe es im Betrieb der Beschwerdeführerin mit der Ferienplanung nicht so genau genommen, solange entweder P. oder die Beschwerdegegnerin anwesend gewesen seien und den Betrieb des Restaurants gewährleistet hätten. Entgegen Art. 21 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes (L-GAV) sei auch keine Arbeits- resp. Ferienzeitkontrolle geführt worden. Zudem sei nie ein personeller Engpass behauptet worden. Bei dieser Sachlage wäre zu erwarten gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin informierte, dass sie die Absenz nicht akzeptieren wolle, und sie zur Arbeitsaufnahme aufforderte. Dies habe sie jedoch unterlassen. Vor diesem Hintergrund erscheine die eigenmächtige Verlängerung der Ferien nicht als wichtiger Grund, der eine fristlose Entlassung rechtfertige.

3.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der fristlosen Entlassung das angeblich krass treuwidrige Verhalten der Beschwerdegegnerin nicht gebührend berücksichtigt. Insbesondere sei der Tatsache zu wenig Gewicht beigemessen worden, dass die Beschwerdegegnerin bei der Verhinderung ihrer Rückkehr nicht direkt mit der Beschwerdeführerin Kontakt aufgenommen habe.

3.4 Aufgrund der nachgewiesenen Übung im Betrieb der Beschwerdeführerin, keine Ferienzeitkontrolle zu führen und Ferienverlängerungen auch nach Urlaubsantritt zu gewähren, kann das Verhalten der Beschwerdegegnerin – entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin – nicht als krass treuwidrig taxiert werden. Die Beschwerdeführerin war über ihre Arbeitnehmerin P. über die Situation der Beschwerdegegnerin im Bilde und hätte diese folglich abmahnen können. Daher kann der Beschwerdegegnerin die bloss indirekte Kontaktnahme mit ihrer Arbeitgeberin über ihre Arbeitskollegin nicht zum Nachteil gereichen. Die Vorinstanz hat folglich in Würdigung der Umstände des Falles willkür-

frei davon ausgehen dürfen, dass kein wichtiger Grund vorgelegen hat und die fristlose Entlassung daher ungerechtfertigt erfolgt ist.

4.

4.1 In Bezug auf den Umfang der Ersatzansprüche der Beschwerdegegnerin rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz in Verletzung von Art. 6 L-GAV gestützt auf den Einzelarbeitsvertrag von einer zweimonatigen Kündigungsfrist ausgegangen sei. Namentlich hält sie der Vorinstanz vor, dass diese einerseits auf Art. 21 L-GAV abstelle und andererseits aber eine vom L-GAV abweichende Regelung der Kündigungsfrist im Einzelarbeitsvertrag der Parteien heranziehe, was eine „Rosinenpickerei“ bzw. einen error in iudicando bilde. Ausserdem macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vorinstanz § 15 Abs. 2 NAV, wonach das Hauspersonal beim Fernbleiben von der Arbeit ohne hinreichenden Grund für diese Zeit keinen Lohnanspruch habe, in willkürlicher Weise nicht angewandt habe. Denn obwohl die Beschwerdegegnerin ihre Arbeitsleistung nicht mehr angeboten habe, sei ihr eine Entschädigung im Umfang von zwei vollen Monatslöhnen zugesprochen worden.

4.2 Die Beschwerdeführerin verkennt zunächst das Verhältnis zwischen Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag. Der L-GAV ist vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt worden (vgl. dazu letztmals BBl 2009 8857 f.). Zudem hat die Beschwerdeführerin im Gesuch um Bewilligung zur Beschäftigung einer ausländischen Arbeitskraft vom 22. Mai 2008 ausdrücklich auf den GAV verwiesen, weshalb dieser auch aus diesem Grund für das bewilligte Arbeitsverhältnis verbindlich geworden ist. Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages gelten nach Art. 357 Abs. 1 OR unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nur wegbedungen werden, wenn der Gesamtarbeitsvertrag dies bestimmt. Einzelarbeitsvertragliche Abweichungen zu Gunsten der Arbeitnehmer sind jedoch stets zulässig (Art. 357 Abs. 2 OR). Diese Bestimmungen werden in Art. 33 L-GAV wiederholt. Art. 21 Abs. 2 L-GAV normiert die Pflicht der Arbeitgeber, über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten Buch zu führen. Er behält keine abweichende arbeitsvertragliche Regelung vor. Auch ist keine Abweichung zu Gunsten der Arbeitnehmer vorstellbar. Daraus folgt, dass Art. 21 L-GAV weder durch den Einzelarbeitsvertrag noch durch den Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990 (NAV; GS 215.700), auf den im Einzelarbeitsvertrag verwiesen worden ist, derogiert werden kann. Etwas anderes gilt jedoch für die Dauer der Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit, die in Art. 6 L-GAV geregelt sind. Da eine Verlängerung der hier massgebenden einmonatigen Kündigungsfrist zu Gunsten der Arbeitnehmer ausfällt, ist eine solche gestützt auf Art. 357 OR und Art. 33 L-GAV zulässig und von der Vorinstanz zu Recht beachtet worden.

4.3 Auch die Rüge, dass die Vorinstanz § 15 Abs. 2 NAV ignoriert habe, geht fehl. Einerseits hat die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin für die Zeit vom 5. Januar 2009 bis zum Monatsende nämlich gerade in Berücksichtigung von § 15 Abs. 2 NAV weder Lohn- noch Ersatzansprüche zugesprochen. Und andererseits war die Beschwerdeführe-

rin nach erfolgter fristloser Entlassung gar nicht mehr verpflichtet, ihre Arbeit anzubieten. Sie ist daher nach der fristlosen Vertragsauflösung nicht im Sinne von § 15 Abs. 2 NAV „ohne hinreichenden Grund“ der Arbeit ferngeblieben. Auch bei der Bemessung der Höhe der Ersatzansprüche ist die Vorinstanz somit nicht in Willkür verfallen. [...]“

(AGE vom 31.5.2010 in Sachen T. gegen. F.; Verf.Nr. BE 2009.995; GS 2009.191)

17.2. Erforderliche Verwarnung bei Arbeitsverweigerung (Art. 337 OR)
(siehe unter Ziffer 1.3., S. 19)

17.3. Art. 337 OR. Unterschlagung/Veruntreuung/Diebstahl am Arbeitsplatz bzw. ein entsprechender Verdacht rechtfertigen eine fristlose Entlassung. Eine solche kann nachträglich auch mit Umständen begründet werden, die ihr zwar vorausgegangen sind, die der Arbeitgeber jedoch weder kannte noch kennen konnte. Unzulässig ist es, eine Kündigung erst nachträglich mit einer Unterschlagung/Veruntreuung zu begründen, die schon anlässlich der damals anders begründeten Kündigung bekannt waren. Kein Grund für eine fristlose Kündigung stellt das Sich-Auszahlen-Lassen von CHF 1'500.00 dar, nachdem dem Arbeitnehmer vorher monatlich CHF 250.00, die im Arbeitsvertrag nicht vorgesehen waren, zusätzlich ausbezahlt wurden und deren Auszahlung er daher in guten Treuen verlangen durfte.

L. war ab 1. März 2005 als Mitarbeiter bei der R. GmbH angestellt. Mit Schreiben vom 19. Juli 2007 kündigte die R. GmbH per 16. Juli 2007 das Arbeitsverhältnis fristlos. Als Kündigungsgründe gab sie später Manipulationen bei der Führung der Buchhaltung und den Umstand an, dass L. die Buchhalterin aufgefordert habe, ihm zu Unrecht CHF 1'500.00 auszubezahlen. Am 13. August 2007 klagte der Arbeitnehmer fehlenden Lohn bis zum Austritt und während der ordentlichen Kündigungsfrist sowie eine Entschädigung wegen fristloser Entlassung, total CHF 29'209.50, ein. Mit Urteil vom 30. Oktober 2008 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die Beklagte, dem Kläger CHF 25'379.55 netto, wovon CHF 12'170.60 Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR, nebst Zins zu bezahlen. Die Mehrforderung wurde abgewiesen.

Das Appellationsgericht wies am 4. Mai 2009 eine gegen dieses Urteil von der R. GmbH erhobene Beschwerde ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 2.

Dass Unterschlagung/Veruntreuung/Diebstahl am Arbeitsplatz bzw. ein entsprechender Verdacht eine fristlose Entlassung rechtfertigt, bedarf keiner weiteren Erörterungen (vgl.

dazu ganz allgemein REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 337 mit vielen weiteren Hinweisen). Fraglich ist, ob die vorliegende fristlose Entlassung vom 16. Juli 2007 mit einem Verdacht rund um den Bezug von CHF 1'500.00 begründet worden ist.

Die fristlose Entlassung vom 16. Juli 2007 wurde am 19. Juli 2007 von der Beschwerdeführerin schriftlich wie folgt begründet [...]: Aufgrund wiederholter, nicht akzeptabler Umstände und Vorfälle, welche wiederholt abgemahnt worden seien, sei am 16. Juli 2007 die fristlose Entlassung erfolgt. Dazu habe nicht zuletzt die Tatsache geführt, dass der Beschwerdeführer den ihm auferlegten Pflichten wiederholt nicht nachgekommen sei und man bei einer elementaren Nachforschung nach abgelegten Rechnungen auf keine Daten gestossen sei. Ferner habe sich der Beschwerdegegner bei Kunden und Partnern negativ über die Firma und/oder den Geschäftsführer geäußert. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde findet sich nichts zum Umstand, dass CHF 1'500.00 vom Beschwerdegegner zu Unrecht bezogen worden seien. Bezeichnenderweise wird denn auch erklärt, der Juni-Lohn 2007 werde ihm nach dem 28. Juli 2007 zugestellt, „wobei schon heute der Abzug von CHF 500.00 (Selbstbehalt aus selbst verursachtem Unfall) angekündigt wird“. Wäre damals ein Deliktsbetrag von CHF 1'500.00 zur Debatte gestanden bzw. ein entsprechender Verdacht, wäre selbstverständlich ein Abzug in dieser Höhe vorbehalten worden. Erst in der am 12. September 2007 erstellten Schlussabrechnung erfolgt ein Abzug von CHF 1'500.00, dort allerdings mit dem Titel „Rückvergütung nicht autorisierter Spesen“, was nicht zwingend ein Vermögensdelikt darstellt. In einem Schreiben vom 13. August 2007 an die öffentliche Arbeitslosenkasse werden als Gründe für die fristlose Entlassung verschiedene Missstände moniert, jedoch findet sich auch dort noch kein Wort zu der „Unterschlagung“ von CHF 1'500.00. Daraus kann nun nur der Schluss gezogen werden, dass das angebliche Delikt im Zusammenhang mit der Zahlung von CHF 1'500.00 an den Beschwerdegegner weder im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung vom 16./19. Juli 2007 noch in den Wochen danach und jedenfalls nicht bis zum 12. September 2007 je vorgebracht worden ist. Die fristlose Entlassung wurde nicht mit diesem Punkt begründet. Damit erweist sich die Darstellung in der Beschwerde, man habe, nachdem man von der ungerechtfertigten Überweisung Kenntnis erhalten habe, den Beschwerdegegner umgehend zur Rede gestellt und ihn daraufhin fristlos entlassen, als unzutreffend bzw. widerlegt.

3.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine fristlose Entlassung nachträglich unter bestimmten eingeschränkten Voraussetzungen auch mit Umständen begründet werden, die der fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages vorangegangen sind und die der Arbeitgeber weder kannte noch kennen konnte. Die zulässige Begründung kann in diesem Sinne auch nachgeschoben werden (vgl. BGE 127 III 310 E. 4a). Diese Rechtsprechung wird auch in der Literatur unterstützt (vgl. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, N 10 f. zu Art. 337 OR; REHBINDER, Berner Kommentar N 17 zu Art. 337 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 39 zu Art. 337 OR).

Nachträglich dürfen aber keine Gründe geltend gemacht werden, auf die sich der Arbeitgeber bereits im Zeitpunkt der Kündigung hätte berufen können, ihm also damals nicht unbekannt gewesen sind (vgl. auch schon REHBINDER, Berner Kommentar N 17 zu Art. 337 OR). Dieses Erfordernis wird von STREIFF/VON KAENEL (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1993, N 19 zu Art. 337 OR) zwar abgelehnt. Da das objektive Bestehen eines Kündigungsgrundes nicht genügt, sondern dieser sofort auch geltend gemacht werden muss, ist das Verbot des Nachschiebens bekannter Gründe aber richtig.

Die Beschwerdeführerin muss in diesem Zusammenhang bei ihrer Darstellung in der Beschwerde behaftet werden [...], dass sie die Kündigung in Kenntnis der Unterschlagung/Veruntreuung ausgesprochen hat. Dann hätte sie diesen Grund aber auch nennen müssen. Deshalb kann sich die Beschwerdeführerin nicht nachträglich auf diesen Umstand berufen.

4.

Selbst wenn der Kündigungsgrund der Unterschlagung/Veruntreuung zu berücksichtigen wäre, ist schliesslich mit der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass das Sich-Auszahlen-Lassen der CHF 1'500.00 keinen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen kann. Der Arbeitsvertrag vom 22. Februar 2005 sieht ein Nettogehalt des Beschwerdegegners von monatlich CHF 4'000.00 zuzüglich CHF 200.00 Spesen vor. Wobei keine zusätzliche Entlohnung von CHF 250.00 vorgesehen ist, Nichtsdestotrotz wurde dieser Betrag unbestrittenermassen dem Beschwerdegegner regelmässig bis und mit März 2006 ausbezahlt. Der Beschwerdegegner durfte daher in guten Treuen davon ausgehen, dass der Lohn um CHF 250.00 erhöht wurde, ihm dieser Betrag zustehe und daher dessen Auszahlung verlangen. Die Beschwerdeführerin hat zudem nicht substantiiert ausgeführt, inwiefern es sich um eine Abgeltung zusätzlicher Leistung handeln soll. [...]"

(AGE vom 4.5.2009 in Sachen von R. GmbH gegen L.; Verf.Nr. 993/2008; GS 2007.232)

17.4. **Ungerechtfertigtes Verlassen der Arbeitsstelle (Art. 337d OR)?** (siehe unter Ziffer 17.1., S. 84)

18. Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

- 18.1. **Art. 112 Abs. 2 OR.** Die Vereinbarung zwischen dem Temporärarbeitgeber und dem Einsatzbetrieb über eine höhere Stundenabgeltung enthält nicht ohne weiteres auch eine Lohnerhöhung für den Temporärarbeitnehmer, auf die dieser zudem ein eigenes Forderungsrecht hat.
- Art. 340 Abs. 1 OR.** Für das Schriftlichkeitserfordernis zur Vereinbarung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes genügt ein Personalreglement nicht, auf das der Arbeitsvertrag zwar verweist und das dem Arbeitnehmer ausgehändigt wird, von diesem jedoch nicht unterzeichnet ist.

H. schloss mit der Temporärfirma S. AG am 22. Mai 2007 einen Arbeitsvertrag über einen Einsatz bei der L. AG ab. Der von H. unterschriebene Arbeitsvertrag, verwies auf das von ihm nicht unterzeichnete Personalreglement. In diesem Personalreglement war ein Konkurrenzverbot vorgesehen. H. kündigte das Arbeitsverhältnis am 22. Februar 2007 auf Ende April 2007. Am 19. Juni 2007 reichte er beim Gewerblichen Schiedsgericht gegen S. AG eine Klage über CHF 5'023.20 zuzüglich 5% Zins seit dem 1. Juni 2007 sowie über die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und einer Lohnabrechnung für August 2006 ein. Die Geldforderung setzte sich unter anderem aus CHF 1'725.00 aufgrund einer Lohnerhöhung sowie aus CHF 2'547.95 für 49,95 Überstunden zusammen. Da sich die Parteien im Vorverfahren vom 9. September 2007 nicht einigen konnten, wurden sie zur Hauptverhandlung vorgeladen. Die S. AG erhob dabei eine Widerklage über CHF 30'000.00 Konventionalstrafe infolge Verletzung eines Konkurrenzverbots. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies am 21. Januar 2008 die erwähnten Klagebegehren wie auch die Widerklage ab, wobei es was folgt in Erwägung zog:

1. Für seine Forderung bezüglich Lohnerhöhung berief sich H. darauf, dass die S. AG mit der L. AG eine solche von CHF 50.00 vereinbart habe. Es sei abgemacht gewesen, dass der grössere Teil ihm und der kleinere der S. AG zukäme. Der an der Hauptverhandlung einvernommene Zeuge V. der L. AG bestätigte, dass in den Jahren 2003 bzw. 2004 eine solche Vereinbarung zwischen der S. AG und der L. AG bestanden habe. In den Folgejahren 2006 und 2007 sei es wiederum zu einer Vereinbarung zwischen den nämlichen Parteien gekommen. Damals sei jedoch nicht explizit vereinbart gewesen, dass H. davon profitieren sollte. Die L. AG sei jedoch davon ausgegangen, dass es sich um eine auch in dieser Hinsicht identische Vereinbarung wie in den Vorjahren gehandelt habe. Als H. die S. AG im April 2006 nach mehr Lohn für das Jahr 2006 fragte, antwortete diese, sie wolle noch zuwarten, möglich sei eine Bonusleistung Ende Jahr. Damit konnte zwischen H. und der S. AG keine Vereinbarung über eine Lohnerhöhung ab dem Jahre 2006 festgestellt werden. Es stellte sich jedoch die Frage,

ob die Vereinbarung zwischen der L. AG und der S. AG als Vertrag zu Gunsten Dritter zu verstehen war. Falls überhaupt ein solcher Vertrag vorhanden war, so war allerdings ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter mit einem eigenen Forderungsrecht für H. nicht nachgewiesen (Art. 112 Abs. 2 OR), was zur Abweisung seines Begehrens führte.

2. H. verlangte die Auszahlung seines am Ende des Arbeitsverhältnisses vorhandenen positiven Stundensaldos. Das Personalreglement, das gemäss Arbeitsvertrag einen integrierenden Bestandteil bildete, sah eine gleitende Arbeitszeit vor, die jedem Arbeitnehmer die Freiheit zur Gestaltung der täglichen Arbeitszeit im Rahmen der Betriebszeit von 6.00 bis 20.00 Uhr und in Abstimmung mit dem Vorgesetzten einräumte. Zudem bestimmte das Reglement, dass ein positiver Gleitsaldo am Ende des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer nicht ausbezahlt würde. Eine solche Vereinbarung wird als gültig angesehen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Arbeitnehmer in seiner Zeitsouveränität durch den Arbeitgeber beschnitten wird und den Saldo nicht abbauen kann. Davon konnte vorliegend nicht ausgegangen werden. Als H. das Arbeitsverhältnis kündigte, hatte er bereits einen neuen Arbeitsvertrag mit einer anderen Temporärfirma über die Weiterführung des Einsatzes bei der L. AG abgeschlossen. Er konnte und wollte das dort begonnene Projekt weiterbetreuen. Unter diesen Umständen hatte er selber keine Veranlassung, seinen Gleitzeitsaldo abzubauen. Auch hatte ihn der Einsatzbetrieb am Abbau dieses Saldos nicht gehindert.

3. Zur beurteilen war ferner die Widerklage auf Bezahlung einer Konventionalstrafe infolge Verletzung des Konkurrenzverbotes. H. führte nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der S. AG den Einsatz bei der L. AG über einen anderen Temporärarbeitgeber nahtlos weiter. Der Arbeitsvertrag mit der S. AG selber enthielt kein Konkurrenzverbot. Hingegen war ein solches im Personalreglement enthalten, das von H. nicht unterzeichnet war. Art. 340 OR setzt für eine gültige Vereinbarung eines Konkurrenzverbots die Schriftlichkeit voraus. Dazu gehören sowohl das schriftliche Abfassen des Vertragstextes sowie das Unterzeichnen durch jene Person, die sich dadurch verpflichtet (Art. 13 OR). Meinungen darüber, ob der Verweis in einem schriftlichen und unterzeichneten Arbeitsvertrag auf ein schriftliches Personalreglement genügt, gehen auseinander (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 340 OR N 5, m.H.). Eine vergleichbare Regel wie in Art. 340 OR besteht in Art. 321c Abs. 3 OR über die Abgeltung der Überstunden durch den Normallohn samt einem Zuschlag von wenigstens 25%. Dort ist vorgesehen, dass die Parteien von der gesetzlichen Regelung durch schriftliche Vereinbarung abweichen können. Dabei genügt nach einem Urteil des Bundesgerichts der Verweis in einem schriftlichen und unterzeichneten Arbeitsvertrag auf ein Personalreglement, das jedoch nicht unterzeichnet ist (BGE 4C.407/2004 E. 3.1; ablehnend: STREIFF/VON KAENEL, Art. 321c OR N 7). Es ist lediglich zu verlangen, dass dieses ausgehändigt wurde.

Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots betrifft im Gegensatz zu einer Überstundenvereinbarung nicht die Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern die Zeit danach, in der grundsätzlich keine Bindung zwischen den Parteien mehr besteht. Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot kann zudem eine empfindliche Einschränkung des Arbeitnehmers bei seinem weiteren beruflichen Fortkommen darstellen. Umso grösser ist hier die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. Die vorgeschriebene Schriftlichkeit soll sicherstellen, dass der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot zur Kenntnis nimmt und sich bewusst dazu verpflichtet. Dies ist bei einem Konkurrenzverbot, das lediglich in einem Personalreglement enthalten ist, welches vom Arbeitnehmer nicht unterschrieben wird, nicht gewährleistet. Vorliegend hatte denn auch H. offensichtlich und in glaubwürdiger Weise das erste Mal aufgrund der Widerklage vom Konkurrenzverbot im Personalreglement Kenntnis erhalten.

(GSGE vom 21.1.2008 in Sachen H. gegen S. AG; GS 2007.174)

18.2. Art. 340 Abs. 2 OR. Falls die Kundenbeziehung aufgrund der besonderen Fähigkeiten und Eigenschaften der Arbeitnehmerin stärker ist als jene der Arbeitgeberin, ist ein Konkurrenzverbot nicht zulässig, weil der Kausalzusammenhang zwischen den bei der Arbeitgeberin erworbenen Spezialkenntnissen und der Schädigungsmöglichkeit fehlt. In casu war das zwischen einer Nagelkosmetikerin und einem Beauty-Center abgeschlossene Konkurrenzverbot ungültig.

H. schloss mit M., die ein Beauty-Center unterhält, am 1. Juli 2005 einen Arbeitsvertrag als Nagelkosmetikerin und Assistentin ab. Im Arbeitsvertrag war unter Ziffer 13 ein Konkurrenzverbot mit folgendem Wortlaut vereinbart: „Da die Arbeitnehmerin Einblick in den Kundenkreis und Geschäftsgeheimnisse hat, gilt folgendes Konkurrenzverbot: Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich gegenüber der Arbeitgeberin, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses während einem Jahr sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit (betrifft Postkreis 4051 Basel-Stadt) zu enthalten, insbesondere auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin im Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen (Art. 340 OR). Die Arbeitnehmerin bleibt für weiteren Schaden ersatzpflichtig. Die Arbeitgeberin kann nebst der Konventionalstrafe von CHF 5'000.00 die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen (Art. 340b OR). Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin nachweisbar kein erhebliches Interesse hat, es aufrecht zu erhalten (Art. 340c OR).“ Ferner war unter Ziffer 14 unter dem Titel „Diskretion/Verschwiegenheit“ folgendes vereinbart: „Es ist der Arbeitnehmerin untersagt, Geschäftsgeheimnisse sowie Informationen über Kunden/Kundinnen, sowie

über finanzielle Abläufe der Firma weiterzuerzählen. Ferner ist es verboten, Daten der Kundenkartei für eigene Zwecke zu missbrauchen.“

Anfangs Juni 2007 kündigte Frau H. das Arbeitsverhältnis. Im Antwortschreiben der Arbeitgeberin wurde sie auf das Konkurrenzverbot aufmerksam gemacht. Damit die Einhaltung kontrolliert werden könne, sei die Arbeitnehmerin verpflichtet, ihren neuen Tätigkeitsort und den Aufgabenbereich der Arbeitgeberin bekannt zu geben. Vorsorglich werde eine Konventionalstrafe von CHF 5'000.00 geltend gemacht. In der Folge arbeitete H. in der Firma A.. Da die Arbeitgeberin die Bezahlung des Juli-Lohnes schuldig blieb, klagte H. am 16. Oktober 2008 vor Gewerblichem Schiedsgericht auf Verurteilung von M. zur Zahlung des Juli-Lohnes samt Zins und o/e Kostenfolge. Mit Widerklage vom 9. Februar 2009, anlässlich der Hauptverhandlung vor Gewerblichem Schiedsgericht, verlangte die Arbeitgeberin die Verurteilung der Klägerin zur Bezahlung der Konventionalstrafe von CHF 5'000.00. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Urteil vom 9. Februar 2009 nach Anhörung von zwei Kundinnen der Klägerin, die Beklagte zur Zahlung des ausstehenden Juli-Lohnes an die Klägerin verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Dabei zog es Folgendes in Erwägung:

1. Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann eine handlungsfähige Arbeitnehmerin sich gegenüber der Arbeitgeberin schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin im Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Nach Abs. 2 ist das Konkurrenzverbot nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen könnte. Nach Rechtsprechung und Lehre ist ein Konkurrenzverbot dann nicht zulässig, wenn die Kunden der Arbeitnehmerin nicht wegen der bei der Arbeitgeberin erworbenen Kenntnisse, sondern wegen ihrer besonderen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten an einen neuen Standort, wo sie ihre Tätigkeit ausübt, folgen. Vorausgesetzt wird zwischen den Kunden und der Arbeitnehmerin ein besonderes Vertrauensverhältnis. Dies äussert sich darin, dass die Angestellte die besonderen Wünsche, Bedürfnisse, Wertvorstellungen ihrer Kundschaft kennt, um ihnen massgeschneiderte Lösungen anbieten und verkaufen zu können. In solchen Fällen ist die Kundenbeziehung zur Arbeitnehmerin stärker als die Kundenbeziehung zur Arbeitgeberin. Es fehlt ein Kausalzusammenhang zwischen den erworbenen Spezialkenntnissen und der Schädigungsmöglichkeit, die in Art. 340 Abs. 2 OR vorausgesetzt wird. Die Rechtsprechung hat dies für einen Turn- und Tanzlehrer (BGE 44 II 56), für einen Damencoiffeur (SJZ 1935, S. 32 und BGE 101 Ia 450) bzw. für einen Coiffeur (Zürcher Arbeitsgericht, ZR 2001 Nr. 92), für eine Kosmetikerin (Zürcher Arbeitsgericht, ZR 1994 Nr. 61) bejaht. Verneint wurde es

hingegen bei einem Herrencoiffeur (Solothurner Gericht, JAR 1983 S. 211). Das Gewerbliche Schiedsgericht unterschied in seiner Rechtsprechung ebenfalls zwischen Herren- und Damencoiffeuren, insbesondere zwischen eigentlichen Hairstylisten einerseits und Coiffeursalons andererseits, die einfache Haarschnitte anbieten (vgl. Appellationsgericht BS, BJM 2006, S. 92 E. 3.4).

2. Vorliegend wurde die Klägerin als Nagelkosmetikerin und Assistentin angestellt. Im Verlaufe ihrer Tätigkeit erwarb sie sich zusätzliche Kenntnisse auf dem Gebiet der Schönheitspflege für die Frau. Sie wurde von der Arbeitgeberin auch für die Lasertherapie eingesetzt. Das Gericht kam zur Auffassung, dass die Tätigkeit der Arbeitnehmerin mit jener einer Damencoiffeuse bzw. einer Hairstylistenin zu vergleichen ist. Auch die Arbeitgeberin hat in der Hauptverhandlung eingeräumt, dass die Arbeit der Klägerin mit derjenigen einer Damencoiffeuse zu vergleichen sei. Unter diesen Umständen wurde von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Kunden und der Klägerin bei ihrer Tätigkeit ausgegangen, in dessen Verlauf sie die besonderen Bedürfnisse und Wünsche der Kundschaft kennen lernte und die Kundschaft auf die besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten der Klägerin abstellte. Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots war unter diesen besonderen Verhältnissen rechtlich unzulässig, so dass nicht zu untersuchen war, ob es verletzt wurde, mit der Konsequenz, dass die Klägerin der Beklagten eine Konventionalstrafe bezahlen müsste.

3. Fraglich war weiter, ob die Klägerin die in Ziffer 14 des Arbeitsvertrages stipulierte Verschwiegenheitspflicht verletzt hatte und welche Folgen dies bejahendenfalls hätte. Die Beklagte hatte vorgebracht, dass die Klägerin ihr Kundendaten gestohlen habe, die von der neuen Arbeitgeberin im Hinblick auf ihren Eröffnungstag ausgenützt worden seien. Es war jedoch nicht nachgewiesen, dass die Klägerin Kundendaten missbraucht hätte. Die von der Beklagten angerufenen früheren Kundinnen hatten über Drittpersonen bzw. in einem Fall über den Ehemann Kenntnis des Eröffnungstages der neuen Arbeitgeberin der Klägerin. Sie haben die Klägerin an diesem Eröffnungstag getroffen und sich dafür entschieden, die Dienste der Klägerin in Zukunft in Anspruch zu nehmen. Doch selbst wenn die Klägerin die Verschwiegenheitspflicht verletzt hätte, so hätte die Beklagte hierfür nicht die Bezahlung der Konventionalstrafe verlangen können, weil die Konventionalstrafe nur im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot gemäss Ziffer 13 des Arbeitsvertrages vereinbart war.

(GSGE vom 9.2.2009 in Sachen von H. gegen M.; GS 2008.313)

- 18.3. Art. 340a OR. Reduktion einer Konventionalstrafe auf zwei Monatslöhne für die Verletzung eines Konkurrenzverbotes durch einen PC-Supporter.** Berücksichtigt wurden der Wechsel des Arbeitnehmers unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einer der wichtigsten Kundinnen mit drohender Umsatzeinbusse von CHF 52'000.00 einerseits, jahrelange qualifizierte Arbeit zu einem sehr geringen Lohn durch den Arbeitnehmer sowie die Tatsache, dass sich die betreffende Kundenbeziehung an einem Wendepunkt befand, andererseits.

N. arbeitete vom 1. Februar 2001 bis zum 31. August 2005 für die H. GmbH als PC-Supporter. Ziffer 7 des Arbeitsvertrages vom 20. Dezember 2000 enthielt das bis ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltende Verbot, für einen Kunden, bei welchem der Arbeitnehmer bereits während seiner Tätigkeit bei der H. GmbH zum Einsatz gekommen ist, zu arbeiten. Für die Verletzung dieses Verbots wurde eine Konventionalstrafe von einem Jahressalär (12 x CHF 3'000.00) vereinbart. Nach seinem Austritt aus der Firma klagte N. seine ehemalige Arbeitgeberin auf CHF 6'324.15 für Lohn und Spesen nebst Zins ein. Die H. GmbH beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf CHF 30'000.00 nebst Zins, Mehrforderung vorbehalten, als Konventionalstrafe aus Verletzung des Konkurrenzverbotes. Mit Entscheid vom 25. August 2008 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht N. zur Zahlung von CHF 3'031.70 nebst Zins an die H. GmbH und wies im Übrigen die Klage sowie die Mehrforderung der Widerklage ab.

Eine von N. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 18. Februar 2009 ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **4.1** Die Beschwerdegegnerin hatte in ihrer Widerklage eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 (im Sinne einer Teilklage) gefordert mit der Begründung, der Beschwerdeführer sei nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine ihrer Kundin, die V [...] AG [...] in Muttenz, tätig gewesen und habe damit das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot verletzt. [...]

4.3 [...] Der Schluss der Vorinstanz, dass die M. AG zu den Kunden der Beschwerdegegnerin gehörte und der Beschwerdeführer somit durch seine Tätigkeit für diese das Konkurrenzverbot verletzt habe, ist [...] nicht zu beanstanden.

4.4 Mit der Beschwerde hat der Beschwerdeführer einen Arbeitsvertrag mit der M [...] AG Bern vom 20./25. Mai 2005 eingereicht. Dies ist prozessual verspätet, der Vertrag somit nicht zu berücksichtigen. Immerhin ist festzustellen, dass auch seine Berücksichtigung nichts am Ergebnis ändern würde, da die M [...] AG Muttenz im Handelsregister als Zweigniederlassung bezeichnet wird. Der Hauptsitz der Firma ist in Bern, so dass ein Arbeitsvertrag mit der M [...] AG Bern eine Tätigkeit für die Zweigniederlassung in Muttenz keineswegs ausschliesst.

4.5 Die Vorinstanz hat das vereinbarte Konkurrenzverbot zu Recht als zulässig und nicht übermässig erachtet, da es auf einige wenige Unternehmen (Kunden der Beschwerdegegnerin) beschränkt und auf ein Jahr befristet war. Was die Höhe der Konventionalstrafe angeht, hat die Vorinstanz die im Arbeitsvertrag festgelegten zwölf allerdings auf zwei Monatslöhne und damit auf CHF 6'000.00 reduziert. Sie hat dabei auf der einen Seite berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach Beendigung seines langjährigen Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdegegnerin, während dem er relevante Einblicke in ihre Arbeitsabläufe und Kunden nehmen und sich Fachwissen aneignen konnte, zu einer ihrer wichtigsten Kundinnen gewechselt und ihre wirtschaftlichen Interessen dadurch in erheblichem Mass tangiert hat, drohte doch dadurch eine Umsatzeinbusse von rund CHF 52'000.00. Auf der andern Seite hat sie in die Waagschale geworfen, dass der Beschwerdeführer während Jahren qualifizierte Arbeit zu einem sehr geringen Lohn erbracht hatte und sich die Beschwerdegegnerin bezüglich der weiteren Zusammenarbeit mit der Kundin an einem Wendepunkt befand. Mit der erheblichen Reduktion der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe hat die Vorinstanz den Interessen des Beschwerdeführers in angemessener Weise Rechnung getragen, so dass auch die Höhe der zugesprochenen Konventionalstrafe nicht zu beanstanden ist. [...]"

(AGE vom 18.2.2009 in Sachen von N. gegen H. GmbH; Verf.Nr. 973/2008; GS 2005.279)

18.4. Analoge Anwendung von Art. 340a Abs. 1 und 340c Abs. 2 OR auf Rückzahlungsvereinbarungen bezüglich Weiterbildungskosten
(siehe unter Ziffer 8., S. 58)

19. Unverzichtbarkeit (Art. 341 OR)

19.1. Abtretungsverbot (Art. 325 OR) als Verzichtungsverbot?
(siehe unter Ziffer 7., S. 56)

20. **Zivilrechtspflege (Art. 343 OR)**
- 20.1. **Zulässige Sistierung eines Verfahrens betreffend Ausstellung eines Arbeitszeugnisses?**
(siehe unter Ziffer 11.1., S. 70)
- 20.2. **Zulässiges Urteil in der Sache trotz Beschränkung des Verfahrens auf die Zuständigkeitsfrage**
(siehe unter Ziffer 1.1., S. 2)
- 20.3. **Zulassung rechtswidrig erlangter Beweismittel: Voraussetzungen?**
(siehe unter Ziffer 4.3., S. 37)
21. **Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR)**
- 21.1. **Art. 346 Abs. 2 lit. b OR, § 216 Abs. 2 ZPO BS.** Das Scheitern der Lernperson bei der Lehrabschlussprüfung muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sein, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Die Kündigung gegenüber einer 21jährigen Dentalassistentin in Ausbildung war gerechtfertigt. Sie hatte sehr schlechte Schulleistungen, weil sie die deutsche Sprache nur ungenügend beherrschte, weder Interesse noch Eignung für naturwissenschaftliche Fächer hatte, in der Schule nicht ausreichend mitarbeitete, im Unterricht auffällig viel unentschuldigt fehlte oder diesen störte, so dass sie verwart werden musste. Trotz Prozessverlust der lernenden Person wurden die ausserordentlichen Kosten im Sinne eines Billigkeitsentscheides aufgrund ihrer im Vergleich zur Lehrperson deutlich schwächeren finanziellen Verhältnisse wettgeschlagen.

B., die am 1. August 1989 geboren war, trat am 1. August 2009 eine dreijährige Lehre bis 31. Juli 2012 als Dentalassistentin beim Zahnarzt E. an. Die Parteien vereinbarten im ersten Lehrjahr einen Lohn von CHF 500.00, im zweiten Lehrjahr von CHF 850.00 und im dritten Lehrjahr von CHF 1'200.00 pro Monat. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis am 21. Januar 2010 per 31. Januar 2010. In seiner schriftlichen Begründung gab er an, dass B. unentschuldigt vom Arbeitsplatz ferngeblieben sei sowie mangelhafte Schulleistungen aufweise. Er lege Wert auf die Feststellung, dass die Auflösung des Lehrvertrages in Absprache mit der Schulleitung der M. sowie dem Amt für Berufsbildung des Erzie-

hungsdepartements Basel-Stadt erfolgt sei. Mit Klage vom 10. Februar 2010 verlangte B. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von E. zur Zahlung von CHF 28'600.00, wovon CHF 27'600.00 als Schadenersatz und CHF 1'000.00 als Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das Gericht wies am 22. April 2010 die Klage ab und schlug die ausserordentlichen Kosten wett, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

1. Nach Art. 344 OR verpflichten sich durch den Lehrvertrag einerseits der Arbeitgeber die lernende Person für eine bestimmte Berufstätigkeit fachgemäss auszubilden und andererseits die lernende Person, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Arbeitgebers zu leisten. Nach Art. 345 Abs. 1 OR hat die lernende Person alles zu tun, um das Lernziel zu erreichen. Nach Art. 346 OR kann das Lehrverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 337 OR kann das Lehrverhältnis namentlich fristlos aufgelöst werden, wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt. Die lernende Person und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung sind vorgängig anzuhören (Art. 346 Abs. 2 lit. b OR). Zudem hat der Arbeitgeber umgehend die kantonale Behörde und gegebenenfalls die Berufsfachschule darüber zu benachrichtigen (Art. 14 Abs. 4 Berufsbildungsgesetz, BBG). Während die Anhörung der Lehrperson als Gültigkeitsvoraussetzung anzusehen ist, trifft dies nicht auf diese Benachrichtigung zu (Kantonsgericht Fribourg, JAR 1999, S. 343 E. 4b). Da Art. 346 OR keine abschliessende Aufzählung der Gründe für eine fristlose Kündigung enthält, gilt die Rechtsprechung darüber, was als wichtiger Grund nach Art. 337 OR anzusehen ist, auch im Lehrverhältnis. Ferner bestimmen sich die Folgen einer fristlosen Kündigung ebenfalls nach Art. 337b bis 337d OR.

2. Falls sichere Anzeichen dafür bestehen, dass die Lernperson über die zur Ausbildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen nicht verfügt, so haben die Parteien nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, den Lehrvertrag vorzeitig aus wichtigem Grund aufzulösen. Dabei müssen sie dieser Pflicht allerdings frühzeitig nachkommen. Zudem darf nicht jeder Leistungsabfall des Lehrlings zum Anlass genommen werden, das Lehrverhältnis vorzeitig zu beenden. Vielmehr muss das Scheitern der Lernperson bei der Lehrabschlussprüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sein. Bei einem bloss zeitweiligen Leistungsabfall hat der Lehrmeister vielmehr auf die Jugendlichkeit der Lehrperson und ihre spannungsgeladene Lebensphase Rücksicht zu nehmen und sie verstärkt zu betreuen (Zum Ganzen: THOMAS DUFNER, Die vorzeitige Auflösung des Lehrvertrages, Dissertation Fribourg 1988, S. 160). Die Pflicht zur Auflösung des Lehrvertrages ergibt sich sowohl aufgrund der Interessen der lernenden Person als auch jener des Lehrmeisters. Der Lehrling soll davor bewahrt werden, eine Ausbildung weiterzuführen, die er nicht bewältigen und erfolgreich

abschliessen kann. Er soll vielmehr in die Lage versetzt werden, eine auf seine Fähigkeiten zugeschnittene Ausbildung zu suchen und zu absolvieren. Der Lehrmeister andererseits hat ein Interesse daran sowie eine Verantwortung dafür, dass für einen bestimmten Beruf nicht geeignete Personen von der betreffenden Ausbildung ferngehalten werden.

2a. Gemäss Semesterzeugnis vom 22. Januar 2010 der Berufsfachschule für Dentalassistentinnen beider Basel M. wurden der Klägerin folgende Noten erteilt: Physik 1,5, Chemie 2,5, allgemeine und spezielle Anatomie/Physiologie 2,5, allgemeine Berufskunde 2, Englisch 2,5, Allgemeinbildung Sprache/Kommunikation 3,5 und Allgemeinbildung Gesellschaft 4. Zudem wurde vermerkt, dass die Schülerin vier entschuldigte Absenzen und zehn unentschuldigte Absenzen aufweise. Mit Schreiben vom 20. April 2010 bestätigte die M. gegenüber dem Lehrmeister „unsere grosse Sorge, dass Ihre Lernende im ersten Semester derart katastrophale Leistungen gezeigt hat, dass wir ein erfolgreiches Abschliessen dieser Berufslehre leider als praktisch unmöglich ansehen.“ Ausserdem habe sie zehn unentschuldigte Absenzen zählen müssen. Die Mitarbeit im Unterricht sei als ungenügend bezeichnet worden.

2b. Der Grund für die schlechten Noten bestand zu einem Teil darin, dass B. aufgrund der unbestrittenen Feststellungen der Schule im Unterricht nur ungenügend mitarbeitete und auch im Unterricht auffällig viel unentschuldigt fehlte. Zudem teilte die Berufsfachschule der Klägerin am 5. November 2009 mit, dass sie gemäss Angaben des Fachlehrers I. am 3. November 2009 im Fach Anatomie den Unterricht erheblich gestört habe. Trotz mehrfacher Verwarnung habe sie im Unterricht geschwätzt. Sie ermahne sie deshalb gemäss § 8 der Disziplinarverordnung des Regierungsrates unter gleichzeitiger Benachrichtigung des Lehrmeisters, in Zukunft jegliches Stören des Unterrichts zu unterlassen. Zudem wurde sie darauf hingewiesen, dass sie zu Beginn der Fachschulausbildung einen Schülerinnenvertrag unterzeichnet habe, worin sie sich zu korrektem Verhalten im Unterricht verpflichtet habe. Es ergab sich daraus, dass B. offensichtlich nur wenig Interesse am Unterricht hatte und entsprechend ungenügend motiviert die Ausbildung verfolgte. Dies konnte nicht mit einem noch jugendlichen Alter der Klägerin erklärt werden, weil sie damals bereits nicht nur volljährig, sondern schon im 21. Altersjahr stand. Ein vergleichbares Verhalten zeigte B. teilweise auch im Lehrbetrieb, weil sie verschiedentlich zu spät zur Arbeit erschien. Als Grund gab sie Verspätungen im Zugs- und Busverkehr an. Allerdings hatte sich diese Situation nach Ermahnungen durch den Arbeitgeber insofern gebessert, als B. im Falle von Verspätungen jeweils Bestätigungen des Transportunternehmens dem Arbeitgeber vorlegte. Ferner blieb B. im Januar 2010 einen Tag länger der Arbeit krankheitshalber fern, als sie aufgrund der Arztezeugnisse berechtigt war. B. erklärte zunächst vor Gericht, es habe sich dabei um ein Versehen ihrerseits ge-

handelt, um danach aber zu behaupten, sie sei auch am betreffenden Tag immer noch arbeitsunfähig gewesen.

2c. Zudem hatten die schlechten Schulleistungen ihren Grund auch darin, dass B. offensichtlich die für die Ausbildung erforderlichen Voraussetzungen nicht mitbrachte. Dazu gehören das Beherrschen der deutschen Sprache sowie Interesse und Eignung für naturwissenschaftliche Fächer. Mit Schreiben vom 17. November 2009 wurde E. durch die Berufsfachschule darüber in Kenntnis gesetzt, dass B. nur über ungenügende Deutschkenntnisse verfüge, so dass ein erfolgreiches Absolvieren der Berufslehre in Frage gestellt, mindestens aber deutlich erschwert sein werde. Die Schule habe aus diesem Grund gemäss Art. 22 Ziff. 4 BBG Stützkurse organisiert, an denen B. teilnehmen müsse. Ob B. an diesen Kursen tatsächlich teilgenommen hatte, war nicht erstellt. Ferner ergab sich aus dem Semesterzeugnis und dem Bericht der Berufsfachschule, dass B. nicht nur ungenügende Leistungen erbrachte, sondern grosse Schwierigkeiten mit den naturwissenschaftlichen Fächern hatte. Diese Fächer bilden ein Schwergewicht in der Ausbildung zur Dentalassistentin. Da B. in Physik, Chemie, Anatomie und Physiologie sowie in der allgemeinen Berufskunde nicht nur ungenügende, sondern durchgehend schlechte Leistungen zeigte, musste darin eine mangelnde Eignung für diese Wissensgebiete erblickt werden. Erschwerend fiel dabei ins Gewicht, dass diese schlechten Leistungen bereits im ersten Schulsemester auftraten. Hinzu kamen auch schlechte oder nur gerade genügende Noten in den übrigen zählbaren Fächern. Unter diesen Umständen war es nachvollziehbar, dass der Berufsschule die schulischen Leistungen der Klägerin grosse Sorgen bereiteten. Diese Leistungen seien derart katastrophal, dass aus der Sicht der Lehrer ein erfolgreiches Abschliessen dieser Berufslehre als praktisch unmöglich angesehen werde. Bei dieser Ausgangslage bestand für den Arbeitgeber nicht nur das Recht, sondern vielmehr auch die Pflicht, das Lehrverhältnis vorzeitig zu beenden. Vom Arbeitgeber konnte nicht erwartet werden, dass er versucht hätte, durch Leistungsvereinbarungen mit der Klägerin doch noch die Situation zu verbessern. Da B. im ersten Semester zehn unentschuldigte Absenzen in der Schule aufwies, konnte er auch nicht ohne weiteres mit einer Verbesserung ihrer Leistungsbereitschaft rechnen. Aus diesen Erwägungen wurde die Klage als unbegründet angesehen und abgewiesen.

§ 216 Abs. 2 ZPO BS erlaubt bei der Kostenverteilung die Berücksichtigung von Billigkeitsgründen. Aufgrund seiner markant besseren finanziellen Verhältnisse wurde dem Lehrmeister, der sich durch einen Rechtsvertreter unterstützen liess, keine Parteientschädigung zugesprochen, sondern es wurden die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen.

(GSGE vom 22.4.2010 in Sachen von B. gegen E.; GS 2010.51)

- 22. **Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)**

- 22.1. **Wegbedingung normativer Vorschriften eines GAV (Art. 357 Abs. 1 OR)?**
(siehe unter Ziffer 1.2.1., S. 9)

- 22.2. **Günstigkeitsprinzip bezüglich Einzelabrede über volle Lohnfortzahlung statt Krankentaggeld zu 80% (Art. 357 Abs. 2 OR)**
(siehe unter Ziffer 6.5., S. 51)

Einzelne Gesamtarbeitsverträge

- 23.1. **L-GAV des Gastgewerbes 98**

- 23.1.1. **Arbeitszeitermittlung bei unkorrekter Arbeitszeitkontrolle (Art. 21 L-GAV)**
(siehe unter Ziffer 3.1. + 3.2., S. 26)

- 23.1.2. **Zulässige Abweichung von der Arbeitszeit- und Ruhezeitkontrolle (Art. 21 Abs. 2 L-GAV)?**
(siehe unter Ziffer 17.1., S. 84)

- 23.1.3. **Wäscheentschädigung für private Berufskleidung (Art. 30 L-GAV)**
(siehe unter Ziffer 3.1. + 3.2., S. 26)

- 23.2. **LMV für das Bauhauptgewerbe**

- 23.2.1. **Unzulässige Schlechterversicherung vorbestehender Leiden (Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV)**
(siehe unter Ziffer 6.2., S. 47)

- 23.2.2. **Günstigere Einzelabrede über volle Lohnfortzahlung statt Krankentaggeld zu 80%**
(siehe unter Ziffer 6.5., S. 51)

23.3. GAV für die grafische Industrie 2005-2008

23.3.1. Vertrauensärztliche Untersuchung bei Missbrauchsverdacht (Art. 212 Abs. 3 GAV)

(siehe unter Ziffern 6.3. + 6.4., S. 49)

23.3.2. Vertrauensärztliche Untersuchung: Folgen der unberechtigten Verweigerung

(siehe unter Ziffern 6.3. + 6.4., S. 49)

Arbeitsvermittlungsgesetz

24.1. Temporärarbeitsvertrag: Einhaltung der Vorschriften eines AVE GAV

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 46)

24.2. Temporärarbeitsvertrag: Kündigungsfristen (Art. 19 AVG)

(siehe unter Ziffer 13.1., S. 75)

Arbeitsgesetz

25.1. Art. 15 Abs. 2 ArG. Als Arbeitsplatz im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG ist derjenige Ort zu verstehen, an dem die Arbeitnehmerin ihre gewöhnliche Tätigkeit verrichtet. Pausen, die in eigens dazu eingerichteten Räumen zu verbringen sind, sind nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren.

„[...] X. arbeitete vom 1. Oktober 2003 bis 28. Februar 2006 als Kassiererin bei der Y. Casino AG. Im Juni 2009 erhob X. Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht des Kantons Basel-Stadt und verlangte von der Beschwerdegegnerin im Wesentlichen CHF 7'214.40 nebst Zins. Sie machte geltend, sie habe das Casino während der Pausen nicht verlassen dürfen, sondern Bereitschaftsdienst leisten und die Pausen oft unterbrechen müssen, wenn dies ihre Vorgesetzten als geboten erachtet hätten. Daher seien ihr die Pausen als Arbeitszeit anzurechnen und zu entschädigen. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage von X. am

3. August 2009 ab und verpflichtete sie zur Zahlung einer Parteientschädigung von CHF 1'057.00 zuzüglich CHF 80.35 Mehrwertsteuer. Eine von X. gegen dieses Urteil am 12. August 2009 eingereichte Beschwerde wies das Appellationsgericht mit Urteil vom 8. Februar 2010 ab und auferlegte der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 650.00 zuzüglich CHF 49.40 Mehrwertsteuer an die Arbeitgeberin. Gegen das Urteil des Appellationsgerichts erhob X. Beschwerde beim Bundesgericht, das diese am 6. Oktober 2010 abwies, wobei es Folgendes in Erwägung zog:

„[...] 4.

Materiell hielt die Vorinstanz fest, die Angestellten der Beschwerdegegnerin hätten die Pausen in einem der vorgesehenen Pausenräumen verbringen können und seien nicht mit einem Pager oder Handy ausgerüstet gewesen. Deshalb seien sie für die Vorgesetzten auch nicht jederzeit verfügbar gewesen. Die Beschwerdegegnerin anerkenne zwar, es sei gelegentlich vorgekommen, dass Mitarbeiterinnen ihre Pausen hätten unterbrechen müssen. Die unterbrochenen Pausen hätten jedoch nachgeholt werden dürfen. Dies habe die Beschwerdeführerin nicht bestritten. Sie habe "nicht so genau" sagen können, wie oft sie ihre Pausen habe unterbrechen müssen; es sei "mehr als 10 Mal" gewesen. Da die Pausen nachgeholt werden konnten, sei der Klage im Grunde das Fundament entzogen gewesen. Selbst wenn man annehme, eine unterbrochene Pause stelle auch dann Arbeitszeit dar, wenn sie später nachgeholt werden könne, könne die Beschwerdeführerin selbst nicht genau sagen, wie oft sie ihre Pause unterbrochen habe. Hierüber können somit auch keine zuverlässigen Angaben von Seiten der von ihr angerufenen Zeugen erlangt werden, zumal das Anstellungsverhältnis vor rund vier Jahren zu Ende gegangen sei. Die erste Instanz habe daher in antizipierter Beweiswürdigung auf die Anhörung der angerufenen Zeugen verzichten können.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt auch in diesem Zusammenhang die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und macht geltend, die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, den ehemaligen Vorgesetzten und/oder Arbeitskollegen einzuvernehmen, wenn sie davon ausgegangen sei, in Pausenräumen verbrachte Pausen seien nur dann der Arbeitszeit zuzurechnen, wenn während der Pause tatsächlich Bereitschaftsdienst habe geleistet werden müssen. Die Vorinstanz ist indessen zum Schluss gekommen, der Klage sei das Fundament entzogen gewesen, da unterbrochene Pausen hätten nachgeholt werden dürfen. Die Beschwerdeführerin unterlässt es, sich mit dieser Begründung rechtsgenügend auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, inwiefern dadurch ihre verfassungsmässigen Rechte verletzt worden sein sollten. Insoweit genügt sie den Begründungsanforderungen (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) nicht, und es ist unerheblich, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, auf die Anhörung von Zeugen könne verzichtet werden, wenn unwahrscheinlich sei, dass sie sich an die Vorfälle zu erinnern vermöchten. In antizipierter Beweiswürdigung kann nur auf Beweismittel verzichtet werden, wenn sie von vornherein nicht geeignet sind, etwas am Beweisergebnis zu ändern (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 131 I 153 E. 3 S. 157; je mit Hinweisen).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, sie habe das Casino während den Pausen nicht verlassen dürfen, weshalb diese unabhängig davon, ob sie habe Bereitschaftsdienst leisten müssen, zu entschädigen seien. Die Vorinstanz habe Art. 15 Abs. 2 ArG und Art. 18 Abs. 5 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1; SR 822.111) willkürlich ausgelegt. Nach diesen Bestimmungen hätten Pausen, die an irgendeinem Ort im Betrieb zu verbringen seien, als Arbeitszeit zu gelten. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Praxis liessen bei der Auslegung der Bestimmungen einen Spielraum offen, zumal Art. 18 Abs. 5 ArGV 1 als Arbeitsplatz jeden Ort im und ausserhalb des Betriebs bezeichnet, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten habe.

4.3 Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin und ihre damaligen Arbeitskollegen hätten das Casino während den Pausen unbestrittenermassen nicht verlassen dürfen. Die Beschwerdeführerin habe ihre Pausen nicht an ihrem Arbeitsplatz, d.h. an der Kasse, sondern in einem Pausenraum verbringen müssen. Ein eigens zur Verbringung der Pausen eingerichteter Raum sei kein Ort, an dem sich die Arbeitnehmer zur Ausführung der ihnen zugewiesenen Arbeit aufzuhalten haben.

4.4 Nach Art. 15 Abs. 2 ArG gelten Pausen als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen. Als Arbeitsplatz gilt jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebs, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, die zwingend im Betrieb des Arbeitgebers zu verbringenden Pausen seien zu entschädigen, zitiert aber weder eine einschlägige Rechtsprechung noch Lehrmeinungen, die ihre Ansicht unterstützten. In der Literatur wird vielmehr die Auffassung vertreten, unter Arbeitsplatz im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG sei derjenige Ort zu verstehen, an dem der Arbeitnehmer seine gewöhnliche Tätigkeit verrichte. Soweit eine Pause in einem speziell dafür vorgesehenen Raum abzuhalten sei, verlasse der Arbeitnehmer daher bereits seinen Arbeitsplatz, selbst wenn sich der Pausenraum im selben Gebäude wie der Arbeitsplatz befinde. Der Arbeitnehmer müsse nicht notwendig auch das Betriebsgebäude verlassen können (ROLAND A. MÜLLER, in: Handkommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, N. 22 f. zu Art. 15 ArG). Vor diesem Hintergrund ist es nicht geradezu willkürlich (vgl. zum Begriff der Willkür BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211), Pausen, die in einem von mehreren eigens zur Verbringung der Pausen eingerichteten Räume, zu verbringen sind, nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren. [...]"

(BGE 4A_343/2010 vom 6.10.2010 in Sachen von X. gegen Y. Casino AG; GS 2009.196)

- 25.2. Zulässige Abrede über Überstundenkompensation und Ferienbezug während Schwangerschaft?**
(siehe unter Ziffer 16.1., S. 82)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2008 bis 2010

	2008	2009	2010
Klageingänge	386	423	383
aus dem Vorjahr übernommen	111	124	146
Total hängig	497	547	529
unerledigt übertragen	124	146	143
erledigte Fälle	373	400	385

Die Fälle fanden folgende Erledigung

2008

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	Sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	3	24	4	31	37	13	1	82
2. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	2	22	4	28	29	19	8	84
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	1	34	6	41	62	41	9	153
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	1	11	1	13	9	5	3	30
5. Körper-, Ge- sundheitspflege, Spital, Erziehung	1	3	2	6	7	6	0	19
6. Medien, Theater, Druck + Papier	0	1	1	2	2	1	0	5
Total	8	95	18	121	146	85	21	373

2009

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	Sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	3	16	4	23	44	25	7	99
2. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	1	25	3	29	29	17	4	79
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	12	24	16	52	61	43	3	159
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	2	7	1	10	6	6	0	22
5. Körper-, Ge- sundheitspflege, Spital, Erziehung	1	4	2	7	20	9	1	37
6. Medien, Theater, Druck + Papier	0	1	0	1	1	2	0	4
Total	19	77	26	122	161	102	15	400

2010

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	5	28	3	36	35	18	2	91
2. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	8	22	5	35	30	7	6	78
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	14	27	13	54	62	35	5	156
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	2	1	1	4	15	6	1	26
5. Körper-, Ge- sundheitspflege, Spital, Erziehung	2	10	1	13	14	2	1	30
6. Medien, Theater, Druck + Papier	1	1	0	2	1	0	1	4
Total	32	89	23	144	157	68	16	385

ARBEITSGERICHT BASEL-STADT

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2011 BIS 2013

Vorsitz im Jahre 2011: Dr. M. Stein-Wigger, Dr. F. Beurret-Flück
und Dr. E. Braun

Vorsitz im Jahre 2012: Dr. F. Beurret-Flück und Dr. M. Stein-Wigger

Vorsitz im Jahre 2013: Dr. F. Beurret-Flück und lic. iur. A. Schmidlin

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Arbeitsgericht Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Februar 2014

Inhaltsübersicht

	Seite
A.	Einleitung..... 5
B.	Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen..... 8
1.	<u>Prozessrechtliche Fragen</u>
1.1.	Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 aOR; Art. 247 Abs. 2 ZPO) (siehe unter Ziffern 2.9.1., S. 33, und 2.11.1.-6., S. 54)
1.2.	Parteientschädigung (Art. 106 f. ZPO) Beim Überklagen bzgl. Konventionalstrafe aus Konkurrenzverbot (siehe unter Ziffer 2.10.3., S. 44)
2.	<u>Materiellrechtliche Fragen</u>
2.1.	Arbeitsvertrag (Art. 319 OR) Zur Abgrenzung zum Agenturvertrag 8
2.2.	Arbeitspflicht (Art. 321 OR) Berechtigte Arbeitsverweigerung bei Lohnrestanzen aufgrund von Abrechnungsdifferenzen bzgl. Quellensteuern? (siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)
2.3.	Arbeitszeit (Art. 321 OR; Art. 13 ArGV1) Reine Gesprächszeit als Arbeitszeit bei sog. Call-Center Agenten? 12
2.4.	Überstunden und Überzeit (Art. 321c OR; Art. 13 ArG)
2.4.1.	Vertraglicher Ausschluss der Überstundenkompensation: Verhältnis zu späterer mündlicher Kompensationsabrede? 13
2.4.2.	Höhere leitende Tätigkeit bei „employee in management position“? 13

2.4.3.	Höhere leitende Tätigkeit bei Senior Management Consultant?	17
2.4.4.	Stillschweigende Genehmigung der Zeiterfassung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin	17
2.4.5.	Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Überzeitentschädigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses?	17
2.4.6.	Entschädigungsfreie erste 60 Stunden Überzeit für Büropersonal?	17
2.5.	Lohnabrede (Art. 322 OR) Stillschweigende Lohnreduktion oder Lohnstundung bei monatelanger Entgegennahme eines tieferen Lohnes?	22
2.6.	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR) Haftung für Depression des Arbeitnehmers?	24
2.7.	Arbeitszeugnis (Art. 330a OR) Vererbbarer Zeugnisanspruch?	29
2.8.	Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR) Betriebsübernahme bei Neuverpachtung eines Restaurants?	30
2.9.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	
2.9.1.	Gerechtfertigte Verdachtskündigung?	33
2.9.2.	Zulässige fristlose Kündigung nach ordentlicher Kündigung?	39
2.9.3.	Fristlose Kündigung im Lehrverhältnis? (siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)	
2.9.4.	Zur Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR (siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)	

2.10. Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

- 2.10.1. Zulässige Konkurrenzverbote für Personalvermittler und -verleiher?..... **44**
- 2.10.2. Wegfall des Verbots bei Kündigung des Arbeitnehmers im Hinblick auf
Filialschliessung der Arbeitgeberin?..... **44**
- 2.10.3. Zu berücksichtigende Umstände bei Prüfung der Angemessenheit einer
Konventionalstrafe? **44**

2.11. Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR)

- 2.11.1. Zu Sinn und Zweck der Probezeit im Lehrverhältnis..... **54**
- 2.11.2. Zu den Pflichten des Lehrbetriebes während der Probezeit **54**
- 2.11.3. Zur Verlängerungsmöglichkeit der Probezeit auf 6 Monate **54**
- 2.11.4. Fristlose Kündigung bei Leistungsdefiziten der Lehrtochter **54**
- 2.11.5. Zum Anhörungsrecht der Lehrtochter bzw. der Eltern nach
Art. 346 Abs. 2 lit. b OR **54**
- 2.11.6. Rechtsfolgen einer fristlosen ungerechtfertigten Kündigung ohne vorheri-
ge Anhörung der Lehrtochter bzw. der Eltern **54**

2.12. Gesamtarbeitsvertrag

LMV für das Bauhauptgewerbe 2008-2010

. Bezeichnung als „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C“ im Arbeitsvertrag
als Rechtsgrundlage für höheren als vereinbarten Lohn (Art. 42 LMV)?
(siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2011-2013 73

A. Einleitung

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gleichzeitig wurden das baselstädtische Einführungsgesetz zur ZPO in Kraft gesetzt und das Gerichtsorganisationsgesetz angepasst. Seither heisst das Gewerbliche Schiedsgericht allgemeiner und zeitgemässer Arbeitsgericht (§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 GOG; § 9 Abs. 2 Ziff. 4 EG ZPO). Die bisherige Bezeichnung geht auf die Einführung der Spezialgerichtsbarkeit für Dienstverhältnisse in Gewerbe-, Handels- und Fabrikationsbetrieben im 19. Jahrhundert zurück. Sie blieb auch erhalten, nachdem die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts auf die Arbeitsverhältnisse aller Berufe ausgedehnt worden war. Hinzu kam, dass der Begriff Schiedsgericht zuweilen nicht mit staatlicher, sondern privater Gerichtsbarkeit in Verbindung gebracht wurde.

Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für jene Verfahren, die bei Inkrafttreten der schweizerischen ZPO rechtshängig waren, bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz die baselstädtische Zivilprozessordnung. Die Anhängigmachung eines Arbeitsrechtsprozesses erfolgte nach bisherigem baselstädtischem Recht (mit Ausnahme der Klagen nach Gleichstellungsgesetz) durch Klage beim zuständigen Gericht, bei Arbeitsstreitigkeiten bis CHF 30'000.00 Streitwert beim Arbeitsgericht, bei höheren Streitwerten beim Zivilgericht als ordentlicher Instanz. Nach Einreichung der Klage beim Arbeitsgericht wurden die Parteien entweder in ein Vorverfahren oder – gegebenenfalls nach Durchführung eines Schriftenwechsels – direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen. Das Vorverfahren diente vornehmlich der Vermittlung unter den Parteien und in den übrig gebliebenen, nicht erledigten Fällen der prozessualen Vorbereitung der Hauptverhandlung. Die schweizerische Zivilprozessordnung hat diesbezüglich eine grundsätzliche Änderung mit sich gebracht. Vor der Anrufung eines Gerichts ist ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde durchzuführen (Art. 197 ZPO), das die Versöhnung der Parteien bezweckt (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Zuständig ist in Basel-Stadt für arbeitsrechtliche Streitigkeiten (ausserhalb des Gleichstellungsgesetzes) die Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts. Von der Pflicht, als erstes die Schlichtungsbehörde anzurufen, gibt es wenige Ausnahmen. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten von mindestens CHF 100'000.00 können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Zudem kann die klagende Partei einseitig darauf verzichten, wenn die beklagte Partei ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, wenn deren Aufenthaltsort unbekannt ist sowie in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 199 Abs. 2 ZPO). Falls im Schlichtungsverfahren die Klage weder anerkannt noch zurückgezogen wird und keine Einigung der Parteien gelingt, so ist der klagenden Partei die Klagebewilligung ausstellen (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese kann in den darauf folgenden drei Monaten ihre Klage beim zuständigen Gericht einreichen (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Die dreimonatige Klagefrist steht während den Gerichtsferien still (BGE 138 III 615 E. 2), das heisst in der Zeit vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach

Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 ZPO).

Mit der Klage beim Arbeitsgericht ist die Klagebewilligung einzureichen. Vor Arbeitsgericht werden die Klagen im vereinfachten Verfahren beurteilt. Das vereinfachte Verfahren gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und ohne Rücksicht auf den Streitwert für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und nach dem Mitwirkungsgesetz (Art. 243 Abs. 2 lit. a und lit. e ZPO). Für die Erhebung der Klage steht wie bisher ein Klageformular zur Verfügung. Eine Klagebegründung ist nicht erforderlich (Art. 244 Abs. 2 ZPO). Falls die Klage ohne Begründung eingereicht wird, werden die Parteien direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen. Eine mit einer Begründung versehene Klage wird hingegen der beklagten Partei zur schriftlichen Stellungnahme zugestellt (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Dabei handelt es sich jedoch nicht um die eigentliche Klageantwort. Vielmehr haben die Parteien ihre Anträge in der Hauptverhandlung zu stellen und zu begründen, falls kein Schriftenwechsel angeordnet wurde (Art. 246 Abs. 2 ZPO). Die Entscheide des Arbeitsgerichts werden in der Hauptverhandlung mündlich begründet. Das Entscheiddispositiv wird entweder an der Hauptverhandlung an die Parteien ausgehändigt oder ihnen in der Folge postalisch zugestellt (Art. 239 Abs. 1 ZPO). Eine schriftliche Begründung kann innert zehn Tagen von dieser Eröffnung an gerechnet verlangt werden. Anderenfalls wird der Entscheid rechtskräftig (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Gegen einen schriftlich begründeten Entscheid des Arbeitsgerichts kann beim Appellationsgericht Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO) oder, falls in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbehörden mindestens CHF 10'000.00 betrug, Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO) erhoben werden.

Die Einführung des Schlichtungsverfahrens durch die neue Zivilprozessordnung hat dazu geführt, dass der grösste Teil der anhängig gemachten Verfahren in diesem Stadium definitiv erledigt wird. In den meisten Fällen kann die Schlichtungsbehörde die Parteien einigen. Hinzu kommen aussergerichtliche Einigungen, die sich in eingereichten Vergleichen sowie im Rückzug der Schlichtungsgesuche oder Klageansprüche manifestieren. Hinzu kommen Klageanerkennungen, sobald das Schlichtungsgesuch der gesuchsbeklagten Partei zugestellt wird. In einigen Fällen muss hingegen das Schlichtungsverfahren sistiert werden, weil über eine der Parteien der Konkurs eröffnet wird, weil das Ergebnis eines anderen Verfahrens, beispielsweise eines laufenden Strafverfahrens, abzuwarten ist oder weil sich die Parteien in direkten Verhandlungen miteinander um eine Einigung bemühen. Die hohe Erledigungsquote im Schlichtungsverfahren führt dazu, dass sich die Zahl der beim Arbeitsgericht eingereichten Klagen gegenüber den Jahren vor 2011 deutlich verringert hat. Die Verfahren über diese Klagen vor Arbeitsgericht sind oft aufwändiger als früher und dauern entsprechend länger. Komplizierte Sachverhalte erfordern die Durchführung eines (doppelten) Schriftenwechsels, die Einholung amtlicher Erkundigungen bei anderen

Behörden, bei Versicherungen und bei Ärzten sowie von Expertisen, die Befragung zahlreicher Zeugen, nicht selten auf dem Wege einer rogatorischen Einvernahme durch ausländische Gerichte, und die Sichtung von umfangreichem Aktenmaterial. Die Wiedereinführung der „Gerichtsferien“, die im Interesse der Parteien und ihrer Rechtsvertreter zu einem Stillstand gesetzlicher und gerichtlicher Fristen führen und eine Durchführung von Gerichtsverhandlungen grundsätzlich ausschliessen (Art. 145 f. ZPO), trägt ihrerseits zu einer Verzögerung der Verfahren bei.

In der Berichtsperiode 2011 bis 2013 wurden bei der Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts 1'671 arbeitsrechtliche Schlichtungsgesuche (Jahr 2011: 644; Jahr 2012: 518; Jahr 2013: 509) eingereicht. Davon waren 1'536 Gesuche mit einem Streitwert bis CHF 30'000.00 (Jahr 2011: 606; Jahr 2012: 480; Jahr 2013: 450). Anzumerken ist, dass die im Vergleich zu den folgenden beiden Jahren grössere Zahl von 606 Schlichtungsgesuchen im Jahre 2011 sich durch 212 gleichartige Gesuche von Angestellten derselben Arbeitgeberin erklärt. Die meisten dieser Gesuche sind ausserordentlicherweise noch an der Schlichtungsbehörde hängig und daher nicht erledigt. In der Berichtsperiode wurden 169 Klagebewilligungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis CHF 30'000.00 Streitwert (Jahr 2011: 41; Jahr 2012: 64; Jahr 2013: 64) ausgestellt. Beim Arbeitsgericht wurden in der Folge bis Ende 2013 142 Klagen (Jahr 2011: 29; Jahr 2012: 46; Jahr 2013: 67) eingereicht. Davon wurden in der Berichtsperiode 92 Gerichtsverfahren (Jahr 2011: 19; Jahr 2012: 27; Jahr 2013: 46) abgeschlossen, wovon 60 durch Urteil (Jahr 2011: 12; Jahr 2012: 16; Jahr 2013: 32). In der Statistik über die Berichtsperiode des Arbeitsgerichts am Ende dieses Berichts (S. 73 ff.) sind zusätzlich die vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung eingereichten Klagen enthalten, deren Verfahren im Verlaufe der Berichtsperiode vor dem Arbeitsgericht abgeschlossen wurden.

Gegen die in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Verfahren wurde in acht Fällen mit Beschwerde oder Berufung das Appellationsgericht angerufen. Auf eine von zwei Beschwerden wurde nicht eingetreten, die andere abgewiesen. Zwei Berufungen sind noch hängig. Eine weitere Berufung wurde zurückgezogen; die drei Übrigen wurden abgewiesen. Ein Fall wurde danach noch an das Bundesgericht weitergezogen, das die Beschwerde abwies, soweit darauf einzutreten war (BGer 4A_700/2012). Im nachfolgenden Bericht werden auch die Urteile von vier Fällen aus dem Jahre 2010 wiedergegeben, die erst im Verlaufe der Berichtsperiode rechtskräftig wurden.

B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

1. Prozessrechtliche Fragen

1.1. **Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 aOR; Art. 247 Abs. 2 ZPO)**
(siehe unter Ziffern 2.9.1., S. 33, und 2.11.1.-6., S. 54)

1.2. **Parteientschädigung (Art. 106 f. ZPO)**

Beim Überklagen bzgl. Konventionalstrafe aus Konkurrenzverbot
(siehe unter Ziffer 2.10.3., S. 44)

2. Materiellrechtliche Fragen

2.1. **Art. 319, 418a OR. Zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Agenturvertrag. In casu lag ein Agenturvertrag über die Vermittlung und den Abschluss von Verträgen über Text- und Werbeflächen in einer Fachzeitschrift an Inserenten vor.**

K. und die F. GmbH schlossen am 8.4.2010 einen mit „Agenturvertrag“ überschriebenen Vertrag, gemäss welchem K. im Namen und im Auftrag der F. GmbH Verträge über Text- und Werbeflächen in einer Fachzeitschrift an geeignete Inserenten vermitteln oder abschliessen sollte. Während der Einführungsphase gewann der geschäftsführende Verkaufsleiter der F. GmbH den Eindruck, dass K. für die Arbeit nicht qualifiziert sei, und löste den Vertrag am 13.4.2010 per sofort auf.

Mit Klage vom 30.5.2010 beantragte K. beim Gewerblichen Schiedsgericht, die F. GmbH sei zur Zahlung von CHF 5'000.00 Lohn bis zum Ablauf einer vierwöchigen Kündigungsfrist sowie CHF 5'000.00 als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu verurteilen. Am 2.8.2010 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Eine von K. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 24.3.2011 ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **1.2** Angefochten ist ein Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts. Zwar war (schon) vor der Vorinstanz die Qualifikation des zwischen den Parteien bestehenden

Vertrags und damit die [...] Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts zur Beurteilung der darauf beruhenden Klage umstritten (vgl. unten E. 2.1). Vom Kläger behauptete Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind indessen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Beurteilung der Zuständigkeit vorerst als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 34, m.w.H.). Das Gewerbliche Schiedsgericht hat seine Zuständigkeit zur *Prüfung* des eingeklagten Anspruchs daher zu Recht bejaht. [...].

2.

2.1 Das Gewerbliche Schiedsgericht ist gemäss § 4 GOG zuständig für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitbetrag von CHF 30'000.00 Forderungen aus einem Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR sind nicht vom Gewerblichen Schiedsgericht, sondern vom ordentlichen Zivilgericht zu beurteilen. Der Beschwerdeführer hat vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Forderungen aus seinem Vertrag mit der Beschwerdegegnerin vom 8.4.2010 geltend gemacht. Diese hat die [...] Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts mit ihrer Eingabe vom 22.6.2010 sinngemäss bestritten. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat erwogen, der Vertrag sei als „Agenturvertrag gemäss Art. 418a OR“ bezeichnet gewesen, und der Beschwerdeführer sei weder in persönlicher noch in betrieblicher Hinsicht in einer Abhängigkeit zur Beschwerdegegnerin gestanden. Letztlich könne die Frage der Vertragsqualifikation (und damit der Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts) aber offen bleiben und werde nicht abschliessend beurteilt, da die Forderung auch bei Annahme eines Arbeitsvertrags abzuweisen sei. Es hat in der Folge die Klage abgewiesen, soweit es darauf eintrat. [...]

3.

3.1 Der Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR unterscheidet sich vom Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR namentlich durch die rechtliche Subordination der Arbeit leistenden Person als betriebliche, persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit von der Person, für welche die Arbeit geleistet wird (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 319 OR N 27; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 319 OR N 42 ff., 49 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 319 OR N 6 ff.; HARDER, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, 2. Auflage 2002, S. 83 ff.; BGer 553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.1, 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4 m.w.H.). Diese Subordination kann sich einerseits in der Integration der Arbeit verrichtenden Person in eine fremde Arbeitsorganisation zeigen, etwa durch die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, die Verfügbarkeit eines Arbeitsplatzes in den Räumlichkei-

ten des Vertragspartners, vorgeschriebene Arbeitszeiten oder die Ausstattung mit Arbeitsgeräten und Material durch den Vertragspartner (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage 2007, N 18; BGer 4A_562/2008 vom 30.1.2009 E. 3.2.3; AGE 989/2005 vom 27.10.2005). Charakterisierend für ein Subordinationsverhältnis und damit für einen Arbeitsvertrag ist andererseits die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers, welche in der Pflicht zum Empfang und zur Befolgung von Weisungen und Instruktionen von bestimmten Vorgesetzten, die den Gang und die Gestaltung der Arbeit unmittelbar beeinflussen, in der Einbettung in eine hierarchische Struktur, in einer umfassenden Rechenschaftspflicht und in der Kontrolle durch den Vertragspartner zum Ausdruck kommen kann. Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass auch im Rahmen eines Auftrags Weisungen zu befolgen sind. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsabhängigkeit an (BGer 4A_553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.2; GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen 2002, S. 125 ff.; HARDER, a.a.O., S. 88 f.; BGer 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.3.1). Von geringerer Bedeutung zur Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag ist demgegenüber die öffentlichrechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses durch Sozialversicherungsträger und Steuerbehörden als selbständige oder unselbständige Tätigkeit (AGE 921/2000 vom 21. 6. 2000; 990/1999 vom 27.9.1999). Nicht massgebend ist die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses durch die Parteien selbst (Art. 18 Abs. 1 OR) (vgl. zum Ganzen: AGE 1020/2008 vom 3.6.2009, E. 2.2).

3.2 Der von den Parteien am 8.4.2010 abgeschlossene Vertrag ist mit „Agenturvertrag [...] im Sinne des Art. 418a des schweizerischen Obligationenrechts“ überschrieben. Aufgabe des als „Agentur“ bezeichneten Beschwerdeführers war gemäss Ziff. I.1 dieses Vertrags, Geschäfte für die vom Auftraggeber bezeichneten Produkte zu vermitteln und abzuschliessen. Konkret ging es um die Vermittlung und den Abschluss von Geschäften für die Zeitschrift „X.“ (Ziff. I.2). Ausdrücklich wurde festgehalten, dass die Agentur (der Beschwerdeführer) nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber stehe, sondern selbständige(r) Gewerbetreibende(r) sei (Ziff. I.4). Gemäss Ziff. I.5 des Vertrags standen der Agentur (dem Beschwerdeführer) jeweils nachmittags von 13.00 bis 17.00 Uhr die Büroräumlichkeiten des Auftraggebers zur Verfügung. Bezüglich Entschädigung wurde festgehalten, es werde von einem Mindestumsatz von CHF 10'000.00 in 3 Monaten ausgegangen. Bis zu CHF 40'000.00 Monatsumsatz werde eine Umsatzprovision von 20% auf dem im Vormonat erzielten Umsatz vergütet. Ab CHF 40'001.00 Monatsumsatz würden 25% als Provision fällig (Ziff. II.3). Der Provisionsanspruch entstehe mit dem Abschluss der gültigen Verträge, d.h. mit der Vorweisung der von den Inserenten unterschriebenen Insertionsverträge (Ziff. II.4). Als Kündigungsfrist waren im ersten Vertragsjahr 1 Monat, ab dem zweiten Vertragsjahr 2 Monate vorgesehen.

3.3 Mit dieser Regelung stellt sich der Vertrag nicht als Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR dar. Sowohl der Inhalt, nämlich das Vermitteln und Abschliessen von Insertionsaufträgen, als auch der Entschädigungsmodus und die Regelung der Entstehung des Entschädigungsanspruchs, welche vom Abschluss der gültigen Insertionsaufträge abhängt, entsprechen einem klassischen Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR. Dem Beschwerdeführer waren – abgesehen von einem durchschnittlichen Mindestumsatz von CHF 10'000.00 pro Monat – weder ein bestimmtes Arbeitsvolumen noch eine bestimmte Arbeitsdauer vorgeschrieben. Über Umfang und Zeitpunkt seiner Ferien konnte er frei bestimmen, ohne dass dies von der Beschwerdegegnerin ausdrücklich hätte bewilligt oder mit ihr abgesprochen werden müssen. Es war dem Beschwerdeführer auch nicht verboten, neben seiner Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin auch eine anderweitige Erwerbstätigkeit auszuüben. Es bestand somit keine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beschwerdegegnerin, wie sie für einen Arbeitsvertrag typisch wäre (vgl. BGer 4A_553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.2).

Die einzige Bestimmung im Vertrag, die im Rahmen eines Agenturvertrages nicht ganz üblich ist, ist Ziff. I.5, wonach die Büroräumlichkeiten der Beschwerdegegnerin der Agentur (dem Beschwerdeführer) jeweils nachmittags von 13 bis 17 Uhr zur Verfügung standen. Allerdings zeigt schon die Formulierung dieser Bestimmung, dass der Beschwerdeführer zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet war, sich zu diesen Zeiten in den Büroräumlichkeiten der Beschwerdegegnerin aufzuhalten. Wie sich aus dem Protokoll der erstinstanzlichen Verhandlung ergibt, wurde der entsprechende Passus in den Vertrag eingefügt, weil der Beschwerdeführer die Email-Programme nicht bedienen konnte. Dieses Angebot sollte dem Beschwerdeführer ermöglichen, sich vor Ort mit der Arbeit vertraut zu machen. Dies räumte der Beschwerdeführer denn auch ein [...]. Auch diese Bestimmung spricht somit nicht für das Bestehen eines Arbeitsvertrags. Eine Umgehungskomponente ist nicht erkennbar. Die Vorinstanz hat zu Recht erkannt, dass der Beschwerdeführer weder in persönlicher noch in betrieblicher Hinsicht in einer Abhängigkeit zur Beschwerdegegnerin stand.

3.4 Daraus ergibt sich, dass sich der eingeklagte Anspruch auf einen Agenturvertrag stützt, so dass das Gewerbliche Schiedsgericht nicht zu dessen materieller Beurteilung zuständig war. Es hätte daher gar nicht auf die Klage eintreten müssen. [...]"

(AGE vom 24.3.2011 in Sachen von K. gegen F. GmbH, BE 2010.73; GS 2010.166)

2.2. **Arbeitspflicht (Art. 321 OR)**

Berechtigte Arbeitsverweigerung bei Lohnrestanzen aufgrund von Abrechnungsdifferenzen bezüglich Quellensteuern?
(siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)

2.3. **Art. 321 OR; Art. 13 ArGV1. Es ist nicht zulässig, bei einem sog. Call-Center Agenten die Entlöhnung vertraglich auf die reine Gesprächszeit als Arbeitszeit zu beschränken, während die übrige Zeit, in der sich der Arbeitnehmer weiterhin in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin aufhält und zur Arbeitsleistung bereit ist, nicht entlohnt wird.**

K. schloss mit der S. GmbH am 31.1.2011 einen Arbeitsvertrag als Call-Center Agent und am 9.3.2011 einen Arbeitsvertrag als Teamleiter ab. In beiden Verträgen wurde ein Bruttostundenlohn von CHF 30.00 vereinbart, wobei im Call-Center-Agentenvertrag die Telefongesprächszeit als massgebend bezeichnet wurde. Hinzu kam eine Nettoumsatzbeteiligung auf den Eigenverkauf.

Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren beehrte K. am 9.11.2011 mit Klage vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung der S. GmbH zur Zahlung von Lohndifferenzen hauptsächlich wegen nicht bezahlter Arbeitszeit. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 25.1.2012 teilweise gut, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.4.** Umstritten ist unter den Parteien ferner, welche Zeit als Arbeitszeit gilt, die zu entlohnen ist. Die Beklagte beruft sich für die Tätigkeit des Klägers als Call-Center Agent darauf, dass der betreffende Arbeitsvertrag in § 7 die Telefongesprächszeit für massgebend erklärt. Für den Kläger hingegen ist die gesamte Zeit, die mit dem Betreten des Arbeitsortes beginnt und dem Verlassen desselben endet, zu entlöhnende Arbeitszeit.

Arbeitszeit ist die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung inner- oder ausserhalb des Betriebes zur Verfügung der Arbeitgeberin bereit hält und daher nicht darüber frei verfügen kann (Art. 13 ArGV1; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage 2006, zu Art. 321 OR N 9, S. 122). Deshalb gehören auch Bereitschafts- und Pikettdienste zur Arbeitszeit (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O.). Auch Pausen sind Arbeitszeit, wenn der Arbeitsplatz, das heisst die zur Arbeitsleistung vorgesehenen und dienenden Räumlichkeiten, nicht verlassen werden darf (Art. 15 Abs. 2 ArG; BGer 4A_343/2010 E. 4.4). Die umschriebene Arbeitszeit ist Grundlage zur Berechnung des Zeitlohnes. Hingegen kann die Entlohnung nicht auf die reine Gesprächszeit vertraglich beschränkt werden, während die

übrige Zeit, in der sich der Arbeitnehmer weiterhin in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers aufhält und zur Arbeitsleistung bereit ist, nicht entlohnt wird. Die Beklagte hat die Zulässigkeit für eine Entlohnung allein der Gesprächszeit mit dem Hinweis auf Akkordlohnarbeit begründet. Akkordlohnarbeit ist jedoch definitionsgemäss jede Art von leistungs- und nicht zeitabhängig entlohnter Arbeit (STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 OR N 2, S. 324; Art. 326 Abs. 2 OR). Sie stellt entweder auf die Menge oder die Güte der Arbeitsleistung oder auf eine Kombination von beidem ab (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 326 OR N. 3, S. 422). Dabei kann als massgebende Menge der Arbeitsleistung nicht die Zeit allein, die der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit aufwendet, eingesetzt werden, wenn dies zu einer Umgehung der erläuterten Definition der Arbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz führen würde. Dies wäre vorliegend denn auch der Fall. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 25.1.2012 in Sachen K. gegen S. GmbH, GS 2011.23; veröffentlicht in JAR 2013, S. 432 f.)

- 2.4.1. Art. 321c Abs. 3 OR. Zum Verhältnis eines im Arbeitsvertrag schriftlich vereinbarten generellen Ausschlusses der gesonderten Überstundenkompensation zu einer später mündlich getroffenen Abrede über den Ausgleich von Überstunden in Freizeit.**
- 2.4.2. Art. 3 lit. d ArG, Art. 9 ArGV1. Ob jemand als höherer leitender Angestellter gilt, hängt von seinem Stellenprofil und seinen Aufgaben ab. Massgebend ist die Zuständigkeit zur Leitung eines Betriebs, wobei dies streng auszulegen ist.**

Am 13.9.2007 unterschrieben die F. AG und D. einen Arbeitsvertrag, wonach D. vom 1.1.2008 an oder allenfalls früher als „Project Execution Manager“ für die F. AG in Saudi-Arabien tätig sein werde. Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch D. auf den 30.4.2010 verlangte dieser per Email die Bezahlung von 309 Überstunden. Die F. AG wies D. mit Schreiben vom 18.5.2010 darauf hin, dass anlässlich eines gemeinsamen Meetings vereinbart worden sei, dass die Management Teammitglieder berechtigt seien, ihre Überstunden auf dem Time Sheet zu notieren und diese mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren, soweit es die Arbeit erlaube, und eine Geldzahlung unter keinen Umständen erfolge.

Mit Klage vom 25.5.2010 verlangte D. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der F. AG zur Zahlung von CHF 28'738.51, bestehend aus CHF 441.51 Bonus-Differenzzahlung und CHF 28'297.00 für 309 Überstunden. Im Lauf des Verfahrens verzichtete er auf die Bonus-Differenzzahlung von CHF 441.51. Anlässlich der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts erhob die F. AG Widerklage auf

Verurteilung von D. zur Zahlung von CHF 1000.00 Konventionalstrafe wegen Verletzung des vereinbarten Konkurrenzverbots. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage und die Widerklage mit Entscheid vom 13.9.2010 abgewiesen. Eine von D. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 6.3.2012 ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.2** Im Arbeitsvertrag zwischen den Parteien war in Bezug auf Überstunden was folgt vereinbart: Als Arbeitszeit wurden 8 Stunden pro Tag vereinbart. Zudem wurde bestimmt, dass von Mitarbeitern in Management-Positionen erwartet werde, dass sie die Arbeit ohne Rücksicht auf die offiziellen Arbeitszeiten erledigten. Das Weitere bezüglich der Arbeitszeit sei im Personalreglement geregelt (Ziffer 3 des Arbeitsvertrages). Die Überstundenregelung sah vor, dass die Kompensation für notwendige Überstunden im Lohn und weiteren Vorteilen, wie sie in Ziffer 5 des Arbeitsvertrages definiert seien, enthalten sei (Ziffer 8 des Arbeitsvertrages). Ferner war ein Bonus von 10% des Basissalärs vorgesehen, wobei auf das Personalreglement verwiesen wurde (Ziffer 6 des Arbeitsvertrages). Das Personalreglement enthielt auch eine Bestimmung bezüglich der Jahresarbeitszeit. Bezüglich der Überstunden war vorgesehen, dass diese vorgängig zu bewilligen seien, anderenfalls könnten sie nicht geltend gemacht werden. Jeder Mitarbeiter registriere seine Arbeitsstunden auf einem offiziellen Time Sheet, das alle 10 Tage abgegeben werden musste und verschiedene Kontrollmechanismen im Betrieb durchlief. Der Beschwerdeführer leistete vom 1.7.2008 an regelmässig Überstunden, die jeweils vom General Manager und Delegierten des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift visiert wurden.

2.3 Die Vorinstanz berücksichtigte bei ihrem Entscheid die arbeitsvertraglichen und die öffentlichrechtlichen Bestimmungen im Obligationenrecht (OR; SR 220) und die des Arbeitsgesetzes (ArG; SR 822.11). Sie geht zutreffend von der grundsätzlichen Pflicht zur Erbringung von Überstunden nach Art. 321c OR aus (vgl. auch PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2004, N 164 ff.). Solche sind primär mit Freizeit auszugleichen und andernfalls zu vergüten. Die gesetzliche Bestimmung über die Kompensation ist nicht zwingend und kann von den Parteien beliebig abgeändert werden. Die zivilrechtliche Pflicht zur Leistung von Überstunden findet ihre Grenze an den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche die Überzeitarbeit aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes einschränken (vgl. VON KAENEL/STREIFF, Arbeitsvertragsrecht Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage, Art. 321c OR N 3). Auf Angestellte mit einer höheren leitenden Tätigkeit ist das Arbeitsgesetz jedoch nicht anwendbar (Art. 3 lit. d ArG).

In der Sache geht die Vorinstanz davon aus, dass die Parteien schriftlich vereinbart haben, dass Überstunden im Lohn inbegriffen seien. Mündlich hätten danach die Parteien abweichend vereinbart, dass Überstunden mit Freizeit kompensiert werden

könnten. Aus dieser zusätzlichen mündlichen Vereinbarung schliesst die Vorinstanz, dass damit nur die Kompensation, nicht aber auch die Entgeltung vereinbart worden sei. Ergänzend erwog die Vorinstanz, dass selbst wenn die mündliche Vereinbarung sinngemäss auch eine Kompensation mit Geld umfasst hätte, eine solche vorliegend nicht zum Zuge käme, weil der Beschwerdeführer ohne einen durch die Beschwerdegegnerin verursachten Grund das Arbeitsverhältnis selber beendet habe. Zwar sei der Beschwerdeführer kein höherer leitender Angestellter im Sinne von Artikel 3 lit. d ArG und das Gesetz folglich auf ihn anwendbar, doch habe er für die gesamte geleistete Überzeit Freizeit bezogen, so dass er keine Ansprüche mehr habe.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz Widersprüchlichkeit und Willkür vor, indem sie ihn im Laufe der Verhandlungen zuerst als leitenden Angestellten qualifiziert habe und „von dieser Meinung im Verlaufe der Verhandlung wieder abgewichen“ sei [...]. Der Begriff des „leitenden höheren Angestellten“ als Ausschluss vom Anwendungsbereich in der Frage der Überzeitkompensation nach Art. 9 Arbeitsgesetzverordnung 1 (ArGV1; SR 822.111) stellt indessen keine allgemeine Definition dar, welche für alle in einem Arbeitsvertrag irgendwie als leitende Angestellte bezeichneten Vertragspartner gilt. Wird in einem Arbeitsvertrag ein Arbeitnehmer als „leitender Angestellter“ bezeichnet, so ist zunächst zu untersuchen, was die Parteien damit genau gemeint haben. Vorliegend geht es aber nicht einmal um identische Bezeichnungen, welche auf den Willen der Parteien hin zu untersuchen wären. Der Beschwerdeführer wurde im Arbeitsvertrag vom 13.9.2007 als „employee in management position“ bezeichnet. Ob er als höherer leitender Angestellter nach Art. 9 ArGV1 gilt, hängt von seinem Stellenprofil und seinen Aufgaben ab. Hierbei ist anzumerken, dass sogar der Beschwerdeführer in der Beschwerde bestätigt, keine Budgetverantwortung gehabt zu haben [...]. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt [...], geht es beim Begriff des höheren leitenden Angestellten gemäss Arbeitsgesetz um eine Zuständigkeit zur Leitung des Betriebs. Das ist streng auszulegen. Nach Ansicht der Vorinstanz war der Beschwerdeführer zwar ein leitender, aber nicht ein höherer leitender Angestellter. Dies ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag vom 1.9.2007, der in Ziffer 1 besagt, dass der Beschwerdeführer als „Project Execution Manager“ eingestellt wird. Als Aufgaben werden insbesondere aufgeführt: „Line Management of the project management and engineering departments“; „Management and control of assigned projects (cost estimates, tracking, controlling, reporting, reviews und approvals)“. Employees in management position haben nach Ziffer 3 des Arbeitsvertrages ihre Arbeit unabhängig von den offiziellen Arbeitszeiten zu erfüllen. Mit den in Ziffer 1 des Arbeitsvertrages aufgeführten Aufgaben stellte die Tätigkeit des Beschwerdeführers offensichtlich eine leitende Position dar, was sich auch aus dem Einkommen von CHF 12'800.00 brutto pro Monat nebst Bonus ergibt. Daraus folgt, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Beschwerdeführer nach dem

Arbeitsvertrag als employee in management position, nicht aber als leitender Angestellter im Sinn von Art. 9 ArGV1, zu qualifizieren ist.

3.2 Ziffer 8 des Arbeitsvertrages legt fest, dass bei employees in management position allfällige Überstunden im Salär inbegriffen sind. Gleichwohl haben die Parteien, anlässlich eines Management Meetings am 4.7.2008 mündlich vereinbart, dass in Abweichung zum Vertrag Überstunden auf Time Sheets anzugeben seien und mit Freizeit kompensiert werden könnten. Grundsätzlich sind Überstunden durch Lohn zu entschädigen, der sich nach dem Normallohn mit einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine andere Lösung getroffen werden (Art. 321c Abs. 3 OR), auch wenn sie für den Arbeitnehmer ungünstiger ist. Demnach kann beispielsweise der Zuschlag von einem Viertel des Lohns oder überhaupt jegliche Vergütung der Überstunden ausgeschlossen werden (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2004, N 176 ff.).

Weder das Meeting noch dessen Gesprächsinhalt werden von den Parteien bestritten. Wenn also unbestrittenermassen die Parteien anlässlich dieses Meetings unter Bezug auf ihren Arbeitsvertrag folgendes beschlossen haben: „the management team members with this clause in the contract are allowed to note the overtime on the time sheet and can compensate it with the equal amount of time when the business allows it“, so findet sich auch hier noch einmal eine Bestätigung, dass der Beschwerdeführer ein employee in management position ist und dass die Vereinbarung allein die Kompensation von Überstunden in Freizeit, nicht aber in Geld umfasst. Diese Vereinbarung geht der dispositiven gesetzlichen Regelung gemäss Art. 321c OR vor.

3.3 Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass diese vertragliche Regelung dem Beschwerdeführer auch im Falle der Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Auszahlung eines allfälligen restlichen Überzeitguthabens verhelfen kann, dies weil er selber und ohne Veranlassung durch die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis beendet hat. Die Überlegung des Beschwerdeführers, ob die mündliche Vereinbarung der Überzeitkompensation mit Freizeit überhaupt Vertragsinhalt geworden sei, geht fehl und hilft diesem nicht weiter. Denn würde die mündliche Vereinbarung wegfallen, so würde der Arbeitsvertrag gelten, der eine Kompensation von Überstunden überhaupt ausschliesst, weil solche Zeit im Salär inbegriffen ist. Der Beschwerdeführer irrt, wenn er glaubt, in diesem Fall wäre nichts geregelt und es käme Art. 321c Abs. 2 OR zur Anwendung. Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung ebenfalls dargelegt [...], dass die vertragliche Abmachung im Umfang geleisteten Überzeiten nicht zu einer Verletzung des Arbeitsgesetzes geführt hat.

3.4 Unbestritten sind die von der Vorinstanz ausführlich dargelegten Einzelheiten zum Rechnerischen bezüglich der Überstunden, weshalb auf diese verwiesen werden kann. [...]"

(AGE vom 6.3.2012 in Sachen von D. gegen F. AG, BE 2010.96; GS 2010.164)

2.4.3.-6. Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 3 lit. d, 9 Abs. 1 lit. a, Art. 12, 13 Abs. 2 ArG; Art. 9, 25 Abs. 2 ArGV1. Keine höhere leitende Tätigkeit durch einen Senior Management Consultant mangels ihm unterstellter Mitarbeiter, Entscheidungsmacht und Verantwortung. Weist eine Arbeitgeberin Zeiterfassungsblätter des Arbeitnehmers nicht als unrichtig zurück, darf der Arbeitnehmer von einer Genehmigung ausgehen. Kein Rechtsmissbrauch durch Berufung auf zwingend zu entschädigende Überzeit sowie durch Geltendmachung der Entschädigung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die nach Art. 13 Abs. 1 ArG für Büropersonal entschädigungsfreien ersten 60 Stunden Überzeit setzen die Wegbedingung jeder Entschädigung nach Art. 321c Abs. 3 OR voraus. 60 Stunden gelten dabei für ein volles Kalenderjahr; bei nicht vollen Kalenderjahren ist die Stundenzahl entsprechend zu kürzen.

I. trat am 1.3.2002 bei der M. AG, einer Personal- und Organisationsberatungsfirma, als Business Consultant ein. Seit 1.1.2007 wurde er als Senior Management Consultant bei einer Arbeitszeit von „in der Regel 40 Stunden pro Woche“ zu einem „Fix-Gehalt“ von CHF 150'000.00 beschäftigt. Hinzu kam eine Beteiligung aus den von I. erarbeiteten Umsätzen gemäss dem „Salary System“. I. kündigte das Arbeitsverhältnis auf Ende Mai 2009. Mit Teilklage vom 26.2.2010 beehrte er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung über CHF 30'000.00 brutto nebst Zins zu 5% für in den Jahren 2008 und 2009 geleistete Überzeit. Das Arbeitsgericht hiess die Teilklage am 5.5.2011 vollumfänglich gut, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.2.1.** Überstunden sind Arbeit, die über die Normalarbeitszeit hinausgeht (Art. 321c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Überstunden zu leisten, sofern und soweit solche Mehrarbeit notwendig und ihm nach Treu und Glauben zumutbar ist. Überstunden sind dann als notwendig anzusehen, wenn auf ihre Leistung aus betrieblicher Sicht ein Bedürfnis besteht und sie auf andere Weise durch die Arbeitgeberin nicht leicht zu vermeiden sind. Als angeordnet oder betriebsnotwendig gelten sie auch, wenn die Arbeitgeberin darum weiss, dass sie geleistet werden, dagegen jedoch nicht einschreitet (BGE 4A_259/2010 E. 2.7). Ohne Anordnung hat der Arbeitnehmer die Mehrarbeit zu leisten, wenn sich die Notwendigkeit aus der zugewiesenen Arbeit oder der Dringlichkeit der Fälle ergibt (BGer 4C.133/2000 E. 2b).

2.2.2. Ob, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise Überstunden abzugelten sind, ergibt sich in erster Linie aus Vertrag. Durch schriftliche Abrede kann die Abgeltung der Überstunden, bevor sie geleistet werden, frei geregelt, insbesondere ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 3 OR). Ohne solche Abrede ist dem Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis Freizeit von gleicher Dauer zu gewähren (Art. 321c Abs. 2 OR). Falls die Überstunden nicht durch Freizeit ausgeglichen wurden, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den Normallohn zuzüglich einem Zuschlag von mindestens 25% (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Beweislast (Art. 8 ZGB) für geleistete Überstunden – wann und wie viele davon geleistet wurden, ob sie notwendig sowie angeordnet bzw. genehmigt wurden – trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer (BGE 129 III 171 E. 2.4).

2.2.3. Überzeitarbeit sind Überstunden, die die Höchstarbeitszeit überschreiten (Art. 12 ArG). Für Büropersonal beträgt die Höchstarbeitszeit 45 Wochenstunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Überzeit ist zwingend mit dem Basislohn und einem Lohnzuschlag von mindestens 25% abzugelten, wenn sie nicht mit Einverständnis des Arbeitnehmers binnen 14 Wochen durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 Abs. 2 ArG iVm Art. 25 Abs. 2 ArGV1; BGer 4A_259/2010 E. 2.5.1, 2.6; BGE 126 III 337 E. 6b, c = Pra 2001 Nr. 47, S. 273). Für kaufmännisches Personal gilt dies jedoch erst für eine Überzeit von mehr als 60 Stunden im Kalenderjahr (BGer 4C.47/2007 E. 3.1; BGE 126 III 337 E. 6a, c = Pra 2001 Nr. 47, S. 273). Allerdings sind die ersten 60 Stunden nur dann entschädigungslos, wenn Art. 321c Abs. 3 OR vertraglich wegbedungen wurde (BGer 4C.47/2007 E. 3.1).

2.2.4. Auf höhere leitende Angestellte finden die Vorschriften über die Höchstarbeitszeit und die Überzeitarbeit keine Anwendung (Art. 3 lit. d ArG). Als höherer leitender Angestellter gilt, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann» (Art. 9 ArGV1). Es kommt dabei weder auf die Funktionsbezeichnung im Vertrag oder Arbeitszeugnis, noch auf die Stellung in einem Organigramm, noch auf eine bestimmte Ausbildung an. Wesentlich ist die ausgeübte Tätigkeit als solche mit Bezug auf die Grösse des Unternehmens. Unterschriften- und Weisungsbefugnisse sowie die Lohnhöhe sind für sich allein noch keine entscheidenden Kriterien (BGer 4A_86/2007 E. 2.1; 126 III 337 E. 5 = Pra 2001 Nr. 47, S. 273). Ausschlaggebend ist hingegen die Entscheidungsmacht in wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens verbunden mit der entsprechenden Verantwortung (BGer 4C.310/2002 E. 5.2), beispielsweise bezüglich Einstellung und Einsatz des Personals, Festlegung der Arbeitszeiten im Unternehmen, Gehaltspolitik oder selbständiger Festsetzung der Jahresziele des Unternehmens oder eines Bereichs davon (BGer 4A_258/2010 E. 1, 2.6.2).

2.3.1. Vorliegend sah der ab dem 1.1.2007 gültige Arbeitsvertrag eine Arbeitszeit von „in der Regel 40 Stunden pro Woche“ für den Kläger vor. „Sollte es der Geschäftsgang bedingen, ist der Senior Management Consultant bereit, in einem zumutbaren Mass die erwähnte Arbeitszeit unentgeltlich zu verlängern“ [...]. Damit haben die Parteien die Abgeltung von Mehrarbeit über der Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden wegbedungen, was nach Art. 321c Abs. 3 OR zulässig ist. Allerdings galt dies nur bis zur Höchstarbeitszeit, sofern das Arbeitsgesetz anwendbar war.

2.3.2. Nach Ansicht der Beklagten war der Kläger ein höherer leitender Angestellter im Sinne der arbeitsgesetzlichen Vorschriften, weil er „mitbestimmend“ über eine grosse Selbständigkeit, insbesondere bei der Einteilung der Arbeitszeit, verfügt habe. Er habe frei einteilen können, wann, was und wieviel er habe arbeiten wollen. Es sei auch seine eigene Entscheidung gewesen, wie er sich organisiert habe. Er habe „völlig freie Hand“ gehabt, „Mehrarbeit zu leisten.“ Dadurch habe er erheblichen Einfluss auf das Ergebnis der Zweigniederlassung in Basel nehmen können. In Bezug auf die Beratung und den Umgang mit den Kunden sei der Kläger auf sich selbst gestellt gewesen und habe die volle Verantwortung getragen. Zudem weise auch die Lohnhöhe mit einem Fix-Gehalt von CHF 150'000.00 sowie allfälligen Bonuszahlungen auf eine höhere leitende Tätigkeit hin. Im Jahre 2008 habe er CHF 155'000.00 sowie einen Bonus von CHF 54'380.00 und im Jahre 2009 CHF 165'000.00 und wiederum einen sehr hohen Bonus erhalten [...].

Die Beklagte verkennt damit die Bedeutung einer höheren leitenden Tätigkeit. Der Kläger war einer von mehreren Senior Management Consultants der Beklagten und hatte keine ihm unterstellten Mitarbeiter. Für Schreibaarbeiten durfte er sich lediglich des Sekretariats der Beklagten bedienen. Damit war er nicht einmal leitend tätig. Eine solche einfache leitende Tätigkeit hätte vorliegend vorausgesetzt, dass der Kläger für andere Angestellte oder ausserhalb seines eigenen persönlichen Arbeitsbereichs hätte entscheiden dürfen. Erst recht verfügte er nicht über eine Entscheidungsmacht und eine Verantwortung, wie sie Art. 9 ArGV1 und die bundesgerichtliche Rechtsprechung voraussetzen. Selbst wenn der Kläger durch den eigenen Umsatz einen erheblichen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Beklagten gehabt haben sollte, hat dies noch nichts mit der erforderlichen Bestimmung der Geschäftspolitik eines Unternehmens zu tun (BGer 4A_258/2010 E. 2.6.2). Nicht massgebend ist auch der dem Kläger für seine Tätigkeit in respektabler Höhe geleistete Lohn.

Da der Kläger bei der Beklagten keine höhere leitende Tätigkeit versah, kam die für Büropersonal nach Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG geltende wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden zur Anwendung. Sofern und soweit die Wegbedingung der Überstundenentschädigung in Ziffer 3 des Arbeitsvertrages [...] der zwingenden Entschädigungspflicht bezüglich Überzeitarbeit in Art. 13 ArG widerspricht, ist sie nichtig und daher nicht zu beachten.

2.3.3.1. Der Kläger hat zum Nachweis der von ihm behaupteten Überstunden in der Zeit vom 1.1.2008 bis und mit April 2009 durch ihn geführte monatliche Zeiterfassungsblätter ins Recht gelegt [...]. Zudem ergibt sich aus den eingereichten E-Mails an seinen Vorgesetzten P., dass er die Zeiterfassungsblätter am 2.4.2008, am 7.8.2008, am 29.12.2008, am 14.4.2009 und am 4.5.2009 der Beklagten zur Kenntnis gebracht hat [...]. Da die Beklagte offensichtlich keine eigene Arbeitszeitkontrolle geführt hat, sind die Aufzeichnungen des Klägers als Beweismittel zuzulassen. Unter solchen Umständen wäre übrigens eine richterliche Schätzung zugelassen, hätte der Kläger keine eigene Kontrolle geführt (BGer 4C.307/2006 E. 3.2; 4C.142/2005 E. 5.2: bei Überzeit).

2.3.3.2. Die Beklagte hat offensichtlich auf die Zustellung der Zeiterfassungsblätter durch den Kläger nicht reagiert, diese insbesondere nicht als unrichtig bezeichnet und zurückgewiesen. Sie hat dadurch dem Kläger gegenüber zu erkennen gegeben, dass sie die Leistung von Überstunden weder in Zweifel zieht, noch ihm verbietet oder sonstwie zurückweist. Der Kläger durfte daraus schliessen, dass die Beklagte die geleisteten Überstunden genehmigt hat. Die Beklagte ist daher auch nicht mit ihrem Einwand zu hören, der Kläger habe die Überstunden unaufgefordert geleistet. Im Übrigen hat sie die Mehrarbeit des Klägers im vorliegenden Prozess auch nicht substantiiert bestritten. Die Beklagte wendet ferner zu Recht nicht ein, sie sei der rechtsirrigen Ansicht gewesen, die Überstundenabrede im Arbeitsvertrag befreie sie von einer Abgeltung. Einen solchen Rechtsirrtum hätte sie sich selber zuzuschreiben und die Folgen daraus daher zu tragen.

2.3.3.3. Hinzu kommt, dass die geleistete Mehrarbeit betriebsnotwendig war. Der Kläger hat verschiedene E-Mails eingereicht, aus denen sich unzweifelhaft ergibt, dass die von der Beklagten beschäftigten Berater überlastet waren. Dies war auf eine Administration zurückzuführen, die die Berater nicht mehr ausreichend unterstützen konnte. Zudem war das Arbeiten mit dem Informatiksystem der Beklagten mit einigen Schwierigkeiten verbunden. [Es folgen Ausschnitte aus den E-Mails]. Die Beklagte hat weder behauptet noch nachgewiesen, dass sich diese Arbeitsbelastung für ihre Angestellten in der Zweigniederlassung Basel in der Folge wesentlich gebessert hätte.

Ferner wendet die Beklagte gegen die Notwendigkeit der Mehrarbeit des Klägers ein, dieser sei frei gewesen, mehr Aufträge zu akquirieren und deshalb mehr zu arbeiten, woran er zwecks Bonussteigerung selber interessiert gewesen sei [...]. Wird in einem Arbeitsvertrag eine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart, so sind die darüber hinaus geleisteten Stunden Überstunden. Sofern der Lohn des Arbeitnehmers sich nicht ausschliesslich aufgrund seiner Leistung, sondern sich auch nach der gearbeiteten Zeit bemisst, so ist der Angestellte deshalb auch für die geleistete Mehrarbeit durch Zeitlohn zu entschädigen.

2.3.3.4. Der Beklagten kann auch darin nicht gefolgt werden, dass der Kläger mit seiner Zustimmung zum neuen Salary System der Beklagten, bestehend aus einem Fixgehalt und einem umsatzbezogenen Bonus, auf eine Überstundenentschädigung unwiderruflich verzichtet hat. Ein solcher Verzicht unterliegt ebenfalls den gesetzlichen Schranken über die zwingend abzugeltende Überzeit. Dabei kann dem Kläger auch kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden. Auf Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs bei der Berufung auf zwingende Vorschriften wird nur ausnahmsweise und dann erkannt, wenn der Arbeitnehmer im Bewusstsein der Ungültigkeit einer vertraglichen Abrede im eigenen Interesse deren Abschluss gefördert hat (vgl. BGer 4C.184/2000 E. 3b). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Auch kann dem Kläger kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, weil er die Abgeltung der Überzeit erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hat (BGer 4C.219/2004 E. 4). Da die Beklagte nicht bewiesen hat, dass der Kläger die von ihm geltend gemachte Mehrarbeit kompensiert hat (Art. 13 Abs. 2 ArG iVm Art. 25 Abs. 2 ArGV1) oder – was ohnehin als Einwand nicht ohne Weiteres genügen könnte – nach ihrer Behauptung ausreichend Gelegenheit zur Kompensation hatte, hat der Kläger Anspruch auf Bezahlung der Überzeit nach Art. 13 Abs. 1 ArG.

2.3.4. Die Gesamtforderung, die hinter der Teilklage über CHF 30'000.00 brutto steht, beträgt CHF 41'611.45 brutto [...]. Im Jahre 2008 weist der Kläger 295.96 Überzeitstunden und im Jahre 2009 in seiner ursprünglichen Klage 108.25 Überzeitstunden aus. Da der Kläger das ganze Jahr 2008 gearbeitet hat, sind die ersten 60 Stunden Überzeit nicht zu entschädigen (Art. 13 Abs. 1 ArG). Im Jahre 2009 hat das Arbeitsverhältnis hingegen nur bis Ende Mai gedauert, so dass anteilmässige 25 Überzeitstunden abgeltungsfrei sind. Die zu entschädigende Überzeit beläuft sich damit auf 235.96 Stunden im Jahre 2008 und auf 83.25 Stunden im Jahre 2009. Unbestritten geblieben ist der vom Kläger angegebene Stundenlohn von CHF 77.04 im Jahre 2008 und von CHF 84.00 im Jahre 2009. Die Überzeitforderungen betragen inklusive des 25% Zuschlags CHF 22'722.95 brutto für das Jahr 2008 und CHF 8'741.25 brutto für das Jahr 2009. Insgesamt verbleibt eine Forderung des Klägers von mehr als CHF 30'000.00 brutto, so dass die Teilklage in vollem Umfang gutzuheissen ist. Der Nettobetrag beträgt nach Abzug der in den Jahren 2008 und 2009 gültigen Sozialversicherungsbeiträgen [...] CHF 28'185.00 netto. Hinzu kommen 5% Zins seit dem 1.6.2009, weil die Beklagte aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.5.2009 durch Kündigung in Verzug geriet (Art. 102 Abs. 2 iVm Art. 339 OR). [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 5.5.2011 in Sachen I. gegen M. AG, GS 2010.73; veröffentlicht in JAR 2011 S. 442 ff.)

- 2.5. Art. 322 Abs. 1 OR. Bei vorbehaltloser Annahme eines reduzierten Lohnes während mindestens drei Monaten wird auf eine konkludente Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer entsprechenden Lohnreduktion geschlossen, sofern diese die Auszahlung eines tieferen Lohnes als Antrag zu einer Lohnkürzung verstehen muss. Die Arbeitgeberin muss dabei den Grund für das Angebot zur Lohnreduktion angeben und nachweisen. Da eine Kaderschule die von ihr angegebenen Gründe, weshalb sie ihrer Institutsleiterin einen tieferen Lohn als Vertragsänderung angeboten haben wollte, nicht nachweisen konnte, wurde davon ausgegangen, dass die Institutsleiterin deshalb während acht Monaten unwidersprochen einen tieferen Lohn entgegennahm, weil sie von einer teilweisen Lohnstundung ausging.**

S. trat im August 2006 als Institutsleiterin bei der I. AG, die Kaderschulungen organisierte, ein. Einziger Verwaltungsrat der I. AG ist A., der Vater von S.. Die Parteien vereinbarten ab 1.1.2009 einen monatlichen Bruttolohn von CHF 3'500.00. In der Folge bezahlte die I. AG jedoch jeweils lediglich einen Lohn von CHF 1'500.00 brutto bzw. CHF 1'428.05 netto aus. Am 28.10.2009 überwies sie S. einen Nettolohn von CHF 3'284.10. Mit Klage vom 27.10.2010 verlangte S. die Verurteilung der I. AG vor allem zur Zahlung von CHF 28'038.75 Lohndifferenzen zuzüglich 5% Zins. Insgesamt hätte sie im Jahre 2009 einen Gesamtlohn von CHF 45'500.00 brutto und nach Abzug von 6.05% Lohnprozenten für AHV/IV/EO sowie AIV einen Nettolohn von CHF 42'747.25 erhalten sollen. Nach Abzug der tatsächlich erfolgten Lohnzahlungen von CHF 14'708.50 netto verbleibe eine Forderung von CHF 28'038.75 netto. Am 12.4.2011 hiess das Arbeitsgericht nach Einvernahme einer Mitarbeiterin als Auskunftsperson diese Klageforderung vollumfänglich gut, wobei es was folgt ausführte. Das Appellationsgericht hat eine gegen das Urteil geführte Berufung am 20.4.2012 abgewiesen.

„**1a)** Bezüglich der Klageforderung ist zwischen den Parteien strittig, ob der per 1.1.2009 vereinbarte Lohn von CHF 3'500.00 brutto einvernehmlich auf CHF 1'500.00 brutto reduziert wurde. Nach Art. 322 Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmerin der vereinbarte, übliche oder durch NAV oder GAV bestimmte Lohn zu entrichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird bei vorbehaltloser Annahme eines reduzierten Lohnes während mindestens drei Monaten auf eine konkludente Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer entsprechenden Lohnreduktion geschlossen. Vorausgesetzt wird dabei, dass die Arbeitnehmerin die Auszahlung eines tieferen Lohnes als Antrag zu einer Lohnkürzung verstehen muss. Die aufgrund der unwidersprochenen Entgegennahme eines reduzierten Lohnes eingetretenen Vermutung, dass die Arbeitnehmerin mit einer Lohnreduktion einverstanden ist, kann durch den Nachweis besonderer, widersprechender Umstände umgestossen werden (BGer 4A_223/2010 E. 2.1.2, 4C.242/2005 E. 4.3).

ba) Im vorliegenden Fall gaben die Parteien übereinstimmend an, dass sie auf den 1.1.2009 den Monatslohn auf CHF 3'500.00 festgesetzt hätten. In der Folge bezahlte die Beklagte jedoch während acht Monaten nur noch einen um CHF 2'000.00 verminderten Lohn pro Monat aus, wobei sie die Zahlung mit CHF 1'000.00 Brutto-lohn und CHF 500.00 Spesen angab [...]. Offensichtlich monierte die Klägerin dagegen während Monaten nicht. Darin konnte jedoch nur dann ein konkludentes Einverständnis in eine Lohnreduktion erblickt werden, falls in diesen Lohnzahlungen das Angebot für einen künftig tieferen Lohn zu erblicken war. Die Klägerin bestritt ein solches Angebot. Ihr Vater habe sie wegen der bestehenden Liquiditätsschwierigkeiten der Beklagten lediglich darum gebeten, sich während ein paar Monaten mit einem tieferen Auszahlungsbetrag zufrieden zu geben. Allerdings konnte eine solche Aussage sowohl eine teilweise Lohnstundung, wie sie die Klägerin verstand und geltend machte, als auch eine Lohnreduktion bedeuten. Letztlich war es jedoch Sache der Beklagten, eine Vertragsänderung nachzuweisen. Dazu gehört der Nachweis, dass und weshalb sie der Klägerin eine Lohnreduktion angeboten haben wollte.

bb) Die Beklagte gab als Grund für eine Lohnreduktion an, die Klägerin habe ihr Arbeitspensum reduziert, was die Klägerin bestritten hat. Die Beklagte unternahm nichts, die behauptete Pensumsreduktion nachzuweisen. Die Auskunftsperson A. erklärte anlässlich der Hauptverhandlung, sie habe das Pensum der Klägerin nicht gekannt und wisse daher auch nicht, ob eine Reduktion des Arbeitspensums für das Jahr 2009 stattgefunden habe [...].

bc) Als weiteren Grund für die Lohnreduktion gab die Beklagte an, sie habe dies auf ausdrücklichen Wunsch der Klägerin getan. Die Klägerin habe in ihrem Scheidungsverfahren einen tieferen Lohn angeben wollen [...]. Auch dieser Grund war bestritten und nicht nachgewiesen. Im Übrigen hätte ein solcher Reduktionsgrund wohl eher für eine simulierte Lohnreduktion oder eine effektive Lohnstundung gesprochen.

bd) Die Auskunftsperson A. gab anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll, ihr sei eine Vereinbarung zwischen dem Inhaber der Beklagten und der Klägerin über einen Lohnverzicht nicht bekannt. Sie jedenfalls habe regelmässig den vollen Lohn erhalten [...].

c) Nach alledem konnte die Beklagte nicht nachweisen, dass sie der Klägerin eine Lohnreduktion und nicht bloss eine teilweise Lohnstundung angeboten hatte. Auch sämtliche Gründe, die die Beklagte für eine Lohnreduktion anführte, waren bestritten und nicht nachgewiesen. Damit war nicht von einer Lohnreduktion, sondern von einer teilweisen Lohnstundung auszugehen. Daran änderte nichts, dass die tieferen Lohnzahlungen nicht nur während drei Monaten, sondern sogar während acht Monaten an die Klägerin erfolgten. Im Gegenteil ergab sich aus einem Zahlungsbeleg [...], dass die Beklagte im Oktober der Klägerin einen Lohn von CHF 3'284.10 netto und damit wieder auf der Basis von CHF 3'500.00 brutto ausbezahlte, ohne

dass sie sich dies selber erklären konnte [...]. Auch dies sprach für eine Lohnstundung und nicht für eine Lohnreduktion. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 12.4.2011 in Sachen S. gegen I. AG, GS 2010.303; veröffentlicht in JAR 2011 S. 439 ff.)

2.6. Art. 328, 49 OR. Zu den Voraussetzungen der Genugtuungshaftung eines Metzgereibetriebes für eine angeblich durch Persönlichkeitsverletzung am Arbeitsplatz erlittene Depression eines in leitender Funktion tätigen Metzgers. In casu war weder eine Persönlichkeitsverletzung als Ursache für die Depression noch eine Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Arbeitgeberin nachgewiesen. Insbesondere hatte die Arbeitgeberin vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit tauglichen Mitteln versucht, ihrem Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz neue Entwicklungsmöglichkeiten in leitender Position ohne Lohneinbusse zu geben, wobei der Versuch aufgrund der mangelhaften Leistungen des Angestellten scheiterte.

X. trat am 22.10.1990 als Metzger bei A. ein und kam per 1.1.1992 zur Y. AG, wo er als Metzger in der Verpackung tätig war. Am 1.1.1996 wurde er zum Spezialarbeiter befördert und wechselte ein Jahr später in die Abteilung Convenience. Per 1.12.2000 trat er seine Stelle in der Abteilung SB-Verpackung an. Dort wurde er per 1.6.2003 zum Vorarbeiter und per 1.1.2004 zum stellvertretenden Leiter befördert. Im Jahr 2006 sollen die Leistungen von X. abgenommen haben. Es wurde bemängelt, dass er die Arbeiten nicht vollende, nicht immer am Arbeitsplatz sei und dass es zu viele Fehler in der Produktion gebe, welche zu Reklamationen der Kundschaft führten. Er sei nicht immer pünktlich und beginne vielmals seine Arbeit zu spät mit Entschuldigungen, die nicht akzeptabel seien. In der Folge wurde X. in die Kommissionierung versetzt. An diesem Arbeitsplatz war er jedoch nicht ausgefüllt und motiviert, weil er viel an der Maschine habe arbeiten müssen und nicht mehr für das Personal verantwortlich gewesen sei. Er wünschte, neue Verantwortung im Betrieb zu übernehmen, in einem Rahmen, wo er für das Personal verantwortlich und direkt Z. unterstellt sei. In jenem Zeitraum konnte die Y. AG einen neuen Kunden gewinnen. X. wurde daher vorgeschlagen, an diesem neuen Arbeitsort während dreier Monate seine Motivation, Verantwortung zu übernehmen, unter Beweis zu stellen. Falls ihm dies allerdings nicht gelingen sollte, könne die Y. AG das Arbeitsverhältnis kündigen. Am 1.9.2006 trat X. die neue Stelle an. Seine Leistungen verbesserten sich jedoch nicht nachhaltig. Am 8.5.2007 wurde er krankgeschrieben. Im Verlaufe der Arbeitsunfähigkeit war er vom 25.10. bis 3.11.2007 wegen einer Depression und vom 12.12.2007 bis 8.1.2008 wegen eines Depressionsrückfalls hospitalisiert. Nach Ablauf der 180-

tägigen Sperrfrist kündigte die Beklagte am 9.11.2007 das Arbeitsverhältnis per 29.2.2008 unter Hinweis auf die geführten Gespräche und die aktuelle Situation.

Mit Klage vom 30.9.2009 verlangte X. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung von CHF 13'050.00 brutto nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung. Dabei handelte es sich um eine Genugtuungsforderung von CHF 12'000.00 sowie um CHF 1'050.00 Selbstbehalte des Beschwerdeführers an Arztrechnungen für Behandlungen seit Mai 2007. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 6.7.2010 vollumfänglich ab. Das Appellationsgericht bestätigte auf Beschwerde von X. am 2.9.2011 das erstinstanzliche Urteil, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.**

2.1 Zur Begründung der Beschwerde schildert der Beschwerdeführer im Wesentlichen, wie sich seine Situation am Arbeitsplatz vor seiner Kündigung zusehends verschlechtert habe. Daran habe der Vorgesetzte Z. die Schuld getragen, welcher den Beschwerdeführer wie auch andere Mitarbeiter gemobbt habe, sodass schliesslich gesundheitliche Probleme aufgetreten seien. Diese vom Arbeitgeber bewirkten gesundheitlichen Probleme hätten schlussendlich zur Entlassung des Beschwerdeführers geführt. Der Beschwerdeführer verlangt deshalb von der Beschwerdegegnerin neben Schadenersatz für Selbstbehalte aus der Heilbehandlung gemäss „Art. 97 ff. OR“ eine Genugtuung gemäss Art. 49 OR.

2.2 Die Beschwerdegegnerin ist nach Art. 328 OR als Arbeitgeberin verpflichtet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Beschwerdeführers als Arbeitnehmer zu achten und zu schützen. Sie hat für das Verhalten ihrer Mitarbeiter grundsätzlich einzustehen (Art. 101 Abs. 1 OR; PORTMANN, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, recht 2010 S. 1, 13) und ihren Betrieb angemessen zu organisieren (BGE 125 III 70 E. 3a S. 74 mit Hinweisen). Sie haftet unter anderem für allfällige Persönlichkeitsverletzungen im Sinne von Art. 49 OR, wenn solche durch Vorgesetzte oder zuständige Personalverantwortliche begangen worden sind. Genugtuung nach Art. 49 OR ist allerdings nur geschuldet, wenn die Schwere der Verletzung es rechtfertigt (und die Verletzung nicht anders wieder gutgemacht worden ist; BGE 125 III 70 E. 3a S. 75). Ausserdem muss die objektiv als schwer einzustufende Verletzung vom Ansprecher als seelischer Schmerz empfunden werden (a.a.O.; BGE 120 II 97 E. 2 S. 98 f.). Damit die erforderliche Schwere der Verletzung erreicht wird, bedarf es in objektiver Hinsicht jedenfalls einer ausserordentlichen Kränkung (BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 49 OR N 19 f.). Es genügt dafür nicht jede leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person (BREHM, a.a.O., Art. 49 OR N 23 ff., 26; MEILI, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 28 ZGB N 28 f. und 38).

Der Beschwerdeführer trägt im Rahmen sämtlicher angerufener Anspruchsgrundlagen zunächst die Beweislast für das von ihm behauptete Mobbing (Art. 8 ZGB). Unter Mobbing wird überwiegend ein „systematisches, über längere Zeit andauerndes und ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen eines Gruppenmitglieds durch die eigene Gruppe oder einzelne Mitglieder dieser Gruppe“ verstanden (LUGINBÜHL, Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, ARV 2010, S. 65, 66; vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 328 OR N 17). Wird die psychische und/oder physische Integrität des Arbeitnehmers durch Schikanen oder Mobbing beeinträchtigt, kann eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und eine Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers vorliegen sowie, bei schwerer Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, ein Anspruch auf Genugtuung gegeben sein (LUGINBÜHL, a.a.O., S. 70 mit Hinweisen; PORTMANN, a.a.O., S. 5; PETERMANN, Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, ARV 2005 S. 1, 12; BGE 125 III 70 E. 2a 73).

2.3 Nach dem angefochtenen Urteil fehlt es vorliegend „sowohl an einem Beweis für Mobbing durch Z. als auch an einem Kausalzusammenhang zur beim Beschwerdeführer diagnostizierten Depression“. Zur Klärung des Sachverhalts wurden vor dem Gewerblichen Schiedsgericht insgesamt sieben Zeugen zu den Vorgängen am Arbeitsplatz des Beschwerdeführers einvernommen. [...] Die Schilderungen der letzten Zeit des Arbeitsverhältnisses, wie sie Vorgesetzte oder Mitglieder der Personalabteilung geben, weichen naturgemäss von denjenigen ab, wie sie etwa zwei Kollegen des Beschwerdeführers abgegeben haben, die ihrerseits von der Y. AG entlassen worden sind. Sie berichten vom cholерischen Charakter des Vorgesetzten Z., schildern aber beide auch, dass [die Y. AG] ihnen andere Arbeit angeboten habe bzw. verständnisvoll gewesen sei wegen der Abwesenheiten. [...] Der Vorgesetzte selber, Z., sagte aus, die Leistungen des Beschwerdeführers seien zurückgegangen, es sei mit der Personalabteilung nach Lösungen gesucht worden und er sei nicht mit Mobbingvorwürfen konfrontiert worden; dies wird vom Beschwerdeführer bestätigt, der die von ihm empfundenen Schikanen erst nach Erhalt der Kündigung der Personalabteilung mitteilte. Die Personen, welche von der Personalabteilung mit dem Beschwerdeführer befasst gewesen waren, sind beide nicht mehr bei der Y. AG angestellt und befinden sich daher nicht in einem Loyalitätskonflikt zur Beschwerdegegnerin oder leitenden Angestellten derselben. Die Zeugin F. nahm Bezug auf Schwierigkeiten zwischen dem Beschwerdeführer und dem Vorgesetzten Z.. Sie erinnere sich nicht mehr an Details, aber an die „Grundstimmung“. Der Beschwerdeführer habe ein schwieriges Verhalten gezeigt, habe seine Grenzen nicht gekannt und sich oft als Opfer gesehen. Z. habe auf der andern Seite auch mit anderen Mitarbeitern Konflikte gehabt. Von Mobbing sei ihr allerdings nichts bekannt, vielmehr sei es im Rahmen, wie es in einer Metzgerei zugehe, gewesen; unter Handwerkern spreche man anders

als in einer Bank. Der Beschwerdeführer habe sich in gewisser Hinsicht auch nicht so verhalten, wie sie dies von einem stellvertretenden Abteilungsleiter erwarte. Die Zeugin Z., Nachfolgerin von F. in der Personalabteilung, schilderte die Umplatzierungsversuche. Der Beschwerdeführer sei zu Gesprächen eingeladen worden, sei dann aber teilweise unangemeldet nicht gekommen. Der Beschwerdeführer sei aber mehrmals bei ihr gewesen und habe gesagt, er wolle bei Y. AG weiterarbeiten. Das Nötige sei vorgekehrt worden, um ihn wieder zu integrieren und dies zu einem Zeitpunkt, als er schon nicht mehr gearbeitet habe. Der Zeuge H. schliesslich – unmittelbarer Vorgesetzter des Beschwerdeführers vor seiner Versetzung [...] und von diesem geschätzt – berichtet, wie im Jahr 2005/2006 die anfänglich guten Leistungen des Beschwerdeführers abgenommen hätten. Er, H., habe seinen Vorgesetzten Z. und die Personalabteilung darüber orientiert. Der Einsatz [für den] neuen Kunden der Beschwerdegegnerin sei eine Lösung gewesen, mit der auch der Beschwerdeführer einverstanden gewesen sei. Aber die Leistungen seien auch dort schliesslich nicht zufriedenstellend gewesen. Auch habe der Beschwerdeführer selber einen rauen Ton gehabt. Es seien Leute zu ihm gekommen, die gesagt hätten, sie könnten nicht beurteilen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers böse gemeint war oder nicht. Eine Mitarbeiterin habe wegen seines Verhaltens geweint. Sie habe offenbar Angst vor ihm gehabt.

Die Aussagen dieser drei Zeugen, die entweder nicht mehr in den Diensten von Y. AG stehen (F. und Z.) oder aber vom Beschwerdeführer grundsätzlich akzeptiert werden (H.), zeigen, dass zwar das Verhalten des Vorgesetzten Z. nicht jederzeit und in allen Belangen tadellos war, dasjenige des Beschwerdeführers jedoch ebenfalls nicht. Beide hatten auch mit anderen Mitarbeitern Konflikte. Die beiden entlassenen Kollegen des Beschwerdeführers betonen, dass Z. ein aufbrausendes Verhalten gehabt habe, E. kann dies allerdings nur vom Hörensagen bestätigen. Sie berichten aber auch, dass die Arbeitgeberin insgesamt verständnisvoll reagiert habe. Der Vorwurf eines eigentlichen Mobbings im Sinne der Definition in Lehre und Rechtsprechung seitens des Vorgesetzten Z. gegenüber dem Beschwerdeführer verdichtet sich jedoch aus diesen Aussagen nicht; ein systematisches Vorgehen, das darauf angelegt gewesen wäre, den Beschwerdeführer zu isolieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen ist nicht erkennbar. [...]

2.4 Auch aus dem psychiatrischen Gutachten von Dr. F. vom 8.12.2008, erstellt für die IV, ergibt sich nichts wesentlich anderes. Die Explorationen fanden am 16.10.2008 und am 7.11.2008 statt, d.h. erst nach Entlassung des Beschwerdeführers. Damit stand in den Schilderungen des Beschwerdeführers das Verhalten „Z.“ als Ursache sämtlicher Schwierigkeiten im Vordergrund. Der Arzt kommt zum Schluss, dass zwar eine mittelschwere depressive Reaktion auf die Probleme mit dem Vorgesetzten vorliege, dass sich der Explorand aber auch als deutlich kränker erachte, als er sei. Daher schone er sich mehr als notwendig. Es bestehe ein selbst-

limitierendes Verhalten, welches nicht der Depression zuzuordnen sei. Dr. F. stellte zudem aufgrund des Medikamentenblutspiegels des Beschwerdeführers fest, dass dieser die ihm verschriebenen Medikamente nicht oder fast nicht einnehme. Ausserdem seien deutlich narzisstisch-kränkbare Züge vorhanden, weshalb die Diagnose einer akzentuierten Persönlichkeit gestellt werde. Diese hätten allerdings keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Ferner bestehe schädlicher Alkoholkonsum. Ein weiterer Arzt, Dr. C., welcher den Beschwerdeführer während seiner Hospitalisation betreute, bestätigte sodann ebenfalls die narzisstischen Züge des Beschwerdeführers. Diese Feststellungen stehen im Einklang mit den Schilderungen des Charakters und des Verhaltens des Beschwerdeführers durch die Zeugen (narzisstisch-kränkbar, selbstlimitierend [...]). Im Bericht der Klinik S. vom 15.11.2007, wo der Beschwerdeführer zweimal hospitalisiert war, wird zudem der Konflikt des Beschwerdeführers mit der Mutter seines Kindes als mögliche Ursache für die depressive Erkrankung genannt.

2.5 Aufgrund dieser Beweiserhebungen ist unklar, wie weit die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers durch das Verhalten des Vorgesetzten Z. ausgelöst worden ist, bzw. ob und in welchem Umfang dieses kausal für die unbestritten vorliegende depressive Erkrankung war, zumal wenn zu berücksichtigen ist, dass sich der Beschwerdeführer offenbar als kränker erachtet als er ist. Der Beschwerdeführer hat wohl subjektiv auf Belastungen am Arbeitsplatz in dieser Weise reagiert; dies impliziert jedoch nicht zwingend eine Vertragsverletzung der Beschwerdegegnerin. Solange die Vorfälle am Arbeitsplatz in Rahmen dessen liegen, was in einem jahrelangen Arbeitsverhältnis an täglichem Ungemach immer wieder vorkommen kann und das Verhalten des Vorgesetzten nicht darauf gerichtet ist, den Beschwerdeführer persönlich zu treffen, ihn vom Arbeitsplatz gezielt auszugrenzen oder seine Schwächen auszunutzen [...], kann der Arbeitgeberin nicht eine haftungsbegründende Verantwortung für Reaktionen des Arbeitnehmers angelastet werden, welche (ebenso sehr auch) dadurch hervorgerufen worden sein können, dass zum einen beim Arbeitnehmer objektiv eine erhöhte Kränkbarkeit vorliegt und sie zum anderen aus Konflikten herrühren, die der Arbeitnehmer selbst mitkonstituiert hat. Damit fehlt es sowohl an einem Beweis für Mobbing als auch an einem relevanten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Vorgesetzten und der beim Beschwerdeführer diagnostizierten Depression.

2.6 Selbst wenn man aber der Beschwerdegegnerin eine Mitverantwortung an der Reaktion des Beschwerdeführers zuschreiben wollte, so ist sie jedenfalls ihrer Fürsorgepflicht in dem Sinne nachgekommen, dass sie mit tauglichen Mitteln versucht hat, dem Beschwerdeführer an einem anderen Arbeitsplatz neue Entwicklungsmöglichkeiten zu geben. Sie gab ihm die Chance eines Neuanfangs in leitender Position ohne Lohneinbusse. Auf Wunsch des Beschwerdeführers sollte er auch wieder mit

Personal arbeiten können, was beinhaltete, dass er nicht mehr Herrn H., sondern direkt Herrn Z. unterstellt würde, und dies auf eigenen Wunsch. Dieser neue Einsatz im Einverständnis mit dem Beschwerdeführer war von der Personalabteilung nach mehreren Gesprächen initiiert worden, um ihm in einer neuen Abteilung in einem neuen Setting einen Neuanfang zu ermöglichen. Nachdem sich auch und gerade in dieser Funktion [...] die Leistungen des Beschwerdeführers nicht stabilisierten, auch weil er dies offenbar als „Degradierung“ empfand, kann der Arbeitgeberin nicht vorgeworfen werden, dass sie eine Vertragsverletzung begangen habe, wenn sie unter diesen Umständen das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist und der Sperrfristen aufgelöst hat. Eine Vertrags- bzw. Persönlichkeitsverletzung, die Voraussetzung ist für eine Schadenersatz- bzw. Genugtuungspflicht, ist somit nicht nachgewiesen worden. [...]

(AGE vom 2.9.2011 in Sachen von X. gegen Y. AG, BE 2010.65; GS 2009.305)

2.7. Art. 330a OR. Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist persönlicher Natur und kann weder vererbt, noch gepfändet, noch abgetreten werden.

Z. war bei V. seit dem 1.1.1978 als Direktor angestellt. V. kündigte das Arbeitsverhältnis auf den 31.12.2006 und stellte ihm auf Verlangen im Oktober 2007 ein Arbeitszeugnis aus. Mit Klage vom 6.12.2007 beehrte Z. beim Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung von V. zur Ausstellung eines detaillierten Arbeitszeugnisses gemäss eigenem Zeugnisentwurf. Das Arbeitsgericht sistierte in der Folge das Zeugnisverfahren bis zum Abschluss des von Z. eingeleiteten Prozesses betreffend Gültigkeit bzw. Missbräuchlichkeit der Kündigung, der vor der Kammer des Zivilgerichts Basel-Stadt hängig war. Eine von Z. gegen die Sistierung geführte Beschwerde wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 5.11.2008 ab. Am 28.1.2010 teilte R. mit, dass Z. am 5.12.2009 verstorben war und dass sie als dessen Alleinerbin und Rechtsnachfolgerin in den hängigen Zeugnisprozess eintrete. Nach Abschluss des Kündigungsprozesses mit rechtskräftigem Urteil des Bundesgerichts vom 19.1.2012 (BGer 4A_306/2011) wurde der Zeugnisprozess fortgeführt. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 25.5.2012 ab, soweit darauf einzutreten war, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.1.** Nach Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin jederzeit ein Arbeitszeugnis verlangen, „das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht.“ Das Arbeitszeugnis dient dem Zweck, dem Arbeitnehmer den weiteren Berufsweg zu erleichtern

(LUKAS FAESCH, Das Arbeitszeugnis im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, OR Art. 330a, 1984, S. 5 m.H.), indem er sich über sein bisheriges Arbeitsverhältnis, die dort geleistete Arbeit, die dabei erbrachten Leistungen und das gezeigte Verhalten ausweisen kann. Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist persönlicher Natur, so dass grundsätzlich nur der Angestellte selber diesen Anspruch geltend machen kann. Der Zeugnisanspruch kann weder vererbt, noch gepfändet, noch abgetreten werden (SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage 1996, S. 53 f. m.H.; FAESCH, S. 9 m.H.).

2.2. Vorliegend ist die Klägerin als Alleinerbin des ursprünglichen Klägers und Arbeitnehmers in dessen Rechtsstellung eingetreten und hat alle nicht mit dessen Person untrennbar verbundenen Rechte übernommen (Art. 560 ZGB). Dazu gehört jedoch nicht der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, so dass die Klägerin diesbezüglich nicht aktivlegitimiert ist. Hinzu kommt, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers das aktuelle Rechtsschutzinteresse an der Zeugnisausstellung weggefallen ist. Der Zweck, wozu das Arbeitszeugnis dient, ist nicht mehr verfolg- und erreichbar. Der Zeugnisanspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer noch eine berufliche Zukunft hat und sich um eine neue Arbeitsstelle bewerben kann. Dies gilt umso mehr, wenn wie hier die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zu dessen Lebzeiten ein Arbeitszeugnis ausgestellt hat und es sich im geführten Zeugnisprozess lediglich um die Frage einer Berichtigung bzw. Ergänzung des ausgestellten Arbeitszeugnisses handelt. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 25.5.2012 in Sachen R. gegen V., GS 2007.352; veröffentlicht in JAR 2013, S. 444 f.)

2.8. Art. 333 OR. Eine Betriebsübernahme liegt vor, wenn die Identität des Betriebes nach der Übernahme erhalten bleibt. Eine vertragliche Beziehung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber ist nicht erforderlich. Die Identität eines neu verpachteten Restaurants wurde bejaht, weil unter beiden Betreibern tschechische bzw. tschechoslowakische Küche und tschechisches Bier angeboten wurden. Zudem hatte der Gesellschafter der neuen Pächterin von der Vorgängerin das Kleininventar übernommen und später auf die Neupächterin übertragen. Ferner wurden keine Änderungen am Erscheinungsbild des Restaurants vorgenommen, so dass der bisherige Stil beibehalten blieb.

K. war seit dem 1.7.2009 als Serviceangestellte der L. GmbH tätig, die als Pächterin das Restaurant W. betrieb. Ab dem 27.2.2010 war sie zunächst zufolge Krankheit und anschliessend zufolge Schwangerschaft bis zur Geburt am 12.6.2010 arbeitsun-

fähig. Ab 1.4.2010 übernahm neu die D. GmbH das Restaurant W. im Pachtvertrag und weigerte sich, K. zu beschäftigen. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren begehrte K. mit Klage vom 15.10.2011 die Verurteilung der D. GmbH zur Lohnzahlung von CHF 2'931.95 für die Zeit vom 1. bis 26.2.2010, von CHF 8'231.95 für die Zeit vom 18.9. bis 30.11.2010, von CHF 1'164.75 13. Monatslohn, von CHF 3'882.35 Ferienlohn und von CHF 9'292.00 Krankenlohn für die Zeit vom 27.2. bis 11.6.2010. Das Arbeitsgericht verurteilte am 24.11.2011 die D. GmbH zur Zahlung von CHF 12'768.90 netto nebst Zins zu 5% seit 12.9.2010 und wies die Mehrforderung ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **3c)** Kernpunkt des Verfahrens bildet somit die Frage, ob das Arbeitsverhältnis im Frühjahr 2010 bzw. im August 2010 infolge Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR von der früheren Betriebsinhaberin auf die Beklagte übergegangen ist.

Die Anwendung von Art. 333 OR setzt die Übertragung eines Betriebes voraus. Gemäss neuerer Bundesgerichtsrechtspraxis und Lehre ist ein „Betrieb“ „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“ (BGE 129 III 335, E. 2.1, S. 336 f.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 4). Von einem Betriebsübergang kann lediglich gesprochen werden, wenn danach im Wesentlichen derselbe Betrieb weitergeführt wird, dieser also seine Identität bewahrt. Dies ist aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen. Für die Wahrung der Identität sprechen etwa der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln sowie die Übernahme der Kundschaft, Indizien können auch die personell gleich bleibende Unternehmensleitung, der Verbleib im alten Geschäftslokal sowie die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft sein (vgl. im Einzelnen: STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 6). Der blosse Verkauf des Inventars stellt noch keinen Betriebsübergang dar (AGE vom 14.12.1999 i.S. J.-C.B.).

In einer europarechtskonformen Auslegung von Art. 333 OR hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine vertragliche Bindung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber keine notwendige Voraussetzung für einen Betriebsübergang i.S. von Art. 333 OR ist (BGE 123 III 466 = Pra 1998 Nr. 55, S. 361).

d) Der Klägerin zufolge ist die Einrichtung im Restaurant gleichgeblieben. Wie unter der Führung der L. GmbH würden weiterhin tschechoslowakische Küche und tschechisches Bier angeboten. Zudem habe ein Mitarbeiter namens Ben im April 2010 bei J. weiter gearbeitet.

Anlässlich der Hauptverhandlung hat der Vertreter der Beklagten ausgeführt, dass das Restaurant unter der alten Betreiberin, der L. GmbH, bis am 31.3.2010 geöffnet gehabt habe. Den Pachtvertrag hätten sie dann nahtlos per 1.4.2010 übernommen.

Nachdem das Restaurant eine Woche geschlossen gewesen und gereinigt worden sei, habe man es am 8.4.2010 bereits wieder eröffnet. Das Grossinventar habe man, wie dies im Gastgewerbe üblich sei, von der Verpächterin, das Kleininventar wie Besteck, Tischtücher von der Vorgängerin übernommen. B. habe nur drei Wochen für sie gearbeitet, danach habe man sich getrennt. Sie hätten sodann die Beklagte gegründet. Die Beklagte biete tschechoslowakische Spezialitäten und tschechisches Bier an. Als weiteres Merkmal ihrer Küche bezeichnet die Beklagte die Verwendung von frischen Produkten. Dies [stehe] im Unterschied zur Vorgängerin, die mit Convenience-Produkten gearbeitet habe [...].

e) Dass die Ausrichtung der angebotenen Speisen nicht gross änderte, zeigt die Berichterstattung über das Restaurant W. in der Gundeldinger Zeitung in den Jahren 2009 und 2010. So wird in einem Beitrag vom 22.7.2009, als noch die L. GmbH für den Betrieb verantwortlich war, auf die böhmischen Spezialitäten aus Tschechien, die Verwendung von marktfrischen, saisonalen Zutaten hingewiesen und das tschechische Bier vom Fass als Spezialität angepriesen. Auch im Beitrag vom 5.5.2010 werden die Spezialitäten aus der Tschechoslowakei, die Verwendung frischer Produkte und das tschechische Bier vom Fass hervorgehoben.

Ferner wird im Beitrag vom 5.5.2010 festgehalten, dass J. (Gesellschafter der Beklagten) seine Liebe zur Küche und zum feinen Essen sehr spontan vom Vorgänger N. (Gesellschafter der L. GmbH) übernommen habe.

Es ist somit festzuhalten, dass unter beiden Betreibern tschechische bzw. tschechoslowakische Küche und tschechisches Bier angeboten wurden.

Das Kleininventar wurde zunächst von J., Gesellschafter der Beklagten, von der Vorgängerin übernommen und mit Vertrag vom 10.8.2010 als Sacheinlage auf die Beklagte übertragen.

Änderungen am Erscheinungsbild des Restaurants wurden keine vorgenommen, so dass der bisherige Stil beibehalten wurde.

f) Unter diesen Umständen ist die Identität des Betriebes gewahrt und daher von einer Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR auszugehen. Dementsprechend ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin im April 2010 zunächst auf die künftigen Gesellschafter der Beklagten übergegangen. Da das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Gründung der Beklagten, im August 2010, zufolge Unkündbarkeit nach Art. 336c Abs. 1 OR immer noch Bestand hatte, ist es sodann auf die Beklagte übergegangen und damit die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen.

Der Übergang hat zur Folge, dass der Erwerber aufgrund des gesetzlichen Übergangs für die in diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis solidarisch mit dem bisherigen Arbeitgeber haftet (Art. 333 Abs. 3 OR).

Der Übergang bedeutet weiter, dass alle Ansprüche der Arbeitnehmerin, die an deren Dienstalter anknüpfen, vollumfänglich in alter Höhe erhalten bleiben (z.B. bezüglich Kündigungsfrist usw.). [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 24.11.2011 in Sachen von K. gegen D. GmbH, GS 2011.20)

2.9.1. Art. 337 OR. Die Arbeitgeberin spricht eine fristlose Kündigung aufgrund eines blossen Verdachts auf eigenes Risiko aus. Erhärtet sich der Verdacht und genügt der Vorwurf den Anforderungen des wichtigen Grundes, ist die fristlose Kündigung gerechtfertigt und umgekehrt. Besteht nach den zumutbaren Abklärungen der Arbeitgeberin ein erheblicher Verdacht eines schweren Delikts fort, kann eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall nicht mehr zumutbar sein. In casu war anlässlich der Urteilsfällung durch das Gewerbliche Schiedsgericht trotz Ungereimtheiten der Verdacht, dass der Betriebsleiter eines Restaurants Eventeinnahmen veruntreut hatte, nicht erhärtet, so dass die deswegen ausgesprochene fristlose Kündigung ungerechtfertigt war.

Art. 343 aOR bzw. Art. 247 Abs. 2 ZPO, Art. 55 ZPO. Die Untersuchungsmaxime auferlegt dem Gericht eine ausgedehnte Frage- und Aufklärungspflicht. Die Parteien sind allerdings nicht von jeder Behauptungs- und Substantiierungspflicht entbunden, sondern verpflichtet, nach Möglichkeit an der Beschaffung der erforderlichen Beweise mitzuwirken, da sie über den Sachverhalt am besten orientiert sind. Das Gericht muss sich vergewissern, ob die Behauptungen und Beweisangebote der Parteien vollständig sind, aber nur wenn objektive Gründe zu Zweifeln Anlass geben, wenn etwa Unklarheiten oder Widersprüche vorliegen.

B. trat am 1.10.2008 seine Stelle als Betriebsleiter des Restaurants N. bei der C. AG in Basel an. Im Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien einen monatlichen Bruttolohn von CHF 7'000.00. Am 11.8.2009 verwarnte die C. AG den B. schriftlich wegen finanzieller Unregelmässigkeiten, mangelhafter Durchführung der Inventur und mangelnder Präsenzzeit. Mit Schreiben vom 16.10.2009 löste B. das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 31.12.2009 auf. Am 22.10.2009 kündigte die C. AG den Arbeitsvertrag fristlos mündlich und schriftlich. Mit Einschreiben vom gleichen Tag begründete sie diesen Schritt mit massiven Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers. Mit Klage vom 27.11.2009 machte dieser den Lohn während der Kündigungsfrist (CHF 16'032.00), eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung (CHF 8'000.00) und den Anteil am 13. Monatslohn während der Kündigungsfrist (CHF 583.00) geltend. Zudem beantragte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Am 11.11.2010 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage teilweise gut und verurteilte die C. AG zur Zahlung von

CHF 15'609.80 netto nebst Zins zu 5% seit dem 2.12.2009 und zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses.

Das Appellationsgericht wies eine gegen dieses Urteil von der C. AG erhobene Beschwerde am 18.10.2011 ab, wobei es was folgt ausführte. Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil am 10.4.2012 (BGer 4A_726/2011).

„[...] **3.**

Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Eine fristlose Entlassung ist als ultima ratio nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an (BGer 4C.112/2002 vom 8.10.2002 E. 5). So stellen etwa Diebstähle zu Lasten des Arbeitgebers in der Regel einen wichtigen Grund zur Kündigung dar (BGer 4C.103/1999 vom 9.8.1999 E. 1 in Pra 2000 Nr. 11 S. 56 ff.). Bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ist bei Kaderpersonen auf Grund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens und der Verantwortung, welche ihnen ihre Funktion im Betrieb überträgt, ein strenger Massstab anzulegen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 86 E. 2b S. 89). Wichtiger Grund kann schliesslich auch der blosse Verdacht eines Delikts sein. Der Arbeitgeber spricht eine fristlose Kündigung aufgrund eines blossen Verdachts jedoch auf eigenes Risiko aus. Erhärtet sich der Verdacht und genügt der Vorwurf den Anforderungen des wichtigen Grundes, war die fristlose Kündigung gerechtfertigt. Kann die „Tat nicht bewiesen werden, so treten grundsätzlich die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ein“ (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 337 OR

N 10; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, S. 257; Urteil des Bundesgerichts vom 9.8.1999 in JAR 2001, S. 304, 306 f.). Die Beweislast für die Tatsachen, aus welchen die Berechtigung zur fristlosen Kündigung abgeleitet wird, trägt die kündigende Partei (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, Art. 337 OR N 42). Besteht nach den zumutbaren Abklärungen ein erheblicher Verdacht eines schweren Delikts fort, kann eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall aber auch nicht mehr zumutbar sein (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10 mit Hinweis). Zu den hierfür zumutbaren Abklärungen gehört die Anhörung des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 22.8.1997 in JAR 1998 S. 218). Bei bereits erfolgter ordentlicher Kündigung sind schliesslich höhere Ansprüche an eine fristlose Kündigung zu stellen. Die Wichtigkeit des Grundes muss hierbei umso grösser sein, je näher das Ende des Arbeitsverhältnisses liegt (Urteil des Obergerichts Luzern vom 17.2.2009 in JAR 2010 S. 544, 546).

4.

4.1 Im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob der Verdacht, der Beschwerdegegner habe eine Straftat begangen, bis zum Ende der Verhandlung vom 11.11.2010 hinreichend erhärtet war oder nicht. Die Schwierigkeit der vorliegenden Konstellation liegt darin, dass die Parteien den Sachverhalt teilweise unklar und für das Gericht ungereimt dargelegt haben und sich der Beschwerdegegner erst am Schluss des erstinstanzlichen Verfahrens auf eine Version festgelegt hat.

4.2 Im Vorverfahren hat die Beschwerdeführerin dargelegt, sie habe Belege erhalten, dass der Beschwerdegegner in den Jahren 2008 und 2009 Bargelder für Events entgegengenommen habe, die dieser dann nicht abgerechnet habe. Dies könne belegt werden. Für die Vermietung des ganzen Lokals für Events gebe es eine separate Kassensparte. Der Beschwerdegegner hat angegeben, er habe mit den in bar entgegengenommenen Mieteinnahmen einmal den Kassenstock aufgefüllt und die beiden anderen Male die Einnahmen bei den verschiedenen Kassensparten eingetippt. Er habe entweder das Geld verbucht (unter Food and Beverage) oder in die Kasse gelegt und einen entsprechenden Beleg in den Safe gelegt. Im Vorverfahren hat die Beschwerdeführerin unter anderem drei Quittungskopien eingereicht: Mit zwei Quittungen, die beide vom 7.3.2009 datieren, bestätigt der Beschwerdegegner gegenüber der Firma CF, für die Events (Miete der Lounge für Kleiderverkauf) vom 13.12.2008 und 7.3.2009 je CHF 1'500.00 bar erhalten zu haben; eine dritte Quittung, die vom 30.5.2009 datiert, bestätigt den Empfang von weiteren CHF 1'500.00 für den Event vom 7.3.2009 (richtigerweise wohl vom 30.5.2009). Auf Verfügung hin hat die Beschwerdeführerin am 2.3.2010 angegeben, sie habe Mitte Oktober 2009 abgeklärt, ob es für die Einnahmen aus den Events vom 7.3. und 30.5.2009 (je CHF 1'500.00) Belege und Buchungen gebe; sie habe jedoch keine gefunden. Das

Verhältnis mit dem Beschwerdegegner sei schon zuvor derart zerrüttet gewesen, dass man auf seine Anhörung verzichtet und am 22.10.2009 fristlos gekündigt habe. In der Folge habe sich herausgestellt, dass der Beschwerdegegner neben den Einnahmen aus den beiden Events im Frühjahr 2009 auch die Einnahmen aus einem Event vom Dezember 2008 (ebenfalls CHF 1'500.00 bar entgegengenommen habe. Mit der Eingabe vom 2.3.2010 hat die Beschwerdeführerin zudem einen weissen Ordner eingereicht, der im Wesentlichen die Kassenauszüge (Liste mit provisorischen und definitiven Buchungen) umfasst. Am 22.3.2010 hat der Beschwerdegegner die Anschuldigung der Veruntreuung zurückgewiesen: Die beiden Belege für die Barzahlungen für die Events vom 13.12.2008 und vom 7.3.2009 seien nach Rücksprache mit Herrn T. (Vizepräsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin) in der Kasse verbucht worden, und zwar unter verschiedenen Sparten. Von einem dritten Event sei ein Beleg im Tresor. Mit Eingabe vom 20.5.2010 führte die Beschwerdeführerin aus, dass sich in ihrem Tresor weder Bargeld noch ein Beleg für den dritten Event befänden; im Übrigen ergebe das Ablegen von Bargeld und Belegen im Tresor keinen Sinn, da es für Eventeinnahmen eine separate Sparte gebe. Am 1.6.2010 hat der Beschwerdegegner angegeben, dass er jeweils am Monatsende den Monatsabschluss der Treuhandfirma geschickt habe, dies auch in den Monaten Dezember 2008 und März 2009; diese Abschlüsse belegten, dass die Einnahmen aus den Events der CF in der Kasse verbucht worden seien.

An der ersten Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht vom 3.6.2010 gab die Beschwerdeführerin an, dass es sich bei der Saalmiete um einen Spezialfall gehandelt habe. Für die Leervermietung des Restaurants gebe es keine Kassensparte, man müsse es auf verschiedene Sparten aufteilen. Der Beschwerdegegner wurde offenbar konfrontiert mit dem von der Beschwerdeführerin am 2.3.2010 eingereichten weissen Ordner mit den Kassenauszügen und wohl auch mit den Kassenprotokollen Dezember 2008 und März 2009 (welche die Beschwerdeführerin am 16.6.2010 nachgereicht hat). Zunächst gab der Beschwerdegegner an, im Ordner könne er „es“ nicht zeigen. Er habe es in der Kasse gebucht. In Bezug auf den Event im [Dezember] 2008 habe er die Einnahme in der Kasse auf verschiedene Sparten verteilt. Wie er es konkret gemacht habe, könne er nicht mehr sagen, aber er habe es auf zwei Sparten verteilt, nämlich auf Bar und Restaurant. Diese Buchung könne man sehen, aber er wisse nicht mehr, an welchem Tag es gewesen sei. Zuerst gehe es in den Safe, dann kläre er ab. Es sei eine Woche später gewesen, nachdem er das Geld erhalten habe. Wohl auf Vorlage der Kassenprotokolle Dezember 2008, welche unter Eventpauschale einen Betrag von CHF 2'030.00 aufführen, hat der Beschwerdegegner angegeben: „Eventpauschale von CHF 2'030.00 sind dort drin“. Es seien CHF 1'100.00 plus CHF 930.00 unter Eventpauschale gebucht worden. In Bezug auf den Event im März 2009 gab er an, dass unter Bar CHF 1'491.40 und unter Selbstbedienung CHF 1'480.00 gebucht worden seien, hier seien die CHF 1'500.00

[Mieteinnahmen] enthalten. Für den Event im Mai liege ein Beleg im Safe. Die Beschwerdeführerin hat diese Darstellung als „Humbug“ bezeichnet.

In ihrer Eingabe 16.6.2010 führte die Beschwerdeführerin sodann aus, der Beschwerdegegner habe den Betrag von CHF 3'000.00 für die Events vom 13.12.2008 und 7.3.2009 nachweislich erst am 7.3.2009 entgegengenommen [...]. Die Behauptung des Beschwerdegegners an der ersten Verhandlung, CHF 1'500.00 für den Event vom 13.12.2008 bereits im Dezember verbucht zu haben, sei falsch: Zwischen dem 13. und 31.12.2008 seien bei der Eventpauschale lediglich CHF 930.00 verbucht worden [...]. Wenn die CHF 1'500.00 nicht im Dezember 2009 verbucht worden seien, hätte im März 2009 ein Betrag von CHF 3'000.00 unter Eventpauschale verbucht werden müssen; dies sei aber nicht geschehen. Am 22.6.2010 wendete der Beschwerdegegner ein, all seine Buchungen seien auf dem Rechner oder der Kasse gespeichert; darauf habe er keinen Zugriff mehr. Sodann hätten die beiden Quittungen vom 7.3.2009 bereits im Vorverfahren vorgelegen; es sei somit schon damals bekannt gewesen, dass er im Dezember 2008 kein Geld entgegengenommen und verbucht habe.

An der zweiten Verhandlung vom 11.11.2010 führte der Beschwerdegegner aus, dass die Einnahmen aus den Events vom 13.12.2008 und 7. 3. 2009 im März 2009 verteilt wurden, und zwar in einer Woche. Er gab an, er habe die CHF 3'000.00 wahrscheinlich in der Mitte der Woche zwischen dem 10. und 13.3. gebucht, und zwar für beide Events in einem Mal und meist in drei Sparten [...]. Diese Darstellung hat der Beschwerdegegner erst gegen Schluss der zweiten Verhandlung vorgebracht. Danach hat die Beschwerdeführerin noch zweimal das Wort erhalten, ohne aber auf die Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdegegners einzugehen [...].

4.3 Die Frage, ob am 11.11.2010 gegen den Beschwerdegegner ein hinreichender Verdacht einer Straftat bestand, ist im Einklang mit der Vorinstanz zu verneinen. Die Aussagen des Beschwerdegegners vor der Vorinstanz waren zwar nicht durchwegs überzeugend, so etwa in Bezug auf die Höhe der verbuchten Eventeinnahmen (Verbuchung von CHF 1'500.00 in ungewöhnlichen Teilbeträgen von CHF 930.00, CHF 1'100.00, CHF 1'491.40 oder CHF 1'480.00) und in Bezug auf den Zeitpunkt der Verbuchung der Einnahmen vom 13.12.2008 (zunächst Dezember 2008, dann März 2009). Recht kohärente Aussagen hat der Beschwerdegegner dagegen zur Frage gemacht, wie er die Eventeinnahmen verbucht hat, nämlich in drei Sparten (Bar, Restaurant, Eventpauschale). Trotz gewisser Ungereimtheiten war es für die Vorinstanz nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdegegner die entgegengenommenen Mieteinnahmen auf verschiedene Sparten aufgeteilt und verbucht hat; insbesondere war unklar geblieben, ob es eine separate Sparte „Event“ gibt und gegebenenfalls welche Einnahmen darüber gebucht wurden. Angesichts der Parteiaussagen

und der eingereichten Beweismittel war der Verdacht einer Straftat am 11.11.2010 daher tatsächlich nicht erhärtet. Im Übrigen behauptet auch die Beschwerdeführerin dies nicht; sie legt vielmehr dar, dass der Nachweis eines hinreichenden Verdachts erst mit den im Beschwerdeverfahren eingereichten Kassentransaktionen erbracht werde.

4.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe ihr nicht die Möglichkeit eingeräumt, sich zur Sachverhaltsdarstellung zu äussern, die der Beschwerdegegner gegen Schluss der zweiten Verhandlung vom 11.11.2010 vorgetragen habe, und den Gegenbeweis zu erbringen. Damit sei ihr das rechtliche Gehör verweigert worden. Es trifft zu, dass sich der Beschwerdegegner erst gegen Schluss der zweiten Verhandlung konkret darauf festgelegt hat, die Einnahmen aus den beiden Events vom 13.12.2008 und 7.3.2009 zwischen dem 10. und 13.3.2009 verbucht zu haben. Damit hat er die damals noch nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin möglicherweise etwas überrascht. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ihr aber die Gelegenheit geboten, zu dieser Darstellung Stellung zu nehmen: Dem Protokoll lässt sich denn auch entnehmen, dass die Beschwerdeführerin nach der konkretisierten Darstellung des Beschwerdegegners noch zweimal das Wort ergriffen hat, ohne indes dazu Stellung zu nehmen oder die Einreichung weiterer Belege in Aussicht zu stellen. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, ist damit haltlos.

4.5 Im Zusammenhang mit der Gehörsverletzung könnte sich die – von der Beschwerdeführerin nicht aufgeworfene – Frage stellen, ob die Vorinstanz ihre Fragepflicht verletzt hat, indem sie die Beschwerdeführerin nicht von sich aus nach weiteren Beweismitteln gefragt hat. Die Untersuchungsmaxime auferlegt dem Gericht eine ausgedehnte Frage- und Aufklärungspflicht. Die Parteien sind allerdings nicht von jeder Behauptungs- und Substantiierungspflicht entbunden, sondern verpflichtet, nach Möglichkeit an der Beschaffung der erforderlichen Beweise mitzuwirken, da sie über den Sachverhalt am Besten orientiert sind. Das Gericht muss sich vergewissern, ob die Behauptungen und Beweisangebote der Parteien vollständig sind, aber nur wenn objektive Gründe zu Zweifeln Anlass geben, wenn etwa Unklarheiten oder Widersprüche vorliegen (STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 OR N 31 mit Hinweisen; vgl. auch AGE 941/2004 vom 16.8.2004 E. 5). Im vorliegenden Fall war die Vorinstanz nicht verpflichtet, die Beschwerdeführerin nach weiteren Beweismitteln zu fragen. Die Parteien hatten bis zur Verhandlung vom 11.11.2010 ausreichend Gelegenheit, ihre Sachverhaltsdarstellung mit Beweismitteln zu belegen, und sie haben die Gelegenheit auch wahrgenommen. Da die Beschwerdeführerin zudem die Darstellung des Beschwerdegegners an der Verhandlung vom 11.11.2010 nicht bestritten hat, hatte die Vorinstanz keinen Anlass anzunehmen, dass weitere Beweismittel (hier: die Do-

kumentation *sämtlicher* Kassentransaktionen) greifbar seien, und somit auch keinen Anlass zu fragen.[...]

4.7 Selbst wenn aber ein erheblicher Verdacht eines schweren Delikts fortbestünde und eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall nicht mehr zumutbar sein könnte (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10 mit Hinweis), gehörte zu den in dieser Konstellation vorzunehmenden Abklärungen auch die Anhörung des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 22.8.1997 in JAR 1998 S. 218). Diese ist unbestritten nicht erfolgt [...], obwohl dies zeitnah zur Klärung hätte beitragen können. Da das Arbeitsverhältnis zudem bereits ordentlich (durch den Beschwerdegegner) gekündigt worden war, sind an das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen umso strengere Anforderungen zu stellen. So oder anders treten daher vorliegend die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ein (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10 mit Hinweisen). [...]"

(AGE vom 18.10.2011 in Sachen von B. gegen C. AG, BE 2010.117; GS 2009.290)

2.9.2. Art. 337, 82 OR. Ein Arbeitnehmer darf seine Arbeit verweigern, wenn sich die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet. Das Verweigerungsrecht ist nicht bei geringen Lohnrestanzen, insbesondere aufgrund blosser Abrechnungsdifferenzen infolge eines strittigen Quellensteuertarifs, gegeben. Der Arbeitnehmer hat zudem die Arbeitsverweigerung der Arbeitgeberin gegenüber mit dem Lohnrückstand zu begründen. Eine ordentliche Kündigung, die nach der Verwarnung mit einer fristlosen Kündigung ausgesprochen wird, ist kein Verzicht auf die fristlose Entlassung, wenn sie aus anderen Gründen als die Verwarnung erfolgte. Um noch wirksam zu sein, sollte eine Verwarnung in der Regel nicht mehr als ein halbes Jahr alt sein.

Art. 42 LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe (2008-2010). Aus der Bezeichnung „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C“ im Einzelarbeitsvertrag kann ein Arbeitnehmer, der keine Bauarbeiterausbildung absolviert und keinen Fähigkeitsausweis erworben hat, keine höhere Lohnklasse für Bau-Facharbeiter gemäss LMV herleiten.

A. wurde am 2.3.2010 bei der T. GmbH als „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C mit einem Arbeitspensum von 100%“ angestellt. Als Lohn waren ein Stundenlohn von CHF 27.00 brutto zuzüglich 8.33% 13. Monatslohn sowie 10.63% Feringeld vereinbart. Die T. GmbH warnte A. am 12.8.2010 per Einschreiben wegen Fernbleibens vom Arbeitsplatz. Er sei schon mehrmals unentschuldig von der Arbeit ferngeblieben sei. Bei Abwesenheiten müsse er sich sofort abmelden und den Grund melden. Sein Verhalten könne nicht toleriert werden. Sollte dieses Vergehen nochmals vorkom-

men, müsse er mit einer fristlosen Kündigung rechnen. Am 27.9.2010 kündigte die T. GmbH das Arbeitsverhältnis per 31.10.2010 aus wirtschaftlichen Gründen. Mit Einschreiben vom 8.10.2010 verwarnte die T. GmbH den A. wegen Alkohol am Arbeitsplatz. Am 14.10.2010 kündigte die T. GmbH dem Arbeitnehmer per Einschreiben fristlos. Sie stellte fest, dass er am 14.10.2010 von der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben sei, was nicht das erste Mal sei. Sie könne dieses Verhalten nicht mehr tolerieren.

Mit Klage vom 18.11.2010 verlangte A. die Verurteilung der T. GmbH zur Zahlung von CHF 13'305.22, im Einzelnen CHF 4'055.20 Lohndifferenz, CHF 3'872.32 fehlender Lohn vom 2.3.2010 bis 31.10.2010, CHF 337.80 13. Lohn für die Zeit vom 2.3. bis 31.10.2010, CHF 1'410.00 Spesen, CHF 3'200.00 Kinderzulagen für zwei Kinder und acht Monate sowie CHF 429.90 Ferienlohn, alles zuzüglich 5% Zins seit 31.10.2010. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4.1.2011 behaftete das Arbeitsgericht die T. GmbH bei der Bereitschaft zur Zahlung von CHF 1'410.00 Spesen und wies die Klage im Übrigen ab, wobei es was folgt ausführte:

„1a) Strittig war zur Hauptsache, ob die fristlose Kündigung der Arbeitgeberin gerechtfertigt war oder nicht. Die Beklagte berief sich darauf, dass der Kläger trotz Verwarnung unentschuldigt von der Arbeit ferngeblieben sei. Das Gericht klärte ab, an welchen Tagen der Kläger nach Auffassung der Beklagten nicht zur Arbeit erschienen war. [...]. Der Kläger machte [für die Abwesenheiten unter anderem] geltend, dass die Beklagte auf ihn einen falschen Quellensteuertarif angewendet habe [...]

b) Die Beklagte rechtfertigte den auf den Kläger angewandten Quellensteuertarif A0 damit, der Kläger habe zwar Kinder und sei unterhaltsverpflichtet. Er sei jedoch nicht verheiratet. Es konnte offen bleiben, ob dieser Quellensteuertarif der richtige war oder nicht. Sollte die Quellensteuer, die dem Kläger von seinem Lohn in Abzug gebracht worden war, zu hoch gewesen sein, so wird der Kläger dies gegenüber der Quellensteuerverwaltung geltend machen können und die zuviel bezahlte Quellensteuer ohne weiteres zurückerhalten (§ 118 Abs. 4 Steuerverordnung). Dies war jedenfalls kein gerechtfertigter Grund, die Arbeit zu verweigern. Nach der ständigen Rechtsprechung darf ein Arbeitnehmer die Arbeit verweigern, wenn die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen sich im Rückstand befindet (BGE 136 III 313 E. 2.3.1). Vorliegend hatte die Beklagte dem Kläger nicht ungerechtfertigterweise Lohn vorenthalten. Vielmehr war strittig, ob die vom Lohn des Klägers in Abzug gebrachte und der Steuerverwaltung überwiesene Quellensteuer dem richtigen Steuertarif entsprach. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichts der Arbeitnehmer analog zur fristlosen Kündigung bei Lohnrückständen (BGer 4C.2/2003 E. 5.2) nur wegen eines nicht geringen Lohnanteils, insbesondere nicht wegen blosser Abrechnungsdifferenzen, die Arbeit verweigern darf.

[...] **f)** Eine Verweigerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, weil die Arbeitgeberin ihrer Lohnzahlungspflicht nicht nachkommt, setzt zudem voraus, dass der Mitarbeiter der Arbeitgeberin die Arbeitsverweigerung entsprechend begründet und

damit die Einrede nach Art. 82 OR mitteilt (BGer 4C.222/2005 E. 5.4), was vorliegend nicht geschehen war. Zudem hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung auch nicht dauernd verweigert, sondern er fehlte lediglich einzelne Tage bei der Arbeit, um hinterher seine Fehlzeiten damit zu begründen, dass die Arbeitgeberin ihm seinen Lohn nicht korrekt ausbezahlt habe. [...] Da der Kläger nicht berechtigt war, seine Arbeit zu verweigern, wurde er durch die Beklagte am 12.8.2010 zu Recht verwarnet und darauf hingewiesen, dass eine Wiederholung dieses Verhaltens die fristlose Kündigung nach sich ziehen würde. Der Kläger wiederholte sein Verhalten am 14.10.2010 und wurde daraufhin am selben Tag von der Arbeitgeberin fristlos entlassen. [...]

g) Nach Art. 337 OR können im Arbeitsverhältnis beide Parteien dieses aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Abs. 3). Nach der Rechtsprechung können auch geringfügige Verletzungen der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zur fristlosen Kündigung berechtigen, wenn die gekündigte Partei sich wiederholt und nach ausreichender Verwarnung mit Hinweis auf eine fristlose Kündigung im Wiederholungsfall pflichtwidrig verhalten hat. Zudem muss die fristlose Kündigung sofort, d.h. nach kurzer Überlegungszeit, ausgesprochen werden.

Diese Voraussetzungen waren vorliegend alle gegeben, weil der Kläger in der Verwarnung auf die fristlose Kündigung hingewiesen wurde, er sich erneut gleichermassen pflichtwidrig verhalten hat und die Arbeitgeberin die fristlose Kündigung noch am selben Tag der wiederholten Verletzung der Arbeitspflichten am 14.10.2010 dem Kläger zugesandt hat. [...]. Es stellte sich ferner die Frage, ob die zwischen der Verwarnung vom 12.8.2010 und der Kündigung vom 14.10.2010 ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 27.9.2010 auf den 31.10.2010 der Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung entgegenstand. Nach der Rechtsprechung wird eine Arbeitgeberin auf ihrer ersten Reaktion auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers behaftet (BGE 123 III 86 E. 2b). Sie darf deshalb nicht als erste Reaktion auf eine für unzumutbar gehaltene Situation nur eine ordentliche Kündigung und erst nach weiterer Überlegung doch noch eine fristlose Kündigung aussprechen. Vorliegend verwirkte die Beklagte das Recht zur fristlosen Kündigung durch die ordentliche Kündigung vom 27.9.2010 nicht. Diese Kündigung war mit wirtschaftlichen Gründen und nicht mit dem Fehlverhalten des Klägers begründet. Zudem hatte der Kläger damals sich noch nicht entgegen der Verwarnung vom 12.8.2010 verhalten. Selbstverständlich verlor diese Verwarnung ihre Wirkung für den Fall, dass der Arbeitnehmer sich während der ordentlichen Kündigungsfrist verwarnungswidrig verhalten würde, nicht. Im Gegenteil hat die Arbeitgeberin auch nach einer ordentlichen Kündigung ein berechtigtes Interesse daran, dass das Arbeitsverhältnis pflichtgemäss erfüllt wird.

Ausserdem stellte sich die Frage, ob die Verwarnung durch Zeitablauf ihre Wirkung eingebüsst hatte. Es wird in der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass eine

Verwarnung nicht allzu lange ausgehend von der fristlosen Kündigung zurückliegen darf, um diese noch rechtfertigen zu können. Die Verwarnung sollte in der Regel nicht mehr als ein halbes Jahr alt sein. Zwischen der Verwarnung vom 12.8.2010 und der fristlosen Kündigung vom 14.10.2010 waren lediglich zwei Monate verstrichen, weshalb nicht von einer Verwirkung ausgegangen werden konnte. Damit war festzustellen, dass die fristlose Kündigung vom 14.10.2010 gerechtfertigt war und der Arbeitnehmer über dieses Datum hinaus keine Lohnansprüche mehr hatte.

2a) Der Kläger machte weiter geltend, dass ihm seitens von F. ein Lohn von CHF 35.00 pro Stunde versprochen worden sei. Hingegen habe er mit der Beklagten einen Arbeitsvertrag über CHF 27.00 Stundenlohn abgeschlossen. In diesem Arbeitsvertrag sei er als Bau-Facharbeiter bezeichnet worden. Nach dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe wäre er damit in die Lohnkategorie A mit einem Basisstundenlohn von CHF 30.25 einzureihen gewesen.

Der Kläger wurde offensichtlich in Spanien durch F. auf die Arbeitsmöglichkeiten in der Schweiz aufmerksam gemacht. Falls ihm damals ein Stundenlohn von CHF 35.00 in Aussicht gestellt worden sein sollte, konnte dieser Ansatz für das vorliegende Arbeitsverhältnis keine Geltung beanspruchen. Der Kläger reiste in der Folge in die Schweiz und schloss hier einen Arbeitsvertrag über CHF 27.00 Stundenlohn zuzüglich Ferien und 13. Monatslohn ab. Dies entspricht einem Gesamtlohn von CHF 32.35 pro Stunde. Selbst wenn F. als Stellvertreter der Beklagten in Spanien gehandelt haben und dem Kläger einen Lohn von CHF 35.00 versprochen haben sollte, so musste der in der Folge abgeschlossene Arbeitsvertrag zu CHF 27.00 pro Stunde als rechtsgültig vereinbarte Vertragsänderung angesehen werden, deren Gültigkeit bezüglich der Höhe des Stundenlohnes am allgemein verbindlichen Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe zu messen war. Es war jedoch davon abgesehen nicht nachgewiesen, dass F. als Stellvertreter für die Beklagte in Spanien gehandelt hat. Sollte F. dem Kläger einen höheren Lohn versprochen haben, so besteht allenfalls eine entsprechende Verpflichtung von F. dem Kläger gegenüber, die vorliegend jedoch nicht zu beurteilen war.

b) Im Arbeitsvertrag mit der Beklagten wurde der Kläger zwar als Bau-Facharbeiter bezeichnet, gleichzeitig jedoch ausdrücklich auf die Lohnklasse C hingewiesen. Art. 42 des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) unterscheidet verschiedene Kategorien von Bauarbeitern. „Bau-Facharbeiter“ werden nach der Lohnklasse A, „Bauarbeiter mit Fachkenntnis“ nach der Lohnklasse B und „Bauarbeiter“ nach der Lohnklasse C entschädigt. Ein Bau-Facharbeiter nach Lohnklasse A setzt voraus, dass der Arbeitnehmer mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission anerkannten Kursausweis ausgestattet ist oder vom Arbeitgeber ausdrücklich als Baufacharbeiter anerkannt wurde. Ferner kommt ein Arbeitnehmer in den Genuss der Lohnklasse A, wenn er mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission als nicht zur

Lohnklasseneinteilung Q (gelernter Bau-Facharbeiter) anerkannten ausländischen Fähigkeitszeugnis ausgestattet ist.

Vorliegend hatte der Kläger, wie er anerkannte, überhaupt keine Bauarbeiterausbildung absolviert und schon gar nicht einen entsprechenden Fähigkeitsausweis erworben. Zudem war er von der Beklagten nicht als Bau-Facharbeiter, sondern lediglich im Zusammenhang mit der Lohnklasse C als solcher bezeichnet worden. Die Verwendung des Begriffes Bau-Facharbeiters konnte in diesem Zusammenhang nicht als ausdrückliche Anerkennung dieser Qualifikation im Sinne der Lohnklasse A nach LMV durch die Beklagte angesehen werden. Entscheidend war vielmehr der Hinweis im Arbeitsvertrag auf die Lohnklasse C, die in Art. 42 Abs. 1 Landesmantelvertrag eine eigenständige und geringere Lohnklasse darstellt. Der Kläger war aber auch nicht ein Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, die eine Entlohnung nach der Lohnklasse B gerechtfertigt hätte. Als solche gelten Bauarbeiter mit Fachkenntnissen ohne bauberuflichen Berufsausweis, die jedoch von der Arbeitgeberin aufgrund guter Qualifikation von der Lohnklasse C in die Lohnklasse B befördert wurden. Der Kläger hat sowohl das erste Mal überhaupt in der Schweiz und als auch das erste Mal bei der Beklagten gearbeitet. Die Beklagte kannte daher die beruflichen Fähigkeiten des Klägers noch nicht und hätte deshalb gar keinen Anlass dazu gehabt, den Kläger in eine höhere Lohnklasse zu befördern. Zudem ergab sich, wie bereits gesehen, aus dem Arbeitsvertrag die eindeutige Zuweisung des Klägers zur Lohnklasse C. Damit hatte der Kläger keinen Anspruch auf Lohndifferenzen aus einem angeblich höher vereinbarten Stundenlohn bzw. aufgrund einer auf ihn anwendbaren höheren Lohnklasse gemäss Art. 42 des Landesmantelvertrages. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 4.1.2011 in Sachen von A. gegen T. GmbH, GS 2010.330; veröffentlicht in JAR 2011 S. 435 ff.)

2.9.3. Fristlose Kündigung im Lehrverhältnis?
(siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)

2.9.4. Zur Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR
(siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)

2.10.1.-3. Art. 340 ff. OR; Art. 106 f. ZPO. Konkurrenzverbote für in Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen tätige Personalberater sind rechtmässig. Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes durch Kündigung seitens des Personalberaters mangels eines begründeten Anlasses zur Kündigung. Bemessung der aufgrund der Umstände angemessenen Konventionalstrafe. Bemessung der vom Personalberater zu tragenden Parteientschädigung aufgrund des vollen Klagebegehrens trotz Reduktion der zugesprochenen Konventionalstrafe, wenn kein übermässiges Überklagen vorliegt.

M. trat am 1.6.2009 als Personalberater bei der I. SA, einem Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen, in deren Filiale in der X...strasse in Basel ein. Seine Tätigkeit umfasste folgende Aufgaben: „Verwaltung und Betreuung der Bewerber und der Vermittlungsagentur, Durchführung von Tests, Prüfung von Arbeitszeugnissen sowie Auswahl und Vermittlung angeworbener Arbeitskräfte, telefonische Akquisitionstätigkeit zur Vermittlung von Zeitarbeitskräften sowie festangestellten Arbeitskräften an Firmen, Besuche bei Firmenkunden und potenziellen Kunden.“ Im Weiteren sah der Arbeitsvertrag folgendes „Wettbewerbsverbot“ vor:

„Herr M. hat die Vertraulichkeit der ihm direkt oder indirekt während seiner Tätigkeit für die I. zur Kenntnis gelangten Informationen zeitlich und örtlich unbegrenzt zu wahren. Dies gilt insbesondere für die von ihm behandelten Angelegenheiten, die Organisation von I., ihre Arbeitsweise, Kunden, Beschäftigte und alle sonstigen Angelegenheiten, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen, sowie seine eigenen Beziehungen zu I..

Es ist Herrn M. daher untersagt, die oben genannten Geschäftsgeheimnisse zu seinen eigenen Zwecken zu nutzen bzw. sie direkt oder indirekt an Dritte weiterzugeben.

Desgleichen ist es Herrn M. untersagt, sich direkt oder indirekt an einem Unternehmen gleich welcher Rechts- und Wirtschaftsform zu beteiligen, das der Vermittlung von Temporär- oder Dauerstellen nachgeht, namentlich auf eigene Rechnung und/oder als Angestellter.

Dieses Verbot gilt für das gesamte Gebiet des Kantons Basel-Stadt, und neben Kantonen während der Laufzeit dieses Vertrags als auch für die Dauer von zwei Jahren nach seiner Beendigung.

Wird das vorgenannte Verbot einmal oder mehrmals verletzt, kann I. alle vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien fristlos kündigen und strafrechtlich gegen Herrn M. vorgehen, namentlich auf Grundlage von Artikel 162 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs. Darüber hinaus hat Herr M. der I. bei jeder weiteren Verletzung eine Vertragsstrafe in Höhe von fünfzigtausend Schweizer Franken zu zahlen. Herr M. hat der I. ferner Ersatz für alle Schäden zu leisten, die diesen Betrag übersteigen.

Weder die Zahlung einer Vertragsstrafe noch die Leistung von Schadenersatz an I. entbindet Herrn M. von der Pflicht, die oben genannten Verbote einzuhalten. I. kann jederzeit die Unterlassung der Verletzungshandlung fordern, und zwar insbesondere im Gerichtswege sowie erforderlichenfalls durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.“

Nachdem der Filialleiter R. sein Arbeitsverhältnis auf den 30.4.2010 gekündigt hatte, kündigte auch M. seinen Arbeitsvertrag auf den 12.4.2010. Bereits am 10.3.2010 schloss M. mit der T. AG, einem Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen mit Geschäftsräumlichkeiten ebenfalls an der X...strasse, einen Arbeitsvertrag als Personalberater mit Beginn am 1.5.2010 ab. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren beehrte die I. SA mit Klage vom 10.1.2012 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt die kostenfällige Verurteilung von M. zur Zahlung von CHF 15'000.00 Konventionalstrafe wegen Verletzung des Wettbewerbsverbotes. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 19.4.2012 im Umfang von CHF 7'500.00 gut und verurteilte M. zur Tragung einer Parteientschädigung, die auf dem vollen Klagebegehren von CHF 15'000.00 berechnet wurde, wobei es was folgt ausführte. Eine von M. gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 16.4.2013 ab.

„[...] **2.2.** Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer der Arbeitgeberin gegenüber schriftlich dazu verpflichten, dass er sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit enthält, namentlich nicht in einem Geschäft als Angestellter tätig ist, das mit der Arbeitgeberin im Wettbewerb steht. Das Konkurrenzverbot ist nur dann verbindlich, wenn der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse hatte. Zudem muss die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen können (Abs. 2). Beim Einblick in den Kundenkreis ist erforderlich, dass der Angestellte die regelmässigen Kunden und ihre Gewohnheiten kennt und ihnen daher gleichartige Leistungen anbieten könnte, um sie abzuwerben (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521). Durch ein Konkurrenzverbot nicht geschützt werden kann eine Kundenbeziehung, die massgeblich auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers beruht. Vorausgesetzt wird dabei, dass die Leistungen, die die Kunden erhalten, entsprechend durch den Angestellten und nicht durch die Identität des Arbeitgebers geprägt sind (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521). Dies wurde in der Rechtsprechung beispielsweise für Damencoiffeure bzw. Hairstylisten und Kosmetikerinnen angenommen (AppGer BS, BJM 2006, S. 92 E. 3.4; AGer ZH; ZR 1994, Nr. 61, S. 173).

Für Personalverleih- und -vermittlungsfirmen ist es wie für Unternehmen und Betriebe anderer Wirtschaftszweige unerlässlich, dass sie über einen möglichst breiten und treuen Kundenstamm verfügen. Dies bringt es mit sich, dass die für sie tätigen Personalberater zu diesen Kunden oft einen langjährigen und intensiven Kontakt aufbauen, der ihnen den Abschluss und die Vermittlung von Aufträgen für die Arbeitgeberin entscheidend erleichtert. Dies trifft jedoch auf zahlreiche Angestellte mit Kundenkontakt zu, sei es die Floristin im Blumengeschäft, den Handelsreisenden für seine durch ihn beworbenen Produkte oder sei es den Akquisiteur im Schreinereibetrieb. Zwar schätzt es die Kundschaft, dass sie dabei den Arbeitnehmer als persönli-

che Ansprechperson des Unternehmens kennt und mit seiner Arbeitsweise vertraut ist, was den Abschluss und die Abwicklung der Geschäfte massgeblich vereinfacht. Hingegen beruhen die den Kunden erbrachten Leistungen vielfach nicht massgebend auf den besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, sondern vielmehr auf dem Angebot der Arbeitgeberin und ihres Unternehmens. Die ständige Rechtsprechung geht deshalb davon aus, dass auch die Personalberater der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche rechtsgültig Konkurrenzverbote nach den Art. 340 ff. OR eingehen können (z.B. BGE 130 III 353; BGer 4A_126/2009; AppGer BS, BJM 1996, S. 17; ZGer BS, BJM 1991, S. 81). Aus der Sicht ihrer Kunden, Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, sind regelmässig die Person und die Fähigkeiten der zum Verleih oder zur Vermittlung angebotenen Arbeitskraft bzw. die Qualitäten des Einsatzbetriebes wesentlich, hingegen lediglich in geringerem Umfang die Eigenschaften der Personalberater wichtig (ZGer BS, BJM 1991, S. 81 E. 7b/bb). Zum selben Schluss gelangte das Bundesgericht selbst bei einem eigentlichen Unternehmensberater in Personalfragen, und zwar auch dann, wenn anzunehmen sei, dass die Kunden, die persönliche Beziehungen zu den Beratern bevorzugten, die Arbeitgeberin nach seinem Abgang ohnehin verlassen hätten (BGer 4A_107/2011 E. 3.3). Hingegen gestand das Bundesgericht zwei Schulungsleitern, sogenannten Training Coaches, einer Firma, die Ausbildungskurse, Seminare und Lehrgänge im Bereich der Weiterbildung von Unternehmenspersonal anbietet, zu, dass die Firmenkunden ihren persönlichen Qualitäten – nämlich ihrer Fähigkeit, in den Seminaren die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu gewinnen, sich klar auszudrücken und an diese eine klare Botschaft weiterzugeben – überwiegende Bedeutung bemessen würden. Deshalb waren die mit den Schulungsleitern vereinbarten Konkurrenzverbote unbeachtlich (BGE 138 III 67 E. 2.2.2 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521).

2.3. Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25.5.2009, den der Beklagte eigenhändig unterzeichnet hatte, verpflichtete er sich, nicht in einem Unternehmen tätig zu sein, das die Vermittlung von Temporär- und Dauerstellen betreibt. Das Verbot wurde für das Gebiet des Kantons Basel-Stadt und die Nachbarkantone sowie für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die an Kunden temporär- oder festangestelltes Personal verleiht und vermittelt. Gemäss Arbeitsvertrag hatte der Beklagte als „Personalberater“ die Tätigkeit eines Personalverleihers und –vermittlers inne. Der Beklagte hatte Arbeitskräfte anzuwerben, auszusuchen, zu testen und ihre Unterlagen zu prüfen, um sie vorübergehend oder dauernd an Firmen zu vermitteln, die er ebenfalls zu akquirieren und zu betreuen hatte. Es ist unter den Parteien anerkannt, dass mit der Vermittlung auch die Verleihung gemeint war, wie der Fall des früheren Temporärmitarbeiters der Beklagten S. exemplarisch aufzeigt.

Der Beklagte will allerdings bei seiner Tätigkeit für die Klägerin nur wenig Kundenkontakt gehabt haben. Den grössten Teil seiner Arbeitszeit habe er sich mit dem Empfang, mit Telefonaten und der Anlegung der Kandidatendossiers beschäftigt, weil er mit dem Filialleiter R. alleine in der Filiale Basel gewesen sei. Ihnen habe eine

Sekretärin gefehlt, weswegen sie auch an den Hauptsitz in Lausanne gelangt seien. Der Vermittlungstätigkeit könne man nur schlecht nachgehen, wenn man sich ständig mit anderen Dingen beschäftigen müsse. Dieser Aussage widersprach hingegen der als Zeuge einvernommene R., der ausführte, dass der Beklagte als Personalberater und -vermittler in der Baubranche und Handwerkerbranche tätig gewesen sei, während er selber das Backoffice erledigt habe. Ebenso bestätigte der als Zeuge befragte P., Geschäftsführer der T. AG und nachfolgenden Arbeitgeberin des Beklagten, dass dieser während seiner Anstellung bei der Klägerin hauptsächlich im Bauneben-gewerbe als Vermittler tätig gewesen sei. Die T. AG sei in einem Aufschwung gewesen und habe einen Berater mit Erfahrung in diesem Bereich gesucht, die für sie wichtig gewesen sei. Der Beklagte sei dabei ihr Wunschkandidat gewesen.

Daher ist davon auszugehen, dass der Beklagte bei der Klägerin effektiv als Personalverleiher und -vermittler mit Arbeitnehmern und Arbeitgebern in Kontakt gestanden hatte. Damit hatte er Einblick in den Kundenkreis der Klägerin und auch die Gewohnheiten dieser Kunden kennengelernt. Die Verleihung und Vermittlung von Personal bringt es mit sich, dass der betreffende Personalberater zudem mit den Geschäftsgeheimnissen, namentlich den Anstellungsbedingungen und weiteren Modalitäten der Verleihung und Vermittlung, namentlich den Preisen, der Preisbildung und den Margen, die regelmässig weder allgemein bekannt noch leicht zu ermitteln sind, vertraut ist. All diese Kenntnisse sind dazu geeignet, der bisherigen Arbeitgeberin durch einen Einsatz in einem Konkurrenzunternehmen erheblichen Schaden zuzufügen (AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 2; ZGer BS, BJM 1991, S. 81 E. 2b + c). Die Kunden und Geschäftsgeheimnisse konnte der Beklagte ausreichend kennenlernen, obwohl er vom 1.6.2009 bis 12.4.2010 und damit während nur fast zehneinhalb Monaten in den Diensten der Klägerin stand. Auch das Bundesgericht ging bei einer Verkaufsrepräsentantin, die für die Arbeitgeberin bloss zehn Monate tätig war und geltend machte, dass sie effektiv nur während fünf Monaten Kundenkontakt gehabt habe, davon aus, dass es auch bei einer relativ kurzen Vertragsdauer nicht ausgeschlossen sei, mit wichtigen Personen persönliche Kontakte herzustellen, die später dazu benützt würden, die bisherige Arbeitgeberin durch Abwerbung der Kunden zu schädigen (BGer 4P.234/2006 E. 7.1 ff.).

Unter allen diesen Umständen hat sich der Beklagte gegenüber der Klägerin rechtsgültig verpflichtet, ihr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Konkurrenz zu machen. Dieses Konkurrenzverbot kann auch nicht als übermässig bezeichnet werden, sondern erweist sich im Rahmen von Art. 340a OR als angemessen. Das Verbot ist, was die Tätigkeit und damit den Gegenstand des Verbots angeht, auf die Verleih- und Vermittlungstätigkeit beschränkt, wie sie der Beklagte bei der Klägerin ausgeübt hatte. In örtlicher Hinsicht bezieht sich das Verbot ausschliesslich auf den Kanton Basel-Stadt und die Nachbarkantone, wo die Klägerin ihre Zweigniederlassung unterhielt bzw. sich geschäftlich betätigte, was massgebend ist (BGer 4C.44/2002 E. 2.4). Ferner ist das Konkurrenzverbot auf zwei Jahre beschränkt, was im ordentlichen gesetzlichen Rahmen von drei Jahren liegt und jedenfalls mit Rücksicht auf die

zu schützenden Geschäftsgeheimnisse der Klägerin nicht als übermässig angesehen werden kann (vgl. BGer 4A_62/2011 E. 4.1.1). Zu untersuchen ist im Weiteren, ob der Beklagte das Konkurrenzverbot übertreten hat.

2.4. Der Beklagte trat im Anschluss an die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin von Mitte April 2010 bei der T. AG als Personalberater ein. Der vom Beklagten eingereichte Arbeitsvertrag mit der T. AG wurde bereits am 10.3.2010 und damit am Tage vor der Kündigung des Beklagten am 11.3.2010 unterzeichnet. Das Arbeitsverhältnis begann am 1.5.2010. Die T. AG bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Personalverleihs für Unternehmen im In- und Ausland sowie die Vermittlung von Temporär-, Dauer- und Kaderstellen. Ihr Geschäftszweck deckt damit jenen der Klägerin mehr als ab. Zudem unterhält sie in unmittelbarer Nähe zur damaligen Filiale der Klägerin ebenfalls in der X...strasse ihren Geschäftssitz, wo der Beklagte als Personalberater arbeitete und heute nach einem Unterbruch erneut angestellt ist. Damit verletzte der Beklagte sein rechtsgültig abgeschlossenes Konkurrenzverbot. Nicht wesentlich ist dabei, ob der Beklagte effektiv seine bei der Klägerin erworbenen Kenntnisse über ihre Kundschaft und ihre Geschäftsgeheimnisse einsetzte und sogar ihre Kunden, das heisst Arbeitskräfte wie auch Arbeitgeber, kontaktierte. Wesentlich für die Verletzung des Konkurrenzverbotes ist nicht, ob der Arbeitnehmer seine Kenntnisse verwertet. Vielmehr genügt es nach Art. 340 OR bereits, dass er bei seiner neuen Anstellung die Möglichkeit einer Verwendung des erlangten Wissens hat (AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 2). Daher kann dahin gestellt bleiben, ob die Beteuerungen des als Zeugen befragten P. zutreffen, wonach der Beklagte bei der T. AG deren Kandidaten und Kunden übernommen habe, während diese an seinen Kundenbeziehungen nicht interessiert sei. Davon abgesehen hätte die jetzige Arbeitgeberin selber ein Interesse daran, eine Konkurrenzierung der Klägerin in Abrede zu stellen, sollte sie den Beklagten unlauter, das heisst in Verletzung des UWG, einsetzen. Zudem ist festzustellen, dass auf dem Personalvermittlungs- und Personalverleihmarkt der Schweiz zahlreiche Firmen ihre Dienste anbieten und um Kunden werben. Entsprechend gross und intensiv ist der Wettbewerb unter den Marktteilnehmern. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Personalverleih- und Personalvermittlungsfirmen in den Arbeitsverträgen mit ihren Personalberatern regelmässig Konkurrenzverbote vereinbaren, was gerichtsnotorisch ist (vgl. ZGer BS, BJM 1991 S. 81 E. 7b/bb). Bereits festgehalten wurde, dass die T. AG wie die Klägerin in Basel ihre Geschäfte tätigt bzw. tätigte. Die Geschäftsräumlichkeiten beider Gesellschaften befanden sich zum Zeitpunkt des Eintritts des Beklagten in die T. AG in der X...strasse. Aus alledem ist ersichtlich, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot klarerweise verletzt hat, und zwar selbst dann, wenn die Geltungsdauer einzuschränken und die örtliche Ausdehnung des Verbotes auf das Gebiet des Kantons Basel-Stadt zu beschränken wäre. Dazu besteht jedoch, wie ausgeführt, kein Anlass.

2.5. Der Beklagte ist der Ansicht, dass das Konkurrenzverbot weggefallen sei, weil er sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aus begründetem Anlass gekündigt habe. Nachdem der Leiter der Zweigniederlassung der Klägerin R. gekündigt habe, habe dieser ihm geraten, auch selber zu kündigen. Er wisse nicht, ob die Filiale in Basel weiterbestehen würde. Für ihn sei klar gewesen, dass die Klägerin mit R. einen Grossteil der Kunden und Mitarbeiter verlieren würde. Dieses Verhalten seines Vorgesetzten sei vollumfänglich der Klägerin zuzurechnen, auch wenn sie sich mit diesem in rechtlichen Auseinandersetzungen befinde. Zudem habe er sich nach der Kündigung von R. beim Hauptsitz bei einer Angestellten mit Namen A. erkundigt, ob die Filiale Basel weitergeführt würde, aber darauf nie eine Antwort erhalten. Deshalb habe er nach Ablauf von drei Wochen gekündigt. Erst danach habe er zufällig erfahren, dass mit J. eine neue Filialeiterin eingesetzt worden sei, als eine Woche später für sie ein Paket mit Visitenkarten in der Filiale eingetroffen sei.

2.5.1. Nach Art. 340c Abs. 1 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn die Arbeitgeberin kein erhebliches Interesse daran hat, es noch aufrecht zu erhalten. Zudem fällt es dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten Anlass auflöst, der von der Arbeitgeberin zu verantworten ist (Abs. 2). Nach der ständigen Rechtsprechung ist unter einem begründeten Anlass abstrakt jedes der Arbeitgeberin zuzurechnende Ereignis zu verstehen, das dem Angestellten bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlass für eine Kündigung geben kann. Nicht vorzuliegen braucht eine Vertragsverletzung oder gar ein wichtiger Grund nach Art. 337 OR für eine fristlose Kündigung (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; 4A_33/2011 E. 4.2). Für das Vorliegen eines begründeten Anlasses für seine Kündigung ist nach der allgemeinen Beweisregel (Art. 8 ZGB) der Arbeitnehmer, somit der Beklagte, beweispflichtig.

2.5.2. Falls eine Arbeitgeberin ihren Betrieb definitiv schliesst oder an einen anderen Ort verlegt, um dort einen neuen Kundenstamm aufzubauen, verliert sie entsprechend das Interesse an der Aufrechterhaltung eines Konkurrenzverbotes (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, Art. 340c OR N 2 m.H., S. 1275). Unter solchen Umständen spricht vieles dafür, dass der Arbeitnehmer im Hinblick auf die geplante Betriebsschliessung oder Standortverlegung sich durch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch des Konkurrenzverbotes entledigen kann. Entscheidend sind dabei die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles. Allgemein lässt sich immerhin sagen, dass das Konkurrenzverbot dahin fällt, falls das Kündigungsende mit der Betriebsschliessung bzw. Standortverlegung zusammenfällt. Je früher die Kündigung das Arbeitsverhältnis vor der Schliessung bzw. Verlegung beendet, desto weniger kann jedoch das Verbot aufgrund dieser Kündigung untergehen.

2.5.3. Vorliegend kann festgestellt werden, dass der Beklagte sein Arbeitsverhältnis am 11.3.2010 auf den 12.4.2010 gekündigt hat. Nach Angaben der Klägerin in der Hauptverhandlung hat sie ihre Filiale in Basel Ende 2010 geschlossen. Durch J. ist hingegen bezeugt, dass die Aktivitäten der Filiale Basel erst im März 2011 ein-

gestellt wurden. Dies deckt sich mit den Eintragungen im Handelsregister. Seither arbeitet J. für die Zweigniederlassung Basel der N. SA mit Sitz in Lausanne, die die Vermittlung und Verleihung von temporär- oder festangestelltem kaufmännischen Personal betreibt und von denselben Personen wie die Klägerin beherrscht wird. Ausgehend von der Einstellung der Aktivitäten der Zweigniederlassung der Klägerin eventuell bereits Ende 2010, spätestens jedoch im März 2011 hatte der Beklagte keinen begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass, das Arbeitsverhältnis damals zu beenden. Eine Kündigung, die – ausgehend von einer Schliessung Ende 2010 – mehr als neuneneinhalb Monate vor der Betriebsschliessung ausgesprochen wird und das Arbeitsverhältnis mehr als achteinhalb Monate vorher enden lässt, würde bei einem Hinfall des Konkurrenzverbotes dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin noch während fast drei Viertel eines Jahres rechtmässig konkurrenzieren dürfte. Zudem sind Personalberater, wie auch die umgehende Anstellung des Beklagten durch die T. AG zeigt, auf dem Arbeitsmarkt durchaus gesuchte Arbeitskräfte, so dass der Beklagte, wenn überhaupt, nicht mit einer längeren Arbeitslosigkeit hätte rechnen müssen, hätte er seine Stelle infolge der späteren Betriebsschliessung verloren. Dahin gestellt bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob für die Frage der Kündigungsberechtigung auch eine allfällige Weiterbeschäftigung des Beklagten bei der Zweigniederlassung der N. SA, wie sie J. angeboten wurde, zu berücksichtigen wäre. Zu prüfen ist jedoch, ob der Beklagte im Zeitpunkt seiner Kündigung davon ausgehen durfte und musste, dass die Klägerin ihre Zweigniederlassung auf viel kürzere Zeit hinaus als nach über drei Viertel eines Jahres schliessen würde. Er beruft sich dafür auf den damaligen Filialleiter und Vorgesetzten R.. Dieser habe ihm geraten, sich umzuschauen, er wisse nicht, wie lange es die Filiale noch geben werde.

2.5.4. R. gab als Zeuge zu Protokoll, er habe mehrmals gesagt, dass es mit der Filiale nicht so laufe, wie er sich dies vorgestellt habe. Als sich eine Gelegenheit zum Wechsel gegeben habe, habe er das Arbeitsverhältnis gekündigt. Von einem gewissen B., dessen Wort bei ihm jedoch kein grosses Gewicht gehabt habe, habe er gehört, dass die Filiale geschlossen werde. Etwas „offizielles“ habe es dazu jedoch nicht gegeben. Er habe den Beklagten weder aufgefordert noch ihm geraten zu kündigen. Er habe ihm lediglich gesagt, dass die Filiale vielleicht geschlossen werde. R. hat damit lediglich eine mögliche Entwicklung erwähnt, jedoch noch nicht einmal eine – im übrigen ebenfalls nicht hinreichende – Vermutung geäussert. Der Beklagte kann daher für seine Kündigung nicht geltend machen, er habe sich auf Äusserungen seines Vorgesetzten über eine bevorstehende Filialschliessung verlassen dürfen, die dieser in seiner Funktion als Hilfsperson der Geschäftsleitung der Klägerin gemacht habe. Hinzu kommt, dass R. als Filialleiter Basel, wie auch der Beklagte wissen musste, nur kollektivzeichnungs-berechtigt war. Er hätte deshalb, selbst wenn er die ihm zugedachten Äusserungen gemacht hätte, für die Klägerin rechtsgültig nicht allein handeln können. Unter Umständen hätte R. entsprechende Äusserungen

eines Organs der Klägerin an den Beklagten weiterleiten können. Dafür, dass dies geschehen wäre, gibt es jedoch keinerlei Hinweise.

Davon abgesehen hat der Beklagte die Aussagen von R. offensichtlich dahingehend verstanden, dass die Filiale als Folge von dessen Kündigung schliessen werde. Es sei ihm nämlich klar gewesen, „dass die Klägerin mit Herrn R. gleichzeitig einen Grossteil der Kunden und Mitarbeiter verlieren würde“. Dieser habe das Portefeuille mitgenommen, wie der Beklagte zu wissen vorgibt, und sei „die Wurzel des Übels“ gewesen. Obwohl der Beklagte am Weiterbestand der Filiale Basel derart gezweifelt haben will, riet er, wie er auf Einwendung der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung einräumte, dennoch seinem Bekannten und damals arbeitslosen Personalvermittler B., sich als seinen Nachfolger bei der Klägerin zu bewerben, was dieser befolgte und von der Klägerin in der Folge denn auch angestellt wurde.

Der Beklagte kann seine Kündigung ferner auch nicht damit rechtfertigen, dass er Angst davor gehabt habe, bei einer Filialschliessung erneut arbeitslos zu werden, nachdem er vor der Anstellung bei der Klägerin arbeitslos gewesen sei und danach in den ersten vier Monaten Einarbeitungszuschüsse bezogen habe. Die Schliessung der Filiale Basel war damals noch nicht abzusehen, sondern ergab sich in der Folge aufgrund des Entschlusses der Klägerin den Verleih und die Vermittlung von Personal in Basel auf das kaufmännische Gewerbe zu konzentrieren und damit die N. SA zu betrauen. Dabei ermöglichte die Klägerin ihren Angestellten, wie sich bei J. zeigte, die übrigens weder vorher noch heute im Handelsregister als zeichnungsberechtigte Filialeiterin aufgeführt ist, bei dieser mit ihr verbundenen Gesellschaft weiterzuarbeiten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch der Beklagte von einer Weiterbeschäftigung profitiert hätte. Jedenfalls war seine Zukunft bei der T. AG keineswegs sicherer. Dort wurde er nämlich im Februar 2011 gemäss Aussagen des Zeugen P. entlassen, „damit er seine privaten Probleme in den Griff bekomme“. Welcher Art diese Probleme waren, ist nicht bekannt. Es fällt jedoch auf, dass die vorübergehende Trennung von der T. AG einige Monate später erfolgte, nachdem der Rechtsvertreter der Klägerin beim Beklagten wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes vorstellig geworden war. Es wäre ein Zufall, wenn die erneute Einstellung des Beklagten durch die T. AG, die nach den Aussagen des Zeugen P. am 1.4.2012 wirksam wurde, nicht mit dem Ablauf der zweijährigen Dauer des Konkurrenzverbotes und insbesondere mit dem damit verbundenen Wegfall der drohenden Konventionalstrafe (siehe nachfolgend Ziffer 2.6.) in Verbindung steht.

2.6. Da das Konkurrenzverbot rechtsgültig vereinbart wurde und noch Gültigkeit hatte, als der Beklagte zur Konkurrentin der Klägerin wechselte, wodurch er dieses verletzte, schuldet er der Klägerin Ersatz für entstandenen Schaden (Art. 340b Abs. 1 OR). Die Parteien haben im Arbeitsvertrag eine Konventionalstrafe von CHF 50'000.00 vereinbart, die der Beklagte bei jeder Verbotsverletzung zu bezahlen hat, wobei er sich mit deren Leistung in Abweichung von Art. 340b Abs. 2 OR nicht vom Konkurrenzverbot befreien kann. Das Gericht hat eine übermässige Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Das Gericht hat

nur einzugreifen, wenn der festgelegte Betrag jedes vernünftige sowie mit Recht und Fairness vereinbare Mass übersteigt (BGer 4A_233/2009 E. 4; BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007 Nr. 126, S. 873). Dabei sind alle konkreten Umstände zu berücksichtigen. Namentlich ist dem Interesse der Arbeitgeberin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, der Art und Dauer des Vertrags, der Schwere der Verletzung des Konkurrenzverbotes, dem Verschulden des Verpflichteten sowie der wirtschaftlichen Lage der Parteien, insbesondere jener des Arbeitnehmers, und ihrer Geschäftserfahrung Rechnung zu tragen (BGer 4A_233/2009 E. 4; BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007 Nr. 126, S. 873; AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 5). Es ist Sache des Arbeitnehmers, die besonderen Umstände für eine Reduktion darzutun und zu beweisen (BGer 4A_233/2009 E. 4; BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007 Nr. 126, S. 873).

2.6.1. Der Beklagte bringt als Reduktionsgründe vor, dass es sich um ein kurzes Arbeitsverhältnis gehandelt habe, dass die örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes ziemlich weit gefasst sei. Zudem sei es nur zulässig, den Kundestamm während sechs Monaten zu schützen. Auch habe er keine Kunden abgeworben. Ausserdem hätte er keine Arbeitsstelle mehr gehabt. Deshalb sei, wenn überhaupt nur eine symbolische Strafe von CHF 900.00 geschuldet. Die Klägerin andererseits erachtet bereits den eingeklagten Betrag von CHF 15'000.00 als deutliche Reduktion aufgrund der vorliegenden Umstände, die sie angesichts einer in Basel zurückhaltenden Rechtsprechung vorgenommen habe.

2.6.2. Es wurde bereits festgestellt, dass in der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche zahlreiche Firmen ihre Dienste anbieten, weshalb unter ihnen ein dauernder und intensiver Wettbewerb herrscht (siehe unter Ziffer 2.4.). Aus diesem Grund ist das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes als erheblich zu veranschlagen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Klägerin die Tätigkeit ihrer Filiale in Basel, die auf das Bau- und Baunebengewerbe ausgerichtet war, frühestens Ende 2010 und damit fast neun Monate nach dem Ausscheiden des Beklagten eingestellt hat. Dies wirkt sich insofern mildernd auf die Strafe aus, als das Konkurrenzverbot, was den Kundestamm der Klägerin angeht, in der Folge an Wirksamkeit eingebüsst hat.

Eine Herabsetzung der Verbotsstrafe rechtfertigt auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Beklagten vom 1.6.2009 bis 12.4.2010 lediglich zehneinhalb Monate gedauert hat, wodurch der Einblick in den Kundenkreis und in die Geschäftsgeheimnisse der Klägerin während vergleichsweise kurzer Zeit stattfand. Zudem war der Beklagte für die Klägerin nicht in einer qualifizierten Funktion mit entsprechender höherer Stellung im Betrieb und Unternehmen tätig, die ihm entsprechend erweiterte und vertiefte Kenntnisse der Kundenbeziehungen und Geschäftsgeheimnisse der Zweigniederlassung in Basel erlaubt hätten. In die gleiche Richtung geht auch die geringe Geschäftserfahrung des Beklagten. Mildernd wirkt sich ausserdem aus, dass der Beklagte aufgrund der Erfahrungen, die er während der Arbeitslosigkeit vor der Anstellung bei der Klägerin gemacht hatte, bei dem für ihn überraschenden Weggang seines Vorgesetzten und einzigen Mitarbeiters in der Filiale Basel R. in einem

gewissen Grad verunsichert gewesen sein dürfte. Diese Annahme wird allerdings dadurch relativiert, dass er dem arbeitslosen Berufskollegen B. zur Bewerbung um seine Nachfolge riet und diesen auch der Klägerin empfohlen hat. Als Milderungsgrund kommt hinzu, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beklagten, der bei der Klägerin monatlich CHF 5'000.00 brutto bei dreizehn Monatslöhnen verdient hatte, doch begrenzt ist, obwohl er bei der T. AG ab 1.5.2010 mit CHF 5'500.00 brutto bei zwölf Monatslöhnen zuzüglich eines Bonus bereits mehr verdienen konnte. Demgegenüber wird die wirtschaftliche Lage der Klägerin, die in der Schweiz neben dem Hauptsitz in Lausanne in verschiedenen Kantonen diverse Zweigniederlassungen eingetragen hat und fast alle auch effektiv betreibt, wesentlich besser sein.

Als strafferhöhend ist andererseits zu berücksichtigen, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis offensichtlich darum kündigte, um eine Anstellung bei einer Konkurrentin der Klägerin anzutreten. Dabei kam das Thema seiner Anstellung bereits Ende Februar 2010 auf, wie der Zeuge P. zu Protokoll gab, während der Beklagte erklärte, er habe nach der Kündigung durch R., die am 15. 2. 2010 erfolgt war, erst gekündigt, nachdem er auf seine Anfrage am Hauptsitz der Klägerin, ob die Filiale weitergeführt werde, drei Wochen lang keine Antwort erhalten habe. In Wirklichkeit hat der Beklagte sein Arbeitsverhältnis am 11.3.2010 gekündigt, nachdem er am Tage zuvor bei der T. AG den Arbeitsvertrag unterschrieben und vorher diesbezüglich mit der neuen Arbeitgeberin verhandelt hatte. Die Behauptung, er habe zuvor noch auf anderem Gebiet eine Anstellung gesucht und nicht gefunden, ist unbelegt und unglaubwürdig. Zudem behauptete der Beklagte in der Hauptverhandlung, er habe sich nach der Kündigung des Filialleiters R. sogar noch vorstellen können, dass er in Zukunft selber die Filiale leiten würde. Dies steht jedoch in Widerspruch, dass er aufgrund der (behaupteten) Mitnahme des Portefeuilles durch R. am Weiterbestand der Filiale gezweifelt haben wollte.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ist die Konventionalstrafe auf CHF 7'500.00 festzulegen, was weniger als eineinhalb Bruttomonatslöhnen des Beklagten bei der Klägerin entspricht. Hinzuweisen ist zum Vergleich darauf, dass das Appellationsgericht eine Konventionalstrafe von weniger als zwei Monatslöhnen, die gegenüber einer langjährigen Filialleiterin aus der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche verhängt wurde, als „recht milde“ bezeichnet hatte, obwohl damals ebenfalls einige Milderungsgründe zu berücksichtigen waren (AppGer BS, BJM 1996 S. 17 E. 5).

Damit ist die Klage im Umfang von CHF 7'500.00 gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen. Hinzu kommt Verzugszins zu 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) seit dem 24.6.2010, als die Klägerin den Beklagten bezüglich der Konventionalstrafe mahnte, nachdem dieser sie am 1.5.2010 zu konkurrenzieren begonnen hatte.

3. Das Verfahren vor Arbeitsgericht ist bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 unentgeltlich (Art. 114 lit. c ZPO). Dies ist vorliegend bei einem Streitwert

von CHF 15'000.00 brutto der Fall. Zu verteilen sind jedoch auch im Verfahren vor Arbeitsgericht die ausserordentlichen Kosten. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Das Gericht kann von diesem Verteilungsgrundsatz abweichen und die Prozesskosten nach seinem Ermessen verteilen, „wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig [...] war“ (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Festlegung der angemessenen Höhe einer Konventionalstrafe geschieht nach dem Ermessen des Gerichts (Art. 163 Abs. 3 OR) und erfolgt vorliegend durch die Ermessensausübung des Arbeitsgerichts.

Der Beklagte hat die Klage durch sein verbotsverletzendes Verhalten veranlasst. Diese ist im Grundsatz, nicht aber im vollen, geltend gemachten Umfang gutzuheissen. Ein Überklagen durch die Klägerin ist darauf zurückzuführen, dass die Gewichtung der Faktoren zur Festlegung der Höhe der Konventionalstrafe im Rahmen der gerichtlichen Ermessensbetätigung erst nach der Durchführung des Prozesses, insbesondere des Beweisverfahrens, möglich ist und war. Zudem steht dem Gericht stets ein gewisser Ermessensspielraum zu. Entscheidend ist, dass die Klägerin die vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 50'000.00 in ihrer Klage auf CHF 15'000.00 und damit bereits deutlich reduziert hatte. Ihre Klageforderung lautete auf das Doppelte der im Urteil nun zuzusprechenden Konventionalstrafe. Darin liegt kein übermässiges Überklagen, weshalb der Beklagte zur Tragung einer vollen, auf dem Streitwert von CHF 15'000.00 berechneten Parteientschädigung an die Klägerin zu verurteilen ist. [...]“

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 19.4.2012 in Sachen von I. SA gegen M., GS 2012.2; veröffentlicht in JAR 2013, S. 433 ff.)

- 2.11.1.-3. Art. 344a Abs. 3 und 4 OR. Zu Sinn und Zweck der Probezeit im Lehrverhältnis. Zu den Pflichten des Lehrbetriebes während der Probezeit. Zur Verlängerungsmöglichkeit der Probezeit auf 6 Monate.**
- 2.11.4.-6. Art. 346 Abs. 2 lit. b OR. Auf das Fehlen der zur Ausbildung erforderlichen körperlichen oder geistigen Voraussetzungen darf nicht aus einem vorübergehenden Leistungsabfall geschlossen werden. Vielmehr muss aufgrund von nachweisbaren Leistungsdefiziten vorauszusehen sein, dass die Lernperson mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Lehrabschlussprüfung nicht bestehen würde. Dazu bedarf es entsprechend sicherer Anzeichen. Die Anhörung der Lernperson und gegebenenfalls der gesetzlichen Vertretung ist formeller Natur, zwingend zu gewähren und Gültigkeitsvoraussetzung für die fristlose Kündigung. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, der keine oder keine rechtsgenügeliche Anhörung vorausgegangen ist, löst Schadenersatz- und Entschädigungs-**

folgen nach Art. 337c OR aus. Zur Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR.

X. absolvierte bei der Galerie Y. eine Schnupperlehre. In der Folge schlossen die Parteien am 29.3.2009 einen dreijährigen Lehrvertrag für Kauffrau E-Profil mit Beginn am 10.8.2009 und Ende am 9.8.2012 ab. Der Lehrvertrag sah eine Probezeit von drei Monaten vor. Als monatliche Bruttolöhne wurden CHF 700.00 im ersten Bildungsjahr, CHF 900.00 im zweiten Bildungsjahr und CHF 1'200.00 im dritten Bildungsjahr vereinbart. Die Beklagte bestand damals aus drei Lehrlingsausbildnern, die je einen Lehrling betreuten.

Mit Schreiben vom 31.5.2010 kündigte die Galerie Y. den Lehrvertrag „während des 1. Ausbildungsjahres“. Zur Begründung teilte sie X. mit, „seit Ihrem Antritt der Ausbildung zur Kauffrau E-Profil haben verschiedene Besprechungen mit uns, dem Amt für Berufsbildung und vor dem Erreichen Ihres 18. Altersjahr[es] auch zusammen mit Ihrer Mutter stattgefunden. Darin wurden u.a. Defizite im Lernfortschritt, in der betrieblichen Umsetzung bei praktischer Arbeit und bei Ihrer Teamintegration festgestellt. Trotz intensivster Begleitung und verschiedenster Versuche diesen Umstand zu verbessern, muss heute festgestellt werden, dass der Entwicklungsstand der Ausbildungs- und Lernsituationen (ALS) und die Erreichung der übrigen betrieblichen Aufgabenstellungen weit unterdurchschnittlich sind. Anlässlich der kürzlichen Standortbestimmung der ALS 2 wurde erneut ein grosses Defizit bei der Zielerreichung festgestellt. Wir mussten in der Vergangenheit von den uns gegenüber nur vage formulierten bestehenden privaten Problemen Kenntnis nehmen. Trotz Ihrer gegenteilige[n] Meinung stellen wir heute fest, dass dies unserer Ansicht nach sowohl Ihre persönliche Entwicklung als auch unseren ordentlichen Betrieb in einem nicht mehr zu bewältigendem Mass belasten. [...]“

Mit Klage vom 26.11.2010 begehrte X. beim Arbeitsgericht die kostenfällige Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 29'900.00 brutto nebst Zins, worin CHF 26'600.00 Schadenersatz, CHF 2'800.00 Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung sowie CHF 500.00 Entschädigung für ihre Eltern für deren Bemühungen um eine neue Lehrstelle.

Das Arbeitsgericht verurteilte am 5.10.2011 nach Durchführung eines Vorverfahrens die Galerie Y. zur Zahlung von CHF 24'227.80 netto Schadenersatz und CHF 2'800.00 netto Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR nebst Zins an X. und wies die Mehrforderung ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 1.1. Einem Lehrverhältnis liegt – wie im vorliegenden Fall – regelmässig ein befristeter Lehrvertrag zugrunde. Nach Art. 346 Abs. 1 OR kann ein Lehrverhältnis während der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Zudem kann es aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst werden (Art. 346 Abs. 2 OR). Als wichtiger Grund gilt unter anderem namentlich, „wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anla-

gen verfügt oder gesundheitlich oder sittlich gefährdet ist.“ In diesem Fall sind „die lernende Person und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung [...] vorgängig anzuhören.“ Zudem hat der Arbeitgeber umgehend die kantonale Behörde und gegebenenfalls die Berufsfachschule darüber zu benachrichtigen (Art. 14 Abs. 4 Berufsbildungsgesetz, BBG). Während die Anhörung der Lernperson als Gültigkeitsvoraussetzung (BSK-PORTMANN, 5. Auflage 2011, Art. 346 OR N 5, S. 2154; GSGer BS, JAR 2011, S. 425 E. 1 = BJM 2011, S. 314 E. 1) anzusehen ist, trifft dies nicht auf diese Benachrichtigungen zu (Kantonsgericht Fribourg, JAR 1999, S. 343 E. 4b). Da Art. 346 OR keine abschliessende Aufzählung der Gründe für eine fristlose Kündigung enthält, gilt die Rechtsprechung darüber, was als wichtiger Grund nach Art. 337 OR anzusehen ist, auch im Lehrverhältnis. Ferner bestimmen sich die Folgen einer fristlosen Kündigung ebenfalls nach Art. 337b bis 337d OR (Art. 355 OR).

1.2. Eine fristlose Kündigung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Gekündigten gerechtfertigt. Diese müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und sie müssen auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 129 III 380 E. 2.1). Die Schwere des Vergehens, das zur fristlosen Kündigung geeignet ist, kann absolut oder relativ sein. Bei Vorliegen eines absolut schweren Vergehens genügt eine einmalige Verletzung vertraglicher Pflichten, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Bei der relativen Schwere einer Pflichtverletzung hingegen muss der fristlosen Kündigung eine Verwarnung vorausgehen (BGE 127 III 153 E. 1c). Die Zumutbarkeit der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bestimmt sich ferner stets mit Bezug auf die nächste ordentliche Beendigungsmöglichkeit (ordentliche Kündigung, Ende der festen Vertragsdauer; BGE 117 II 560 E. 3b). Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet allerdings eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung für eine juristische Person bis sieben Tage dauern darf (BGer 4C.185/2006 E. 2.3).

1.3. Falls sichere Anzeichen dafür bestehen, dass die Lernperson nicht über die zur Ausbildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt, so haben die Parteien nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, den Lehrvertrag vorzeitig aus wichtigem Grund aufzulösen. Dabei müssen sie dieser Pflicht allerdings frühzeitig nachkommen. Zudem darf nicht jeder Leistungsabfall des Lehrlings zum Anlass genommen werden, das Lehrverhältnis vorzeitig zu beenden. Vielmehr muss das Scheitern der Lernperson bei der Lehrabschlussprüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sein. Bei einem bloss zeitweiligen Leistungsabfall hat der Lehrmeister vielmehr auf die Jugendlichkeit der Lernperson und ihre spannungsgeladene Lebensphase Rücksicht zu nehmen und diese verstärkt zu betreuen (Zum Ganzen: THOMAS DUFNER, Die vorzeitige Auflösung des Lehrvertrages,

Dissertation Fribourg 1988, S. 160). Die Pflicht zur Auflösung des Lehrvertrages ergibt sich sowohl aufgrund der Interessen der lernenden Person als auch jener des Lehrmeisters. Der Lehrling soll davor bewahrt werden, eine Ausbildung weiterzuführen, die er nicht bewältigen und erfolgreich abschliessen kann. Er soll vielmehr in die Lage versetzt werden, eine auf seine Fähigkeiten zugeschnittene Ausbildung zu suchen und zu absolvieren. Der Lehrmeister andererseits hat ein Interesse daran sowie eine Verantwortung dafür, dass für einen bestimmten Beruf nicht geeignete Personen von der betreffenden Ausbildung ferngehalten werden (GSGer BS, JAR 2011, S. 425 E. 2 = BJM 2011, S. 314 E. 2).

1.4. Wer ein Arbeitsverhältnis fristlos kündigt, trägt die Beweislast, dass hierfür wichtige Gründe vorliegen (Art. 8 ZGB). Bei der sofortigen Beendigung eines Lehrverhältnisses bezieht sich die Beweislast auf die in Art. 346 OR angeführten wichtigen Gründe, falls die kündigende Partei solche Gründe geltend macht.

Vorliegend kündigte die Beklagte den Lehrvertrag am 31.5.2010 unter anderem aufgrund von Defiziten, die sie bei der Klägerin im Lernfortschritt, in der betrieblichen Umsetzung bei praktischer Arbeit und bei ihrer Teamintegration festgestellt habe. [...] Dabei beruft sich die Beklagte zum Beweis dafür, dass die fristlose Kündigung gerechtfertigt war, namentlich auf den Betreuungsbericht der für die Klägerin verantwortlichen Berufsbildnerin Z. vom 30.6.2010, auf die Aktennotiz von A. Berufsinspektor des Erziehungsdepartements, vom 30.7.2010 sowie auf die Aussagen von Z., A. und C., damaliger Lehrling der Beklagten im dritten Lehrjahr.

1.5.1. – 1.5.3. [Es folgt die Wiedergabe des Betreuungsberichts und der Aussagen von Z. und von X.]

1.5.4. Die Ausführungen und Aussagen der Berufsbildnerin Z. können, da die Klägerin sie detailliert bestreitet, nicht ohne weiteres als feststehend angesehen werden. Hinzu kommt, dass Z. den Betreuungsbericht über die Klägerin erst im Juni 2010 und damit nach der Beendigung des Lehrverhältnisses Ende Mai 2010 erstellt hatte. Es liegt daher nahe, dass der Bericht unter dem Eindruck verfasst wurde, die bereits erfolgte fristlose Kündigung möglichst zu rechtfertigen. Zudem sind die Aussagen, die die Zeugin Z. vor Gericht machte, vor dem Hintergrund zu bewerten, dass sie zwar nicht mehr im Betrieb der Beklagten angestellt ist. Sie hat jedoch ein Interesse daran, ihre Arbeit als Berufsbildnerin bei der Beklagten in einem möglichst guten Licht erscheinen zu lassen. [...] Da damit die Aussagen von Z. nicht als solche einer unabhängigen und unbefangenen Zeugin angesehen werden können, ist die Beklagte zum Nachweis eines wichtigen Grundes auf weitere Beweisdokumente und –aussagen angewiesen, die ihre Behauptung stützen könnten.

1.5.5. [Es folgen die Aussagen von C.]

1.5.6. Es ergibt sich aus den glaubwürdigen Aussagen des C., dass bereits vor Eintritt der Klägerin in die Lehre eine angespannte und etwas gehässige Stimmung im Betrieb der Beklagten bestanden hatte. Eine Zunahme dieser bestehenden Spannungen führt der Zeuge auf die Klägerin zurück, weil sie immer wieder die glei-

chen Fragen gestellt, gewisse Arbeiten nicht oder nicht rechtzeitig erledigt und sich mit Ausreden gewehrt habe. Darin bestätigte er die Aussagen der Berufsbildnerin Z., der er attestierte, sich sehr um die Klägerin bemüht zu haben. Allerdings wusste er darüber nichts Genaueres. Auch war ihm dabei nichts Spezielles aufgefallen.

Bei der inhaltlichen Gewichtung dieser Zeugenaussagen ist davon auszugehen, dass zu Beginn einer Lehre jede lernende Person dem betreffenden Ausbildungsbetrieb besondere Anstrengungen abverlangt. Gleich verhält es sich für die lernende Person. Sie unternimmt nach einer jahrelangen Schulzeit ihre ersten Schritte in der Berufswelt. Diese Umstellung ist für sie anspruchsvoll und verlangt, dass sie neue Fähigkeiten und vermehrt Initiative und Selbständigkeit entwickelt. Der Ausbildungsbetrieb wünscht sich verständlicherweise lernende Personen, die in allen diesen Aspekten wenig Betreuungsaufwand verursachen und rasche Fortschritte erzielen. Der Betrieb muss jedoch damit rechnen, dass eine lernende Person grösseren Aufwand bei der Begleitung und Betreuung verursacht, als gemeinhin üblich und erforderlich ist. Darauf muss ein Ausbildungsbetrieb vorbereitet sein und sein Ausbildungskonzept entsprechend anpassen können. Ein solches Konzept besteht darin, dass gemeinsam mit der auszubildenden Person die nächsten Lernziele in kleineren, auf ihr Lerntempo angepassten Schritten sowie in verbindlicher und nachprüfbarer Form geplant, vereinbart sowie kontrolliert werden. Zudem muss der Lernbetrieb auch in Erwägung ziehen, die Lehrperson, sofern und soweit möglich, zumindest zeitweilig auszuwechseln, weil die ausbildende Person möglicherweise auf eine von Berufsbildner zu Berufsbildner unterschiedliche Ausstrahlung und Autorität sowie auf eine verschiedene Art und Weise des Anleitens, Begleitens, Reflektierens und Korrigierens besser anspricht. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie vorliegend die auszubildende Person einer Lehrkraft anvertraut wird, die selber noch kaum eigene praktische Erfahrung in der Lehrtätigkeit mitbringt.

1.5.7. Der Aktennotiz von A., Berufsinspektor des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt, vom 30.7.2010 ist zu entnehmen, dass er am 27.4.2010 mit der Klägerin ein Gespräch geführt habe. An der Handelsschule KV Basel zeige sie recht gute Leistungen. Hingegen gebe es Schwierigkeiten im Lehrbetrieb. Es komme immer wieder zu Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten. Die betrieblichen Leistungsbeurteilungen (12/2009 und 2/2010) der Klägerin seien differenziert und zeigten verschiedene fachliche und methodisch-soziale Mängel auf. Auch bei Arbeiten, die täglich oder wöchentlich eingeübt werden könnten, sei die Klägerin im Rückstand. Gemäss telefonischen und schriftlichen Aussagen des Berufsbildners könne der Lehrerfolg unter den gegebenen Umständen und mit den steigenden Anforderungen nicht oder nur mit einem aussergewöhnlich grossen Betreuungsaufwand erreicht werden. Der Betreuungsaufwand sei gemäss Berufsbildner seinem grundsätzlich sehr motivierten Team nicht zumutbar. Am 31.5.2010 habe im Betrieb das Gespräch stattgefunden. Danach sei ihm die Auflösung des Lehrvertrages zugestellt worden. Gemäss seinen Unterlagen handle es sich bei der Beklagten um einen guten Lehrbetrieb. In den Jahren 1999, 2002, 2004, 2007 (zweimal), 2009 und 2010

hätten die Lehrverhältnisse erfolgreich abgeschlossen werden können. Vor der Lehrvertragsauflösung mit der Klägerin habe es nur im Jahre 2002 aus disziplinarischen Gründen in Schule und Betrieb eine Lehrvertragsauflösung gegeben. Herr B. sei ihm als verantwortungsvoller Berufsbildner bekannt. Seine Argumente seien nachvollziehbar. Zudem wolle die Klägerin nicht mehr in den Lehrbetrieb zurück.

Der Berufsinspektor A. wurde zudem anlässlich der Hauptverhandlung als Zeuge befragt. Er gab dabei zu Protokoll, die Klägerin habe keine schulischen Probleme, jedoch im Lehrbetrieb Probleme gehabt. Das Ziel sei der normale Lehrabschluss im Jahre 2012 gewesen. Es sei schwer zu beurteilen, ob die Lehre dort hätte zu Ende geführt werden können. Er habe jedoch nicht das Gefühl gehabt, dass die Lehre noch hätte gerettet werden können. Dabei sei der Fokus nicht auf die Leistungen der Klägerin, sondern auf die Dauer der noch bevorstehenden Lehrzeit gerichtet gewesen. Für ihn sei klar gewesen, dass man eine andere Lösung, eine andere Lehrstelle, habe suchen müssen. Zu diesem Schluss kam der Zeuge nach Konsultation der Dokumente des Lehrbetriebes, auf die er über eine Datenbank direkten Zugang hatte. Es handelte sich um die erste Beurteilung der Ausbildungs- und Lernsituation (ALS 1). [...] Die zweite Beurteilung der ALS hingegen habe er nicht gesehen. Sie sei zwar definiert gewesen, er habe jedoch das Ergebnis nicht gesehen. Zudem habe er drei Gespräche geführt, zwei mit der Klägerin sowie eines mit der Beklagten im Betrieb. Hingegen habe er kein Gespräch durchgeführt, an dem beide Parteien teilgenommen hätten. [...]

1.5.8. Die Klägerin widersprach den Aussagen des Zeugen A.. Die Beklagte habe mit ihr die ALS besprochen. Ihre Bewertung sei positiv gewesen. [...]

Bestätigt wurden die Aussagen des Zeugen A. bezüglich der guten schulischen Leistungen der Klägerin durch die Lehrerin am Kaufmännischen Verein N., die die Klägerin in Englisch unterrichtete. [...]

Ferner ist festzuhalten, dass ein Berufsinspektor bei der Beurteilung eines Lehrverhältnisses als Erstes die Berichte der Schule sowie die Betriebes heranzieht und konsultiert. Daraus ergeben sich Feststellungen und Bewertungen bezüglich Leistung und Verhalten der lernenden Person. Berufsinspektoren überprüfen gewöhnlich nicht selber die Leistungen und das Verhalten eines Lehrlings, sondern stellen auf diese Feststellungen von Schule und Betrieb ab. Auch überprüfen sie deren Bewertungen nicht umfassend, sondern lediglich hinsichtlich richtiger Methodik und Plausibilität. Diese Überprüfung dient dazu, die Lehrverhältnisse aus einer gewissen Distanz zu begleiten, Ausbilder und lernende Personen in wichtigen Fragen anzuhören, zu beraten und zu unterstützen. Die Berufsinspektoren greifen zudem durch geeignete Massnahmen in die Lehrverhältnisse ein, wenn die Ausbildung oder die lernende Person gefährdet sind. In diesem Sinne begleiten sie auch die Auflösung von Lehrverhältnissen, wenn die lernende Person oder der Ausbilder sich auf wichtige Gründe für eine sofortige Beendigung berufen. Allerdings obliegen die Entscheidung und

die Verantwortung für eine fristlose Kündigung derjenigen Vertragspartei, die die sofortige Auflösung aussprechen möchte und letztlich ausspricht.

Da vorliegend auch der Berufsinspektor A. in seiner Aktennotiz auf die Leistungsbewertungen der Beklagten abgestellt hat, ohne diese zu verifizieren, kann diese Aktennotiz nicht zum Beweis für die Richtigkeit der beklagischen Bewertungen dienen.

2.1. Die Klägerin absolvierte bei der Beklagten, bevor sich die Parteien auf eine Lehre und den Lehrbeginn einigten, eine Schnupperlehre. Eine Schnupperlehre soll der lernenden Person einen ersten Eindruck über einen bestimmten Beruf, den Inhalt und die Anforderungen der Lehre und die Verhältnisse im betreffenden Ausbildungsbetrieb vermitteln. Dem künftigen Lehrbetrieb dient sie dazu, die lernende Person kennenzulernen und erste Erfahrungen mit ihr im Betriebsalltag zu machen. Offensichtlich hielten beide Parteien die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Lehre gegeben und schlossen einen Lehrvertrag ab. Die Beklagte vereinbarte darin mit der Klägerin eine Probezeit, wobei sie die gewöhnlich maximal zulässige Dauer von drei Monaten (Art. 344a Abs. 3 OR) wählte.

Die Probezeit dient dem gegenseitigen Kennenlernen und Erproben, um abzuschätzen, ob sich die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und um über eine langfristige Bindung zu entscheiden (BGE 134 III 108 E. 7.1.1). Gewöhnlich führt eine Arbeitgeberin während der Probezeit ein sogenanntes Probezeitgespräch durch. Ein Probezeitgespräch empfiehlt sich in allen Arbeitsverhältnissen, namentlich jedoch in Lehrverhältnissen. Es ist hier ein erstes systematisches Gespräch zwischen der lernenden Person, ihrer Berufsbildnerin sowie gegebenenfalls der leitenden Person des Lehrlingswesens im Betrieb. Die Berufsbildnerin macht eine Standortbestimmung, stellt die bisherigen Leistungen und Fortschritte sowie das Verhalten der lernenden Person fest und nimmt eine Beurteilung vor, wobei sie auch die lernende Person anhört und sich selber sowie die Verhältnisse einschätzen lässt. Zudem entscheidet der Lehrbetrieb darüber, ob und unter welchen Bedingungen das Lehrverhältnis weitergeführt wird. Falls das Lehrverhältnis fortgesetzt wird, werden die nächsten Ziele und, sofern und soweit erforderlich, Verbesserungsmassnahmen festgelegt, erläutert und vereinbart. Schliesslich wird der Termin für das nächste systematische Mitarbeitergespräch mit der lernenden Person bestimmt. Das Probezeitgespräch wird protokolliert oder zumindest zusammengefasst. Über dessen Ergebnis werden die lernende Person sowie ihre Eltern schriftlich informiert.

Falls sich die Leistungen der lernenden Person während der Probezeit nicht ausreichend beurteilen lassen oder die Zielvorgaben nur ungenügend erreicht wurden, so kann vereinbart werden, dass die Probezeit um weitere maximal drei Monate verlängert wird. Erforderlich ist dazu zudem, dass die zuständige kantonale Behörde – in Basel-Stadt die Verwaltungsabteilung Berufsberatung, Berufs- und Erwachsenenbildung des Erziehungsdepartements – der Verlängerung zustimmt (Art. 344a Abs. 4 OR; § 22 Abs. 2 des baselstädtischen Berufsbildungsgesetzes iVm § 2 Abs. 2 der

zugehörigen Berufsbildungsverordnung). Sollten sich in der Probezeit die Erwartungen an die lernende Person und ihre Eignung für Lehre und Beruf nicht einstellen oder bestätigen, so kann der Ausbildungsbetrieb den Lehrvertrag jederzeit und unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist von bloss sieben Tagen kündigen (Art. 346 Abs. 1 OR). Im Unterschied zu einer Kündigung, die erst nach Ablauf einer ersten oder verlängerten Probezeit ausgesprochen wird, bedarf es dazu keiner besonderen Gründe. In diesem Fall ist die genannte Verwaltungsabteilung des Erziehungsdepartements lediglich sofort schriftlich zu informieren (§ 22 Abs. 1 des kantonalen Berufsbildungsgesetzes).

2.2. Die eigentliche Lehre begann vorliegend am 10.8.2009, womit die dreimonatige Probezeit am 9.11.2009 ablief, ohne dass die Beklagte mit der Klägerin eine Probezeitverlängerung vereinbart oder von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Es wurde weder vorgebracht noch ist dokumentiert, dass im Verlaufe der drei Monate, namentlich gegen der Ende der dreimonatigen Dauer, ein systematisches und formalisiertes Probezeitgespräch stattgefunden hat. Namentlich liegt kein Probezeitbericht vor, der die Leistungen, die Fortschritte und das Verhalten der Klägerin festhält und bewertet sowie die Folgen für die Lehre festlegt. Auf die Frage der Rechtsvertreterin der Klägerin, ob die Leistungen der Klägerin bereits in der Zeit von Oktober/November 2009 problematisch gewesen seien, gab die als Zeugin einvernommene zuständige Berufsbildnerin Z. lediglich an, es sei ein schleichender Prozess und nicht von heute auf Morgen gewesen. Die Beklagte führte jedoch am 22.12.2009 und damit eineinhalb Monate nach der Beendigung der dreimonatigen Probezeit ein Gespräch durch, an der die Klägerin, deren Mutter M. sowie seitens der Beklagten Z. und B. teilnahmen. Dieses Gespräch wurde offensichtlich nicht dokumentiert. Um den Gesprächsinhalt wiederzugeben, beruft sich die Beklagte auf die Aussagen von Z. und ihre eigene Erinnerung daran. Nach den Aussagen von Z. habe man dort die Problematik der Lehre angesprochen und auf die Leistungen der Klägerin hingewiesen. An die Details vermöge sie sich jedoch nicht mehr zu erinnern. Auf die Frage ihrer eigenen Rechtsvertreterin gab ferner B. für die Beklagte zu Protokoll, er vermöge sich nicht daran zu erinnern, dass die Auflösung des Lehrverhältnisses im Rahmen dieses Gesprächs angesprochen worden sei. Er habe damals jedoch angemerkt, dass es nicht gut laufen würde und sie dies weiter beobachten müssten. Diese Aussagen decken sich mit den Erinnerungen von M., die sie als Auskunftsperson zur Protokoll gab. Es habe dort lediglich geheissen, ihre Tochter müsse sich mehr engagieren. Zielvorgaben seien keine vereinbart worden.

2.3. Die Beklagte lernte die Klägerin, wie erwähnt, bereits während der Schnupperlehre in ihrem Betrieb kennen. Augenscheinlich hielt sie deren Leistungen und Verhalten für ausreichend gut, um mit ihr einen Lehrvertrag für eine dreijährige Lehre als Kauffrau E-Profil einzugehen. Die Beklagte bekundete dadurch ihre Überzeugung als Ausbildungsbetrieb, dass die Klägerin aus ihrer damaligen Sicht diese Lehre erfolgreich würde bestehen können. Der Lehrvertrag wurde mit einer dreimonatigen Probezeit abgeschlossen. Eine dreimonatige Probezeit entspricht in Lehrverhältnissen

und damit abweichend von der massgebenden Vorschrift im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht (Art. 335b Abs. 1 OR: 1 Monat) der gesetzlichen Regel, wenn im Lehrvertrag eine Probezeit nicht erwähnt ist (Art. 344a Abs. 3 OR). Es kann daraus daher nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte bereits damals gewisse Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Klägerin gehegt hatte. Solche Zweifel hat die Beklagte denn für jene Zeit auch nie behauptet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie behauptet, die Leistungen der Klägerin seien schleichend zurückgegangen, was die Zeugin Z. auf ein nachlassendes Interesse und eine zurückgehende Motivation der auszubildenden Person zurückführte. Wann dieser Prozess begonnen und wie er sich entwickelt haben soll, hat die Beklagte nicht angegeben. Einen Hinweis darauf findet sich lediglich im Betreuungsbericht der Berufsbildnerin Z..

Dieser Bericht stammt allerdings, wie bereits erwähnt, nicht aus der Zeit während des Lehrverhältnisses selber. Die Berufsbildnerin verfasste ihn im Juni 2010 und damit rückblickend nach der Beendigung der Lehre Ende Mai 2010. [...]

[B]eide Parteien [wurden] im Hinblick auf die Hauptverhandlung zur Einreichung ihrer Beweismittel innert gesetzter Frist aufgefordert. In ihrer Beweismittelleingabe vom 13.5.2011 reichte die Beklagte zu den Vorgängen während des Lehrverhältnisses lediglich die Aktennotiz der Lehraufsicht des Erziehungsdepartements betreffend Lehrvertragsauflösung vom 30.7.2010 sowie den erwähnten Betreuungsbericht der Berufsbildnerin Z. und beantragte die Einvernahme von Z., A. und C. als Zeugen. Zudem hat sie auch anlässlich der Hauptverhandlung weder zusätzliche Beweisanträge gestellt noch solche Beweismittel ins Recht gelegt. Sollten doch noch weitere Dokumente existieren, so hätte die Beklagte diese im eigenen Interesse zu den Akten geben müssen, weil sie die Berechtigung zur fristlosen Kündigung nachzuweisen hat (Art. 8 ZGB).

Daran ändert auch der im Verfahren vor Arbeitsgericht bis zum Streitwert von CHF 30'000.00 gültige Untersuchungsgrundsatz nichts. Die sozialpolitisch begründete Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 aOR (bzw. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO) ermöglicht den Parteien eine persönliche Prozessführung, ohne dass sie zu ihrer Unterstützung einen Anwalt beiziehen müssen. Die Parteien werden durch den Untersuchungsgrundsatz jedoch weder von einer aktiven Mitwirkung im Prozess noch von der Verantwortung entbunden, dem Gericht sowohl die Tatsachen des Falles zu unterbreiten als auch die Beweismittel zu bezeichnen. Falls eine Partei namentlich von Prozessanfang an anwaltlich vertreten oder verbeiständet ist, „darf das Gericht in aller Regel auf die Sachkunde des Rechtsvertreters vertrauen und sich darauf verlassen, dass ihm der Prozessstoff sowohl behauptungs- als auch beweismässig vollständig vorliegt“ (BGer 4C.143/2002 E. 3; 4A_635/2009 E. 2.2; 4C.340/2004 E. 4.2). Vorliegend sind beide Parteien sowohl im Vorverfahren als auch in der Hauptverhandlung von ihren Anwälten bzw. Anwältinnen begleitet und unterstützt worden. Hinzu kommt, dass das Gericht wie in allen Vorverfahren vor Arbeitsgericht die Parteien ausdrücklich auf die Prozesschancen und -risiken aufmerksam gemacht hat. Dazu gehören im Falle von fristlosen Kündigungen, die zu beurteilen sind, stets auch

Hinweise auf die Anforderungen nach Gesetz und Rechtsprechung, damit diese als gerechtfertigt angesehen werden könnten, sowie auf die spezifische Beweislastverteilung in diesem Zusammenhang.

2.4. Wenn sich – wie nach Ansicht der Beklagten – bereits während der Probezeit deutliche Leistungsdefizite der Klägerin offenbarten, so wäre zu erwarten gewesen, dass sie mit der Klägerin bereits damals ein systematisches und formalisiertes Gespräch geführt hätte. Sie hätte dabei der Klägerin und ihren Eltern gegenüber die behaupteten Mängel ihrer Arbeiten dokumentieren und festhalten sowie allfällige Konsequenzen aufzeigen können und müssen. Mögliche weitreichende Konsequenzen wären wie erwähnt die Kündigung des Lehrverhältnisses unter Einhaltung einer sieben-tägigen Kündigungsfrist oder die vertragliche Verlängerung der Probezeit um bis zu drei weitere Monate gewesen. Da die Beklagte auf ein derartiges Probezeitgespräch offensichtlich verzichtet und auch nicht das Lehrverhältnis gekündigt oder die Erstreckung der Probezeit vorgeschlagen hatte, lässt den Schluss zu, sie habe die angeblichen Leistungsdefizite der Klägerin selber nicht als so gravierend eingeschätzt, dass sie darin eine Gefährdung der Lehre erblickte. Ein Gespräch führte die Beklagte mit der Klägerin und ihrer Mutter erst am 22.12.2009 durch. Gesprächsthema waren zwar, wie sich auch aus den Aussagen der Mutter der Klägerin als Auskunftsperson vor Gericht ergab, die Leistungen ihrer Tochter im Betrieb. Wie bereits festgestellt, fehlt allerdings jede Dokumentation dieses Gesprächs. Namentlich liegt weder ein Gesprächsprotokoll noch eine Zusammenfassung vor. Zudem konnte sich auch die als Zeugin einvernommene Z. nicht an die Einzelheiten erinnern. Deshalb kann nicht gesagt werden, ob die Beklagte zu jenem Zeitpunkt grosse Defizite bei den Leistungen der Klägerin, die die Fortführung der Lehre in Frage stellten, festgestellt und dies der Klägerin sowie ihrer Mutter vermittelt hat. [...]

2.5. [...] Die Kündigungsgründe [...] sind an den Voraussetzungen in Art. 346 Abs. 2 lit. b OR zu messen. Danach ist ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gegeben, wenn die lernende Person „[...] nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt [...].“ Zusätzlich sind „die lernende Person und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung [...] vorgängig anzuhören.“ Das Anhörungsrecht ist wie der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur und daher zwingend zu gewähren. Es bezieht sich spezifisch auf die von einem Lehrbetrieb beabsichtigte fristlose Kündigung. Sofern die lernende Person im Zeitpunkt der Anhörung noch nicht volljährig ist, ist auch deren gesetzliche Vertretung anzuhören.

Die am 13.5.1992 geborene Klägerin wurde am 13.5.2010 18 Jahre alt und damit volljährig. Die fristlose Kündigung erfolgte am 31.5.2010. Die Beklagte hat weder behauptet noch ist erstellt, dass sie vor dem 13.5.2010 die Klägerin und deren Mutter bzw. nach diesem Datum zumindest die Klägerin mit ihrer Absicht, das Lehrverhältnis fristlos zu beenden, konfrontiert und ihnen dabei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Insbesondere war im Gespräch vom 22.12.2009 der Beklagten mit der Klägerin und ihrer Mutter eine Auflösung der Lehre offensichtlich kein Thema, wie

sich selbst aus den Aussagen der Beklagten und der Zeugin Z. ergibt. Zudem erinnerte sich die Klägerin daran, dass die Beklagte ihr gegenüber Zweifel an einer Fortführung der Lehre äusserte. Abgesehen davon, dass sich diese Aussage der Beklagten nur an die damals noch minderjährige Lernende selber und nicht auch an ihre Eltern als gesetzliche Vertreter richtete, vermöchten geäusserte Zweifel an einer Lehrfortsetzung noch nicht die in Art. 346 Abs. 2 lit. b OR geforderte Mitteilung der Absicht der Lehrbeendigung zu erfüllen. Da die gesetzlich vorgeschriebene Konfrontation und Anhörung durch die Beklagte als Lehrbetrieb nicht stattfanden, ist die fristlose Kündigung deswegen als ungültig anzusehen. Allerdings führt dies nicht dazu, dass sich eine Beurteilung, ob die fristlose Kündigung auch ungerechtfertigt war, erübrigen würde. Wie zu den Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Kündigung ohne vorgängige Anhörung darzulegen ist, entsprechen diese nämlich jenen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung, die nach Durchführung einer ordentlichen Anhörung ausgesprochen wurde.

2.6. Berufliches Ungenügen an einer Arbeitsstelle genügt als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR nur dann, wenn eine völlige berufliche Unfähigkeit vorliegt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Art. 337 OR N 5d, S. 739). Im Lehrverhältnis wird vorausgesetzt, dass der Lernperson die zur Ausbildung erforderlichen körperlichen oder geistigen Voraussetzungen überhaupt fehlen. Darauf darf [...] nicht aus einem vorübergehenden Leistungsabfall geschlossen werden. Vielmehr muss aufgrund von nachweisbaren Leistungsdefiziten vorauszusehen sein, dass die Lernperson mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Lehrabschlussprüfung nicht bestehen würde. Dazu bedarf es entsprechend sicherer Anzeichen (siehe vorstehend unter Ziffer 1.3.). Das Arbeitsgericht schloss in einem anderen beurteilten Fall darauf bei einer lernenden Dentalassistentin, weil sie in den naturwissenschaftlichen Fächern der Berufsfachschule grosse Schwierigkeiten hatte, was sich in nicht bloss ungenügenden, sondern durchgehend schlechten Schulnoten zeigte. Hinzu kam dort, dass die Lernende auch die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrschte (GSGer BS, JAR 2011, S. 425 E. 2a-2c = BJM 2011, S. 314 E. 2a-2c).

2.6.1. Vorliegend sind sich die Parteien darin einig, dass die Klägerin in der Berufsschule keine Schwierigkeiten hatte. Davon ist auch der Berufsinspektor A. überzeugt, wie er als Zeuge zu Protokoll gab. Die als Zeugin einvernommene Englischlehrerin N. attestierte der Klägerin zudem, dass sie in der Schule sehr konzentriert, pflichtbewusst und zuverlässig gewesen sei. Damit kontrastiert, dass die Beklagte die Klägerin als unsicher und unselbständig erlebt haben will, die die kleinsten Aufgaben nicht richtig ausgeführt und trotz einer intensiven Betreuung und vieler Gespräche ihre Leistungen nicht verbessert habe. Die Beklagte führt dies darauf zurück, dass die Klägerin private Probleme gehabt habe und mit der Belastung in der Arbeitswelt nicht klar komme. Die Beklagte beruft sich, wie erwähnt zum Beweis auf den Betreuungsbericht von Z. und deren Befragung vor Gericht. Es wurde bereits erwogen, dass die Ausführungen und Aussagen der Berufsbildnerin Z. durch die

Klägerin detailliert bestritten wurden und nicht zum Beweis ausreichend sind, weil der Betreuungsbericht erst nach der fristlosen Kündigung verfasst wurde und die Berufsbildnerin Z. auch als befangen zu gelten hat.

2.6.2. Die Aussagen des Zeugen C., die als glaubwürdig anzusehen sind, offenbaren allerdings typische Schwierigkeiten der Klägerin bei der Ausübung praktischer Berufsarbeit, auf die ein Lehrbetrieb bei der Ausbildung von Schulabgängerinnen und Schulabgängern ohne jede Berufspraxis vorbereitet sein muss. Namentlich ist es nichts aussergewöhnliches, dass ein Lehrling, der im letzten Lehrjahr steht, einer Lernenden im ersten Lehrjahr wöchentlich Arbeiten abnimmt, mit ihr gemeinsam erledigt oder nochmals erklärt, was übrigens auch der Zeuge C. als normal bezeichnete. Hingegen fiel dem Zeugen negativ auf, dass es der Klägerin an Initiative und Selbständigkeit gemangelt habe, weil sie immer wieder die gleichen Fragen gestellt, sich jedoch keine Notizen gemacht habe. Das negative Bild, das der dienstältere Lehrling daraus – und vor dem Hintergrund seiner Erfahrungen aus der eigenen Lehre – von der Klägerin gewann, ist verständlich. Als Lehrbetrieb durfte hingegen die Beklagte davon nicht dermassen überrascht sein, dass sie deswegen bereits an einem erfolgreichen Lehrabschluss der Klägerin zweifelte. Dies gilt selbst dann, wenn die Klägerin dieses Verhalten über einige Zeit gezeigt haben sollte. Eine Lehre dient nicht nur der Vermittlung theoretischen und praktischen Berufswissens sowie der Umsetzung und der Einübung des Erlernten bei der praktischen Arbeit im Betrieb. Der Inhalt jeder Lehre ist auch die Vorbereitung auf die allgemeinen Anforderungen von Beruf und Wirtschaft, denen die lernende Person nach erfolgreichem Abschluss der Lehre sollte genügen können. Dazu gehört primär das Entwickeln von Initiative und Selbständigkeit in einem Masse, wie es die Lernperson von der obligatorischen Schulzeit nicht gewohnt ist. Dies bedeutet für die lernende Person eine grosse Umstellung und verlangt vom Lehrbetrieb, dass er diese dazu anleitet und begleitet, was zuweilen länger als erwartet dauert und von ihm entsprechend Nachsicht und Geduld erfordert. Zudem muss der Lehrbetrieb auch eine günstige Lehratmosphäre bieten können.

Da die Klägerin in der Berufsschule gute Leistungen erbrachte und auch durch Pflichtbewusstsein auffiel, durfte und musste die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin darin ausreichende Fortschritte erzielen würde. Ihr stand mit Z. eine Berufsbildnerin zur Seite, die sich nach den Aussagen des Zeugen C. sehr um die Klägerin bemüht habe. Genaueres zur Arbeit der Berufsbildnerin wusste dieser jedoch nicht zu berichten. Die Klägerin bestritt die Ausführungen und Aussagen von Z., dass ihr alles genau erklärt worden sei. Man habe für sie allgemein im Betrieb nicht viel Zeit gehabt. Der Zeuge C. berichtete davon, dass bereits vor Lehrbeginn der Klägerin die Stimmung im ganzen Team angespannt und etwas gehässig gewesen sei. Danach habe dies sogar noch zugenommen.

Der Betrieb der Beklagten bestand zur Zeit der Lehre der Klägerin aus drei ausgelerten Angestellten, die alle auch als Berufsbildner eingesetzt waren und dabei je eine lernende Person betreuten. Dies ist ein in Lehrbetrieben selten anzutreffendes

Zahlenverhältnis von Lehrpersonen zu lernenden Personen, das sowohl für den Lehrbetrieb als auch für die betreffenden Berufsbildner eine grosse Herausforderung und eine ebensolche Belastung darstellt. Die Berufsbildner, die neben ihrer Ausbildungstätigkeit auch andere Arbeiten zu erledigen haben, können diese nicht an weitere Angestellte des Betriebs delegieren und sich dadurch entlasten. Es fällt auf, dass die Beklagte, wie sich aus ihrer Website ergibt, aktuell bei einem Personalbestand von weiterhin drei Mitarbeitern lediglich noch eine einzige Lernende (Kauffrau E-Profil) ausbildet. Es liegt nahe, dass die starke Belastung der Beklagten durch eine gleichzeitige Ausbildung von drei lernenden Personen zu der vom Zeugen C. festgestellten Anspannung im Team zumindest beigetragen hat. Dass diese Stimmung sich noch zusätzlich verschlechterte, als die Klägerin gewisse Arbeiten nicht erledigte, ist nachvollziehbar. Unter solchen Umständen kann nicht von einer optimalen Lehr- und Lernatmosphäre gesprochen werden. Dafür trägt nicht etwa die Klägerin, sondern die Beklagte als Lehrbetrieb die Verantwortung. Die Beklagte hätte bedenken müssen, dass die der Klägerin vorgehaltenen Lernschwierigkeiten damit in Zusammenhang stehen konnten. Es wäre deshalb an der Beklagten gewesen, Massnahmen einzuleiten, um den Lernschwierigkeiten der Klägerin angemessen Rechnung zu tragen. Dazu hätte namentlich gehören können, dass die Beklagte die Berufsbildnerin Z., die lediglich über wenig praktische Erfahrung mit lernenden Personen verfügte, durch einen erfahreneren Berufsbildner ersetzt hätte. Für diese Aufgabe wäre der Geschäftsführer der Beklagten, B., der auch die Hauptverantwortung für die Berufsbildung im Betrieb inne hatte, in Frage gekommen. Die Beklagte hatte jedoch einen Austausch der Berufsbildnerin für die Klägerin nie in Erwägung gezogen, wie ihr Geschäftsführer auf entsprechende Frage des Gerichts ausdrücklich einräumte.

2.6.3. Die Beklagte beruft sich bezüglich der klägerischen Leistungen ferner auf die Standortbestimmungen im Rahmen der beiden durchgeführten Ausbildungs- und Lernsituationen (ALS). Sie will dabei weit unterdurchschnittliche Leistungen sowie grosse Defizite der Klägerin festgestellt haben. Allerdings hat die Beklagte die ALS 1 und 2 nicht ins Recht gelegt, weshalb diese nicht berücksichtigt werden können. Auch erinnerte sich der Berufsinspektor und Zeuge A. nur an die ALS 1, deren Ergebnisse im ersten Teil ungenügend, hingegen im zweiten Teil genügend gewesen seien. Nicht gesehen habe er hingegen die ALS 2. Weitere Ausführungen zur ALS enthält der Betreuungsbericht von Z., den die Berufsbildnerin allerdings erst nach der fristlosen Kündigung erstellte. Deshalb und weil Z. als verantwortliche Berufsbildnerin befangen erscheint, taugen ihre Ausführungen und Aussagen zu den Leistungen der Klägerin nicht zum Beweis.

Die Klägerin selber will sich an eine positive Bewertung der ALS, die über Outlook erfolgt sei, erinnern. Sie habe dabei von ihrer Berufsbildnerin Z. im Hinblick auf die Zukunft eine positive Rückmeldung erhalten. Zudem hat die Klägerin eine durch sie während der Lehre erstellte, am 27.1.2010 abgegebene Arbeit über die Büromaterialbewirtschaftung im Betrieb der Beklagten ins Recht gelegt. Diese Arbeit wurde durch H. von der IGKG (Interessengemeinschaft Kaufmännische Grundbildung) bei-

der Basel beurteilt. Die Klägerin erreichte dabei 58 von 72 möglichen Punkten, was mit der Note 5 bewertet wurde.

Die Leistungen der Klägerin im Betrieb der Beklagten waren, soweit bekannt und erstellt, nicht gleich gut wie jene, die sie in der Berufsschule zeigte. Nicht nachgewiesen ist allerdings, dass ihre Leistungen derart schlecht waren, wie es die Beklagte behauptet. Es bestehen zwar Hinweise darauf, dass die Klägerin in der ALS 1, was das Fachliche angeht, ungenügend war. Andererseits erreichte sie mit ihrer Arbeit über die betriebliche Büromaterialbewirtschaftung eine gute Note.

2.6.4. Die Beklagte wirft der Klägerin ausserdem vor, dass sie private Probleme gehabt habe, was eine Kommunikation zwischen der Berufsbildnerin und der Lernenden letztlich verunmöglicht habe. Dabei beruft sie sich auf den Betreuungsbericht und die Aussagen der Berufsbildnerin Z.. Danach habe die Klägerin offenbar ausserordentlich darunter gelitten, dass ihr Bruder aus dem gemeinsamen Elternhaus ausgezogen sei und mit ihr in der Folge kein Wort mehr gesprochen habe. Es sprengt den Rahmen einer beruflichen Ausbildung, solche Probleme in einem Betrieb lösen zu wollen. Das Gespräch mit der Mutter der Klägerin am 22.12.2009 habe auch dazu gedient, die Situation ihrer Tochter nachzuvollziehen zu können. Man sei an diese jedoch nicht herangekommen. Die als Auskunftsperson befragte Mutter M. bestätigte, dass ihrer Tochter das Verhalten des Bruders nach seinem Auszug zu schaffen gemacht habe. Sie habe ihr nach dem Gespräch am 22.12.2009 geraten, kommunikativer und aufgestellter zu sein.

Dazu ist Folgendes zu bemerken. Ein Lehrbetrieb, der Lernende im Alter der Klägerin ausbildet, muss davon ausgehen, dass sich diese in einer Lebensphase befinden, in der sie sich von Eltern und Geschwistern lösen und neu orientieren. Dieser Ablösungsprozess verläuft individuell, oft nicht gradlinig und kann von vielfältigen psychischen Belastungen geprägt sein. Aufgabe des Lehrbetriebs ist es vor allem, darauf Rücksicht zu nehmen und Nachsicht zu üben. Dabei muss sich die berufsbildende Person darüber bewusst sein, dass diese Lebensphase insgesamt längere Zeit dauern kann.

2.6.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin in der Berufsschule keinerlei Probleme hatte. Deshalb sprach auch nach dem Urteil des Zeugen A. aus schulischer Sicht nichts gegen den im Lehrvertrag vereinbarten Lehrabschluss im Jahre 2012. Die Leistungen der Klägerin im Betrieb waren, soweit sie bekannt und erstellt sind, zwar wohl nicht gleich gut wie jene, die die Klägerin in der Schule zeigte. Sie können jedoch nicht als schlecht bezeichnet werden. Vielmehr sind sie aufgrund der vorliegenden Beweise als ungenügend bis gut zu bezeichnen. Daraus lässt sich nicht behaupten, dass der Klägerin die für eine erfolgreiche Ausbildung zur Kauffrau E-Profil unentbehrlichen Anlagen gefehlt hätten.

Nach Ansicht der Berufsinspektors und Zeugen A. war es schwer zu beurteilen, ob die Lehre bei der Beklagten hätte zu Ende geführt werden können. Den Grund dafür erblickte er nicht darin, dass die Klägerin intellektuell der Lehre nicht gewachsen ge-

wesen wäre. Auch könne er ihre Praxiskompetenz nicht beurteilen. Hingegen sei es die Doppelbelastung von Schule und Beruf gewesen, die sich für die Klägerin als zu viel erwiesen habe. Bei dieser Belastung komme es erfahrungsgemäss zu Fehlern, was zu einem Misstrauen des Lehrbetriebs der lernenden Person gegenüber führe. Aus seiner Sicht habe zwischen den Parteien das Vertrauensverhältnis gefehlt. Er habe deshalb nicht das Gefühl gehabt, dass sich die Lehre hätte retten lassen. Die Lehre wäre daher besser in einem anderen Lehrbetrieb fortgeführt worden.

Auch aus der Einschätzung des Berufsinspektors ergibt sich damit nicht, dass die Klägerin ihre Lehre bei der Beklagten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht hätte zu Ende führen können. Es fällt auf, dass A. einerseits davon ausgeht, die Klägerin sei durch Schule und Beruf zusammen zu stark belastet gewesen. Andererseits hält er es jedoch für möglich, dass die Klägerin die Lehre in einem anderen Betrieb weitergeführt hätte. Da eine Doppelbelastung von Schule und Beruf bei jeder Lehre gegeben ist, scheint nach seiner Einschätzung die zu hohe Belastung mit dem Betrieb der Beklagten zusammenzuhängen. Falls dies tatsächlich zuträfe, wäre nach den Gründen hierfür zu fragen. Es wurde bereits auf die vom Zeugen C. geschilderte angespannte Stimmung im Betrieb der Beklagten hingewiesen, die keine optimale Lehr- und Lernatmosphäre geboten hat, wofür nicht die Klägerin, sondern die Beklagte massgebend die Verantwortung trägt. Deshalb wäre die Beklagte, sollte die Klägerin, wie der Berufsinspektor vermutet, der Doppelbelastung von Schule und Beruf in ihrem Betrieb nicht gewachsen gewesen sein, nicht berechtigt gewesen, dies zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen.

2.7. Nach alledem ergibt sich, dass die fristlose Kündigung der Beklagten weder gültig noch gerechtfertigt war. Erstens hat die Beklagte die Klägerin und ihre Mutter bzw. die Klägerin allein nicht mit ihrem Entschluss, das Lehrverhältnis per sofort aufzulösen, konfrontiert und sie danach auch nicht angehört, was die Kündigung ungültig macht. Zweitens liegt kein ausreichend wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung vor. Die fristlose Kündigung erscheint noch umso ungerechtfertigter, als es die Beklagte – nachdem sie bereits während der Probezeit deutliche Leistungsdefizite bei der Klägerin festgestellt haben wollte – verpasst hatte, mit der Klägerin ein systematisches Probezeitgespräch zu führen und gegebenenfalls eine Verlängerung der Probezeit zu beantragen oder aber auf sieben Tage hinaus eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Unter diesen Umständen stellt sich auch die Frage, ob die fristlose Kündigung überhaupt unverzüglich ausgesprochen wurde, nachdem der Beklagten der Kündigungsgrund ausreichend bekannt war. Diese Frage kann vorliegend jedoch offenbleiben.

3.1. Die Klageforderung von CHF 29'900.00 brutto zuzüglich 5% Zins seit dem 1.6.2010 setzt sich aus Schadenersatz von CHF 26'600.00 brutto, aus CHF 2'800.00 brutto Entschädigung sowie aus CHF 500.00 für Umtriebe der Eltern bei der Suche nach einer neuen Lehrstelle für die Klägerin zusammen.

3.2. Die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch die Arbeitgeberin ergibt sich auch bei Lehrverhältnissen aus Art. 337c OR. Danach schuldet die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin Ersatz dessen, was diese verdient hätte, wenn das Lehrverhältnis, das auf eine bestimmte Vertragsdauer abgeschlossen wurde, ordentlich beendet worden wäre (Abs. 1). Zudem kann das Gericht auf Begehren der gekündigten Partei die Arbeitgeberin zur Bezahlung einer Entschädigung nach seinem Ermessen von bis zu sechs Monatslöhnen verpflichten (Abs. 3). Während die Leistung nach Abs. 1 Schadenersatz darstellt, der, sofern keine Schadensminderung eintritt, bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung in vollem Umfang zuzusprechen ist, hat das Gericht bei der Festsetzung der Entschädigung nach Abs. 3 die konkreten Umstände zu würdigen. Dazu gehören insbesondere die soziale und wirtschaftliche Situation beider Parteien, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der Gekündigten, die Enge und die Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung vor der Kündigung, die Art, wie gekündigt wurde, das Mitverschulden der Arbeitnehmerin, deren Alter im Kündigungszeitpunkt und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung. Keines dieser Kriterien ist dabei für sich allein bestimmend (BGer 4C.321/2005 E. 9.1; BGE 121 III 64 E. 3c).

Fraglich sind die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, der keine oder keine rechtsgenügende Anhörung nach Art. 346 Abs. 2 lit. b OR vorausgegangen ist. Folge einer dadurch ungültigen Kündigung wäre, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt und im Falle einer fristlosen Kündigung auch nicht beendet wäre. Im Zusammenhang mit einer nach Art. 336c OR nichtigen und daher damit vergleichbaren Kündigung ist die Arbeitnehmerin verpflichtet, ihre Arbeit anzubieten, will sie weiterhin Lohn beanspruchen. Die Arbeitgeberin hat jedoch die Angestellte aufzuklären, wenn sie aufgrund der Umstände, insbesondere der Stellung oder Ausbildung der Arbeitnehmerin, nicht erwarten kann, dass diese die Rechtslage erkennt (ZK-STAEHELIN, 1996, Art. 336c OR N 20, S. A 600; GS Ger BS, JAR 1983, S. 170). Dies ergibt sich aus ihrer Fürsorgepflicht. Im Lehrverhältnis ist eine Arbeitnehmerin erst in Ausbildung, regelmässig sehr jung und völlig unerfahren. Daher bedarf sie eines besonderen Schutzes. Entsprechend gilt hier eine noch gesteigerte Fürsorgepflicht. Hinzu kommt, dass der lernenden Person ein Arbeitsangebot auch nicht zuzumuten wäre. Aufgrund der Schwere der Vorwürfe der Arbeitgeberin wäre nicht zu erwarten, dass diese die Lehre überhaupt fortsetzen wollte und würde. Zudem wäre ohnehin überaus fraglich, ob nach dem Aussprechen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung überhaupt noch ein Vertrauensverhältnis hergestellt werden könnte, um eine Ausbildung erfolgreich zu gestalten. Aus diesen Gründen ist eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, ohne dass dazu vorgängig eine ausreichende Anhörung stattgefunden hat, ebenfalls nach den Regeln von Art. 337c OR zu behandeln. Anders zu entscheiden, liefe zudem darauf hinaus, dass eine Arbeitgeberin, die eine lernende Person nicht nur aus unzureichenden Gründen fristlos kündigt, sondern sie auch nicht vorgängig anhört, besser fährt, als wenn sie das Anhörungsrecht ordentlich gewähren würde. Die Einführung des Anhörungsrechts in Art. 346 Abs. 2 lit. b OR sollte

jedoch die Rechtsstellung der lernenden Person stärken und nicht verkomplizieren und schwächen.

Dies gilt nicht nur für den Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR, sondern auch für die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR, weil die lernende Person unabhängig davon, ob sie vorher angehört wurde, durch die Kündigung schwer in ihrer Persönlichkeit verletzt wird.

3.3. Vorliegend hätte das Lehrverhältnis bis am 9.8.2012 gedauert. Als monatliche Bruttolöhne wurden CHF 700.00 im ersten Bildungsjahr, CHF 900.00 im zweiten Bildungsjahr und CHF 1'200.00 im dritten Bildungsjahr vereinbart. Ausgehend von der letzten Lohnzahlung für Mai 2010 hätte die Klägerin bis zum Ende des Lehrverhältnisses im August 2012 noch insgesamt CHF 26'600.00 brutto Lohn erhalten. In diesem Umfang steht ihr, weil die fristlose Kündigung der Beklagten ungerechtfertigt ist, grundsätzlich Schadenersatz zu. Die Beklagte hat zu Recht diese Berechnung der Klägerin nicht in Frage gestellt. Hingegen hat sie einwenden lassen, dass die Klägerin, die heute die Schule besucht, um später die Berufsmatura zu erreichen, sich selber für diesen Weg entschieden habe und daher nicht geltend machen könne, dass ihr der Lehrlingslohn entgangen sei.

3.4. Die Beklagte hat vor ihrer fristlosen Kündigung den Berufsinspektor A. kontaktiert, der mit den Parteien getrennte Gespräche durchführte. Dabei kam der Berufsinspektor, wie er als Zeuge aussagte und bereits erwähnt wurde, zur Überzeugung, dass die Klägerin ihre Lehre in einem anderen Lehrbetrieb fortsetzen sollte. Aus diesem Grund konsultierte er die ihm als Berufsinspektor vorliegende Liste der offenen Lehrstellen. Aus der Aktennotiz, die A. am 30.7.2010 erstellte, ergibt sich, dass er diese Liste am 2.6.2011 auch der Klägerin zur Verfügung gestellt habe. Dabei habe der Versuch, ihr eine Anschlusslösung bei einer Versicherung in Basel zu ermöglichen fehlgeschlagen, da sich dieser Lehrbetrieb für eine andere Person entschieden habe. Zudem sei ihm ein öffentlicher Transportbetrieb mit einer aktuellen Lehrauflösung als für die Klägerin ungeeignet erschienen. Die Klägerin bestätigte, dass sie eine Liste von Lehrbetrieben mit offenen Lehrstellen erhalten hat. Sie habe sich bei diesen Betrieben gemeldet, aber keine Gelegenheit zur Fortsetzung ihrer Lehre bekommen. Dabei reichte sie eine Liste von 13 Lehrbetrieben ein, die sie zu diesem Zweck im Juni 2010 schriftlich, telefonisch oder durch persönliche Vorsprache kontaktiert habe. Davon abgesehen ist der Mangel an Lehrstellen auf dem Lehrstellenmarkt der Region Basel in den vergangenen Jahren als notorisch zu bezeichnen. Unter diesen Umständen kann der Klägerin nicht vorgehalten werden, dass sie ihre Lehre nicht anderswo weitergeführt und sich stattdessen für eine Fortsetzung der Schule entschieden hat. Die Klägerin ist damit ihrer Schadenminderungspflicht ausreichend nachgekommen. Es wäre vielmehr an der Beklagten gewesen nachzuweisen, wo die Klägerin die Lehre hätte fortführen können. Im Übrigen ist vor allem die

Beklagte der Ansicht ist, die Klägerin sei für eine Lehre nicht prädestiniert. Ihr vorzuwerfen, sie habe sich freiwillig für die Schule entschlossen, ist zumindest widersprüchlich.

Der Schadenersatzforderung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Klägerin, sollte sie dereinst die Berufsmatura bestehen, möglicherweise eine qualifiziertere Ausbildung, als es eine Lehre zur Kauffrau E-Profil darstellt, wird erreichen können. Davon abgesehen, entgehen der Klägerin, solange dieser neu eingeschlagene Ausbildungsweg andauert, Lohneinnahmen, insbesondere der Lehrlingslohn, der es ihr erlaubt hätte, zumindest einen Teil ihres Lebensaufwandes als erwachsene Person selber zu finanzieren. Zudem lässt sich ein materieller Schaden nicht ohne weiteres durch immaterielle Vorteile aufwiegen, umso mehr noch unsicher ist, ob die Klägerin die nunmehr eingeschlagene Ausbildung dereinst erfolgreich abschliessen wird.

3.5. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR dient sowohl der Bestrafung der Arbeitgeberin als auch der Wiedergutmachung für die Arbeitnehmerin (BGer 4C.351/2004 E. 7.2.1; BGE 123 III 391 E. 3c). Zudem wird die Entschädigung zur generalpräventiven Abschreckung eingesetzt, um die Zahl der im Berufsalltag vorkommenden ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zu vermindern (AppGer BS, BJM 2004, 39 E. 3c). In diesem Zusammenhang ist auf die Absicht des Bundesrates hinzuweisen, das Maximum der Entschädigung von bisher sechs Monatslöhnen auf zwölf Monatslöhne durch eine Teilrevision des Obligationenrechts erhöhen zu lassen, um diese Abschreckungswirkung noch zu steigern (<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/vn-veber-d.pdf>). Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat dazu namentlich bei den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, politischen Parteien und den Kantonen Vernehmlassungen eingeholt. Soweit bekannt, sind dabei die Stellungnahmen zum Revisionsvorhaben sehr unterschiedlich ausgefallen. Darauf braucht nicht eingegangen zu werden. Es ist jedoch hinlänglich bekannt, dass die Gerichte bisher den vollen gesetzlichen Spielraum von bis zu sechs Monatslöhnen äusserst selten in Anspruch genommen und lediglich moderate Entschädigungen zugesprochen haben. Die berechtigte Absicht des Bundesrates, die Zahl ungerechtfertigter Entlassungen weiter einzudämmen, sollte in erster Linie durch Anwendung des geltenden Rechts geschehen. Aus diesem Grund ist die bisher geübte Praxis anzupassen.

Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist vorbehältlich ausserordentlicher Fälle bei allen ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zuzuerkennen. Ausnahmen setzen Umstände voraus, die ein Fehlverhalten der Arbeitgeberin ausschliessen oder ihr aus anderen Gründen nicht anzulasten sind (BGer 4C.155/2005 E. 5.2.1). Solche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar, so dass nicht von einer Entschädigung Umgang zu nehmen ist. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, die gegenüber einer lernenden Person ausgesprochen wird, trifft diese im Allgemeinen stärker in ihrer Persönlichkeit als eine ausgelernte Person, die einige Jahre Erfahrung im Be-

rufsleben aufweist. Dies hängt damit zusammen, dass die lernende Person durch eine fristlose Kündigung in ihrer Ausbildung zur Erreichung eines Berufsabschlusses massiv beeinträchtigt wird. Entweder wird sie die vorgesehene Ausbildung nicht oder jedenfalls mit einiger zeitlicher Verzögerung zu Ende führen können. Zudem sind ihre Chancen auf dem Lehrstellen- und Arbeitsmarkt durch den Makel einer fristlosen Kündigung zunächst, aber unter Umständen auch später noch ziemlich belastet. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Kündigung als ungerechtfertigt erwiesen hat, weil potentielle Arbeitgeber die Einzelheiten, wie es dazu gekommen ist, nicht kennen und beurteilen können. Sie werden deshalb, falls sie davon erfahren, gegenüber der betreffenden Person nicht geringe Vorbehalte hegen und wenn nicht generell, so zumindest im Zweifel eher von einer Anstellung absehen. Dies rechtfertigt, die Entschädigung höher als sonst üblich anzusetzen. Erhöhend wirkt sich auch das im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch junge Alter der Klägerin von 18 Jahren aus. Dasselbe gilt aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Parteien. Einer wohl weitgehend hablosen jungen Frau einerseits steht eine renommierte und wirtschaftlich erfolgreiche Galerie [...] andererseits gegenüber. Zudem hat die Beurteilung der Kündigungsgründe ergeben, dass die Beklagte dafür weitgehend selber die Verantwortung zu übernehmen hat, während der Klägerin kein Fehlverhalten, sondern bloss teilweise ungenügende Lernfortschritte vorgeworfen werden können. Unter diesen Umständen kann die eingeklagte Entschädigung von CHF 2'800.00, entsprechend vier Monatslöhnen zu je CHF 700.00, als jedenfalls nicht zu hoch betrachtet werden, so dass sie vollumfänglich zuzusprechen ist.

3.6. Nicht zuzusprechen ist hingegen Ersatzforderung für Kosten von CHF 500.00, die die Eltern angeblich bei der Suche nach einem neuen Lehrbetrieb für die Klägerin aufgewendet hätten. Es handelt sich um eine Ersatzforderung der Eltern der Klägerin, die nicht Parteien des vorliegenden Prozesses sind. Zudem wurde eine Abtretung der Forderung an die Klägerin weder behauptet noch belegt. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 5.10.2011 in Sachen von X. gegen Galerie Y., GS 2010.339)

2.12. Gesamtarbeitsvertrag

LMV für das Bauhauptgewerbe 2008-2010

Bezeichnung als „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C“ im Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage für höheren als vereinbarten Lohn (Art. 42 LMV)?

(siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2011 bis 2013

	2011	2012	2013
Klageeingänge	29	46	67
aus dem Vorjahr übernommen	139 (korr.)	25	32
Total hängig	168	71	99
unerledigt übertragen	25	32	47
erledigte Fälle	143	39	52

Die Fälle fanden folgende Erledigung

2011

	Gruppe	Durch Urteil zu Gunsten			Urteile Total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	Sonstige Erledigung	Total
		Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1.	Bau, Holz, Reinigung Gewerbe, Industrie etc.	3	11	1	15	11	6	5	37
2.	Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	1	8	2	11	2	9	6	28
3.	Handel, Ver- waltung, Ver- kauf, Chemie etc.	2	11	2	15	26	16	2	59
4.	Transport, Autogewerbe, Sicherheit	0	1	1	2	3	2	1	8
5.	Körper-, Ge- sundheits- pflege, Spital, Erziehung	0	1	0	1	7	2	0	10
6.	Medien, Theater, Druck + Pa- pier	0	0	0	0	0	1	0	1
	TOTAL	6	32	6	44	49	36	14	143

2012

	Gruppe	Erledigung durch Urteil zu Gunsten			Urteile Total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	Sonstige Erledigung	Total
		Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1.	Bau, Holz, Reinigung Gewerbe, Industrie etc.	1	4	0	5	5	1	1	12
2.	Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	0	1	1	2	1	1	3	7
3.	Handel, Verwaltung, Verkauf, Chemie etc.	0	6	2	8	4	3	0	15
4.	Transport, Autogewerbe, Sicherheit	0	0	0	0	0	1	0	1
5.	Körper-, Gesundheitspflege, Spital, Erziehung	0	0	0	0	1	1	0	2
6.	Medien, Theater, Druck + Papier	0	0	1	1	1	0	0	2
	TOTAL	1	11	4	16	12	7	4	39

2013

	Gruppe	Erledigung durch Urteil zu Gunsten			Urteile Total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	Sonstige Erledigung	Total
		Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1.	Bau, Holz, Reinigung Gewerbe, Industrie etc.	0	4	2	6	3	1	2	12
2.	Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	2	4	2	8	2	1	0	11
3.	Handel, Verwaltung, Verkauf, Chemie etc.	2	4	3	9	2	0	7	18
4.	Transport, Autogewerbe, Sicherheit	3	3	0	6	0	0	2	8
5.	Körper-, Gesundheitspflege, Spital, Erziehung	0	0	0	0	0	0	0	0
6.	Medien, Theater, Druck + Papier	0	3	0	3	0	0	0	3
	TOTAL	7	18	7	32	7	2	11	52

BERICHT

DES ARBEITSGERICHTS BASEL-STADT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG

IN DEN JAHREN 2014 BIS 2016

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Arbeitsgericht Basel-Stadt, Bäumleingasse 5,
Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, 2017

Inhaltsübersicht

1.	Zuständigkeit im internationalen Arbeitsverhältnis nach LugÜ	3
1.1.	Klage des Arbeitnehmers	3
1.2.	Klage des Arbeitgebers.....	7
2.	Verfahrensrechtliche Fragen	14
2.1.	Zur Reichweite der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens (Art 205 ZPO) (siehe unter Ziffer 3.2.)	
2.2.	Zur Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen (siehe unter Ziffer 3.5.3.1.)	
2.3.	Kostenpflichtigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bei rechtsmissbräuchlicher Klage? (siehe unter Ziffer 1.1.)	
3.	Materiellrechtliche Fragen nach OR	14
3.1.	Täuschung über Arbeitsfähigkeit beim Vertragsschluss (Art. 28 OR) (siehe unter Ziffer 1.1.)	
3.2.	Rechtsgenügendes Arbeitsangebot? (Art. 324 OR)	14
3.3.	Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bei Konflikten unter den Arbeitnehmern (Art. 328 OR) (siehe unter Ziffer 3.5.2.1.)	
3.4.	Betriebsübernahme (Art. 333 OR): Garantievertrag (Art. 111 OR) der Übernehmerin bezgl. Zusatzrente der Pensionskasse?	20
3.5.	Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)	30
3.5.1.	Kündigung durch E-Mail an Arbeitskollegin?.....	30
3.5.2	Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)	32
3.5.2.1.	Zur Behauptungs- und Substantiierungslast	32
3.5.2.2.	Zur Frage der Schriftform der Einsprache nach Art. 336b Abs. 1 OR	37
3.5.3.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	39
3.5.3.1.	Art. 337 OR. Bei beanstandetem, aber lange geduldetem Verhalten des Arbeitnehmers	39
3.5.3.2.	Art. 337 OR. Anforderungen an eine rechtsgenügende Verwarnung.....	39
3.5.3.3.	Zur Rechtzeitigkeit der Kündigung einer GmbH (Art. 337 OR)	46
3.5.3.4.	Zur Bemessung von Schadenersatz und Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung im Lehrverhältnis (Art. 337c Abs. 3 OR)	46
3.6.	Rückzahlungsvereinbarung bzgl. Weiterbildungskosten (siehe unter Ziffer 1.2.)	
3.7.	Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)	50
3.7.1.	GAV des Gastgewerbes (L-GAV): Zur Abgeltung von Überstunden, Ruhetagen und Ferien	50
3.7.2.	GAV für das Gipsergewerbe BS: Günstigkeitsvergleich	55
4.	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1): Bereitschaftsdienst des Pflegepersonals im Haushalt der betreuten Person	58

1. Zuständigkeit im internationalen Arbeitsverhältnis nach LugÜ

1.1. Klage des Arbeitnehmers

Art. 19 Ziff.1 LugÜ, Art. 115 Abs. 1 IPRG. Zur Bestimmung des Gerichtsstands im internationalen Arbeitsverhältnis.

Art. 28 OR. Täuschung über Arbeitsfähigkeit beim Abschluss des Arbeitsvertrages.

Art. 52, 114 lit. c, 115 ZPO. Kostenpflichtigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bei rechtsmissbräuchlicher Klage.

F. mit Wohnsitz in Sierentz/FR, schloss mit der E. AG, die Personal an Drittfirmen vermittelt und verleiht, am 7.2.2014 einen Rahmenarbeitsvertrag und einen Einsatzvertrag über einen Einsatz ab 10.2.2014 als «Schweisser / Monteur 2a» bei der T. AG in Basel ab. F. bestätigte dabei im Rahmenarbeitsvertrag ausdrücklich, «dass er zum Zeitpunkt der Anstellung voll arbeitsfähig» sei. In der Folge trat er die Arbeit am 10.2.2014 an und arbeitete bis am 12.2.2014, wobei er am 10. und 11.2.2014 je 8 Stunden Arbeit und am 12.2.2014 4 Stunden Arbeit verrichtete. F. verliess die Arbeitsstelle am 12.2.2014, meldete sich gleichentags per E-Mail bei der Beklagten wegen Rücken- und Schulterschmerzen krank und sandte ihr am selben Abend ein Arzzeugnis vom 12.2.2014 zu. Am 17.2.2014 sandte F. der E. AG ein vom 7.2.2014 datiertes Schreiben der IV Basel-Stadt zu, aus dem hervorgeht, dass bezüglich seiner Person eine Meldung zur Früherfassung eingegangen sei.

In der Folge meldete die E. AG die Arbeitsunfähigkeit von F. gemäss Arzzeugnis vom 12.2.2014 bei der X. Krankentaggeldversicherung an, die F. mit Schreiben vom 28.4.2014 zur vertrauensärztlichen Untersuchung am 13.5.2014 aufbot. In der Folge teilte die X. Krankentaggeldversicherung am 27.5.2014 der E. AG mit, dass sie für F. keine Taggelderleistungen erbringen werde, weil dieser im Zeitpunkt des Eintritts in die E. AG bei der X. Unfallversicherung bereits arbeitsunfähig gemeldet gewesen und damit nie in den Kreis der versicherten Personen gelangt sei.

Mit Schlichtungsgesuch vom 22.4.2014 machte F. bei der Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts Basel-Stadt von der E. AG die Bezahlung von CHF 11'840.00 brutto Lohn für die Zeit vom 12.2. bis 23.3.2014 nebst Zins geltend. Da die Parteien sich in der Schlichtungsverhandlung nicht einigten, klagte F. vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der E. AG mit dem gleichen Rechtsbegehren. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 11.12.2014 ab und auferlegte F. die Gerichtskosten, wobei es Folgendes ausführte:

«[...] **2.** Der Kläger hat Wohnsitz in Sierentz/FR und macht Forderungen aus seinem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten mit Sitz in Basel geltend. Es handelte sich damit um ein internationales Verhältnis, auf das für die Frage des massgebenden Gerichtsortes

das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zur Anwendung gelangt. Nach LugÜ sind für Klagen eines Arbeitnehmers aus einem individuellen Arbeitsvertrag gegen eine Arbeitgeberin, wenn diese Wohnsitz bzw. Sitz in einem LugÜ-Staat hat, die Gerichte in diesem Wohnsitz- bzw. Sitzstaat örtlich zuständig (Art. 19 Ziff. 1 LugÜ). Zur Bestimmung des Gerichtsorts ist das IPRG heranzuziehen (BGer, JAR 1998, S. 299 E. 3e), das unter anderen die Gerichte am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei für zuständig erklärt (Art. 115 Abs. 1 IPRG). Damit sind die Gerichte in Basel-Stadt örtlich zur Beurteilung der Klage zuständig. Da der Streitwert der Klage CHF 30'000.00 nicht übersteigt, fällt diese in die Kompetenz des Arbeitsgerichts (§ 4 Abs. 1 GOG BS). Anwendbar auf das Verfahren ist die lex fori und dabei mit Rücksicht auf die Streitwerthöhe das vereinfachte Verfahren nach den Art. 243 ff. ZPO (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat vorschriftsgemäss zunächst die örtlich zuständige Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts Basel-Stadt angerufen. Die Klage wurde am 20.9.2014 und damit innert der dreimonatigen Klagefrist nach Zustellung der Klagebewilligung am 12.7.2014 an den Kläger beim Arbeitsgericht eingereicht. Nach alledem ist auf die Klage einzutreten.

3. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ein internationales war, bestimmt sich das anwendbare Recht nach IPRG. Ein Arbeitsvertrag untersteht schweizerischem Recht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in der Schweiz verrichtet (Art. 121 Abs. 1 IPRG), was vorliegend beim Kläger der Fall war, der für den Einsatzbetrieb T [...] bei deren Kundin N [...] AG Arbeit verrichtete.

4.1. Vorliegend schlossen die Parteien am 7.2.2014 einen Rahmenarbeitsvertrag [...] und einen Einsatzvertrag ab, wonach der Kläger ab dem 10.2.2014 als «Schweisser / Monteur 2a» bei der T [...] AG in Basel eingesetzt würde [...]. Der Kläger bestätigte dabei im Rahmenarbeitsvertrag ausdrücklich und mit Unterschrift, «dass er zum Zeitpunkt der Anstellung voll arbeitsfähig» sei. Auch ohne entsprechende Frage der Arbeitgeberin hat ein Stellenbewerber von sich aus mitzuteilen, was ihn zur Arbeitsübernahme als ungeeignet erscheinen lässt, was die vertragsgemässe Arbeitsleistung ausschliesst oder erheblich behindert. Insbesondere hat er eine beim vorgesehenen Stellenantritt bestehende Krankheit, die seine Arbeitsfähigkeit in diesem Ausmass beeinträchtigt, der Arbeitgeberin bekanntzugeben.

4.2. Der Kläger teilte der Beklagten bei Vertragsabschluss nicht mit, dass er im Dezember 2013 in einem anderen Arbeitsverhältnis einen Arbeitsunfall erlitten hatte und deswegen noch bis 16.2.2014 arbeitsunfähig geschrieben war. In dieser Zeit hatte der Kläger, wie er in der Hauptverhandlung zugab, von der X. Unfallversicherung weiterhin Taggelder bezogen [...]. Auch teilte er der Beklagten, als er den Einsatzvertrag unterzeichnete, nicht mit, dass ihn seine Ehefrau zur Früherfassung bei der IV-Stelle Basel-Stadt angemeldet hatte. Am selben Tag, als er mit der Beklagten am 7.2.2014 den Arbeitsvertrag abschloss, forderte ihn die IV-Stelle Basel-Stadt aufgrund dieser Anmeldung brieflich dazu auf, sich zum Leistungsbezug anzumelden [...]. Aufgrund ihrer Abklärungen gehe sie davon aus, dass eine solche Anmeldung nötig sei. Die Aufforderung der IV-Stelle zur Anmeldung musste der Kläger dahingehend verstehen, dass die gemeldete Gesundheitsbeeinträchtigung der Zuspreehung von IV-

Leistungen nicht entgegenstand. Sie war damit eine Bestätigung für das mögliche Vorliegen einer relevanten Einschränkung der Erwerbsfähigkeit in seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit als Schweisser. Der Kläger konnte deswegen nicht guten Gewissens annehmen, dass er trotz aller dieser Umstände für die Tätigkeit als Schweisser / Monteur 2a in Frage kam und der Beklagten diese Umstände vorenthalten durfte. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den fraglichen Tätigkeiten bekanntermassen um schwere körperliche Arbeiten handelt, die nur von gesunden Arbeitnehmern erledigt werden können. Der Kläger hätte daher die Pflicht gehabt, der Beklagten die bestehende relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, selbst ohne darauf angesprochen zu werden, bekanntzugeben. Der Kläger unterliess dies nicht nur pflichtwidrig, sondern bestätigte der Beklagten im Gegenteil am 7.2.2014 unterschriftlich, «dass er zum Zeitpunkt der Anstellung voll arbeitsfähig» sei (Rahmenarbeitsvertrag [...]). Darauf durfte die Beklagte sich verlassen.

4.3. Von der bestehenden Arbeitsunfähigkeit erfuhr die Beklagte denn auch erst einige Zeit später. Nachdem der Kläger sich im Verlaufe des dritten Arbeitstages bei der Beklagten arbeitsunfähig gemeldet und ihr ein Arzzeugnis eingereicht hatte, gab er ihr dadurch zu verstehen, er sei eben erst erkrankt. In der Folge meldete die Beklagte diese Arbeitsunfähigkeit des Klägers bei der X. Krankentaggeldversicherung an, die die Beklagte nach Vornahme eigener Abklärungen darauf aufmerksam machte, dass der Kläger bereits bei Vertragsantritt arbeitsunfähig war und daher gar nicht rechtsgültig versichert werden konnte. Der Kläger bezog damals aufgrund eines Arbeitsunfalles im Dezember 2013 Unfalltaggelder der X. [...]. Zudem erfuhr die Beklagte am 17.2.2014 erstmals von der Anmeldung des Klägers zur Früherfassung bei der IV-Stelle Basel-Stadt. Damals sandte er ihr deren Aufforderung vom 7.2.2014 an ihn zu, sich zum Leistungsbezug anzumelden [...].

4.4. Damit steht fest, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der irrigen Ansicht war, der Kläger sei arbeitsfähig. Hervorgerufen wurde der Irrtum offensichtlich durch die absichtliche Täuschung des Klägers, mit der er die Beklagte zum Vertragsabschluss verleitete. Die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers war sowohl nach dem Parteiwillen der Beklagten als auch nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eine wesentliche Voraussetzung für den Abschluss des Arbeitsvertrages. Da der Kläger die Beklagte täuschte, ist die Frage der Wesentlichkeit des Irrtums allerdings nicht entscheidend für das Vorliegen eines Willensmangels (Art. 28 Abs. 1 OR). So oder anders ist der abgeschlossene Arbeitsvertrag für die Beklagte unverbindlich bzw. anfechtbar (Art. 23 und 28 Abs. 1 OR), was sie innert Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums oder Täuschung und sicherer Kenntnis darüber geltend machen konnte und mit ihrer Eingabe vom 20.6.2014 an die Schlichtungsbehörde im Rahmen des vom Kläger eingeleiteten Schlichtungsverfahrens [...] gegen dessen Schlichtungsgesuch einwendete. Damit kann offen bleiben, ob die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 12.2.2014 mündlich gekündigt hatte, weil ein für sie infolge Willensmangel unwirksamer Arbeitsvertrag keiner Auflösung bedarf. Dies führt dazu, dass der Kläger lediglich aus einem faktischen Arbeitsverhältnis im Umfang der vom 10. bis 12.2.2014 geleisteten Arbeit Anspruch auf Lohn hatte. Dieser Anspruch wurde

offensichtlich durch die Beklagte erfüllt. Hingegen hat der Kläger keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung gegenüber der Beklagten für die Zeit danach. Da kein gültiger Arbeitsvertrag bestand, entfallen jegliche Pflichten der Beklagten als Arbeitgeberin. Davon abgesehen müsste der Kläger sich ohnehin zunächst an die Krankentaggeldversicherung wenden, um Krankentaggelder geltend zu machen. Allerdings würde der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung den Bestand eines rechtsgültig begründeten Arbeitsverhältnisses voraussetzen, woran es vorliegend jedoch fehlt. Zudem enthalten Krankentaggeldversicherungsverträge Vorbehalte bezüglich bereits arbeitsunfähiger Personen, sodass der Kläger gar nicht versichert werden konnte und wurde. Darin liegt sowohl bezüglich des unwirksamen Arbeitsvertrages als auch des nicht entstandenen Versicherungsvertrages entgegen der Ansicht des Klägers keine verpönte Diskriminierung. Sofern und soweit ein Arbeitnehmer bezüglich einer bestimmten Arbeit gar nicht in der Lage ist, diese verrichten zu können, räumt die Vertragsfreiheit der Arbeitgeberin das (stärkere) Recht ein, auf eine Anstellung des betreffenden Arbeitnehmers zu verzichten.

4.5. Nach alledem erweist sich die Klage als unbegründet und ist abzuweisen. Der vom Kläger im Verfahren vertretene Rechtsstandpunkt erweist sich als stossend und rechtmisbräuchlich, weil er offensichtlich das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten abgeschlossen hatte, um aufgrund einer bereits bestehenden, aber verschwiegenen Arbeitsunfähigkeit, die angeblich von einer weiteren Arbeitsunfähigkeit überlagert bzw. abgelöst wurde, Ansprüche auf Lohnfortzahlung bzw. Taggelder aus einem Versicherungsvertrag geltend machen zu können. Zudem wurde der Kläger bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung darauf hingewiesen, dass die Beklagte auch unter der vom Kläger vertretenen Ansicht des Bestandes eines rechtsgültigen Arbeitsvertrages und eines damit verbundenen Taggeldvertrages, aus dem der Kläger seiner Ansicht nach Taggelder zu gut hatte, nicht zu Leistungen hätte verpflichtet werden können. Diese dem Kläger vermittelte Rechtslage hat ihn jedoch nicht daran hindern können, das vorliegende Verfahren wider besseres Wissens einzuleiten und durchführen zu lassen. Dies ist bei den Verfahrenskosten zu berücksichtigen.

5. Das Verfahren vor Arbeitsgericht ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die Kostenlosigkeit des Verfahrens steht unter dem Vorbehalt des Verbots des Rechtsmissbrauchs (Art. 52 ZPO), das der Kläger vorliegend durch Mutwilligkeit verletzt hat. Der Kläger hat sich trotz offenkundiger und jedenfalls nach der Schlichtungsverhandlung auch ihm bewusster Aussichtslosigkeit zur Anhebung der Klage vor Arbeitsgericht entschlossen, weshalb ihm die Gerichtskosten von CHF 1'000.00 aufzuerlegen sind (Art. 115 ZPO). [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 11.12.2014 i.S.v. F. gegen E. AG, GS 2014.27)

1.2. Klage des Arbeitgebers

Art. 20, 24 LugÜ. Gerichtsstand für Klagen des Arbeitgebers im internationalen Verhältnis, Einlassung des Arbeitnehmers auf Verfahren vor örtlich unzuständigem Gericht.

Weiterbildungskosten: Anforderungen an eine gültige Rückzahlungsvereinbarung. Begründeter Anlass für Kündigung des Arbeitnehmers (Art. 340c Abs. 2 OR)?

S., mit Wohnsitz in Freiburg i. Br., trat per 1.6.2009 bei der Stiftung E. als Pflegefachmann (Gesundheits- und Krankenpfleger) ein. Vereinbart wurde ein Beschäftigungsgrad von 100% bei einem Monatslohn von CHF 4'400.00 brutto zzgl. 13. Monatslohn. Der Arbeitsvertrag konnte mit einer Frist von drei Monaten auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Nach etwas mehr als zwei Jahren einigten sich die Parteien darauf, dass S. die Funktion als Stationsleiter übernehmen könne und wurde entsprechend seit November 2011 eingesetzt. Da diese Tätigkeit gemäss beidseitiger Darstellung eine spezielle Ausbildung voraussetzte, über welche S. nicht verfügte, einigten sich die Parteien darauf, dass er diese nachhole. Unter dem Titel «Ausbildung Teamleitung in Gesundheitsorganisationen» schlossen die Parteien am 11.7.2012 eine Ausbildungsvereinbarung, die primär die Übernahme bzw. Aufteilung der in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten regelte. Für den Fall einer Kündigung durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitgeberin nach Beendigung des Kurses einigten die Parteien sich darauf, dass die Ausbildungskosten von gesamthaft CHF 9'800.00 (Kurskosten von CHF 9'500.00 zzgl. CHF 300.00 Anmeldegebühr) und die Kosten für die Kurstage von S. wie folgt zurückzuerstatten seien: 90% im Verlauf des 1. Halbjahres, 80% im Verlauf des 2. Halbjahres, 50% bei Kündigung innerhalb des 2. Jahres, 30% bei Kündigung innerhalb des 3. Jahres, keine Rückerstattung mehr nach dem 3. Jahr nach Beendigung des Kurses.

Noch bevor S. die besagte Ausbildung abgeschlossen hatte, kündigte er im September 2014 das Arbeitsverhältnis per Ende Dezember 2014. Am 7.5.2015 forderte die Stiftung E. von S. im Zusammenhang mit der nicht abgeschlossenen Ausbildung CHF 12'830.00 zurück. Die Rückforderung setzte sich aus den Kurskosten von CHF 9'500.00, der Anmeldegebühr von CHF 300.00 sowie Kosten von CHF 3'030.00 für zwölf dem Arbeitnehmer für die Ausbildung zur Verfügung gestellte Arbeitstage zusammen.

Da S. die Forderung nicht beglich, klagte die Stiftung E. am 12.10.2015 vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung von S. zur Zahlung von CHF 12'830.00 nebst Zins, das die Klage am 25.1.2016 vollumfänglich guthiess und dies wie folgt begründete:

«1. Da die Klägerin Sitz in der Schweiz und der Beklagte Wohnsitz in Deutschland haben, liegt ein internationales Verhältnis vor. Die örtliche Zuständigkeit bei internationalen Streitigkeiten richtet sich primär nach den staatsvertraglichen

Bestimmungen des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12; Lugano-Übereinkommen, LugÜ), welches für die Schweiz in seiner revidierten Fassung am 1.1.2011 in Kraft getreten ist. Das LugÜ sieht unter Abschnitt 5 in Art. 20 Abs. 1 im Grundsatz vor, dass in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Klagen des Arbeitgebers vor den Gerichten desjenigen Vertragsstaats zu erheben sind, in welchem der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat. Da der beklagte Arbeitnehmer seinen Wohnsitz in Deutschland hat, wären demzufolge die deutschen Gerichte zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich bei der Zuständigkeit nach Art. 20 LugÜ nicht um eine sog. ausschliessliche handelt, sondern die Möglichkeit besteht, dass sich der Arbeitnehmer auf die Streitigkeit einlässt (vgl. zur Einlassung: BSK LugÜ-BERNHARD BERGER, Art. 24 N 25). Vorliegend ist der Beklagte zur Hauptverhandlung vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt erschienen, ohne die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts zu erheben. Im Gegenteil, der Beklagte hat zu Beginn der Verhandlung eine schriftliche Stellungnahme seines Anwalts eingereicht, mit dem Antrag, die Klage sei abzuweisen. Der Antrag auf Klageabweisung wurde sodann auch materiell begründet. Insofern hat sich der Beklagte inhaltlich zur Sache geäußert und sich auf die Streitigkeit eingelassen, womit die Schweizer Gerichte gestützt auf Art. 24 LugÜ nachträglich zuständig wurden. Innerstaatlich ergibt sich die Zuständigkeit in Basel aus Art. 115 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (SR 291, IPRG). Hierzu sei bloss der Vollständigkeit halber kurz angemerkt, dass eine örtliche Zuständigkeit in Basel, und damit am ehemaligen Arbeitsort des Beklagten, unabhängig der staatsvertraglichen Verpflichtungen ohnehin sachgerecht scheint, da auf die Streitigkeit Schweizer Arbeitsrecht Anwendung findet (vgl. Art. 121 Abs. 1 IPRG). Die sachliche und funktionale Zuständigkeit des Arbeitsgerichts, als Teil des Zivilgerichts Basel-Stadt, ergibt sich angesichts des unter CHF 30'000.00 liegenden Streitwerts aus § 9 Abs. 2 Ziff. 4 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt (SG 221.100; EG ZPO BS).

Nach Art. 197 ZPO hat dem Entscheidverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsversuch voranzugehen. In Fällen, in denen die beklagte Partei ihren Wohnsitz im Ausland hat, kann die klagende Partei jedoch gestützt auf Art. 199 Abs. 2 ZPO einseitig auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichten. Da der Beklagte Wohnsitz in Deutschland hat, kann daher vorliegend auf die Klage eingetreten werden, obschon keine Klagebewilligung vorliegt. Da die Forderung der Klägerin weniger als CHF 30'000.00 beträgt, gelangt das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zur Anwendung. Dementsprechend und weil die Klägerin keine schriftliche Klagebegründung eingereicht hat, wurden die Parteien ohne Durchführung eines Schriftenwechsels direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen (vgl. Art. 245 Abs. 1 ZPO).

2. In der Sache fordert die Klägerin als Arbeitgeberin vom Beklagten, ihrem ehemaligen Arbeitnehmer, dass dieser ihr die Kosten im Zusammenhang mit einer Ausbildung zurückerstattet, die er während seiner Anstellung begonnen und welche die Klägerin bezahlt hat. Wie bereits angetönt, untersteht die vorliegende Streitigkeit mangels einer

anderen Rechtswahl nach Art. 121 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet hat. In der vorliegenden Streitigkeit gelangt somit Schweizer Recht zur Anwendung.

Im schweizerischen Arbeitsrecht ist sodann anerkannt, dass die Arbeitgeberin Weiterbildungskosten, die sie für ihren Arbeitnehmer aufgewendet hat, zurückfordern kann, sofern die Arbeitsvertragsparteien diese Rückzahlung vereinbart haben. Vorausgesetzt wird dabei allerdings, dass es sich bei der Weiterbildung nicht um eine blosser Einarbeitung in die vom Arbeitnehmer zu erfüllende Tätigkeit handelt, da solche Kosten grundsätzlich zu den durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen gehören (Art. 327a Abs. 1 OR). Damit es sich nicht um blosser Auslagen in diesem Sinne handelt und die Kosten vom Arbeitgeber zurückgefordert werden können, muss der Arbeitnehmer aus einer Weiterbildung vielmehr einen dauerhaften Nutzen erlangen können, der losgelöst vom konkreten Arbeitsverhältnis besteht. Dies ist nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichtes Basel-Stadt jeweils dann erfüllt, wenn der Arbeitnehmer ein Ausbildungsziel erreichen kann, welches er auf dem Arbeitsmarkt entsprechend verwerten kann (Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt [GSG; heute: Arbeitsgericht Basel-Stadt] der Jahre 2008 bis 2010, S. 58 ff.).

Vorliegend hat der Beklagte in seiner dem Gericht vorgelegten schriftlichen Stellungnahme [...] durch seinen Anwalt ausführen lassen, dass die von ihm angetretenen Ausbildung betriebsnotwendig gewesen sei, womit es sich um notwendige Auslagen im Sinne von Art. 327a OR handle, welche nicht zurückgefordert werden können. Weiter liess der Beklagte ausführen, dass ihm die Ausbildung weder einen abstrakten, noch einen konkreten Vorteil gebracht habe [...]. Diese Argumentation des Beklagten hat sich anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung insofern bestätigt, als dass beide Parteien übereinstimmend angegeben haben, dass die vom Beklagten wahrgenommene Ausbildung Voraussetzung dafür war, dass der Beklagte im Betrieb der Klägerin dauerhaft als Stationsleiter tätig sein konnte bzw. hätte sein können. Es trifft somit zu, dass die Weiterbildung für die vom Beklagten wahrgenommene Funktion betriebsnotwendig war. Allerdings waren sich die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung ebenso einig, dass sich die Notwendigkeit dieser Ausbildung nicht auf den Betrieb der Klägerin beschränkt. Der Beklagte selbst führte auf Nachfrage hierzu aus, dass besagte Ausbildung in der Schweiz jeweils Bedingung dafür bilde, dass man als Stationsleiter tätig sein könne, was die Klägerin bestätigte [...]. Der Beklagte räumte zudem ein, dass ihm der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung auf dem Schweizer Arbeitsmarkt einen Vorteil gebracht hätte [...]. Gestützt auf die übereinstimmenden Parteiaussagen ist somit festzuhalten, dass die vom Beklagten begonnene Ausbildung ihm auch losgelöst vom konkreten Arbeitsverhältnis einen Nutzen hätte bringen können, womit eine Rückerstattungspflicht grundsätzlich zulässig ist. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass dem Beklagten die Ausbildung an seinem Wohnort in Deutschland allenfalls weniger oder gar keine Vorteile gebracht hätte. Denn unabhängig davon, dass darüber ohnehin keine Gewissheit besteht, ist vorliegend darauf abzustellen, dass der Beklagte mit einer

abgeschlossenen Ausbildung die Möglichkeit gehabt hätte, sich in der Region Basel an seinem angestammten Arbeitsort um Anstellungen als Stationsleiter zu bewerben. Die vom Beklagten wahrgenommene Ausbildung lag somit massgeblich auch in dessen Interesse, weswegen eine entsprechende Kostenrückerstattungspflicht ohne Weiteres zulässig ist. Aus demselben Grund, nämlich dass die Ausbildung nicht bloss im Interesse der Klägerin, sondern auch in demjenigen des Beklagten steht, wurde mit dem Abschluss einer entsprechenden Rückzahlungsvereinbarung nicht gegen das Truck-Verbot gemäss Art. 323b Abs. 3 OR verstossen, wie dies vom Beklagten zusätzlich eingewendet wurde (vgl. CHK-FRANK EMMEL, Art. 323b OR N 4, wonach das Truck-Verbot bei Geschäften von beidseitigem Interesse nur greift, wenn dasjenige des Arbeitgebers überwiegt).

3. Wenn es sich – wie vorliegend – bei der durch die Arbeitgeberin finanzierten Aus- oder Weiterbildung um eine solche handelt, welche der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt verwerten kann, bedarf es zur Begründung einer entsprechenden Rückzahlungsverpflichtung zudem einer ausdrücklichen Vereinbarung, welche in aller Regel schriftlich ausgestaltet sein wird. In einer solchen Rückzahlungsvereinbarung muss einerseits der durch den Arbeitnehmer zurückzubezahlende Betrag genau festgelegt sein. Andererseits ist der Zeitraum festzuhalten, in dem eine Kündigung die Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmer auslöst, wobei dieser Zeitraum in analoger Anwendung von Art. 340a Abs. 1 OR auf maximal drei Jahre zu begrenzen ist (KUKO OR-THOMAS PIETRUSZAK, Art. 327a N6). Diese Beschränkung der Zeitdauer der Rückzahlungspflicht analog den Bestimmungen zum Konkurrenzverbot gelangen deswegen zur Anwendung, weil die Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht der Aus- oder Weiterbildungskosten nicht dazu führen darf, dass die Kündigungsfreiheit und insbesondere auch die Kündigungsparität übermässig eingeschränkt wird (vgl. BSK OR-WOLFGANG PORTMANN, Art. 327a N 4). Um dies zu gewährleisten sind Rückzahlungsverpflichtungen betreffend Ausbildungskosten nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichtes Basel-Stadt degressiv zu gestalten und auf drei Jahre zu begrenzen (Bericht über die Rechtsprechung des GSG der Jahre 2008 bis 2010, S. 58 ff.).

Diesem Begrenzungserfordernis sind die Parteien vorliegend nachgekommen, indem sie am 11.7.2012 eine schriftliche Ausbildungsvereinbarung geschlossen haben, wonach der Arbeitnehmer bei einer Kündigung innerhalb von drei Jahren nach Beendigung des Kurses die Ausbildungskosten zurückzuerstatten habe. Ausgegangen wurde dabei von Kurskosten in der Gesamthöhe von CHF 9'800.00 sowie den Kosten für die Kurstage, wobei die Rückzahlungspflicht degressiv ausgestaltet wurde, d.h. sich der vom Arbeitnehmer zurückzuzahlende Betrag mit fortschreitender Dauer verringern sollte, bis nach Ablauf von drei Jahren gar nichts mehr zurückzuerstatten gewesen wäre. Diese schriftliche Abmachung vom 11.7.2012 vermag den formellen Anforderungen an eine Vereinbarung betreffend Rückzahlungspflicht von Aus- bzw. Weiterbildungskosten ohne Weiteres zu genügen.

4. Allerdings wendet der Beklagte in seiner schriftlichen Stellungnahme im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 11.7.2012 ein, dass diese lediglich für den Fall einer

Kündigung nach Beendigung des Kurses eine Rückerstattungspflicht vorsehe. Da der Beklagte den Kurs jedoch vorzeitig abgebrochen habe und dieser Fall in der Vereinbarung vom 11.7.2012 nicht geregelt sei, verfüge die Klägerin für ihre Rückforderung über keine Anspruchsgrundlage.

Es trifft zweifellos zu, dass die Parteien im Rahmen der Vereinbarung vom 11.7.2012 die Formulierung «bei einer Kündigung nach Beendigung des Kurses» verwendet haben. Daraus allerdings schliessen zu wollen, dass die Parteien für den Fall, dass die Ausbildung gar nicht erst beendet wird, keine Rückzahlungspflicht vorsehen wollten, würde Sinn und Zweck einer solchen Ausbildungsvereinbarung diametral entgegenstehen. Schliesslich werden Ausbildungsvereinbarungen primär deswegen geschlossen, weil bei Ausbildungen die Interessenlagen der Arbeitsvertragsparteien unterschiedlich sein können. Der Arbeitnehmer auf der einen Seite erhält die Möglichkeit, eine Ausbildung anzutreten, von welcher er auch bei einer anderen Arbeitgeberin oder allgemein auf dem Arbeitsmarkt profitieren kann. Die Arbeitgeberin, welche die Ausbildung finanziert bzw. vorschiesst, hat auf der anderen Seite das Interesse, für die Zukunft und möglichst langfristig über einen besser ausgebildeten Arbeitnehmer zu verfügen. Ausbildungsvereinbarungen dienen insofern primär dem Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen. Dies, indem sich der Arbeitnehmer faktisch – zumindest für eine gewisse Zeit – verpflichtet, in den Diensten der Arbeitgeberin zu verbleiben, widrigenfalls er die Ausbildungskosten ganz oder teilweise zurückerstatten muss. So kann sich eine Arbeitgeberin mit einer Rückzahlungsvereinbarung davor schützen, dem Arbeitnehmer eine Ausbildung zu finanzieren, welche ihr keinen oder nur einen verringerten Nutzen bringt, weil der Arbeitnehmer die Anstellung frühzeitig bzw. innerhalb von drei Jahren verlässt, ehe sich die vorfinanzierten Ausbildungskosten für die Arbeitgeberin überhaupt bezahlt gemacht haben, d.h. durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vollständig amortisiert wurden. Angesichts dessen wäre es mehr als sinnwidrig, wenn derjenige Arbeitnehmer, welcher eine Ausbildung vor deren Beendigung abbricht, die von der Arbeitgeberin hierfür aufgewendeten Kosten nicht zurückzahlen müsste und somit besser gestellt wäre als derjenige Arbeitnehmer, welcher die Ausbildung ordnungsgemäss beendet, jedoch innerhalb von drei Jahren die Stelle wechselt und die Ausbildungskosten deswegen zurückerstatten muss. In der Lehre ist denn auch anerkannt, dass es bei vorzeitigem Ausbildungsabbruch oder Nichtbestehen der Prüfung ohne weiteres zulässig ist, eine volle Kostenrückerstattungspflicht des Arbeitnehmers vorzusehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art. 327a N7). Entsprechend kann die Vereinbarung vom 11.7.2012 mit Blick auf das Vertrauensprinzip nur dahingehend verstanden bzw. ausgelegt werden, dass sich «nach der Beendigung des Kurses» lediglich darauf bezieht, wann die 3-jährige Dauer zu laufen beginnt. Nicht aber, dass dadurch eine Rückerstattungspflicht ausgeschlossen sein sollte, wenn der Beklagte die Ausbildung gar nicht erst beendet. Somit ist festzuhalten, dass die Klägerin mit der Vereinbarung vom 11.7.2012 über einen Titel verfügt, welcher es ihr erlaubt die – vergebens aufgewendeten – Ausbildungskosten vom Beklagten zurückzufordern.

5. Wie bereits unter Erwägung 3 ausgeführt, gelangen auf Vereinbarungen betreffend Pflicht zur Rückzahlung von Aus- oder Weiterbildungskosten gemäss der Rechtsprechung des Arbeitsgerichts Basel-Stadt die Bestimmungen zum Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR) analog zur Anwendung. Neben der Beschränkung der Zeitdauer (Art. 340a Abs. 1 OR) trifft dies insbesondere auch auf Art. 340c Abs. 2 OR zu, wonach analog zum Konkurrenzverbot auch die Pflicht zur Rückzahlung der Ausbildungskosten wegfallen muss, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst (zur anlogenen Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR: Bericht über die Rechtsprechung des GSG der Jahre 2008 bis 2010, S. 58 ff.).

In diesem Zusammenhang liess der Beklagte im Rahmen seiner schriftlichen Stellungnahme ausführen, dass ihn die Klägerin im Glauben, sie hätte den Beklagten für eine Mehrzahl von Jahren «in der Hand» über Monate hinweg schikaniert und demotiviert habe. Als man ihm die Stelle des Stationsleiters, welche er zuvor seit zweieinhalb Jahren besetzt habe, kurzerhand weggenommen habe, habe sich der Beklagte schliesslich zur Kündigung veranlasst gesehen. Anlässlich der Befragung während der Verhandlung wich der Beklagte allerdings auch bezüglich der Umstände, welche zur Kündigung führten, nachträglich massgeblich von der schriftlichen Stellungnahme des Anwalts ab. Der Beklagte wiederholte zwar, dass er nach seiner Zurückstufung von der Klägerin bzw. seiner nunmehr vorgesetzten Nachfolgerin über Monate schikaniert und demotiviert worden sei [...]. Gleichzeitig räumte er allerdings ein, dass die Beschäftigung als Stationsleiter sehr anstrengend gewesen sei und die Klägerin berechtigterweise geltend gemacht habe, dass er zum damaligen Zeitpunkt aufgrund seiner privaten Situation (Geburt eines Kindes, Vater von zwei Kindern) den Anforderungen an die Funktion des Stationsleiters nicht mehr gewachsen gewesen sei [...]. Dies deckt sich auch mit den Angaben der Klägerin, welche glaubhaft versichert hat, dass man den Beklagten mit der Zurückstufung habe entlasten wollen, damit er trotz seiner persönlichen Situation die Ausbildung zu Ende bringen könne. Dies habe man erreicht, indem man zwei Abteilungen temporär zusammengelegt und die Stationsleiterin der anderen Abteilung, Frau W [...], die Leitung der Station des Beklagten zusätzlich übernommen habe. Entsprechend sei der Plan auch gewesen, dass der Beklagte nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung die Stationsleitung wieder antrete (Aussage Frau K [...]). Hierauf erwiderte der Beklagte zwar, dass er das damals nicht so wahrgenommen habe, widerholte aber, dass er aufgrund seiner privaten Umstände in der Leistung eingeschränkt gewesen sei. Weiter gab der Beklagte auf Frage des Gerichts an, dass auch der Umstand, dass er die Ausbildung nicht bestanden habe, auf seine private Situation zurückzuführen sei. Wegen der Ausbildung hätte er vieles Zuhause machen und vorbereiten müssen. Hierzu habe er neben der Arbeit, der Familie und dem Hin- und Herfahren keine Zeit mehr gehabt [...].

Unter Berücksichtigung der Parteiaussagen anlässlich der Hauptverhandlung kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin dem Beklagten im Sinne von Art. 340c OR begründeten Anlass zu Kündigung gegeben habe. Vielmehr muss in

Anbetracht aller Umstände davon ausgegangen werden, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis insbesondere deswegen aufgekündigt hat, weil sich seine private Lebenssituation verändert hat und er aufgrund dessen seiner Aufgabe als Stationsleiter nicht mehr gewachsen war. Zudem muss davon ausgegangen werden, dass der Beklagte die Anstellung gerade auch gekündigt hat, weil er die Ausbildung vorzeitig abgebrochen bzw. nicht bestanden hat. Hierfür spricht insbesondere auch, dass der Beklagte die Klägerin nicht über das Nichtbestehen informiert hat und diese demzufolge erst nach dessen Ausscheiden hiervon erfuhr [...]. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass kein analoger Anwendungsfall von Art. 340c OR gegeben ist, womit die Rückzahlungspflicht trotz der diesbezüglichen Einwendung des Beklagten bejaht werden muss.

6. Unter Hinweis auf die vorstehenden Erwägungen kann somit gestützt auf die Ausbildungsvereinbarung vom 11.7.2012 festgehalten werden, dass der Beklagte aufgrund seines Abbruchs der Ausbildung verpflichtet ist, der Klägerin die hierfür aufgewendeten Kosten zu ersetzen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang einzig noch, in welchem Umfang diese Rückerstattung zu erfolgen hat. Die Klägerin fordert, dass der Beklagte sämtliche Kosten, d.h. CHF 300.00 Anmeldegebühr, CHF 9'500.00 Kurskosten und CHF 3'030.00 für die fehlenden 12 Arbeitstage, zurückzuerstatten habe.

Die Ausbildungsvereinbarung vom 11.7.2012 sieht vor, dass bei einer Kündigung im Verlaufe des 1. Halbjahres nach Beendigung des Kurses 90% der Kosten zurückzuerstatten seien. Der Fall, in welchem die Kündigung noch vor Beendigung des Kurses erfolgt, wurde indes nicht geregelt (vgl. diesbezüglich auch Erw. 3). Diese Lücke ist demnach dem hypothetischen Willen der Parteien bei Abschluss entsprechend zu schliessen. Wie bereits ausgeführt (vgl. wiederum Erw. 3) sieht die Ausbildungsvereinbarung eine Rückerstattungspflicht vor, welche sich laufend verringert, je länger die Klägerin die Ausbildung des Beklagten für sich nutzen kann, bis sie nach Ablauf von drei Jahren schliesslich gar nicht mehr besteht. Mit anderen Worten ausgedrückt, haben die Parteien in der Ausbildungsvereinbarung vorgesehen, dass der Beklagte die Ausbildungskosten im Laufe von drei Jahren «abarbeiten» kann. Angesichts dieser hinter der Vereinbarung vom 11.7.2012 stehenden Systematik, ist es nicht zu beanstanden, wenn bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Abbruch der Ausbildung, noch bevor diese überhaupt beendet wurde, sämtliche Kosten zurückgefordert werden können. Schliesslich vermochte die Klägerin bei dieser Ausgangslage aus der dem Beklagten finanzierten Ausbildung noch überhaupt keine Vorteile zu ziehen, weswegen es Sinn und Zweck der Ausbildungsvereinbarung folgend nicht sachgerecht wäre, wenn lediglich 90% der Kosten zurückbezahlt werden müssten. Vielmehr hat der Beklagte für die vollen Kosten, d.h. für die CHF 9'800.00, welche die Klägerin unbestrittenermassen an das Weiterbildungsinstitut C [...] bezahlt hat, sowie für die Kosten der für die Ausbildung aufgewendeten zwölf Arbeitstage aufzukommen. Der von der Klägerin für die zwölf Arbeitstage eingesetzte Lohn von gerundet CHF 3'030.00 (Berechnungsgrundlage: 12 Tage x 8.4 Std. x CHF 30.00; [...]) ist

angesichts des zuletzt bezahlten Monatslohns des Beklagten von CHF 5'050.00 brutto [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 25.1.2016 i.S.v. Stiftung E. gegen S., GS 2015.38)

2. Verfahrensrechtliche Fragen

2.1. Zur Reichweite der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens (Art 205 ZPO)

(siehe unter Ziffer 3.2, S. 14)

2.2. Zur Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen

(siehe unter Ziffer 3.5.3.1 f., S. 50)

2.3. Kostenpflichtigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bei rechtsmissbräuchlicher Klage?

(siehe unter Ziffer 1.1, S. 3)

3. Materiellrechtliche Fragen nach OR

3.1. Täuschung über Arbeitsfähigkeit beim Vertragsschluss (Art. 28 OR)

(siehe unter Ziffer 1.1, S. 3)

3.2. Rechtsgenügendes Arbeitsangebot? (Art. 324 OR)

Zu den Anforderungen an ein rechtsgenügendes Arbeitsangebot der Arbeitnehmerin und einer Freistellung durch die Arbeitgeberin.

Art. 205 ZPO. Zur Reichweite der Vertraulichkeit im Schlichtungsverfahren.

Die Arbeitnehmerin I. arbeitete seit dem 1.9.2009 als Verkäuferin bei der S. GmbH. Mit Schreiben vom 31.10.2012 kündigte die S. GmbH das Arbeitsverhältnis. Ab November 2012 erhielt die Arbeitnehmerin von der X. Arbeitslosenkasse Arbeitslosentaggelder.

Bereits vor der Kündigung hatte die Arbeitnehmerin am 25.7.2012 ein Schlichtungsgesuch betreffend Krankenlohn gegen die S. GmbH eingereicht, dessen

Rechtsbegehren sie im späteren Verlauf des Verfahrens ausdehnte, insbesondere auch auf Zahlung von Lohn während der ordentlichen Kündigungsfrist. Nach dem erfolglosen Ausgang der Schlichtungsverhandlung wurde der Arbeitnehmerin am 14.2.2013 die Klagebewilligung erteilt. Sie klagte daraufhin am 25.4.2013 beim Arbeitsgericht Basel-Stadt gegen die S. GmbH diese sei zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses sowie zur Zahlung von CHF 2'562.40 Krankenlohn und von CHF 8'515.00 Lohn zu verpflichten. Zuzugabe teilweiser Klageanerkennung und teilweisem Klagerückzug schrieb das Arbeitsgericht die Klage der Arbeitnehmerin am 16.8.2013 ab.

Am 26.4.2013 klagte die X. Arbeitslosenkasse beim Arbeitsgericht auf Verurteilung der S. GmbH zur Zahlung von CHF 7'676.95 zuzüglich 5% Zins. Am 7.11.2013 wurde die S. GmbH zur Zahlung von CHF 3'382.70 zuzüglich 5% Zins an die X. Arbeitslosenkasse verurteilt.

Eine dagegen von der S. GmbH am 21.2.2014 geführte Beschwerde hiess das Appellationsgericht Basel-Stadt am 1.7.2014 vollumfänglich gut und wies die Klage der X. Arbeitslosenkasse ab, wobei es was folgt ausführte:

«[...] **2.1.** Im vorliegenden Fall steht die Frage im Zentrum, ob die Arbeitnehmerin gegenüber der Beschwerdeführerin einen Lohnanspruch ab dem 1.11.2012 hat [...]. Die Arbeitnehmerin war ab dem 30.5.2012 zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 12.10.2012 teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit, dass die Arbeitnehmerin ab dem 15.10.2012 wieder arbeitsfähig sei; angesichts der Mitteilung, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeit angeboten habe, gehe man davon aus, dass die Arbeitnehmerin von der Beschwerdeführerin freigestellt worden sei. Am 31.10.2012 kündigte die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31.10.2012, ohne die Arbeitnehmerin darauf hinzuweisen, dass sie nicht von ihrer Arbeitspflicht befreit sei und daher unverzüglich wieder zur Arbeit erscheinen müsse. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, es habe sich ein Tippfehler in das Kündigungsschreiben eingeschlichen und es sei die Kündigung auf den 31.12.2012 ausgesprochen worden, was dann wegen Zustellung der Kündigung erst anfangs November 2012 zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende Januar 2013 geführt habe. Das Zivilgericht hält in seinen Erwägungen fest, es könne der Arbeitnehmerin nicht vorgeworfen werden, ihre Arbeitskraft nicht genügend angeboten zu haben, weshalb sie einen Lohnanspruch ab dem 1.11.2012 habe. Anders verhalte es sich ab Mitte Dezember 2012, da die Beschwerdeführerin die Arbeitnehmerin mit Schreiben vom 13.12.2012 klar darauf aufmerksam gemacht habe, dass sie ihre Arbeit anbieten müsse [...]. An diesem Ergebnis ändere die angebliche Aussage der Arbeitnehmerin an der Schlichtungsverhandlung vom 13.9.2012, wonach sie nicht mehr für die Beschwerdeführerin arbeiten wolle, nichts. Aussagen der Parteien an der Schlichtungsverhandlung dürften nämlich vor Gericht nicht verwendet werden [...]. Da die Beschwerdegegnerin der Arbeitnehmerin vom 1.11. bis 15.12.2012 Arbeitslosentaggelder von CHF 3'382.70 ausgerichtet habe und die Ansprüche der Arbeitnehmerin von Gesetzes wegen in diesem Umfang auf die Beschwerdegegnerin

übergangen, habe diese gegenüber der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf CHF 3'382.70 zuzüglich 5% seit dem 1.2.2013 [...].

2.2. Kommt ein Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrags in Verzug (Art. 102 ff. OR). Der Arbeitgeber kann in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern (Art. 82 OR). Kann der Arbeitnehmer die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht leisten oder kommt Letzterer aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Arbeitgeberverzug liegt grundsätzlich erst vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit eindeutig angeboten hat (BGE 115 V 437 E. 5a S. 444; BGer C 218/04 vom 15.4.2005 E. 5.2; BGer 4A_332/2007 vom 15.11.2007 E. 2.1). Das Arbeitsangebot muss nicht in einer bestimmten Form erfolgen; vorausgesetzt ist aber, dass der Arbeitgeber unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben annehmen darf und muss, dass der Arbeitnehmer die Absicht hat, die Arbeit auszuführen (BGer 4A_332/2007 vom 15.11.2007, E. 2.1). Das Angebot muss konkret sein, insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht, d.h. der Arbeitnehmer muss im Zeitpunkt des Angebots in der Lage sein, die geschuldete Leistung zu erbringen (vgl. Wyler, *Droit du travail*, 2. Auflage, Bern 2008, S. 193). Verzichtet der Arbeitgeber – wie bei der Freistellung – ausdrücklich auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, muss dieser seine Leistung nicht mehr anbieten (BGE 135 III 349 E. 4.2 S. 357; BGE 118 II 139 E. 1a S. 140; BGer C 218/04 vom 15.4.2005 E. 5.2). Eine Freistellung kann zum einen einseitig vom Arbeitgeber angeordnet werden. Die Freistellung bzw. der Verzicht auf die Arbeitsleistung muss dabei ausdrücklich erfolgen (Wyler, a.a.O., S. 198: «Si l'employeur renonce expréssément à ce que le travailleur fournisse un travail, ce dernier n'est plus tenu d'offrir sa prestation ...»). Zum anderen kann eine Freistellung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden, wobei eine solche Vereinbarung den allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss unterliegt (Art. 1 ff. OR).

2.3.1. Die Beschwerdeführerin stimmt dem Zivilgericht zunächst insofern zu, als das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 kein rechtsgenügendes Angebot der Arbeitskraft darstelle und das Schweigen der Beschwerdeführerin auf dieses Schreiben, das sich auf eine angebliche Freistellungserklärung bezieht, nicht als Einwilligung in die Freistellung zu werten sei [...]. Willkürlich und aktenwidrig sei dagegen der Schluss des Zivilgerichts, dass das Kündigungsschreiben vom 31.10.2012 Anlass zu Missverständnissen habe geben können. In der ersten Reaktion vom 6.11.2012 habe die Arbeitnehmerin das Kündigungsschreiben nämlich eindeutig als ordentliche Kündigung aufgefasst [...]. Das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 6.11.2012 lag dem Zivilgericht indes nicht vor. Das erst mit der Beschwerde eingereichte Schreiben stellt somit ein Novum dar, das angesichts des Novenverbots im Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO) nicht berücksichtigt werden kann.

2.3.2. Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann gegen die Annahme des Zivilgerichts, die Beschwerdeführerin sei angesichts der Missverständlichkeit des Kündigungsschreibens vom 31.10.2012 und des Umstands, dass es als Antwort auf das

Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 zu verstehen sei, gehalten gewesen, die Arbeitnehmerin darauf hinzuweisen, dass sie nicht von ihrer Arbeitspflicht befreit sei und unverzüglich wieder zur Arbeit zu erscheinen habe. Dabei kritisiert die Beschwerdeführerin zunächst, dass das Zivilgericht das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 überhaupt berücksichtigt hat. Da das Schreiben an die Schlichtungsbehörde gerichtet sei und die Vertraulichkeit gemäss Art. 205 ZPO für das gesamte Schlichtungsverfahren gelte, dürfe es im Entscheidverfahren nicht verwertet werden [...].

Diese Auffassung trifft nicht zu: Die Art. 202 bis 206 ZPO regeln das Schlichtungsverfahren, namentlich die Einleitung des Schlichtungsverfahrens (Art. 202 ZPO), die Verhandlung (Art. 203 ZPO), das persönliche Erscheinen an der Verhandlung (Art. 204 ZPO), die Vertraulichkeit des Verfahrens (Art. 205 ZPO) und die Säumnis an der Verhandlung (Art. 206 ZPO). Die systematische Stellung von Art. 205 ZPO im Gesetz legt es nahe, dass sich die Vertraulichkeit gemäss Art. 205 ZPO auf die Schlichtungsverhandlung und nicht auf das gesamte Schlichtungsverfahren bezieht. Diese Annahme wird durch den Wortlaut von Art. 205 Abs. 1 ZPO bestätigt, wonach «Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren verwendet werden» dürfen. Es geht mit anderen Worten um Aussagen, die an der Schlichtungsverhandlung gemacht werden. In der Lehre wird denn auch festgehalten, dass unter Aussagen Ausführungen der Parteien anlässlich der Verhandlung zu verstehen sind und dass sich das Verwertungsverbot einzig darauf bezieht (Infanger, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 205 ZPO N 3). Äusserungen ausserhalb der Schlichtungsverhandlung dürfen dagegen verwendet werden (Infanger, a.a.O., Art. 205 ZPO N 5; vgl. auch HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 205 ZPO N 1; ALVAREZ/PETER, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 205 ZPO N 1 und 5). Im Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 12.10.2012 teilt diese der Schlichtungsbehörde (und gemäss Wortlaut auch der Gegenseite) mit, dass die Arbeitnehmerin ab dem 15.10.2012 wieder arbeitsfähig sei. Die Beschwerdegegnerin hat dieses Schreiben ihrer Klage vom 26.4.2013 beigelegt. Damit handelt es sich nicht um eine Aussage, die in der Schlichtungsverhandlung gemacht wurde und der Vertraulichkeit unterstehen würde. Es ist jeder Partei unbenommen, von ihr selbst verfasste Schreiben als Klagbeilagen in den Prozess einzuführen. Die Aussage im Schreiben, wonach die Arbeitnehmerin ab dem 15.10.2012 wieder voll arbeitsfähig sei, ist auch vom Inhalt her nicht Teil eines Vergleichsgesprächs bzw. von Vergleichskorrespondenz. Bei der im gleichen Schreiben wiedergegebenen Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Schlichtungsverhandlung mitgeteilt, kein Interesse daran zu haben, die Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen, handelt es sich nur um eine Behauptung der Beschwerdegegnerin über eine angeblich von der Beschwerdeführerin in der Schlichtungsverhandlung gemachte Aussage und nicht um die Aussage selbst, weshalb auch diesbezüglich von der Verwertbarkeit des Schreibens vom 12.10.2012 auszugehen ist. Das Zivilgericht durfte somit darauf abstellen.

2.3.3. Das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 12.10.2012 wurde für die Arbeitnehmerin verfasst und hat folgenden Wortlaut:

«In obiger Sache [...]

Teilen wir der Schlichtungsbehörde und der Gegenseite mit, dass die Gesuchstellerin ab dem 15.10.2012 wieder arbeitsfähig ist.

Die Gesuchstellerin [richtig wohl: Gesuchgegnerin] teilte anlässlich der vollzogenen Schlichtungsverhandlung mit, dass sie kein Interesse mehr daran hat die Gesuchstellerin weiter zu beschäftigen. Eine Kündigung ist bisher nicht ausgesprochen worden. Angesichts der Mitteilung, dass die Gesuchstellerin ihre Arbeit angeboten hat, gehen wir davon aus, dass diese von der Arbeitgeberin frei gestellt worden ist. Arbeitspläne wurden der Gesuchstellerin nicht eröffnet.»

Mit Schreiben vom 31.10.2012, das den Titel «Ordentliche Kündigung» trägt, kündigte die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin:

«Wir sehen uns leider gezwungen, den mit Ihnen am 01.09.2009 abgeschlossenen Arbeitsvertrag auf den 31.10.2012 ordentlich aufzulösen.

[...]

Wir werden Ihnen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis zustellen.»

Eine einseitige, ausdrückliche Anordnung einer Freistellung durch die Beschwerdeführerin liegt nicht vor. Im ersten Schreiben stellt die Beschwerdegegnerin die Vermutung auf, die Arbeitnehmerin sei freigestellt worden. Das zweite Schreiben nimmt auf diese Vermutung nicht Bezug. Das Zivilgericht lässt die Frage letztlich offen, ob es sich beim zitierten Kündigungsschreiben um eine Einwilligung zur von der Arbeitnehmerin vermuteten Freistellung handelt [...]. Die Frage ist zu verneinen, und zwar aus folgenden Gründen: Die Beschwerdeführerin nimmt zunächst in ihrem Kündigungsschreiben auf das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 insgesamt keinen Bezug. Sodann besteht zwischen den beiden Schreiben auch insofern nur ein loser Zusammenhang, als das Schreiben der Arbeitnehmerin primär an die Schlichtungsbehörde – und nicht an die Beschwerdeführerin – adressiert ist und das Kündigungsschreiben der Beschwerdeführerin erst knapp drei Wochen nach dem Schreiben der Arbeitnehmerin verfasst worden ist. Schliesslich äussert sich das Kündigungsschreiben auch in inhaltlicher Hinsicht nicht zur von der Arbeitnehmerin vermuteten Freistellung. Eine Freistellung kann nicht leichthin angenommen werden. Das Schweigen der Beschwerdeführerin auf die geäusserte Vermutung der Freistellung kann nach Treu und Glauben nicht als Zustimmung interpretiert werden ([...] AGE BE.2010.16 vom 2.9.2010). Es wäre somit an der Arbeitnehmerin gewesen, spätestens nach dem Erhalt des Kündigungsschreibens, das sich zur vermuteten Freistellung nicht äussert, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen, wie es sich mit der Kündigung – ordentliche oder fristlose – und mit der vermuteten Freistellung verhält. Das Kündigungsschreiben enthält in der Überschrift und im Text den Begriff der ordentlichen Kündigung und den Hinweis, dass die Arbeitnehmerin nach der Beendigung des

Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis erhalten werde, doch nennt es als Termin der Auflösung des Arbeitsvertrages mit dem 31.10.2012 das Datum des Schreibens selbst. Insoweit ist das Schreiben zwar widersprüchlich und kann durchaus zu Fragen Anlass geben, nicht aber zu einem Missverständnis, aufgrund dessen die Arbeitnehmerin auf eine Freistellung (oder fristlose Kündigung) hätte vertrauen dürfen, bei der ihre Arbeitspflicht und die Obliegenheit, die Arbeit anzubieten, entfallen wären.

Wurde eine Freistellung weder vereinbart noch einseitig angeordnet, bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Arbeitnehmerin auf die Obliegenheit, die Arbeit anzubieten, hätte hinweisen müssen. Die Arbeitnehmerin war im Zeitpunkt der Kündigung vom 31.10.2012 von der beschwerdebeklagten Arbeitslosenkasse beraten und vertreten und vermutete selbst, dass die Kündigungsfrist möglicherweise nicht gewahrt sei. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Klage vom 26.4.2013 nämlich aus, die Arbeitnehmerin sei bis zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 13.12.2012 von einer Freistellung oder von einer Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist ausgegangen [...]. Vermutete die durch die Beschwerdegegnerin beratene Arbeitnehmerin aber, dass die Kündigungsfrist möglicherweise nicht eingehalten sei, fehlt es an einem Rechtsirrtum, der allenfalls eine Aufklärungspflicht der Beschwerdeführerin begründen würde bzw. die Pflicht der Arbeitnehmerin entfallen liesse, ihre Arbeitskraft anzubieten. Die Arbeitnehmerin bzw. die Beschwerdegegnerin hat die Unkenntnis in Kauf genommen und kann daher nicht geltend machen, sie habe sich geirrt. Wer an der Richtigkeit seiner Vorstellung zweifelt, irrt sich nicht, sondern lässt die entsprechende Situation in der Schwebe (vgl. SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 2013, Art. 23/24 OR N 14 f.). Es lag demnach nicht an der Beschwerdeführerin, die Arbeitnehmerin aufzuklären; vielmehr hätte die Arbeitnehmerin nach dem Kündigungsschreiben vom 31.10.2012 von sich aus nachfragen müssen. Im Zweifelsfall ist die Arbeit anzubieten – in gleicher Weise, wie wenn über die Art einer ausgesprochenen Kündigung (fristlose oder ordentliche) und damit über das Weiterbestehen der Arbeitspflicht Zweifel bestehen.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Arbeitnehmerin ab dem 1.11.2012 nicht freigestellt war. In dieser Situation hätte sie ihre Arbeitskraft klar und konkret anbieten müssen, um ihren Lohnanspruch zu behalten. Die Beschwerdeführerin war nicht verpflichtet, die Arbeitnehmerin auf diese Obliegenheit hinzuweisen. Da die Arbeitnehmerin die Arbeit nicht rechtsgenügend angeboten hat, hat sie bzw. die subrogierende Beschwerdegegnerin ab dem 1.11.2012 keinen Lohnanspruch gegen die Beschwerdeführerin. [...]»

(Entscheid des Appellationsgerichts vom 1.7.2014 i.S.v. S. GmbH gegen X. Arbeitslosenkasse, BEZ.2014.18; GS 2013.14)

3.3. Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bei Konflikten unter den Arbeitnehmern (Art. 328 OR)

(siehe unter Ziffer 3.5.2.1., S. 35)

3.4. Betriebsübernahme (Art. 333 OR): Garantievertrag (Art. 111 OR) der Übernehmerin bezgl. Zusatzrente der Pensionskasse?

K. war ursprünglich Mitarbeiter der V. AG. Im Zuge der Fusion seiner Arbeitgeberin mit der W. AG wechselte er zur Z. AG. Im Rahmen einer Abspaltung einer Geschäftseinheit der Z. AG trat er per 1.1.2001 in die neu gegründete Y. AG ein, die heute als X. AG firmiert. Per dieses Datum wechselte er auch von der Pensionskasse der Z. AG zur Pensionskasse der X. AG.

K. wurde auf den 1.2.2011 frühpensioniert. Mit Schreiben vom 10.6.2010 hatte die Pensionskasse der X. AG ihm mitgeteilt, dass er neben seiner Altersrente bis zur Vollendung des 65. Altersjahres eine Zusatzrente von jährlich CHF 12'000.00 erhalten werde – dies gemäss Fassung ihres Reglementes von 2010, welches aufgrund eines Sanierungsbedarfs neu erlassen worden war. In der Folge machte K. gegenüber der Pensionskasse der X. AG eine Erhöhung der Zusatzrente auf jährlich CHF 18'000.00 geltend, welcher Betrag der Höhe der bei der Pensionskasse der Z. AG vorgesehenen Zusatzrente entsprach. Das Bundesgericht wies diese auch auf dem Rechtsweg geltend gemachte Forderung letztinstanzlich mit Urteil vom 31.7.2012 ab (BGE 138 V 366).

Mit Klage vom 21.6.2013 gegen die X. AG gelangte K. an das Arbeitsgericht Basel-Stadt und verlangte deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 30'000.00. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 13.4.2015 ab. Eine dagegen am 16.6.2016 erhobene Berufung von K. wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 22.4.2016 ab, wobei es was folgt ausführte:

«[...]. **2.1.** Der Berufungskläger macht mit der vorliegenden Klage geltend, die Berufungsbeklagte habe ihm im Zuge des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses von der Z. AG auf sie per 1.1. 2001 zugesichert, dass er wie nach dem Reglement der Pensionskasse seiner früheren Arbeitgeberin bei einer Frühpensionierung eine jährliche Zusatzrente von CHF 18'000.00 erhalte. Nachdem er im Gefolge seiner Frühpensionierung ab Februar 2011 von der Pensionskasse der Berufungsbeklagten bloss eine Zusatzrente von jährlich CHF 12'000.00 erhalte, habe ihm die Berufungsbeklagte die Differenz von jährlich CHF 6'000.00 auszugleichen, was in den fünf Jahren bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionsalters einen Betrag von CHF 30'000.00 ergebe. Der Berufungskläger hat sich zur Begründung seiner Forderung einerseits auf die gesetzlichen Vorschriften des Obligationenrechts zum Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen einer Betriebsübernahme berufen, andererseits auf verschiedene Dokumente, aus denen sich eine entsprechende Zusicherung der Berufungsbeklagten ergeben soll.

2.2. Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR geht bei einer Übertragung eines Betriebs auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tag der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebs haften diesfalls solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig

geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR). Das Zivilgericht hat unter diesem Titel die Frage geprüft, ob unter die im Arbeitsverhältnis begründeten Rechte und Pflichten auch Versicherungs- und Vorsorgezusagen fallen. Es hat diese – in der Lehre umstrittene – Frage näher analysiert und namentlich unter Hinweis auf einen vom Appellationsgericht gefällten Entscheid verneint [...]. Das Zivilgericht hat indessen den Übergang von Vorsorgezusagen als möglich erachtet, wenn sie zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht werden oder allein darin enthalten sind. Im vorliegenden Fall vermochte es aber weder im Arbeitsvertrag des Berufungsklägers mit der früheren Arbeitgeberin, der Z. AG, noch im demjenigen mit der übernehmenden Arbeitgeberin, der Berufungsbeklagten, derartige Zusagen zu erkennen [...].

Der Berufungskläger führt hierzu lediglich aus, er halte daran fest, dass mittels Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR alle Rechte und Pflichten auf den Übernehmer übergingen. Dabei gingen sämtliche Arbeitsbedingungen über, so auch Versicherungszusagen des alten Arbeitgebers. Die Berufungsbeklagte habe die entsprechenden Garantien bezüglich der vorzeitigen Pensionierung übernommen und hafte somit für die Differenz zwischen den erhaltenen und versprochenen Leistungen [...]. Diese Ausführungen vermögen den Anforderungen an die Begründung einer Berufung nicht zu genügen. [...]

2.3. Der Berufungskläger leitet seinen Anspruch auf eine Zusatzrente sodann aus dem Garantievertrag (Art. 111 OR) ab. Die Berufungsbeklagte habe ihm beim Betriebsübergang mehrfach schriftlich wie mündlich zugesichert, dass ihm ihre Pensionskasse bei Eintritt der Frühpensionierung für die Dauer von fünf Jahren eine Zusatzrente von CHF 18'000.00 pro Jahr leisten werde. Indem ihm nunmehr jährlich eine Zusatzrente von lediglich CHF 12'000.00 gewährt werde, habe die Berufungsbeklagte für den dadurch entstandenen Schaden in Höhe von insgesamt CHF 30'000.00 (5 x CHF 6'000.00) einzustehen [...]. Das Zivilgericht hat in diesem Zusammenhang verschiedene vom Berufungskläger eingereichte Dokumente geprüft, jedoch in keinem von ihnen ein rechtlich verbindliches Garantieverprechen feststellen können [...]. Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, einerseits die eingereichten Beweismittel falsch eingeschätzt und unrichtige Schlüsse daraus gezogen zu haben, andererseits wichtige Beweismittel ohne Begründung nicht gewürdigt zu haben [...].

2.3.1. Der in Art. 111 OR geregelte Vertrag zu Lasten eines Dritten (Marginalie) wird gemeinhin als Garantievertrag bezeichnet. Darin verspricht die eine Vertragspartei (Promittent, Garant, Schuldner) einer anderen Partei (Promissar, Begünstigter, Gläubiger) die Leistung eines Dritten in dem Sinne, dass sie mittels eigener Ersatzleistung für die Erbringung dieser fremden Leistung einsteht, falls diese ausbleibt (REETZ/GRABER, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 111 OR N 1). Nur der Promittent und der Promissar sind Parteien des Garantievertrags, nicht auch der Dritte. Dieser wird entsprechend weder zu einer bestimmten Leistung verpflichtet noch hierzu ermächtigt (REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 2 und 11; PESTALOZZI, in: Honsell/Vogt/ Wiegand

[Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 111 N 1 f.). Das Garantieverprechen kann als eigenständiger Vertrag in Erscheinung treten oder als Garantieklausel in einem umfassenderen Vertrag enthalten sein (PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 9; REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 3). Es ist in jedem Fall formlos gültig (PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 7; REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 13). Der Garantievertrag ist ein zweiseitiges, wenn auch regelmässig nur einseitig (den Promittenten) verpflichtendes Rechtsgeschäft und setzt dementsprechend einen übereinstimmenden Parteiwillen der Kontrahenten voraus (REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 9 f.; PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 7). Entscheidend für das Zustandekommen eines Garantievertrags ist, dass der Promittent einen festen Verpflichtungswillen hat. Neben dem Wortlaut ist insbesondere das persönliche Interesse des Promittenten an der Leistungserbringung Indiz für dessen Vorliegen (WEBER, in: Berner Kommentar. Art. 110-113 OR, Bern 2002, Art. 111 N 131; REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 12; PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 8).

2.3.2. Der Berufungskläger hat sich zunächst auf ein Informationsschreiben berufen, welches die frühere Arbeitgeberin, die Z. AG, und die neue Arbeitgeberin, die Y. AG (heute X. AG), den übertretenden Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem per 1.1.2001 vorgesehenen Betriebsübergang unter dem 27.11.2000 hatten zukommen lassen [...]. Diesem Informationsschreiben waren eine «Übersicht des neuen Reglements der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG)» sowie eine «Zusammenfassung der Anstellungsbedingungen und Sozialleistungen» beigefügt [...]. Das Zivilgericht hat verneint, dass sich aus diesen Dokumenten eine Garantiezusage der Berufungsbeklagten hinsichtlich der Zusatzrente im Falle der Frühpensionierung ergebe, bzw. dass wenn man eine solche annehmen würde, diese auf die Dauer von zwei Jahren beschränkt gewesen wäre [...].

2.3.2.1. Der Berufungskläger sieht ein Garantieverprechen vor allem im folgenden, am Ende der zweiseitigen «Übersicht des neuen Reglementes der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG)» enthaltenen Abschnitt mit der Überschrift «Garantien für Übertretende Mitarbeiter»:

«Die folgenden Garantien werden den übertretenden Mitarbeitern zugestanden:

1. *Pensionierung und frühzeitige Pensionierung – Den übertretenden Mitarbeitern wird die lebenslange Altersrente, die Zusatzrente und temporäre Überbrückungsrente garantiert, im selben Umfang wie sie im Z. AG Reglement per 1.1.2001 vorgesehen sind.*
2. *...»*

Der Berufungskläger hält dafür, dass die von der Z. AG übertretenden Mitarbeiter aufgrund des Informationsschreibens vom 27.11.2000 und dieses Passus in guten Treuen hätten davon ausgehen müssen und können, dass sich an der garantierten Zusatzrente durch den Betriebsübergang nichts ändere [...]. Er bestreitet, dass die

Berufungsbeklagte die Garantie zur Beibehaltung der garantierten Vorsorgeleistungen lediglich für die Dauer von zwei Jahren seit Betriebsübergang abgegeben habe. Die generelle Zweijahresklausel, wie sie im Informationsschreiben vom 27.11.2000 enthalten gewesen sei, gelte für die allgemeinen Anstellungsbedingungen. Für die garantierten Vorsorgeleistungen sei diese Zweijahresfrist nicht anwendbar. Dem Vorsorgeversprechen lasse sich nach seinem klaren Wortlaut keine befristete Garantiedauer entnehmen [...]. Nach Auffassung des Berufungsklägers würde eine Befristung des Garantieverprechens auch seinem Zweck widersprechen. Eine Garantie könne nicht ablaufen, bevor der Erfolg der fremden Leistung überhaupt erst eintreten könne. Als Sicherungsgeschäft müsse sich die Dauer der Garantie mindestens bis zur Erfüllung respektive bis zum Zeitpunkt, in dem die Drittleistung erfolge bzw. nicht erfolge, erstrecken. Anderenfalls sei der Sicherungszweck der Garantie von Anfang an verfehlt [...]. Den Mitarbeitern sei vorliegend im Falle einer Frühpensionierung für die Dauer von fünf Jahren eine Zusatzrente gewährt worden. Sichergestellt worden sei damit einerseits eine künftige Leistung, deren Erfolg erst bei Erreichen der frühzeitigen Pensionierung habe eintreten können, und andererseits eine dauerhafte Leistung. Der Sicherungszweck der Garantie sei klarerweise verfehlt, wenn sich die Dauer der Garantie gar nicht auf die Zeitspanne der Entstehung des Anspruchs bis zur Erfüllung erstrecke [...]. Er, so der Berufungskläger weiter, sei bei der Betriebsübernahme 49 Jahre alt gewesen. Der ihm garantierte Anspruch auf eine Drittleistung habe erst im Alter 60 und somit erst zehn Jahre nach Betriebsübernahme entstehen können. Mit einer Garantie, die zwei Jahre gültig sei, könne unmöglich eine künftige Drittleistung garantiert werden, die erst in zehn Jahren fällig werde und für fünf Jahre geschuldet sei [...]. Dass das Garantieverprechen bereits acht Jahre vor seiner Pensionierung ablaufen könnte, damit habe er nicht rechnen können und müssen [...].

2.3.2.2. Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob sich aus dem Informationsschreiben vom 27.11.2000 und seinen beiden Anhängen der Wille der Berufungsbeklagten ergibt, die Leistungen ihrer Pensionskasse bei vorzeitiger Pensionierung abzusichern, und dementsprechend ein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zustande gekommen ist. Falls dies zu bejahen ist, ist in einem zweiten Schritt der Inhalt des Garantieverprechens zu prüfen, namentlich welche Leistungen der Pensionskasse in Umfang und Dauer abgesichert werden sollten. Zunächst fällt auf, dass das fragliche Schreiben vom 27.11.2000 [...] dem alten sowie dem neuen Arbeitgeber gemäss expliziter Verweise dazu diene, den bei einem Betriebsübergang gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflichten gemäss Art. 333a OR nachzukommen. Nach ihrem Zweck sollen die arbeitgeberischen Informationen dem einzelnen Arbeitnehmer ermöglichen, seinen Entscheid über die Ausübung seines Ablehnungsrechts (Art. 333 Abs. 1 und 3) sachkundig fällen zu können (PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], a.a.O., Art. 333a N 1). Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass ein solches Informationsschreiben auch Garantiezusagen im Sinne von Art. 111 OR enthält, wenn der Erwerber eines Betriebs ein besonderes Interesse hat, die Mitarbeiter des Veräusserers zum Übertritt zu bewegen. Wenn der neue Arbeitgeber aber, wie es vorliegend der Berufungskläger behauptet, über Jahre hinweg unveränderliche Leistungen seiner Pensionskasse garantieren soll, so darf und muss

angesichts der Ungewöhnlichkeit solcher Zusagen erwartet werden, dass ein solches Informationsschreiben nach Art. 333a OR einen entsprechenden Verpflichtungswillen unmissverständlich zum Ausdruck bringt, damit ein Garantievertrag zustande kommen kann. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Das von der Berufungsbeklagten mitunterzeichnete Informationsschreiben vom 27.11.2000 [...] hält lediglich in sehr allgemeiner Weise fest, dass die Übernehmerin, die Y. AG [heute X. AG], für die Dauer von 2 Jahren «gleichwertige Anstellungsbedingungen» garantiere. Dass die neue Arbeitgeberin damit gleich auch die Leistungen ihrer Pensionskasse garantieren sollte, geht daraus nicht hervor. Der betreffende Passus im Informationsschreiben verweist zwar in Klammern noch auf die betreffende Übersicht im Anhang dazu («siehe Übersicht»). Dieses Dokument [...] stellt gemäss seiner Überschrift («Übersicht des neuen Reglements der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG)») indessen bloss eine Übersicht über die künftigen Leistungen der Pensionskasse selbst dar. Die am Ende dieses Papiers erwähnten Garantien (s. oben E. 2.3.2.1) enthalten dementsprechend lediglich Aussagen über Leistungen, wie sie die übertretenden Mitarbeiter von der neuen Vorsorgeeinrichtung erwarten konnten. Sie können indessen ohne explizite Bezugnahme im Informationsschreiben selbst nicht als Zusage der neuen Arbeitgeberin interpretiert werden, diese Leistungen im Sinne eines Garantievertrags nach Art. 111 OR absichern zu wollen. Schon gar nicht kann entgegen den Vorbringen des Berufungsklägers darin irgendeine Absicht der Erwerberin erkannt werden, weitergehende Leistungen als die neue Pensionskasse zu garantieren. Wie oben zitiert, wurde in der Übersicht über das neue Pensionskassenreglement den übertretenden Mitarbeitern «die lebenslange Altersrente, die Zusatzrente und temporäre Überbrückungsrente garantiert, im selben Umfang wie sie im [Z. AG] Reglement per 1.1.2001 vorgesehen gewesen wäre». Das Reglement der Pensionskasse der Z. AG [...] sah in Art. 32 ausdrücklich die Abänderbarkeit dieser Leistungen, mithin auch der Renten, vor. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung bestand für den Fall eines Fehlbetrags der versicherungstechnischen Bilanz unter anderem auch die Möglichkeit, «die Versicherungsleistungen einschliesslich der laufenden Renten ... anzupassen». Selbst wenn man also im letzten Abschnitt der Übersicht des neuen Reglements der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG) ein die neue Arbeitgeberin bindendes Garantieverprechen erkennen wollte, hätte daraus kein Anspruch der übertretenden Mitarbeiter auf fortwährende Unabänderlichkeit der erwähnten Pensionskassenleistungen abgeleitet werden können. Standen schon die reglementarischen Leistungen der Pensionskasse der Z. AG unter dem ausdrücklichen Vorbehalt ihrer Abänderbarkeit, so gilt dies aufgrund des integralen Verweises in der Übersicht der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG) auf das Reglement der Pensionskasse der Z. AG a fortiori auch für die reglementarischen Leistungen der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG). Hätte die neue Arbeitgeberin demgegenüber unabänderliche Versicherungsleistungen garantieren sollen und wollen, hätte sie dies entsprechend auch explizit tun müssen. Aus dem Informationsschreiben vom 27.11.2000 und seinen beiden Anhängen ergibt sich indessen keine entsprechende Zusage, so dass das Vorliegen eines Garantieverprechens im Sinne von Art. 111 OR zu verneinen ist. Die übertretenden Mitarbeiter konnten und durften somit nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen,

dass ihnen entgegen der Regelung bei der früheren Arbeitgeberin bei der neuen Arbeitgeberin Leistungen zugesichert würden, die auch im Sanierungsfall unverändert bleiben. Eine Garantie liegt somit nicht vor.

Selbst wenn man ein Garantieverprechen seitens der Berufungsbeklagten bejahen würde, wäre diese Zusicherung wie die anderen Garantien lediglich für längstens zwei Jahre gewährt worden. Das Informationsschreiben vom 27.11.2000 garantierte die gleichwertigen Anstellungsbedingungen für die Dauer von 2 Jahren. Ebenso versprach die Berufungsbeklagte, während 2 Jahren ab Datum der Betriebsnachfolge keine Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen auszusprechen. Im identischen Sinne wurde in der Präambel des Abschlussprotokolls über die Gespräche mit den Internen Personalvertretungen betreffend die Anstellungsbedingungen ([...] dazu auch nachfolgend E. 2.3.3) darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Abspaltung des Agribusiness von der Z. AG geschaffenen Joint-Ventures für die ersten 2 Jahre gleichwertige Anstellungs- und Vorsorgeleistungen für die übertretenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vereinbart worden seien. Soweit die Berufungsbeklagte überhaupt bestimmte Leistungen ihrer neuen Pensionskasse hätte absichern wollen, wäre diese Garantie gemäss dieser einleitenden Worte deshalb auf zwei Jahre, d.h. bis zum 31.12.2002, begrenzt gewesen. Der Berufungsbeklagte, der erst auf den 1.2.2011 frühpensioniert wurde, könnte auch in diesem Fall keine Ansprüche gegenüber der Berufungsbeklagten geltend machen.

2.3.3. Der Berufungskläger hat sodann eine Garantie der Berufungsbeklagten aus dem «*Abschlussprotokoll über die Gespräche mit den Internen Personalvertretungen betreffend die Anstellungsbedingungen der Y. AG (heute X. AG)*» vom 27.11.2000 [...] abgeleitet. Das Zivilgericht hat in diesem Dokument und in dessen beiden Anhängen lediglich Anweisungen für die Ausgestaltung der einschlägigen Reglemente der neuen Pensionskasse, nicht jedoch Zusicherungen der Berufungsbeklagten in dem Sinne erkennen können, dass diese für allfällige Nicht- oder Schlechterleistungen eintreten würde [...]. Der Berufungskläger rügt mit der Berufung, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einer Beschränkung der Geltungsfrist für die Garantie betreffend Vorsorgeleistungen ausgegangen sei [...]. Zu Unrecht sei auch ein Informationsschreiben der Z. AG vom 28.11.2000 nicht gewürdigt worden, worin ausdrücklich festgehalten worden sei, dass die Garantie für die Pensionskassenleistungen unbefristet gelten würden. Solche Garantien würden nicht ohne Absprache mit der neuen Arbeitgeberin zugesichert [...]. Der Berufungskläger bestreitet schliesslich auch, dass das fragliche Abschlussprotokoll sich ausschliesslich an die Pensionskasse der neuen Arbeitgeberin richten würde. Das Protokoll sei vielmehr ein gewichtiger Hinweis dafür, dass die Berufungsbeklagte den übertretenden Mitarbeitenden gleichwertige Vorsorgeleistungen zugesichert und ihnen dies auch so kommuniziert habe [...].

Wie schon das Informationsschreiben vom 27.11.2000 (s. oben E. 2.3.2) ist das vom gleichen Tag datierende Abschlussprotokoll [...], wie die Berufungsbeklagte zur Recht vermerkt [...], im Zusammenhang mit Art. 333a OR zu sehen, wonach bei einem Betriebsübergang die Arbeitnehmervertretungen zu konsultieren sind. Entsprechend können Garantieverprechen der übernehmenden Arbeitgeberin zu Gunsten der

übertretenden Mitarbeiter aus einem Dokument, das nach seiner Überschrift (*«Abschlussprotokoll über die Gespräche mit den Internen Personalvertretungen betreffend die Anstellungsbedingungen der Y. AG (heute X. AG)»*) die Ergebnisse der Verhandlungen zwischen den beiden involvierten Arbeitgebern mit den Arbeitnehmervertretungen festhält, nur angenommen werden, wenn sie sich explizit daraus ergeben. Dies muss insbesondere dann auch gelten, wenn der Promissar, wie vorliegend der Berufungskläger, die Garantie unveränderlicher Pensionskassenleistungen geltend macht (vorstehend E. 2.3.2.2).

In der Präambel des genannten Abschlussprotokolls wird ausgeführt, dass im Rahmen des geschaffenen Joint-Ventures der Y. AG (heute X. AG) für die übertretenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gleichwertige Anstellungs- und Vorsorgeleistungen vereinbart worden seien. Unter Ziff. 2 der nachfolgenden Ausführungen wird unter dem Titel "*Pensionskasse*" festgehalten, dass die übertretenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Pensionskasse der neuen Arbeitgeberin versichert würden. Für die Details wird auf Anhang 2 zu diesem Abschlussprotokoll verwiesen, wobei ergänzt wird, dass die Übergangsbedingungen gemäss diesem Anhang keine Verschlechterung der Situation der Versicherten zur Folge haben dürften. Anhang 2 enthält eine Gegenüberstellung von *«Items»*, zu verstehen als Plan- und Übergangsbedingungen der Versicherungs- und Vorsorgeleistungen der alten und neuen Pensionskasse. Unter *«Altersrente bei frühzeitiger Pensionierung»* liest man in der Spalte der neuen Pensionskasse *«Besitzstandswahrung, Leistung entspricht im Minimum jener aus dem aktuellen Z. AG Plan»*. Am Ende findet sich die identische Garantie für die übertretenden Mitarbeiter wie im Informationsschreiben vom 27.11.2000:

«Die folgenden Garantien werden den übertretenden Mitarbeitern zugestanden:

1. *Pensionierung und frühzeitige Pensionierung – Den übertretenden Mitarbeitern wird die lebenslange Altersrente, die Zusatzrente und temporäre Überbrückungsrente garantiert, im selben Umfang wie sie im Z. AG Reglement per 1.1.2001 vorgesehen sind.*
2. *...»*

Soweit man aus dem Abschlussprotokoll und seinen Anhängen überhaupt eine Zusicherung der neuen Arbeitgeberin erkennen will, für die Leistungen ihrer Pensionskasse eintreten zu wollen, könnte wie schon oben unter E. 2.3.2.2 dargelegt aufgrund des integralen Bezugs auf die Leistungen der früheren Pensionskasse, welche gemäss Art. 32 deren Reglements unter dem Vorbehalt ihrer Abänderlichkeit standen, kein Anspruch auf in der Höhe unabänderliche Zusatzrenten abgeleitet werden. Etwas anderes lässt sich auch aus dem [...] aufgelegten Schreiben der Internen Personalvertretungen von der Z. AG vom 28.11.2000 nicht herauslesen. Abgesehen davon, dass es gar nicht von der Berufungsbeklagten selbst verfasst und unterzeichnet worden ist und ihr somit auch nicht als eigene Willensäusserung zugerechnet werden kann, hält es bezüglich der Pensionskassenleistungen lediglich fest, dass *«der Y. AG (heute X. AG) die bisherigen Leistungen gemäss Der Z. AG-Leistungsplan garantiert»*. Auch wenn das Schreiben weiter ausführt, dass diese Garantie insbesondere auch die

gleichen Leistungen bei vorzeitiger Pensionierung umfasse, kann somit auch ihm keine Zusicherung von Leistungen entnommen werden, die über die Zeit hinweg unveränderlich wären und somit über das hinausgingen, was die Pensionskasse der Z. AG ihren Mitarbeitern in ihrem Reglement zugesichert hatte.

2.3.4. Der Berufungskläger hat sich ferner auf ein Schreiben der Berufungsbeklagten an die Mitarbeitenden vom 9.4.2001 [...] berufen. Darin hat die Berufungsbeklagte ihren Mitarbeitern verschiedene Informationen zukommen lassen, unter anderem auch zu ihrer Pensionskasse. Im betreffenden Abschnitt zum Thema Beitragsreduktionen heisst es einleitend:

«Die Pensionskasse der X. AG hat sich verpflichtet mindestens die Leistungen der PK der Z. AG zu übernehmen.»

Hierzu hat das Zivilgericht ausgeführt, dass die Berufungsbeklagte damit lediglich die Verpflichtung der Pensionskasse wiedergegeben habe, mindestens die Leistungen der Pensionskasse der Z. AG weiterzuführen. Nicht enthalten sei darin eine Zusicherung der Berufungsbeklagte selber [...]. Der Berufungskläger wendet hiergegen ein, dass die Berufungsbeklagte die genannte Garantie der Pensionskasse der X. AG auch gegen sich selbst gelten lassen müsse. Wenn sie die Leistung eines Dritten verspreche, müsse sie dafür auch einstehen, wenn die garantierte Leistung nicht erfolge [...].

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Der vorstehend zitierte Passus enthält lediglich eine Information der Berufungsbeklagten zu Verpflichtungen, welche ihre Pensionskasse bei der Übernahme der Versicherten von der Pensionskasse der früheren Arbeitgeberin eingegangen ist. Diese Information bekundet jedoch in keiner Weise eine Absicht der Berufungsbeklagten, für deren Leistungen einstehen zu wollen. Mangels eines eigenen Verpflichtungswillens kann deshalb im Schreiben der Berufungsbeklagten vom 9.4.2001 kein Garantieverprechen erblickt werden.

2.3.5. Das Zivilgericht hat sodann den Übernahmevertrag zwischen der Pensionskasse der Z. AG und der Pensionskasse der Berufungsbeklagten vom 5.3. bzw. 3.7.2002 daraufhin untersucht, ob darin eine Garantie der Berufungsbeklagten bezüglich der Wahrung der Rechte durch ihre Pensionskasse enthalten sei, was es aber verneint hat [...]. Der Berufungskläger rügt eine falsche Sachverhaltsfeststellung, weil nicht er, wie die Vorinstanz festgestellt habe, auf diesen Übernahmevertrag verwiesen habe. Es sei vielmehr die Berufungsbeklagte gewesen, die den Übernahmevertrag mit der Klageantwort eingereicht gehabt habe [...]. Da der Berufungskläger nicht weiter ausführt, was bei korrekter Sachverhaltsdarstellung zu seinen Gunsten sprechen würde, ist auf diese Rüge nicht weiter einzugehen.

2.3.6. Das Zivilgericht hat schliesslich ein Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3.7.2001 geprüft, mit welchem sie ihren Mitarbeitern neben der Vorsorgebescheinigung eine Zusammenstellung der zuvor an Informationsveranstaltungen gestellten Fragen und erteilten Antworten zugesandt hatte [...]. Darin heisst es unter anderem:

«Wer garantiert, dass bei meiner Pensionierung genügend Geld vorhanden ist, um den versprochenen Besitzstand gewährleisten zu können?»

Einerseits ist dieser Punkt reglementarisch geregelt und andererseits wird dafür eine Spezialreserve gebildet. Sollten der Pensionskasse jedoch nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen, muss die Firma bezahlen.

Erhalte ich bei frühzeitiger Pensionierung eine Zusatzrente?

Die von der Z. AG übernommenen Mitarbeiter erhalten eine Zusatzrente. Es werden zur Zeit Gespräche über die Höhe dieser Zusatzrente geführt.»

Das Zivilgericht hat es abgelehnt, aus dem Hinweis, dass bei ungenügenden Mitteln der Pensionskasse zur Bezahlung des versprochenen Besitzstands die Firma, mithin die Berufungsbeklagte, die Differenz bezahlen müsse, eine Zusicherung an den Berufungskläger abzuleiten. Diese Aussage sei am 28.7.(recte: 6.) 2001 gemacht worden, als der Berufungskläger noch nicht frühpensioniert gewesen sei. Zudem sei sie in einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die gemäss Abschlussprotokoll zweijährige Frist seit Betriebsübergang gelaufen sei, während der gleichwertige Anstellungs- und Vorsorgeleistungen für die zur Berufungsbeklagten übergetretenen Mitarbeitenden vereinbart gewesen seien. Dass dieser von der Pensionskasse der Berufungsbeklagten garantierte Besitzstand unter besonderen Voraussetzungen habe geändert werden dürfen, habe das Bundesgerichtsurteil über die Klage des Berufungsklägers gegen die Pensionskasse gezeigt. Sofern und soweit die Pensionskasse der Berufungsbeklagten nicht an die Bestandesgarantie gebunden gewesen sei, müsse dies auch für die Berufungsbeklagte für den Fall einer Zusicherung gelten. Die Antwort auf die Frage bezüglich ungenügender Mittel zur Finanzierung der Bestandesgarantie gehe davon aus, dass dieser Besitzstand unangetastet geblieben sei. Davon abgesehen ergebe sich aus der Antwort nicht, ob die Berufungsbeklagte eine allfällige Differenz in die Pensionskasse einschiessen müsste oder die betroffenen Mitarbeiter direkte Ansprüche gegen sie geltend machen könnten [...].

Der Berufungskläger wendet hiergegen ein, dass das Zivilgericht das Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3.7.2001 samt Fragekatalog unrichtig festgestellt und daraus falsche Schlüsse gezogen habe. Die zitierte Antwort richte sich an die übertretenden Mitarbeitenden und garantiere klar und deutlich, dass die Berufungsbeklagte für den Fall, dass die Pensionskasse nicht genügend Mittel zur Ausrichtung einer Zusatzrente habe, dafür einstehen werde [...]. Die Zusicherung richte sich an die betroffenen Mitarbeitenden, womit diese auch einen direkten Anspruch aus der Zusicherung ableiten könnten [...]. Diesen Vorbringen kann nicht gefolgt werden.

Der Berufungskläger bezieht sich mit seinen Ausführungen alleine auf die erste der beiden eingangs zitierten Fragen [...] und zieht nachfolgend seine Schlüsse ausschliesslich aus der dazugehörigen Antwort. Die Frage bezog sich nur in allgemeiner Weise auf die Finanzierung der Leistungen bei Eintritt der Pensionierung («Wer garantiert, dass bei meiner Pensionierung genügend Geld vorhanden ist, um den versprochenen Besitzstand zu gewährleisten zu können?»). Gemeint waren damit

offensichtlich die Rentenleistungen der Pensionskasse bei Erreichen des ordentlichen Pensionsalters, nicht die Überbrückungsrenten bei vorzeitiger Pensionierung. Davon war erst in der nachfolgenden Frage die Rede: *«Erhalte ich bei frühzeitiger Pensionierung eine Zusatzrente?»*. Hierzu lautete die Antwort: *«Die von der Z. AG übernommenen Mitarbeiter erhalten eine Zusatzrente. Es werden zur Zeit Gespräche über die Höhe dieser Zusatzrente geführt.»* Aus dieser Antwort wird unmissverständlich deutlich, dass den übergetretenen Mitarbeitern bei einer vorzeitigen Pensionierung zwar eine Zusatzrente zustand, dass deren Höhe aber noch gar nicht feststand, weil hierüber noch Gespräche geführt wurden. Damit war aber auch eine Garantie der Berufungsbeklagten bezüglich der Höhe der den Mitarbeitern zustehenden Überbrückungsrente ausgeschlossen. Auf jeden Fall kann sich der Berufungskläger zur Begründung seiner Forderung nicht auf den ihm mit Schreiben vom 3.7.2001 zugestellten Fragekatalog und die darin enthaltenen Antworten abstützen. Dies gilt auch hinsichtlich der Auskunft, dass *«die Firma die Differenz bezahlen»* müsse, wenn die Pensionskasse nicht über genügend Mittel zur Finanzierung ihrer Leistungen verfügen würde. Abgesehen davon, dass sich diese Antwort wie ausgeführt ausschliesslich auf die ordentlichen Altersleistungen bezog, ist sie viel zu allgemein gehalten, als dass aus ihr der Schluss gezogen werden könnte, die Berufungsbeklagte habe sich mit dieser – notabene im Rahmen einer gewöhnlichen Informationsveranstaltung vor grösserem Publikum abgegebenen – Auskunft gegenüber den übernommenen Mitarbeitern verpflichten wollen, jedem von ihnen im Falle, dass bei einer frühzeitigen Pensionierung ihre Pensionskasse eine Zusatzrente von weniger als jährlich CHF 18'000.00 ausgerichtet wird, gegenüber der Berufungsbeklagten einen Rechtsanspruch auf Deckung der Differenz zuzugestehen. Mangels eines konkreten Verpflichtungswillens der Berufungsbeklagten dem Berufungskläger gegenüber ist kein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zustande gekommen, in welchem die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger versprochen hätte, für den infolge der Betriebsübernahme bei der Zusatzrente entstehenden Ausfall einzustehen. Auf jeden Fall wurde ihm seitens der Berufungsbeklagten keine bestimmte Höhe garantiert.

2.3.7. Der Berufungskläger rügt abschliessend, dass zwei von ihm in den Prozess eingeführte Dokumente vom Zivilgericht unberücksichtigt geblieben seien.

Zum einen bezieht sich der Berufungskläger auf ein Informationsschreiben der Z. AG, genauer der Internen Personalvertretungen, vom 28.11.2000 [...]. Darin sei unter anderem ausdrücklich festgehalten, dass die Garantie für die übernommenen Pensionskassenleistungen unbefristet gelte. Solche Garantien würden nicht ohne Absprache mit der neuen Arbeitgeberin zugesichert [...]. Dieses Informationsschreiben wurde von der Berufungsbeklagten weder verfasst noch unterschrieben. Die darin enthaltenen Aussagen können ihr deshalb nicht zugerechnet werden. Dass die Internen Personalvertretungen anlässlich der Konsultationen von der Betriebserwerberin ermächtigt worden wäre, in ihrem Namen entsprechende Garantien abzugeben, ist weder behauptet, geschweige nachgewiesen worden. Abgesehen davon hätte die Berufungsbeklagte, wie vorstehend unter E. 2.3.3 näher dargelegt, ohnehin nur *«die bisherigen Leistungen gemäss Z. AG-Leistungsplan garantiert»* gehabt, woraus eben

gerade nicht auf über die Zeit hinweg unabänderliche Leistungen hätte geschlossen werden können.

Zum anderen beruft sich der Berufungskläger auf eine Vereinbarung, welche ihm unter dem 10.6.2010 seitens der Pensionskasse der Berufungsbeklagten zur Unterzeichnung vorgelegt wurde und mit welcher die Ansprüche der Versicherten im Rahmen der vorgesehenen Sanierung in allseitiger Einvernehmlichkeit geregelt werden sollten [...]. Darin war unter anderem festgehalten, dass die im Jahr 1951 geborenen Ex- Z. AG-Versicherten eine Zusatzrente von nunmehr monatlich CHF 1'000.00 erhalten würden [...]. Im Gegenzug wurde den unterzeichnenden Mitarbeitern eine Einmalzahlung von CHF 6'000.00 versprochen [...]. Der Berufungskläger macht nun berufungsweise eine Forderung in dieser Höhe geltend, falls das Vorliegen eines Garantieversprechens der Berufungsbeklagten verneint würde [...]. Der Berufungskläger erhebt diese Eventualforderung mit der Berufung zum ersten Mal. Er hat das betreffende Dokument vor erster Instanz zwar als Klagebeilage 15 ins Recht gelegt, seine Forderung aber nicht auf dieses Dokument gestützt. Er kann deshalb der Vorinstanz nicht vorhalten, sie habe es nicht berücksichtigt. Abgesehen davon begründet er mit keinem Wort, inwiefern die Berufungsbeklagte zur Zahlung eines Betrags von CHF 6'000.00 aufgrund eines dreiseitigen Vertrags verpflichtet sein soll, den er selber nie akzeptiert und unterzeichnet hat. Hatte die Berufungsbeklagte (und mit ihr ihre Pensionskasse) die den Versicherten gesetzte Frist zur Annahme der Vereinbarung nach ihren – mit der Berufungsreplik unwidersprochen gebliebenen – Angaben bis Ende 2012 erstreckt [...], ist ein nachträgliches Akzept jedenfalls nicht mehr möglich. [...]

(Entscheid des Appellationsgerichts vom 22.4.2016 i.S.v. K. gegen X. AG, ZB 2015.32; GS 2013.29)

3.5. Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)

3.5.1. Kündigung durch E-Mail an Arbeitskollegin?

N. trat am 1.7.2014 eine Arbeitsstelle bei der P. AG als Sachbearbeiterin in der Buchhaltung im Stundenlohn an. Nachdem es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vertrages gekommen war, bat die P. AG die Arbeitnehmerin mit E-Mail vom 1.9.2014, zu Hause zu bleiben. In der Folge gelangte N. am 1.10.2014 zunächst an die Schlichtungsbehörde, wo es zu keiner Einigung kam, [...] und danach 7.1.2015 an das Arbeitsgericht Basel-Stadt, womit sie unter anderem die Verurteilung der P. AG zur Zahlung der Löhne für September und Oktober geltend machte. Das Arbeitsgericht hiess am 1.10.2015 die Klage bezüglich Lohnfortzahlung bis am 14.9.2014 gut, wozu es Folgendes ausführte:

«**3.** [...] Unbestritten ist sodann, dass die Klägerin mit E-Mail vom 1.9.2014 von der Beklagten gebeten wurde, zu Hause zu bleiben, bis die offenen Fragen abgeklärt sind. Die Beklagte hat ab diesem Zeitpunkt auf die Arbeitsleistung der Klägerin verzichtet und diese freigestellt.

Die Klägerin ist der Meinung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nach wie vor bestehe. Die Beklagte ist hingegen der Meinung, die Klägerin habe durch ihr Verhalten im September 2014 gezeigt, dass sie nicht mehr zur Beklagten zurückkehren würde. Die Beklagte stützt sich dabei auf eine E-Mail der Klägerin vom 2.9. 2014 sowie auf ein Schreiben der Beklagten vom 9.9.2014. Die besagte E-Mail vom 2.9.2014 ist an M [...], eine Arbeitskollegin der Klägerin, gerichtet. Im neunten Absatz dieser E-Mail bittet die Klägerin M [...], ihr bei einem noch zu vereinbarenden Mittagessen die Hauschuhe, die pinkfarbenen Fächer, den Schuhlöffel, den Schirm, Biskuits und zwei Tupperware mitzubringen. Weiter schreibt sie: «Schade, dass alles so enden musste. Für mich ist Herr W [...] ein Gauner und Hochstapler. Ich denke nicht, dass ich jemals wieder werde einen Fuss in W [...] Büro setzen.» Mit Schreiben vom 9.9.2014 hält W [...] gegenüber der Klägerin unter anderem folgendes fest: «Da uns zu Ohren gekommen ist, dass Sie ehrverletzende Äusserungen von sich geben, möchten wir Sie informieren, sobald dies in schriftlicher Form vorliegt, wir eine Klage gegen Sie einreichen werden. Sollten Sie an einem klärenden Gespräch interessiert sein, so bitten wir Sie um Rückmeldung in den nächsten sieben Tagen.» Die Klägerin hat sich gemäss eigenen Angaben innert Frist nicht bei der Beklagten zu einem klärenden Gespräch gemeldet. Sie begründet dies damit, dass sie nur mit einem Juristen bei der Beklagten habe erscheinen möchten und sich diesbezüglich an ihre Rechtsschutzversicherung gewendet habe. Dass sie nur im Beisein eines Juristen an einem Gespräch teilnehmen würde, hat sie der Beklagten indes nicht mitgeteilt.

Es stellt sich die Frage, ob die Beklagte aufgrund der mit E-Mail vom 2.9.2014 geäusserten Absicht der Klägerin und der Tatsache, dass sich die Klägerin nicht bei ihr zu einem klärenden Gespräch gemeldet hat, davon ausgehen durfte, dass die Klägerin die Arbeit nicht mehr aufnehmen würde. Liegt keine eindeutige Äusserung des Arbeitnehmers vor, ist darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen durfte, die Arbeitnehmerin wolle das Arbeitsverhältnis nicht mehr weiterführen (BGer 4C.339/2006 zum definitivem Verlassen der Arbeitsstelle). Die E-Mail vom 2.9.2014 war zwar nicht direkt an W [...] gerichtet. Aufgrund des Schreibens vom 9. 9.2014 war der Klägerin indes bekannt, dass W [...] davon Kenntnis erlangt hatte, dass sie ihn gegenüber seiner Angestellten M [...] als Gauner und Hochstapler bezeichnet hat. W [...] ist Verwaltungsrat der Beklagten mit Einzelunterschrift und war der Vorgesetzte der Klägerin. Jemanden als Gauner und Hochstapler zu bezeichnen, stellt eine grobe Verletzung der gegenseitigen Achtung, der Höflichkeit und des Anstandes dar. Eine weitere Zusammenarbeit ohne klärendes Gespräch nach derartigen Anschuldigungen ist grundsätzlich schwer vorstellbar, insbesondere wenn diese Anschuldigungen den Vorgesetzten betreffen. Vorliegend kommt erschwerend hinzu, dass bei der Beklagten ein kleines Team von lediglich 6 Mitarbeitern tätig ist, welches gemeinsam mit W [...] in einem Grossraumbüro arbeitet. Indem die Klägerin das Angebot zu einem klärenden Gespräch nicht wahrgenommen hat und sich bei der Beklagten diesbezüglich innert Frist nicht gemeldet hat, signalisierte sie, dass sie an einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr interessiert ist. Dies muss umso mehr gelten, als dass sie bereits am 2.9.2014 die Absicht geäussert hat, sie denke nicht, dass sie jemals

wieder einen Fuss in das Büro von W [...] setzen werde und ihre Arbeitskollegin gebeten hat, ihr die sich noch bei der Beklagten befindlichen persönlichen Gegenstände zu überbringen. Daran vermag auch das Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 9.9.2014, in welchem sie der Beklagten ihre Arbeit anbietet, nichts zu ändern. Das Schreiben der Klägerin und dasjenige der Beklagten haben sich nämlich offensichtlich gekreuzt. Es ist daher davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis mit unbenutztem Ablauf der siebentägigen Frist am 16.9.2014 beendet ist.

Zufolge Freistellung per 2.9.2014 hat die Beklagte der Klägerin, obschon diese nicht mehr gearbeitet hat, bis zum 16.9.2014 den Lohn zu entrichten. Die Klägerin verlangt für den Zeitraum der Freistellung den Lohn, welcher einem 50% Pensum entspricht, da vereinbart gewesen sei, dass sie ab dem 25.8.2014 nur noch 50% arbeiten würde. Die Beklagte wendet dagegen ein, man habe der Klägerin am 25.8.2014 mitgeteilt, dass sie ab sofort nur noch vormittags zu erscheinen hätte. Zwar hält auch die Klägerin in ihrer E-Mail vom 1.9.2014 fest, dass man besprochen habe, dass sie nur noch halbtags zur Arbeit erscheinen solle. Nach dem allgemeinen Verständnis und der Umgangssprache ist darunter aber ein 50% Pensum zu verstehen, zumal die Stelle im Inserat als 50-80% Stelle ausgeschrieben war.

[...] Vom 1. bis 16.9.2014 steht der Klägerin der Lohn zu, den sie verdient hätte, wenn sie gearbeitet hätte. Während der Freistellung hätte die Klägerin nur noch 50% gearbeitet. [...]

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 1.10.2015 i.S.v. N. gegen P. AG, GS 2015.2)

3.5.2 Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)

3.5.2.1. Zur Behauptungs- und Substantiierungslast

Zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (Art. 328 OR) bei Konflikten unter den Arbeitnehmern.

S. arbeitete seit 15.12.1997 als Billing Clerk, später als Pricing Analyst und zuletzt wieder in der Buchhaltung der X. AG. Am 23.9.2013 kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis und stellte S. von der Arbeit frei. Auf Begehren von S. begründete die X. AG die Kündigung mit den vielen krankheitsbedingten Absenzen, die bei den Teammitgliedern zu einer erheblichen Mehrbelastung geführt hätten. Man habe auch auf die familiären Verpflichtungen von S. ausreichend Rücksicht genommen. Der Gesundheitsschutz sei jederzeit im Rahmen der Möglichkeiten eines Arbeitgebers und unter Berücksichtigung der betrieblichen Organisation gewährleistet gewesen. Mobbingvorwürfe habe S. weder geäußert noch seien solche bekannt geworden. S. klagte hierauf zunächst bei der Schlichtungsbehörde und danach beim Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 20'648.00 als Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung, entsprechend vier Bruttomonatslöhnen. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 21.9.2016 vollumfänglich ab, wobei es was folgt ausführte:

«**2.7.** Die vorliegende Klage ist im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zu prüfen. Das Verfahren ist mündlich, es kann jedoch ein Schriftenwechsel angeordnet werden (Art. 246 Abs. 2 ZPO). In arbeitsrechtlichen Prozessen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Falls eine Partei namentlich von Prozessanfang an anwaltlich vertreten oder verbeiständet ist, «darf das Gericht in aller Regel auf die Sachkunde des Rechtsvertreters vertrauen und sich darauf verlassen, dass ihm der Prozessstoff sowohl behauptungs- als auch beweismässig vollständig vorliegt» (BGer 4C.143/2002 E. 3; s auch BGer 4A_519/2010 E. 2.2; 4C.340/2004 E. 4.2). Dies gilt insbesondere nach einem doppelten Schriftenwechsel. «Für den Entscheid des Gerichts kommt es [zudem] nicht darauf an, von welcher Partei eine Tatsache in den Prozess eingeführt worden ist. Die Regeln über die Behauptungslast kommen nur zur Anwendung, wenn eine Tatsache von keiner Partei angeführt worden ist (so schon GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 166 f.; C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, Kapitel 2 II D, S. 37 f. mit weiteren Hinweisen). Das gilt auch für rechtshindernde, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen. Sie können zu Gunsten des Beklagten auch dann berücksichtigt werden, wenn nur der Kläger sie vorgebracht hat, vorausgesetzt dass der Beklagte die entsprechende Tatsache nicht ausdrücklich bestreitet [...]» (BGer 4C.36/2006 E. 3.1.).

2.7.1. Die Klägerin zieht den Kündigungsgrund, den die Beklagte angibt, in Zweifel, sagt jedoch nicht, was ihres Erachtens stattdessen den Ausschlag zur Kündigung gegeben hat. Sie hält eine Kündigung vor dem Hintergrund einer Fürsorgepflichtverletzung, wie sie sie der Beklagten vorwirft, jedoch nicht nachweist, als missbräuchlich. Zudem stellt sie den Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Fürsorgepflichtverletzung und der Kündigung nicht her. Es fehlt damit namentlich an der massgeblichen Behauptung und Substantiierung des Kausalzusammenhanges zwischen einer angeblichen Pflichtverletzung und der erfolgten Kündigung. Die erforderliche Substantiierung steht für eine detaillierte Art und Weise der Behauptung, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO-Komm, 3. Auflage, 2016, Art. 55 Rz. 23, S. 469). Die Parteien haben in ihren Rechtsschriften den Ablauf ihres Arbeitsverhältnisses geschildert. Von wem eine dabei entscheidende Sachverhaltsbehauptung stammt, spielt keine Rolle, solange diejenige Partei, der die Behauptung zur Begründung oder Abwehr eines Anspruches dienen würde, diese nicht in Abrede stellt. Da beide Parteien anwaltlich vertreten sind, darf davon ausgegangen werden, dass diese Sachverhaltsschilderung behauptungs- und beweismässig vollständig ist. Es ist daher nicht Sache des Gerichts, den Sachverhalt und die Beweise von sich aus zu ergänzen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der beschränkten Untersuchungsmaxime, wie das Bundesgericht im erwähnten Entscheid beschied (BGer 4C.143/2002 E. 3.). Aufgabe des Gerichts ist es hingegen, einen ihm unterbreiteten Sachverhalt zu werten und Gesetzesvorschriften darauf anzuwenden, aus denen sich die geltend gemachten Ansprüche ergeben.

2.8. Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR).

2.8.1. Vorliegend war die Klägerin vom 27.3.2013 an arbeitsunfähig, wobei sie ab 1.7.2013 ihre Arbeit zu 70% wieder aufnehmen konnte, aber zum Zeitpunkt der Kündigung am 24.9.2013 weiterhin noch nicht voll arbeitsfähig war. Die Klägerin befand sich im Jahre 2013 im 15. Dienstjahr. Dieser Sachverhalt führt zur Frage, ob eine Kündigung vor diesem Hintergrund als missbräuchlich anzusehen ist.

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR gilt ab dem 6. Dienstjahr, wenn die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden mindestens teilweise arbeitsunfähig ist, eine Sperrfrist von 180 Tagen, während der die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf. Eine Kündigung, die in einer Sperrfrist erfolgt, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten war die 180tägige Sperrfrist bereits abgelaufen, sodass diese gültig erfolgte. Eine Krankheit der Arbeitnehmerin zählt zwar zu den Eigenschaften, die ihr kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Eine Kündigung ist trotz Bezug auf eine solche Eigenschaft jedoch gerechtfertigt, wenn dadurch die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wird. Nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ist auch eine Kündigung, die aufgrund einer Krankheit erfolgte, welche zur Arbeitsunfähigkeit führte, nicht missbräuchlich (BGer 4C.174/2004 E. 2.2.2).

2.8.2. Nach Art. 328 OR hat die Arbeitgeberin die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zu achten und zu schützen (Fürsorgepflicht). Damit eine Kündigung aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin missbräuchlich sein kann, muss die Verletzung kausal für die Kündigung gewesen sein. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin nicht zu verletzen und vor Verletzungen zu schützen. Falls eine Arbeitnehmerin aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht krank wird oder verunfallt und die Arbeitgeberin die dadurch eingetretene Arbeitsunfähigkeit zum Anlass nimmt, die Kündigung auszusprechen, so besteht ein kausaler Zusammenhang zwischen der Fürsorgepflichtverletzung und der Kündigung.

Aus der Fürsorgepflicht «hat das Bundesgericht abgeleitet, dass eine Kündigung rechtmässig ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist.» (BGer 4A_384/2014 E. 4.2.1; BGE 132 III 115 E. 2.2). Die Rechtsprechung gilt generell bei Konflikten unter Arbeitnehmern (BGer 4A_309/2010 E. 2.5).

«Als geeignete Massnahmen in diesem Sinne wurden etwa die Durchführung von Einzel- und Gruppengesprächen mit den Konfliktbeteiligten, das Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen, der Beizug einer Vertrauensstelle oder einer externen

Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching sowie das Unterbreiten von Vorschlägen zur endgültigen Beilegung des Streits qualifiziert (BGer 1C_245/2008 E. 4.3). Ebenso sind Befragungen, Aussprachen, Teamsitzungen, der Beizug von Coaches und Mediatoren, die Umorganisation der Arbeitsabläufe, das Vorsehen von Zielvorgaben, Verwarnungen und interne Versetzungen vorstellbar» (BGer 4A_384/2014 E. 4.2.2).

2.8.3. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass sie im Jahre 2011 von den anderen Mitarbeitern bloss gestellt und herabwürdigend behandelt worden sei, woraus sich schon damals eine Depression entwickelt habe, was sich eindrücklich aus einem Fragebogen, den sie auf Aufforderung der sie behandelnden Ärztin Dr. med. C [...] im Mai 2013 ausgefüllt habe, ergebe. Zudem habe sie deswegen mehrfach das Gespräch mit dem Personalverantwortlichen B [...] gesucht, um ihm mitzuteilen, dass sie schikaniert werde, was sich aus der Checkliste Rückkehrergespräch vom 15.5.2012 sowie einer E-Mail an den Personalverantwortlichen vom 2.7.2013 ergebe. Die Beklagte räumt ein, dass es zwischen der Klägerin und ihren Arbeitskollegen zu Konflikten kam. Die Klägerin und das Team hätten auch nach deren Rückkehr von der Tochterfirma der Beklagten, Ende August 2011 nicht harmoniert. Die Chemie zwischen der Klägerin und dem Team habe nicht gestimmt. Es seien Konflikte im Team vorgelegen.

Gleichzeitig weist die Beklagte darauf hin, dass die Klägerin in der Checkliste angegeben habe, sie führe ihre Krankheit nicht auf die Situation am Arbeitsplatz zurück. Zudem habe B [...] mit der Klägerin verschiedene Gespräche geführt, wie sich aus der E-Mail ergebe, auf die sich die Klägerin berufe.

2.8.4. Bei Konflikten am Arbeitsplatz ist die Fürsorgepflicht verletzt, wenn die Arbeitgeberin anstatt zumutbare Massnahmen zu ergreifen, die Kündigung ausspricht. Art und Ausmass der zumutbaren Massnahmen, die die Arbeitgeberin zu ergreifen hat, hängt von der Dauer und der Intensität eines Konflikts unter den Arbeitnehmern und den Auswirkungen auf die Beteiligten ab. Die Klägerin beruft sich auf den Fragebogen, den sie auf Aufforderung ihrer Ärztin ausgefüllt habe. Ihre Ärztin habe aus ihren Antworten geschlossen, dass eine Mobbing-situation vorliegen müsse. Unter Mobbing werden Verhaltensweisen verstanden, die meist von einer Gruppe ausgehen, über längere Zeit andauern oder sich wiederholen (BGer 4A_245/2009 E. 4.2) und darauf ausgerichtet sind, eine andere Person an ihrem Arbeitsplatz systematisch zu isolieren, auszugrenzen und von dort gar zu verdrängen (z.B. ständige Kritik an der Arbeit, Kontaktverweigerung, üble Nachrede; BGer 4A_32/2010 E. 3.2). Damit die Arbeitgeberin gegen Mobbing vorgehen kann, muss sie davon Kenntnis haben bzw. bei zumutbarer Aufmerksamkeit haben können. Die Arbeitnehmerin trifft eine nach den konkreten Umständen zu bemessende Informationsobliegenheit. Wer Mobbing behauptet, ist dafür beweispflichtig. Zu bedenken ist stets die Möglichkeit, dass eine Person sich Mobbing bloss einbildet oder missbräuchlich darauf beruft, um sich vor gerechtfertigten Weisungen oder Ermahnungen zu schützen (BGer 4A_32/2010 E. 3.2; 8C_826/2009 E. 4.2). Noch nicht auf Mobbing kann aus einem Arbeitskonflikt, schlechter Arbeitsatmosphäre, eindringlichen, wiederholten und selbst unter Kündigungsandrohung erfolgten Ermahnungen zur Arbeitspflicht oder wenn ein

Vorgesetzter seine Pflichten gegenüber den Mitarbeitern nicht immer und vollständig erfüllt, geschlossen werden (BGer 4A_32/2010 E. 3.2).

2.8.5. Aufgrund des Fragebogens, den die Klägerin gemäss handschriftlicher Datierung am 22.5.2013 ausfüllte, kann nicht rechtsgenüglich angenommen werden, dass die Klägerin unter Mobbing litt. Es handelt sich dabei nicht um einen Nachweis, sondern lediglich um eine schriftliche Parteibehauptung der Klägerin. Selbst Dr. C [...] stellt in ihrem Arztzeugnis vom 12.5.2014 für das Mobbing wesentlich auf die Angaben der Klägerin ihr gegenüber ab. Zudem führt sie die depressive Störung der Klägerin auch auf eine schwierige Familiensituation zurück, die darin bestehe, dass die Klägerin allein erziehende Mutter sei, ein 100% Arbeitspensum erfülle und ihre Tochter tagsüber im Tagesheim betreuen lassen müsse. Hinzu kommt, dass die Klägerin weder behauptet noch nachweist, dass sie die Beklagte darüber unterrichtete, sodass diese die Situation sowie entsprechende Massnahmen hätte prüfen und einleiten können. Allerdings geht auch die Beklagte von Konflikten zwischen der Klägerin und anderen Angestellten aus, ohne dass jedoch eine Mobbingsituation gegeben war.

2.8.6. Vorweg ist festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin seit Beginn ihrer Anstellung in verschiedenen Abteilungen bzw. in ihrer Tochterfirma beschäftigt hat. Anlass zu diesen diversen Veränderungen des Arbeitsverhältnisses waren betriebliche oder personenbezogene Gründe. Es ergibt sich daraus, dass die Beklagte am Arbeitsverhältnis mit der Klägerin über viele Jahre trotz erforderlicher Veränderungen stets festgehalten und diese fortgeführt hat. Sie hätte das Arbeitsverhältnis stattdessen schon damals kündigen können. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte angesichts der Konflikte, die sie während des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und anderen Mitarbeitern feststellte, untätig geblieben wäre. Vielmehr führte sie mit der Klägerin Gespräche und ergriff auch Massnahmen, um die Konfliktsituationen zu entschärfen und zu lösen. Insbesondere versetzte sie die Klägerin per 1.8.2013 in die Abteilung Lohnbuchhaltung, in der sich die Klägerin mit angemessenem Respekt behandelt fühlte. Offensichtlich waren nach dieser Versetzung keine Konflikte mehr vorhanden, in die die Klägerin involviert war. Dieser Sachverhalt wird von der Klägerin nicht bestritten und damit anerkannt. Sie gibt an, damals habe sie sich gesundheitlich fast vollständig erholt gehabt. Es kann daher nicht behauptet werden, die später erfolgte Kündigung durch die Beklagte sei auf eine Fürsorgepflichtverletzung durch diese zurückzuführen. Zudem wurde bereits darauf hingewiesen, dass der pauschale Hinweis auf eine irgendwie geartete Fürsorgepflichtverletzung nicht genügt, um den Anspruch auf Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung zu begründen. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 21.9.2016 i.S.v. S. gegen X. AG, GS 2014.35)

3.5.2.2. Zur Frage der Schriftform der Einsprache nach Art. 336b Abs. 1 OR

Genügt eine E-Mail dem Schriftformerfordernis?

K. wurde von der C. per 1.3.2015 als technischer Angestellter eingestellt. Noch während der vereinbarten dreimonatigen Probezeit kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis am 21.5.2015 auf den 31.5.2015. C. begründete die Kündigung damit, dass nach mehreren Besprechungen betreffend Verhalten, Arbeitsleistung sowie interner und externer Kommunikation keine Verbesserung beobachtet werden konnte.

Nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, das nicht zur Einigung der Parteien führte, klagte K. am 11.1.2016 vor Arbeitsgericht auf Verurteilung der C. zur Zahlung von CHF 20'400.00, entsprechend vier Bruttomonatslöhnen, nebst Zins zu 5% seit dem 1.6.2015, infolge Missbräuchlichkeit der Kündigung.

Das Arbeitsgericht wies die Klage am 9.5.2016 vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwog:

«1. Nach Art. 336b Abs. 1 OR hat, wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache zu erheben. Trifft die Einsprache nicht bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der Partei, die gekündigt hat, ein, ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 336b OR N 3, S. 1062, m.w.H.).

Das Erfordernis der Einsprache längstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gilt auch bei Kündigungen während der Probezeit, soweit dies möglich und zumutbar ist, wobei das Bundesgericht die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Einspracheerhebung innert einer dreitägigen Kündigungsfrist noch als gewährleistet erachtete (BGE 136 III 96 E. 2 und 3).

2. Der Kläger macht geltend, er habe mittels E-Mail vom 29.5.2015 Einsprache bei der Beklagten erhoben. Vorgelegt wurde besagte E-Mail dem Gericht erst auf entsprechende Aufforderung hin. Die Beklagte bestreitet einerseits den Zugang einer solchen E-Mail vom 29.5.2015, andererseits genüge eine einfache E-Mail dem Schriftformerfordernis nicht.

Wo das Gesetz nichts anderes vorsieht, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Beweislast für den Zugang der Einsprache liegt damit beim Gekündigten, vorliegend beim Kläger. Der Kläger hat den Nachweis, dass die fragliche E-Mail vom 29.5.2015 bei der Beklagten eingegangen ist, etwa durch das Beibringen einer entsprechenden Übermittlungsbestätigung, nicht erbracht. Bereits dies musste zur Abweisung der Klage führen.

3. Doch selbst wenn der Kläger die Zustellung der E-Mail erfolgreich hätte nachweisen können, wäre die Klage abzuweisen, da die fragliche E-Mail nicht den gesetzlichen Erfordernissen genügt.

3.1. Die Einsprache hat gemäss Art. 336b Abs. 1 OR schriftlich zu erfolgen. Bei Art. 336b OR handelt es sich um eine absolut zwingende Bestimmung. Zudem bezeichnet Art. 11 Abs. 2 OR die gesetzlich vorgeschriebene Form allgemein als Gültigkeitserfordernis. Der Gekündigte hat die Einsprache somit in Schriftform zu verfassen und zu unterzeichnen (PHILIPPE NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss., 1998, S. 308; Art. 13 OR). Art. 14 Abs. 1 OR verlangt eine eigenhändige Unterschrift. Gemäss Art. 14 Abs. 2bis OR ist der eigenhändigen Unterschrift die qualifizierte elektronische Signatur gleichgestellt, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes vom 19.12.2003 über die elektronische Signatur beruht. Eine E-Mail kann damit dem Schriftformerfordernis nur genügen, wenn es entweder eine eigenhändige Unterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur enthält (AGer ZH, Entscheide 2012, Nr. 15; AGer ZH, Entscheide 2010, Nr. 16; CHK-FRANK EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 336b OR N 1, S. 203; ZK-ADRIAN STAEHELIN, 3. Aufl. 2014, Art. 336b OR N 3, S.196; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 336b OR N 1c, S. 446).

3.2. Der Kläger behauptet zu Recht nicht, er habe eine Einsprache im vorhin genannten Sinn erhoben. Er beruft sich indes auf den Basler Kommentar, der eine Einsprache mittels E-Mail als ausreichend betrachtet, sofern der betroffene Urheber der Mitteilung identifizierbar ist (BSK-PORTMANN/RUDOLPH, OR I, 6. Aufl. 2015, Art. 336b N 1a, S. 2109). Begründet wird dies unter anderem damit, dass die Erfordernisse der Schriftlichkeit i.S.v. Art. 12 ff. OR auf Verträge zugeschnitten seien und es hier lediglich um eine Mitteilung gehe. Dem ist zu entgegen, dass auch eine per E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur ausgesprochene Kündigung dem Schriftformerfordernis des Art. 13 OR nicht genügt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 N 8, S. 903.), soweit die Kündigung nach Vertrag schriftlich zu erfolgen hat und es sich bei der vereinbarten Schriftform um eine Gültigkeitsform und nicht um eine blosser Beweisform handelt (Art. 16 OR).

Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die Einsprache nicht nur den Erhalt einer Entschädigung bezweckt, sondern in erster Linie eine Einigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen soll (BGer 4A_571/2008 E. 4.1.2; BGE 134 III 67 E. 5 = Pra 2008 Nr. 91). Dem Hinweis, wonach eine formalistische Betrachtungsweise mit Blick auf die alltägliche Kommunikation nicht angemessen sei, ist entgegen zu halten, dass der Gesetzgeber der Wichtigkeit dieser Kommunikationsform mit der Einfügung von Art. 14 Abs. 2bis OR per 1.12.2005 Rechnung getragen hat, aber eben eine zertifizierte elektronische Signatur voraussetzt.

Die Einsprache mittels gewöhnlicher E-Mail vermag daher im Einklang mit der überwiegenden Lehre dem Schriftformerfordernis nach Art. 336b Abs. 1 OR nicht zu

genügen, weshalb der Anspruch auf Entschädigung vorliegend verwirkt und die Klage abzuweisen ist.»

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 9.5.2016 in Sachen K. gegen C., GS.2016.1)

3.5.3. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

3.5.3.1. Art. 337 OR. Bei beanstandetem, aber lange geduldetem Verhalten des Arbeitnehmers

3.5.3.2. Art. 337 OR. Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Verwarnung.

Art. 169 ZPO. Zur Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen nach vorgängig unterzeichneter schriftlicher Aufzeichnungen und Kontakten mit einer Partei.

H. war seit 5.11.1999 bei W. AG als Chauffeur angestellt. Am 28.6.2011 mahnte diese den Arbeitnehmer wegen seines Verhaltens anderen Angestellten gegenüber und seinen Unmutsäusserungen über die Disposition und Fahrzeugzuteilung ab und äusserte ihr Bedauern darüber, sollte es deswegen zur Vertragsauflösung kommen. Am 24.10.2012 kündigte sie das Arbeitsverhältnis fristlos, weil H. um 9.00 Uhr den Arbeitsort ohne Angabe von Gründen in ungerechtfertigter Weise verlassen habe. H. klagte hierauf zunächst bei der Schlichtungsbehörde, wo es zu keiner Einigung kam, und danach beim Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der W. AG zur Zahlung von CHF 16'290.00 brutto Schadenersatz und CHF 10'860.00 als Entschädigung infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 24.8.2015 bezüglich der Schadenersatzforderung gut, während sie diese bezüglich der Entschädigungsforderung abwies. Auf die von der W. AG dagegen erhobene Berufung trat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 16.1.2017 nicht ein und wies daraufhin, dass die Berufung ohnehin abzuweisen wäre (ZB.2016.14). Das Arbeitsgericht begründete seinen Entscheid wie folgt:

«[...] **2.** Der Kläger macht in seiner Klage im Wesentlichen ausstehenden Lohn bzw. Schadenersatz vor und nach der fristlosen Kündigung vom 24.10.2012 geltend, weil diese ungerechtfertigterweise ausgesprochen worden sei. Die Beklagte beruft sich auf eine gerechtfertigte fristlose Entlassung und beantragt die Abweisung der Klageanträge.

2.1. Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der ständigen Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen der gekündigten Partei gerechtfertigt. Diese müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis

wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der kündigenden Partei die Fortsetzung des Arbeitsvertrages nicht mehr zuzumuten ist, und sie müssen auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 129 III 380 E. 2.1). Die Schwere des Vergehens, das zur fristlosen Kündigung geeignet ist, kann absolut oder relativ sein. Bei Vorliegen eines absolut schweren Vergehens genügt eine einmalige Verletzung vertraglicher Pflichten, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Bei der relativen Schwere einer Pflichtverletzung hingegen muss der fristlosen Kündigung eine Verwarnung vorausgehen (BGE 127 III 153 E. 1c). Die Zumutbarkeit der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bestimmt sich ferner stets mit Bezug auf die nächste ordentliche Beendigungsmöglichkeit (ordentliche Kündigung bzw. Ablauf der festen Vertragsdauer; BGE 117 II 560 E. 3b). Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet allerdings eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen Rechtsprechung für eine juristische Person bis sieben Tage dauern darf (BGer 4C.185/2006 E. 2.3).

[...]

2.3. Nach der ständigen Rechtsprechung genügen unentschuldigte Absenzen des Arbeitnehmers bei der Arbeit zur Begründung einer fristlosen Kündigung im Allgemeinen erst dann, wenn der Arbeitnehmer trotz rechtsgenügend erfolgter Verwarnung erneut unentschuldigt der Arbeit fernbleibt (AGE vom 30.06.2006 i.S. v. Dres. Z. vs Y., Verf. Nr. 946/2006 mit Hinweisen, in Rechtsprechungsbericht des GSGer 2005-2007, S. 86 E. 2.1). Im Kündigungsschreiben vom 24.10.2012 nimmt die Beklagte auf eine gleichentags um 10.00 Uhr mündlich ausgesprochene fristlose Vertragsauflösung Bezug. Der Kläger habe um 09.00 Uhr den Arbeitsort ohne Angabe von Gründen in ungerechtfertigter Weise verlassen. Sie weise ihn auf die schriftliche Abmahnung vom 28.6.2011 hin. Es ergibt sich daraus und den Ausführungen der Beklagten in ihren Rechtsschriften, dass der fristlosen Kündigung keine rechtsgenügende Verwarnung vorausgegangen war. Die Abmahnung vom 28.6.2011 kommt als Grundlage für eine fristlose Kündigung aufgrund des Verlassens des Arbeitsplatzes, das der Kläger am 24.10.2012 begangen habe, nicht in Frage. Die Abmahnung erfüllt nicht die von der Rechtsprechung an Verwarnungen gestellten Voraussetzungen und liegt zeitlich zu lange zurück, um noch eine Rechtswirkung entfalten zu können.

2.4. Eine Verwarnung muss einerseits den Vorwurf der Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer (Rügefunktion) und andererseits die Androhung einer Sanktion (Warnfunktion) enthalten, sollte sich dieser inskünftig entgegen der Verwarnung verhalten (BGE 127 III 153 E. 1b). Aus einer Verwarnung muss dabei klar zu entnehmen sein, welche Verhaltensweisen die Arbeitgeberin nicht toleriert und wie sich der Arbeitnehmer in Zukunft zu verhalten hat (BGer 4C.370/2004 E. 2.2.3). Damit eine Verwarnung als Grundlage für eine fristlose Kündigung dienen kann, muss das Verhalten des Arbeitnehmers, das Anlass zur fristlosen Kündigung sein soll, ihr thematisch zugeordnet werden können (BGer 4C.364/2005 E. 3.1; BGE 127 III 153 E. 1c). Aufgrund des

Klarheitsgebots hat die Arbeitgeberin zudem die fristlose Kündigung als Sanktion im Falle einer Widerhandlung gegen die Verwarnung ausdrücklich anzudrohen (BGer 4C.247/2006 E. 2.4; AGer BS, JAR 2011, 435 E. 1g = BJM 2014, S. 71). Eine Verwarnung verliert nach ständiger Rechtsprechung nach Ablauf von sechs Monaten ihre Wirksamkeit und müsste im Falle einer erst danach eintretenden, erneuten Pflichtverletzung erneuert werden (AGer BS, JAR 2011, 435 E. 1g = BJM 2014, S. 71).

2.5. Die schriftliche Abmahnung vom 28.6.2011 der beklagten Partei bezeichnet das Verhalten und die Äusserungen gegenüber anderen Mitarbeitern, die dem Kläger damals zum Vorwurf gemacht wurden, lediglich in pauschaler Weise. Er soll damals seinen Unmut über Disposition und Fahrzeugzuteilung geäussert haben. Das dem Kläger für den 24.10.2012 vorgeworfene Verlassen des Arbeitsplatzes und vorübergehende Fernbleiben von der Arbeit lässt sich nicht darunter subsumieren, sondern ist von anderer Art. Zudem hat die Beklagte in ihrer Abmahnung vom 28.6.2011 dem Kläger bloss in Aussicht gestellt, dass es bei einer Widerhandlung gegen die Abmahnung zu einer Vertragsauflösung kommen würde. Es ergibt sich daraus nicht die Androhung einer fristlosen Entlassung für diesen Fall. Hinzu kommt, dass die Abmahnung im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 24.10.2012 fast 16 Monate zurücklag, sodass sie in diesem Zeitpunkt über keine Rechtswirksamkeit mehr verfügte, um im Verbund mit dem Verhalten des Klägers an diesem Tag eine fristlose Kündigung rechtfertigen zu können. Ausserdem hätte die Beklagte wie sich aus der nachfolgenden Würdigung der Zeugenaussagen ergibt, schon längst Anlass und Gelegenheit dazu gehabt, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger im Rahmen einer ordentlichen Kündigung zu beenden, nachdem sie seit längerer Zeit festgestellt hatte, dass das Verhalten des Klägers nicht ihren Vorstellungen und Anforderungen an einen Chauffeur entsprach. Damit wäre eine fristlose Kündigung, selbst wenn uneingeschränkt vom Sachverhalt, wie ihn die beklagte Partei vortragen lässt, ausgegangen würde, nicht gerechtfertigt.

2.6. Über den Sachverhalt, den die Beklagte dem Kläger zum Vorwurf macht, sind sich die Parteien nicht einig. Da die beklagte Partei daraus die Rechtfertigung zur fristlosen Kündigung ableitet, ist sie dafür beweispflichtig, dass der Sachverhalt sich auf diese Weise zugetragen hatte. Die beklagte Partei hat diverse Personen als Zeugen zum Beweis angerufen. Das Gericht hat in zwei Hauptverhandlungen sowohl beide Parteien als auch zehn Zeugen einvernommen, um sich ein möglichst umfassendes Bild von der Sachlage machen zu können. Dabei ist zunächst auf die Zeugenqualität der einvernommenen Personen einzugehen.

2.6.1. Nach Art. 169 ZPO kann, wer nicht Partei ist, über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er oder sie unmittelbar wahrgenommen hat. Kein Zeugenbeweis liegt daher vor, wenn ein Zeuge über Wahrnehmungen von weiteren Drittpersonen berichtet, wenn auch solchen Aussagen im Rahmen der Beweismwürdigung Rechnung getragen werden kann (WEIBEL/NAEGELI, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasenböhler, ZPO-Kommentar, 2. Auflage 2013, Art. 169 N 7, S. 1160). Kontakte der Parteien oder ihrer Rechtsvertreter zu Zeugen vor deren Einvernahme können heikel sein. Zeugen dürfen jedenfalls nicht beeinflusst werden. Kontakte von Rechtsvertretern zu ihrer eigenen

Instruktion sind erlaubt. Unzulässig sind hingegen Kontaktnahmen zur Auffrischung des Gedächtnisses des Zeugen (WEIBEL/NAEGELI, Art. 169 N 12, S. 1161 f.).

2.6.1.1. Die Beklagte legte sechs Schreiben ins Recht, die sie alle im März 2013 verfasste, nachdem die Parteien sich in der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde am 12.2.2013 nicht hatten einigen können. Die Schreiben sind von sechs der im vorliegenden Prozess einvernommenen Zeugen unterzeichnet. Nach Angaben der Beklagten seien diese Zeugen an sie gelangt und hätten vom Verhalten des Klägers gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden berichtet. Sie habe deren Aussagen schriftlich festgehalten und ihnen zur Unterschrift vorgelegt. Sämtliche Schreiben enthalten gemäss Betreffzeile Aussagen zuhanden des Zivilgerichts Basel-Stadt für die vorliegende Prozesssache. Es handelt sich um die als Zeugen einvernommenen M., J., K., Sch., L. und W.

Zu den Einvernahmen vor Gericht erschienen die Zeugen J., L., und W. mit Kopien dieser Schreiben, um sie zur Beantwortung der Fragen des Gerichts konsultieren zu können. Sie wurden vom Gericht dazu aufgefordert, die Fragen aus ihrer Erinnerung zu beantworten. Gleichwohl konsultierten sie, insbesondere der Zeuge J., die Schreiben während der Einvernahmen. Auch bestätigten die Zeugen K., Sch. und L., dass sie mit dem Inhaber der Beklagten, vor der Hauptverhandlung wegen der bevorstehenden Einvernahmen in Kontakt standen. K. gab dabei unumwunden zu, dass dabei das, was schon drei Jahre zuvor zwischen ihnen besprochen worden sei, nochmals aufgefrischt worden sei. Auch L., der nach eigenen Angaben mit dem Inhaber der Beklagten befreundet ist, erklärte, er habe mit ihm im Vorfeld zum Prozess über die Zeugenaussagen diskutiert. Sonst hätte er nicht mehr gewusst, was er zur Antwort geben solle. Mit Notizen, die er vom Inhaber der Beklagten erhalten habe und die er während der Einvernahme konsultierte, erschien ferner auch der Zeuge D..

2.6.1.2. Die Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen ist daran zu messen, ob und inwieweit sie sich an Geschehenes, über das sie Auskunft zu geben in der Lage sein sollen, ohne äussere Einflüsse erinnern und darüber noch Aussagen machen können. Im Allgemeinen schwächt sich das Erinnerungsvermögen mit fortlaufender Zeit ab, sodass die Erinnerung an Vorfälle und Begebenheiten ungenauer wird. Insbesondere besteht die Gefahr, dass Sachverhalte sich in der Erinnerung von Zeugen verändern, wandeln und verzerren. Verantwortlich sind dafür häufig äussere Einflüsse. Dazu gehören namentlich Gespräche mit anderen Personen, die bei Vorfällen und Begebenheiten selber dabei waren oder ein Interesse daran haben, dass Geschehnisse auf die eine oder andere Weise wiedergegeben und interpretiert werden.

Der Umstand, dass ein Zeuge sich von Begebenheiten, die er erlebte, schriftliche Aufzeichnungen macht, spricht nicht gegen seine Glaubwürdigkeit. Entscheidend kann hingegen sein, wann, auf wessen Initiative und durch wen solche Aufzeichnungen erfolgen. Vorliegend erfolgten die Aufzeichnungen weder unmittelbar noch in zeitlicher Nähe zu den Erlebnissen der Zeugen, noch überhaupt vor der fristlosen Kündigung. Die Geschehnisse wurden erst einige Monate später niedergeschrieben, nachdem die Schlichtungsverhandlung vor der Schlichtungsbehörde stattgefunden hatte. Auch haben nicht die Zeugen selber, sondern die Beklagte die Briefe verfasst, in

denen die Erinnerungen der Zeugen zusammengefasst worden seien. Dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt diese Erinnerungen der Zeugen niederschrieb, kann nicht überraschen. In den Schlichtungsverhandlungen werden die Parteien eingehend zum Sachverhalt befragt, umfassend über die Rechtslage aufgeklärt und ihnen die Stärken und Schwächen der jeweiligen Rechtsposition der Parteien aufgezeigt. Dies war auch vorliegend der Fall. Offensichtlich wollte die Beklagte die ihr erforderlich erscheinenden Beweismittel und Beweisergebnisse sichern, um im späteren Gerichtsverfahren aus ihrer Sicht intakte Aussichten für ein ihr günstiges Prozessergebnis zu haben. Sie hätte sich bewusst sein müssen, dass ihre Vorgehensweise geeignet war, die Zeugen zu beeinflussen und die Qualität der Zeugenaussagen zu beeinträchtigen. Aufzeichnungen, die die Zeugen in ihren eigenen Worten abfassen, sind regelmässig authentischer als solche, die von Drittpersonen verfasst werden, selbst wenn die Zeugen sie danach unterzeichnen. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die Aussagen im Interesse einer Partei abgeschwächt oder verstärkt werden. Eine Partei, die Kontakt zu mehreren Zeugen desselben Vorfalles hat, kennt verschieden klare, detaillierte und präzise Wahrnehmungen der Zeugen. Es besteht naturgemäss die Gefahr, dass sie die Aussagen eines Zeugen, der sich weniger gut erinnert, aufgrund der Angaben anderer Zeugen ergänzt oder verdeutlicht, ohne dass ihr dies in jedem Fall bewusst sein oder werden muss. Zudem schafft sie dadurch die Gefahr, dass der Zeuge sich vor Gericht nicht mehr an das erinnert, was er erlebte, sondern dass er sich zur Wiedergabe von Erlebtem auf diese fremden Aufzeichnungen abstützt. Ausserdem kann der Zeuge versucht sein, mit der Partei, die ihre Aussagen aufzeichnete, vor der Einvernahme vor Gericht, Kontakt aufzunehmen, um zu erfahren, was sie dort zu erwarten hat. Dabei kann es leicht zu Besprechungen darüber kommen, die einer Auffrischung des Gedächtnisses des Zeugen dienen. Dies bestätigen denn auch die Aussagen der Zeugen K. und L..

2.6.1.3. Aus alledem ergibt sich, dass die Zeugenqualität der als Zeugen einvernommenen M., J., D., K., Sch., L. und W. in unterschiedlichem Masse beeinträchtigt ist. [...] Bei J. fällt zusätzlich ins Gewicht, dass er mittlerweile seit über 30 Jahren bei der Beklagten angestellt ist. Es wird davon ausgegangen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern nach langer Dauer des Arbeitsverhältnisses besonders stark ist, was sich entsprechend auch auf die Treuepflicht der Arbeitnehmer auswirkt. Dies kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer eher zugunsten der Arbeitgeberin aussagt. Hinzu kommt, dass J. selber der Beklagten vorgeschlagen hatte, den Kläger fristlos zu entlassen. Der Zeuge J. war damit an der Entscheidung, die zur fristlosen Kündigung führte, nicht unmassgeblich beteiligt bzw. hatte darauf Einfluss genommen.

[...]

2.6.2.2.1. Ferner wirft die Beklagte dem Kläger dessen Verhalten und Äusserungen gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden vor. Er habe über die Arbeit mit Kraftausdrücken geschimpft und die betreffenden Personen beleidigt.

Ein Arbeitnehmer hat aufgrund der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin beeinträchtigen kann

und von ihr wirtschaftlichen Schaden fernzuhalten. Dazu gehört unter anderem, dass der Arbeitnehmer sich im Arbeitsverhältnis anständig und respektvoll verhält und die Persönlichkeit anderer Personen nicht verletzt. Unanständiges und persönlichkeitsverletzendes Verhalten des Arbeitnehmers können eine fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin rechtfertigen, wobei es auf die Umstände ankommt. Zu diesen Umständen zählen insbesondere das Arbeitsumfeld und dessen Gepflogenheiten. Massgebend ist zudem, bei welchen Begebenheiten und gegenüber welchen Personen sich der Arbeitnehmer derart verhält und welche Ereignisse dem Verhalten des Arbeitnehmers vorausgegangen sind. Generell werden Verunglimpfungen und Beleidigungen, die vor oder gegenüber Kunden stattfinden, als schwerwiegender gewertet, weshalb sie eher zu einer fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung berechtigen.

[...]

2.6.2.2.3. Aufgrund dieser Zeugenaussagen ist trotz der Vorbehalte, die bezüglich der Qualität diverser Zeugen bestehen, davon auszugehen, dass der Kläger im Arbeitsverhältnis durch schimpfendes und beleidigendes Verhalten aufgefallen war und dabei seine Treuepflicht schwer verletzt hatte. Schwere Verletzungen der Treuepflicht berechtigen grundsätzlich zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung. Als ultima ratio untersteht eine fristlose Kündigung allerdings dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie ist nicht gerechtfertigt, wenn mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beseitigen (BGer 8C_146/2014 E. 5.4). Zudem muss sie sofort ausgesprochen werden, wenn die Arbeitgeberin ausreichende Kenntnis des Verhaltens des Arbeitnehmers hat. Wer nicht rechtzeitig reagiert oder längere Zeit vertragswidrige Zustände hinnimmt, ohne die Kündigung auszusprechen, obwohl er dazu berechtigt wäre, kann sich nicht darauf berufen, dass ihm mildere Massnahmen als eine fristlose Kündigung nicht zumutbar sind. Durch untätiges Zuwarten beweist eine Arbeitgeberin vielmehr das Gegenteil, sodass ihr zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis anstatt fristlos unter Einhaltung der anwendbaren Kündigungsfrist und damit ordentlich zu kündigen.

[...]

2.6.2.2.5. Der Beklagten ist vorzuhalten, dass sie über lange Zeit das Verhalten des Klägers nicht angemessen sanktioniert hatte, obwohl sie dazu ausreichend Anlass und Gelegenheit hatte. Anstatt dass die Beklagte nach diversen bezeugten Gesprächen und blossen Ermahnungen des Klägers, auf diese sie keine Verbesserung seines Verhaltens feststellen konnte, das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise gekündigt hätte, begnügte sie sich damit, den Kläger immer wieder auf sein Verhalten anzusprechen und zu ermahnen. Erst am 24.10.2012 entschloss sie sich dazu, das Arbeitsverhältnis zu kündigen und sprach dabei auf Vorschlag des Disponenten J. die fristlose Kündigung aus. Dabei verhielt sich der Kläger am besagten Tag nicht besonders ausfällig, sondern im Vergleich mit früheren Vorfällen eher zurückhaltender. Beleidigend soll sich der Kläger gegenüber dem Inhaber am 24.10.2012 nach den Feststellungen des Zeugen J. erst nach der fristlosen Entlassung geäussert haben. Daher kann darauf für die Frage der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung nicht abgestellt werden. Unter diesen

Umständen war die fristlose Kündigung nicht das mildeste Mittel, das der Beklagten zur Wiederherstellung der Ordnung im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zur Verfügung stand. Es hätte vielmehr dazu genügt, wenn die Beklagte am 24.10.2012 die ordentliche Kündigung auf Ende Januar 2013 verbunden mit der klaren und unmissverständlichen Verwarnung an den Kläger ausgesprochen hätte, dass sie das Arbeitsverhältnis, sollte sich der Kläger auch während der dreimonatigen Kündigungsfrist ihren berechtigten Anordnungen zur Arbeitsleistung und zum Verhalten ihr, den anderen Mitarbeitern und Kunden gegenüber widersetzen, mit sofortiger Wirkung auflösen werde. Die fristlose Kündigung war daher ungerechtfertigt.

3.3. Der Kläger macht ferner eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR von CHF 10'860.00, entsprechend zwei Bruttomonatslöhnen, geltend.

Der Kläger hat, wie sich gezeigt hat, seine Treuepflicht wiederholt schwerwiegend verletzt. Dennoch war die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt, weil die Beklagte früher ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise zu beendigen. Da sie über längere Zeit das Verhalten des Klägers toleriert hatte, ohne angemessene Massnahmen zu ergreifen, wäre es ihr zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist und verbunden mit der Androhung einer fristlosen Kündigung zu beenden. Unter diesen besonderen Umständen sieht die Rechtsprechung aufgrund des vom Arbeitnehmer verschuldeten Fehlverhaltens regelmässig davon ab, dem Arbeitnehmer neben dem Schadenersatz eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR im Sinne einer Strafzahlung der Arbeitgeberin und Genugtuungsleistung an den Arbeitnehmer für eine durch die fristlose Entlassung erlittene Persönlichkeitsverletzung zuzusprechen. Daran ändern auch die übrigen zu berücksichtigenden Umstände nichts. Der Kläger, geboren am 23.2.1956, war im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 24.10.2012 mehr als 56 Jahre alt. Die Kündigung erfolgte damit in einem Lebensalter, in dem es auch für einen Chauffeur nicht einfach ist, eine neue Tätigkeit zu finden. Dennoch ist es dem Kläger gelungen, auf den 2.5.2013 bei der H. AG, Transporte und Reisen, eine neue Anstellung als Chauffeur, wenn auch zu einem tieferen Gehalt als bisher, zu erlangen, die er inne hatte, bis er dieses Arbeitsverhältnis per 31.8.2014 selber kündigte. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger bei einer ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einen früheren Zeitpunkt hin und zu einem höheren Lohn eine Anstellung gefunden hätte. Damit scheidet die fristlose Kündigung als Ursache für eine erschwerte Arbeitssuche aus. Das Arbeitsverhältnis hat ferner fast 13 Jahre gedauert. Nach dieser Dauer darf von einer engeren und gefestigten Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien ausgegangen werden, was sich auf ihre Fürsorge- und die Treuepflichten auswirkt. Der Arbeitnehmer, der einer verstärkten Treuepflicht unterliegt, verletzt diese umso schwerer, wenn er sich durch schimpfendes und beleidigendes Verhalten bei der Arbeit auszeichnet. Hinzu kommt die Arbeitsabsenz am Kündigungstag, die zwar keinen Grund zu einer fristlosen Kündigung darstellte, aber ebenfalls eine Treuepflichtverletzung darstellt. Unter diesen Umständen kann der Arbeitnehmer keine Persönlichkeitsverletzung geltend machen, die nach einem

Ausgleich durch eine Genugtuung verlangt. Dasselbe gilt für die wirtschaftliche Situation der Parteien. Zwar dürfte die Beklagte über mehr Mittel als der Kläger verfügen. Als kleines Transportunternehmen operiert es in einem bekanntermassen seit Jahren wirtschaftlich schwierigen Umfeld unter grossem Konkurrenzdruck, steigenden Kosten und dadurch stetig kleiner werdenden Margen. Entsprechend gering ist bei Kleinunternehmen des Transportgewerbes regelmässig die Kapitaldecke ausgestattet. Aus allen diesen Gründen ist der Anspruch des Klägers auf Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR unbegründet und daher abzuweisen.

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 24.8.2015 i.S von H. gegen W. AG, GS 2013.23)

3.5.3.3. Zur Rechtzeitigkeit der Kündigung einer GmbH (Art. 337 OR)

3.5.3.4. Zur Bemessung von Schadenersatz und Entschädigung bei un gerechtfertigter Entlassung im Lehrverhältnis (Art. 337c Abs. 3 OR)

V. war seit anfangs April 2011 für die F. GmbH, die den Betrieb eines Fitness-Centers und den Vertrieb von Sportartikeln bezweckt, als Praktikantin tätig. Am 31.8.2011 schlossen die Parteien einen Ausbildungsvertrag für die Dauer vom 15.9.2011 bis 31.8.2014 ab. V. war vom 9.7. bis 21.8.2012 arbeitsunfähig. Am 22. 8.2012 ging sie zusammen mit einer Kollegin und ihrem Partner bei der F. GmbH vorbei, wo es zu Auseinandersetzungen kam. Diese kündigte daraufhin am 29.8.2012 das Arbeitsverhältnis fristlos. Am 3.1.2013 gebar V. einen Sohn. Am 7.11.2012 gelangte V. zunächst an die Schlichtungsbehörde, wo es zu keiner Einigung kam, und danach am 30.5.2013 an das Arbeitsgericht Basel-Stadt, wo sie die Verurteilung der F. GmbH zur Zahlung von CHF 25'200.00 Schadenersatz und CHF 4'800.00 Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend machte. Das Arbeitsgericht hiess am 27.1.2014 die Klage im Umfang von CHF 12'340.25 netto gut, wobei es unter anderem was folgt ausführte:

«[...] **3.8.** In einem ersten Schritt ist [...] zu fragen, ob die Aussprechung der fristlosen Entlassung nicht bereits in zeitlicher Hinsicht zu beanstanden ist. Aus dem Wesen des wichtigen Grundes hat die zu Art. 337 OR ergangene Rechtsprechung abgeleitet, dass der Kündigungsberechtigte sich mit der Aussprechung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungebührlich lange Zeit lassen darf. Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt. Dabei ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrages Gebrauch machen will. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne ist nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt

erscheint. Eine Verlängerung von etwa einer Woche ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist (BGer 4A_477/2011 E. 2.1). Bei einem klaren Sachverhalt muss zudem anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder Verfehlungen erst langsam an den Tag treten (4A_238/2007 E 4.1).

3.9. Bei der Beklagten handelt es sich zwar um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Beklagte hat drei Gesellschafter, welche gemäss Handelsregisterauszug alle einzelunterschriftberechtigt sind. Es handelt sich dabei um Sch [...], H [...] und T [...]. H [...], der am 22.8.2012 präsent und persönlich betroffen war, ist zudem Vorsitzender der Geschäftsführung. Aufgrund der Anwesen- und Betroffenheit von H [...] waren auch keine weiteren Abklärungen nötig. Auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Beklagte sieben Tage benötigt hat, um die fristlose Kündigung auszusprechen. Aufgrund der gesamten Umstände ist eine Verlängerung der Überlegungsfrist nicht angebracht, weshalb die fristlose Kündigung zu spät ausgesprochen wurde.

3.10. Die fristlose Kündigung erweist sich daher bereits aus diesem Grund als ungerechtfertigt, weshalb nicht weiter abzuklären ist, was sich am 22.8.2012 genau zugetragen hat bzw. ob ein allfälliges Fehlverhalten des Lebenspartners der Klägerin dieser vorzuhalten ist und die Beklagte zur fristlosen Auflösung des Ausbildungsverhältnisses berechtigt.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Kündigung indes nicht nichtig. Die fristlose Kündigung bewirkt auch bei einer während einer Schwangerschaft ausgesprochenen Kündigung die faktische und rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

[...] **4.2.** Die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch die Arbeitgeberin ergeben sich auch bei Lehrverhältnissen aus Art. 337c OR. Danach schuldet die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin Ersatz dessen, was diese verdient hätte, wenn das Lehrverhältnis, das auf bestimmte Vertragsdauer abgeschlossen wurde, ordentlich beendet worden wäre (Abs. 1). Zudem kann das Gericht auf Begehren der gekündigten Partei die Arbeitgeberin zur Bezahlung einer Entschädigung nach seinem Ermessen von bis zu sechs Monatslöhnen verpflichten (Abs. 3). Während die Leistung nach Abs. 1 Schadenersatz darstellt, der, sofern keine Schadenminderung eintritt, bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung in vollem Umfang zuzusprechen ist, hat das Gericht bei der Festsetzung der Entschädigung nach Abs. 3 die konkreten Umstände zu würdigen. Dazu gehören insbesondere die soziale und wirtschaftliche Situation beider Parteien, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der Gekündigten, die Enge und die Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung vor der Kündigung, die Art, wie gekündigt wurde, das Mitverschulden der Arbeitnehmerin, deren Alter im Kündigungszeitpunkt und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung. Keines dieser Kriterien ist dabei für sich allein bestimmend (BGer 4C.321/2005 E. 9.1; BGE 121 III 64 E. 3c).

4.3. Vorliegend hätte das Lehrverhältnis bis am 31.8.2014 gedauert. Als monatliche Vergütung wurden CHF 900.00 für das erste Lehrjahr, CHF 1'000.00 für das zweite Lehrjahr und CHF 1'100.00 für das dritte Lehrjahr vereinbart.

Ausgehend von der letzten Lohnzahlung im August 2012 hätte die Klägerin bis zum Ende des Lehrverhältnisses im August 2014 noch insgesamt CHF 25'200.00 brutto Lohn erhalten.

4.4. Vom Verdienst der Arbeitnehmerin nach Art. 337c Abs. 1 kommt nach Absatz 2 in Abzug, was diese durch den Wegfall der Arbeitspflicht einspart, was sie anderweitig verdient oder was sie zu verdienen absichtlich unterlässt.

4.4.1. Den von der Klägerin zum Gesuch um Kostenerlass eingereichten Unterlagen lässt sich zunächst entnehmen, dass die Klägerin von der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau für den Monat September 2012 CHF 643.05, für den Monat Oktober 2012 CHF 135.40, für den Monat November 2012 CHF 744.55 sowie für den Monat Dezember 2012 CHF 710.75, insgesamt also CHF 2'233.75, erhalten hat. Nach der Geburt ihres Kindes hat die Klägerin sodann ab dem 3.1.2013 Mutterschaftsentschädigung erhalten. Den eingereichten Unterlagen zufolge wurden ihr bis zum 31.3.2013 insgesamt Taggelder in der Höhe von CHF 2'244.00 netto ausgerichtet. Gemäss ihren eigenen Angaben hat die Klägerin bis zum 14.4.2013 Taggelder erhalten. Laut der Anzeige Mutterschaftsentschädigung beläuft sich der Tagesansatz auf CHF 27.20. Nach Abzug der AHV/IV/EO/ALV kommen somit nochmals Taggelder in der Höhe von CHF 357.00 netto (14 x CHF 27.20 – 6.25%) hinzu. Insgesamt hat die Klägerin unter dem Titel Mutterschaftsentschädigung sowie Arbeitslosengeld somit CHF 4'834.75 erhalten. Diese Taggelder sind von der Forderung der Klägerin in Abzug zu bringen.

4.4.2. Weiter ist zu prüfen, ob sich die Klägerin darüber hinaus noch weiteren Verdienst oder absichtlich unterlassenen Verdienst anrechnen lassen muss.

Wenn der entlassene Arbeitnehmer eine neue Stelle angetreten hat, ist sein Anspruch meist einfach zu berechnen. Er setzt sich aus dem Lohn und den Nebenleistungen in der Zeit zwischen Entlassung und neuem Stellenantritt zusammen, zuzüglich aus dem Minderlohn ab neuem Stellenantritt bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beim alten Arbeitgeber. Probleme kann es bei langen Kündigungsfristen oder befristeten Verträgen geben, die im Urteilszeitpunkt noch gar nicht abgelaufen wären. Das Gericht kommt in dieser Situation nicht umhin, dass anzurechnende Ersatz-einkommen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Art. 337c N 5; BGer 4C.321/2005 E.8.3). Besonders heikel ist zudem die Entscheidung, ob ein Arbeitnehmer es in Verletzung seiner Schadenminderungspflicht versäumt habe, durch anderweitige Stellenannahme den Schaden herabzusetzen. Es ist eine der Fragen, bei denen das Ermessen des Richters besonders gross ist, der auch ein hypothetisches Ersatzeinkommen festzulegen hat (BGE 125 III 14 E.2b).

Beim absichtlichen Unterlassen anderweitigen Verdienstes ist zunächst zu klären, ob die Möglichkeit besteht, anderen Verdienst zu erzielen, das heisst, ob im betreffenden

Beruf eine allgemeine Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, sodass der Entlassene bei gutem Willen mit grosser Wahrscheinlichkeit eine andere, ungefähr gleichwertige Stelle hätte finden können. Ob der Arbeitnehmer eine Gelegenheit zum Erzielen von Ersatzverdienst absichtlich ausgelassen hat, hängt weiter davon ab, ob ihm die Ausübung einer konkreten Ersatztätigkeit überhaupt zumutbar gewesen wäre (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, S. 138 f.).

Gemäss Art. 35a Abs. 3 Arbeitsgesetz dürfen Wöchnerinnen während acht Wochen nach der Niederkunft nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden. Ab Ende April 2013 hätte die Klägerin somit wieder eine Beschäftigung antreten können. Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass die Klägerin vor der fristlosen Kündigung nicht in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis, sondern in einem Lehrverhältnis stand. Da Lehrverhältnisse bekanntermassen nach den Sommerferien beginnen und für die Lehre zur Fachfrau Bewegung und Gesundheitsförderung EFZ eine grosse Nachfrage besteht, ist der Klägerin nicht vorzuhalten, dass sie nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes keine Lehrstelle beginnend im Sommer 2013 gefunden hat. Es stellt sich indes die Frage, ob die Klägerin ab einem gewissen Zeitpunkt nicht gehalten gewesen wäre, anstelle eines Ausbildungsplatzes nochmals ein Praktikum oder eine andere Anstellung zur Überbrückung zu suchen. Hierbei ist zunächst zu beachten, dass ab Ende April 2012 beiden Parteien bewusst gewesen sein muss, dass die ursprünglich begonnene Ausbildung in Deutschland nicht fortgeführt werden kann. Ein neuer Lehrvertrag nach schweizerischem Recht war zudem im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht zustande gekommen. Unter diesen Umständen wäre es der Klägerin zuzumuten gewesen, bis zum allfälligen Antritt eines neuen Ausbildungsplatzes per Sommer 2014 ein Praktikum oder eine andere Stelle im Bereich Fitness und Gesundheit zu suchen. Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin bei entsprechenden Bemühungen ab Januar 2014 ein Praktikum oder eine Stelle in einem Fitness- oder Gesundheitszentrum hätte finden können und dabei einen monatlichen Verdienst von mindestens CHF 1'100.00 hätte erzielen können. Das Verhalten der Klägerin erweckt indes eher den Eindruck, dass aufgrund ihrer familiären Situation zurzeit der Beginn einer neuen Ausbildung bzw. das Antreten einer neuen Stelle nicht im Vordergrund stehen. So hat die Klägerin nach der Geburt ihres Kindes und dem Bezug der Mutterschaftsentschädigung keine Taggelder der Arbeitslosenversicherung mehr bezogen, weil sie zuviel Stress gehabt habe und erschöpft gewesen sei. Auch lassen ihre Äusserungen in ihrem der Post zuhänden des Gerichts am 26.11.2013 übergebenen Schreiben diesen Schluss zu.

Aus diesem Grund erscheint es angemessen, ihr lediglich den Lohn von September 2012 bis Ende 2013 zu ersetzen.

4.4.3. Der ihr zustehende Schadenersatz errechnet sich daher wie folgt: vom 1.9.2012 bis 31.8.2013 12 Monate à CHF 1'000.00 sowie vom 1.9.2013 bis 31.12.2013 4 Monate à CHF 1'100.00 ergibt einen Betrag von CHF 16'400.00 brutto bzw. nach Abzug der AHV/IV/EO/ALV einen Betrag von CHF 15'375.00 netto. Daran hat sich die Klägerin anrechnen zu lassen, was sie von der Arbeitslosenkasse und der

Mutterschaftsversicherung erhalten hat. Nach Anrechnung des Betrages von CHF 4'834.35 resultiert ein Betrag von CHF 10'540.25 netto.

4.5. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR dient sowohl der Bestrafung der Arbeitgeberin als auch der Wiedergutmachung für die Arbeitnehmerin (BGer 4C.351/2004 E. 7.2.1, BGE 123 III 391 E. 3c). Zudem wird die Entschädigung zur generalpräventiven Abschreckung eingesetzt, um die Zahl der im Berufsalltag vorkommenden ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zu vermindern (AppGer BS, BJM 2004, S. 39 E. 3c). Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist vorbehältlich ausserordentlicher Umstände bei allen ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zuzuerkennen. Von einer Entschädigung kann Umgang genommen werden, bei Umständen, die ein Fehlverhalten der Arbeitgeberin ausschliessen oder ihr aus anderen Gründen nicht anzulasten sind (BGer 4C.155/2005 E. 5.2.1). Solche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, die gegenüber einer lernenden Person ausgesprochen wird, trifft diese im Allgemeinen stärker in ihrer Persönlichkeit als eine ausgelernte Person, die einige Jahre Erfahrung im Berufsleben aufweist. So sind die Chancen auf dem Lehrstellen- und Arbeitsmarkt durch den Makel einer fristlosen Kündigung belastet. Erhöhend wirkt sich auch das im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch junge Alter der Klägerin sowie deren Schwangerschaft aus. Auch wenn der Klägerin das Verhalten ihres Lebenspartners wohl nur bedingt anzurechnen ist, trifft sie insofern eine Verantwortung für dessen ungeschickte Intervention und die Eskalation vom 22.8. 2012, als dass sie trotz der Vorgeschichte und in Kenntnis des nicht unbelasteten Verhältnisses zwischen ihrem Partner und den Vertretern ihrer Arbeitgeberin die Beklagte in dessen Begleitung aufgesucht hat. Dessen Begleitung war nicht erforderlich. Es hätte ohne weiteres genügt, sich von einer Freundin begleiten zu lassen. Für eine gewisse Minderung der Entschädigung spricht auch der Umstand, dass die nachteiligen Folgen der Kündigung durch Lohn- bzw. Schadenersatz während 16 Monaten ausgeglichen werden. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erscheint eine Pönale in der Höhe von zwei Monatslöhnen bzw. von CHF 1'800.00 als angemessen. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 27.1.2014 i.S.v. V. gegen F. GmbH, GS 2013.24)

3.6. Rückzahlungsvereinbarung bzg. Weiterbildungskosten (siehe unter Ziffer 1.2., S. 7)

3.7. Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)

3.7.1. GAV des Gastgewerbes (L-GAV): Zur Abgeltung von Überstunden, Ruhetagen und Ferien

Die X. AG und K. schlossen einen Arbeitsvertrag ab, wonach der Arbeitnehmer ab dem 1.9.2011 als Bankett- und Cateringmanager zu einem Monatslohn von CHF 6'200.00

brutto angestellt wurde. Vereinbart wurde, dass mit dem Gehalt Überstunden und Überzeitarbeit abgegolten sind. Am 20.3.2012 kündigte K. das Arbeitsverhältnis auf den 31.5.2012. Mit Schlichtungsgesuch vom 13.7.2012 beehrte K. die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 30'204.35 brutto Überstundenlohn und zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Nachdem sich die Parteien im Schlichtungsverfahren nicht einigen konnten, verlangte K. am 25.3.2013 vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 30'000.00 brutto. Am 17.9.2015 verurteilte das Arbeitsgericht die X. AG zur Zahlung von CHF 23'000.00 netto. Eine dagegen von der X. AG am 30.3.2016 erhobene Berufung hiess das Appellationsgericht Basel-Stadt am 27.1.2017 gut, wobei es das Verfahren im Umfang von CHF 10'000.00 infolge Klageanerkennung abschrieb und die X. AG zur Zahlung von CHF 17'995.97 netto an K. verurteilte. Zur Begründung führte es was folgt aus:

«[...] **2.1.** Der Berufungsbeklagte macht mit seiner Klage unter anderem eine Entschädigung für geleistete Überstunden geltend. Überstunden sind Arbeitsstunden, die über die im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet werden (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6. Aufl., 2015, Art. 321c OR N 1; vgl. Art. 321c Abs. 1 Obligationenrecht [OR; SR 220] und Art. 15 Abs. 4 Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes [L-GAV]). Für die Leistung von Überstunden trägt der Arbeitnehmer die Beweislast (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.2; 4A_419/2011 vom 23.11.2011 E. 3.3.1). Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.1; 4C.307/2006 vom 26.3.2007 E. 2.1; vgl. BGer 4C.142/2005 vom 15.6.2006 E. 5). Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als unerheblich erscheinen (vgl. BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.1 und 4C.142/2005 vom 15.6.2006 E. 5).

2.2. Insbesondere aufgrund der Zeugenaussagen [...] besteht kein ernsthafter Zweifel und ist damit erstellt, dass der Berufungsbeklagte in grossem Umfang betrieblich notwendige Überstunden geleistet hat, die nicht kompensiert worden sind. Auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid kann verwiesen werden [...]. Im Übrigen trägt die Berufungsklägerin die Beweislast für eine allfällige Kompensation von Überstunden (BGer 4C.142/2005 vom 15.6.2006 E. 4.1). Dafür hat sie jedoch keinen Beweis geliefert. Näher zu prüfen ist im Folgenden, ob auch der Umfang der vom Berufungsbeklagten geleisteten Arbeitsstunden erstellt ist.

2.3.1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) Anwendung. Der Arbeitgeber ist für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit (Arbeitszeiterfassung) verantwortlich. Die Arbeitszeiterfassung ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Überträgt der Arbeitgeber die Erfassung der Arbeitszeit dem Mitarbeiter, ist sie mindestens einmal monatlich vom Arbeitgeber zu unterzeichnen (Art. 21 Abs. 2 L-GAV).

Der Arbeitgeber führt Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle) (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). In den von beiden Parteien unterzeichneten Stundennachweisen ist nicht die tatsächlich geleistete Arbeitszeit des Berufungsbeklagten erfasst worden. Damit ist die Berufungsklägerin ihrer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und -kontrolle nicht nachgekommen (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters gemäss Art. 21 Abs. 4 L-GAV im Streitfall als Beweismittel zugelassen. Die vom Kläger erstellten und nur von ihm unterzeichneten Stundennachweise sind deshalb als Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. BGer 4C.141/2006 vom 24.8.2006 E. 4.2.3). Art. 21 Abs. 4 L-GAV gewährt der Arbeitszeiterfassung bzw. -kontrolle des Arbeitnehmers einen über eine Parteibehauptung hinausgehenden Beweiswert («valenza probatoria») (BGer 4A_86/2008 vom 23.9.2008 E. 4.2). Die Rechtsprechung, nach der eigene Aufzeichnungen oder Stundenkontrollen des Arbeitnehmers den vollen Beweis der Überstunden typischerweise nicht zu erbringen vermögen, weil es sich dabei letztlich um Parteibehauptungen handle (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.3), ist deshalb im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

2.3.2. Der Berufungsbeklagte hat von September 2011 bis März 2012 für jeden Monat einen Stundennachweis ausgefüllt und am ersten Tag des Folgemonats bzw. am letzten Tag des Monats datiert und unterzeichnet. Darin sind für jeden Arbeitstag Beginn und Ende der Arbeitszeit und einer allfälligen Pause sowie die Dauer der Arbeitszeit und der allfälligen Pause verzeichnet [...]. Die Berufungsklägerin hat diese detaillierten Aufstellungen nur pauschal bestritten [...]. Soweit die Zeuginnen und Zeugen dazu Aussagen machen können, haben sie die vom Berufungsbeklagten behauptete Anwesenheit an Veranstaltungen bestätigt, wobei sie keine genaueren Angaben zu deren zeitlichen Umfang machen können. [...]

2.3.3. Unter den gegebenen Umständen besteht kein ernsthafter Zweifel, dass der Berufungsbeklagte die in den von ihm ausgefüllten Stundennachweisen ausgewiesene Arbeitszeit geleistet hat und dass dies betrieblich notwendig gewesen ist. Damit sind unter Berücksichtigung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV auch die zur Feststellung des Umfangs der geleisteten Überstunden erforderlichen Tatsachen nachgewiesen. Wie die Zahl der Überstunden anhand der durch die Stundennachweise bewiesenen betrieblich notwendigen Arbeitsstunden und der im Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit zu berechnen ist, wird im Anschluss an die Erwägungen zur Beweislage erörtert (vgl. unten E. 3.1).

2.4.1. Die Vorinstanz hat die dem Berufungsbeklagten geschuldete Entschädigung für noch nicht abgegoltene Überstundenarbeit sowie noch offene Ruhe- und Feiertage in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR auf CHF 23'000.00 netto geschätzt (angefochtener Entscheid E. 2.5 f.). Soweit es die Entschädigung für nicht bezogene Ruhe- und Feiertage betrifft, ist dieses Vorgehen zweifellos unzulässig, weil dafür eindeutige Beweise vorliegen. Die Berufungsklägerin hat eine Tages- und Stundenkontrolle eingereicht und sich auf deren Saldo für März 2012 berufen. Diese Aufzeichnungen stimmen für September 2011 bis März 2012 hinsichtlich der

bezogenen bzw. nicht bezogenen Ruhe- und Feiertage sowie Ferien mit den Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten überein. Richtigerweise ist aber auch die Überstundenentschädigung nicht zu schätzen, weil auch die zur Feststellung des Umfangs der Überstunden erforderlichen Tatsachen nachgewiesen sind (vgl. oben E. 2.3). Im Übrigen müsste aus den folgenden Gründen im Falle der Schätzung von der gleichen Anzahl Überstunden ausgegangen werden, wie wenn diese gestützt auf die Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten als bewiesen erachtet werden.

2.4.2. Sofern der Nachweis erbracht ist, dass der Arbeitnehmer Überstunden geleistet hat, ohne dass deren genaues Ausmass bewiesen werden kann, und ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, hat das Gericht den Umfang in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (vgl. BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.2; 4A_42/2011, 4A_68/2011 vom 15.7.2011 E. 6; 4A_543/2011 vom 17.10.2011 E. 3.1.1; 4A_419/2011 vom 23.11.2011 E. 3.3.1). Im Rahmen dieser Schätzung genügt es zum Nachweis der geltend gemachten Überstunden, dass diese aufgrund der vom Kläger vorgebrachten Umstände als überwiegend wahrscheinlich erscheinen (vgl. BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.3 sowie 4C.307/2006 vom 26.3.2007 E. 3.2 und 4A_68/2008 vom 10.7.2008 E. 4.2). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720). Ein anderer als der behauptete Geschehensablauf ist zwar denkbar, fällt aber realistisch gesehen ausser Betracht (HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Zürich 2016, Art. 157 N 23). Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass der Berufungsbeklagte seine Arbeitszeit falsch aufgezeichnet haben könnte, und werden dessen Aufzeichnungen teilweise durch Zeugenaussagen bestätigt. Unter diesen Umständen fällt die Möglichkeit, dass der Berufungsbeklagte zu viele Arbeitsstunden aufgeschrieben haben könnte, vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht. Auch im Falle einer Schätzung müsste deshalb von den Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten ausgegangen werden und bestünde kein Anlass, von der sich daraus ergebenden Stundenzahl einen nicht näher begründeten Abzug zu machen.

3.1. Gemäss Art. 15 Abs. 1 L-GAV beträgt die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit mit Einschluss der Präsenzzeit für alle gastgewerblichen Mitarbeiter in Betrieben von der Art desjenigen der Berufungsklägerin höchstens 42 Stunden pro Woche. Gemäss Ziff. 5 des Arbeitsvertrags ist die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit mit Einschluss der Präsenzzeit in Betrieben von der Art desjenigen der Berufungsklägerin 42 Stunden. Überstunden sind Arbeitsstunden, welche über die vereinbarte durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit hinaus geleistet werden. Sie sind innert nützlicher Frist durch Freizeit gleicher Dauer zu kompensieren oder zu bezahlen (Art. 15 Abs. 4 L GAV). Weiter müssen Überstunden zwingend zu 125 % des Bruttolohnes vergütet werden, wenn der Betrieb die Arbeitszeit nicht gemäss Art. 21 L-GAV erfasst, oder dem Mitarbeiter nicht monatlich schriftlich seinen Überstundensaldo

kommuniziert, oder wenn die Auszahlung der Überstunden erst mit der letzten Lohnzahlung erfolgt (Art. 15 Abs. 6 L-GAV).

Der Berufungsbeklagte führt in seiner Klage aus, dass gemäss Art. 16 Abs. 1 L-GAV ein Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche besteht. Die tägliche Arbeitszeit betrage somit 8.4 Stunden (42 Stunden / 5 Arbeitstage) [...]. Der Berufungsbeklagte berechnet die Normalarbeitszeit aufgrund der Sollarbeitstage (Kalendertage ohne Samstag und Sonntag). Die Berufungsklägerin berechnet die Normalarbeitszeit aufgrund der effektiv geleisteten Arbeitstage [...]. Beide Berechnungsarten sind unrichtig. Die Sollarbeitszeit berechnet sich aufgrund der effektiven Kalendertage (Februar: 28 Tage, März: 31 Tage, April: 30 Tage usw.) und unabhängig von den bezogenen Ruhetagen (Kommentar zu Art. 15 L-GAV [<http://l-gav.ch>, besucht am 4.1.2017]). Dies entspricht der Berechnungsmethode, die der Berufungsbeklagte seiner Abrechnung Austritt vom 30.3.2012 zugrunde gelegt hat. Wie die nachfolgende Aufstellung zeigt, resultieren nach dieser Berechnungsmethode für einzelne Monate mehr Überstunden als vom Berufungsbeklagten in seiner Klage geltend gemacht. Insgesamt ergibt die korrekte Berechnungsmethode aber eine geringere als die vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Anzahl Überstunden. Damit ist die Anwendung dieser Methode mit der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) vereinbar. Im Einzelnen ergeben sich folgende Überstunden: [...]

3.2. Gemäss Art. 16 Abs. 1 L-GAV hat der Mitarbeiter Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche. Nicht bezogene Ruhetage sind innert vier Wochen zu kompensieren. Ist eine Kompensation nicht möglich, sind nicht bezogene Ruhetage am Ende des Arbeitsverhältnisses mit je 1/22 des monatlichen Bruttolohns zu bezahlen (Art. 16 Abs. 5 L-GAV). Der Ruhetageanspruch berechnet sich aufgrund der effektiven Kalendertage (Kommentar zu Art. 16 L-GAV [<http://l-gav.ch>, besucht am 4.1.2017]) [...]

3.3. Die Fragen der Überstundenentschädigung und der Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage dürfen nicht vermengt werden. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage hat, kommt es nicht darauf an, ob sich die vertragliche Sollarbeitszeit und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden die Waage halten, sondern einzig darauf, ob die dem Arbeitnehmer zustehenden Ruhetage bezogen worden sind oder nicht. Ein Anspruch auf Entschädigung nicht bezogener Ruhetage besteht deshalb auch dann, wenn aus dem Arbeitsverhältnis keine Überstunden resultieren. Die Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage ist kein Entgelt für geleistete Arbeit, sondern gilt als Ausgleich des Nachteils, der Unbill, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehende Ruhezeit, die seiner Erholung dient, verlustig geht, weil wegen der Vertragsauflösung ein Nachbezug dieser Tage nicht mehr möglich ist. Wenn sich aus einem Vergleich der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit der Sollarbeitszeit ein Überschuss von Arbeitsstunden ergibt, sind diese, wenn eine Kompensation nicht mehr möglich ist, zu entschädigen. Wann die zusätzlichen Arbeitsstunden erbracht worden sind, ist für die Frage der Überstundenentschädigung irrelevant. Insbesondere kann nicht eingewendet werden, diese Stunden resultierten aus nicht bezogenen Ruhetagen. Es braucht deshalb auch nicht geprüft zu werden,

wann die Überstunden geleistet worden sind. Aufgrund des unterschiedlichen Charakters der beiden Entschädigungen erhält der Arbeitnehmer keine doppelte Entschädigung für die geleisteten Überstunden, wenn ihm bei gegebenen Voraussetzungen sowohl eine Überstundenentschädigung als auch eine Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage zugesprochen wird (Obergericht Obwalden, Urteil vom 9.7.1986 E. 2, in: JAR 1988 S. 190 ff., 191 f.; vgl. Brühwiler, Kommentar Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 321c OR N 12).

3.4. Gemäss Art. 18 Abs. 1 L-GAV hat der Mitarbeiter Anspruch auf 6 (0.5 Tage pro Monat) bezahlte Feiertage pro Kalenderjahr. Diese Feiertageregelung ist unabhängig von den kantonalen Feiertagen (Kommentar zu Art. 18 L-GAV [<http://l-gav.ch>, besucht am 5.1.2017]). Für ein unvollständiges Kalenderjahr sind die Feiertage entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu gewähren (Art. 18 Abs. 1 L GAV). Werden Feiertage nicht gewährt und auch nicht durch einen zusätzlichen Ruhetag kompensiert, sind sie spätestens am Ende des Arbeitsverhältnisses mit je 1/22 des monatlichen Bruttolohns zu bezahlen (Art. 18 Abs. 3 L-GAV). [...]»

(Entscheid des Appellationsgerichts vom 27.1.2017 i.S.v. X. AG gegen K., ZB.2016.12; GS 2013.8)

3.7.2. GAV für das Gipsergewerbe BS: Günstigkeitsvergleich

Art. 357 Abs. 2 OR. Zum Günstigkeitsvergleich zwischen Einzelarbeitsvertrag und AVE GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Basel-Stadt 2010-2013. Welche Regelungen können im Rahmen eines Gruppenvergleichs mit einem vereinbarten übertariflichen Lohn verglichen werden?

Die S. AG (Beklagte) liefert und montiert Decken- und Wandsysteme. Sie stellte J. (Kläger) als Monteur ab 1.4.2012 zu einem Bruttojahresgehalt von CHF 60'000.00 zusätzlich einem 13. Monatsgehalt bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42,5 Stunden und vier Wochen Ferien pro Jahr an. Es galt der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für das Gipsergewerbe im Kanton Basel-Stadt 2010-2013. Das Arbeitsverhältnis endete nach Kündigung von J. am 31.5.2013. Am 3.6.2014 klagte J. nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens beim Arbeitsgericht Basel-Stadt gegen die S. AG unter anderem auf Zahlung von Überstunden, Feier- und Ferientagen, Mittagzulagen und Km-Entschädigungen. Die S. AG anerkannte diese Forderungen jeweils teilweise, machte jedoch geltend, dass J. in den Genuss eines übertariflichen Lohnes gekommen sei, sodass die anerkannten Ansprüche im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs aufgrund von Art. 357 OR als abgegolten zu betrachten seien. Das Arbeitsgericht verwarf mit Entscheid vom 16.4.2015 die Einrede der S. AG und verurteilte sie zur Zahlung der anerkannten Forderungen, wobei es was folgt ausführte:

«[...] **7.2.** Nach Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag, die gegen zwingende Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages verstossen, nichtig und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Andererseits können zu Gunsten eines Arbeitnehmers Vereinbarungen getroffen werden, die vom Gesamtarbeitsvertrag abweichen. Falls die Parteien eine vom Gesamtarbeitsvertrag abweichende Regelung getroffen haben, ist im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs in Bezug auf das einzelne Arbeitsverhältnis zu prüfen, ob die Vereinbarung im Einzelarbeitsvertrag für den Arbeitnehmer günstiger ist als die im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehene Regelung. Dabei sind mit einem sogenannten Gruppenvergleich eng miteinander zusammenhängende Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag zu vergleichen. Dieser Vergleich kann nur innerhalb eines zusammenhängenden Regelwerkes erfolgen, wobei das Erfordernis des inneren Zusammenhangs eng zu verstehen ist (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3). Ein enger innerer Zusammenhang besteht zwischen Bestimmungen zu Arbeitszeit, Überzeit und Mindestmonatslohn (BGer 4C.67/2005 E. 4.3).

7.3. Der Kläger hat in Deutschland die Abschlussprüfung zum Ausbildungsberuf als Trockenbaumonteur im Jahre 2000 bestanden. Der Einzelarbeitsvertrag sah ein Bruttojahresgehalt von CHF 60'000.00, entsprechend einem Monatsgehalt von CHF 5'000.00 brutto, zuzüglich einem 13. Monatslohn bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42,5 Stunden vor. Demgegenüber legte der Gesamtarbeitsvertrag Berufsarbeitern einen Monatslohn von CHF 4'700.00 brutto bei 13 Monatslöhnen und einer täglichen Arbeitszeit von 8 Stunden 15 Minuten, was einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41,25 Stunden entspricht, fest (Art. 23.1.1 lit. f, 23.2.1 und 30.1.1 GAV). Arbeitszeit und Lohn stehen in Arbeitsverhältnissen in einem direkten Zusammenhang zueinander und hängen voneinander ab. Sie sind daher geeignet, im Rahmen eines Gruppenvergleichs zwischen einzelarbeitsvertraglichen- und gesamtarbeitsvertraglichen Abreden bzw. Regelungen darauf untersucht zu werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Abrede gegenüber der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung für den Arbeitnehmer die günstigere ist. Vorliegend musste der Kläger aufgrund des Einzelarbeitsvertrages in der Woche 1,25 Stunden mehr arbeiten als nach Gesamtarbeitsvertrag, erhielt jedoch aufgrund des Einzelarbeitsvertrages im Monat CHF 300.00 mehr Lohn, als er aufgrund der gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohnbestimmung erhalten hätte. Die nach Einzelarbeitsvertrag zu leistende längere Arbeitszeit ist durch den im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen höheren Lohn überproportional entschädigt und der Kläger dadurch insgesamt besser gestellt. Damit erweist sich der Einzelarbeitsvertrag bezüglich Lohn und Arbeitszeit als für den Kläger günstiger als der Gesamtarbeitsvertrag. Da die von der Beklagten anerkannte Mehrarbeit der Differenz zwischen der im Gesamtarbeitsvertrag geringeren und der gemäss Einzelarbeitsvertrag höheren Arbeitszeit entspricht, ist die von der Beklagten anerkannte Überstundenlohnforderung, die auch der Kläger als richtig anerkannte, durch die günstigere Regelung im Einzelarbeitsvertrag als abgegolten zu betrachten. Darüber hinausgehende Überstunden macht der Kläger, wie er sowohl in der Replik als auch in der Hauptverhandlung erklärte, nicht geltend. [...]

7.4. Die Forderung des Klägers von CHF 985.40 für im Mai 2013 abgezogene Feiertage anerkennt die Beklagte, weil sie die Feiertage in Anwendung von Art. 32.6 Gesamtarbeitsvertrag zu Unrecht abgezogen hatte. Nach dieser Vorschrift sind im Falle einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die in die folgenden 30 Tage fallenden Feiertage zu vergüten, nicht hingegen bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer selber ausspricht. Zwar hatte der Kläger das Arbeitsverhältnis auf den 30.4.2013 gekündigt. Da die Beklagte die Kündigung jedoch erst auf den 31.5.2013 akzeptierte, weil der Kläger statt mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist im Falle eines überjährigen, wie des vorliegenden, Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 41.1 lit. c Gesamtarbeitsvertrag, bloss mit einer Kündigungsfrist von einem Monat gekündigt hatte, endete das Arbeitsverhältnis am 31.5.2013. Damit zog die Beklagte die in den Monat Mai fallenden Feiertage dem Kläger zu Unrecht ab und anerkennt daher in der Klageantwort zu Recht die Rückforderung des Klägers.

Eine Rückforderung des Arbeitnehmers, die entsteht, weil die Arbeitgeberin den Gesamtarbeitsvertrag nicht richtig anwendet, kann von vornherein nicht Gegenstand eines Günstigkeitsvergleichs sein. Grundlage einer solchen Prüfung sind stets die Abreden des Einzelarbeitsvertrages im Vergleich zu den Regelungen des Gesamtarbeitsvertrages bei richtiger Anwendung beider Verträge. Vorliegend stand zudem nicht die Bezahlung von Feiertagen, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.5.2013, sondern vor diesem Datum und damit während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses anfielen, zur Diskussion. Sowohl der Einzelarbeitsvertrag als auch der Gesamtarbeitsvertrag gehen übereinstimmend davon aus, dass der Arbeitnehmer an diesen Feiertagen Anspruch auf Lohn hat.

7.5. Weiter anerkennt die Beklagte die Forderungen des Klägers aus Mittagzulagen von CHF 182.00 sowie für die Km-Entschädigung von CHF 389.50. Nach Art. 327a OR hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die Auslagen zu ersetzen, die bei Ausführung der Arbeit und bei auswärtigen Arbeitsorten für seinen Unterhalt notwendigerweise entstehen. Sowohl der Einzelarbeitsvertrag als auch der Gesamtarbeitsvertrag sehen bei auswärtigen Arbeitsorten von mehr als 15 km Distanz gemessen von Geschäfts- oder Wohndomizil Mittagzulagen für die Verpflegung des Arbeitnehmers als auch Km-Entschädigungen für die Benützung des eigenen Personenwagens durch den Arbeitnehmer vor (Art. 27.1.1 und 27.1.2 Gesamtarbeitsvertrag). Sie unterscheiden sich geringfügig in den jeweiligen Ansätzen. Lohn und Auslagenersatz sind jedoch Entschädigungen, die verschiedene Grundlagen aufweisen und Bedürfnisse befriedigen. Während am Austausch von Lohnzahlung gegen Arbeitsleistung beide Arbeitsvertragsparteien interessiert sind, liegen die Aufwendungen, die dem Arbeitnehmer durch Auslagenersatz zu vergüten sind, lediglich im Interesse der Arbeitgeberin und ihrer Geschäftstätigkeit. Zwischen Lohn- und Auslagenabreden bzw. -regelungen fehlt deshalb der enge innere Zusammenhang, um sie als Gruppe im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs zu verstehen und zu behandeln. Damit fällt eine Kompensation dieser beiden anerkannten Forderungen

durch die Gewährung eines übertariflichen Lohnes an den Kläger ohne weiteres ausser Betracht.

7.6. Ferner schuldet die Beklagte dem Kläger Ferienlohn von CHF 1'917.28 brutto. Der Einzelarbeitsvertrag sieht einen Ferienanspruch von vier Wochen pro Jahr vor, was bei einer Fünftageweche, 20 Arbeitstagen entspricht. Demgegenüber legt der Gesamtarbeitsvertrag den Ferienanspruch für Arbeitnehmer der Altersklasse des Klägers von mehr als 20, aber weniger als 50 Jahren auf 22 Arbeitstage fest. Daraus ergibt sich gegenüber dem Einzelarbeitsvertrag eine Besserstellung des Klägers, die sich auf die Berechnung des Ferienguthabens des Klägers auswirkte. Das Bundesgericht lehnt in seiner Rechtsprechung den engen inneren Zusammenhang zwischen Abreden bzw. Regelungen über das Salär des Arbeitnehmers und über dessen Ferien- bzw. Ferienlohnanspruch ab (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3). Damit scheidet ein Gruppenvergleich aus, auf dessen Grundlage die Frage, ob eine für den Arbeitnehmer günstigere Lösung zwischen einem übertariflichen Lohn, aber geringeren Ferienanspruch einerseits gegenüber einem geringeren Tariflohn, aber gleichzeitig grösseren Ferienanspruch vorliegt, beantwortet werden könnte. Hinzuweisen ist auch darauf, dass Art. 329d Abs. 2 OR die Abgeltung von Ferien während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses verbietet. Die Gewährung eines höheren Lohnes bei gleichzeitig geringerem Ferienanspruch würde diesem Verbot zuwiderlaufen und den Zweck der Ferien, die Erholung des Arbeitnehmers von der Arbeit, entscheidend untergraben und dadurch schwächen. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 16.4.2015 i.S.v. J. gegen S. AG, GS 2014.15).

4. Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1): Bereitschaftsdienst des Pflegepersonals im Haushalt der betreuten Person

Die polnische Staatsangehörige J. trat per 1.11.2007 bei R. bzw. nachfolgend bei der R. GmbH, einer privaten Spitexorganisation, eine Stelle als Betreuerin an. Im Oktober 2011 übernahm sie die Betreuung von S.. Die Verträge mit R. bzw. der R. GmbH sahen vor, dass die Arbeitszeit der Klägerin ca. 42 Stunden pro Woche beträgt und sich nach den Bedürfnissen des Klienten und dessen Familie richtet sowie dass die Klägerin in einem ihr vom Klienten zur Verfügung gestellten Zimmer wohnt. Sie übernahm Einsätze in der Grössenordnung von einem Monat. Sie verrichtete dabei einfache Pflegeleistungen und Putzarbeiten, besorgte Einkäufe und bereitete Mahlzeiten zu. Nach der Beendigung eines Einsatzes begab sie sich für einen Monat zurück nach Polen. Während ihrer Abwesenheit wurde S. von P., ebenfalls polnische Staatsangehörige, betreut. Am 9.1.2012 unterzeichnete J. einen Einsatzvertrag mit der K. AG, einer Personalvermittlungs- und -verleihfirma und erbrachte ab diesem Zeitpunkt ihre Einsätze bei S., der im Einsatzvertrag als Einsatzfirma bezeichnet wurde. Als Arbeitszeit waren darin 42 Wochenstunden angegeben. Der Tagesbasislohn betrug CHF 149.04 nebst Zuschlägen von 8,33% für Ferien, 3,20% Feiertage und 8,33% 13.

Lohn, insgesamt CHF 180.50. In der Folge leistete J. vom 9.1.2012 – 6.2.2012, vom 12.3.2012 – 15.4.2012 und vom 14.5. – 10.6.2012 drei Einsätze bei S.. Mit Schreiben vom 24.6. 2012 kündigte sie den Arbeitsvertrag mit der K. AG auf den 2.7. 2012. S. verstarb am 26.7.2013.

Nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, das zu keiner Einigung der Parteien führte, klagte J. am 26.6.2013 beim Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der K. AG zur Zahlung von CHF 23 373.75 netto nebst Zins. Sie sei während 24 Stunden pro Tag und während sieben Tage die Woche für die Betreuung von S. zuständig gewesen. Tagsüber habe sie einfache Pflegeleistungen und Putzarbeiten verrichtet, Einkäufe besorgt und Mahlzeiten zubereitet. Ein ordentlicher Arbeitstag habe 9 Stunden gedauert und sei um 20:00 Uhr beendet gewesen. Aufgrund der Pflegebedürftigkeit von S. sei sie auch während dessen Ruhezeit für ihn verantwortlich gewesen. Um 07:00 Uhr habe sodann wieder der neue Arbeitstag begonnen. Obwohl sie S. auch am Wochenende betreut habe, sei sie von der K. AG angewiesen worden, lediglich eine Arbeitswoche von 5 Tagen zu rapportieren. Mit ihrer Klage machte J. die nicht abgegoltenen Stunden, Überstunden-, Nacht- und Sonntagszuschläge sowie eine Entschädigung für die Arbeitsbereitschaft während der Zeit zwischen 20:00 und 07:00 Uhr geltend.

Die K. AG bestritt im Wesentlichen, dass J. im Rahmen einer 24h-Betreuung Einsätze geleistet habe. Stattdessen hätten die Einsätze jeweils werktags von Montag bis Freitag 8 Stunden pro Tag gedauert. Sie habe J. nie angewiesen, anders zu rapportieren, als sie wirklich gearbeitet habe. Gemäss Einsatzvertrag habe sich J. zu einer wöchentlichen Arbeitsleistung von 42 Stunden verpflichtet. Gemäss den von ihr unterzeichneten wöchentlichen Arbeitsrapporten habe J. werktags jeweils 8 Stunden gearbeitet. Da sie somit statt der 42 lediglich 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe, habe J. CHF 613.70 zuviel Lohn erhalten. Diesen Betrag machte die K. AG verrechnungsweise geltend.

Das Arbeitsgericht hiess die Klage 27.10.2014 im Umfang von CHF 15'311.10 netto nebst Zins gut, wobei es unter anderem was folgt ausführte:

«[...] **3.7.2** Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 gilt als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Arbeitszeit ist dabei diejenige Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer inner- und ausserhalb des Betriebes für die Bedürfnisse des Arbeitgebers zur Verfügung zu stehen hat und auch tatsächlich steht und damit über seine Zeit nicht frei verfügen kann. Daraus folgt, dass auch Bereitschaftsdienst, bei dem sich der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers zur Verfügung hält, aber keine aktive Arbeit erbringt, werde er innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet, zur Arbeitszeit gehört (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362, Zürich 2012, Art. 321 N 9 m. w. H.). Arbeitsbereitschaft im Sinne der Präsenzzeit, die der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers aus verschiedenen Gründen (Warten auf Arbeit in Dienstleistungsbetrieben, innerbetrieblicher Pikettdienst, arbeitsablaufbedingte Wartezeiten) verbringen muss, zählt dabei nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch privatrechtlich zur Arbeitszeit (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetz-

buch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 11). Pikettdienst ist eine in Art. 14 f. ArGV 1 geregelte Form des Bereitschaftsdienstes, bei der sich der Arbeitnehmer für allfällige Arbeitseinsätze bei besonderen Ereignissen bereithält. Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 nennt als Beispiele für «Sonderereignisse» die Behebung von Störungen, die Hilfeleistungen in Notsituationen und Kontrollgänge. Die Anrechnung von Pikett als Arbeitszeit hängt davon ab, ob er im Betrieb geleistet werden muss und ob ein Arbeitseinsatz erfolgt. Im Betrieb geleisteter Pikettdienst (sog. Arbeitsbereitschaft) ist immer Arbeitszeit. Dem im Betrieb geleisteten Pikettdienst wäre gleichzustellen, wenn der Arbeitnehmer in der freien Verfügung über seine Zeit in ähnlicher Weise eingeschränkt ist, wie wenn er im Betrieb geleistet würde (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 11). Eine weitere Form des Bereitschaftsdienstes stellt die Arbeit auf Abruf dar. Die blossе Bereitschaft zum Abruf stellt kein Pikett und keine Arbeitszeit im öffentlich-rechtlichen Sinn dar (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 12). Mit der Arbeit auf Abruf wird ein erhöhter Arbeitsanfall aufgefangen, mit dem Pikett ein Sonderereignis im vorerwähnten Sinn. Kein Pikettdienst liegt vor, wenn während eines Arbeitsaufgebotes keine Sonderereignisse bearbeitet werden, sondern normale Arbeit geleistet wird. Ebenso wenn ausschliesslich in Bereitschaft gearbeitet wird, da es in diesem Fall an der von Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 vorausgesetzten normalen Arbeit, neben der Pikett geleistet wird, fehlt (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 12).

3.7.3 Weiter stellt sich die Frage, wie Bereitschaftsdienst zu entschädigen ist. Die Frage der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes wird im Arbeitsgesetz nicht behandelt. In BGE 124 III 251 hält das Bundesgericht zunächst fest, dass Arbeitsbereitschaft im Betrieb und die einzelnen Arbeitseinsätze auch privatrechtlich Arbeitszeit darstellen und zu entlönnen sind. Das Bundesgericht hat allerdings eingeräumt, dass die Bereitschaftszeit, d. h. die Zeit, zu der sich der Arbeitnehmer für allfällige Arbeitseinsätze bereithalten muss, nicht zum selben Ansatz zu entschädigen ist wie die normale Arbeitstätigkeit (BGE 124 III 251). Die Lohnfrage für blossе Rufbereitschaft entscheidet sich primär aufgrund der einzel- oder gesamtarbeitsvertraglichen Abrede. Besteht keine Abrede, ist die Rufbereitschaft zu entlönnen, allerdings nicht zum gleichen Ansatz wie die normale Arbeitstätigkeit, da einerseits der Arbeitnehmer die Zeit noch anders nutzen kann, andererseits die betriebswirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers an der Tätigkeit oft geringer sind. Massgebend ist in erster Linie die Üblichkeit und in zweiter Linie das billige Ermessen des Richters (BGE 124 III 251; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). Dies gilt auch für den Pikett-dienst (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 13).

Fehlt es an einer Parteivereinbarung für die Lohnfestsetzung, wären die in die Ermessensausübung einflussenden Kriterien nach der Argumentation des Bundesgerichts wohl vor allem das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität, in welcher der Arbeitnehmer die Zeit für

arbeitsfremde Verrichtungen nutzen konnte (BGE 124 III 249 E. 3b). Da die Wartezeit von der Intensität her gesehen zwischen der eigentlichen Arbeitszeit und der Ruhezeit einzuordnen ist und keine vollkommene Freizeit darstellt, ist ein im Vergleich zum Arbeitseinsatz reduzierter Lohn gerechtfertigt (BGE 124 III 249). Die Angemessenheit hat sich an der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers zu orientieren, d.h. je grösser sie in Bezug auf die Nutzung der Wartezeiten für die individuellen Bedürfnisse ist, desto höher hat die Entschädigung zu sein, damit sie als angemessen betrachtet werden kann. Das Bundesgericht hält fest, dass die Entschädigung der Wartezeiten in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden kann. In einem Entscheid des Tribunale d' appello del Cantone Ticino vom 1.12.2000 (JAR 2001, S. 188 ff.) erachtete das Gericht bei einem Arbeitnehmer, der jeweils innert kurzer Frist aufgrund eines Anrufes zur Arbeit erscheinen musste, einen Stundenlohn von 50 % desjenigen für die effektiven Arbeitseinsätze für angemessen. Es berücksichtigte dabei, dass der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes grundsätzlich über einen grossen Spielraum verfügt, weil er nicht im Betrieb sein muss und deshalb frei über seine Zeit verfügen kann. Allerdings wird auch erkannt, dass der Arbeitnehmer die ständige Pflicht hat, erreichbar und innerhalb kürzester Zeit verfügbar zu sein und keiner typischen Freizeitbeschäftigung nachgehen kann, ohne die Gewissheit zu haben, nicht plötzlich abgerufen zu werden. Dadurch wird die Qualität der Freizeit deutlich vermindert, was bei der Bemessung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen ist. Auch besteht eine unvermeidbare psychologische Belastung, weil immer damit gerechnet werden muss, dass ein Abruf erfolgt. Seine persönliche Freiheit wird dadurch schwerwiegend eingeschränkt, da er sich nicht allzu weit vom Arbeitsplatz entfernen kann.

Das Arbeitsgericht Zürich hatte den Fall einer Arbeitnehmerin, die die Betreuung einer pflegebedürftigen Person in deren Haus übernommen und da selber auch ein Zimmer hatte, zu beurteilen. Sie machte eine wöchentliche Arbeitszeit von rund 112 Stunden geltend, wobei aber lediglich 50 Stunden auf die eigentliche berufliche Tätigkeit entfielen, der Rest hingegen «Schlaf/Erholungspikett» darstellte. Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass dieser Schlaf/Erholungspikett nicht zusätzlich zu entschädigen sei und dass der Vertrag angesichts eines Monatslohnes von CHF 6'380.20 zuzüglich 13. Monatslohn auch nicht unsittlich sei (Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich 2010, Nr. 22). Bei einer Coiffeuse, die ihre Einsatzzeiten in der Regel am Vortrag per Fax erhielt und einen monatlichen Mindestlohn von CHF 2'800.00 garantiert hatte, was je nach Einsatzhäufigkeit für den Bereitschafts-dienst CHF 3.50 bis CHF 5.05 pro Stunde ergab, wurde die Entschädigung angesichts der hohen Disponibilität über die Bereitschaftszeit als genügend angesehen (TC FR in JAR 2003, S. 160). Die Chambre d'appel GE hielt eine Entlohnung der Rufbereitschaft zu einem Viertel des vertraglichen Stundenlohnes für angemessen (JAR 2007, S. 435). In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 zu Pikettdienst hatte das Bundesgericht allerdings keine Einwendungen gegen den Entscheid der Vorinstanz gehabt, dass bei nur sehr geringfügiger Beschränkung der persönlichen Gestaltungs-freiheit eine Entschädigung der Rufbereitschaft auch entfallen könne (BGer 4A_523/2010).

In der Lehre werden folgende Bemessungskriterien herangezogen. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH berücksichtigen das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität des Arbeitnehmers, in welcher dieser in den Wartezeiten die Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen kann (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). Letzteres hängt vor allem von der Abrufzeit ab, d.h. innert welcher Frist sich der Arbeitnehmer zur Arbeit einzufinden hat (so EGLI, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, S. 210; ähnlich ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 59; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, S. 46). Seltene Abrufe sind als die Intensität der Rufbereitschaft reduzierende Faktoren zu berücksichtigen (vgl. EGLI, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, S. 210). Senti sieht als absolutes Bemessungskriterium das Ausmass der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers an. Diese hängt von der Ankündigungsfrist und den Schwankungen des effektiven Einsatzes ab (SENTI, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pickettdienst, ZBJV 2006, S. 671). Andere Autoren wie Schürer und Byrne-Sutton gehen davon aus, dass der Bereitschafts-dienst mit mindestens ca. 25% des Lohnes für die effektive Arbeitszeit entgolten werden muss, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (SCHÜRER, Arbeit und Recht, S. 127; BYRNE-SUTTON, Le contrat de travail à temps partiel, S. 101). Henneberger und Rieder nehmen zunächst den Lohn des effektiven Arbeitseinsatzes als Ausgangspunkt und setzen die Entschädigung in Prozenten von diesem fest. Als erste Determinante nehmen sie die Ankündigungsfrist, als zweite die Relation zwischen effektiven Arbeitseinsätzen und Bereitschaftsdienst (HENNEBERGER/RIEDER, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011, S. 8 ff.).

3.7.4 Der Klägerin stand während ihrer jeweiligen Einsätze ein eigenes Zimmer in der Wohnung des von ihr zu betreuenden S [...] zur Verfügung. Während ihrer Abwesenheit wurde dieses Zimmer von P [...] bewohnt. Der Antwort des Arztes lässt sich entnehmen, dass S [...] aufgrund seiner schweren Erkrankung und der damit verbundenen Hilflosigkeit rund um die Uhr betreut werden musste und auch während der Nacht nicht alleine gelassen werden konnte. Man habe ihn indes alleine im Bett liegen lassen können und es sei keine Sitzwache nötig gewesen. Er habe aber Hilfe gebraucht, wenn er während der Nacht zum Beispiel auf das WC [habe gehen müssen]. Auch die Klägerin selber hat anlässlich ihrer Befragung u.a. dieses Beispiel angeführt. Die Zeugin P [...] nannte das Beispiel Fenster öffnen. Was die Häufigkeit derartiger Hilfeleistungen anbelangt, hat die Klägerin angeführt, diese seien etwa 3 – 4 Mal pro Woche vorgekommen.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Klägerin zwischen 20:00 und 07:00 Uhr in ihrem Zimmer in der Wohnung des zu betreuenden S [...] aufhielt und sich für allfällige Abrufe bereithielt. Zu effektiven Einsätzen kam es lediglich 3 – 4 Mal pro Woche, wobei diese Einsätze von kurzer Dauer gewesen sein dürften. Da der von der Klägerin erbrachte Bereitschaftsdienst in der Wohnung der zu betreuenden Person und damit am Arbeitsort selber erfolgte, zählt die Präsenzzeit zwischen 20:00 und 7:00 Uhr im

Umfang von 11 Stunden ohne weiteres sowohl im öffentlich-rechtlichen als auch im privatrechtlichen Sinn zur Arbeitszeit.

Bezüglich der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes haben die Parteien keine Regelung getroffen. Auch der GAV Personalverleih regelt die Entschädigung von Bereitschaftsdienst nicht.

Die Klägerin setzt für den Bereitschaftsdienst einen Stundenlohn von CHF 10.01 (55 % des Grundlohnes) ein. Sie verweist unter anderem auf die Entschädigung von Sitzwachen sowie von Betreuerinnen einer privaten Spitexorganisation.

Die von der Klägerin angeführte Entschädigung bei Sitzwachen betrifft einen durchgehenden Nachtdienst. Die Sitzwache zeichnet sich zudem dadurch aus, dass die Sitzwache bei einer Person, die schwer krank ist oder im Sterben liegt, am Bett sitzt, um diese Person zu begleiten und menschliche Nähe zu vermitteln. Eine derartige Tätigkeit steht aber vorliegend nicht zur Beurteilung. Zudem war eine Sitzwache laut Dr. B [...] bei S [...] auch gar nicht nötig. Auch auf die Ansätze für Nachtbereitschaft einer Betreuerin bei einer privaten Spitexorganisation kann nicht ohne weiteres abgestellt werden, da Angaben zum genauen Tätigkeitsbereich, zur massgebenden Stufe der Dienstleistung sowie zur Intensität der Bereitschaft sowie zur Einsatzhäufigkeit fehlen.

Massgebend für die Bemessung ist daher das billige Ermessen des Gerichts. Bei der Bemessung der Entschädigung für den Bereitschaftsdienst ist zunächst vom für effektive Einsätze vereinbarten Stundenlohn auszugehen. Dieser betrug CHF 17.74. Zieht man die einzelnen in der Lehre und Rechtsprechung genannten Kriterien zur Bemessung der Entschädigung heran, ergibt sich folgendes Bild:

Das Interesse der zu betreuenden Person an der Bereitschaft der Klägerin ist aufgrund seiner Hilflosigkeit und Pflegebedürftigkeit als hoch einzustufen. Da der Bereitschaftsdienst vor Ort geleistet wurde und ein effektiver Einsatz damit möglichst zeitnah zum Abruf zu erfolgen hatte, ist das Ausmass der persönlichen Einschränkung ebenfalls hoch. Die Klägerin kann über die Wartezeit nur sehr eingeschränkt verfügen. Auch besteht keine Disponibilität, weil die Klägerin nie weiss, ob sie nochmals abgerufen wird. Dies schränkt nicht nur das soziale Leben ein, sondern die Arbeitnehmerin wird auch permanent mit einem psychologischen Stress belastet, weil sie jederzeit mit einem Abruf rechnen muss. Die Qualität der Zeit, welche die Klägerin für sich hat und für persönliche Angelegenheiten einsetzen kann, ist als gering einzustufen. Als reduzierender Faktor ist indes zu berücksichtigen, dass die Abrufe verglichen mit der Präsenzzeit äusserst selten waren und dass die einzelnen Einsätze eher von kurzer Dauer gewesen sein dürften. So konnte die Klägerin die Wartezeit, wenngleich aufgrund der Ortsgebundenheit in eingeschränkter Weise, für persönliche und arbeitsfremde Zwecke nutzen. Auch ist nicht völlig undenkbar, dass sie die Wohnung für kurze Zeit verlassen konnte. Wie von der Zeugin gehört und aus der Verrichtungsliste ersichtlich, konnte S [...] alleine gelassen werden, wenn die Betreuerinnen Einkäufe erledigen mussten. Die Klägerin benötigte dafür gemäss Verrichtungsliste eine Stunde. Dies lässt den Schluss zu, dass man S [...] auch während der Nacht mindestens eine Stunde hätte alleine lassen können, um eine

Bekannte zu treffen oder einen Spaziergang zu unternehmen. Die heutige Technik erlaubt es überdies, dass der Arbeitnehmer mittels Mobiltelefon oder ähnlichem während des Bereitschaftsdienstes jederzeit erreichbar ist, sodass der Arbeitgeber ihn bei Bedarf abrufen kann. Die Klägerin musste die Wartezeit damit nicht zwingend in ihrem Zimmer in der Wohnung des von ihr zu betreuenden S [...] verbringen. Da die Klägerin über ein Zimmer am Arbeitsort verfügte, lässt sich der von ihr geleistete Bereitschaftsdienst auch nicht ohne weiteres mit dem normalerweise im Betrieb, bspw. einer Fabrik, geleisteten Bereitschaftsdienst vergleichen. Die Klägerin konnte sich ab 20:00 Uhr in ihr Zimmer zurückziehen. Sie hatte dort die Möglichkeit, die Wartezeit zumindest in einem gewissen Umfang für persönliche Angelegenheiten einzusetzen, sich zu erholen und vor allem während der Nacht auch zu schlafen. Aufgrund all dieser Umstände erscheint eine Entschädigung in der Höhe von rund 50 % des Stundenlohns für die effektive Arbeitszeit als angemessen. Dies ergibt einen Stundenlohn von CHF 8.87 für den Bereitschaftsdienst.

3.8 Nebst der Entschädigung der geleisteten Stunden sowie des Bereitschaftsdienstes verlangt die Klägerin diverse Zuschläge.

3.8.1 Sie macht geltend, sie habe wöchentlich 140 Stunden geleistet. Da die vertragliche Wochenarbeitszeit 42 Stunden betrage, seien 98 Überstunden angefallen. Gemäss Art. 12 Abs. 2 GAV seien die 43. - 45. Wochenstunde zuschlagsfrei, weshalb nur die 77 geleisteten Wochenstunden Arbeitsbereitschaft zuschlagsberechtigt seien. Diese Überstunden seien gestützt auf Art. 321c OR bzw. Art. 12 Abs. 2 GAV Personalverleih mit einem Zuschlag von 25 % zu vergüten. Zudem sei gemäss Art. 12 Abs. 2 GAV ein Sonntagszuschlag von 50 % zu den jeweils unterschiedlichen Lohnansätzen von Normaldienst und Bereitschaftsdienst für die am Sonntag erbrachten 9 Stunden Normaldienst und 11 Stunden Bereitschaftsdienst zu entrichten.

Gemäss Art. 12 GAV Personalverleih beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 42 Stunden. Die 43. – 45. Wochenstunde gelten als zuschlagsfrei zu bezahlende oder 1:1 zu kompensierende Überstunden. Die 46. bis maximal 50. Wochenarbeitsstunde gilt als Überzeit und wird an Wochentagen mit 25 % Lohnzuschlag, an Sonntagen mit 50 % Lohnzuschlag ausbezahlt. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz. Nach Art. 24 werden Zuschläge für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit nicht kumuliert. Es gilt der jeweils höhere Ansatz.

Das Arbeitsgesetz sieht in Art. 13 ebenfalls die Ausrichtung eines Lohnzuschlages von wenigstens 25 % für Überzeitarbeit vor, soweit diese nicht durch Freizeit angemessen kompensiert werden kann. Für vorübergehende Sonntagsarbeit ist dem Arbeitnehmer ein Lohnzuschlag von 50 % zu bezahlen (Art. 19 Abs. 3 ArG). Als vorübergehend gemäss Art. 40 Abs. 3 ArGV 1 ist Sonntagsarbeit zu verstehen, die an nicht mehr als 6 Sonntagen geleistet wurde. Art. 33 ArGV 1 sieht ebenfalls vor, dass wenn für die gleiche Zeitspanne verschiedene Vorschriften des Gesetzes über die Ausrichtung von Lohnzuschlägen anwendbar sind, der für den Arbeitnehmer günstigere Zuschlag zu entrichten ist.

Gemäss Einsatzvertrag haben die Parteien eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug indes 136 Stunden (7 AT x 20 Stunden – 4 Stunden). Es resultieren somit pro Woche 94 Überstunden. Gemäss GAV Personalverleih ist ab der 46. Wochenstunde ein Zuschlag von 25 % zu gewähren.

Die Klägerin verlangt den Zuschlag von 25 % für die Überstunden lediglich auf 77 Stunden der Arbeitsbereitschaft. Die wöchentlich 77 Stunden der Arbeitsbereitschaft sind daher mit einem Zuschlag von CHF 2.2175 (CHF 8.87/4) pro Stunde zu vergüten.

Bei der von der Klägerin geleisteten Sonntagsarbeit handelt es sich indes nicht um vorübergehende Sonntagsarbeit, weshalb auf diese Stunden kein Zuschlag von 50% zu entrichten ist. Da es sich bei den tagsüber im Normaldienst am Sonntag geleisteten 9 Stunden jedoch um Überzeit handelt, ist der Klägerin immerhin auf diese Stunden der Überzeitzuschlag von 25 % zu gewähren.

3.8.2 Die Klägerin begehrt ferner gestützt auf Art. 17b Abs. 2 ArG einen Zuschlag von 10 % auf den Lohn für die Zeit während der sie Nachtarbeit geleistet hat.

Nachtarbeit von längerer Dauer kann für den Arbeitnehmer gesundheitliche Beeinträchtigungen oder Schäden mit sich bringen. Da der Erholungswert des Schlafes am Tag nicht derselbe ist wie in der Nacht, ist es wichtig, Arbeitnehmern, die regelmässig nachts arbeiten, zusätzliche Ruhezeiten zu gewähren, damit sie sich von den mit der Nachtarbeit verbundenen Anstrengungen erholen können (vgl. seco, Merkblatt Zeitzuschlag vom 10 % für regelmässige Nachtarbeit, S. 1).

Art. 17b Abs. 2 ArG sieht deshalb vor, dass Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, Anspruch auf Kompensation von 10 % der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben, haben. Nachtarbeit umfasst den Zeitraum zwischen 23:00 Uhr und 06:00 Uhr. Dauernde oder wiederkehrende Nachtarbeit leistet ein Arbeitnehmer, wenn er in 25 oder mehr Nächten pro Kalenderjahr zum Einsatz gelangt (Art. 31 Abs. 1 ArGV 1). Der Zeitzuschlag berechnet sich gemäss Art. 31 Abs. 2 ArGV 1 auf Grund der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit.

Der Zeitzuschlag soll somit einen Ausgleich ermöglichen, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich während der Nacht Arbeit leistet. So sind etwa beim Pikettdienst die gesetzlich vorgesehenen Lohn- und Zeitzuschläge dann zu gewähren, wenn die Arbeitnehmenden in der Nacht zu einem Einsatz gerufen werden (vgl. seco, Merkblatt zum Pikettdienst, S. 1).

Die Klägerin hat zwar während ihrer Befragung ausgeführt, dass es während ihres Bereitschaftsdienstes pro Woche zu 3 – 4 Einsätzen gekommen sei. Zu welchem Zeitpunkt und in welchem zeitlichen Umfang diese Einsätze erfolgt sind, wurde allerdings nicht genauer dargelegt. Die Klägerin hat sich darauf beschränkt, lediglich die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes als solchen und nicht die Abgeltung effektiver Einsätze einzuklagen. Auf den Bereitschaftsdienst als solchen ist aber kein Zeitzuschlag zu gewähren. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 27.10.2014 i.S.v. J. gegen K. AG, GS 2013.32)

BERICHT

DES ARBEITSGERICHTS BASEL-STADT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG

IN DEN JAHREN 2017 BIS 2018

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Arbeitsgericht Basel-Stadt, Bäumleingasse 5,
Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, 2019

Inhaltsübersicht

1.	Geheimhaltungspflichten des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 4 OR) (siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)	
2.	Weisungsrecht des Arbeitgebers (Art. 321d OR): Pflicht des Arbeitnehmers zu Dienstreisen (siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)	
3.	Gratifikation (Art. 322d OR): Bonus	4
4	Fürsorgepflicht (Art. 328 OR): Sorgfaltspflichtverletzung bei Unfall	9
5.	Ferien (Art. 329 ff. OR)	
5.1.	Prüfung von Feriengesuchen (Art. 329c Abs. 2 OR) (siehe unter Ziffer 9.2.1., S. 42)	
5.2.	Beweislast bezüglich Ferienbewilligung (Art. 329c Abs. 2 OR) (siehe unter Ziffer 9.2.2, S. 50)	
5.3.	Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage (Art. 21 Abs. 3 L-GAV) (siehe unter Ziffer 6.1, S. 10)	
6.	Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)	
6.1.	Streitwert von Arbeitszeugnissen	10
6.2.	Beendigungsmotiv im Arbeitszeugnis (siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)	
6.3.	Berichtigung des Arbeitszeugnisses (siehe unter Ziffer 7.3.3., S. 23)	
7.	Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)	
7.1.	Kündigung wegen einer Flugangst (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)? (siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)	
7.2.	Kündigung zufolge kritischer Meinungsäusserungen (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR)?	14
7.3.1.	Kausalität zwischen Spesenforderung und Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)? (siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)	
7.3.2.	Kündigung wegen Kritik am Arbeitgeber (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	21
7.3.3.	Kündigung wegen Kritik am Arbeitgeber (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	23
7.3.4.	Nachsuchen um Lohnerhöhung als relevanter Anspruch (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	28

7.4.	Kündigung zufolge Gründung eines gewerkschaftlichen Netzwerkes (Art. 336 Abs. 2 lit. a OR)?	
	(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)	
7.5.	Diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG	
	(siehe unter Ziffer 10.1., S. 61)	
7.6.	Festlegung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR)	
	(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)	
7.7.	Schlichtungsgesuch als Einsprache (Art. 336b OR)?	
	(siehe unter Ziffer 10.1 und 10.2., 61)	
8.	Pflicht des Arbeitnehmers zum Arbeitsangebot (Art. 336c OR)	
	(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)	
9.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	
9.1.	Eindeutige und unmissverständliche Kündigung	37
9.2.1.	Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug	42
9.2.2.	Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug	50
9.3.	Fristlose Kündigung bei Verletzung von Geheimhaltungspflichten	53
10.	Gleichstellungsgesetz (GIG)	
10.1.	Die diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG	61
10.2.	Klage nach Gleichstellungsgesetz (Art. 3 ff. GIG)	61
11.	Gesamtarbeitsverträge	
11.1.	GAV über das Gastgewerbe: Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage (Art. 21 Abs. 3 L-GAV)	
	(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)	
11.2.	GAV privater Sicherheitsdienstleistungen. Offenlegung von Geheimnissen (Art. 27 GAV)	
	(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)	
12.	Normalarbeitsverträge	
	NAV Hauspersonal BS. Kein Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit mangels Verrichtung hauswirtschaftlicher Arbeiten (nach § 8 Abs. 1 NAV)	67
	NAV Hauspersonal BS, NAV Hauswirtschaft. Definition hauswirtschaftlicher Arbeiten bzw. Tätigkeiten (§ 2 Abs. 2 NAV HP BS , Art. 3 NAV HW)	67
13.	Arbeitsgesetz: 50% Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit (Art. 19 ArG, Art. 40 ArGV1)	
	(siehe unter Ziffer 12., S. 67)	

Rechtsprechung

1. **Art. 321a Abs. 4 OR. Geheimhaltungspflichten der Arbeitnehmerin**
(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)

2. **Art. 321d OR. Weisungsrecht des Arbeitgebers: Pflicht des Arbeitnehmers zu Dienstreisen?**
(siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)

3. **Art. 322d OR. Bonus als Gratifikation.** Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als fester Lohnbestandteil oder aber als grundsätzlich freiwillige Gratifikation zu qualifizieren ist, ist die Vereinbarung als Ganzes zu würdigen (E. 3). In casu war die vertragliche Regelung des Bonus sowohl nach dem wirklichen Willen der Parteien als auch nach deren Auslegung entsprechend dem Vertrauensgrundsatz als Gratifikation zu qualifizieren ist (E. 5 ff.). Wird eine Mitarbeiterbeteiligung als Gratifikation ausgestaltet, so stehen der Arbeitnehmerin weder Einsichts- noch Auskunftsrechte bzw. ein Abrechnungsanspruch zu. Dies gilt sowohl bei einer freiwilligen als auch bei einer vereinbarten Gratifikation (E. 11).

Die U. AG stellte ab dem 1.10.2013 G. als Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiterin (National Account Executive) in der Abteilung «Sales» an. Als festes Monatsgehalt wurden CHF 7'400.00 vereinbart. Zusätzlich war G. nach Ablauf der Probezeit berechtigt, am gemäss Arbeitsvertrag freiwilligen Bonusprogramm teilzunehmen. Zwischen den Parteien kam es im Laufe des Arbeitsverhältnisses zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Entschädigungen für die geleistete Arbeit, weshalb G. den Arbeitsvertrag per 30.6.2014 kündigte. Nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens klagte G. am 9.3.2016 auf Verurteilung der U. AG zur Zahlung von vorläufig CHF 29'000.00 als Provision, zur Ausstellung korrekter und vollständiger Provisionsabrechnungen für die Zeit vom 1.10.2013 bis 30.6.2014 und diesbezüglich zur Offenlegung aller Umsätze der von ihr betreuten Kunden. Als die U. AG im Prozess darauf hinwies, dass neben dem Grundgehalt ein diskretionäres, freiwilliges Bonusprogramm im Sinne von Art. 322d OR vereinbart worden war, bezeichnete G. eine Teilnahme am Bonusprogramm als unechte Gratifikation und reduzierte ihre Forderung auf CHF 25'937.25. *Das Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 23.10.2017 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **3.** Lohn ist die vertragliche Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung und ist verdient, wenn die entsprechende Arbeit geleistet ist (Art. 319 Abs. 1 OR). Lohn kommt in vielfältigen Ausgestaltungsformen vor. So sieht das Obligationenrecht selber z.B. die Gewinnbeteiligung, die Provisionsvereinbarung oder den Akkordlohn als Varianten von Leistungslohnen vor. Solche variablen Lohnsysteme sollen einen Anreiz setzen für die Arbeitnehmer zur Leistungssteigerung. Sie sollen sich unternehmerisch

verhalten, indem sie sich an den vorgegebenen Zielen orientieren. Ein solches Anreizsystem funktioniert allerdings nur dann, wenn den Arbeitnehmern verbindlich versprochen wird, dass ihnen bei Erreichung der Ziele eine Belohnung zusteht. In diesem Sinne haben Leistungslöhne einen *prospektiven* Charakter.

Demgegenüber steht die Gratifikation, welche die Arbeitgeberin neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, im Sinne einer Sondervergütung ausrichten kann (Art. 322d OR). Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat die Arbeitnehmerin nur dann einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es so verabredet ist. Je grösser das Ermessen der Arbeitgeberin bei der Ausrichtung einer Geldleistung gegenüber der Arbeitnehmerin ist, umso eher liegt eine freiwillige Gratifikation vor, andernfalls ist das Vorliegen eines Lohnbestandteiles zu prüfen. Es ist auch möglich, dass die Berechnung einer arbeitsbezogenen Geldleistung nach festen Kriterien erfolgt, aber die Frage, ob überhaupt eine entsprechende Zahlung ausgerichtet wird, im freien Ermessen der Arbeitgeberin bleibt (*Thomas Geiser, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse; in: recht 2009, S. 120*). Bei der Gratifikation wird in der Lehre und Rechtsprechung unterschieden zwischen der freiwilligen (echten) Gratifikation und der vereinbarten (unechten) Gratifikation. Bei der freiwilligen (echten) Gratifikation hat die Arbeitgeberin sowohl dem Grundsatz als auch der Höhe nach das freie Verfügungsrecht über eine allfällige Zahlung. Bei der vereinbarten (unechten) Gratifikation trifft die Arbeitgeberin zwar eine Zahlungspflicht, sie hat aber bei der Höhe einer Zahlung ein grosses Ermessen (BGE 136 III 313). Die Gratifikation dient als Anerkennung für vergangene Leistungen und hat daher einen *retrospektiven* Charakter.

Das Obligationenrecht kennt den Begriff des Bonus nicht. Er wird in der Praxis aber oft mit der Gratifikation assoziiert, kann dabei aber ganz verschiedene Leistungsarten benennen, deren Abgrenzung in der Praxis oft schwierig ist und nur anhand einer konkreten Regelung im Einzelfall vorgenommen werden kann. Wie generell bei der Gratifikation hängt auch beim Bonus die rechtliche Qualifikation zunächst von der vertraglichen Ausgestaltung ab (BGE 136 III 313). Die Ausgestaltung des Bonus als freiwillige Leistung verstösst nicht gegen die Ungewöhnlichkeitsregel (BGE 4C.6/2003). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als fester Lohnbestandteil oder aber als grundsätzlich freiwillige Gratifikation zu qualifizieren ist, kann es nicht auf einzelne Kriterien ankommen, sondern ist die Vereinbarung als Ganzes zu würdigen. Es kommt dabei darauf an, was die Parteien tatsächlich gewollt haben (Art. 18 Abs. 1 OR) bzw. wie die Gegenpartei die Willensäusserung der anderen nach dem Vertrauensprinzip verstehen durfte und musste (BGE 127 III 444). [...]

5. Im Arbeitsvertrag der Parteien vom 26.9.2013 wird unter Ziffer 3 festgehalten, dass der Klägerin ein festes Monatsgehalt von CHF 7'400.00 zusteht, welches 13 Mal pro Jahr ausbezahlt wird. Überdies war die Klägerin nach Ablauf der Probezeit berechtigt, am freiwilligen Bonusprogramm für Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiterinnen gemäss Art. 322d OR (Gratifikation), genannt Bonusprogramm, teilzunehmen. Das Bonuspro-

gramm wurde jeweils auf ein Geschäftsjahr und speziell auf die Arbeitnehmerin ausgerichtet. Die Auszahlung des Bonus sollte dabei hinsichtlich Bestands und Höhe ausschliesslich unpräjudiziell für die Zukunft sowie auf völlig freiwilliger Basis geschehen. D.h. die Arbeitgeberin hatte gemäss Vertrag freies Ermessen, das Bonusprogramm nach Ablauf eines Geschäftsjahres ohne Berücksichtigung einer Frist abzuändern oder ganz einzustellen. Der Vertrag sieht weiter vor, dass selbst bei Auszahlung des Bonus über einen längeren Zeitraum kein Anspruch der Arbeitnehmerin auf Ausrichtung des Bonus für die Zukunft begründet wird. In Ziffer 6 des Arbeitsvertrages wurde überdies festgehalten, dass das Bonusprogramm Bestandteil des Arbeitsvertrages sei, wobei ein Vorbehalt gemacht wurde bezüglich der Abänderbarkeit und Aufhebung gemäss der Ziffer 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrages.

6. Im vorliegenden Fall deckt sich die Auslegung der umstrittenen Vertragsklausel nach dem Vertrauensgrundsatz (insbesondere durch deren Wortlaut; siehe dazu BGE 131 III 606 ff.) hinsichtlich der umstrittenen Vertragspunkte in weiten Teilen mit dem, wie die Parteien den Arbeitsvertrag diesbezüglich tatsächlich verstanden haben. Der Vertrag sieht nämlich ausdrücklich vor, dass das Bonusprogramm grundsätzlich freiwillig ist, die Beklagte also nicht zur Durchführung desselben gezwungen werden kann. Weiter stellt der Arbeitsvertrag klar, dass der Bonus im Sinne einer Gratifikation (Art. 322d OR) zu verstehen ist. Sodann sollte die Auszahlung allfälliger Boni sowohl in Höhe als [auch] Bestand für die Zukunft unpräjudiziell und auf völlig freiwilliger Basis erfolgen. Der Arbeitgeberin stand es dabei grundsätzlich frei, das Bonusprogramm nach Ablauf eines Geschäftsjahres ohne Berücksichtigung einer Frist abzuändern oder ganz einzustellen. Schon aufgrund des Wortlautes der vertraglichen Vereinbarung steht fest, dass die jederzeit mögliche Aufhebung des Bonusprogrammes keinen prospektiven Charakter bezüglich des Leistungsanreizes haben kann, was (auch) für das Vorliegen einer Gratifikation spricht. Eine Mitarbeiterin kann sich bei dieser Formulierung des Bonus im Arbeitsvertrag nicht darauf verlassen, dass ihr der Bonus auch für die Zukunft zusteht. Die Regelung erscheint in vorliegendem Kontext viel mehr als retrospektive Vergütungsmöglichkeit für Leistungen der Mitarbeitenden. Dass die Arbeitgeberin das Bonusprogramm gemäss Vertrag erst nach Ablauf eines Geschäftsjahres abändern oder ganz aufheben kann, ändert im vorliegenden Fall am grundsätzlichen Charakter des Bonus als Gratifikation nichts. Denn die Festlegung auf ein Geschäftsjahr beschlägt nur das Bonusprogramm als solches. Ob dabei der Inhalt und allfällige Parameter auch unter dieser Jahresfrist geändert werden können oder nicht, ist damit noch nicht gesagt. Der Arbeitsvertrag stellt in Ziffer 2 diesbezüglich klar, dass gewisse arbeitsbezogene Anpassungen grundsätzlich jederzeit auch einseitig durch die Arbeitgeberin erfolgen können. Dort wird nämlich festgehalten, dass der Klägerin als Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiterin bei Bedarf auch eine andere Tätigkeit zugewiesen werden kann. Auch eine voll- oder teilzeitliche Beschäftigung im Innendienst ist möglich. Weiter ist die Arbeitgeberin gemäss Ziffer 2 des Arbeitsvertrages jederzeit befugt, den Kundenkreis abzuändern oder die Arbeitnehmerin in einer anderen schweizerischen Filiale oder einem anderen geografischen Verkaufsgebiet einzusetzen. Aus dieser Bestimmung, welche der Bonusregelung im Arbeitsvertrag systematisch vorgeht, wird klar, dass insbesondere hinsichtlich des Kundenportfolios kein Bestandesschutz

zu Gunsten der Arbeitnehmerin gelten sollte und vereinbart war. Insgesamt ergibt sich aus der grammatikalischen (und systematischen) Auslegung des Arbeitsvertrages, dass es sich bei der Bonusklausel grundsätzlich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt.

7. [...] Die Beklagte ging von Anfang an davon aus, dass die Bonusregelung eine echte, jedenfalls aber eine unechte Gratifikation darstellen würde, klarerweise aber keinen Lohnbestandteil. Die Klägerin brachte in der Klage [...] zwar noch vor, dass ihr die Beklagte eine Verkaufsprovision zu bezahlen habe [...]. In der Replik [...] räumt die Klägerin in teilweiser Übereinstimmung mit der Beklagten und den vorstehenden Ausführungen jedoch ein, dass es sich im vorliegenden Fall bei der umstrittenen Vertragsklausel eben nicht um eine Verkaufsprovision und damit einen Lohnbestandteil, sondern um eine Gratifikation handelt. Sie geht davon aus, dass eine unechte Gratifikation vorliegt. Denn durch die Gewährung der Teilnahme am Bonusprogramm sei dem Grundsatz nach ein Rechtsanspruch entstanden. Worauf sich dieser Rechtsanspruch beziehen soll, führt die Klägerin indessen nicht (ausdrücklich) aus.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die vertragliche Regelung des Bonus sowohl nach dem wirklichen Willen der Parteien als auch nach deren Auslegung entsprechend dem Vertrauensgrundsatz (und insbesondere deren Wortlaut) als Gratifikation im Sinne Art. 322d OR zu qualifizieren ist.

8. Wie bereits unter Ziffer 3 ausgeführt kann sich eine Gratifikation infolge einer Vertragsänderung zu Gunsten der Mitarbeiterin zu einem Lohnbestandteil verändern. Dies kann beispielweise dann der Fall sein, wenn weitergehende mündliche Zusicherungen seitens der Arbeitgeberin abgegeben wurden, aufgrund einer betrieblichen Praxis entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung von einer für die Mitarbeiterin günstigeren Regelung auszugehen ist oder wenn die Gratifikation ohne Hinweis auf deren Freiwilligkeit mehrfach ausbezahlt wurde. Schliesslich kann ein als Gratifikation ausbezahlter Betrag Leistungslohn sein, weil die Zahlung aufgrund ihrer Höhe und deren Verhältnis zum Lohn das Kriterium der Akzessorietät verletzt.

Eine Vertragsänderung bezüglich der Regelung des Bonus wurde von der Klägerin (zumindest ausdrücklich) nicht behauptet. Weder aufgrund der Akten noch aufgrund der Ausführungen der Parteien kann von einer mündlichen Zusicherung der Beklagten an die Klägerin ausgegangen werden, ihr anstelle einer Gratifikation einen festen Lohnbestandteil bezahlen zu wollen. Eine solche könnte aufgrund des arbeitsvertraglichen Vorbehalts in Ziffer 3 des Arbeitsvertrages [...], wonach Ergänzungen und Abänderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen, auch nicht ohne weiteres angenommen werden. Ebenso wenig liegt eine mehrfache Auszahlung einer Gratifikation ohne vertraglichen Vorbehalt der Freiwilligkeit vor. Schliesslich liegt bei einer Zahlung über rund CHF 9'000.00 auch keine Verletzung des Akzessorietätsprinzips vor. Dieses Prinzip besagt, dass eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben muss und im Rahmen der Entschädigung der Arbeitnehmerin nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen darf, um den Charakter einer Sondervergütung wahren zu können (BGE

142 III 381). Die Zahlung der Beklagten liegt bezogen auf den gesamten Anstellungszeitraum weit unter 15 % des festen Gehalts, welches der Klägerin in ihrer Anstellungszeit ausbezahlt wurde.

9. Es bleibt zu prüfen, ob aufgrund einer betrieblichen Praxis entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung von einer für die Klägerin günstigeren Regelung auszugehen ist. Denn dies macht die Klägerin [...] zumindest implizit geltend. Eine derartige stillschweigende Abänderung des Arbeitsvertrages und insbesondere der Bonusklausel darf jedoch nicht ohne weiteres angenommen werden. Denn die Parteien haben [...] in Ziffer 6 des Arbeitsvertrages [...] ausdrücklich festgehalten, dass Ergänzungen und Abänderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen. Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist es aber dennoch möglich, von einer vertraglich vorbehaltenen Schriftform für eine Vertragsänderung abzuweichen, wenn aus dem Verhalten der Parteien auf eine konkludente Vertragsänderung geschlossen werden muss (BGE 4A_443/2010).

10. [...] Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass es während der kurzen Anstellungszeit der Klägerin nur im [Jahre] 2014 zu Auszahlungen des Bonus in der Gesamthöhe von CHF 9'162.75 kam. Angesichts der vertraglichen Formulierung des Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, dem Schriftformvorbehalt für Vertragsänderungen und fehlender weiterer Zusicherungen durch die Beklagte vermag der ausbezahlte Betrag im Rahmen des Bonusprogrammes die (unechte) Gratifikation nicht in einen Lohnbestandteil umzuwandeln, auf den die Klägerin einen Anspruch hätte. Für die weitere Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist somit – wie bereits oben ausgeführt – davon auszugehen, dass die Regelung unter Ziffer 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren ist.

11. Diese Qualifikation der Bonusregelung hat Auswirkungen in mehrere Richtungen. Arbeitsrechtliche Kontrollrechte einer Arbeitnehmerin sieht das Gesetz vor bei einem vereinbarten Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a Abs. 2 OR) und bei der Provision (Art. 322c Abs. 2 OR). Wird eine Mitarbeiterbeteiligung als Gratifikation ausgestaltet, so stehen der Mitarbeiterin weder Einsichts- noch Auskunftsrechte zu. Dies gilt sowohl bei einer freiwilligen als auch bei einer vereinbarten Gratifikation. Auch aus den International Policies 2013 [...] der Beklagten lässt sich kein Anspruch der Klägerin auf Einsicht bzw. Abrechnung entnehmen. Aus dem von der Klägerin zitierten Satz «Sales performance and earned sales incentives will be calculated and paid no later than eight weeks [...]» lässt sich nur entnehmen, dass eine allfällige Zahlung innert einer bestimmten Frist berechnet und ausgerichtet wird. Nicht aber, dass der Klägerin ein Einsichts- oder Auskunftsrecht diesbezüglich zustehen würde.

Mit der Qualifikation der umstrittenen Bonusregelung als (unechte) Gratifikation steht weiter fest, dass ein pro rata temporis Anspruch grundsätzlich nicht geschuldet ist. Denn dies müsste zwischen den Parteien gemäss Art. 322d Abs. 2 OR ausdrücklich vereinbart worden sein, was in der vorliegenden Streitsache gerade nicht der Fall ist.

12. Wie bereits unter Ziffer 3 ausgeführt, trifft die Arbeitgeberin bei der freiwilligen (echten) Gratifikation keine Pflicht, eine solche auszubezahlen. Sie hat sowohl dem Grundsatz als auch der Höhe nach das freie Verfügungsrecht über eine allfällige Zahlung.

Bei der vereinbarten (unechten) Gratifikation trifft die Arbeitgeberin zwar eine Zahlungspflicht, sie hat aber bei der Höhe einer Zahlung ein grosses Ermessen. Die Klägerin geht [...] davon aus, dass die Beklagte zumindest dem Grundsatz nach eine Pflicht zur Bezahlung des Bonus im Sinne einer unechten Gratifikation treffe. Ohne auf die Frage des Ermessens bei einer Auszahlung einzugehen, bringt sie dann vor, dass die Beklagte die Bonusregelung nicht korrekt umgesetzt habe. Dabei verkennt die Klägerin, dass die Ermessensausübung bei der Bestimmung der Höhe einer vereinbarten Gratifikation mit der rein zahlenmässigen Berechnung anhand von Unternehmenszahlen wenig gemeinsam hat. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 23.10.2017; GS 2016.11)

4. Art. 328 i.V.m. Art. 101 OR. Keine Sorgfaltspflichtverletzung durch Arbeitskollegin, die statt die Verunfallte in Seitenlage zu versetzen, die interne speziell für medizinische Notfälle geschulte Gruppe Mitarbeitender herbeirief. Dasselbe trifft auf den Vorwurf betreffend der generellen Sicherheitsvorkehrungen zu, weil es Sinn macht und üblich, nur einige ausgewählte Personen eines Unternehmens in medizinischer Nothilfe zu schulen.

Am 15.3.2011 zog sich A. erhebliche Verletzungen im Gesicht zu, als sie an ihrem Arbeitsort nach Verlust des Bewusstseins zunächst mit Oberkörper und Kopf auf den Bürotisch sank und anschliessend, als der Bürostuhl nach hinten wegrollte, kopfvoran unter den Tisch auf den Boden fiel. Nach der Schlichtungsverhandlung ohne Einigung klagte A. am 6.11.2015 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der Arbeitgeberin auf Ersatz des beim Unfall erlittenen Haushaltsschadens, der infolge Fehlverhaltens einer Arbeitskollegin, die ihr zu Hilfe geeilt war, sowie aufgrund eines mangelhaften Sicherheitsdispositivs entstanden sei. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 20.3.2017 ab, ebenfalls das Appellationsgericht Basel-Stadt am 31.1.2018 eine von A. dagegen erhobene Berufung. Das Bundesgericht wies am 2.10.2018 die Beschwerde von A. ab, soweit es darauf eintrat (BGE 4A_217/2018).

5. Ferien (Art. 329 ff. OR)

5.1. Art. 329c Abs. 2 OR. Prüfung von Feriengesuchen

(siehe unter Ziffer 9.2.1., S. 42)

5.2. Art. 329c Abs. 2 OR. Beweislast bezüglich Ferienbewilligung

(siehe unter Ziffer 9.2.2., S. 50)

5.3. Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage.

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)

6. Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)

6.1. Art. 330a OR. Streitwert von Arbeitszeugnissen. Er entspricht im Allgemeinen einem Bruttomonatslohn und ist bei Arbeitsbestätigungen entsprechend geringer, wobei die konkreten Umstände des Einzelfalles massgebend sind. In casu ein halber Bruttomonatslohn als Streitwert für die Arbeitsbestätigung (E. 2.3.). Der Anspruch auf eine Arbeitsbestätigung kann klageweise ohne ausformulierten Bestätigungstext geltend gemacht werden (E. 3.4.).

Art. 336c OR. Arbeitsangebot des Arbeitnehmers. Arbeitnehmer haben nach Ablauf der Sperrfristen ihre Arbeit wieder anzubieten und ohne solches Angebot keinen Lohnanspruch (E. 3.1.).

Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage. Die Angabe des Monats Juli als Ferienmonat im Sinne einer vagen Annahme des Buchhalters auf von der Arbeitnehmerin unterzeichneten Jahreslohnblättern wird der Ferienkontroll- und Beweispflicht in keiner Weise gerecht (E. 3.2.).

Die B. GmbH beschäftigte S. als Service-Angestellte mit 80%-Pensum zu einem Bruttolohn von CHF 2'728.00. Das Arbeitsverhältnis begann am 1.10.2012. Im Mai 2015 gebar S. den Sohn G. und befand sich anschliessend bis am 21.8.2015 im Mutterschaftsurlaub. In der Folge kam es nicht mehr zur Arbeitsaufnahme durch die Arbeitnehmerin. S. behauptete, die B. GmbH habe ihr fristlos gekündigt. Die B. GmbH hingegen gab an, S. habe ihr erklärt, sie arbeite nicht bei ihr, und sei seither der Arbeit auch fern geblieben.

Nach einem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte S. am 24.5.2016 mittels Teilklage auf Verurteilung der B. GmbH zur Zahlung von CHF 22'415.00 brutto, unter anderem CHF 2'232.00 brutto Lohn für die Kündigungsfrist und CHF 9'443.00 brutto Ferienlohn sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. In der Hauptverhandlung stellte S. ein Klageänderungsbegehren mit dem Begehren, die B. GmbH teilklageweise zur Bezahlung von CHF 29'982.95 und zur Ausstellung einer Arbeitsbestätigung zu verurteilen. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* trat am 24.4.2017 auf das Klageänderungsbegehren nicht ein und verurteilte die Beklagte zur Zahlung von CHF 12'391.40 netto und zur Ausstellung einer Arbeitsbestätigung an die Klägerin, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.2.** Nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte Anspruch in erster Linie nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Da das vereinfachte Verfahren vor Arbeitsgericht für vermögensrechtliche Ansprüche auf Streitwerte bis CHF 30'000.00 begrenzt ist (Art. 243 Abs. 1 ZPO), ist zu untersuchen, wie hoch der Streitwert der Rechtsbegehren gemäss Klageänderungsantrag ist. Neben der Geldforderung von CHF 29'982.95 verlangt die Klägerin die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung. Nach Art. 91 Abs. 2 ZPO ist es bei Rechtsbegehren, die nicht auf eine bestimmte Geldsumme lauten, zudem Sache der Parteien, sich über den Streitwert zu einigen. Falls sie sich nicht einigen oder offensichtlich unrichtige Angaben machen, setzt das Gericht den Streitwert fest.

2.3. Das Rechtsbegehren der Klägerin auf Ausstellung einer Arbeitsbestätigung lautet nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Der Streitwert von Arbeitszeugnissen entspricht im Allgemeinen und nach langjähriger Gerichtspraxis einem Bruttomonatslohn der Arbeitnehmerin (OGer ZH, JAR 1990, S. 219) und ist bei Arbeitsbestätigungen entsprechend geringer (GSGer BS, BJM 2001, S. 77 f.). Massgebend sind jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalles (BGE 4A_45/2013 E. 4.3; 8C_151/2010 E. 2.8). Bemessungskriterien des Streitwerts sind: Beruf, Funktion und berufliche Qualifikation der Arbeitnehmerin, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Lohnhöhe, künftige Situation auf dem Arbeitsmarkt (BGE 4A_45/2013 E. 4.3; 8C_151/2010 E. 2.5). Ausgehend von der Streitwertgrenze von CHF 30'000.00 sowie dem Rechtsbegehren der Klägerin, in dem sie eine Geldsumme CHF 29'982.95 fordert, würde der Streitwert des Begehrens bezüglich der Arbeitsbestätigung lediglich CHF 17.05 betragen. Die Klägerin ist heute 31 Jahre alt und arbeitete mehrere Jahre als Serviceangestellte in den Betrieben der Beklagten. Auf den ausgefüllten Arbeitsvertragsformularen für die Klägerin ist in der entsprechenden Rubrik Ziffer 3 nicht angegeben, dass die Klägerin über eine Berufsausbildungs- und -praxis im Gastgewerbe verfügt [...]. Entsprechend wurde in den beiden Arbeitsverträgen jeweils der Lohn für ein 80%-Pensum von CHF 2'720.00 bzw. CHF 2'728.00 auf dem Mindestlohn für Mitarbeiter ohne Berufslehre von CHF 3'400.00 gemäss Art. 10 Abs. 1 Ziff. I L-GAV Ausgabe 2012 berechnet. Für die Klägerin, die als Mutter eines Kleinkindes eine Teilzeitstelle sucht, dürfte diese Suche auf dem Arbeitsmarkt nicht leicht sein. Entsprechend wichtig ist es für die Klägerin, dass sie gegenüber potentiellen Arbeitgebern jedenfalls einen Ausweis mehrjähriger Berufstätigkeit vorweisen kann. Der Streitwert eines Arbeitszeugnisses für die Klägerin wäre unter den vorliegenden Umständen mindestens mit einem Bruttomonatslohn von CHF 2'728.00 festzusetzen. Da eine Arbeitsbestätigung weniger aussagekräftig als ein Arbeitszeugnis ist, für die Klägerin jedoch immerhin festhält und belegt, dass sie im Gastgewerbe als Serviceangestellte über eine mehrjährige Berufspraxis verfügt und diese Tätigkeit von gegen Ende des Jahres 2012 bis im August 2015 ausübte, erscheint ein Streitwert von der Hälfte eines Arbeitszeugnisses, mithin der Hälfte eines Bruttomonatslohnes, als angemessen. Damit beläuft sich der Streitwert der Rechtsbegehren gemäss Klageänderungsantrag der Klägerin auf CHF 31'346.95. Das vereinfachte Verfahren steht für vermögensrechtliche Streitigkeiten bei Streitwerten über CHF 30'000.00 nicht zur Verfügung. Daher fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für ein Klageänderungsbegehren, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

3. Zu beurteilen bleiben damit die von der Klägerin in ihrer Klage vom 24.5.2016 gestellten Rechtsbegehren.

3.1. Die Klägerin begehrt zunächst die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 2'232.00 Lohn für die Kündigungsfrist. Die Klägerin behauptet, dass sie ihre Arbeit für die Zeit nach dem Mutterschaftsurlaub der Beklagten angeboten habe, wobei ihr diese am Telefon das Arbeitsverhältnis mündlich fristlos gekündigt habe [...] Die Beklagte andererseits bestreitet eine Kündigung, die sie ausgesprochen haben soll, und stellt sich auf den Standpunkt, dass vielmehr sie an die Klägerin gelangt sei, damit

sie nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubes ihre Arbeit aufnehmen, worauf diese erwidert habe, dass sie nicht mehr bei ihr arbeiten wolle. Die Klägerin sei dann am 22.8.2015 und auch an den darauffolgenden Tagen nicht mehr zur Arbeit erschienen [...].

Arbeitnehmer haben nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c OR ihre Arbeit wieder anzubieten (BGE 115 V 437). Zudem gilt, wer eine Kündigung seitens der anderen Vertragspartei behauptet, hierfür beweispflichtig ist, wenn sie daraus Ansprüche ableitet (Art. 8 ZGB). Die Klägerin hätte aufgrund der Bestreitung ihrer Sachverhaltsdarstellung durch die Beklagte ihre Behauptungen nachzuweisen, was jedoch nicht der Fall ist. Unter diesen Umständen hat sie, solange sie keine Arbeit leistete, keinen Lohn zu gut, sodass ihr diesbezügliches Begehren unbegründet und daher abzuweisen ist.

3.2. Die Klägerin begehrt zudem die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 9'443.00 Ferienlohn, weil sie das ganze Arbeitsverhältnis hindurch keine Ferien bezogen habe. Die Beklagte habe ihr, wenn sie nach Ferien gefragt habe, mitgeteilt, dass in ihrem kleinen Betrieb die Arbeitnehmer keinen Ferienanspruch besäßen [...]. Die Beklagte beantragt die Abweisung dieses Begehrens, weil die Klägerin sämtliche Ferienansprüche für die Jahre 2012 bis 2014 bezogen und dies jedenfalls für die Jahre 2013 und 2014 unterschriftlich anerkannt habe. Einzig im Jahre 2015 sei der Ferienbezug aufgrund der Schwangerschaft und der darauf folgenden Kündigung durch die Klägerin gar nicht möglich gewesen [...]. Da die Klägerin seit dem 22.8.2015 nicht mehr zur Arbeit erschienen sei, könne davon ausgegangen werden, dass der Ferienanspruch für das Jahr 2015 längst abgegolten sei [...].

Während die Arbeitnehmerin ihren Ferienanspruch gemäss Arbeitsvertrag zu beweisen hat, hat die Arbeitgeberin nachzuweisen, wie viele Ferientage durch die Arbeitnehmerin konsumiert wurden (BGE 128 III 271 E. 2a/bb). Der jährliche Ferienanspruch für die Klägerin ergibt aus Art. 17 Abs. 1 L-GAV und beträgt 35 Kalendertage. Nach Art. 21 Abs. 3 L-GAV hat die Arbeitgeberin Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten zu führen. Die Mitarbeiterin kann jederzeit Auskunft über Arbeits- und Ruhezeiten, Feiertage- und Ferienguthaben verlangen.

Für die von der Klägerin bezogenen Ferientage verweist die Beklagte auf die Jahreslohnblätter und auf K. der für sie die Buchhaltung macht und den sie zur Hauptverhandlung mitbrachte, damit er für sie erklärte, wie die bezogenen Ferientage erfasst wurden. K. führte [als Zeuge] aus, er habe im Betrieb der Beklagten Kontrollblätter abgegeben und vorgesehen, dass die Arbeitnehmer jeden Tag Beginn und Ende der Arbeitszeit erfassten. Zudem sollten sie die Lohnabrechnungen unterzeichnen. Leider sei dies alles im Betrieb der Beklagten nicht so durchgeführt worden und er habe davon nichts zurückerhalten. Da er jedoch einen Beleg gebraucht habe, habe er von den Angestellten per Jahresende jeweils die Jahreslohnaufstellung unterschreiben lassen. Der Ferienbezug durch die Klägerin in den Jahren 2013 und 2014 sei darauf dokumentiert. Die Beklagte habe keine Betriebsferien gemacht. Die Ferien seien von der Klägerin nicht an einem Stück, sondern verteilt über das Jahr bezogen worden, wann habe er nicht gewusst. Der Einfachheit halber habe er die Ferien jeweils im Monat Juli

eingetragen. Da er täglich im Betrieb der Beklagten Kaffee trinke und Zigaretten rauche, habe er gesehen, dass die Klägerin oft nicht im Betrieb gewesen sei. Als er sich dann jeweils nach dem Verbleiben der Klägerin erkundigt habe, sei ihm mitgeteilt worden, die Klägerin sei in Jugoslawien [...]

Es ergibt sich aus den Aussagen von K. für die Beklagte, dass diese keinerlei, insbesondere keine laufende und detaillierte, Arbeitszeit- und Ferienkontrolle führte. Die Angabe des Monats Juli auf den Jahreslohnblättern als Ferienmonats entsprach nicht der Wiedergabe eines wirklichen Ferienbezuges, sondern lediglich einer vagen Annahme des Buchhalters, die Klägerin könnte so viele Ferientage bezogen haben. Dies wird den Anforderungen an eine Ferienkontrolle, wie sie durch die Arbeitgeberin zu führen wäre und zum Nachweis eines Ferienbezuges dient, in keiner Weise gerecht. Daher kann auch die Unterzeichnung der Jahreslohnblätter durch die Klägerin nicht als Anerkennung eines Ferienbezuges betrachtet werden. Davon abgesehen irrt die Beklagte, wenn sie davon ausgeht, dass ein einmonatiger Ferienbezug im Juli den jährlichen Ferienanspruch vollumfänglich konsumierte, beträgt dieser nicht bloss 31 sondern 35 Kalendertage. Ebenso wenig kann die Klägerin Ferientage im Anschluss an ihren Mutterschaftsurlaub konsumiert haben. Dies würde voraussetzen, dass die Klägerin in dieser Zeit nicht nur nicht gearbeitet, sondern gleichwohl Lohn bezog, was weder die Beklagte behauptet noch der Fall ist.

Nach alledem gelingt es der Beklagten nicht, einen Ferienbezug durch die Klägerin nachzuweisen. Damit steht der Klägerin noch der gesamte Ferienanspruch aus dem Arbeitsverhältnis zur Verfügung. Da beide Parteien davon ausgehen, dass das Arbeitsverhältnis inzwischen beendet ist, kann der Ferienanspruch durch die Klägerin nicht mehr in natura bezogen werden, sondern ist ihr auszubezahlen. Für das gesamte Arbeitsverhältnis vom 1.10.2012 bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubes im Jahre 2015 stünde der Klägerin ein Ferienlohnanspruch inkl. 13. Lohn von CHF 9'829.29 brutto ($[(13 \times \text{CHF } 2'728.00) : 365 \text{ Kalendertage}] \times [35 \text{ Ferientage} : 365 \text{ Kalendertage}] \times 1'055 \text{ Tage vom } 1.10.2012 - 21.8.2015]$) zu, wovon die Klägerin bloss CHF 9'443.00 brutto geltend macht, weshalb ihre Ferienlohnforderung vollumfänglich gutzuheissen ist. In Abzug davon gelangen 9,98% Sozialversicherungsbeiträge, was eine Nettoferienlohnzahlung von CHF 8'500.60 ergibt. [...]

3.4. Die Klägerin begehrt ausserdem die Verurteilung der Beklagten zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Ihr Begehren reduzierte sie anlässlich der Hauptverhandlung, indem sie nur noch die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung geltend macht [...]. Die Beklagte stellt sich gegen das Zeugnisbegehren mangels erforderlicher Substantiierung [...].

Der Anspruch auf eine Arbeitsbestätigung ergibt sich aufgrund von Art. 330a OR und kann klageweise ohne ausformulierten Bestätigungstext geltend gemacht werden, weshalb die Beklagte hierzu zu verurteilen ist [...]. (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 24.4.2017; GS 2016.26)

6.2. Art. 330a OR. Beendigungsmotiv im Arbeitszeugnis

(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)

6.3. Art. 330a OR. Berichtigung des Arbeitszeugnisses

(siehe unter Ziffer 7.3.3., S. 23)

7. Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)

7.1. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Kündigung wegen einer Flugangst?

(siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)

7.2. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR. Die Kündigung zufolge kritischer Meinungsäusserungen einer Pflegehelferin aus Polen in den Medien über die Arbeitsbedingungen in der 24-Stunden-Pflegebetreuung ohne Nennung ihrer Arbeitgeberin ist missbräuchlich (E. 2.3.1 ff.).

Art. 336 Abs. 2 lit. a OR. In casu keine ausreichenden Indizien für eine **Kündigung zufolge Gründung eines gewerkschaftlichen Netzwerkes** durch die Arbeitnehmerin (E. 2.3.4.).

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. In casu keine ausreichenden Hinweise auf eine **Kausalität zwischen Spesenforderung und Kündigung** (E. 2.3.5.). Keine schwere Persönlichkeitsverletzung für die Arbeitnehmerin aufgrund der Mitteilung der Kündigung durch die Arbeitgeberin an einen Kunden (E. 2.3.6.).

Art. 336a OR. Festlegung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung unter Würdigung aller Umstände. Nach ständiger Rechtsprechung wird von einer Entschädigung von vier Monatslöhnen ausgegangen, die entsprechend der festgestellten Umstände erhöht bzw. vermindert wird (E. 2.3.7.).

Am 20.11.2012 trat die polnische Staatsangehörige D. in den Bereich Pflegedienst und Hauswirtschaft der X. AG ein. Im Februar 2013 verlangte D. von der X. AG die Übernahme der hälftigen Kosten eines Tramabonnements. Die Parteien einigten sich in der Folge darauf, dass D. für jeden Tag, an dem sie Pflegeeinsätze in Therwil tätigte, CHF 4.00 Fahrtspesen ersetzt erhielt.

Am 1.5.2013 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung 10vor10 unter dem Titel «Sieben Tage Arbeit, fünf Tage Lohn» einen Beitrag über D. aus, die als sogenannte 24-Stunden-Betreuerin arbeitete und Schweizer Senioren in deren Zuhause pflegte (<https://www.srf.ch/news/schweiz/sieben-tage-arbeit-fuenf-tage-lohn>).

Am 11.6.2013 erschien in der BZ ein Interview mit D. unter dem Titel «Wir sind doch keine Sklavinnen». Im Begleitartikel mit dem Titel «Ein neuer Weg aus der sozialen

Isolation» wurde berichtet, dass der VPOD und die Klägerin das Netzwerk Respekt@vpod für Angestellte privater Spitexfirmen als Plattform für betroffene Frauen in der Region gründeten.

Am 20.6.2013 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung DOK mit dem Titel «Hilfe aus dem Osten – Pflegemigrantinnen in der Schweiz», Szenen auch aus dem Arbeitsalltag von D. bei der Betreuung alter, betagter Menschen aus und liess sie ausführlich zu Wort kommen (<https://www.srf.ch/sendungen/dok/hilfe-aus-dem-osten-pflegemigrantinnen-in-der-schweiz-2>).

Die X. AG kündigte am 28.6.2013 das Arbeitsverhältnis per 31.7.2013. Da D. daraufhin mitteilte, dass sie arbeitsunfähig sei, kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis von neuem am 3.7.2013 (mündlich) bzw. am 4.7.2013 (schriftlich) per 31.8.2013. Am 12.7.2013 teilte die X. AG auf Verlangen von D. die Kündigungsgründe mit. Hierauf erhob D. am 15.7.2013 schriftlich Einsprache gegen die Kündigung.

Nach dem Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien klagte D. am 6.1.2015 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der X. AG zur Zahlung unter anderem einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von vier Monatslöhnen. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* hiess die Klage am 30.10.2017 aus folgenden Gründen gut. Eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 27.9.2018 ab.

«[...] **2.3.1.** Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung missbräuchlich, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Die Meinungsäusserungsfreiheit darf dabei selbst Kritik am Arbeitgeber erfassen. Andererseits ist sie gegen die Treuepflicht der Arbeitnehmerin abzuwägen. Falls eine Arbeitnehmerin ihre Arbeitgeberin öffentlich kritisiert, hat sie die Kritik zumindest objektiv zu formulieren und darf nicht in Polemik verfallen (BGer 4C.91/2000 E. 3a).

2.3.2. Am 20.6.2013 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung DOK mit dem Titel «Hilfe aus dem Osten – Pflegemigrantinnen in der Schweiz», Szenen auch aus dem Arbeitsalltag der Klägerin bei der Betreuung alter, betagter Menschen aus und liess sie ausführlich zu Wort kommen (<https://www.srf.ch/sendungen/dok/hilfe-aus-dem-osten-pflegemigrantinnen-in-der-schweiz-2>). Bei den gezeigten, von der Klägerin betreuten Personen handelte es sich um zwei Kunden der Beklagten, die namentlich erwähnt wurden. Nicht erwähnt wurde hingegen, für welche Firma die Klägerin dabei ihren Dienst verrichtete. In der Folge kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ein erstes Mal mit Schreiben vom 28.6.2013 per 31.7.2013 [...]. Da die Klägerin sich damals arbeitsunfähig meldete, wiederholte die Beklagte die Kündigung am 3. bzw. 4.7.2013 per 31.8.2013 [...]. Es ergibt sich daraus, dass die betreffende Fernsehsendung und diese Kündigung des Arbeitsverhältnisses bloss 13 Tage auseinanderliegen. Zudem war die Beklagte, wie das erste Kündigungsschreiben zeigt, bereits am 28.6.2013 und damit nur acht Tage nach der Fernsehsendung zur Kündigung entschlossen. Aufgrund dieser zeitlichen Nähe ist auf einen kausalen Zusammenhang

zwischen der Fernsehsendung und der Entscheidung der Beklagten, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, zu schliessen, sofern auch andere Umstände diesen Schluss zulassen (BGer 8C_838/2009 E. 5.3).

Solche Umstände ergeben sich aus den Aussagen der Beklagten zu den Kündigungsgründen. An der Hauptverhandlung liess sie ausführen: «Durch den Einsatz der Kunden, und das ist der zentrale Punkt, im Dokumentarfilm am 20.6.2013 sowie in der Club-Sendung vom 13.8.2013, wurde das Unternehmen als private Spitexorganisation mit den schwarzen Schafen der Branche gleichgesetzt. Da der Film die schwarzen Schafe im Fokus hatte und die Beklagte zur Gruppe der privaten Spitex gehörte, wurde sie in ein ungünstiges Licht gerückt. Aus diesem Grund wurde die Treuepflicht verletzt» [...]. Gleiches hatte sie bereits in der Duplik betont. Ihr Ansehen in der Öffentlichkeit sei durch die Fernsehsendungen vom 1.5.2013 («10vor10»), vom 20.6.2013 («DOK») und vom 13.8.2013 («Club») empfindlich herabgesetzt worden, worin eine Verletzung der Treuepflicht liege [...]. Dabei trifft der Vorwurf der Treuepflichtverletzung in keiner Weise zu. In der Sendung vom 20.6.2013 wurden zwar die Namen der gezeigten betagten Kunden der Beklagten genannt, nicht hingegen die Firma der Beklagten erwähnt. Für die Zuschauer war daher nicht ersichtlich, welche Firma mit der Pflege dieser Personen beauftragt war bzw. für wen die Klägerin damals arbeitete. Ebenso wenig wurde den Zuschauern vermittelt, dass die Klägerin die angesprochenen Schwierigkeiten, denen die Pflegerinnen bei ihrer Arbeit ausgesetzt sein können, in ihrer aktuellen Arbeitstätigkeit erlebte. Im Gegenteil war vielmehr die Rede davon, dass die Klägerin diese Art der 24-stündigen Betagtenpflege nicht mehr ausübe und für eine andere Spitexorganisation einsatzweise verschiedene Patienten betreue. Sie habe jedoch vor der zuständigen Schlichtungsbehörde gegen den früheren Arbeitgeber ein Verfahren eingeleitet, um die Bezahlung von Überstunden durchzusetzen, und sei dabei erfolgreich gewesen.

Mit ihrer aktiven Teilnahme an der DOK-Sendung vom 20.6.2013 machte die Klägerin damit von ihrem Recht auf Meinungsäusserung rechtmässig und in angemessener Weise Gebrauch. Dabei formulierte sie lediglich Kritik gegen die 24-Stundenbetreuung, die durch Pflegerinnen aus Polen, die dabei auf sich allein gestellt seien, geleistet werden. Hingegen kritisierte sie nicht allgemein die Betreuung betagter Personen in deren Haushalt als solche oder durch eine bestimmte namentlich genannte Spitexfirma oder gar die Beklagte. Unter diesen Umständen bot sie der Beklagten keinerlei Anlass, das Arbeitsverhältnis aus diesem Grund zu kündigen. Damit erweist sich die Kündigung, die durch die Teilnahme der Klägerin an der Fernsehsendung ausgelöst wurde, als missbräuchlich nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR. Andere Gründe, aus denen die Kündigung im damaligen Zeitpunkt ohnehin ausgesprochen worden wäre, sind nicht rechtsgenügend erstellt.

Bei diesem Ergebnis könnte für die Frage, ob die Kündigung missbräuchlich ist, eigentlich darauf verzichtet werden, auf die weiteren Missbrauchsgründe, die die Klägerin anführt, einzugehen. Für die Frage der Höhe der Entschädigung, die nach Art. 336a OR der missbräuchlich gekündigten Partei zuzusprechen ist, sind alle massgebenden

Bemessungsfaktoren zu prüfen. Dazu gehört gegebenenfalls auch der Umstand, dass eine Kündigung unter mehreren Aspekten als missbräuchlich erscheint.

2.3.3 Die Klägerin nahm neben der DOK-Sendung vom 20.6.2013 vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch an der Fernsehsendung 10vor10 des Schweizer Fernsehens vom 1.5.2013 teil, die sich ebenfalls mit der Problematik der 24-Stunden-Betreuung durch polnische Frauen befasste. Die Beklagte hat der Klägerin auch bezüglich dieser Sendung vorgeworfen, sie habe dadurch ihre Treuepflicht verletzt, weil ihr Unternehmen schon damals «mit den schwarzen Schafen der Branche gleichgesetzt» worden sei [...]. Auch in dieser Fernsehsendung berichtete die Klägerin lediglich von ihren 24-Stunden-Einsätzen, die sie in der Vergangenheit geleistet hatte. Es wurden weder die Namen der betreuten betagten Personen und der Unternehmen, für die die Klägerin gearbeitet hatte, noch die Beklagte in irgendeiner Weise erwähnt. Vielmehr handelte der Fernsehbeitrag hauptsächlich vom damals anstehenden Gerichtsfall der Betreuerin J gegen die Z. GmbH als Arbeitgeberin, die beide namentlich erwähnt wurden und zu Wort kamen. Von einer Verletzung der Treuepflicht durch die Klägerin der Beklagten gegenüber kann daher keine Rede sein. Es ist davon auszugehen, dass die Mitwirkung der Klägerin an dieser Sendung die Beklagte bei der Entschlussfassung zur Kündigung im Nachgang zur DOK-Sendung vom 20.6.2013 noch bestärkt hatte. Der kausale Zusammenhang zur Kündigung ist daher gegeben, weshalb auch diesbezüglich die Kündigung vom 3. bzw. 4.7.2013 nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich ist.

2.3.4. Weiter beruft sich die Klägerin für die Missbräuchlichkeit der Kündigung darauf, dass sie mit der Gründung einer Gewerkschaft für die Pflegemigrantinnen eine rechtmässige gewerkschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR ausgeübt habe, die die Beklagte ebenfalls zum Anlass für die Kündigung genommen habe [...]. Am 11.6.2013 erschien in der BZ ein Interview mit der Klägerin unter dem Titel «Wir sind doch keine Sklavinnen». Im Begleitartikel mit dem Titel «Ein neuer Weg aus der sozialen Isolation» wurde berichtet, dass der VPOD und die Klägerin das Netzwerk Respekt@vpod für Angestellte privater Spitexfirmen als Plattform für betroffene Frauen in der Region gegründet hatten [...]. Die Beklagte wurde auf dieses Interview aufmerksam und thematisierte nach eigenen Angaben im Mitarbeitergespräch vom 11.6.2013 mit der Klägerin deren gewerkschaftliche Tätigkeit [...]. Sie habe der Klägerin jedoch keineswegs deswegen, sondern aufgrund mangelnder Arbeitsleistung gekündigt. Es sei unerheblich, ob die Klägerin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten aufgrund ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit vernachlässigt habe, da diese Tätigkeit nur so lange rechtmässig sei, wie sie die betrieblichen Abläufe nicht störe und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht verletzt würden [...]. Die Klägerin habe mehrmals in ihrer Freizeit Arbeitskolleginnen bei der Arbeit aufgesucht, um Werbung für das Netzwerk Respekt@vpod zu machen [...].

Es ergibt sich daraus, dass die Beklagte schon vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis von der gewerkschaftlichen Tätigkeit der Klägerin hatte. Zudem thematisierte sie die gewerkschaftliche Tätigkeit im Mitarbeitergespräch vom 11.6.2013. Beides sind Hinweise darauf, dass ein engerer Zusammenhang zur Kündigung des

Arbeitsverhältnisses am 3. bzw. 4.7.2013 gegeben sein kann. Weitere Indizien fehlen hingegen dafür, dass diese Tätigkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR kausal für die Kündigung war. Damit scheidet insoweit eine Missbräuchlichkeit der Kündigung aus.

2.3.5. Ferner erblickt die Klägerin die Missbräuchlichkeit der Kündigung darin, dass die Beklagte ihre Spesenforderung zum Anlass genommen habe, ihr zu kündigen. Im Zeitpunkt der Kündigung sei dieser Konflikt um die Spesenübernahme durch die Beklagte noch nicht gelöst gewesen. Damit liege eine Rache Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR vor [...]. Spesen durften nach Ziffer 6 des Arbeitsvertrages nur nach vorgängiger schriftlicher Genehmigung getätigt werden [...]. Nachdem die Klägerin Ersatz für Fahrtspesen bei auswärtiger Pflege verlangt hatte, sagte ihr die Beklagte zu, für jeden Tag, an dem sie einen Einsatz in Therwil hatte, Fahrtspesen von CHF 4.00 zu ersetzen [...]. Hierauf erklärte sich die Klägerin damit einverstanden [...], um gleichzeitig noch anzumerken, Y. habe ihr das halbe Tramabonnement versprochen [...]. In der Folge wurde die Klägerin deshalb jedoch nicht weiter bei der Beklagten vorstellig. Ab Mai 2013 ging die Beklagte dazu über, allen Angestellten Ersatz für Fahrt- und Telefonkosten zu gewähren [...]. Es darf angenommen werden, dass die Beklagte zunächst die rechtliche Lage abgeklärt hatte und darauf ihre Spesenpraxis änderte. Die am 3. bzw. 4.7.2013 ausgesprochene Kündigung kann dazu weder zeitlich noch ursächlich in einen Zusammenhang gebracht werden. Dafür liegen die Intervention der Klägerin bei der Beklagten am 22. und 24.2.2013 [...] und die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 3. bzw. 4.7.2014 [...] zeitlich zu weit auseinander. Zudem fehlen weitere eindeutige Hinweise darauf, dass die beiden Ereignisse in einem kausalen Zusammenhang zueinanderstehen. All dies schliesst eine Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne einer Rachehandlung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR aus.

2.3.6. Ausserdem ist die Kündigung nach Ansicht der Klägerin auch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich. Einerseits hätten Y. und M. als unterschriftsberechtigte Organe der Beklagten sich beim Kunden S. über die Klägerin negativ geäussert und ihm gleichzeitig gesagt, sie beabsichtigten, der Klägerin deswegen zu kündigen [...]. Zudem sei die Kündigung gegen die Klägerin erfolgt, weil sie als Vertraute des Kunden I. von dessen Vorwürfen gegen die Beklagte betreffend falsche Arbeitsrapporte und überhöhte Rechnungen an die Krankenkassen gewusst habe. Als Mitwiserin und Whistleblowerin habe die Beklagte sie deswegen aus dem Betrieb entfernt [...].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung der gekündigten Partei durch die kündigende Partei im zeitlichen Umfeld der Kündigung die Missbräuchlichkeit einer Kündigung begründen (BGE 132 III 115 E. 2.2). Auf Missbräuchlichkeit der Kündigung erkannte dabei das Bundesgericht beispielsweise, als eine Arbeitgeberin ihrer Arbeitnehmerin leichtfertig vorgeworfen hatte, eine schwere Verfehlung begangen zu haben (BGer 4A_99/2012 E. 2.2.1 f.). Ebenfalls als missbräuchlich wird ferner eine Kündigung angesehen, wenn darin ein krasses Missverhältnis der Interessen der Arbeitsvertragsparteien liegt. Ein solches Missverhältnis bejahte das Bundesgericht

etwa, als eine Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmer entliess, um das nicht vom Arbeitnehmer getrübt Ansehen der Arbeitgeberin wiederherzustellen (BGE 131 III 535 E. 4.2 f.). Entscheidend nach dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts ist, dass es sich um ein krasses vertragswidriges Verhalten der kündigenden Partei bzw. um ein krasses Missverhältnis der Interessen der Parteien handelt. Dass die Beklagte mit ihrem Kunden S. über die Klägerin als Arbeitnehmerin sprach und dabei offensichtlich auch die Absicht, ihr zu kündigen [...] bekanntgab, ist vor dem Hintergrund, dass dieser Kunde die Leistungen und das Verhalten der Klägerin nicht beanstandet hatte [...], als unnötig und unwürdig zu bezeichnen (vgl. BGE 131 III 535 E. 4.2). Es liegt darin jedoch keine schwere Persönlichkeitsverletzung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Nicht bewiesen ist ferner, dass der inzwischen verstorbene Kunde I. gegen die Beklagte den Vorwurf der Verfälschung von Arbeitsrapporten und der Erstellung überhöhter Krankenkassenabrechnungen erhoben hatte. Davon abgesehen könnte ein krasses Missverhältnis der Interessen der Parteien nur unter der weiteren Voraussetzung vorliegen, dass solche Vorwürfe tatsächlich zuträfen, wofür vorliegend jedoch keine rechtsgenügenden Beweise vorhanden sind.

Damit kann die Kündigung der Beklagten vom 3. bzw. 4.7.2013 unter diesen beiden Gesichtspunkten nicht als missbräuchlich angesehen werden.

2.3.7. Da die Kündigung aufgrund der Erwägungen in den Ziffern 2.3.2 und 2.3.3 missbräuchlich ist, hat die Klägerin nach Art. 336a OR Anspruch auf eine Entschädigung, die das Arbeitsgericht unter Würdigung aller Umstände festzusetzen hat, die aber den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf. Nach der ständigen Rechtsprechung des Arbeitsgerichts wird bei einer missbräuchlichen Kündigung von einer Entschädigung von vier Monatslöhnen ausgegangen, wobei entsprechend der massgebenden Umstände, die im Einzelnen zu prüfen sind, die Entschädigung gegebenenfalls reduziert oder erhöht wird (vgl. BJM 2004 S. 39 E. 3c zur durch das Appellationsgericht genehmigten Praxis zur analogen Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Bemessung der Entschädigung namentlich die Schwere des Verschuldens der Arbeitgeberin, ein eventuelles Verschulden der Arbeitnehmerin, die Art, wie gekündigt wurde, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Person, die Enge und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung, die soziale und wirtschaftliche Situation beider Arbeitsvertragsparteien, die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung für die Arbeitnehmerin, deren Alter im Kündigungszeitpunkt sowie eventuelle Schwierigkeiten bei der Eingliederung in den Arbeitsprozess zu berücksichtigen (BGer 4A_699/2016 E. 5.1; 4A_571/2008 E. 5.1).

Die Klägerin war im Zeitpunkt der Kündigung erst etwas mehr als sieben Monate angestellt. Das Arbeitsverhältnis, das daraufhin am 31.8.2013 zu Ende ging, war insgesamt ebenfalls kurz. Zudem war die Beziehung zwischen den Parteien deswegen und, weil die Klägerin ihre Arbeit auf Abruf und stets ausserhalb des Betriebes verrichtete, nicht als sehr eng zu bezeichnen. Auch ist davon auszugehen, dass die Klägerin aufgrund der Kündigung keine besonderen Schwierigkeiten hatte, eine neue Tätigkeit zu finden. Sie war schon während der Arbeit für die Beklagte auch für die AKP Mahon als

Betreuerin in einem Teilzeitpensum tätig. Bei der Arbeitssuche wird auch das Alter der Klägerin von damals mehr als 43 Jahren (Jahrgang 1970) eine nur geringe Rolle gespielt haben, weil in diesem Alter die Chancen auf dem Arbeitsmarkt im Allgemeinen und ganz speziell für Betagtenbetreuerinnen im Besonderen als noch gut zu betrachten sind. Alle diese Umstände sprechen für die Festsetzung einer Entschädigung von weniger als vier Monatslöhnen. Diesen Umständen stehen jedoch andere Faktoren gegenüber, die gegenteils eine höhere Entschädigung rechtfertigen.

Das Verschulden der Beklagten an der Missbräuchlichkeit der Kündigung ist nicht als gering zu veranschlagen. Sie wurde von der Klägerin über ihre Teilnahme an einem DOK-Film über Pflagemigrantinnen aus Polen des Schweizer Fernsehens Anfang des Jahres 2013 und damit vorgängig und frühzeitig informiert und hatte dagegen auch nichts einzuwenden [...]. Die Klägerin machte in dieser Fernsehsendung und auch in der Sendung 10vor10 lediglich von ihrem Meinungsäusserungsrecht auf rechtmässige und angemessene Weise Gebrauch, ohne ihre Treuepflicht der Beklagten gegenüber zu verletzen. Ein eigenes Verschulden kann der Klägerin dabei nicht angelastet werden. Mit der Kündigung hat die Beklagte in Kauf genommen, dass die Persönlichkeit der Klägerin bei Kunden und in der Öffentlichkeit nicht unerheblich verletzt wurde, weil sie die Kündigung mit angeblich schlechten Arbeitsleistungen der Klägerin rechtfertigte, aber hierfür über keine rechtsgenügenden Beweise verfügte. Über die soziale und finanzielle Situation der Klägerin im damaligen Zeitpunkt ist so viel bekannt, dass sie als ungelernte Betagtenbetreuerin zu einem durchschnittlichen Bruttolohn von rund CHF 1'400.00 für die Beklagte und zu einem ebenfalls geringen Gehalt eine weitere Betreuungsarbeit versah. Folglich dürfte sie in der Lage gewesen sein, damit knapp ihr Existenzminimum zu decken. Es ist andererseits davon auszugehen, dass ein erwerbswirtschaftliches Spitexunternehmen wie die Beklagte im damaligen Zeitpunkt Gesamterträge generieren konnte, die den geleisteten Gesamtaufwand im Umfang von etwas mehr als 2% übertraf (Tabelle des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2013 betreffend «Spitex: Finanzen nach Leistungserbringungstyp», <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/hilfe-pflege-hause.assetdetail.3782063.html>). Die finanziellen Verhältnisse der Beklagten dürften deshalb besser gewesen sein als jene der Klägerin.

Insgesamt gleichen sich die Umstände, die zugunsten der Klägerin sprechen, und jene Faktoren, die zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen sind, gegenseitig aus, so dass die Entschädigung definitiv auf vier Monatslöhne festzulegen ist, wie sie auch von der Klägerin beantragt wird. [...] Die Entschädigung [ist] der Klägerin als Nettobetrag zuzusprechen ist, weil darauf keine Sozialabgaben geschuldet und abzuführen sind (BGer 4A_434/2013 E. 7; BGE 123 V 5 E. 5). [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 30.10.2017; GS 2015.1)

7.3.1. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Kausalität zwischen Spesenforderung und Kündigung?

(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)

7.3.2. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Rachekündigung. Zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers aus Art. 328 OR fällt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber angemessene und konstruktive Kritik äussern (E. 2.3). Kritik an berechtigten Weisungen der Arbeitgeberin muss zurückhaltend sein und darf nicht dazu führen, dass die Zusammenarbeit bei der Vermarktung ihrer Produkte darunter leidet (E. 2.4.2). In casu auch keine missbräuchliche Kündigung, wenn die Arbeitgeberin auffordert, sich über eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses Gedanken zu machen, und ohne dessen Antwort abzuwarten, selber kündigt (E. 2.4.2).

Die B. AG bezweckt die Fabrikation und den Handel mit pharmazeutischen, chemischen und kosmetischen Produkten und Rohstoffen. Per 1.8.2010 stellte sie A. als Apothekenbesucher für ausgesuchte Kantone in der Romandie an. An einer internen Sitzung vom 4.9.2015 kritisierte A. die Marketingverantwortliche X. für Fehler bei der französischsprachigen Beschriftung der Produkte, worauf der anwesende Y. als Inhaber der B. AG ihn aufforderte, sich zu überlegen, ob er das Arbeitsverhältnis nicht selber kündigen wolle. Unmittelbar nach der Sitzung kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis per 31.12.2015 und stellte A. sofort von der Arbeit frei. Nachdem A. am 23.11.2015 gegen die Kündigung Einsprache erhoben hatte, kam es in der Folge nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Nach einem Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien klagte A. am 10.10.2016 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der B. AG zur Zahlung einer Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von CHF 30'000.00. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 15.5.2017 ab, wobei es was folgt ausführte. Eine von A. dagegen eingereichte Berufung wies das Appellationsgericht am 13.9.2018 ab.

«[...] **2.3.** Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zählt auch der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers aus Art. 328 OR. Darunter fällt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber angemessene und konstruktive Kritik äussern (BGE 8C_260/2010 E. 5.2) und dabei beispielsweise eine neue Betriebsstruktur in Frage stellen darf (BGE 4C.129/2003 E. 4.2). Die Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben setzt dabei nicht voraus, dass diese bestehen und bewiesen wären. Es genügt, wenn die gekündigte Partei aufgrund der Umstände gute Gründe hat, daran zu glauben (BGE 136 III 513 E. 2.4), was jedoch nicht bei leichtfertiger oder schikanöser Geltendmachung der Fall ist (BGE 4A_346/2009 E. 3.1). [...]

2.4.2. Es ergibt sich [...] aus den Zeugenaussagen, dass der Kläger Mühe hatte, sich mit der Arbeitsweise bei der Beklagten zu identifizieren. Der Kläger brachte durchaus berechtigte Kritik bezüglich der Schreibfehler in den französischsprachigen Texten der Broschüren und Packungen der Produkte an. Auch ist es verständlich, dass sich der Kläger durch diese Schreibfehler in seiner Arbeit als Apothekenbesucher in Teilen der Westschweiz besonders betroffen und behindert fühlte.

Es ist zwar das Recht und auch die Pflicht jedes Angestellten, das Vorgehen der Unternehmung, für die er arbeitet, kritisch zu hinterfragen und auf Fehler und Ungereimtheiten aufmerksam zu machen, damit die internen Strukturen und Prozesse auf ihre Tauglichkeit und Wirksamkeit überprüft und gegebenenfalls angepasst und verbessert werden können. Allerdings darf solche Kritik nicht dazu führen, dass sich ein Arbeitnehmer weigert, rechtmässige Weisungen anzunehmen und auszuführen. Zudem muss sie angemessen sein und darf die Zusammenarbeit nicht unnötig behindern.

Die Zeugenaussagen zeigen, dass der Kläger anlässlich der Sitzung vom 4.9.2015 die Schreibfehler auf den Broschüren und Packungen erneut und in einer Intensität thematisierte, dass dadurch die Durchführung der Schulung in Frage gestellt war. Er hätte erkennen müssen, dass die bereits anlässlich der Markteinführung der [Z]-Medikamente einige Monate zuvor, die Schreibfehler auch dank seiner Intervention erkannt worden waren. Danach hatte die Beklagte, die selber an fehlerfreien Beschreibungen und Inhaltsangaben ihrer Produkte interessiert ist, die Korrektur dieser Schreibfehler veranlasst und umgesetzt. Dabei steht es im Ermessen der Unternehmung selber darüber zu entscheiden, ob, welche und wie viele der Fehldrucke eingezogen und durch Neudrucke ersetzt werden. Die Entscheidung darüber hängt von der Bedeutung der Schreibfehler sowie der Menge der einzuziehenden und zu ersetzenden Broschüren und Packungen ab. Der Einzug und der Ersatz sind oftmals mit grossem und kostenintensivem Aufwand verbunden. Möglicherweise müssten ausgelieferte Medikamente umgepackt werden.

Es darf erwartet werden, dass die Angestellten einer Unternehmung für einen derartigen unternehmerischen Entscheid, wie immer dieser im konkreten Ereignis ausfällt, Verständnis aufbringen und ihn letztlich mittragen. Dabei ist es ihnen zwar unbenommen, wiederum Kritik zu üben. Solche Kritik muss jedoch zurückhaltend sein und darf nicht dazu führen, dass die Zusammenarbeit bei der Vermarktung der Produkte darunter leidet. Dazu gehören insbesondere die Schulungen der Aussendienstmitarbeiter.

Aufgrund der Feststellungen der Zeugen entwickelte sich durch die erneute und penetrante Intervention des Klägers bei [X.] anlässlich der Schulung vom 4.9.2015 eine Auseinandersetzung, die derart intensiv und heftig wurde, dass sich der Inhaber der Beklagten dazu genötigt sah, in die Diskussion einzugreifen. Unter diesen Umständen stellte sich für [Y.] bzw. die Unternehmung die berechnete Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger noch weitergeführt werden kann. In diesem Sinne wurde der Kläger dazu aufgefordert, sich zu Hause darüber Gedanken zu machen. Allerdings hinderte dies die Beklagte nicht daran, selber die Situation aus ihrer Sicht zu beurteilen, abzuwägen und gegebenenfalls selber die Kündigung auszusprechen (vgl. BGE 4C.234/2001 E. 3b), was sie denn auch anschliessend an die Sitzung vom 4. September 2015 tat. In alledem kann keine Missbräuchlichkeit erkannt werden. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 15.5.2017; GS 2016.40)

7.3.3. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Rachekündigung. Ein Arbeitnehmer darf gegenüber der Arbeitgeberin angemessene und konstruktive Kritik äussern. In casu kein Nachweis, dass kritische Äusserungen gegenüber der Arbeitgeberin Anlass zur Kündigung waren (E. 4.4 ff.).

Art. 330a OR. Berichtigung des Arbeitszeugnisses. Kein Anspruch auf Änderung des Arbeitszeugnisses, wenn diese auf eine Wiederholung oder bereits festgestellter Tatsachen oder Verdoppelung von Aussagen abzielt (E. 6.4.1 f., 6.4.5.). Wichtige Aussagen über die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seinen Umgang mit Mitmenschen im Berufsalltag sind aufzunehmen (E. 6.4.3.). Unter mehreren gleichwertigen Formulierungen steht der Arbeitgeberin die freie Auswahl zu (E. 6.4.4.). Kein klagbarer Anspruch auf den Ausdruck des Bedauerns, auf Dankesworte oder Zukunftswünsche im Arbeitszeugnis (E. 6.4.6.).

Am 5.6.2015 wurde Y. von der X. AG als Accounting Supervisor angestellt. Das Arbeitsverhältnis wurde am 6.6.2017 auf den 30.9.2017 gekündigt. Gleichzeitig wurde Y. ab dem 9.6.2017 unter Anrechnung etwaiger Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüche von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Am 5.7.2017 erhob der Kläger gegen die Kündigung Einsprache. Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte Y. am 13.11.2017 auf Verurteilung der X. AG unter anderem auf Zahlung einer Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von zwei Monatslöhnen im Umfang von CHF 14'083.35 und auf Ausstellung eines wohlwollenden Arbeitszeugnisses, dessen Wortlaut er ausformuliert einreichte. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies am 16.4.2018 die Forderung aus missbräuchlicher Kündigung ab und verurteilte die X. AG zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses mit gerichtlich festgelegtem Wortlaut an L., wobei es was folgt ausführte.

«[...] **4.4.** Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn die Kündigung als Folge davon ausgesprochen wird, dass die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zählt auch der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers aus Art. 328 OR. Darunter fällt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber angemessene und konstruktive Kritik äussern (BGE 8C_260/2010) und dabei beispielsweise eine (neue) Betriebsstruktur in Frage stellen darf (BGE 4C.129/2003). Die Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben setzt dabei nicht voraus, dass diese bestehen und bewiesen wären. Es genügt, wenn die gekündigte Partei aufgrund der Umstände gute Gründe hat, daran zu glauben (BGE 136 III 513), was jedoch nicht bei leichtfertiger oder schikanöser Geltendmachung der Fall ist (BGE 4A_346/2009). Schliesslich muss die angebrachte Kritik für den Kündigungsentscheid kausal gewesen sein.

4.5. Der Kläger bestreitet, dass die Kündigung zum Zweck einer betriebsinternen Umstrukturierung ausgesprochen worden sei. Er behauptet, dass der Kündigungsgrund der betriebsinternen Umstrukturierung bloss ein vorgeschobener Kündigungsgrund darstelle und dies bereits aus dem Umstand ersichtlich sei, dass die Beklagten bereits einen Tag nach der Kündigung des Klägers zwei Stellen in der Buchhaltung des Hotels ausgeschrieben hätten, wovon eine ausgeschriebene Stelle mit jener des Klägers identisch gewesen sei. Ebenfalls führt der Kläger an, dass gleichentags mit

seiner Freistellung eine neue Mitarbeiterin bei der Beklagten [...] eingestellt worden sei, welche die Arbeit des Klägers für die Dauer der Kündigungsfrist übernommen habe. Zudem sei anderen Mitarbeitern mit der Kündigung des Klägers der Lohn erhöht worden. Der Kläger sieht den Grund für die Kündigung in der vom Kläger gegenüber der Beklagten [...] geäußerten Kritik, welche die Beklagte angeblich nicht erfreut habe. Der Kläger sieht diese Annahme insbesondere auch darin bestätigt, dass angeblich weitere kritische Mitarbeiter der Beklagten [...] durch eine Entlassung zum Schweigen gebracht worden seien. Interessanterweise sei die Kündigung ihm gegenüber mündlich mit «mangelndem Einsatz, insbesondere beim Systemabsturz anfangs Mai» begründet worden und nicht mit einer betriebsinternen Umstrukturierung [...].

4.7. Da nach Angaben der Beklagten [...] eine betriebsinterne Umstrukturierung und die damit verbundene Streichung der Arbeitsstelle des Klägers Grund für die Kündigung war, wurde die Zeugin S., welche bei der Beklagten [...] als Area Financial Controller arbeitet, an der Hauptverhandlung insbesondere zur vorliegend umstrittenen betriebsinternen Umstrukturierung befragt.

Zusammenfassend erklärte S., dass die Kündigung des Klägers ausschliesslich in der betriebsinternen Umstrukturierung der beiden Beklagten begründet habe. Vor der Umstrukturierung habe es sowohl für den Standort Basel als auch für den Standort Zürich je ein Accounting Supervisor gegeben, der sowohl für die Buchhaltung als auch für das Personal verantwortlich gewesen sei. Die Lohnbuchhaltung sei jedoch stets über eine externe Unternehmung gelaufen. Mit der Umstrukturierung sei gemäss Zeugin S. eine gesamtschweizerische Clusterung der Bereiche Buchhaltung und Human Resources eingeführt worden. Zudem würde seit der Umstrukturierung auch die Lohnbuchhaltung inhouse durch einen Cluster gedeckt und nicht mehr extern von einer Unternehmung geführt werden. Es treffe zu, dass am Standort Basel noch ein Buchhalter als Mitarbeiter tätig sei, dies jedoch mit sehr eingeschränktem Tätigkeitsfeld und mit der Begründung, dass der Hauptbuchhaltungscluster seinen Sitz hauptsächlich in Zürich habe. Die Zeugin führte weiter aus, dass die Umstrukturierung aufgrund von Kosteneinsparungen habe stattfinden müssen [...]. In Bezug auf die angebliche Neubesetzung der Arbeitsstelle des Klägers erklärte die Zeugin, dass die Position des Klägers nicht neu besetzt worden sei, sondern dass nach der Freistellung des Klägers eine Mitarbeiterin für die Weiterführung der Buchhaltung als «Lückenfüllerin» eingestellt worden sei, damit sich der neue Mitarbeiter als Accountant für den gesamtschweizerischen Cluster Buchhaltung ungestört habe einarbeiten können.

4.8. Die Aussagen der Zeugin S. konnten folglich den von der Beklagten sowohl in den Rechtsschriften, als auch an der Verhandlung dargelegten Sachverhalt betreffend die Umstrukturierung [...] nochmals verständlich darlegen und in glaubwürdiger Art und Weise bestätigen. Die vom Kläger vorgebrachten und ins Recht gelegten Indizien reichen angesichts der Aussagen der Zeugin S. nicht aus, um den Missbrauchstatbestand sowie dessen Kausalität für die Kündigung nachzuweisen. Zwar behauptet der Kläger, dass seine kritischen Äusserungen gegenüber der Beklagten [...] ursächlich für die Kündigung gewesen seien. Inwiefern die Beklagte [...] diese kritischen Anmerkungen des Klägers jedoch nicht erfreut haben, legt der Kläger hingegen nicht

dar. Ebenfalls unterlässt es der Kläger, den zeitlichen als auch tatsächlichen Konnex zwischen seinen kritischen Äusserungen und der Kündigung darzulegen und nachzuweisen. Dies im Gegensatz zur Beklagten [...], welcher es gelang, die umstrittene betriebsinterne Umstrukturierung plausibel darzulegen und nachzuweisen, dass im Zuge dieser betriebsinternen Umstrukturierung die ehemalige Arbeitsstelle des Klägers entbehrlich wurde. Die Tatsache, dass die Beklagte [...] schliesslich einen neuen Mitarbeiter für die Funktion als Accountant im Cluster Buchhaltung einstellte, erfüllt den Tatbestand der Missbräuchlichkeit nicht. Nachweislich handelt es sich hierbei um eine Arbeitsstelle mit ausgedehnteren Kompetenzen, die sämtliche Standorte der Beklagten in der Schweiz umfassen. [...]

4.9. Damit vermochten die vom Kläger vorgebrachten und ins Recht gelegten Indizien [...] das Gericht nicht davon zu überzeugen, dass die Kündigung durch die Beklagte [...] mit hoher Wahrscheinlichkeit aus missbräuchlichen Gründen erfolgt ist. Aufgrund der Gesamtwürdigung aller vorgebrachten und relevanten Umstände und des daraus resultierenden Beweisergebnisses ist erstellt, dass die Beklagte [...] ihren Betrieb tatsächlich umstrukturiert hat und im Rahmen dieser Umstrukturierung die Stelle und Funktion des Klägers abgebaut wurden. [...]

6.1. Der Kläger beantragt ferner, die Beklagte [...] sei zu verpflichten, [...] ein Arbeitszeugnis bzw. ein Abschlusszeugnis mit dem Wortlaut gemäss [...] der Klage auszustellen. Der Kläger ergänzt und korrigiert dabei das von der Beklagten [...] ausgestellte Zwischenzeugnis vom 23.8.2017 [...].

6.2. Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Art. 330a OR). Das Arbeitszeugnis soll einerseits entsprechend seiner grundlegenden Funktion das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern, andererseits zukünftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben. Das Arbeitszeugnis hat deshalb grundsätzlich wohlwollend formuliert und den Grundsätzen der Wahrheit und der Vollständigkeit verpflichtet zu sein (BGE 129 III 177). Es sollte eine detaillierte Auflistung der wichtigen Funktionen und der das Arbeitsverhältnis prägenden, tatsächlich ausgeübten (nicht bloss der vertraglich vereinbarten) Tätigkeiten des Arbeitnehmers, deren Zeitdauer sowie eine aussagekräftige Bewertung der Leistung des Arbeitnehmers enthalten (BGE 129 III 177; BGE 4A_432/2009). Das Zeugnis muss die Leistungen und das Verhalten so konkret und ausführlich schildern, dass sich ein neuer Arbeitgeber ein aussagekräftiges Bild über die Qualifikation des Arbeitnehmers machen kann. Zudem sind die Anforderungen der Erleichterung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers und der Lieferung eines getreuen Abbildes von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers in Balance zu bringen. Das Wohlwollen des Arbeitgebers findet daher seine Grenze an der Wahrheitspflicht (*Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 330a N 3a*). Das Arbeitszeugnis muss sprachlich einwandfrei sein. Es ist verkehrüblich, dass sich das Arbeitszeugnis über eine Gesamtbeurteilung aus-

spricht (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a, N 3 ff.). Innerhalb dieser Rahmenbedingungen steht dem Arbeitgeber bei der Schöpfung des Wortlauts ein im Rahmen der Klarheit und des noch Verkehrsüblichen breites Ermessen zu (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b).

Bei einem gegen die vorgenannten Zeugnisgrundsätze verstossenden Zeugnis steht dem Arbeitnehmer ein Berichtigungsanspruch zu (BGE 129 III 177). Im Berichtigungsprozess kommen bereits vorhandenen Zwischenzeugnissen und Mitarbeiterbeurteilungen grosses Gewicht zu. Verschlechterungen im Schlusszeugnis gegenüber einem kurz zuvor ausgestellten Zwischenzeugnis setzen voraus, dass seit dem Zwischenzeugnis erhebliche Änderungen eingetreten sind, die eine unterschiedliche Beurteilung rechtfertigen. Der Arbeitnehmer hat aber keinen Anspruch darauf, dass im Schlusszeugnis die Formulierungen des Zwischenzeugnisses exakt übernommen werden (BGE 4C.129/2003). Kleinliche Korrekturwünsche werden zurückgewiesen (vgl. *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 5a, m.w.H.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft den Arbeitnehmer die Beweislast für die Tatsachen, die es rechtfertigen würden, ein anderes Zeugnis auszustellen, wobei der Arbeitgeber bei der Sachverhaltsermittlung mitwirken muss, indem er die Tatsachen darlegt, die seiner negativen Einschätzung zugrunde gelegen haben. Tut der Arbeitgeber dies nicht, kann der Änderungsantrag des Arbeitnehmers als begründet betrachtet werden (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 5c). [...]

6.4. Im Folgenden werden die einzelnen Änderungswünsche des Klägers zitiert und auf ihre Berechtigung hin untersucht. Unterstrichene Formulierungen sind Ergänzungswünsche, durchgestrichene Formulierungen sind Löschungswünsche des Klägers. Grundlage für die Prüfung der Änderungswünsche ist dabei grundsätzlich das Zwischenzeugnis vom 23.8.2017 bzw. das inhaltlich gleich lautende Schlusszeugnis vom 31.8.2017. Da das Arbeitsverhältnis per 31.8.2017 beendet wurde, ist das beantragte Arbeitszeugnis als Schlusszeugnis zu verfassen.

6.4.1. ‹Wir kennen Herrn Y. stets als engagierten und einsatzbereiten Mitarbeiter, der mit viel Umsicht und Verantwortungsgefühl die ihm übertragenen Aufgaben auch unter grosser Arbeitsbelastung stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigte.›

Dass der Kläger ‹auch bei grossen Anforderungen und unter belastenden Umständen› seine Arbeit gut verrichtete, geht aus dem Arbeitszeugnis bereits aus dem zweitletzten Absatz hervor. Das Änderungsbegehren ist – da der Antrag lediglich ein Wiederholung von bereits festgestellten Tatsachen ist – abzuweisen.

6.4.2. ‹Herr Y. verfügt zudem über eine ~~hohe~~ fundierte Fachkompetenz, welche sich fachübergreifend bis in die Nebenbereiche erstreckt, und eine reiche Berufserfahrung.›

Die Verwendung des Wortes ‹fundierte› ändert an der Aussage der Beklagten [...], nämlich dass der Kläger eine hohe Fachkompetenz verfügt, nichts – es handelt sich hierbei lediglich um eine irrelevante Umformulierung. Unter mehreren gleichwertigen Formu-

lierungen hat der Arbeitgeber die Auswahl, welche er benutzen will (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Dass der Kläger fachübergreifend und bis in bestimmte Nebengebiete tätig war, ergibt sich bereits aus der detaillierten Auflistung der Funktionen und Tätigkeiten, die der Kläger bei der Beklagten [...] als Accounting Supervisor erfüllt hat. Diese sind ebenfalls im Arbeitszeugnis enthalten. Dieser Ergänzungswunsch stellt folglich lediglich eine Verdoppelung einer bereits im Arbeitszeugnis vorhandenen Aussage dar. Auf die Wiederholung ist zu verzichten. Diese Änderungsbegehren sind abzuweisen.

6.4.3. «Dank seiner sozialen Kompetenz und kommunikativen Art wurde er von seinen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen gleichermaßen geschätzt und geachtet. Sein hilfsbereites Wesen machte ihn bei Mitarbeitern beliebt. Sein Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten war tadellos. Die Zusammenarbeit mit ihm wurde von allen Seiten geschätzt und seine charakterlichen Eigenschaften sind einwandfrei. Er verhielt sich auch gegenüber den externen Gesprächspartnern immer freundlich, kooperativ und korrekt.»

Mit diesen Änderungen werden für den Kläger wichtige Aussagen über dessen Persönlichkeit sowie den Umgang mit Mitmenschen (Mitarbeitern/Vorgesetzten/externen Personen) in dessen Berufsalltag gemacht. Da diese Beurteilungen im Arbeitszeugnis nicht anderweitig bereits zum Ausdruck kommen und sie von der Zeugin D. bestätigt und von der Beklagten [...] auch nicht bestritten wurden, ist diesen Änderungsanträgen zu entsprechen.

6.4.4. «Herr Y. ist eine sehr zuverlässige, selbstständige, loyale und verantwortungsbewusste Person. Herr Y. überzeugte mit seiner Entscheidungskraft und konzeptionellen-analytischen Fähigkeiten. Er pflegte eine offene Kommunikation und informierte schnell und sachlich. Er war sehr ergebnisorientiert, wog Risiken genau ab und war dadurch sehr problemlösungsorientiert.»

Diese Änderungen zeigen den Kläger im Umgang mit der bisherigen Arbeitgeberin selbst. Betreffend den Ausdruck «loyal» ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen hat (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Die Loyalität des Klägers wird bereits mit der vom Kläger gewünschten Formulierung «Sein Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten war tadellos. Die Zusammenarbeit mit ihm wurde von allen Seiten geschätzt und seine charakterlichen Eigenschaften sind einwandfrei.» hinreichend zum Ausdruck gebracht. Unter mehreren gleichwertigen Formulierungen hat der Arbeitgeber die freie Auswahl, welche er für den Zeugnistext vorzieht (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Dieser Änderungsantrag ist damit abzuweisen. Die übrigen Änderungen betreffen die Umsetzung der einzelnen Funktionen und Tätigkeiten des Klägers und geben wieder, wie sich der Kläger im Arbeitsalltag bewährte und durch was er sich auszeichnete. Sie geben insbesondere einem künftigen Arbeitgeber über die Arbeitsweise des Klägers Auskunft. Diesen Änderungsbegehren ist deshalb zu entsprechen.

6.4.5. ‹Besonders zu erwähnen sind sein hohes Dienstleistungsbewusstsein sowie seine stets pflichtbewusste Arbeitsweise auch über den normalen Arbeitseinsatz hinaus und sofern es die Umstände erforderten, war er auch jederzeit bereit, Überstunden zu leisten. Auch bei grossen Anforderungen und unter belastenden Umständen behielt er jeweils den Überblick mit der nötigen Sicherheit, was bei Mitarbeitern und Vorgesetzten gleichermaßen sehr geschätzt wurde.›

Dass ein Mitarbeiter Überstunden zu leisten hat, sofern es die Umstände erfordern, gehört zu den im Gesetz verankerten Pflichten eines jeden Arbeitnehmers (Art. 321c OR). Die Einsatzbereitschaft des Klägers geht zudem bereits aus den vorhergehenden Absätzen des Arbeitszeugnisses ausreichend hervor, weshalb diese Anmerkung lediglich eine Wiederholung darstellen würde. Der Änderungsantrag ist abzuweisen. Der Zusatz ‹jeweils› im zweiten Satz stellt eine inhaltlich nicht relevante Umformulierung dar. Auch dieses Änderungsbegehren ist abzuweisen. Dass der Kläger von Mitarbeitern und Vorgesetzten sehr geschätzt wurde, ergibt sich ebenfalls bereits aus dem Arbeitszeugnis. Auf eine Wiederholung dieser Aussage ist zu verzichten. Der Änderungsantrag wird abgewiesen.

6.4.6. ‹Dieses Zwischenzeugnis wird auf Wunsch von Herrn Y. ausgestellt, da er uns aufgrund einer Umstrukturierung per 31.8.2017 verlässt, was wir sehr bedauern. Wir möchten uns ~~bereits heute~~ für seinen bisherigen Einsatz und wertvolle Mitarbeit bedanken und wünschen ihm für die berufliche und private Zukunft alles Gute ~~für die Zukunft~~ und weiterhin viel Erfolg.›

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber nicht vorzuschreiben, wie sich dieser ab dem Ausscheiden des Arbeitnehmers zu fühlen hat (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3h). Aus diesem Grund ist auf den Ausdruck des Bedauerns zu verzichten. Weiter besteht kein klagbarer Anspruch auf Dankesworte oder Zukunftswünsche (BGE 4C.36/2004; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3h, m.w.H.). Die Änderungsanträge sind abzuweisen. Das Datum des Austrittes des Klägers ist unbestritten und demgemäss auf den 31.8.2017 anzupassen. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 16.4.2018; GS 2017.32)

7.3.4. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Racheündigung. Der Begriff Anspruch umfasst auch das Nachsuchen um eine Lohnerhöhung (E. 2.3.). Eine Nichteinigung in Vertragsverhandlungen während laufendem Arbeitsverhältnis ist keine Geltendmachung von Ansprüchen aus Arbeitsverhältnis (E. 2.4.).

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Kündigung wegen persönlichkeitsrelevanter Eigenschaft. Eine Kündigung wegen einer Flugangst, die das Fliegen verunmöglicht, kann missbräuchlich sein, in casu verneint (E. 2.5.4.).

Art. 321d OR. Pflicht zu Dienstreisen. Ohne entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag bestimmt sich eine Dienstreisepflicht nach der Befolgungspflicht von Weisungen (E. 2.5.3.). In casu zumutbare Reise per Flugzeug nach Ungarn trotz behaupteter, nicht nachgewiesener Flugangst, die den Vorgesetzten zudem nicht bekannt war (E. 2.5.4.).

Die X. AG stellte Y. per 1.9.2012 als Fertigungssteuerer an. Ab Juli 2014 wurde Y. zum Leiter Work Order Management und zusätzlich zum stellvertretenden Leiter PPS (Produktionsplanung und Steuerung) befördert. Zuletzt belief sich das Gehalt von Y. auf monatlich CHF 6'603.00 brutto zuzüglich 13. Monatslohn. Am 29.6.2016 kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 30.9.2016, unter anderem weil er eine geplante Geschäftsreise nicht antrat. Am 9.9.2016 erhob Y. Einsprache gegen die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit. In der Folge kam es nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Nach erfolgtem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte Y. am 22.6.2017 auf Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 14'306.50 zuzüglich Zins. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 8.2.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.** Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger eine Entschädigung von CHF 14'306.50 aus missbräuchlicher Kündigung geltend. Bezüglich der Missbräuchlichkeit beruft er sich einerseits darauf, dass die Kündigung ausgesprochen worden sei, weil die Beklagte sich am Umstand enerviert habe, dass sich der Kläger als Arbeitnehmer nicht mit seinem Lohn zufriedengegeben und um eine Lohnerhöhung ersucht habe. Andererseits stehe die Kündigung im Zusammenhang mit einer Geschäftsreise nach Z. in Ungarn, welche der Kläger wegen seiner Flugangst nicht habe antreten können. Die vom Kläger angebotenen Alternativen habe die Beklagte ausgeschlagen, womit sie ihre Fürsorgepflicht verletzt habe. Die Beklagte verweist in ihrem Kündigungsschreiben vom 29.6.2016 bezüglich der Gründe auf ein Gespräch, welches in der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 festgehalten worden ist. In dieser Gesprächsnotiz wird ausführlich Bezug genommen auf eine geplante Reise nach Ungarn. In ihrer Stellungnahme vom 25.9.2017 nennt sie als Kündigungsgründe sodann Vertrauensbruch gegenüber seinem direkten Vorgesetzten H., massive Ungereimtheiten zwischen den Abmachungen zur Durchführung des «Projekts Ungarn» und seinem diesbezüglichen Verhalten, arrogantes und anmassendes Verhalten sowie spürbares Nachlassen der Arbeitsmotivation des Klägers nach seinem misslungenen Lohnpoker mit der Beklagten.

2.1. Nach Art. 336 OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aus bestimmten im Gesetz genannten Gründen ausgesprochen wird. Die Partei, die die missbräuchliche Kündigung ausspricht, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, wenn sie nicht zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses bereit ist, nachdem die andere Partei gegen die Kündigung schriftlich Einsprache erhoben hat. Der Entschädigungsanspruch ist verwirkt, wenn er nicht innert 180 Tagen nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses eingeklagt wird (Art. 336b OR).

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 29.6.2016 auf den 30.9.2016 [...]. Vorliegend erhob der Kläger mit Schreiben vom 9.9.2016 an die Beklagte fristgerecht Einsprache gegen die Kündigung [...], ohne dass es anschliessend zu einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses kam. [...Am] 19.1.2017 und damit innert 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses reichte der Kläger [...] das Schlichtungsgesuch zur Geltendmachung der Entschädigung ein. Damit sind die formellen Voraussetzungen nach Art. 336b OR erfüllt.

2.2. Die Prüfung der Missbräuchlichkeit setzt eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände voraus (BGer 4C.174/2004 E. 2.5). Unter mehreren Kündigungsgründen muss der missbräuchliche Grund die Kündigungsentscheidung entscheidend beeinflussen haben. Abzustellen ist daher darauf, welcher Grund den Ausschlag für die Kündigung gab und ob dieser Grund missbräuchlich ist. Der Gekündigte muss den Missbrauchstatbestand sowie dessen Kausalität für die Kündigung behaupten und nachweisen (Art. 8 ZGB). Falls die gekündigte Partei jedoch genügend Indizien vorbringt (BGer 4A_158/2010 E. 3.2), die den von der Arbeitgeberin angegebenen Grund als unrichtig erscheinen lassen, so kann das Gericht das Vorhandensein einer missbräuchlichen Kündigung vermuten (Indizienbeweis; BGE 130 III 699 E. 4.1). Darin liegt keine Beweislastumkehr. Die kündigende Arbeitgeberin hat aber ihre Angaben zum Kündigungsgrund zu beweisen sowie nachzuweisen, dass sie auch ohne missbräuchlichen Grund gekündigt hätte (BGE 130 III 699 E. 4.1). Die Subsumption des behaupteten und nachgewiesenen Sachverhalts unter einen der Tatbestände in Art. 336 OR oder des von der Rechtsprechung erweiterten Tatbestandskatalogs ist Sache des Gerichts.

2.3. Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Der Begriff des Anspruchs umfasst auch das Nachsuchen um eine Lohnerhöhung. Die Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben setzt dabei nicht voraus, dass diese bestehen oder bewiesen wären. Es genügt, wenn die gekündigte Partei aufgrund der Umstände gute Gründe hat, daran zu glauben (BGE 136 III 513 E. 2.4), was jedoch nicht bei leichtfertiger oder schikanöser Geltendmachung der Fall ist (BGE 4A_346/2009 E. 3.1). Schliesslich muss das Begehren kausal gewesen sein für den Kündigungsentscheid.

Der Lohn des Klägers als Fertigungssteuerer belief sich anfänglich auf CHF 6'500.00 brutto [...]. Ab dem 1.1.2014 betrug der Lohn des Klägers CHF 6'532.00 [...]. Ab Juli 2014 wurde der Kläger vom Fertigungssteuerer zum Leiter Work Order Management und zusätzlich zum stellvertretenden Leiter PPS (Produktionsplanung und Steuerung) befördert. Der Kläger gibt an, er habe damals um eine Gehaltserhöhung nachgefragt, es sei aber keine Erhöhung erfolgt. In der Gesprächsnotiz vom 25.7.2014 [...] ist dokumentiert, dass der Kläger eine Lohnerhöhung von monatlich CHF 500.00 forderte und diese Forderung von der Beklagten mit der Begründung, bereits sein bisheriger Lohn liege auf Abteilungsleiterniveau, abgelehnt wurde. Ab Januar 2015 betrug der monatliche Lohn des Klägers sodann CHF 6'603.00 brutto [...], was einer Erhöhung von CHF 71.00 entspricht. Dass der Kläger nach dem 25.7.2014, insbesondere in zeitlicher Nähe zur Kündigung vom 29.6.2016, nochmals eine Lohnerhöhung verlangt hat, wird vom Kläger nicht behauptet. Zwar erwähnt die Beklagte in einem Schreiben gegenüber der Arbeitslosenkasse vom 17.1.2017 [...], dass der Kläger immer wieder seine Unzufriedenheit betreffend Lohn zum Ausdruck gebracht habe. Sie bezieht sich dabei aber ebenfalls auf die Gesprächsnotiz vom 25.7.2014. Von weiteren konkreten Forderungen seitens des Klägers, seinen Lohn zu erhöhen, ist indes nicht die Rede.

Die Geltendmachung eines aktuellen und konkreten Anspruchs im Zeitraum der Kündigung ist damit zu verneinen.

2.4. Der Kläger führt weiter aus, dass er sich im Frühjahr 2016 intern für eine andere Stelle als Business Analyst, die per 1.8.2016 zu besetzen gewesen wäre, beworben habe. Da sich die Parteien über den Lohn nicht einig geworden seien, habe er entschlossen, seine bisherige Stelle beizubehalten. Darüber sei die Beklagte wütend gewesen, weshalb die Kündigung als Rache Kündigung zu qualifizieren sei. Der E-Mail vom 24.4.2016 [...] lässt sich entnehmen, dass die Beklagte dem Kläger für die Stelle als Business Analyst einen Monatslohn von CHF 7'200.00 angeboten hat und dass der Kläger stattdessen einen Jahreslohn von CHF 100'000.00 vorgeschlagen hat, was einem Monatslohn von CHF 8'333.33 entsprechen würde. Gemäss Formular Änderung der Anstellungsbedingungen vom 15.4.2016 [...] hat die Beklagte eine Anhebung des Monatslohns ab dem 1.1.2017 auf CHF 7'400.00 und ab dem 1.1.2018 auf CHF 7'700.00 vorgesehen. Davon will der Kläger keine Kenntnis erlangt haben. Immerhin ist diese stufenweise Anhebung des Lohns handschriftlich festgehalten auf der E-Mail vom 24.4.2016, welche vom Kläger als [...] eingereicht worden ist. Mit E-Mail vom 29.4.2016 [...] hat der Kläger der Beklagten sodann mitgeteilt, dass er aufgrund des angebotenen Lohnes von CHF 7'200.00 von einem Wechsel absehe. In der Gesprächsnotiz zur Kündigung vom 29.6.2016 wird die interne Bewerbung nicht thematisiert. Zwar werden im Schreiben vom 17.1.2017 an die Arbeitslosenkasse die interne Bewerbung und die Absage aufgrund des vorgeschlagenen Lohnes durch den Kläger erwähnt. Die Erwähnung gegenüber der Arbeitslosenkasse als solche lässt indes nicht den Schluss zu, dass die Absage den Ausschlag für die Kündigung Ende Juni 2016 gab, zumal sie in der Gesprächsnotiz zur Kündigung vom 29.6.2016 eben keinen Eingang gefunden hat. Vielmehr dürfte sie allgemein als Beispiel dafür dienen, dass sich die Zusammenarbeit mit dem Kläger erschwert hat und die Einstellung nicht mehr ihren Erwartungen entsprach. Selbst wenn die Absage des Klägers zur Kündigung geführt hätte, könnte darin aber keine Missbräuchlichkeit erkannt werden. So stand nicht eine Lohnerhöhung im Zusammenhang mit der bisherigen Funktion zur Diskussion. Die Parteien führten im April 2016 lediglich Gespräche über eine andere intern neu zu besetzende Stelle, auf welche der Kläger sich aus eigenem Antrieb beworben hatte. Aufgrund unterschiedlicher Lohnvorstellungen fanden die Parteien allerdings keinen Konsens. Einigen sich die Parteien im Rahmen von Vertragsverhandlungen nicht und kommt kein neuer Vertrag zustande, geht es nicht um die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis.

2.5. Wie sich der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 entnehmen lässt, hat am 21.6.2016 eine Besprechung zwischen den Parteien stattgefunden, bei der es um eine Geschäftsreise nach Ungarn ging. Dem Kläger wurde anlässlich dieser Besprechung mitgeteilt, dass die Beklagte auf eine weitere Zusammenarbeit verzichte und gab ihm die Möglichkeit, selber zu kündigen, ansonsten die Beklagte die Kündigung am 29. Juni 2016 aussprechen werde. Am 29.6.2016 löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis sodann auf. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, wie es sich mit der Geschäftsreise nach Ungarn verhält.

2.5.1. Die Beklagte hat in der Gesprächsnotiz festgehalten, es sei im Frühjahr 2016 vorgesehen gewesen, dass der Kläger mit dem Flugzeug nach Ungarn reise, um vor Ort den Aufbau der PPS-Abteilung zu unterstützen. Als es konkret geworden sei, habe der Kläger seine Meinung geändert und bekannt gegeben, er werde nicht nach Ungarn gehen. Insbesondere H. sei enttäuscht gewesen, über die Art und Weise derartige Entscheide zu kommunizieren. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Flugreise sei ihm aufgrund seiner Flugangst, welche der Beklagten bekannt gewesen sei, nicht möglich gewesen. Er habe der Beklagten aber Alternativen, insbesondere die Anreise mit dem Auto oder dem Zug, angeboten. Des Weiteren wendet er ein, dass als Arbeitsort Basel vereinbart gewesen sei und der Stellenbeschrieb keine Geschäftsreisen ins Ausland vorsehe. Zudem sei davon ausgegangen worden, dass er die Stelle als Business Analyst annehmen würde, sodass er mit diesem Projekt gar nichts mehr zu tun gehabt hätte.

2.5.2. Die Beklagte sah Anfangs April 2016 im Z.-Werk in Z. (Ungarn) die Einführung von SAP zur Produktions-Planung und Steuerung vor [...]. [...D]er Kläger [sollte] bei den SAP Lösungen und H. bei den Excel Lösungen behilflich sein. Die Umsetzung sollte in drei Phasen erfolgen, wobei in der Phase 1 eine Aufnahme des Ist-Zustandes vor Ort vorgesehen war. Der Kläger macht geltend, es habe sich dabei erst um einen Vorschlag gehandelt, er habe zu keinem Zeitpunkt den Auftrag erhalten, ins Werk Ungarn zu gehen. Erst Anfang Juni habe er davon erfahren, dass er nach Ungarn hätte fliegen sollen. Der eingereichten E-Mail-Korrespondenz lässt sich entnehmen, dass der Kläger in das Projekt involviert war und dass im April 2016 der Ablauf und die personellen Ressourcen thematisiert worden sind [...]. Der Zeuge H. führte zum fraglichen Projekt aus, dass er bereits im Herbst 2015 vor Ort gewesen sei. Er sei mit easyJet von Basel nach Budapest geflogen und sei von dort mit dem Taxi eine Stunde nach Z. gefahren [...]. Weiter sagte er aus, dass der Kläger als sein Stellvertreter nach Ungarn hätte gehen sollen. Dabei sei von einer Flugreise, konkret mit easyJet gesprochen worden. Diese Gespräche, an welchen der Kläger anwesend gewesen sei, hätten ungefähr im April 2016 stattgefunden. Es sei damals nicht diskutiert worden, anders zu reisen [...]. Der Zeuge D. konnte bestätigen, dass der Kläger sein Team vor Ort hätte unterstützen sollen [...]. In der Gesprächsnotiz zur Kündigung vom 29.6.2016, welche der Kläger unterzeichnet hat, wird ebenfalls festgehalten, dass vorgesehen gewesen sei, dass der Kläger im Mai/Juni nach Ungarn fliegt. Damit ist erstellt, dass abgemacht war, dass der Kläger für die Beklagte nach Ungarn reist und zwar mit dem Flugzeug.

2.5.3. Da der Kläger bereits mit E-Mail vom 29.4.2016 mitgeteilt hat, dass er von einem Stellenwechsel absehe, kann er sich nicht darauf berufen, dass er mit dem in Frage stehenden Projekt nichts mehr zu tun gehabt hätte. Es ist zwar zutreffend, dass die Parteien im Arbeitsvertrag Basel als Arbeitsort vereinbart haben. Dem Arbeitsort kommt indes lediglich die Bedeutung eines räumlichen Mittelpunktes zu, sodass je nach Vertrag und konkreter Aufgabe allenfalls auch an anderen Orten Arbeitsleistungen zu erbringen sind (*Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 51 f.). Vorliegend geht es zudem nicht um die dauerhafte Versetzung des Klägers an einen

neuen Arbeitsort, sondern um eine Geschäftsreise, bei welcher der Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen vorübergehend ausserhalb seiner regelmässigen Arbeitsstätte und ausserhalb seiner Wohnung tätig ist. Eine Pflicht zur Unternehmung von Dienstreisen ist im Arbeitsvertrag nicht enthalten. Ein Stellenbeschrieb wurde dem Gericht nicht vorgelegt. Ob der Kläger zur Aufnahme einer Geschäftsreise verpflichtet werden konnte, bestimmt sich daher in casu nach der Pflicht zur Befolgung von Weisungen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers beinhaltet nebst Zielanweisungen, mit welchen der Ort und die Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung näher bestimmt wird, auch Verhaltensanweisungen, mit denen der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers vorschreiben kann (*BSK-Portmann*, Art. 321d OR N 3). Das Weisungsrecht wird in verschiedener Hinsicht beschränkt. So findet das Weisungsrecht seine Schranken in den Abmachungen des einzelnen Arbeitsvertrages. Weisungen dürfen sodann nicht sachwidrig, unzumutbar oder schikanös sein. Zudem ist das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers respektieren. Soweit Weisungen in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, haben sie sich auf das betrieblich Notwendige zu beschränken. Im Zusammenhang mit Geschäftsreisen ist die Anordnung insbesondere auf Dauer, Distanz, Familiensituation und Notwendigkeit zu prüfen (*Streiff/von Kanel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Art. 321d N 3; *Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 52). Besteht keine arbeitsvertragliche Vereinbarung werden Art und Umfang der Arbeitsleistung danach bestimmt, was in der Branche, Beruf und Betrieb üblich ist (*Müller*, AJP 1999, S 456). Der Kläger war Leiter Work Order Management sowie stellvertretender Leiter PPS bei der Beklagten. Es wurde von Seiten des Klägers nicht bestritten, dass er auch an anderen Orten in der Schweiz [...] für die Beklagte Arbeit verrichtet hat. H., Leiter PPS, hat gemäss eigenen Angaben bereits eine Reise nach Ungarn gemacht hat, sodass Geschäftsreisen einerseits im Betrieb andererseits aber auch im Bereich PPS durchaus als üblich zu bezeichnen sind. Hinzukommt, dass die Beklagte zu einer Gruppe gehört, die auch international tätig ist und entsprechend im Ausland über Produktionsanlagen verfügt.

Der Kläger war gemäss Zwischenzeugnis vom 28.1.2016 [...] mit verschiedenen Aufgaben im Bereich SAP betraut. Zudem war er stellvertretender Leiter PPS. Die in Ungarn zu leistenden Arbeiten hätten damit im Rahmen des vereinbarten Tätigkeitsbereichs gelegen. Sein Vorgesetzter H. hat dem Kläger anlässlich der Zeugeneinvernahme sehr gute Kenntnisse im Bereich SAP [...] attestiert. Auch in der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 wurde festgehalten, dass der Kläger mit seinen fachlichen Kenntnissen die Arbeiten in Z. sehr gut hätte unterstützen können. Aufgrund seiner Funktion und seiner anerkannten Fähigkeiten im Bereich SAP ist das betriebliche Interesse der Beklagten an einem Einsatz des Klägers in Ungarn zu bejahen. Da es sich um eine einmalige Reise von geringer Dauer, innerhalb von Europa, gehandelt hätte, wäre der Einsatz in Ungarn als solcher dem Kläger ohne weiteres zumutbar gewesen.

Z. liegt ungefähr 1000 km entfernt von Basel. Easyjet bietet Direktflüge von Basel nach Budapest an. Der Flug dauert 1 Stunde und 40 Minuten. Die Fahrt vom Flughafen zum Werk in Z. dauert mit dem Taxi eine Stunde. Direkte Zugverbindungen ab Basel werden keine angeboten. Die Reisezeit bis Budapest beträgt mindestens 11 Stunden und

46 Minuten, mit dem Nachtzug sind es gar 12 Stunden und 51 Minuten. Dank Billigfluggesellschaften wie easyJet ist die Reise mit dem Flugzeug bekanntermassen relativ günstig, vielfach sogar günstiger als die Reise mit dem Zug. Die Reise mit dem Auto ohne Pause nimmt mindestens 8 Stunden und 38 Minuten in Anspruch. Die Gesamtkosten mit dem Auto belaufen sich auf ca. CHF 210.00 für einen Weg, womit die Reise mit dem Auto ebenfalls nicht günstiger ausfällt. Zudem ist die Reise mit dem Auto anstrengend und birgt ein gewisses Risiko, wie der Kläger anlässlich seiner Befragung selber eingesteht [...]. C., Leiterin HR bei der Beklagten, hat ausgeführt, dass bei Geschäftsreisen immer die einfachste Route ausgewählt und daher geflogen werde [...]. Unter Berücksichtigung der Reisedauer, der Kosten und des Komforts schneidet das Flugzeug im Vergleich zum Zug oder Auto damit am besten ab, weshalb die vorgesehene Anreise mit dem Flugzeug sachgemäss ist.

2.5.4. Der Kläger stellt sich indes auf den Standpunkt, die Reise mit dem Flugzeug sei ihm persönlich nicht zuzumuten gewesen, weil er an Flugangst leide. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger an Flugangst leidet. Der vom Kläger eingereichten Dokumentation [...] lässt sich entnehmen, dass Flugangst sehr weit verbreitet ist und unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann. Bei manchen Menschen kann die Angst so stark sein, dass sie gar nicht mehr fliegen. Andere Menschen steigen nur noch unter grösster Anspannung ins Flugzeug und leiden unter Schweissausbrüchen, heftigem Herzklopfen, Atemnot, Übelkeit und Schwindel. Nimmt die Angst eine Intensität an, welche das Fliegen verunmöglicht, dürfte es sich um eine Krankheit handeln und wäre zu den Eigenschaften zu zählen, die einem Menschen kraft seiner Persönlichkeit zustehen. Wird eine Kündigung wegen einer derartigen Eigenschaft ausgesprochen, erfolgt sie missbräuchlich, es sei denn die Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR).

Der Kläger nennt als auslösendes Ereignis für seine Flugangst einen Flug von Cancun nach Zürich im April 2015, den er als unangenehm empfunden habe. Er sei seither nicht mehr mit dem Flugzeug vereist, sondern würde auch weiter entferntere Destinationen mit dem Auto bereisen. Zum Nachweis seiner Flugangst reicht er Unterlagen ein, aus welchen hervorgeht, dass er Unterkünfte in den französischen Alpen sowie auf Sizilien gebucht hat. Zudem wird eine Bestätigung eines Hoteliers vorgelegt, gemäss welcher er in den Jahren 2015, 2016 und 2017 in der Türkei gewilt habe und mit seinem eigenen Auto gereist sei und einen Parkplatz gebucht habe. Diese Unterlagen lassen indes keinen Rückschluss auf das Bestehen einer Flugangst zu. Zunächst ist es nicht ungewöhnlich, die Unterkunft und das Transportmittel separat zu buchen. Die Anreise mit dem Auto kann zudem durchaus aus anderen Gründen als aus Flugangst erfolgen. Da der Kläger bislang offenbar nichts unternommen hat, um seine angebliche Flugangst zu bekämpfen, liegen auch keine Arzt- oder Therapieberichte vor, um die Flugangst und deren Intensität zu belegen. Ob sich die Flugangst rückwirkend für das Jahr 2016 mit einem psychiatrischen Gutachten, wie beantragt, überhaupt nachweisen liesse, kann offenbleiben. Die Beklagte bestreitet nämlich, dass der Kläger sie über seine Flugangst in Kenntnis gesetzt hat.

In seiner E-Mail vom 7.6.2016 an seinen Vorgesetzten H. [...] hat der Kläger folgendes geschrieben: «Mir persönlich ist es nicht möglich nach Ungarn zu reisen um vor Ort den Ist-Zustand aufzunehmen». Dass er nicht fliegen kann, namentlich weil er an Flugangst leidet, erwähnt er nicht. Auch in der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016, welche der Kläger unterzeichnet hat, wird lediglich festgehalten, dass er aus persönlichen Gründen nicht fliegen will. H. sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme aus, dass der Kläger ihm nicht erzählt habe, dass er an Flugangst leide. Er habe erst davon erfahren, als der Kläger bereits nicht mehr im Betrieb gewesen sei [...]. Der Zeuge D. führte aus, dass der Kläger gesagt habe, er werde nicht fliegen. Er habe nicht gesagt, dass er an Flugangst leide. Er habe nur gesagt, dass er nicht in ein Flugzeug steige. Das Wort Flugangst sei, soweit er sich erinnern könne, nicht gefallen. Er habe die Bemerkung des Klägers auch nicht dahingehend interpretiert [...]. Der Kläger hat damit den Nachweis, dass er die involvierten Vorgesetzten über seine angebliche Flugangst in Kenntnis gesetzt hat, nicht erbracht. Ob er die Flugangst gegenüber seinen Kollegen, insbesondere K. sowie G., erwähnt hat, ist vorliegend nicht von Relevanz. Massgebend ist, was die Vorgesetzten des Klägers gewusst haben. War diesen und somit der Beklagten die angebliche Flugangst des Klägers nicht bekannt, kann der Beklagten nicht vorgehalten werden, die Reise mit dem Flugzeug sei dem Kläger nicht zuzumuten gewesen und verletzte dessen Persönlichkeit. Die erteilte Weisung, mit dem Flugzeug nach Ungarn zu reisen, ist daher in zulässiger Weise erfolgt. Unter diesen Umständen war die Beklagte entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht gehalten, allfällige vom Kläger angebotene Alternativen zu prüfen.

2.5.5. Schliesslich sind die von der Beklagten angeführten Kündigungsgründe zu prüfen. Gemäss der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 hat sich die Beklagte daran gestört, wie der Kläger den Entscheid, nicht nach Ungarn zu reisen, kommuniziert hat. Insbesondere H. sei über die Art und Weise, solche Entscheide zu kommunizieren, enttäuscht gewesen. Der Kläger hätte das Problem direkt mit ihm ansprechen sollen. In der Tat hat der Kläger seinem direkten Vorgesetzten H., obschon sie im selben Büro sitzen, per E-Mail vom 7.6.2016 in absoluter Weise mitgeteilt, dass er die Reise nicht antreten werde. Weder hat er Gründe genannt, noch Alternativen zur Anreise aufgezeigt. Anlässlich der Zeugenbefragung liess H. verlauten, dass er sehr überrascht gewesen sei von der Absage [...]. Offenbar hat der Kläger weder vor noch nach der E-Mail vom 7.6.2016 das direkte Gespräch mit H. gesucht und seine Beweggründe erläutert. Erst anlässlich eines Gesprächs zwischen D. und Klägers wurden zumindest Alternativen angetönt. Der Zeuge D. hielt dazu fest, dass vom Kläger klar und deutlich gekommen sei, dass er nicht vorhabe nach Ungarn zu gehen. Er würde nur mit dem Auto fahren, wenn es von der Geschäftsleitung zur Verfügung gestellt werde [...]. Zum Verhalten des Klägers anlässlich dieses Gesprächs führte D. sodann aus, dass er eine Bemerkung zum Ton gemacht habe, wie man miteinander umgehe. Aufgrund der Art der Reaktion des Klägers habe es eine Blockade im Gespräch gegeben. Er habe dem Kläger gesagt, dass man so nicht miteinander rede. Auch habe er H. auf das Gespräch angesprochen und gesagt, er sei erstaunt. Weiter gab er an, dass er sich nicht mehr habe vorstellen können mit dem Kläger dort unten (gemeint ist Ungarn) zusammenzuarbeiten [...]. H. hielt zu diesem Gespräch fest, dass es eskaliert sei [...]. Das Verhalten

des Klägers im Zusammenhang mit der geplanten Reise nach Ungarn, insbesondere auch die Art und Weise zu kommunizieren, hat damit für erhebliche Irritation auf Seiten der Beklagten gesorgt. Es wäre zu erwarten gewesen, dass der Kläger das Problem direkt mit seinem Vorgesetzten bespricht und sein Anliegen frühzeitig, transparent und sachgerecht vorträgt. Wie sich der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 entnehmen lässt, ist die Beklagte aufgrund der zuvor geschilderten Umstände zum Schluss gekommen, dass sie auf eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger verzichtet, weshalb sie das Arbeitsverhältnis schlussendlich gekündigt hat. In alledem kann keine Missbräuchlichkeit erkannt werden, sodass die Klage abzuweisen ist. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 8.2.2018; GS 2017.21)

7.4. Art. 336 Abs. 2 lit. a OR. Kündigung zufolge Gründung eines gewerkschaftlichen Netzwerkes?

(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)

7.5. Art. 3 GIG. Diskriminierende Kündigung

(siehe unter Ziffer 10.1., S. 61)

7.6. Art. 336a OR. Festlegung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung

(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)

7.7. Art. 336b OR. Schlichtungsgesuch als Einsprache?

(siehe unter Ziffer 10.1. und 10.2., S. 61)

8. Art. 336c OR. Pflicht des Arbeitnehmers zum Arbeitsangebot

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)

9. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

9.1. Art. 337 OR. Der Ausspruch einer Kündigung als fristlos muss eindeutig und unmissverständlich sein. Andernfalls ist von einer Kündigung auf den nächstmöglichen Termin auszugehen. Die Aufforderung, den Arbeitsplatz sofort zu räumen, kann auch als ordentliche Kündigung mit Freistellung verstanden werden (E. 5.2). In casu Annahme einer fristlosen Kündigung weder aufgrund des Kündigungsschreibens (E. 5.4.2.) noch aufgrund des Herausverlangens des Geschäftsschlüssel durch die Putzfrau der Arbeitgeberin (E. 5.4.3 f.).

A. war seit Dezember 2012 bei der Kollektivgesellschaft B. im Service ihres Restaurants- und Hotelbetriebs im Stundenlohn angestellt. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis mit Einschreiben vom 25.11.2013 auf den 30.11.2013. A. holte das Schreiben auf der Post nicht ab. Am 28.11.2013 nahm die ebenfalls bei der Arbeitgeberin angestellte Putzfrau C. der Arbeitnehmerin den Schlüssel ab. A. rief daraufhin die Polizei und begab sich in der Folge nicht mehr an ihren Arbeitsplatz. Die Parteien waren sich über die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und deren finanziellen Folgen uneinig. Nach dem Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien klagte A. am 19.12.2016 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der Arbeitgeberin sei „zur Zahlung von CHF 17'907.25 nebst Zins. Am 28.8.2017 verurteilte das Arbeitsgericht die Arbeitgeberin zur Zahlung von CHF 2'687.30 netto nebst Zins an die Arbeitnehmerin und wies die Mehrforderung ab. Die von A. dagegen am 29.11.2017 erhobene Berufung wies das *Appellationsgericht Basel-Stadt* am 24.1.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] 2. Die Berufungsklägerin beehrte vor Zivilgericht unter anderem Schadenersatz und eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Sie berief sich zur Begründung der Fristlosigkeit auf das Kündigungsschreiben vom 25.11.2013. Das Zivilgericht erwog allerdings, dass der Wortlaut des Schreibens nicht auf eine fristlose Entlassung hindeute [...]. Sodann schloss die Berufungsklägerin aus den Geschehnissen vom 28.11.2013 auf eine fristlose Entlassung. Das Zivilgericht sah es als unbestritten an, dass die Berufungsklägerin, als sie am Abend des 28.11.2013 zur Arbeit erschienen sei, von der Putzfrau C. im Auftrag der Gesellschafterin der Berufungsbeklagten aufgefordert worden sei, den Schlüssel abzugeben. Der Berufungsklägerin zufolge sei dies unter dem Vorwand geschehen, dass die Putzfrau etwas aus dem Keller holen müsse. Als sie den Schlüssel anschliessend habe zurückhaben wollen, habe ihr diese mitgeteilt, sie dürfe ihr den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, da dessen Abnahme im Auftrag der Chefin erfolgt sei. Die Berufungsbeklagte habe dagegen angegeben – so das Zivilgericht –, dass der Schlüssel für einen Handwerker benötigt worden sei. Es sei nie die Rede davon gewesen, dass die Berufungsklägerin den Schlüssel nicht mehr zurückerhalte. Das Zivilgericht befragte zu diesem Vorfall C. als Zeugin. In Würdigung deren Aussagen kam das Zivilgericht zum Ergebnis, dass die Zeugin die Version der Berufungsbeklagten bestätigt habe, wonach der Schlüssel lediglich wegen einer Reparatur herausverlangt worden sei. Dass der Berufungsklägerin mitgeteilt worden sei, sie dürfe den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, da dessen Abnahme im Auf-

trag der Chefin erfolgt sei, sei nicht bestätigt worden. Selbst wenn eine derartige Aussage gemacht worden wäre, wäre diese indes nicht ohne Weiteres als fristlose Entlassung zu verstehen gewesen, da der Schlüssel im fraglichen Zeitpunkt bzw. wohl am nächsten Tag für einen Handwerker benötigt worden sei und deshalb nicht am selben Abend habe retourniert werden können. Die Aufforderung zur Abgabe des Schlüssels impliziere damit für sich alleine keine fristlose Entlassung. Gegen das Vorliegen einer fristlosen Entlassung spreche des Weiteren ein Schreiben der Berufungsbeklagten vom 29.11.2013. Die Berufungsklägerin werde darin um Mitteilung der Bankangaben für den Dezemberlohn 2013 gebeten. Zudem werde festgehalten, dass sie unentschuldig nicht zur Arbeit erschienen sei, und es werde eine Verwarnung ausgesprochen. Weder das Inaussichtstellen des Dezemberlohns noch die Verwarnung machten Sinn, wenn bereits am Vorabend mit der Schlüsselabnahme eine fristlose Entlassung vollzogen worden wäre. Aus diesen Gründen verneinte das Zivilgericht das Vorliegen einer fristlosen Entlassung. Es ging von einer ordentlichen Kündigung auf den 31.12.2013 als den nächstmöglichen Termin mit Freistellung spätestens ab dem 1.12.2013 aus und sprach der Berufungsklägerin den Lohn für den Monat Dezember 2013 zu. [...]

5.1. Die Berufungsklägerin rügt die Würdigung des Sachverhalts durch das Zivilgericht. Die Berufungsbeklagte habe das Arbeitsverhältnis entgegen der Ansicht des Zivilgerichts nicht ordentlich gekündigt, sondern fristlos aufgelöst [...].

5.2 . Bei der Beendigung unbefristeter Arbeitsverträge wird zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Kündigung unterschieden (*Portmann/Rudolph*, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2015, Art. 335 OR N 5). Die ordentliche Kündigung ist die Erklärung des Willens, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine aufzuheben. Demgegenüber wird das Arbeitsverhältnis bei der ausserordentlichen Kündigung unter Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine aufgehoben (*Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Zürich 2013, N 657, 744). Wenn eine Partei die Kündigung auf einen bestimmten Termin erklärt hat, ohne dass die volle Länge der Kündigungsfrist gewahrt ist, spricht man von einer vorzeitigen Kündigung. Bei einer solchen ist zu prüfen, ob eine ordentliche oder eine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen worden ist. Eine ausserordentliche Kündigung muss nicht notwendigerweise fristlos erfolgen, sondern kann mit einer Sozialfrist zur Schonung der Gegenpartei verbunden sein. Die Frage beurteilt sich nach dem tatsächlichen Willen des Kündigenden, wenn der Empfänger diesen tatsächlich richtig verstanden hat. Mangels einer solchen Feststellung ist die Kündigung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, also darauf abzustellen, wie der Empfänger die Erklärung in guten Treuen hat verstehen dürfen und müssen (*Portmann/Rudolph*, a.a.O., Art. 335 OR N 20). Dabei gilt es zu beachten, dass der Ausspruch einer Kündigung als fristlos eindeutig und unmissverständlich sein muss (BGer 4A_518/2013 vom 29.1.2014 E. 3.3). Andernfalls ist von einer Kündigung auf den nächstmöglichen Termin auszugehen (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, 7.

Auflage, Zürich 2012, Art. 337 OR N 18; *Emmel*, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 337 OR N 1). Die Aufforderung, den Arbeitsplatz sofort zu räumen, kann auch als ordentliche Kündigung mit Freistellung verstanden werden (BGer 4A_518/2013 vom 29.1.2014 E. 3.3; OGer BL, in: JAR 1995, S. 205, 206; *Portmann/Rudolph*, a.a.O., Art. 337 OR N 15). Gemäss einer in der Lehre vertretenen Auffassung stellt der Umstand, dass nur eine relativ kurze Frist eingehalten wird, obwohl die massgebende Frist wesentlich länger ist, ein erhebliches Indiz für eine ausserordentliche Kündigung dar (*Portmann/Rudolph*, a.a.O., Art. 335 OR N 21).

5.3. Die Berufungsbeklagte behauptet, sie habe das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen wollen. Da sie nicht gewusst habe, dass eine ordentliche Kündigung auf Ende November nicht möglich gewesen sei, habe sie die Kündigung fälschlicherweise auf Ende November statt auf Ende Dezember erklärt [...]. Für diese Darstellung spricht auch das Schreiben der Treuhänderin der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin vom 29.11.2013 [...]. Darin wird die Berufungsklägerin gebeten, ihre Bankangaben «für den Monatslohn Dezember 2013» mitzuteilen. Ausserdem wird sie verwarnt, weil sie am Vortag unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei. Dieses Schreiben datiert vor der Beanstandung der Kündigung mit Schreiben vom 16.12.2013 [...]. Es ist folglich nicht vor dem Hintergrund einer Beanstandung der Kündigung verfasst worden und gibt den ursprünglichen Willen der Berufungsbeklagten wieder. Die erstmals in der Berufung aufgestellte Behauptung, das Schreiben vom 29.11.2013 sei fingiert [...], ist verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und unbewiesen. Dass die Berufungsbeklagte entgegen ihrer Darstellung die Berufungsklägerin fristlos hat entlassen wollen, ist nicht erstellt. [...]

5.4.1. Die Berufungsklägerin macht demgegenüber geltend, dass sie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als fristlose Entlassung hat verstehen dürfen [...]. Hierzu beruft sie sich auf das Kündigungsschreiben vom 25.11.2013 (vgl. E. 5.4.2 hiernach), das Verhalten der Gesellschafterin sowie der Putzfrau der Berufungsbeklagten am 28.11.2013 (vgl. E. 5.4.3) und auf den Requisitionsbericht der Kantonspolizei Basel-Stadt vom selben Tag (vgl. E. 5.4.4).

5.4.2. Die Berufungsklägerin durfte und konnte das Kündigungsschreiben vom 25.11.2013 [...] nach dem Vertrauensprinzip nicht als ausserordentliche Kündigung verstehen. Das eingeschrieben versandte Kündigungsschreiben holte sie auf der Post nicht ab. Sie hatte damit bis zum Empfang des am 11.12.2013 nochmals mit gewöhnlicher Post versandten Kündigungsschreibens [...] keine Kenntnis von diesem. Ausserdem deutet darin – abgesehen von der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist – nichts auf eine ausserordentliche Kündigung hin [...]. Als Endtermin wird das Monatsende angegeben, wie dies bei ordentlichen Kündigungen nach Ablauf der Probezeit gesetzlich vorgesehen und üblich ist (vgl. Art. 335c Abs. 1 OR). Aus der deutlich zu kurzen

Frist hätte sie daher auch nicht auf eine ausserordentliche Kündigung mit Sozialfrist schliessen können.

5.4.3. Auch aus dem Verhalten der Gesellschafterin und der Putzfrau der Berufungsbeklagten am 28.11.2013 durfte die Berufungsklägerin nicht ableiten, dass sie fristlos entlassen worden sei.

Die Berufungsklägerin behauptet, die Putzfrau habe von ihr den Schlüssel unter dem Vorwand herausverlangt, sie brauche ihn, um im Keller etwas zu holen. Als sie den Schlüssel habe zurückerhalten wollen, habe die Putzfrau erklärt, sie dürfe ihr den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, weil die Abnahme im Auftrag der Chefin erfolgt sei [...]. Die Putzfrau sagte als Zeugin aus, sie habe der Berufungsklägerin gesagt, sie solle ihr den Schlüssel geben, weil er für eine Reparatur gebraucht werde. Es sei allerdings möglich, dass die Berufungsklägerin sie nicht richtig verstanden habe [...]. Das Zivilgericht stellte auf diese Zeugenaussagen ab und kam zum Ergebnis, dass die Zeugin die Version der Berufungsbeklagten bestätigt habe, wonach der Schlüssel lediglich wegen einer Reparatur herausverlangt worden sei. Dass die Putzfrau der Berufungsklägerin mitgeteilt habe, sie dürfe den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, da dessen Abnahme im Auftrag der Chefin erfolgt sei, sei nicht bestätigt worden [...].

Die Berufungsklägerin rügt in diesem Zusammenhang die zivilgerichtliche Würdigung der Aussagen der Zeugin. Das Zivilgericht habe zu Unrecht auf die Zeugenaussagen abgestellt und nicht erkannt, dass die Antworten der Zeugin unter mehreren Gesichtspunkten nicht plausibel gewesen seien.

Erstens sei nicht geklärt worden, weshalb nach 18:00 Uhr ein Schlüssel für eine Reparatur gebraucht werde. Handwerker seien um diese Zeit nicht mehr unterwegs. Für die Reparatur am nächsten Tag habe es keinen Sinn gemacht, der Berufungsklägerin den Schlüssel abzunehmen; denn sie habe ohne Schlüssel das Lokal am Ende der Schicht um 1:00 oder 2:00 Uhr nachts (je nach Kundschaft) nicht mehr abschliessen können. Zweitens sei das Lokal, zu dem der Schlüssel passe (nämlich die Bar des Hotels [...]) bis nach Mitternacht durch die Berufungsklägerin geöffnet gewesen. Hätte jemand eine Reparatur ausführen wollen, so hätte ihn die Berufungsklägerin sicher nicht daran gehindert. Drittens hätte die Berufungsklägerin ihren Schlüsselbund sicher nicht für eine Handwerkerreparatur herausgegeben. Denn dann wäre klar gewesen, dass sie den Schlüssel nicht mehr habe, um am Ende ihrer Schicht abzuschliessen [...]. Entgegen dieser Darstellung der Berufungsklägerin ist die Aussage der Putzfrau, sie habe den Schlüssel wegen einer Reparatur herausverlangt, durchaus plausibel. Unter der Annahme, dass die Reparatur am nächsten Tag hat durchgeführt werden sollen, erscheint es naheliegend, die Putzfrau den Schlüssel während ihrer gewöhnlichen Arbeitszeit und nicht erst am Ende der Schicht der Berufungsklägerin um 1:00 oder 2:00 Uhr herausverlangen zu lassen. Das Abschliessen der Bar am Ende der Schicht der Berufungsklägerin hätte von der Gesellschafterin der Berufungsbeklagten

übernommen werden können [...]. Die Berufungsklägerin behauptet zwar, sie habe vor der Requisition der Polizei um 18:33 Uhr mehrmals vergeblich versucht, die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten anzurufen [...]. Selbst wenn dies zuträfe, könnte daraus nicht geschlossen werden, diese wäre viele Stunden später nicht in der Lage und bereit gewesen, das Lokal abzuschliessen. Dafür spricht auch, dass die Gesellschafterin während der Anwesenheit der Polizei vor Ort gewesen ist.

Viertens – so die Berufungsklägerin weiter – habe die Putzfrau bestätigt, dass es zwischen ihr und der Berufungsklägerin zu einem Streit gekommen sei. Dies leuchte kaum ein, wenn die Berufungsklägerin den Schlüssel einvernehmlich für eine angebliche Reparatur übergeben und ihn einvernehmlich nicht zurückerhalten haben sollte [...]. Die Putzfrau sagte dazu Folgendes aus: «Der Schlüssel wurde wegen einer Reparatur gebraucht. Ich habe es gesagt für sie. Vielleicht hat sie nicht richtig verstanden, was ich sagte. Wir hatten Streit. Sie sprach Hochdeutsch mit mir und rief die Polizei» [...]. Die Putzfrau sagte somit gerade nicht aus, dass der Schlüssel einvernehmlich abgenommen worden sei. Dass die Berufungsklägerin sich mit der Putzfrau gestritten und die Polizei gerufen hat, nachdem die Putzfrau der Berufungsklägerin den Schlüssel abgenommen hatte und die Berufungsklägerin die Putzfrau vielleicht nicht richtig verstanden hatte, ist durchaus nachvollziehbar und spricht nicht gegen die Plausibilität der Zeugenaussagen. So führt die Berufungsklägerin selber aus, es verwundere nicht, dass sie in Panik geraten sei und die Polizei gerufen habe, als sie festgestellt habe, dass sie den Schlüssel nicht binnen Kurzem zurückerhalten werde, habe sie doch das Lokal am Ende nicht abschliessen können [...].

Fünftens – so die Berufungsklägerin schliesslich – machten die Abnahme des Schlüssels und die Übergabe an die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten auch deshalb keinen Sinn, weil die Gesellschafterin selber über Schlüssel zu all ihren Lokalitäten verfügt habe und auf diese Weise auch einem Handwerker hätte Zugang verschaffen können [...]. Warum die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten den Schlüssel der Berufungsklägerin für die Reparatur benötigt hat, ist nicht bekannt. Es erscheint jedoch nicht unüblich, dass eine Inhaberin eines Restaurationsbetriebs den Schlüssel der ihr unterstellten Serviceangestellten für eine Reparatur durch einen Handwerker benötigt. Auch dies spricht nicht gegen die Plausibilität der Zeugenaussagen.

Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin [...] enthalten die Zeugenaussagen auch sonst keine Widersprüche. So kann zum einen den protokollierten Aussagen der Putzfrau nicht entnommen werden, dass die Berufungsklägerin den Arbeitsplatz bereits vor dem Eintreffen der Polizei verlassen habe [...]. Und zum andern kann aus dem Umstand, dass die Putzfrau im Requisitionsbericht nicht erwähnt wird, nicht geschlossen werden, die Putzfrau sei während der Requisition nicht mehr vor Ort gewesen. Die Putzfrau lieferte dafür vielmehr eine einleuchtende Erklärung, indem sie darlegte, sie sei auch dort gewesen, als die Polizei gekommen sei, aber niemand habe sie etwas gefragt [...].

Die Kritik der Berufungsklägerin an der Plausibilität der Zeugenaussagen ist mithin unbegründet. Zu Recht stellte das Zivilgericht auf die Zeugenaussagen ab. Damit ist die von der Berufungsklägerin behauptete Version des Verhaltens der Putzfrau und der Gesellschafterin der Berufungsbeklagten nicht bewiesen. Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin selbst dann nicht von einer fristlosen Entlassung hätte ausgehen dürfen, wenn ihre Version zuträfe. Das Verhalten der Putzfrau hätte auch in diesem Fall die Fristlosigkeit der Kündigung nicht mit der nötigen Eindeutigkeit und Unmissverständlichkeit zum Ausdruck gebracht. Die Berufungsklägerin hätte daher höchstens von einer ordentlichen Kündigung mit Freistellung ausgehen können. In der Berufung behauptet die Berufungsklägerin erstmals, die Putzfrau habe gesagt, sie erhalte den Schlüssel nicht zurück, weil die Chefin das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst habe und nicht wolle, dass sie noch länger hier arbeite [...]. Dabei handelt es sich um ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen ist diese Behauptung unglaubhaft, weil sie erst aufgestellt worden ist, nachdem das Zivilgericht eine fristlose Entlassung verneint hatte.

5.4.4. Gemäss dem Requisitionsbericht der Kantonspolizei Basel-Stadt vom 28.11.2013 [...] gab die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten gegenüber der Polizei an, dass sie das Arbeitsverhältnis aufgelöst und dies der Berufungsklägerin schriftlich mitgeteilt habe. Damit erklärte sie nicht, die Auflösung sei fristlos erfolgt und deshalb bereits wirksam geworden. Vielmehr bestätigte sie bloss den Inhalt des Schreibens vom 25.11.2013, das heisst eine Kündigung auf einen späteren Zeitpunkt. Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin [...] kann der Requisition auch nicht entnommen werden, dass zwischen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und dem Empfang des Schlüssels ein direkter Zusammenhang bestanden hat. Auch der Requisitionsbericht legt daher keine fristlose Entlassung nahe.

5.4.5. Gemäss diesen Erwägungen kam das Zivilgericht zu Recht zum Schluss, dass die Berufungsklägerin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht als fristlose Entlassung verstehen durfte. Die Kritik der Berufungsklägerin an der Würdigung des Sachverhalts durch das Zivilgericht ist unbegründet. [...]» (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 24.1.2018; ZB 2017.45)

9.2.1. Art. 337 OR. Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug. Ohne Vorliegen besonderer Umstände ist der eigenmächtige Ferienbezug ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung. Solche Umstände sind Versäumnisse der Arbeitgeberin bei der Regelung, Handhabung und Gewährung des Ferienanspruchs der Arbeitnehmerin (E. 2.3.1., 2.3.5.). In casu keine derartigen Versäumnisse bei einem nicht fristgerecht eingereichten Feriengesuch für die Schulferienzeit (E. 2.3.2), während der gemäss Arbeitsvertrag Abwesenheiten unerwünscht und die Genehmigung von Ferienbezügen von speziellen Voraussetzungen abhängig waren, weil berechnete Betriebsinteressen entgegenstanden (E. 2.3.3 f.). Umso mehr gerechtfertigte fristlose

Kündigung, weil die Arbeitnehmerin ein zumutbares Angebot für eine verkürzte Abwesenheit ausschlug, später aus den Ferien zurückkehrte, als sie beantragt hatte, und zudem die fristlose Kündigung für den Fall des Bezugs ungenehmigter Ferientage vertraglich angedroht war (E. 2.3.3 ff.).

Art. 329c Abs. 2 OR. Prüfung von Feriengesuchen. Es ist dabei zu berücksichtigen, weshalb ein Gesuch für den gewünschten Zeitpunkt gestellt wird. Dies gilt besonders bei kurzfristig gestellten Feriengesuchen. Dabei steht das Bedürfnis nach Erholung als vordringlicher Zweck der Ferien im Vordergrund und hat Vorrang vor anderen Feriengründen (E. 2.3.2.).

K. war seit dem Jahre 2012 bei G. als Reinigungskraft angestellt, die ein Reinigungsinstitut betreibt. Bezüglich der Ferien war Folgendes vereinbart:

«Der Zeitpunkt des jeweiligen Urlaubsantritts ist vom Arbeitnehmer, respektive von der Arbeitnehmerin rechtzeitig mit der Arbeitgeberin abzustimmen, wobei auf die betrieblichen Notwendigkeiten angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

- Ferienansprüche im Zeitraum Juli bis August werden daher nur unter speziellen Voraussetzungen genehmigt.
- Ferien- und Urlaubsgesuche müssen bis spätestens 31.3. des jeweiligen Kalenderjahres schriftlich (Formular [...] „Feriengesuch“) eingereicht werden.
- Abwesenheiten während den Schulferien sind unerwünscht.»

Am 20.5.2017 stellte K. für die Zeit vom 20. bis 25.7.2017 unter Verwendung des Ferienformulars Antrag auf Feriengewährung, was G. in der Folge unterschriftlich ablehnte. Das Ferienformular enthielt unter anderem folgenden Inhalt:

- «Feriengesuche 2017 **müssen am 31.03.2017** eingereicht werden.
- Angestellte **ohne schulpflichtige Kinder haben keinen Anspruch** auf Ferien während der Schulferienzeit.
- **Die Geschäftsleitung hält sich das Recht auf die Ferieneinteilung vor.**
- **Der Bezug ungenehmigter Ferientage wird automatisch als Arbeitsverweigerung gedeutet und hat die fristlose Kündigung zur Folge.**»

Am 5.7.2017 teilte G. ihrer Angestellten K. mit, dass sie ihr Feriengesuch am 28.5.2017 abgelehnt habe. K., habe ihr mitgeteilt, dass sie vom 20. bis 25.7.2017 in die Ferien verreise, obwohl sie ihr keine Ferien bewilligt habe. Ihr Feriengesuch vom 20.5.2017 habe das Eingabedatum 31.3.2017 deutlich überschritten. Sie verweise sie auf die Bedingungen für einen Ferienbezug und die Konsequenzen für einen ungenehmigten Ferienbezug.

Mit Schreiben vom 21. und 26.7.2017 stellte G. fest, dass K. seit dem 20.7.2017 nicht mehr zur Arbeit erschienen sei, und wies diese darauf hin, dass der Bezug ungenehmigter Ferientage als Arbeitsverweigerung gelte. Am 31.7.2017 bestätigte G. gegenüber K. die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 20.7.2017.

Nachdem sich die Parteien am 13.11.2017 vor der Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts Basel-Stadt nicht hatten einigen können, klagte K. auf Verurteilung von G. zur Zahlung einer Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung von CHF 2'173.50 nebst Zins. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 22.11.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.2.** Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der ständigen Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen der gekündigten Partei gerechtfertigt. [...] Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen Rechtsprechung für eine natürliche Person im Regelfall zwei bis drei Arbeitstage dauern darf (BGer 138 I 113 E. 6.3.2). [...].

2.3.1. Nach Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes zu vereinbaren ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der eigenmächtige Ferienbezug durch die Arbeitnehmerin entgegen eines abschlägigen Entscheides der Arbeitgeberin grundsätzlich als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung angesehen. Sofern keine besonderen Umstände vorliegen, erblickt das Bundesgericht im eigenmächtigen Ferienbezug eine Handlung, die geeignet ist, das Vertrauen im Arbeitsverhältnis derart zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist und sie daher zur fristlosen Vertragsauflösung berechtigt ist. Beispielhaft für besondere Umstände, die den eigenmächtigen Ferienbezug als weniger oder gar nicht schwerwiegend erscheinen lassen, führt das Bundesgericht den Fall an, dass die frühzeitig angefragte Arbeitgeberin den legitimen Ferienwünschen der Arbeitnehmerin keine Rechnung trägt, obschon die Interessen des Betriebes kaum beeinträchtigt werden (BGE 108 II 301 E. 3).

2.3.2. Vorliegend haben die Parteien im Arbeitsvertrag [...] vereinbart, dass Urlaubsgesuche bis spätestens 31. März des jeweiligen Kalenderjahres schriftlich (Formular [...] «Feriengesuch») eingereicht werden müssen [...] Eine derartige Vertragsbestimmung steht im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien. Für die Arbeitnehmerin ist die Fristansetzung zur Einreichung der Feriengesuche Gelegenheit und Anlass, sich frühzeitig über ihre Ferienpläne klarzuwerden. Dabei wird sie bei einer frühzeitigen Anmeldung davon ausgehen dürfen, dass sich ihre Ferienwünsche eher mit den Betriebsinteressen vereinbaren lassen und daher eher bewilligt werden. Andererseits kann auch die Arbeitgeberin bei einer frühzeitigen Ferienanmeldung die diversen Ferienwünsche

ihrer Angestellten besser untereinander und mit den Interessen des Betriebes koordinieren, damit möglichst alle Ferienwünsche angemessen berücksichtigt und bewilligt werden können.

Vorliegend stellte die Klägerin ihr Feriengesuch am 20.5.2017 und damit nicht bis zum im Arbeitsvertrag festgelegten Termin am 31.3.2017. Als Grund für die nachträgliche Einreichung bringt die Klägerin vor, dass ihr die Beklagte in den vergangenen Jahren bei diversen Anlässen jeweils für mehrere Tage kurzfristig Urlaub gewährt habe, um privaten Verpflichtungen nachzugehen [...]. Die Beklagte wendet dagegen ein, es entbehre jeder Grundlage, aus ihrem Entgegenkommen abzuleiten, dass die Klägerin für die Zukunft von jeglichen Vorgaben betreffend die Regelung des Ferienbezugs befreit gewesen sei. Es sei ihr, der Beklagten, vielmehr zugutezuhalten, dass sie auch kurzfristige Gesuche kulant behandelt habe, wenn es ihr aus betrieblichen Gründen möglich gewesen sei [...].

Es ist aufgrund der von der Klägerin nicht bestrittenen Aussagen [...] des Zeugen X. anlässlich der Hauptverhandlung erstellt, dass die Beklagte der Klägerin bei früheren Gelegenheiten entgegengekommen war und kurzfristig gestellte Feriengesuche bewilligt hatte. Einmal sei dies wegen einer Zahnbehandlung und einmal wegen eines Todesfalles gewesen [...]. Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres auf einen entsprechenden Anspruch der Klägerin auf eine Bewilligung bei weiteren kurzfristigen Feriengesuchen geschlossen werden. Andernfalls wäre damit eine Änderung des Arbeitsvertrages verbunden gewesen, auf die sich selbst die Klägerin nicht beruft. Davon abgesehen hätte die Beklagte kaum lediglich den Arbeitsvertrag mit der Klägerin, sondern wohl auch die Verträge mit allen übrigen Angestellten geändert, um die gesamte Belegschaft entsprechend gleich behandeln zu können.

Hinzu kommt, dass bei der Prüfung der Feriengesuche die Arbeitgeberin auch zu berücksichtigen hat, weshalb die betreffende Arbeitnehmerin zum gewünschten Zeitpunkt freinehmen möchte. Dies gilt umso mehr, wenn die Feriengesuche kurzfristig gestellt werden. Der Grund für den jeweiligen Ferienwunsch muss in diesen Fällen besonders dringlich ein. Dabei steht das Bedürfnis einer Arbeitnehmerin nach Erholung von der Arbeit als vordringlicher Zweck der Ferien im Vordergrund. Eine gewisse Dringlichkeit war bei den früheren kurzfristig beantragten und bewilligten Feriengesuchen vorhanden, als die Klägerin sich damals zu einer Zahnbehandlung und zu einer Beerdigung begeben musste. Vorliegend ersuchte die Klägerin am 20.5.2017 um Freitage, weil sie zur Hochzeit ihres Bruders nach Rom fliegen wollte. Dieser Anlass lässt sich nicht mit diesen bei früheren Gelegenheiten geltend gemachten Feriengründen gleichsetzen, sondern muss als weniger dringlich angesehen werden.

2.3.3. Zudem haben die Parteien im Arbeitsvertrag [...] vereinbart, dass Abwesenheiten während den Schulferien unerwünscht sind [...]. Dies ist im Ferienformular dahingehend verdeutlicht, als es darin heisst, dass Angestellte ohne schulpflichtige Kinder keinen Anspruch auf Ferien während der Schulferienzeit haben [...]. Der Grund für diese Regelung im Arbeitsvertrag liegt nach Aussagen der Beklagten darin, dass in den Schulferien regelmässig alle Angestellten mit eigenen Kindern Ferien beziehen

möchten. In dieser Zeit könne sie nur rechtzeitig eingereichte Feriengesuche berücksichtigen, weil sie anschliessend die Planung darauf ausrichte, dass gerade noch genügend Arbeitnehmerinnen anwesend seien, um den Betrieb am Laufen zu halten, was der Klägerin auch mitgeteilt worden sei [...].

Die Klägerin wendet dagegen ein, sie habe vom Familienanlass sehr spät erfahren und daher ihren Ferienwunsch nicht vor dem 31.3.2017 einreichen können [...]. Ob dies zutrifft, kann nicht beurteilt werden, weil die Klägerin weder angibt noch beweist, wann sie zur Hochzeit in Rom ihres Bruders eingeladen worden war. Zudem übersieht die Klägerin mit ihrem Einwand, dass Angestellte mit schulpflichtigen Kindern, die ihre Ferien rechtzeitig angemeldet haben, Vorrang bei der Bewilligung ihrer Urlaubswünsche haben, die in die Schulferien fallen. Dies gilt selbst gegenüber einer Mitarbeiterin, die selber schulpflichtige Kinder hat, ihre Ferien aber nicht rechtzeitig angemeldet hat. Davon abgesehen waren die Kinder der Klägerin, geboren am 6.4.1996 [...] und am 31.10.2001 [...], anlässlich des strittigen Ferienbezugs nicht mehr schulpflichtig. Die Schulpflicht des jüngeren Kindes hatte mit dem Ende des Schuljahres am 30.6.2017 (§ 56 Abs. 3 Schulgesetz, SG 410.100) geendet. Ferner darf die Arbeitgeberin bei der Bewilligung jenen Feriengesuchen, die den Angestellten Familienferien zur Erholung ermöglichen, gegenüber Gesuchen aus anderen Gründen den Vorzug geben, weil sie dem eigentlichen Zweck der Ferien entsprechen.

Vorliegend ist zudem zu berücksichtigen, dass die Beklagte und der als Zeuge befragte X. an der Hauptverhandlung mehrfach und übereinstimmend ausführten, dass die Beklagte der Klägerin mündlich angeboten habe, dass sie ihr zwei Tage für die Teilnahme an der Hochzeit freigebe [...], was diese jedoch mit der Begründung zurückgewiesen habe, sie benötige alle eingegebenen Tage der Kinder wegen [...] und habe die Flugbillette für sich und ihre Kinder bereits gekauft [...]. Die Klägerin hat dieser Darstellung nicht widersprochen [...], während die Arbeitslosenkasse UNIA als Klägerin im Parallelprozess gegen die Beklagte lediglich darauf hinwies, dass darüber nichts in den Schreiben der Beklagten erwähnt ist [...].

Es ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin entgegenkommen und statt einer sechstägigen Abwesenheit, eine solche von immerhin zwei Tagen gewähren wollte, um ihr die Teilnahme an der Hochzeit ihres Bruders zu ermöglichen. Dabei hat die Klägerin dieses Angebot aus Gründen ausgeschlagen, die unter den gegebenen Umständen nicht massgebend sein können. Eine Arbeitnehmerin, die eine Reise bucht, bevor die hierfür erforderlichen Ferientage bewilligt sind, geht das Risiko ein, dass die Arbeitgeberin ihr die Ferien nicht bewilligen kann und sie Ausgaben tätigt, die möglicherweise vom betreffenden Reiseunternehmen nicht zurückgefordert werden können, wenn sie die Reise nicht antreten kann. Es steht ihr nicht zu, die Arbeitgeberin dadurch bei der Beurteilung, ob sich ihr Ferienwunsch mit den legitimen Betriebsinteressen verträgt, vor vollendete Tatsachen zu stellen und unter Druck zu setzen. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin nicht geltend macht, dass die Beklagte sich mit der Ablehnung des Feriengesuchs und deren Mitteilung übermässig lange Zeit gelassen hätte, nachdem sie das Gesuch am 20.5.2017 gestellt hatte [...]. Vielmehr teilte ihr

dies die Beklagte nach deren unwidersprochenen Angaben umgehend bzw. am 28.5.2017 mit [...].

Zu keinem anderen Schluss führt auch der Einwand der Klägerin, dass es ihr die finanziellen Möglichkeiten nicht erlaubt hätten, für sich und ihre Kinder Flugtickets kurzfristig zu kaufen, womit sie sich dazu gezwungen gesehen habe, die Reise frühzeitig zu buchen [...]. Es wäre ihr auch unter diesem Gesichtspunkt zumutbar gewesen, den ablehnenden Entscheid und das Angebot der Beklagten, ihr einen verkürzten Ferienaufenthalt zu gewähren, abzuwarten. Davon abgesehen setzt sich die Klägerin mit dieser Argumentation in Widerspruch zum eigenen Verhalten, als sie vorbrachte, beim Rückflug aus Rom das Flugzeug verpasst zu haben, und erst am Folgetag zurückkehrte. Die Beklagte hat auf die – gegenüber der im Feriengesuch angegebenen Ferienzeit vom 20. bis 25.7.2017 [...] – um einen Tag verspätete Rückkehr [...], mehrfach hingewiesen, ohne dass die Klägerin dem widersprochen und sich gerechtfertigt hätte [...]. Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin für die Rückreise am Folgetag der zunächst gebuchten Rückreise nochmals Flugtickets für sich und ihre Kinder kaufen musste und daher grössere Ausgaben hatte.

2.3.4. Die Beklagte begründet ihren Entscheid, das Feriengesuch der Klägerin abzulehnen, damit, dass schon zu viele Angestellte mit schulpflichtigen Kindern für die Sommerferien um Bewilligung von Ferien nachgesucht hätten und sie weiteres Personal nicht habe aufrufen können, um die Arbeiten der Klägerin zu übernehmen [...]. Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Beklagte ausreichend Personal zur Verfügung gehabt habe, um ihre Abwesenheit zu kompensieren, zumal sie ihr auch in anderen Jahren kurzfristig Urlaub gewährt habe [...]. Es sei der Beklagten betriebsorganisatorisch jederzeit möglich gewesen, auf ihre Arbeitskraft zu verzichten. Die Beklagte habe bereits nach ihrem Ferienantrag den Dienstplan abgeändert, um die während ihrer Abwesenheit anfallenden Arbeiten durch zwei Kolleginnen, die bei der Beklagten ebenfalls teilzeitlich beschäftigt seien, erledigen zu lassen, was denn auch geschehen sei [...]. Dem widerspricht die Beklagte. Sie habe aufgrund der nicht bewilligten Absenz der Klägerin Mitarbeiter von einem anderen Einsatzort abziehen müssen, um die Arbeiten der Klägerin bewältigen zu können. Im Gegenzug hätten sie und ihr Sohn deren Arbeiten übernommen, was nur unter grossem persönlichem Einsatz möglich gewesen sei [...]

Die Klägerin berief sich für ihre Behauptungen auf N. [...], die Beklagte [...] auch auf X. als weiteren Zeugen [...]. [...] N. gab zu Protokoll, dass sie für die Zeit der Abwesenheit der Klägerin Ende Juli deren Arbeiten in der Migros P. übernommen habe. Normalerweise arbeite sie an einem anderen Ort, beispielsweise am Vormittag in der Migros M. Die Beklagte habe sie dazu angewiesen, die Schicht der Klägerin zu übernehmen, weil diese nicht da sei. Wann die Beklagte sie dazu angewiesen habe, wisse sie nicht mehr genau [...]. X. führte als Zeuge aus, er sei die rechte Hand der Beklagten und arbeite zu 100% im Betrieb. Sie hätten eine Umteilung der Arbeitszeiten vorgenommen, weil die Klägerin nicht zur Arbeit gekommen sei. Dabei habe N. die Schicht der Klägerin übernommen, weil sie deren Arbeitsplatz gekannt habe. In dieser Zeit

habe er N. an deren Einsatzort ersetzt und Unterhaltsarbeiten verrichtet, was er sonst nicht regelmässig mache [...].

Es kann als notorisch gelten, dass Arbeitgeber während der Schulferien bei gleichbleibendem Auftragsbestand über weniger einsatzbereites Personal verfügen, weil die Angestellten mit schulpflichtigen Kindern regelmässig in dieser Zeit ihre Ferien beziehen. Dies ist ganz besonders während den Sommerschulferien in den Monaten Juli und August der Fall. Zudem müssen die Arbeitgeber stets damit rechnen, dass die in der Ferienzeit noch zur Verfügung stehenden Mitarbeiter erkranken oder verunfallen. Um auch während diesen Zeiten die Aufträge ihrer Kunden in gewohnter Quantität und Qualität bewältigen zu können, bedarf es daher einer frühzeitigen und sorgfältigen Personalplanung. Dabei sind die Arbeitgeber bestrebt, möglichst eigene, mit den Verhältnissen im Betrieb und am Arbeitsplatz vertraute Angestellte einsetzen zu können. In diesem Sinne weist der Arbeitsvertrag der Parteien darauf hin, dass Ferienansprüche im Zeitraum Juli bis August nur unter speziellen Voraussetzungen genehmigt werden. Zudem wird im Ferienformular verdeutlicht, dass Angestellte ohne schulpflichtige Kinder während der Schulferienzeit keinen Anspruch auf Ferien haben. Diese Einschränkungen beim Ferienbezug während den Schulferien dienen dazu, nur jenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in dieser Zeit Ferien zu gewähren, die ihrer Kinder wegen darauf angewiesen sind.

Auch kann die Klägerin aus dem Umstand, dass die Beklagte während ihrer Abwesenheit ihre Arbeit durch andere Arbeitskräfte erledigen liess, nicht darauf schliessen dass durch ihre Abwesenheit die Betriebsinteressen nicht tangiert wurden. Sie ist den Beweis dafür schuldig geblieben, dass die Beklagte frühzeitig anderes Personal versetzen konnte und entsprechend im Hinblick auf ihre Abwesenheit auch umdisponierte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Zeuge X., der administrative Aufgaben im Betrieb der Beklagten wahrnimmt [...], kurzfristig für den Reinigungsdienst einspringen musste, wobei die konkrete Arbeit der Klägerin, mit der er nicht vertraut war, durch die Zeugin N. übernommen wurde, während er deren Arbeit erledigte. Damit ist die Situation nicht mit einem vom Bundesgericht beurteilten Fall vergleichbar, als einer von zwei Co-Direktoren eigenmächtig Ferien bezog, während der andere Direktor die Arbeit allein weiterführte und weiterführen konnte. Zudem hatte der damals entlassene Angestellte während fast zwei Jahren nie zwei Wochen Ferien am Stück beziehen können, wie es gesetzlich (Art. 329c Abs. 1 OR) vorgeschrieben ist, was vorliegend die Klägerin nicht zusätzlich vorbrachte und beanstandete. Nur unter diesen besonderen Umständen wurde die dortige fristlose Kündigung durch das Bundesgericht als ungerechtfertigt angesehen (BGer 4C.270/1999 E. 2b).

2.3.5. Die Klägerin moniert ausserdem, dass die fristlose Kündigung sie mit besonderer Härte treffe, weil sie eine 55-jährige alleinerziehende Teilzeitangestellte ohne berufliche Qualifikation sei [...].

Besondere Umstände, die einen eigenmächtigen Ferienbezug als weniger oder gar nicht schwerwiegend erscheinen lassen, sind Versäumnisse der Arbeitgeberin bei der Regelung, Handhabung und Gewährung des Ferienanspruchs der Arbeitnehmerin.

Falls derartige Versäumnisse festgestellt werden, können zur Beurteilung, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, auch weitere Umstände, die das Arbeitsverhältnis oder die Angestellte betreffen, berücksichtigt werden, wie beispielsweise, dass das Arbeitsverhältnis lange gedauert hatte und eine Arbeitnehmerin nie Anlass zu Beschwerden gab (vgl. BGer 4C.270/1999 E. 2c, 4C.201/2004 E. 4.2 f.). Vorliegend ist im Arbeitsvertrag und Ferienformular klar geregelt, wie und wann die Ferien bezogen und gewährt werden. Die Regelung nimmt auf die Interessen beider Parteien angemessen Rücksicht. Der Beklagten können auch keinerlei Versäumnisse beim Umgang und bei der Gewährung des Ferienanspruchs vorgeworfen werden. Der eigenmächtige Ferienbezug durch die Klägerin kann daher nicht als weniger oder überhaupt als gar nicht schwerwiegend betrachtet werden. Daran können die von der Klägerin aufgeführten Umstände nichts ändern. Andernfalls wäre auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin wiederholt Anlass zu Beanstandungen insbesondere bezüglich ihres Verhaltens gegenüber Arbeitskollegen und ihrer Arbeitsausführung gab und deswegen mehrmals verwarnt wurde [...].

2.3.6. Ferner bringt die Klägerin vor, dass ihr die fristlose Kündigung vom 31.7.2017 nach dem 1.8.2017 und rückwirkend auf den 20.7.2017 zugestellt worden sei [...]. Eine Kündigung beendet ein Arbeitsverhältnis sofort oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist, sobald sie bei der Kündigungsadressatin zugeht und zur Kenntnis genommen werden kann. Hingegen kann sie keine rückwärts gerichtete Wirkung entfalten. Für die Rechtzeitigkeit einer fristlosen Kündigung wird darauf abgestellt, wann die kündigende Partei auf die Vertragsverletzung durch die Vertragspartnerin reagiert und die Kündigung ausspricht. In einem Schreiben vom 26.7.2017 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass der Bezug ungenehmigter Ferientage als Arbeitsverweigerung gelte, sodass zurzeit kein Arbeitsverhältnis bestehe und ihre Zutrittsberechtigung zu den Kunden- und den Betriebsräumlichkeiten erloschen sei [...]. Das Schreiben ist nach dem Vertrauensprinzip in Zusammenhang mit dem Ferienformular auszulegen. Darin wird ein unbewilligter Ferienbezug als Arbeitsverweigerung bezeichnet, der eine fristlose Kündigung zur Folge hat [...]. Darauf wurde die Klägerin auch im Schreiben vom 5.7.2017 der Beklagten hingewiesen [...]. Daher durfte und musste die Klägerin das Schreiben vom 26.7.2017 als fristlose Vertragsauflösung seitens der Beklagten verstehen. Das nachfolgende Schreiben der Beklagten vom 31.7.2017 bestätigt die fristlose Kündigung und geht ausführlich auf die Arbeitsverweigerung der Klägerin und weitere Kündigungsgründe ein. Dieses Schreiben dürfte am 31.7.2017 per A-Post versandt worden sein, sodass mit einer Zustellung am nächsten Werktag zu rechnen war. Dies deckt sich mit der Aussage der Klägerin, dass sie die Kündigung nach dem 1.8.2017, einem Feiertag, erhalten habe [...]. Der 2.8.2017, ein Mittwoch, war ein Werktag, an dem die Post Zustellungen vornimmt.

Wie erwähnt (vorstehend Ziffer 2.2) wird einer natürlichen Person wie der Beklagten im Regelfall eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen vor einer fristlosen Kündigung zugestanden. Da der eigenmächtige Ferienbezug der Klägerin bis am 26.7.2017, einem Mittwoch, gedauert hatte, hatte die Beklagte erst nach deren hinaus-

gezögerten Rückkehr umfassende Kenntnis des vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin. Selbst wenn die Kündigung erst mit dem Schreiben vom 31.7.2017, einem Montag, ausgesprochen worden sein sollte, so vergingen bis dahin drei Arbeitstage, bis die Beklagte reagierte. Damit erfolgte die fristlose Kündigung so oder anders rechtzeitig.

2.3.7. Zusammengefasst ist festzustellen, dass die Ferienregelung der Parteien im Arbeitsvertrag und Ferienformular, deren Handhabung und die Gewährung des Ferienanspruchs der Klägerin durch die Beklagte gesetzmässig und angemessen waren. Hingegen stellte die Klägerin das Feriengesuch klar verspätet, widersetzte sich den berechtigten Betriebsinteressen und ging zu Unrecht auch nicht auf das Angebot der Beklagten ein, ihr eine verkürzte Abwesenheit zu bewilligen, um ihr die Teilnahme an der Hochzeit ihres Bruders immerhin teilweise zu ermöglichen. Zudem verlängerte die Klägerin den angekündigten Ferienaufenthalt um einen Tag, ohne dass sie sich hierfür rechtfertigte und rechtfertigen kann. Ferner wies die Beklagte die Klägerin wiederholt darauf hin, dass sie einen eigenmächtigen Ferienbezug nicht dulden und als Arbeitsverweigerung ansehen werde, was eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen werde. Unter diesen Umständen erfolgte die fristlose Kündigung der Beklagten aus zureichenden Gründen und fristgerecht, weshalb sie gerechtfertigt ist (vgl. BGer 4C.201/2004 E. 3.1, 4.2; BGer JAR 1998 S. 210). [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 22.11.2018; GS 2018.6)

9.2.2. Art. 337 OR. Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug. Der eigenmächtige Ferienbezug entgegen einem abschlägigen Bescheid der Arbeitgeberin ist grundsätzlich ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung. Massgebend sind die Umstände des konkreten Einzelfalls (E. 2.3.). In casu gerechtfertigte fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug nach bloss bedingt erteilter und widerrufenen Ferienzusage für die betriebliche Hochsaison, während der eine allgemeine Feriensperre galt, und anschliessender rechtsgenügender Androhung der fristlosen Kündigung (E. 2.3 f.).

Art. 329c Abs. 2 OR. Beweislast bezüglich Ferienbewilligung. Beim Streit darüber, ob Ferien bewilligt wurden, trägt die Arbeitnehmerin die Beweislast (E. 2.1.).

Die bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Basel-Stadt gegen Arbeitslosigkeit versicherte H. war seit dem 1.4.2014 zu 100% als Küchenhilfe beim verstorbenen Ehemann von B. zu einem Gehalt von CHF 3'500.00 brutto zuzüglich 13. Monatslohn angestellt, der das Restaurant P. führte. Vom 24.7.2015 an blieb H. der Arbeit fern, worauf sie mit Schreiben vom 27.7.2015 verwahrt und zur Arbeitsaufnahme aufgefordert wurde, der H. jedoch nicht nachkam. Als H. am 10.8.2016 wieder zur Arbeit erschien, wurde ihr fristlos gekündigt. Die Arbeitslosenkasse bezahlte H. gesamthaft für die Zeit vom 7.9.2015 bis 9.2.2016 und vom 19.6.2016 bis 31.8.2016 Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 AVIG im Umfang von netto CHF 18'846.30. Nach Einreichung eines Schlichtungsgesuchs durch die Arbeitslosenkasse kam es zwischen ihr und der Witwe B. zu keiner Einigung, worauf die Kasse am 3.4.2018 vor Arbeitsgericht deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 18'846.30 zuzüglich Betriebskosten und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der angehobenen Betreuung verlangte. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 5.11.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.1.** Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist. Falls zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin Streit besteht, ob Ferien bewilligt wurden oder nicht, so trägt die Arbeitnehmerin die Beweislast.

2.2. Liegen wichtige Gründe vor, so kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (vgl. Art. 337 Abs. 1 [...] OR [...]). Gemäss Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf. Eine fristlose Kündigung ist jedoch nur bei besonders schweren Verfehlungen der Gekündigten gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die Verfehlungen der Gekündigten müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Kündigenden die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und sie müssen auch tatsächlich zu einer Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 129 III 380, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Die Schwere des Vergehens, das zur fristlosen Kündigung geeignet ist, kann absolut oder relativ sein. Bei Vorliegen eines absolut schweren Vergehens genügt eine einmalige Verletzung vertraglicher Pflichten, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Bei der relativen Schwere einer Pflichtverletzung hingegen muss der fristlosen Kündigung eine Verwarnung vorausgehen (BGE 127 III 153, E. 1c; vgl. zum Ganzen auch *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2012, Art. 337 OR). Die Zumutbarkeit der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bestimmt sich ferner stets mit Bezug auf die nächste ordentliche Beendigungsmöglichkeit (ordentliche Kündigung, Ende der festen Vertragsdauer; BGE 117 II 560, E. 3b). Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet allerdings eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung für eine juristische Person bis sieben Tage dauern darf (BGE 4C.185/2006, E. 2.3).

Wer ein Arbeitsverhältnis fristlos kündigt, trägt die Beweislast, dass hierfür wichtige Gründe vorliegen und die Kündigung rechtzeitig ausgesprochen wurde (Art. 8 ZGB).

2.3. Nach Lehre und Rechtsprechung begründet das unentschuldigte Wegbleiben vom Arbeitsplatz dann einen wichtigen Grund, wenn die Arbeitsverweigerung beharrlich ist und ihr eine Verwarnung unter klarer Androhung der fristlosen Entlassung vorausgegangen ist. Die Voraussetzungen der Beharrlichkeit und der vorgängigen Verwarnung gelten jedoch nur bei einem Wegbleiben von kurzer Dauer. Bleibt eine Arbeitnehmerin während mehrerer Tage der Arbeit fern oder ist der Absenz eine klare Aufforderung des Arbeitgebers vorausgegangen, am Arbeitsplatz anwesend zu sein, so entfallen diese Voraussetzungen (vgl. GSGE vom 3.12.2009, GS 2009.328). Weiter wird insbesondere der eigenmächtige Ferienbezug durch die Arbeitnehmerin entgegen einem abschlägigen Bescheid der Arbeitgeberin grundsätzlich als wichtiger Grund

für eine fristlose Entlassung angesehen (BGE 127 III 153 E. 1b; 108 II 301 E. 3b). Denn sofern keine besonderen Umstände vorliegen, ist der eigenmächtige Ferienbezug eine Handlung, die geeignet ist, das Vertrauen so zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar und eine fristlose Auflösung desselben durch die Arbeitgeberin gerechtfertigt ist. Bestehen allerdings besondere Umstände, so kann die Erschütterung des Vertrauensverhältnisses durch den eigenmächtigen Ferienbezug weniger oder gar nicht schwer wiegen (BGE 108 II 301, E. 3b), so z.B. bei der Sicherstellung der Arbeitsleistung durch einen anderen Arbeitnehmer (vgl. BGer 4C.270/1999 vom 7.2.2000). Massgebend sind somit auch beim eigenmächtigen Ferienbezug die Umstände des konkreten Einzelfalls (AGE vom 31.5.2010, Verf.Nr. BE 2009.995, GS 2009.191 E. 3.1).

Im vorliegenden Fall wird in der schriftlichen Bestätigung der fristlosen Kündigung vom 18.8.2015 [...] als Grund für die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses angegeben, dass die Arbeitnehmerin unentschuldig ihrer Arbeitsstelle ferngeblieben sei und auch nach schriftlicher Aufforderung bzw. Abmahnung vom 27.7.2015 [...] bis am 31.7.2015 nicht zur Arbeit erschienen sei.

Unbestritten ist, dass die Arbeitnehmerin im Zeitraum vom 24.7.2015 bis 9.8.2015 nicht zur Arbeit erschien und stattdessen in den Ferien weilte. Die Klägerin macht indes geltend, dass ihre Ferien vorab im Mai 2015 seitens des Ehemannes der Beklagten bewilligt wurden. Die Beklagte hingegen bestreitet die Bewilligung der Ferien vehement. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Ferien gerade nicht bewilligt wurden. Ferner bringt sie vor, dass in ihrem Betrieb allen Mitarbeitenden bereits beim Bewerbungsgespräch mitgeteilt wurde, dass aufgrund des saisonalen Hochbetriebs im Sommer keine Ferien bewilligt werden können. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5.11.2018 konnten die ehemaligen Mitarbeiterinnen D. und T. auch bestätigen, dass die Ferienregelung bereits beim Einstellungsgespräch klar kommuniziert wurde und allen im Betrieb bekannt war. Die Arbeitnehmerin ihrerseits sagte an der Hauptverhandlung aus, dass ihr der Ehemann der Beklagten die Ferien lediglich mündlich zusicherte. Weiter habe die Beklagte der Arbeitnehmerin dann erst zwei Tage vor Ferienbeginn offenbart, dass sie nun doch nicht in die Ferien gehen könne, da ihnen (der Beklagten und ihrem Ehemann) keine Ersatzperson zur Verfügung stehe. Die Beklagte sagte sodann aus, dass ihr Ehemann die Ferien lediglich unter der Bedingung bewilligt hätte, dass die Arbeitnehmerin eine Ersatzperson organisiere. Dieser Bedingung ist die Arbeitnehmerin jedoch nicht nachgekommen. Schliesslich wird dies seitens der Klägerin auch nicht bestritten. Nichtsdestotrotz wäre es an der Klägerin gewesen, gemäss Art. 8 ZGB den Beweis zu erbringen, dass sie der Arbeitgeberin eine valable Ersatzperson zur Verfügung gestellt hat.

2.4. Eine Verwarnung muss einerseits den Vorwurf der Arbeitgeberin an die Arbeitnehmerin (Rügefunktion) und andererseits die Androhung einer Sanktion (Warnfunktion) enthalten, sollte sich diese inskünftig entgegen der Verwarnung verhalten (BGE 127 III 153 E. 1b). Aus einer Verwarnung muss dabei klar zu entnehmen sein, welche Verhaltensweisen die Arbeitgeberin nicht toleriert und wie sich die Arbeitnehmerin in Zukunft zu verhalten hat (BGer 4C.370/2004 E. 2.2.3). Damit eine Verwarnung als

Grundlage für eine fristlose Kündigung dienen kann, muss das Verhalten der Arbeitnehmerin, das Anlass zur fristlosen Kündigung sein soll, ihr thematisch zugeordnet werden können (BGer 4C.364/2005 E. 3.1; BGE 127 III 153 E. 1c). Aufgrund des Klarheitsgebots hat die Arbeitgeberin zudem die fristlose Kündigung als Sanktion im Falle einer Widerhandlung gegen die Verwarnung ausdrücklich anzudrohen (BGer 4C.247/2006 E. 2.4; AGer BS, JAR 2011, 435 E. 1g = BJM 2014, S. 71).

Mit Schreiben vom 27.7.2015 forderte die Beklagte zusammen mit ihrem Ehemann [die Arbeitnehmerin] auf, ihre Arbeit bis spätestens 31.7.2015 unverzüglich wieder aufzunehmen. Weiter wurde die Arbeitnehmerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie bei Nichterscheinen mit der fristlosen Kündigung rechnen muss. Da die Arbeitnehmerin sodann innert der gesetzten Frist nicht zur Arbeit erschienen ist, hat die Beklagte, wiederum zusammen mit ihrem Ehemann, mit eingeschriebenem Brief vom 18.8.2015 H. die Arbeitsstelle fristlos gekündigt.

Die Arbeitnehmerin habe ihrerseits dem Ehemann der Beklagten mit Schreiben vom 18.8.2015 ihre Arbeit angeboten. Weiter habe sie kundgetan, dass sie schwanger sei. Mit Schreiben vom 28.8.2015 wurden die Beklagte und ihr Ehemann darüber hinaus von der Rechtsschutzversicherung der Arbeitnehmerin angeschrieben. Diese hielt nochmals fest, dass die Ferien der Arbeitnehmerin vereinbart waren und dass letztere wie zuvor abgemacht am Montag, 10.8.2015, zur Arbeit erschienen sei. Damit habe sie ihre Arbeitsleistung angeboten.

Da die Arbeitnehmerin während mehrerer Tage der Arbeit fernblieb und ihrer Absenz eine klare Aufforderung des Arbeitgebers vorausgegangen war, am Arbeitsplatz anwesend zu sein, wäre wohl nicht einmal eine schriftliche Abmahnung nötig gewesen (vgl. GSGE vom 3.12.2009, GS 2009.328). Diese Diskussion erweist sich jedoch als obsolet, da mit Schreiben vom 27.7.2015 ohnehin eine rechtsgültige Abmahnung vorliegt. Denn in der Verwarnung ist einerseits der Vorwurf angegeben (unentschuldigtes Nichterscheinen am Arbeitsplatz), andererseits werden auch die Sanktionen bei andauerndem Fernbleiben genannt (fristlose Kündigung).

2.5. Es kann somit festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall die fristlose Kündigung aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs der Arbeitnehmerin gerechtfertigt war. Insbesondere scheint im Restaurant P. allgemein bekannt gewesen zu sein, dass im Sommer aufgrund der hohen Belastung keine Ferien bezogen werden können. Darüber hinaus hat die Beklagte die Arbeitnehmerin [vorgängig] zur fristlosen Kündigung rechtsgenügend abgemahnt. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 5.11.2018; GS 2018.10)

9.3. Art. 337 OR. Fristlose Kündigung bei Verletzung von Geheimhaltungspflichten. Das Fotografieren der Bewerbung einer Arbeitskollegin durch einen Sicherheitsangestellten in den Räumlichkeiten der Kundin und das Versenden des Fotos an diese Kollegin rechtfertigt eine fristlose Kündigung. Der Arbeitnehmer versties gegen seine Geheimhaltungspflichten gemäss Geheimhaltungsverpflichtung, Gesamtarbeitsvertrag und Einsatzreglement. (E. 3.2 ff.).

Art. 321a Abs. 4 OR / Art. 27 GAV privater Sicherheitsdienstleistungen. Offenlegung von Geheimnissen. Die Rechtfertigung der Offenlegung eines Geheimnisses durch höherrangige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit setzt voraus, dass die Mitteilung des Geheimnisses verhältnismässig ist. Es wäre dem Arbeitnehmer in casu zumutbar gewesen, eine allfällige Verletzung des Datenschutzgesetzes durch die Kundin dem Vorgesetzten zu rapportieren oder der Kundin zu melden (E. 3.7.).

Art. 330a OR. Beendigungsmotiv im Arbeitszeugnis. Der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv für die Beendigung sind aufzuführen, soweit dies für die generelle Einschätzung des Arbeitnehmers nötig ist. Die Erwähnung der Verletzung der Geheimhaltungspflichten als einmaliger Vorfall ist in casu weder zur generellen Einschätzung des Arbeitnehmers noch zur Vermeidung eines unwahren Zeugnisses erforderlich (E. 4.2.).

Am 16.10.2012 stellte die B. AG A. als Sicherheitsangestellten an. A. war in der Nacht vom 23. auf den 24.11.2015 auf einem Kontrollgang im Zentrum C., das von der D. betrieben wurde. Dabei betrat er das Büro der damaligen stellvertretenden Leiterin des Zentrums und Angestellten der D.. Auf deren Tisch lagen verschiedene Bewerbungs-dossiers, darunter auch das Dossier von F., einer Arbeitskollegin von A. bei der B. AG. A. fotografierte deren Unterlagen mit seinem Smartphone und verschickte am frühen Abend des 24.11.2017 ein Bild davon per WhatsApp samt Kommentar an diese Arbeitskollegin. Aufgrund einer entsprechenden Meldung von F. erfuhr die B. AG von diesem Geschehen, worauf sie A. am 27.11.2017 fristlos kündigte. Nach dem Schlichtungsverfahren ohne Einigung verlangte A. am 30.9.2016 vor Arbeitsgericht die Verurteilung der B. AG zur Zahlung des ausstehenden Lohnes bis 31.1.2016 von CHF 7'693.55, einer Entschädigung von CHF 7'327.20 (zwei Monatslöhne) aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ohne Erwähnung der fristlosen Kündigung. Mit Entscheid vom 3.7.2017 wies das Zivilgericht die Klage vollumfänglich ab. Hiergegen legte A. am 22.9.2017 Berufung ein, die das *Appellationsgericht Basel-Stadt* am 12.12.2017 aus folgenden Gründen teilweise guthiess, im Übrigen jedoch abwies.

«[...] **3.2.** Der Berufungskläger macht geltend, er habe weder gegen Ziff. 3.2 noch gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements verstossen, weil er nur einen Blick auf die zuoberst auf dem Tisch liegende Bewerbung geworfen und diese fotografiert habe [...]. Diese Rüge ist unbegründet. Gemäss Ziff. 4.3 des Einsatzreglements der Berufungsbeklagten durfte der Berufungskläger «nie Einsicht in Schriftstücke, [...], des Kunden nehmen» [...]. Da sich die Bewerbung in der Obhut der D. befand [...], handelte es sich um ein Schriftstück eines Kunden. Die Einsichtnahme in ein Schriftstück setzt nicht voraus, dass dieses behändigt oder durchgeblättert wird. Bereits indem der Berufungskläger die Bewerbung so genau anschaute, dass er erkennen konnte, dass es sich um das Dossier einer Arbeitskollegin handelte, nahm er darin Einsicht. Im Übrigen behändigte er die Bewerbung gemäss den Angaben seines Rechtsvertreters [...] sogar. Der Parteivertreter des Berufungsklägers erklärte in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wörtlich: «Er [der Berufungskläger] hat die zuoberst liegenden Akte genommen und seiner Kollegin geschickt. [...] Er hat die Akte dann wieder hingelegt, weil er eben

nicht in den Akten herumwühlen wollte» [...]. Wieder hinlegen konnte der Berufungskläger die Bewerbung aber nur, wenn er sie vorher behändigt hatte. Damit versties er klar gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements. Die Forderung, Dokumente auf einem Schreibtisch nicht so genau anzuschauen, dass deren Inhalt zur Kenntnis genommen wird, ist keineswegs realitätsfremd, sondern entspricht der Übung der Arbeitskollegen des Berufungsklägers, die auch als Zeugen einvernommen worden sind [...]. Gemäss Ziff. 3.2 des Einsatzreglements verlangte die Berufungsbeklagte vom Berufungskläger, dass er «keinerlei Informationen über Kunden, Dienste und Mitarbeitende [weitergibt]. Dies gilt insbesondere auch im Umgang mit elektronischen Medien (z.B. Bild- & Tonausnahmen, [...])» [...]. Die Information, dass sich die Bewerbung auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C. befand und gemäss der Darstellung des Berufungsklägers sogar ungeschützt zuoberst lag, betraf einen Kunden. Damit versties der Berufungskläger bereits mit dem Fotografieren der Bewerbung als solches klar gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements.

3.3. Der Berufungskläger macht geltend, die Daten seien nicht an Dritte, sondern an die Dateneignerin, F., weitergegeben worden [...]. Diese Rüge ist unbegründet. Die Information, dass sich die Bewerbung auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C. befand und gemäss der Darstellung des Berufungsklägers sogar ungeschützt zuoberst lag, betraf die stellvertretende Leiterin des [Zentrums] C. und die D.. Bezüglich dieser Daten war die Arbeitskollegin des Berufungsklägers damit Dritte, auch wenn die Bewerbung als solche Personendaten von F. enthielt. Somit versties der Berufungskläger mit der Information von F. und dem Versand des Fotos an sie gegen seine Geheimhaltungspflichten gemäss der Geheimhaltungsverpflichtung, dem Gesamtarbeitsvertrag und dem Einsatzreglement. Diese Geheimhaltungspflichten sind entgegen der Darstellung des Berufungsklägers [...] keineswegs auf Geschäftsgeheimnisse beschränkt.

Gemäss Ziff. 1 der von ihm unterzeichneten Geheimhaltungsverpflichtung vom 17.12.2014 [...] verpflichtete sich der Berufungskläger, «über alle Geschäfte, Tatsachen und Verhältnisse, die [ihm] im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen der B. AG und deren Auftraggeber zur Kenntnis gelangen, gegenüber Dritten striktes Stillschweigen zu bewahren.» Gemäss Art. 27 des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen [...] sind Mitarbeitende verpflichtet, «Drittpersonen gegenüber absolute Verschwiegenheit [...] zu bewahren.» Ziff. 3.2 des Einsatzreglements [...] enthält die folgenden Bestimmungen: «Sie sehen bei Ihrer Arbeitsausführung manches, was auch für Dritte von Interesse ist. Verschwiegenheit während und ausserhalb Ihrer Dienste ist deshalb absolute Pflicht. Wir verlangen von Ihnen, dass Sie alle Firmen-, Kunden- und Dienstdaten in jedem Fall vertraulich und diskret behandeln [und] keinerlei Informationen über Kunden, Dienste und Mitarbeitende weitergeben.» Mit den Formulierungen, dass Verschwiegenheit auch während des Dienstes absolute Pflicht ist, und alle Kundendaten in jedem Fall vertraulich und diskret zu behandeln sind, wird zweifelsfrei klargestellt, dass die

Geheimhaltungspflicht auch gegenüber anderen Mitarbeitern der Berufungsbeklagten gilt, soweit die Datenbekanntgabe zur Erfüllung der Dienstpflichten nicht unerlässlich ist.

3.4. Unbegründet ist auch die Rüge, der Berufungskläger habe seine Geheimhaltungspflicht nicht verletzt, weil seine Arbeitskollegin der gleichen Geheimhaltungspflicht wie er unterlegen habe [...]. Aufgrund der zentralen Bedeutung der Vertraulichkeit sowohl für die Kunden als auch für die Berufungsbeklagte ist es offensichtlich, dass Informationen betreffend Kunden auch nicht an geheimhaltungspflichtige Arbeitskollegen weitergegeben werden dürfen, soweit dies zur Erfüllung der Dienstpflichten nicht unerlässlich ist. Die Kunden haben unabhängig davon, ob die betreffenden Personen geheimhaltungspflichtig sind oder nicht, ein schutzwürdiges Interesse, dass Informationen über sie einem möglichst kleinen Personenkreis vorbehalten bleiben. Mit jeder Weitergabe von Informationen an eine geheimhaltungspflichtige Person steigt die Gefahr, dass diese auch nicht geheimhaltungspflichtigen weiteren Personen bekannt gegeben werden. Dementsprechend stellt auch die Mitteilung an eine dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehende Person eine Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses dar, soweit sie zur Erfüllung des Auftrags bzw. des Dienstes nicht sachlich gerechtfertigt ist (vgl. *Oberholzer*, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 320 N 10 und Art. 321 N 20; *Trechsel/Vest*, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 320 N 8 und Art. 321 N 23).

3.5. Der Berufungskläger bestreitet, dass ihm die behauptete Verletzung seiner Geheimhaltungspflichten bewusst gewesen sei [...]. Aufgrund der mehrfachen klaren vertraglichen Regelungen (oben E. 3.2) musste die Verletzung dem Berufungskläger bei Anwendung minimalster Sorgfalt jedenfalls bewusst sein, auch wenn es sich bei ihm um einen juristischen Laien handelt. Selbst unter der Annahme, dass er sich der Pflichtverletzung tatsächlich nicht bewusst war, war diese Unkenntnis deshalb grobfahrlässig und damit schuldhaft. Im Übrigen setzt eine fristlose Kündigung zwar in der Regel, aber nicht notwendigerweise ein Verschulden der Gegenpartei voraus (*Staehelein*, in: Zürcher Kommentar. Der Arbeitsvertrag. Art. 330b-355, Art. 361–362 OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 337 N 5; vgl. *Emmel*, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 337 OR N 6).

3.6. Der Berufungskläger behauptet in seiner Berufung, es verstehe sich von selbst, dass seine Arbeitskollegin nur noch zu den schlechtesten Touren eingeteilt worden wäre oder sonst mit Repressalien hätte rechnen müssen, wenn der Objektbetreuer und direkte Vorgesetzte seiner Arbeitskollegin davon Kenntnis erhalten hätte. Vor solchen habe er seine Arbeitskollegin schützen wollen [...]. Dies wird von der Berufungsbeklagten bestritten [...]. [...]. Im Übrigen versteht es sich keineswegs von selbst, dass

eine Arbeitnehmerin mit Repressalien zu rechnen hat, wenn ihr Vorgesetzter erfährt, dass sie sich bei einem anderen Arbeitgeber beworben hat. [...].

3.7. Selbst wenn die Bewerbung entsprechend der Darstellung des Berufungsklägers [...] unverdeckt zuoberst auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C. gelegen hätten und angenommen würde, diese habe damit gegen Art. 35 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) verstossen, wäre das Verhalten des Berufungsklägers in keiner Art und Weise gerechtfertigt gewesen. Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers umfasst auch die Kenntnis von unerlaubtem oder gar strafbarem Verhalten, soweit nicht höherrangige Interessen Dritter, der Öffentlichkeit oder des Arbeitnehmers eine Offenlegung rechtfertigen (vgl. *Emmel*, a.a.O., Art. 321a OR N 8 f.; *Rehbinder/Stöckli*, in: Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 321a N 13; *Staehelin*, in: Zürcher Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 321a N 44) oder der Arbeitnehmer zur Anzeige verpflichtet ist (vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 321a N 3). Die Rechtfertigung der Offenlegung eines Geheimnisses durch höherrangige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit setzt voraus, dass die Mitteilung des Geheimnisses verhältnismässig ist (*Emmel*, a.a.O., Art. 321a OR N 9; *Staehelin*, a.a.O., Art. 321a N 44; vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 321a N 3 und 13). Somit muss die Offenlegung zur Interessenwahrung geeignet und notwendig sein und zwischen den gewährten Interessen und den Geheimhaltungsinteressen ein vernünftiges Verhältnis bestehen (vgl. zum Verwaltungsrecht *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/ St. Gallen 2016, N 514, 522, 527 und 555 f.). Sofern dies zweckdienlich und zumutbar ist, hat sich der Arbeitnehmer deshalb zuerst an seinen Vorgesetzten oder Arbeitgeber zu wenden (vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 321a N 3; *Staehelin*, a.a.O., Art. 321a N 26). Notstandshilfe ist ebenfalls nur zulässig, wenn kein anderer Ausweg besteht (vgl. *Kessler*, in: Honsell/Vogt/ Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 52 N 13).

Wie die Berufungsbeklagte zu Recht geltend macht, hätte der Berufungskläger eine allfällige Verletzung des DSG seinem Vorgesetzten rapportieren oder der D. melden können und [...]. Dabei hätte er bei einer Rapportierung an seinen Vorgesetzten nicht erwähnen müssen, dass es sich um die Bewerbung einer Arbeitskollegin handelt, wenn er befürchtet hätte, diese damit der Gefahr von Nachteilen auszusetzen. Folglich war eine Rapportierung auch ohne Weiteres zumutbar. Mit einer Rapportierung an seinen Vorgesetzten oder einer Meldung an die D. hätte der Berufungskläger ohne Verletzung seiner Geheimhaltungspflicht dafür sorgen können, dass eine allfällige Verletzung des DSG beseitigt wird. Die Mitteilung an die Arbeitskollegin war somit klarerweise nicht erforderlich und damit unverhältnismässig. Erst recht unnötig und damit unverhältnismässig waren die Erstellung und der Versand eines Fotos. [...]

3.10. Der Berufungskläger macht unter Berufung auf *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 337 N 7, geltend, blosse Reglementsverstösse des Arbeitnehmers, die nicht auf Unredlichkeit beruhten, rechtfertigten eine fristlose Entlassung nicht [...]. Dieser Einwand ist unbegründet. Gemäss den zitierten Autoren rechtfertigen «[b]losse Reglementsverstösse des Arbeitnehmers, die auf Überforderung und nicht auf Unredlichkeit beruhen», die fristlose Entlassung nicht (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 337 N 7 S. 1113). Dass die Verletzung der Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers auf dessen Überforderung zurückzuführen gewesen sei, behauptet dieser jedoch nicht einmal. Im Übrigen handelt es sich im vorliegenden Fall ohnehin nicht um einen blossen Reglementsverstoss. Die Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers waren vielmehr zentrale vertragliche Pflichten (vgl. Art. 321a Abs. 4 OR; Art. 27 GAV [...]; Ziff. 1 der Geheimhaltungsverpflichtung vom 17.12.2014 [...]), die in Ziff. 3.2 und 4.3 des Einsatzreglements [...] bloss konkretisiert wurden.

3.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungskläger mit dem Photographieren des im Büro der stellvertretenden Zentrumsleiterin liegenden vertraulichen Bewerbungsdossiers von F. und dem Versenden des Bildes an diese per WhatsApp gegen seine vertraglichen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten in gravierender Weise verstossen hat. Im Sicherheitsdienstleistungsbereich sind Vertraulichkeit und Zuverlässigkeit zentraler Bestandteil der Geschäftsbeziehung zwischen Sicherheitsdienstleister und Kunde [...]. Wie das Zivilgericht zu Recht festgehalten hat [...], stellt die Tätigkeit des Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Risiko dar. Für die Berufungsbeklagte war und ist es essentiell, dass sie sich auf ihre Mitarbeiter verlassen kann und dass diese ihre Verschwiegenheitspflichten einhalten. Unter den gegebenen Umständen erweist sich der Verstoss gegen die vertraglichen Geheimhaltungspflichten als derart schwerwiegend und vertrauenszerstörend, dass der Berufungsbeklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten war. Die Verfehlung des Berufungsklägers ist mit dem Zivilgericht als absolut schwere Vertragsverletzung einzustufen, sodass die Berufungsbeklagte berechtigt war, dem Berufungskläger fristlos zu kündigen, ohne vorher eine Verwarnung auszusprechen.

Der Berufungskläger rügt in diesem Zusammenhang, dass es andere Massnahmen als eine fristlose Kündigung gegeben hätte. Er hätte beispielsweise eine Baustelle bewachen können oder er hätte für den Verbleib der Kündigungsfrist am Autobahnzoll Vignetten verkaufen können [...]. Es ist dem Berufungskläger insofern zuzustimmen, als die fristlose Entlassung nur die unausweichlich letzte Massnahme sein soll. Sie darf deshalb nur dann ausgesprochen werden, wenn es nicht möglich ist, das in der bisherigen Form nicht weiter tragbare Arbeitsverhältnis in anderer Form oder anderenorts, etwa mittels Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder Betriebsteil, fortzusetzen (*Rehbinder/Stöckli*, in: Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, Art. 337 N 2). Wie ausgeführt stellt die Tätigkeit des

Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Risiko dar. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht bemerkt [...], handelt es sich bei diesen Tätigkeiten um anspruchsvolle Aufgaben, die ein intaktes Vertrauensverhältnis voraussetzen. Dies gilt umso mehr, als Sicherheitsangestellte ihre Aufgaben oftmals unbeaufsichtigt ausüben bzw. Kontrollen seitens der Vorgesetzten nur stichprobenartig stattfinden. Unter derartigen Arbeitsbedingungen muss sich der Sicherheitsdienstleister absolut auf seine Mitarbeiter verlassen können und ihnen Vertrauen schenken, dass sie die ihnen zugewiesenen Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen. Die Berufungsbeklagte hatte aufgrund der Verfehlung des Berufungsklägers jegliches Vertrauen in seine Zuverlässigkeit verloren, so dass es nicht zu beanstanden ist, dass sie ihm keine andere Arbeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zugewiesen hat. Mitarbeitende der Berufungsbeklagten, die am Autobahnzoll Vignetten verkaufen, tragen hohe Werte auf sich (Gebührenmarken, Bargeld). Sie verrichten ihre Arbeit gewöhnlich unbeaufsichtigt, so dass die Berufungsbeklagte absolut darauf vertrauen können muss, dass die Mitarbeitenden sich keine Unregelmässigkeiten zu Schulden kommen lassen und sich oder Dritte bereichern. In gleicher Weise muss sie sich uneingeschränkt darauf verlassen können, dass Mitarbeiter, die zur Bewachung von Baustellen eingesetzt sind, unbefugten Dritten keinen Zutritt zum Gelände gewähren, wodurch Schäden oder Verluste (Diebstähle) entstehen könnten. Nachdem der Berufungskläger seine Vertrauensstellung als Sicherheitsangestellter schon einmal missbraucht hatte, versteht es sich von selbst, dass die Berufungsbeklagte ihn nicht anderenorts einsetzen und dadurch das Vertrauen ihrer Kunden in ihre Zuverlässigkeit und damit ihren Geschäftsruf aufs Spiel setzen wollte.

4.1. Der Berufungskläger verlangt auch eine Abänderung des Arbeitszeugnisses [...]). Der erste Satz des vierten Absatzes lautet folgendermassen: «Herr A. verlässt unser Unternehmen per 27.11.2015 aufgrund eines Verstosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens.» Gemäss dem Antrag des Berufungsklägers [...] soll dieser Satz wie folgt lauten: «Herr A. verlässt unser Unternehmen 31.1.2016 im gegenseitigen Einvernehmen.» Abgesehen davon unterscheidet sich das Zeugnis gemäss Anhang 1 in einigen weiteren Punkten vom von der Berufungsbeklagten ausgestellten. Diese wurden weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung in irgendeiner Art und Weise begründet. Insoweit ist deshalb mangels Begründung auf die Berufung nicht einzutreten.

Das Zivilgericht hat die Klage auch bezüglich der Abänderung des Arbeitszeugnisses abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die dem Berufungskläger vorgeworfene schwerwiegende Vertragsverletzung den Grund für die fristlose Kündigung darstelle, weshalb das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses und die damit zusammenhängenden Umstände gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Arbeitszeugnis erwähnt werden dürften [...]. Der Berufungskläger macht geltend, dass keine Referenzen auf die fristlose Entlassung gemacht werden dürften, da deren Erwähnung sein wirtschaftliches Fortkommen ungemein erschwere [...].

4.2. Beim Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zwischen dem Beendigungsgrund im engeren Sinn und dem Motiv für die Beendigung zu unterscheiden. Der Beendigungsgrund im engeren Sinn ist die technische Art der Beendigung wie z.B. Kündigung durch die Arbeitgeberin, Kündigung durch die Arbeitnehmerin oder Aufhebungsvertrag. Das Motiv für die Beendigung ist der Beweggrund, der zur Beendigung geführt hat (*Enzler*, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. Zürich 2012, N 149; *Janssen*, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage, Bern 1996, S. 118). Der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv für die Beendigung sind im qualifizierten Arbeitszeugnis aufzuführen, soweit dies für die generelle Einschätzung des Arbeitnehmers nötig ist (vgl. BGer 4C.129/2003 vom 5.9.2003 E. 6.1; *Brühwiler*, Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 330a N 2; *Emmel*, a.a.O., Art. 330a OR N 2) oder der Arbeitnehmer es verlangt (vgl. *Brühwiler*, a.a.O., Art. 330a N 2; *Emmel*, a.a.O., Art. 330a OR N 2; *Enzler*, a.a.O., N 151 und 153; *Janssen*, a.a.O., S. 118 f.). Gegen den Willen des Arbeitnehmers dürfen der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv nur erwähnt werden, wenn ohne deren Erwähnung ein unwahres Zeugnis entstünde (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3g; vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 330a N 10). Ein einmaliger Vorfall, der für den Arbeitnehmer nicht charakteristisch ist, darf nach herrschender Lehre nicht erwähnt werden (vgl. *Enzler*, a.a.O., N 152 Fn 431; *Janssen*, a.a.O., S. 120; *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 330a N 6; *Staehein*, a.a.O., Art. 330a N 10). Eine abweichende Auffassung wird nur für eine ausserordentlich schwerwiegende Verletzung einer Arbeitnehmerpflicht vertreten (*Enzler*, a.a.O., N 152 Fn 431; *Janssen*, a.a.O., S. 120). Gemäss einer in der Literatur vertretenen Auffassung dürften die Voraussetzungen für die Erwähnung des Beendigungsgrunds im engeren Sinn bei einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung in der Regel erfüllt sein (*Enzler*, a.a.O., N 150; *Janssen*, a.a.O., S. 119; ohne Unterscheidung zwischen Beendigungsgrund im engeren Sinn und Motiv für die Beendigung *Streiff/ von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3g).

Die Verletzung der Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers ist zwar als besonders schwere Verfehlung im Sinn der Rechtsprechung und Lehre zur fristlosen Kündigung zu qualifizieren, nicht aber als ausserordentlich schwere Pflichtverletzung im Sinn der Lehre zum Arbeitszeugnis. Es wurde nicht behauptet, dass es während des Arbeitsverhältnisses zu weiteren Vorfällen gekommen ist oder die Verletzung der Geheimhaltungspflichten für den Berufungskläger charakteristisch ist. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die Pflichtverletzung des Berufungsklägers Ausdruck einer Persönlichkeitsstruktur oder Einstellung ist, die sich an einer neuen Arbeitsstelle negativ auf seine Leistung oder sein Verhalten auswirken könnte. Damit sind die Verletzung der Geheimhaltungspflichten und die deswegen ausgesprochene gerechtfertigte fristlose Kündigung als einmaliger Vorfall zu qualifizieren, dessen Erwähnung weder zur generellen Einschätzung des Berufungsklägers als Arbeitnehmer noch zur Vermeidung eines unwahren Zeugnisses erforderlich ist. Folglich hat der Berufungskläger Anspruch darauf, dass sie im Arbeitszeugnis nicht erwähnt werden. Sein Antrag, im

Arbeitszeugnis sei stattdessen zu erwähnen, dass er das Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen verlassen habe, ist hingegen abzuweisen. Die Formulierung «Er verlässt uns im gegenseitigen Einvernehmen.» ist unbestreitbar nicht zutreffend. Sie ist darüber hinaus gemeinhin ein Zeugniscode dafür, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer gekündigt hat oder zumindest froh ist, dass er gegangen ist (Class, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 6. Auflage, Zürich 2009, S. 72; vgl. Janssen, a.a.O., S. 241). Die Verwendung von Zeugniscode, bei denen mit vordergründig neutralen oder positiven Formulierungen für Eingeweihte negative Botschaften zum Ausdruck gebracht werden, ist jedoch unzulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a N 3b und 9; vgl. Brühwiler, a.a.O., Art. 330a N 3). Folglich kann die Berufungsbeklagte nicht verpflichtet werden, die vom Berufungskläger beantragte Formulierung ins Arbeitszeugnis aufzunehmen. Aus den vorstehenden Gründen ist der zweite Teil des ersten Satzes des vierten Absatzes des von der Berufungsbeklagten ausgestellten Arbeitszeugnisses («aufgrund eines Verstosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens») ersatzlos zu streichen. [...]» (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 12.12.2017; ZB.2017.35)

10. Gleichstellungsgesetz (GIG)

10.1. und 10.2. Art. 3 ff. GIG. Klage nach GIG. Bezüglich der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist auf den Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen abzustellen, der weit zu verstehen ist und sich auch auf spezialgesetzliche Normen bezieht (E. 2). Die diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG ist ein Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung mit denselben Rechtsfolgen (vgl. Art. 9 GIG; E. 3.1.). In casu wurde die Glaubhaftmachung der Diskriminierung aufgrund von Indizien (Art. 6 GIG; E. 4.3 f.) seitens der Arbeitgeberin durch wirtschaftliche und betriebsorganisatorische Kündigungsgründe widerlegt (E. 4.5.2 ff.).

Art. 336b OR. Schlichtungsgesuch als Einsprache. Das Schlichtungsgesuch genügt, wenn damit die Feststellung der Missbräuchlichkeit oder eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend gemacht wird und diese der Gegenpartei zugestellt ist (E. 3.2.).

O. war seit dem 21.3.2005 als Assistentin EDV und Buchhaltung bei der Kollektivgesellschaft X. tätig. Bis zur Geburt ihres ersten Kindes am 12.3.2013 arbeitete sie zu 100%. Nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub betrug das Pensum fortan 50%. Am 10.7.2015 kam das zweite Kind. O. befand sich sodann bis zum 9.10.2015 im bezahlten und bis zum 9.1.2016 im unbezahlten Mutterschaftsurlaub. Am 9.11.2015 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 30.4.2016. Als Kündigungsgründe gab sie am 29.12.2015 an, die Stelle sei infolge Neustrukturierung ihrer Dienste und der damit zusammenhängenden Verlegung der Bereiche Finanzen, Personal und IT von Basel nach Y. aufgehoben worden.

Nach dem Schlichtungsverfahren vor der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen Basel-Stadt ohne Einigung klagte O. am 22.12.2016 auf Verurteilung der Kollektivgesellschaft X. zur Bezahlung einer Entschädigung von CHF 21'775.00 nebst Zins zufolge diskriminierender Kündigung. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 29.6.2017 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **1.** Vorliegend geht es um eine zivilrechtliche Streitigkeit nach [...] dem Gleichstellungsgesetz [...]. In derartigen Streitigkeiten ist das Schlichtungsverfahren grundsätzlich fakultativ (Art. 199 Abs. 2 Bst. c [...] ZPO [...]). Die Klägerin hat von der Möglichkeit auf Schlichtung Gebrauch gemacht [...]. Da das Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien geendet hat, [...] wurde [die Klage] innert der vorgesehenen Frist von drei Monaten (Art. 209 Abs. 3 ZPO) beim Gericht eingereicht.

2. Bezüglich der Zuständigkeit ist auf den Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen abzustellen. Dieser ist grundsätzlich weit zu verstehen. Darunter fallen sämtliche Klagen über Ansprüche, die auf Regeln gründen, welche auf Arbeitsverträge anwendbar sind (Urteil 4P.18/1999 vom 22.3.1999 E. 2c, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2000 S. 390; *Hristic*, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandgesetzes, 2002, S. 119; *Gross*, in: Gerichtsstandgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Müller/Wirth [Hrsg.], 2001, Art. 24 N 29). Dazu gehören auch Klagen, die sich auf spezialgesetzliche Normen stützen, welche das einzelarbeitsvertragliche Rechtsverhältnis regeln und den Parteien zivilprozessual durchsetzbare Ansprüche geben, z.B. aus Gleichstellungsgesetz (BGE 137 III 32 E. 2.1; *Streiff/von Kaenel/ Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 2012, S. 22; Botschaft zur Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7269).[...]

3.1. Mit ihrer Klage macht die Klägerin einen Entschädigungsanspruch zufolge diskriminierender Kündigung geltend. Da die diskriminierende Kündigung im Sinne von Art. 3 GIG einen Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung darstellt und dieselben Rechtsfolgen nach sich zieht (*Kafka/Überschlag*, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2009, Art. 9 N 1), verweist Art. 9 GIG im Rahmen privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse bezüglich des Verfahrens zur Durchsetzung eines Entschädigungsanspruchs auf Art. 336b [...] OR [...]. Zur Geltendmachung einer Entschädigung muss die Gekündigte in formeller Hinsicht nach Art. 336b Abs. 1 OR bis zum Ende der Kündigungsfrist Einsprache erheben. Sodann muss die Klage innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses anhängig gemacht werden (Art. 336b Abs. 2 OR).

3.2. Das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin wurde auf den 30.4.2016 gekündigt, wobei sich die Kündigungsfrist zufolge Krankheit der Klägerin um einen Monat bis zum 31.5.2016 verlängert hat. Die Gekündigte hat mit der Einsprache zum Ausdruck zu bringen, dass sie mit der Kündigung nicht einverstanden ist (BGE 136 III 96 E. 2). Die Einsprache hat nach Art. 336b Abs. 1 OR schriftlich zu erfolgen. Bereits mit E-Mail vom 21.12.2015 [...] hat die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, dass sie davon ausgehe, dass es sich um eine unzulässige Kündigung handle, weshalb sie berechtigt wäre, die kantonale Schlichtungsbehörde für Diskriminierungsfragen anzugehen. Zwar kann die

Einsprache auch mittels E-Mail erfolgen. Dem Schriftformerfordernis ist allerdings nur Genüge getan, wenn die E-Mail entweder eine eigenhändige Unterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur nach Art. 14 Abs. 2^{bis} OR enthält (vgl. AGer ZH, Entscheide 2012, Nr. 15; AGer ZH, Entscheide 2010, Nr. 16; *Emmel*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], 2016, Art. 336b N 1; *Staehein*, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2014, Art. 336b N 3). Die E-Mail vom 21.12.2015 genügt diesem Erfordernis nicht. Grundsätzlich kann indes auch ein Schlichtungsgesuch (Art. 202 ZPO) oder eine Klage (Art. 221 ZPO) die Anforderungen an eine gültige Einsprache erfüllen, wenn damit die Feststellung der Missbräuchlichkeit oder eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend gemacht wird und diese der Gegenpartei zugestellt sind (*Emmel*, a.a.O., Art. 336b N 2; AGer ZH, Entscheide 2012, Nr. 14). Der eingereichten Klagebewilligung [...] lässt sich entnehmen, dass das Schlichtungsgesuch am 26.4.2016 also noch während dem laufenden Arbeitsverhältnis eingereicht worden ist. Aus dem klägerischen Rechtsbegehren ergibt sich, dass die Klägerin die Kündigung als diskriminierend erachtet und eine Entschädigung von 6 Monatslöhnen geltend macht. Damit ist das Vorliegen einer gültigen Einsprache zu bejahen.

Die Klage auf Entschädigung muss spätestens 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtshängig sein [...]. Vorliegend wurde das Schlichtungsverfahren am 26.4.2016 anhängig gemacht, womit auch die Frist [...] gewahrt worden ist.

4.1. Die Klägerin erachtet die Kündigung vom 9.11.2015 als diskriminierend nach Art. 3 GIG und verlangt deshalb eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 4 GIG im Betrag von CHF 21'775.00, was dem gesetzlich vorgesehenen Maximalbetrag von 6 Bruttomonatslöhnen entspricht.

4.1.1. Die Klägerin ist der Meinung, dass die Kündigung nicht aufgrund laufender Umstrukturierungen erfolgt sei. Stattdessen sei es am einfachsten gewesen, der-jenigen Person zu kündigen, die im Mutterschaftsurlaub und deshalb nicht da gewesen sei. Zudem habe die Klägerin nur Teilzeit gearbeitet und habe zwei kleine Kinder, was sie zu einem Unsicherheitsfaktor gemacht habe [...].

[...] **4.2.** Art. 3 Abs. 1 GIG enthält ein Diskriminierungsverbot, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen, namentlich nicht unter Berufung auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG gilt das Verbot insbesondere auch für die Entlassung. Eine diskriminierende Kündigung kann bejaht werden, wenn eine objektive Diskriminierung vorliegt, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt (*Nordmann*, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss., 1998, S. 151). Es wird zwischen der direkten Diskriminierung und der indirekten Diskriminierung unterschieden. Die direkte Diskriminierung umfasst alle Regelungen oder Massnahmen, welche ausdrücklich nach dem Geschlecht differenzieren oder rechtlich bzw. faktisch nur ein Geschlecht betreffen (*Nordmann*, a.a.O., S. 153). So handelt es sich bei Kündigungen wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft um di-

rekte Diskriminierungen (*Freivogel*, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2009, Art. 3 N 65). Bei der indirekten Diskriminierung handelt es sich dagegen um eine geschlechtsneutrale Massnahme, wobei Angehörige eines Geschlechts erheblich stärker davon betroffen sind (*Nordmann*, a.a.O., S. 155).

4.3. Art. 6 GIG sieht zugunsten der Arbeitnehmerin eine Beweislastleichterung vor, wonach unter anderem bezüglich der Entlassung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2). Wurde eine Diskriminierung im Sinne von Art. 6 GIG glaubhaft gemacht, trifft den Arbeitgeber der Beweis, dass die Kündigung sachlich gerechtfertigt war.

4.4. Die Klägerin war seit dem 21.3.2005 bei der Beklagten als Assistentin EDV und Buchhaltung am Standort Basel tätig [...]. Nach der Geburt ihres ersten Kindes reduzierte die Klägerin ihr Pensum und arbeitete fortan 50%. Zu ihren Aufgabengebieten gehörten gemäss Arbeitszeugnis [...] insbesondere der First- und Second-Level Support von Usern, die allgemeine EDV-Administration, die Koordination von externen IT-Provider und Projekten, das Durchführen von Anwendungsschulungen sowie die Bearbeitung allgemeiner Aufgaben. Ausserdem erfüllte sie verschiedene Aufgaben im Finanz- und Rechnungswesen. [...]. Am 10.7.2015 wurde die Klägerin zum zweiten Mal Mutter. Im Zeitpunkt der Kündigung am 9.11.2015 befand sich die Klägerin im unbezahlten Mutterschaftsurlaub. Zwar impliziert beispielsweise eine Kündigung direkt im Anschluss an das Ende des Mutterschaftsurlaubs nicht ipso facto eine Geschlechterdiskriminierung (BGE 4A_395/2010). Aufgrund des Umstandes, dass sich die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung im verlängerten unbezahlten Mutterschaftsurlaub befunden hat und ihre männlichen Kollegen [...], die gemäss Arbeitsvertrag ebenfalls Aufgaben im Bereich IT inne hatten, weiterbeschäftigt wurden, liegen jedoch gewisse Indizien vor, die einen Zusammenhang zwischen der Kündigung und der mutterschaftsbedingten Abwesenheit und damit eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vermuten lassen. Die Beklagte hat daher den Beweis zu erbringen, dass die Kündigung sachlich gerechtfertigt war.

[...]. **4.5.2.** Die Befragung der Zeugen hat bezüglich der Umstrukturierung im Allgemeinen [...] Folgendes ergeben: Durch den Weggang von mehreren Partnern, Associates und weiterem Personal ist es bei der Beklagten zu erheblichen Veränderungen gekommen. Einerseits ist der Bedarf nach IT-Support und sonstigen Dienstleistungen bedingt dadurch, dass weniger Arbeitsplätze vor Ort zu betreuen waren, zurückgegangen. Andererseits wurden aufgrund der neuen Grössenverhältnisse unter anderem die Abteilungen Buchhaltung und IT neu in Y. zentralisiert und angesiedelt. Damit einher ging ein Abbau von Komfort-Dienstleistungen vor Ort, sodass einfachere Arbeiten, wie

beispielsweise das Installieren eines Beamers nicht mehr wie früher von der IT, sondern von den Assistentinnen übernommen werden, welche bei Bedarf von einer helfenden Hand unterstützt werden. Der eigentliche IT-Support ist aber in Y. angesiedelt und wird auch von dort aus vorgenommen, was wegen der Virtualisierung möglich ist. Der Bedarf nach IT-Support ist aber nicht nur in Basel, sondern generell zurückgegangen. Dies ist untern anderem darauf zurückzuführen, dass die heutigen Anwender, insbesondere die Jüngeren gewisse Probleme bereits selber lösen können. So besteht auch die IT-Abteilung in Y. nur noch aus zwei Personen. Die vorumschriebene Entwicklung ist nachvollziehbar und insbesondere aus betriebsorganisatorischer Sicht verständlich.

4.6. Die Klägerin ist trotz dieser Veränderungen der Auffassung, dass die Kündigung nur ausgesprochen worden sei, weil sie im fraglichen Zeitpunkt im Mutterschaftsurlaub gewesen sei, weshalb die Kündigung diskriminierend sei. Dies zeige sich darin, dass S., der ebenfalls teilweise IT-Aufgaben innehatte, noch im August 2015 festangestellt und im Gegensatz zu ihr nicht entlassen worden sei. Ebenso wenig sei das erst im März 2015 begründete Arbeitsverhältnis mit C., welcher wie sie im IT-Bereich tätig gewesen sei, aufgelöst worden.

4.6.1. [...] Bereits der Vergleich der Arbeitsverträge von S. und der Klägerin zeigt, dass die Hauptaufgabengebiete von S. und der Klägerin nicht übereinstimmen und sich lediglich im Bereich First Level Support überschneiden. Auch die Zeugenbefragung hat ergeben, dass S. hauptsächlich im Sekretariat tätig ist. Die Klägerin war dagegen für den Bereich IT zuständig und nahm zusätzlich Aufgaben im Finanz- und Rechnungswesen wahr. [...] Auch verfügte [sie...] über spezielle Berechtigungen und ihr Aufgabengebiet ging im Bereich IT [...]. Es ist somit festzuhalten, dass die wesentlichen Aufgabengebiete von S. und der Klägerin nicht deckungsgleich sind. Hinzukommt, dass der zeitliche Aufwand der sich überschneidenden Aufgaben unregelmässig ist, sich der Zeitpunkt ihrer Verrichtung nicht planen lässt und sie auch keinem 50%-Pensum entsprechen. Es liegen somit objektive Gründe dafür vor, weshalb S. im Sommer 2015 angestellt wurde und das Arbeitsverhältnis mit ihm im vereinbarten Umfang weitergeführt wurde.

4.6.2. C. war zweimal bei der Beklagten angestellt. Das erste Mal war er vom 7.1.2013 bis 31.8.2014 für die Beklagte am Standort Basel als IT-Supporter tätig. Das zweite Arbeitsverhältnis hat am 18.3.2015 begonnen und war unbefristet. C. wurde wiederum als IT-Supporter angestellt. Anders als beim ersten Mal war der Arbeitsort aber zu 60% in Y. und zu 20% in Basel. Zum Tätigkeitsbereich gehörten gemäss dem zweiten Arbeitsvertrag [...] der First und Second Level-Support, die allgemeine EDV-Administration, die Koordination von externen IT-Providern und Projekten, das Durchführen von Anwendungsschulungen sowie allgemeine Büroarbeiten. Im Arbeitszeugnis vom 23.6.2016, welches der Klägerin ausgestellt wurde, wird der Aufgabenkreis betreffend den Bereich EDV im zweiten Absatz identisch umschrieben [...]. Vergleicht man die beiden Zeugnisse [...] miteinander, lassen sich in der detaillierten Aufgabenumschreibung ebenfalls gewisse Übereinstimmungen finden. Dem Arbeitszeugnis lässt sich zudem entnehmen, dass das zweite Arbeitsverhältnis auf Wunsch von C. auf den

31.3.2016 beendet wurde [...]. Im August 2016 hat C. den Bachelor in Wirtschaftsinformatik gemacht [...].

4.6.3. [...]. Der Weggang [siehe E. 4.5.2] auf Sommer 2014 hin [führte] dazu, dass es in Basel weniger Arbeitsplätze und dementsprechend weniger Mitarbeiter zu betreuen gab. Da nach den Abgängen in Basel Y. zum grössten Standort geworden war, wurde entschieden, die Buchhaltung und die IT in Y. zu zentralisieren und anzusiedeln. Dies hatte zur Folge, dass zunächst die Abteilung Buchhaltung am Standort Basel aufgelöst wurde. Entsprechend kamen auch die Arbeitsverhältnisse von H., der ehemaligen Leiterin Finanzen und Buchhaltung, und von K. zu einem Ende. Was den Bereich IT anbelangt, hat man im Laufe der Zeit festgestellt, dass gerade in Basel diverse Aufgaben von der IT, konkret von der Klägerin wahrgenommen wurden, bei denen es sich nicht um eigentliche IT handelt, sondern um Komfortdienstleistungen. Als Beispiele wurden das Installieren eines Beamers oder Auswechseln einer Druckerpatrone oder Behebung eines Papierstaus genannt. Derartige einfachere Arbeiten sollten fortan nicht mehr von der IT vorgenommen werden, sondern von den Assistentinnen. Für den Fall, dass die Assistentinnen ein anstehendes Problem nicht selber lösen können, sollte vor Ort eine helfende Hand zum Einsatz kommen. In Basel übernahm S. diese Funktion. Wie bereits dargelegt, fanden die von S. erbrachten Hilfeleistungen sehr unregelmässig und nur nach Bedarf statt. Der zeitliche Aufwand entspricht bei weitem nicht einem 50%-Pensum. Auch verfügt S. anders als die Klägerin über keine speziellen Berechtigungen. Hinzukommt, dass die Mitarbeiter vermehrt «fit» in IT-Fragen sind und sich selber helfen können. Zudem ist es aufgrund der heutigen Technik möglich, mittels Fernadministration standortunabhängig Support zu leisten. All diese Faktoren führten dazu, dass der Bedarf nach IT-Support am Standort Basel in erheblichem Umfang gesunken war, was letztendlich zum Wegfall der Stelle der Klägerin führte. Mangels Bedarf wurde die Stelle der Klägerin am Standort Basel auch nicht mehr besetzt. [...] Die Tatsache, dass auch die Stelle von C. nicht mehr neu besetzt wurde, zeigt, dass der Bedarf nach IT-Support nicht nur am Standort Basel nicht mehr vorhanden war, sondern eben auch am Standort Y. massiv zurückgegangen ist. Wenn aber der Bedarf generell nicht mehr vorhanden war, spielt es keine Rolle, ob die Klägerin bereit gewesen wäre, in Y. zu arbeiten oder ob der Support aufgrund der technischen Möglichkeiten auch von Basel aus hätte erbracht werden können. [...]

Es ist somit nachgewiesen, dass die Kündigung der Klägerin im November 2015 aufgrund der Umstrukturierung und dem damit verbundenen Abbau der IT und Buchhaltung in Basel erfolgt ist. Dabei handelt es sich um wirtschaftliche und betriebsorganisatorische, mithin objektive Gründe. [...]

4.7. Dem Argument, sie stelle als Mutter einen Unsicherheitsfaktor dar, ist entgegenzuhalten, dass die Klägerin bereits Mutter war und seit der Geburt ihres ersten Kindes am 12.3.2013 in einem Teilzeitpensum bei der Beklagten gearbeitet hat. In diesem Zusammenhang wurde von I. zudem ausgeführt, dass sie die Beklagte als besonders freundlich bezüglich Arbeitsbedingungen für junge und werdende Mütter wahrnimmt,

dass aktuell zwei Mitarbeiterinnen im Mutterschaftsurlaub sind, die mit einem reduzierten Pensum zurückkehren werden und dass im Assistenzbereich Assistentinnen im Jobsharing ein 100%-Pensum übernommen haben [...].

4.8. Dass der Klägerin mitgeteilt worden sei, sie müsse sich keine Sorgen über ihre Zukunft machen, wird von der Beklagten bestritten. Ob eine derartige Mitteilung effektiv erfolgt ist oder nicht, kann indes offenbleiben. Eine derartige Information stellt zunächst einmal keine Diskriminierung nach Art. 3 GIG dar und begründet für sich allein noch keine Missbräuchlichkeit (BGE 4C.234/2001 vom 10.12.2001, bestätigt in BGE 131 III 535 E. 4.2). [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 29.6.2017; GS 2016.49)

11. Gesamtarbeitsverträge

11.1. GAV über das Gastgewerbe

Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)

11.2. GAV privater Sicherheitsdienstleistungen

Art. 27 GAV. Offenlegung von Geheimnissen

(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)

12. Normalarbeitsverträge

§ 8 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS. In casu auch kein Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit nach mangels Verrichtung hauswirtschaftlicher Arbeiten (E. 7.3.1 ff.).

§ 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS, Art. 3 NAV Hauswirtschaft. Definition hauswirtschaftlicher Arbeiten bzw. Tätigkeiten. Pflegeverrichtungen an Personen sind nach beiden NAV keine hauswirtschaftlichen Arbeiten bzw. Tätigkeiten. In casu verrichtete die Arbeitnehmerin überwiegend Grundpflege gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV, die auch von Spitexorganisationen (Art. 51 lit. b KVV) erbracht werden dürfen (E. 7.3.2 f.).

Art. 19 ArG, Art. 40 ArGV1. 50% Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit. Massgebend für die Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauernder oder regelmässig wiederkehrender Sonntagsarbeit ist nicht die vertragliche Vereinbarung, sondern der Umfang der tatsächlich geleisteten Sonntagsarbeit (E. 7.2.).

B. war seit dem 20.11.2012 bei der A. AG im Bereich Pflegedienst und Hauswirtschaft angestellt. Das Arbeitsverhältnis endete infolge Kündigung der Arbeitgeberin am

31.8.2013. Nach einem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte B. unter anderem auf Ausrichtung eines Lohnzuschlages für an Sonntagen in den Jahre 2012 und 2013 verrichtete Arbeiten. Am 30.10.2017 verurteilte das Arbeitsgericht Basel-Stadt die B. AG unter anderem zur Bezahlung des geltend gemachten Sonntagszuschlages. Eine von der A. AG dagegen am 8.3.2018 erhobene Beschwerde hiess das *Appellationsgericht Basel-Stadt* am 27.9.2018 bezüglich des Sonntagszuschlages gut, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **7.1.** [...] Das Zivilgericht begründete den Lohnzuschlag damit, dass die Beschwerdegegnerin zuschlagspflichtige vorübergehende Sonntagsarbeit nach Art. 19 Abs. 3 des Arbeitsgesetzes (ArG, SR 822.11) geleistet habe [...] und dass auch der anwendbare Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt (NAV Hauspersonal BS, SG 215.700) einen Lohnzuschlag von 50% vorsehe [...].

7.2. Gemäss Art. 19 Abs. 5 ArG darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne dessen Einverständnis nicht zu Sonntagsarbeit heranziehen. Für vorübergehende Sonntagsarbeit ist dem Arbeitnehmer gemäss Art. 19 Abs. 3 ArG ein Lohnzuschlag von 50% zu bezahlen. Für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit sieht das Gesetz keinen Lohnzuschlag vor (Art. 19 Abs. 2 ArG). Vorübergehend ist Sonntagsarbeit, wenn sie bei sporadisch vorkommenden Einsätzen nicht mehr als sechs Sonntage, gesetzliche Feiertage inbegriffen, pro Betrieb und Kalenderjahr umfasst oder bei zeitlich befristeten Einsätzen von bis zu drei Monaten einen einmaligen Charakter aufweist (Art. 40 Abs. 3 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1, SR 822.111]). Dauernd und regelmässig wiederkehrend ist Sonntagsarbeit, wenn diese die in Art. 40 Abs. 3 ArGV 1 genannten Bedingungen vom zeitlichen Umfang her überschreitet (Art. 40 Abs. 4 ArGV 1).

Gemäss einem unter Geltung einer alten Fassung des ArG ergangenen Urteil des Arbeitsgerichts Zürich liegt entschädigungspflichtige Sonntagsarbeit im Sinn von Art. 19 Abs. 1 aArG vor, wenn Sonntagsarbeit vertraglich nicht vorgesehen ist, und ist gemäss Art. 19 Abs. 2 aArG keine Entschädigung geschuldet, wenn Sonntagsarbeit zum vertraglich geschuldeten Arbeitspensum gehört (Arbeitsgericht ZH, in: JAR 1988, S. 382, 383, E. 1). Entgegen der Auffassung des Zivilgerichts und der Beschwerdegegnerin ist dieses Urteil für den vorliegenden Fall jedoch nicht einschlägig, weil es vor dem Erlass der ArGV 1 ergangen ist. Gemäss dieser ist das massgebende Kriterium zur Unterscheidung zwischen zuschlagspflichtiger vorübergehender und nicht zuschlagspflichtiger dauernder oder regelmässig wiederkehrender Sonntagsarbeit nicht die vertragliche Vereinbarung, sondern der Umfang der tatsächlich geleisteten Sonntagsarbeit.

Nach den insoweit unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin arbeitete die Beschwerdegegnerin während des weniger als ein Jahr dauernden Arbeitsverhältnisses insgesamt an 19 Sonntagen [...]. Die Haushalte der Kunden können entgegen der

Auffassung der Beschwerdegegnerin [...] nicht als unterschiedliche Betriebe qualifiziert werden. Da die Beschwerdegegnerin Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin und nicht der Kunden war, erfolgten alle Einsätze im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses im Betrieb der Beschwerdeführerin. Damit leistete die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 40 Abs. 3 und 4 ArGV 1 dauernde oder regelmässige Sonntagsarbeit im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ArG. Die Zusprechung eines Lohnzuschlags nach Art. 19 Abs. 3 ArG ist daher ausgeschlossen.

7.3.1. Gemäss § 8 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS bemisst sich der auf Arbeit an Sonntagen zu entrichtende Lohn nach dem Bruttolohn und einem Zuschlag von mindestens 50%. Die Bestimmungen des NAV Hauspersonal BS finden Anwendung auf die im Kanton Basel-Stadt bestehenden «Arbeitsverhältnisse zwischen Personen, die ausschliesslich oder überwiegend hauswirtschaftliche Arbeiten in einem privaten Haushalt [...] verrichten [...], und Arbeitgebern [...]» (§ 1 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS).

7.3.2. Das Zivilgericht erwog, dass der Begriff «hauswirtschaftliche Arbeiten» sich in systematischer Auslegung aus der eidgenössischen Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft, SR 221.215.329.4) erschliesse. Dieser finde ebenfalls auf Arbeitsverhältnisse betreffend hauswirtschaftliche Tätigkeiten in einem Privathaushalt Anwendung (Art. 2 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft) und setze hierfür die Mindestlöhne fest, während für die übrigen Arbeitsbedingungen weiterhin die kantonalen NAV Geltung beanspruchen würden. Beide NAV seien daher einheitlich auszulegen. Nach Art. 3 lit. e und f NAV Hauswirtschaft gälten als hauswirtschaftliche Tätigkeiten insbesondere auch die Mithilfe bei der Betreuung von Betagten und Kranken sowie deren Unterstützung in der Alltagsbewältigung. Darunter seien auch die Pflegeverrichtungen der Beschwerdegegnerin als ungelernete Pflegerin und Betreuerin zu subsumieren [...].

7.3.3. Als «hauswirtschaftliche Arbeiten» gemäss NAV Hauspersonal BS gelten insbesondere Reinigung des Haushalts, Besorgung der Wäsche, allgemeine Pflege des Haushalts und Kochen (§ 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS). Als «hauswirtschaftliche Tätigkeiten» gemäss NAV Hauswirtschaft gelten Arbeiten, die der allgemeinen Pflege des Haushalts dienen, insbesondere Reinigungsarbeiten (lit. a), Besorgung der Wäsche (lit. b), Einkaufen (lit. c), Kochen (lit. d), Mithilfe bei der Betreuung von Kindern, Betagten und Kranken (lit. e) sowie Unterstützung von Betagten und Kranken in der Alltagsbewältigung (lit. f) (Art. 3 NAV Hauswirtschaft). Die Beschwerdegegnerin nahm gemäss der Feststellung des Zivilgerichts «Pflegeverrichtungen» vor [...]. Diese Tätigkeit fällt nicht unter § 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS, weil dieser nur die allgemeine Pflege des Haushalts, nicht aber die Pflege von Personen erfasst. Die Tätigkeit fällt aber auch nicht unter Art. 3 NAV Hauswirtschaft, weil hauswirtschaftliche Tätigkeiten nach dieser Bestimmung nur die Betreuung und Unterstützung von Personen, nicht aber deren Pflege erfassen. Zudem qualifiziert Art. 3 lit. e NAV Hauswirtschaft nur die Mithilfe bei der Betreuung von Personen als hauswirtschaftliche Tätigkeit. Dass die

Beschwerdegegnerin nur anderen Personen bei der Pflege oder Betreuung der Kunden geholfen hätte, ist im zivilgerichtlichen Verfahren aber weder behauptet noch vom Zivilgericht festgestellt worden. Auch aus diesem Grund ist eine Subsumtion der Tätigkeit der Beschwerdegegnerin unter Art. 3 NAV Hauswirtschaft ausgeschlossen.

Schliesslich war die Beschwerdegegnerin gemäss Arbeitsvertrag bei der Beschwerdeführerin als «Mitarbeiterin im Bereich Pflegedienst und Hauswirtschaft» angestellt [...]. Gemäss der Beschwerdeführerin verrichtete die Beschwerdegegnerin hauptsächlich pflegerische und nur selten, nach Rücksprache mit ihrer Vorgesetzten hauswirtschaftliche Tätigkeiten [...]. Für die Richtigkeit dieser Behauptung spricht das von der Beschwerdegegnerin selber zusammen mit dem Arbeitsvertrag eingereichte Merkblatt Mitarbeiterorientierung vom 27.5.2013 [...]. Gemäss diesem ist die Beschwerdeführerin schwergewichtig auf pflegerische Tätigkeiten spezialisiert und haben die Mitarbeitenden andere Aufgaben wie z.B. Kochen, Einkaufen, Begleitung zur Post oder Bank nur in Absprache [...] auszuführen. Die von der Beschwerdegegnerin in der Replik aufgestellte Behauptung, sie habe keine pflegerischen, sondern hauswirtschaftliche Tätigkeiten vorgenommen [...], steht in Widerspruch zu ihren eigenen Angaben in der Klage, sie habe in der «Betreuung und Pflege von älteren und betagten Personen» gearbeitet [...]. Zudem verfügte die Klägerin über das Zertifikat Pflegehelferin SRK [...]. Gemäss der Beschwerdeführerin war die Beschwerdegegnerin aufgrund dieses Zertifikats befugt, die notwendigen Pflegetätigkeiten bei den ihr zugeteilten Kunden vorzunehmen [...]. Dies wird durch das als Beweismittel eingereichte Zertifikat bestätigt. Gemäss diesem nehmen Pflegehelferinnen SRK insbesondere in den Kompetenzbereichen Pflege und Betreuung (Grundlagen zur Pflege und Betreuung, sich sauber halten und kleiden, sich bewegen, ausscheiden, amten, Herz-Kreislauf, Körpertemperatur, sich als Mann oder Frau fühlen [Sexualität], kommunizieren mit Menschen mit Kommunikationseinschränkungen, ruhen und schlafen) Aufgaben wahr [...].

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Begriff der Pflege sei in Art. 7 der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV, SR 832.112.31) definiert [...]. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV sind Massnahmen der Grundpflege allgemeine Grundpflege bei Patienten, welche die Tätigkeiten nicht selber ausführen können, wie Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen; betten, lagern; Bewegungsübungen, mobilisieren; Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken sowie Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen in der grundlegenden Alltagsbewältigung. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, sie habe keine Massnahmen der Grundpflege vornehmen dürfen, weil die Beschwerdeführerin solche nur durch Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner im Sinn von Art. 49 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) erbringen lassen dürfe [...]. Dies ist unrichtig. Die erwähnten Leis-

tungen dürfen gemäss Art. 7 Abs. 1 KLV nicht nur von Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern im Sinn von Art. 49 KVV (lit. a), sondern auch von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause im Sinn von Art. 51 KVV (lit. b), d.h. Spitex Organisationen, erbracht werden. Die Zulassung von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause setzt gemäss Art. 51 lit. c KVV zwar voraus, dass sie über das erforderliche Fachpersonal verfügen, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat. Dass es sich dabei um Pflegefachfrauen oder Pflegefachmänner handeln müsste und das Zertifikat Pflegehelfer/-in SRK zumindest für gewisse Massnahmen der Grundpflege nicht genügen würde, kann der Verordnung aber nicht entnommen werden. Damit ist davon auszugehen, dass die Arbeit der Beschwerdegegnerin überwiegend Massnahmen der Grundpflege im Sinn der KLV und damit pflegerische Tätigkeiten im Sinn des Bundesrechts zum Gegenstand gehabt hat. Solche Arbeiten können nicht als hauswirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert werden.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin weder überwiegend «hauswirtschaftliche Arbeiten» im Sinn von Art. 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS noch überwiegend «hauswirtschaftliche Tätigkeiten» im Sinn von Art. 3 NAV Hauswirtschaft verrichtet hat. Folglich ist der NAV Hauspersonal BS gemäss dessen § 1 Abs. 1 selbst dann nicht anwendbar, wenn über die in § 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS genannten Tätigkeiten auch alle hauswirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinn von Art. 3 NAV Hauswirtschaft als hauswirtschaftliche Arbeiten im Sinn des NAV Hauspersonal BS qualifiziert werden. Die Frage, ob der im NAV Hauspersonal BS verwendete Begriff der hauswirtschaftlichen Arbeiten gleich auszulegen ist wie der im NAV Hauswirtschaft verwendete Begriff der hauswirtschaftlichen Tätigkeiten, kann deshalb offenbleiben.

7.3.4. Mangels Anwendbarkeit des NAV Hauspersonal BS kann ein Anspruch der Beschwerdegegnerin auf einen Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit entgegen der Auffassung des Zivilgerichts auch nicht aus § 8 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS abgeleitet werden. Folglich ist die Klage im Umfang des Lohnzuschlags für Sonntagsarbeit abzuweisen. [...]» (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 27.9.2018; ZB.2018.11)

13. Arbeitsgesetz

Art. 19 ArG, Art. 40 ArGV1. 50% Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit

(siehe unter Ziffer 12., S. 67)