

**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 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.	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 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 einer Entscheidung 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 Zeitznachweis, 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 Zeitanzeige 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 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 Gesundung 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 bestimmten Umfang bonusberechtigt 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-

gegenseitige 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 vorbehaltenen 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 Taggeldeleistungen 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 verweigten 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 Arztzeugnis 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 Arztzeugnis 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 Arztzeugnis 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 Arztzeugnis 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 betragen 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 gegründeter 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 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 Arbeitsstunden 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 bewilligten Urlaubes 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 verwarnet 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 Arztzeugnisse 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 Räumen, 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