

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT  
BASEL-STADT**

**BERICHT**

**ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2005 BIS 2007**

Vorsitz im Jahre 2005: Dr. F. Beurret-Flück und Dr. M. Stein-Wigger

Vorsitz im Jahre 2006: Dr. A. Heierli und Dr. F. Beurret-Flück

Vorsitz im Jahre 2007: lic. iur. A. Schmidlin und Dr. A. Heierli

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Oktober 2008

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen.....</b>	<b>1</b>
<b>1. <u>Prozessrechtliche Fragen</u></b>	
<b>1.1. Örtliche Zuständigkeit (Art. 21, 24 Abs. 1 GestG)</b> Zulässigkeit einer den Arbeitnehmer begünstigenden Gerichtsstandsklausel .....	2
<b>1.2. Feststellungsklage</b> Voraussetzungen (siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)	
<b>1.3. Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB)</b>	
1.3.1. bezüglich Abschluss, Befristung, Beendigung des Arbeitsvertrages (siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)	
1.3.2. bezüglich Kündigung des Arbeitsvertrages (siehe unter Ziffer 2.17.1.-2.17.2., S. 71)	
1.3.3. bezüglich Lohnzahlung bei Vorliegen einer Quittung (siehe unter Ziffer 2.8.1.1., S. 28)	
<b>1.4. Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)</b> Prozessuale Obliegenheiten der Parteien bei der Sachverhaltsfeststellung.....	7
<b>1.5. Parteientschädigung vor Gewerblichem Schiedsgericht</b> <b>(§ 172 ZPO) .....</b>	<b>8</b>
Kostenverteilung nach Veranlassungsprinzip und Ausnahmen (siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)	
<b>2. <u>Materiellrechtliche Fragen nach Obligationenrecht</u></b>	
<b>2.1. Arbeitsvertrag (Art. 319 OR)</b> Zulässigkeit trotz möglicher anderer Rechtsform der Zusammenarbeit .....	9

<b>2.2.</b>	<b>Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)</b>	
2.2.1.	Aufklärungspflicht des Arbeitnehmerin bezüglich ihres Gesundheitszustandes (siehe unter Ziffer 2.10.1.-2.10.3., S. 37)	
2.2.2.	Wechsel des Arbeitgebers durch konkludente Zustimmung des Arbeitnehmers? .....	11
2.2.3.	Beweislastverteilung bezüglich Abschluss eines Arbeitsvertrags .....	15
<b>2.3.</b>	<b>Überstundenarbeit (Art. 321c OR)</b> Pflicht zur Kompensation durch Freizeit nach L-GAV für das Gastgewerbe 98 (siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)	
<b>2.4.</b>	<b>Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR)</b> Umsatzrückgang als Schaden? .....	16
<b>2.5.</b>	<b>Lohn (Art. 322 OR)</b>	
2.5.1.	Voraussetzungen der Lohnrückforderung (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)	
2.5.2.	Anspruch auf Privatkilometer mit Geschäftsfahrzeug als Lohn. Bemessung während Freistellung (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
<b>2.6.</b>	<b>Provision (Art. 322b f. OR)</b>	
2.6.1.	Provisionsberechnung während Freistellung .....	19
2.6.2.	Provisionsstornierung trotz Erfüllung des vermittelten provisionsberechtigten Vertrags? .....	21
<b>2.7.</b>	<b>Gratifikation (Art. 322d OR)</b>	
2.7.1.	Verlust der Freiwilligkeit durch mehrmaliges vorbehaltloses Ausrichten (siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)	
2.7.2.	Entstehung des pro-rata-Anspruchs (siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)	

<b>2.8.</b>	<b>Ausrichtung des Lohnes (Art. 323 ff. OR)</b>	
2.8.1.	Nachweis der Lohnzahlung	
2.8.1.1.	Vermutung der Zahlung durch Lohnquittung. Beweis des Gegenteils.....	28
2.8.1.2.	Datierung und Unterzeichnung der Lohnabrechnung als Quittung? .....	29
2.8.1.3.	Nachweis durch Buchhaltung. Anforderungen .....	31
2.8.2.	Voraussetzungen der Lohnrückforderung (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)	
2.8.3.	Lohnabzug für noch nicht verfügte Zollbusse als Lohnrückbehalt oder Lohnverrechnung? .....	33
2.8.4.	Berechnung der pfändbaren Quote bei verheirateten und beidseits erwerbstätigen Ehegatten (siehe unter Ziffer 2.12.2., S. 51)	
<b>2.9.</b>	<b>Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)</b>	
2.9.1.	Jahresarbeitszeit. Anforderungen .....	34
2.9.2.	Freistellung	
2.9.2.1.	Provisionsberechnung? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.9.2.2.	Bezahlung echter Reisespesen? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.9.2.3.	Abgeltung für entgangene Privatkilometer mit Geschäftswagen? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
2.9.3.	Ersatz von infolge Arbeitgeberverzuges entgehenden Trinkgeldeinnahmen (siehe unter Ziffer 2.13.2., S. 52)	
<b>2.10.</b>	<b>Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)</b>	
2.10.1.	Lohnfortzahlungsanspruch über das Kündigungsende hinaus? .....	37
2.10.2.	Lohnfortzahlung bei vorbestehenden gesundheitlichen Leiden? .....	37
2.10.3.	Prämien der Einzelkrankentaggeldversicherung nach Beendigung. Ersatzpflicht des Arbeitgebers. Voraussetzungen? .....	37

2.10.4.	Anrechnung der Taggelder an den Lohnfortzahlungsanspruch für Verhinderungsgründe, welche nicht zu den durch eine Taggeldversicherung versicherten Risiken gehören?.....	41
2.10.5.	Lohnfortzahlungsanspruch bei Betreuung kranker Kinder (Art. 36 Abs. 3 ArG) .....	41
<b>2.11.</b>	<b>Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)</b>	
2.11.1.	Beteiligung der Arbeitgeberin an Bürokosten des Arbeitnehmers trotz Zurverfügungstellen eines Büros? .....	43
2.11.2.	Anspruch auf echte Reisespesen während Freistellung? (siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)	
<b>2.12.</b>	<b>Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 ff. OR)</b>	
2.12.1.	Vertragsfreiheit vor Gleichbehandlungsgebot bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags? .....	45
2.12.2.	Anspruch auf kostenlose Zahnbehandlung aufgrund des Gleichbehandlungsgebots?.....	51
<b>2.13.</b>	<b>Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)</b>	
2.13.1.	Betriebsübernahme bejaht beim Verkauf eines Coiffeursalons (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)	
2.13.2.	Betriebsübernahme bei Restaurantpacht bejaht.....	52
2.13.3.	Betriebsübernahme bei Restaurantpacht verneint .....	54
<b>2.14.</b>	<b>Befristeter Arbeitsvertrag (Art. 334 OR)</b>	
2.14.1.	Beweislastverteilung bezüglich Befristung eines Arbeitsvertrags (siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)	
2.14.2.	Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach nichtiger Kündigung als Aufhebungsvertrag qualifiziert (siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)	
2.14.3.	Voraussetzungen der Gültigkeit eines Aufhebungsvertrages (siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)	

<b>2.15.</b>	<b>Kündigung, Probezeit (Art. 335 ff. OR)</b>	
2.15.1.	Zustellung der Kündigung bereits mit Kenntnisnahme der Abholungseinladung der Post? .....	57
2.15.2.	Lohnanspruch während Kündigungsfrist .....	59
2.15.3.	Vereinbarung einer Probezeit im Gastgewerbe: Ungewöhnliche Vertragsklausel im Formularvertrag von GastroSuisse .....	61
2.15.4.	Ordentliche oder fristlose Kündigung: Auslegung nach Vertrauensprinzip (siehe unter Ziffern 2.8.1.3., S. 31 und 2.17.1., S. 71)	
<b>2.16.</b>	<b>Kündigung zur Unzeit (Art. 336c f. OR)</b>	
2.16.1.	Vertragliche Pflicht zur Vorlage eines Arztzeugnisses ab 4. Krankheitstag: Beweislastumkehr für Arbeitgeber? .....	64
2.16.2.	Zum Beweiswert von Arztzeugnissen .....	64
2.16.3.	Temporärarbeit: Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR oder des LMV für das Bauhauptgewerbe? .....	67
2.16.4.	Nichtige Kündigung: Genügt schriftliches Arbeitsangebot? .....	69
2.16.5.	Verlängerung der Kündigungsfrist durch notwendige Operation (siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)	
<b>2.17.</b>	<b>Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)</b>	
2.17.1.	Ordentliche oder fristlose Kündigung: Auslegung nach Vertrauensprinzip .....	71
	(siehe auch unter Ziffer 2.8.1.3., S. 31)	
2.17.2.	Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Schriftlichkeitsform nach GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren und Confiseur-gewerbe? .....	71
2.17.3.	Gerechtfertigte fristlose Kündigung erst nach Verwarnung	
2.17.3.1.	Bei Arbeitsverweigerung .....	73
2.17.3.2.	Bei Nichtvorlage von Arztzeugnissen .....	77
2.17.3.3.	Bei Nichtvorlage von Arztzeugnissen .....	81
2.17.3.4.	Bei unentschuldigtem kurzzeitigen Fernbleiben vom Arbeitsplatz .....	86
2.17.4.	Gerechtfertigte fristlose Kündigung bei Geschlechtsverkehr mit Kunden während Arbeitszeit (siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)	

- 2.17.5. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung nach Verweigerung einer sofortigen Vertragsänderung  
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
- 2.17.6. Schadenminderungspflicht bei ungerechtfertigter Entlassung
  - 2.17.6.1. Selbstverschuldeter Taggeldverlust, unterlassenes Bemühen um Wiedererhalt der Taxifahrbewilligung  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.1., S. 73)
  - 2.17.6.2. Zumutbare Neuanstellung beim bisherigen Arbeitgeber?  
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
- 2.17.7. Schadenersatzberechnung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung und notwendiger Operation während hypothetischer Kündigungsfrist  
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)
- 2.17.8. Pflicht zur Lohnfortzahlung trotz gerechtfertigter fristloser Kündigung?  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.2., S. 77)
- 2.17.9. Charakter der Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR  
(siehe unter Ziffer 2.17.1.2., S. 71)
  
- 2.18. Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)**  
Verzichtsverbot bezüglich bereits entstandener Ansprüche  
(siehe unter Ziffern 2.12.1., S. 45 und 2.16.4., S. 69)
  
- 2.19. Wirkung von GAV-Bestimmungen (Art. 357 OR)**  
Bezüglich einer von der Arbeitgeberin abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung ..... 90
  
- 3. Gesamtarbeitsverträge**
  
- 3.1. LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005**
  - 3.1.1. Pflicht zur Erkundigung über Ausbildung und Berufserfahrung des Arbeitnehmers (Art. 43 LMV)  
(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)
  - 3.1.2. „Dreijährige Tätigkeit im Beruf“ bei BBT-Lehrberufen für Hilfsbetriebe (Anhang 15 zum LMV)?  
(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)
  - 3.1.3. Temporärarbeit: Vorrang des Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR vor Art. 21 Abs. 1 LMV  
(siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)

- 3.2. GAV für die Reinigungsbranche ab 1.7.2004**  
Unzulässige Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit (Art. 6 GAV)  
(siehe unter Ziffer 2.9.1., S. 34)
- 3.3. L-GAV für das Gastgewerbe 98**
- 3.3.1. Ungewöhnliche Abrede über Probezeit in Formularvertrag von Gastro-Suisse (Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98)  
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
- 3.3.2. Pflicht der Arbeitnehmer zur Freizeitkompensation von Überstunden (Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98)  
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
- 3.4. GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbe**  
Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Schriftlichkeitsvorbehalt bei eigener fristloser Kündigung  
(siehe unter Ziffer 2.17.1.-2.17.2., S. 71)
- 3.5. GAV für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen**  
Für den Arbeitnehmer verbindliche, vom Arbeitgeber abgeschlossene Krankentaggeldversicherung (Art. 5.3 Abs. 2 GAV)  
(siehe unter Ziffer 2.19., S. 90)
- C. Statistiken der Berichtsjahre 2005-2007 ..... 94**

## **A. Einleitung**

In den Berichtsjahren 2005 bis 2007 wurden 341, 413 bzw. 411 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 95, 148 bzw. 128 durch Urteil. Die durch Vergleich, Rückzug der Klage oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2005 61,3%, im Jahre 2006 61,5% und im Jahre 2007 62,3%. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und von diesem erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 94). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO in den Jahren 2005 und 2006 in jeweils neun Fällen bzw. im Jahre 2007 in zwölf Fällen Beschwerde an das Appellationsgericht Basel-Stadt erhoben, wovon in den Jahren 2005 und 2007 jeweils zwei Beschwerden teilweise oder ganz und im Jahre 2006 sechs Beschwerden teilweise gutgeheissen wurden. In insgesamt drei Fällen wurde danach noch das Bundesgericht angerufen, das jedoch auf eine Beschwerde nicht eingetreten ist (BGE 4A.352/2008) und eine Beschwerde (BGE 4A\_163/2008, S. 21) bzw. eine altrechtliche Berufung (BGE 4C.29/2006, S. 2) abgewiesen hat, soweit es darauf eintrat.

## **B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen**

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts werden gewöhnlich mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgt in der Regel nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben wird. Im Folgenden werden zu einzelnen bestimmten Rechtsfragen die Urteilserwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und des Appellationsgerichts Basel-Stadt (Ziffern 2.10.4.-5., S. 41; 2.17.3.3., S. 81; 2.17.3.4., S. 86; 2.19., S. 90) sowie in zwei Fällen auch des Bundesgerichts (Ziffern 1.1., S. 2; 2.6.2., S. 21) wiedergegeben.

## 1. Prozessrechtliche Fragen

- 1.1. Örtliche Zuständigkeit (Art. 21, 24 Abs. 1 GestG; Gerichtsstandsklausel nach GAV). Ein Aushilfsarbeitsverhältnis wandelt sich in eine feste Anstellung, wenn der Arbeitnehmer ununterbrochen mindestens ein Jahr lang relativ regelmässig Arbeitseinsätze leistet und in guten Treuen mit weiteren Einsätzen rechnen durfte. Für diese Umwandlung sprachen vorliegend die konkreten Verhältnisse, nämlich konstante Arbeitseinsätze eines Schlafwagenbegleiters über mehrere Jahre entsprechend einem Beschäftigungsgrad von 60%, keine Ablehnung von Einsätzen durch den Arbeitnehmer sowie insbesondere auch das Verhalten der Arbeitgeberin, welche in Abweichung zum Aushilfsarbeitsvertrag das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist auf Monatsende kündigte und dem Arbeitnehmer noch Lohn bezahlte, als er keine Reisen mehr ausführte. Da der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Festanstellung hatte, kam der GAV, der nur für festangestellte Arbeitnehmer galt, und damit die dortige Gerichtsstandsklausel zur Anwendung. Die Gerichtsstandsklausel sah mit Basel einen Ort vor, der weder Sitz noch Niederlassung der Arbeitgeberin und auch nicht der gewöhnliche Arbeitsort war. Ein Arbeitnehmer kann im Unterschied zur Arbeitgeberin auf die Gerichtsstände nach Art. 24 Abs. 1 GestG nicht verzichten. Eine Gerichtsstandsvereinbarung, die ihm einen zusätzlichen Gerichtsstand zur Verfügung stellt, ist anlog Art. 12 Ziff. 2 und Art. 15 Ziff. 2 LugÜ gültig, obwohl das Gerichtsstandsgesetz keine entsprechende explizite Regelung kennt.

Y. arbeitete seit dem 1. Februar 2001 als Zugsteward im Aushilfsarbeitsverhältnis bei der X. AG. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis am 2. September 2004 auf den 30. November 2004. Am 18. Januar 2005 klagte er gegen die X. AG vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Zahlung von CHF 27'661.20 nebst Zins für Lohndifferenzen bei 172 Reisen sowie den Oktoberlohn. Die X. AG erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, weil weder ihr Sitz noch der gewöhnliche Arbeitsort in Basel lägen, noch die Gerichtsstandsklausel nach GAV gelte, der nur auf festangestellte Arbeitnehmer Anwendung fand. Y. war hingegen, der Ansicht, dass er Anspruch auf eine Festanstellung habe und die X. AG ihn als Festangestellten hätte behandeln müssen. Das Gewerbliche Schiedsgericht trat mit Verfügung vom 14. bzw. 19. April 2005 im Sinne eines Zwischenentscheides auf die Klage ein. Die hiergegen erhobene Beschwerde der X. AG wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 25. August 2005 ab, ebenso das **Bundesgericht** am 21. März 2006 eine von der X. AG gegen das Urteil des Appellationsgericht eingereichte Berufung, wobei es Folgendes ausführte:

„[...] 2.

Unbestritten ist, dass im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage die Beklagte weder ihren Sitz noch eine Niederlassung und der Kläger seinen gewöhnlichen Arbeitsort ebenfalls nicht in Basel hatte, weshalb sich eine Zuständigkeit weder aus Art. 24 Abs. 1

GestG noch aus Art. 5 GestG ergab. Die kantonalen Gerichte leiteten die örtliche Zuständigkeit vielmehr aus Ziff. 27 des zwischen der Beklagten und dem Schweizerischen Eisenbahn- und Verkehrspersonalverband abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ab, der für Streitfälle die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbehörden des Kantons Basel-Stadt vorsieht. Die Beklagte nahm indessen den Standpunkt ein, der GAV habe für den Kläger keine Geltung. Der GAV regle das Anstellungsverhältnis nur für das fest angestellte Fahrpersonal der Beklagten (Ziff. 2 Abs. 1 GAV). Der Kläger erfülle jedoch das Kriterium der Festanstellung nicht. Die Beklagte stellt auch in der Berufung die Anwendbarkeit des GAV auf das Vertragsverhältnis der Parteien in Abrede, weil der Kläger mangels "Festanstellung" nicht als beteiligter Arbeitnehmer im Sinne von Art. 357 Abs. 1 OR gelten könne. Sie räumt aber nunmehr ein, dass der mit dem Kläger eingegangene Vertrag in ein Dauerschuldverhältnis übergegangen sei. Dennoch hält sie daran fest, dass sich daraus keine Festanstellung im Sinne des GAV ergeben habe. Nach dem Willen der Parteien des GAV sollten "Aushilfen" mit entsprechenden Vertragskonditionen, d.h. Arbeitnehmer, welche ihre Dispositionsfreiheit behalten und sich den strengen Bedingungen einer Festanstellung nicht unterwerfen wollen, dem GAV nicht unterstehen.

### **3.**

**3.1** Die Vorinstanz erwog, der am 4. Februar 2001 geschlossene "Arbeitsvertrag für Aushilfen auf Anfrage" sei zwar nach seiner Formulierung ursprünglich auf Gelegenheitsarbeit ausgerichtet gewesen. Nach den Allgemeinen Bestimmungen habe der Vertrag mit dem Abschluss jeder Dienstreise geendet. Monatliche Mindestarbeitseinsätze seien weder seitens der Arbeitgeberin garantiert noch sei der Arbeitnehmer dazu verpflichtet, sondern vielmehr berechtigt gewesen, ihm angebotene Dienstleistungen abzulehnen. Die Vorinstanz nahm jedoch an, das Gelegenheitsarbeitsverhältnis habe sich in ein festes Anstellungsverhältnis, ein Teilzeitarbeitsverhältnis von 60%, gewandelt. Generell sei eine Umwandlung in ein festes Anstellungsverhältnis anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ununterbrochen mindestens ein Jahr lang relativ regelmässig Arbeitseinsätze geleistet hat und deshalb in guten Treuen mit weiteren Einsätzen rechnen durfte.

**3.2** In einem zweiten Schritt würdigte die Vorinstanz aber auch die konkreten Verhältnisse und hielt in tatsächlicher Hinsicht fest, der Kläger habe von Februar 2001 bis Ende September 2004 für die Beklagte gearbeitet, ohne jemals längere Zeit ausgesetzt zu haben. Seine Einsätze hätten etwa einer 60%-Stelle entsprochen. Dass es dem Kläger während der gesamten Vertragsdauer freigestanden hätte, angebotene Einsätze zu akzeptieren oder abzulehnen, sei nicht nachgewiesen. Dass er jemals abgesagt hätte, sei nicht einmal behauptet worden. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten zugestanden, dass sie selbst von einer verbindlich vereinbarten Kündigungsfrist ausgegangen sei, indem sie sich mit der Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist und des Kündigungstermins auf ein Monatsende nicht an die Vorgaben des schriftlichen Aushilfsvertrages, sondern an jene des Obligationenrechts, allenfalls des GAV (Ziff. 8.1) gehalten und ausdrücklich auf die Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist hingewiesen habe. Über-

dies habe die Beklagte dem Kläger entgegen ihrer Verpflichtung gemäss dem ursprünglichen Vertrag den Lohn auch noch ausgerichtet, als er keine Reisen mehr ausgeführt habe. Dadurch habe die Beklagte den Kläger wie einen Festangestellten behandelt.

**3.3** Aufgrund des festgestellten Verhaltens der Parteien hielt die Vorinstanz dafür, es sei davon auszugehen, dass sich das anfänglich als Vertrag zur Aushilfsarbeit eingegangene Arbeitsverhältnis mit der Zeit in ein festes Anstellungsverhältnis gewandelt habe, so dass der GAV auf den Kläger anwendbar sei. Demnach komme die in Art. 27 GAV verankerte Gerichtsstandsklausel zum Tragen. Die ordentlichen Gerichte des Kantons Basel-Stadt seien deshalb zuständig.

**3.4** Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2 S. 71; 417 E. 3.2 S. 424 f., je mit Hinweisen). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 132 III 24 E. 4 S. 28; 131 III 606 E. 4.1 S. 611, je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366).

**3.5** Die Vorinstanz hält zwar fest, bei einem gleichbleibenden regelmässigen Beschäftigungsgrad sei nach einer gewissen Beschäftigungsdauer generell von einer Umwandlung des Vertragsverhältnisses in eine Festanstellung auszugehen. Sie liess es dabei aber nicht bewenden, sondern stellte gestützt auf das Verhalten der Beklagten fest, diese selbst betrachte den Kläger als Festangestellten im Sinne des GAV. Dass die Vorinstanz dabei auch das Verhalten der Beklagten bei und nach der Kündigung berücksichtigte, macht deutlich, dass sie im Rahmen der Beweiswürdigung auf den tatsächlichen Willen beider Parteien schloss, womit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Bedeutung zukommt. Indem die Beklagte behauptet, der Kläger hätte die Arbeitseinsätze jederzeit ablehnen können, weshalb keine Festanstellung im Sinne des GAV vorliege, übt sie Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz, welche die entsprechende Behauptung der Beklagten nicht für erwiesen erachtete und aus den übrigen Umständen auf eine Festanstellung im Sinne des GAV schloss. Diese Kritik ist im Rahmen der Berufung

nicht zu hören (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85).

**3.6** Im Übrigen zeigt die Beklagte nicht auf, inwiefern angesichts der weiteren tatsächlichen Elemente - konstante Arbeitseinsätze über mehrere Jahre entsprechend einem Beschäftigungsgrad von 60%, keine Ablehnung von Einsätzen durch den Kläger - die Annahme, der Kläger habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, es habe eine Umwandlung des Aushilfs- in festes Angestelltenverhältnis im Sinne des GAV stattgefunden, Bundesrecht verletzt. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die Vorinstanz habe keinen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen festgestellt, sondern den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, ist der angefochtene Entscheid bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

**3.7** Damit gehörte der Kläger nicht mehr zu den Aushilfskräften, und es ist unerheblich, ob die Beklagte im kantonalen Verfahren belegt hat, dass zwischen den Vertragspartnern des GAV Verhandlungen über die Unterstellung von "Aushilfen" unter den neu abzuschliessenden GAV im Gange sind, wie sie in der Berufung anführt.

**3.8** Soweit die Beklagte in der Berufung vorbringt, der Kläger habe sie vor Einleitung des Verfahrens mit Schreiben vom 22. Juli 2004 um eine Festanstellung gebeten, ist sie damit nicht zu hören, da dem angefochtenen Urteil keine entsprechende Feststellung zu entnehmen ist und die Beklagte diesbezüglich keine zulässige Sachverhaltsrüge vorträgt (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106; 115 II 484 E. 2a S. 485 f., je mit Hinweisen). Die auf diese neue Behauptung abgestützten Rügen der Verletzung von Art. 356 und 357 OR bleiben demnach ausser Acht. Im Übrigen wurde im angeführten Schreiben hervorgehoben, dass die Tätigkeit des Klägers in keiner Weise einer Aushilfs-, sondern einer regelmässigen Teilzeittätigkeit entspreche und dass Kettenarbeitsverträge verboten seien. Aus dem Brief vom 22. Juli 2004 könnte die Beklagte mithin nichts zu ihren Gunsten ableiten, selbst wenn darauf abgestellt würde.

**3.9** Mit dem Vorbringen, die Vorinstanz habe aus dem Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ohne Begründung und damit in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV auf die Anwendbarkeit des GAV geschlossen, rügt die Beklagte eine Verletzung ihres verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Für derartige Rügen steht die Berufung nicht offen (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252 mit Hinweisen). Überdies missachtet die Beklagte, dass die Vorinstanz die Unterstellung des Verhältnisses der Parteien unter den GAV mit der bundesrechtskonform ermittelten Festanstellung des Klägers gemäss Art. 2 GAV begründet hat. Dass unter dieser Voraussetzung der GAV Geltung hat, stellt auch die Beklagte nicht in Abrede.

#### **4.**

Die Beklagte rügt schliesslich, selbst wenn sich der Kläger auf den GAV stützen könnte, würde die Auffassung der Vorinstanz, dass sich nur der Arbeitnehmer, nicht aber der

Arbeitgeber auf die Gerichtsstandsvereinbarung gemäss GAV berufen könne, vor dem Verbot des Vorausverzichts gemäss Art. 21 GestG nicht standhalten.

**4.1** Nach Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG kann die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf die Gerichtsstände nach dem 5. Abschnitt des GestG, darunter jene des Arbeitsrechts nach Art. 24 Abs. 1 GestG (Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder gewöhnlicher Arbeitsort) verzichten. Da die Einführung des Verbots des Vorausverzichts auf den Gerichtsstand den Schutz der vermuthungsweise schwächeren Partei, im Arbeitsverhältnis also des Arbeitnehmers, bezweckt, ist dem Arbeitgeber ein solcher Vorausverzicht unbenommen (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N. 2d zu Art. 343 OR; BALZ GROSS, in: Müller/Wirth [Hrsg.] Gerichtsstandsgesetz, N. 27 und 52 zu Art. 21 GestG; vgl. auch WALTHER, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., N. 5 zu Art. 21 GestG; KELLERHALS, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Gerichtsstandsgesetz: Schutz des Schwachen vs. Schutz gegen widersprüchliche Entscheide und ineffiziente Streiterledigung, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, S. 487 ff., S. 497), obwohl der Wahlgerichtsstand des Art. 24 Abs. 1 GestG beiden Parteien zur Verfügung steht (NOËLLE KAISER JOB, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen [GestG], N. 1 zu Art. 24 GestG). Einseitig begünstigende Gerichtsstandsvereinbarungen, die der sozial schwächeren Partei einen zusätzlichen Gerichtsstand zur Verfügung stellen, sind unter dem Gesichtswinkel des Sozialschutzes unbedenklich und daher analog Art. 12 Ziff. 2 LugÜ und Art. 15 Ziff. 2 LugÜ als zulässig zu erachten, obwohl das Gerichtsstandsgesetz keine entsprechende explizite Regelung kennt (WALTHER, a.a.O., N. 8 zu Art. 21 GestG mit Hinweisen). Im voraus getroffene Gerichtsstandsabreden erweisen sich daher nicht als nichtig, sondern als für den Arbeitnehmer einseitig unverbindlich (KELLERHALS, a.a.O., S. 497).

**4.2** Ziff. 27 GAV stellt dem Kläger somit neben den in Art. 24 Abs. 1 GestG vorgesehenen Gerichtsständen einen weiteren wahlweise zur Verfügung (vgl. BALZ GROSS, a.a.O., N. 52 zu Art. 21 GestG). Die Beklagte muss sich bei der Gerichtsstandsvereinbarung behaften lassen und vermag sich der vereinbarten Zuständigkeit nicht unter Hinweis auf Art. 24 GestG zu entziehen. Als nicht vom Schutzbereich von Art. 24 GestG erfasste Partei kann sie aus dem zwingenden Charakter dieser Bestimmung nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch in diesem Punkte ist die Berufung unbegründet. [...]“

(BGE 4C.29/2006 vom 21.3.2006 in Sachen von Y. gegen X. AG; AGE vom 25.8.2005, Verf.Nr. 947/2005; GSGE vom 14./19.4.2005, GS 2005/11)

- 1.2. **Feststellungsklage (Art. 8 ZGB)**  
**Voraussetzungen**  
(siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)
  
- 1.3. **Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB)**
  - 1.3.1. **bezüglich Abschluss, Befristung, Beendigung des Arbeitsvertrages**  
(siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)
  
  - 1.3.2. **bezüglich Kündigung des Arbeitsvertrages**  
(siehe unter Ziffern 2.17.1.-2.17.2., S. 71)
  
  - 1.3.3. **bezüglich Lohnzahlung bei Vorliegen einer Quittung**  
(siehe unter Ziffer 2.8.1.1., S. 28)
  
- 1.4. **Art. 343 Abs. 4 OR. Den Parteien obliegen die Behauptungs- und Substantiierungspflicht sowie die Bezeichnung von Beweismitteln. Eine Partei, die Behauptungen in tatsächlicher Hinsicht, zu denen eine Auskunftsperson befragt werden kann, erst dann vorbringt, nachdem die Auskunftsperson aus der Gerichtsverhandlung entlassen wurde, hat keinen Anspruch auf erneute Vorladung und Befragung der bereits einvernommenen Person. Ihre bestrittene und nicht überprüfte Behauptung musste als nicht nachgewiesen gelten.**

In einem von St. gegen die Arbeitgeberin J. AG vor dem Gewerblichen Schiedsgericht geführten Prozess betreffend Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung wurden verschiedene Personen als Zeugen und Auskunftspersonen einvernommen. Den Parteien wurde während der Hauptverhandlung am 24. Februar 2005 Gelegenheit zu Fragen an diese Personen gewährt. Bezüglich der Auskunftsperson D. hat St. davon keinen Gebrauch gemacht, so dass die Auskunftsperson durch das Gericht nach Hause entlassen wurde. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung hat St. jedoch Behauptungen bezüglich bestimmter Umstände aufgestellt, aus denen sich ihrer Meinung nach unter anderem die Missbräuchlichkeit der Kündigung hätte ergeben sollen und über die D. hätte Auskunft geben können. In der Folge beantragte St., dass die Auskunftsperson erneut vorgeladen würde, um sie in einer zweiten Hauptverhandlung zu diesen

Umständen zu befragen, was jedoch vom **Gewerblichen Schiedsgericht** abgewiesen wurde, wozu Folgendes erwogen wurde.

Nach Art. 343 Abs. 4 OR stellt das Gericht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Zu dieser Untersuchungspflicht gehört es, dass das Gericht Tatsachen in den Prozess einzubeziehen hat, die von keiner Partei behauptet worden sind. Gleiches gilt für die Berücksichtigung von Beweismitteln, die von keiner Partei angerufen werden. Andererseits obliegen jedoch den Parteien die Behauptungs- und Substantiierungspflicht sowie die Bezeichnung von Beweismitteln (BGE 107 III 233 E. 2b und 2c, 4C. 143/2002 E. 3). All dies muss so frühzeitig wie möglich, spätestens jedoch in der ersten Hauptverhandlung geschehen. Sofern eine Beweisabnahme durch Einvernahme von Zeugen oder Auskunftspersonen stattfindet, haben die Parteien ihre Behauptungen, soweit sie durch jene Personen bestätigt oder verworfen werden können, in diesem Zeitpunkt aufzustellen. Vorliegend hat St. diese Obliegenheit verletzt, indem sie ihre tatsächlichen Behauptungen erst vorbrachte, nachdem die Auskunftsperson, welche dazu hätte befragt werden können, durch das Gericht aus der Hauptverhandlung entlassen worden war. Dabei hatte St. von diesen Umständen, die sie behauptete, schon damals Kenntnis gehabt. St. hatte daher keinen Anspruch auf einer erneute Vorladung und Befragung der Auskunftsperson zu diesen Umständen. Es ging dabei nicht um eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der J. AG, wie sie argumentierte. Vielmehr mussten die bestrittenen und nicht überprüften Behauptungen von St. als nicht nachgewiesen gelten.

(GSGE vom 24.2.2005 in Sachen von St. gegen J. AG, GS 2004/92)

**1.5. Parteienschädigung vor Gewerblichem Schiedsgericht (§ 172 ZPO):  
Kostenverteilung nach Veranlassungsprinzip und Ausnahmen  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.4., S. 86)**

## 2. Materielle rechtliche Fragen nach Obligationenrecht

### 2.1. Arbeitsvertrag (Art. 319 OR)

Ein Arbeitsverhältnis kann als Rechtsform gewählt werden, auch wenn die Wahl eines anderen Rechtsverhältnisses für die Zusammenarbeit der Parteien zulässig wäre.

Art. 337 OR. Eine fristlose Kündigung, die erfolgt, weil die Arbeitnehmerin einer sofortig wirksam werdenden Vertragsänderung nicht zustimmen will, ist klarerweise ungerechtfertigt.

Art. 337c Abs. 2 OR. Eine erneute Anstellung beim bisherigen Arbeitgeber kann zumutbar sein, wenn die Persönlichkeitsverletzung als beseitigt zu betrachten ist. Dies wurde für eine vorübergehende Anstellung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bejaht, weil die Persönlichkeitsverletzung durch die Kündigung für die Arbeitnehmerin nicht sehr schwerwiegend gewesen sein konnte.

S. schloss mit A. einen Arbeitsvertrag ab, wonach sie ab September 2004 als Masseurin in seinen Räumlichkeiten zum Stundenlohn von CHF 50.-- arbeitete. Am 14. Februar 2006 übergab ihr A. eine Änderungskündigung und einen neuen Arbeitsvertrag über einen Stundenlohn von nur noch CHF 42.--. Sollte sie damit nicht einverstanden sein, so betrachte er das Arbeitsverhältnis als gekündigt. Da S. ihre Zustimmung zum neuen Vertrag verweigerte, schrieb A. von Hand auf die Änderungskündigung: „Verhältnis per sofort aufgelöst.“ In der Folge räumte S. am 20. Februar 2006 ihren Arbeitsplatz. Mit Schreiben vom 23. Februar 2006 kündigte A. das Arbeitsverhältnis per 30. April 2006. Mit Klage vom 21. April 2006 verlangte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von A. unter anderem zur Zahlung des Restlohnes für den Monat Februar 2006, des Lohnes für die Monate März und April 2006 sowie einer Ferienentschädigung. Mit Urteil vom 3. Juli 2006 wurde A. zur Zahlung des Februarrestlohnes und der Ferienentschädigung verurteilt, im Übrigen die Klage jedoch abgewiesen, wobei das **Gewerbliche Schiedsgericht** was folgt erwogen hat:

a) Strittig war zunächst, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorlag. S. unterhielt mit ihrem Ehemann in Berlin ein Massagestudio. Daneben arbeitete sie bei A. in der Schweiz, von dem sie allerdings keinerlei Weisungen empfang. Hingegen war S. in die Organisation von A. eingegliedert. A. stellte ihr für ihre Tätigkeit Räumlichkeiten zur Verfügung, die S. zwar mit ihren eigenen Einrichtungsgegenständen ausstattete. A. verlangte dafür jedoch keinen Mietzins, sondern nahm die Kundenhonorare von S. ein und bezahlte ihr davon einen Lohn. Ferner hat er für S. die Kundentermine entgegengenommen, diese mit ihren Anwesenheiten in Basel koordiniert sowie die Korrespondenz mit den Krankenkassen-

senpatienten geführt. Das Gericht ging davon aus, dass die Parteien für ihre Zusammenarbeit, die sie rechtlich auch anders hätten ausgestalten können, bewusst die Rechtsform eines Arbeitsverhältnisses wählten. Folgerichtig wurde S. in der Schweiz als Arbeitnehmerin angemeldet. Zudem rechnete A. ihren Lohn mit den Sozialversicherungsträgern ab. Aus diesen Gründen hat das Gewerbliche Schiedsgericht seine sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Klage bejaht.

**b)** Ferner stellte das Gericht fest, dass A., nachdem S. seine Offerte für einen abgeänderten Arbeitsvertrag abgelehnt hatte, den Arbeitsvertrag fristlos kündigte. Seine handschriftliche Bemerkung „Verhältnis per sofort aufgelöst“ auf einer Kopie des Schreibens der Änderungskündigung, welche er nach der Besprechung mit S. ihrem Ehemann ausgehändigt hatte, konnte nicht anders verstanden werden, als dass A. nach dem negativen Bescheid durch S. und entgegen seiner ursprünglichen Absicht das Arbeitsverhältnis per sofort nicht mehr weiterführen wollte. S. hat die Notiz denn auch entsprechend verstanden, indem sie wenige Tage danach ihre Einrichtungsgegenstände aus den Räumlichkeiten von A. entfernt und damit ihren Arbeitsplatz geräumt hat. Eine fristlose Kündigung, die erfolgt, weil die Arbeitnehmerin einer sofortig wirksam werdenden Vertragsänderung nicht zustimmen will, ist klarerweise ungerechtfertigt. Hinterher ist A. allerdings wieder auf seine ursprüngliche Absicht, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigung zu beenden, zurückgekommen, indem er S. am 23. Februar 2006 eine solche zusandte. Da das Arbeitsverhältnis in diesem Zeitpunkt bereits beendet war, konnte das Schreiben nur als Angebot an S. verstanden werden, ein neues bis Ende April 2006 befristetes Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Konditionen einzugehen.

**c)** Wer eine Arbeitnehmerin ohne zureichende wichtige Gründe fristlos entlässt, schuldet ihr Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Die Arbeitnehmerin andererseits hat sich an diesen Schadenersatzanspruch anrechnen zu lassen, was sie infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Abs. 2). Für die Frage, ob Letzteres zutrifft, sind alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen (BGE 4C.321/2005 E. 6.2). Die Anrechnung eines Ersatzverdienstes geschieht unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Art. 324 Abs. 2 OR. Dabei muss die Arbeitnehmerin auch eine angebotene Aushilfsarbeit annehmen, wenn dadurch die Suche nach einer angemessenen Dauerstelle nicht erheblich beeinträchtigt wird (vgl. OGer ZH, ZR 1997 Nr. 92, S. 184). Eine erneute Anstellung beim bisherigen Arbeitgeber kann zumutbar sein, wenn die Persönlichkeitsverletzung als beseitigt zu betrachten ist (BGE 4C.321/2005 E. 6.3; OGer ZH, ZR 1997 Nr. 92, S. 184; AUBERT, Commentaire romand, OR 337c N 11; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, OR 337c N. 7, S. 774 f.). Vorliegend wurde davon ausge-

gangen, dass die Verletzung der Persönlichkeit von S. durch die fristlose Kündigung nicht sehr schwerwiegend war, weil A. gegen sie persönlich keinerlei Vorwürfe erhoben und die fristlose Kündigung nur in der Enttäuschung darüber ausgesprochen hat, dass sie nicht bereit war, ihren Lohn der [geringeren] Bezahlung der übrigen Masseure anzupassen. Zwar hatte S. sich berechtigterweise dagegen gewehrt, die Lohnsenkung per sofort in Kraft treten zu lassen. Andererseits wäre es ihr jedoch zumutbar gewesen, ihre Arbeit aufgrund des Angebots von A. doch noch bis Ende April 2006 [zum höheren Lohn] weiterzuführen. Damit hätte sie den durch die fristlose Entlassung erlittenen Schaden ab März 2006 vollumfänglich wiedergutmachen können. Hingegen hatte sie Anspruch auf den Lohn bis Ende Februar 2006, weil das Angebot erst Ende Februar 2006 gemacht wurde.

(GSGE vom 3.7.2006 in Sachen von S. gegen A., GS 2006/116, publiziert in JAR 2007 S. 393)

## **2.2. Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)**

### **2.2.1. Aufklärungspflicht des Arbeitnehmerin bezüglich ihres Gesundheitszustandes**

(siehe unter Ziffer 2.10.1.-2.10.3., S. 37)

### **2.2.2. Art. 320 OR. Für einen Wechsel der Arbeitgeberin bedarf es des ausdrücklichen Einverständnisses des Arbeitnehmers. Nur unter besonderen Umständen kann eine konkludente Zustimmung genügen.**

**Anhang 15 des LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005. „Dreijährige Tätigkeit in ihrem Beruf“ bei BBT-Lehrberufen für Hilfsbetriebe: Es sollen jene Arbeitnehmer der Lohnklasse Q zugeteilt werden, die nach Abschluss der Ausbildung während drei Jahren praktische Erfahrung auf dem erlernten Beruf haben sammeln können. Diese Erfahrung braucht weder in der Schweiz noch auf einer Baustelle gemacht worden zu sein. Es genügt auch eine solche in einer Werkstatt.**

**Art. 43 LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005. Die Arbeitgeberin hat den Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung zu fragen, die Vorlage allfälliger Arbeits- und Fähigkeitszeugnisse zu verlangen und im Zweifelsfall eine Gleichwertigkeitsbeurteilung durch das zuständige Bundesamt einleiten zu lassen.**

K. schloss im Jahre 2004 bei der Temporärfirma P. AG in Basel einen Arbeitsvertrag über einen Einsatz als Rohrschlosser bei der Baufirma G. AG ab. Der Einsatz ging am 8. September 2005 zu Ende. Mit Klage vom 5. Januar 2006 verlangte

K. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der P. AG unter anderem zur Zahlung von Lohndifferenzen, die sich aus der Anwendung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe ergaben. Die P. AG wehrte sich gegen diese Forderungen mit dem Einwand der fehlenden Passivlegitimation. Arbeitgeberin von K. sei vielmehr die X.Y. AG in Muttenz. Zudem erfülle K. die Voraussetzungen gemäss Landesmantelvertrag nicht, um in den Genuss der Lohnklasse Q zu kommen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Urteil vom 20. März 2006 diese klägerischen Ansprüche gutgeheissen. Eine von der P. AG dagegen erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 28. September 2006 abgewiesen. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde Folgendes ausgeführt:

„a) Der Einwand der fehlenden Passivlegitimation geht fehl. Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass sie mit dem Kläger einen Vertrag über einen Einsatz bei der G. AG abgeschlossen hat. In dieser Einsatzfirma leistete der Kläger denn in der Folge bis zu seinem Ausscheiden am 8. September 2005 durchgehend seine Arbeit. Bei der X.Y. AG in Muttenz handelt es sich um eine von der Beschwerdeführerin verschiedene AG, für die jedoch dieselben Personen als Organe verantwortlich zeichnen wie für die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin hat weder behauptet noch war ersichtlich, dass der Kläger im Rahmen einer Betriebsübernahme von der AG in Muttenz übernommen worden wäre. Insbesondere ergibt sich eine Betriebsübernahme nicht aus den eingereichten Handelsregisterauszügen.

b) Auf einen Wechsel der Vertragsparteien konnte auch weder aufgrund der Lohnabrechnungen, die ab Januar 2005 durch die X.Y. AG in Muttenz erstellt wurden [...], noch aus einem von der Beschwerdeführerin eingereichten Arbeitsvertrag [...] geschlossen werden. Lohnabrechnungen sind einseitig von der Arbeitgeberin ausgestellte Dokumente und enthalten auch vorliegend keine Willenserklärung des Arbeitnehmers. Der fragliche Arbeitsvertrag trägt das Datum vom 3. März 2005 und nennt als Parteien den Kläger und die X.Y. AG. Er ist jedoch von keiner der als Vertragsparteien genannten Personen unterzeichnet worden. Für einen Wechsel der Arbeitgeberin hätte der Kläger sein ausdrückliches Einverständnis erklären müssen. Nur in Ausnahmefällen kann aus besonderen Umständen eine konkludente Zustimmung abgeleitet werden, wie sie hier jedoch nicht gegeben sind. Daran kann nichts ändern, dass die Beschwerdeführerin mit diesem Arbeitsvertrag eine Lohnerhöhung per 21. Februar 2005 mitgeteilt hat, die in der Folge ab März gewährt worden ist [...]. Aus einer Lohnerhöhung und ihrem Empfang durch den Arbeitnehmer lässt sich nicht auf einen Wechsel der Vertragspartei schliessen. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf den Parteiwechsel hinweisen und den Kläger um seine Zustimmung ersuchen müssen. Der Kläger hat an der Hauptverhandlung lediglich zu Protokoll gegeben,

dass er von der Beschwerdeführerin einen Brief erhalten habe, wonach sie von Basel nach Muttenz zügle [...].

c) In der Sache selber machte der Kläger Lohndifferenzen geltend. Angestellt wurde er zu einem Stundenlohn von CHF 23.80 brutto zuzüglich 9,16% Ferienentschädigung, 3,33% Feiertagsentschädigung und 8,33% 13. Monatslohn, insgesamt CHF 29.-- brutto [...]. Der Lohn erhöhte sich ab 1. März 2005 auf CHF 25.70 brutto nebst den erwähnten Zuschlägen, allerdings mit einer Ferienentschädigung von 8,33%, was einen Stundenlohn von total CHF 31.-- brutto ergab [...]. Einig waren sich die Parteien in der Hauptverhandlung darüber, dass der Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden musste [...]. Strittig unter ihnen war, in welche Lohnklasse des Landesmantelvertrages der Kläger einzureihen war. Der Kläger machte eine Entlohnung nach Lohnklasse Q, entsprechend CHF 34.80 brutto bis Ende Februar 2005 und für die Zeit danach von CHF 35.40 brutto pro Stunde, geltend. Die Beschwerdeführerin hielt die Einreihung in Lohnklasse C für richtig.

d) [...]

e) Gemäss dem Katalog über die Einreihungskriterien für die Lohnklassen A und Q (LMV Anhang 15) werden unter die Lohnklasse Q auch BBT-Lehrberufe für Hilfsbetriebe in den Unternehmungen des Bauhauptgewerbes gefasst, soweit diese in den Geltungsbereich des LMV fallen. Vorausgesetzt wird dabei, dass der Arbeitnehmer über ein eidgenössisches Fähigkeitszeugnis und eine dreijährige Tätigkeit im Beruf verfügt sowie im erlernten Beruf eingesetzt wird. Unter den im Anhang namentlich aufgeführten Beispielen ist der Rohrschlosser aufgeführt. Bei Arbeitnehmern mit ausländischen Berufsausweisen wird für die Einreihung in die Lohnklasse Q eine dreijährige Ausbildungsdauer mit praktischem und theoretischem bzw. schulischem Teil verlangt, die mit einer öffentlichrechtlich anerkannten Prüfung abgeschlossen wird [SPK-Merkblatt für die Anerkennung ausländischer Berufs-Ausweise].

f) Mit Entscheid vom 25. August 2005 hat das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie festgestellt, dass die vom Kläger in der Slowakei abgeschlossene Ausbildung als Maschinenschlosser unter Berücksichtigung seiner langjährigen Berufserfahrung gleichwertig mit dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis als Metallbauer sei [...]. Da der Kläger bei der G. AG als Schlosser eingesetzt wurde, war noch die dritte und von der Beschwerdeführerin in der Hauptverhandlung einzig bestrittene Voraussetzung, das heisst, ob der Kläger über eine dreijährige Tätigkeit im Beruf verfügte, zu prüfen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat der Arbeitnehmer dabei eine dreijährige Tätigkeit auf schweizerischen Baustellen vorzuweisen, während Arbeit in einer Werkstatt nicht zählen könne [...].

**g)** Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck des Anhangs 15 zum LMV lassen einen derartigen Schluss zu. Der Anhang spricht allein von dreijähriger Tätigkeit im Beruf. Offensichtlich sollen nur jene Arbeitnehmer der Lohnklasse Q zugeteilt werden, die nach Abschluss der Ausbildung während drei Jahren praktische Erfahrung auf dem erlernten Beruf haben sammeln können. Diese Erfahrung braucht weder in der Schweiz noch auf einer Baustelle gemacht worden zu sein. Der LMV lässt nicht erkennen, dass er zwischen Tätigkeiten in der Schweiz oder im Ausland sowie auf der Baustelle oder in der Werkstatt unterscheiden will. Vielmehr geht er davon aus, dass, wer im Ausland eine mit der schweizerischen Lehre gleichwertige Ausbildung absolviert hat, bei dreijähriger praktischer Tätigkeit auf dem Beruf unabhängig davon, ob im Aus- oder Inland, die für die Lohnklasse Q erforderliche Erfahrung hat machen können. Zudem kann die nötige Erfahrung sowohl auf einer Baustelle als auch in einer Werkstatt erworben werden. Überhaupt arbeitet ein Schlosser nicht nur in der Werkstatt oder auf der Baustelle, sondern an beiden Orten, weil die Metallkonstruktionen regelmässig in Werkstätten erstellt und danach auf Baustellen montiert und eingebaut werden. So verhielt es sich übrigens auch beim Kläger, der seinen Einsatz bei der G. AG auf 60% Arbeit in der Werkstatt und 40% Arbeit auf den Baustellen einschätzte [...]. Vorliegend hat der Kläger ferner durch zwei Arbeitszeugnisse nachweisen können, dass er seit Mitte Juli 1989 bis Ende Mai 2000 als Maschinenschlosser in der Schlosserei D. in Münchenstein und vom 19. Juni 2000 bis 31. Januar 2004 als Metallbauer bei der J. AG in Arlesheim tätig gewesen war [...] und damit auch die dritte Voraussetzung erfüllte.

**h)** Gegen die Klage hatte die Beschwerdeführerin im Weiteren vorgebracht, dass der Kläger die erforderlichen Unterlagen über die ausländische Berufsausbildung ihr nie und das Schreiben der BBT erst nach Einsatzen eingereicht habe [...]. Art. 43 LMV bestimmt, dass die Einreihung in die entsprechende Lohnklasse nach erstmaliger Anstellung im Betrieb durch den Arbeitgeber erfolgen muss und dem Arbeitnehmer spätestens nach Ablauf der Probezeit mitzuteilen ist. Die Einreihung ist zudem auf der individuellen Lohnabrechnung aufzuführen. Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat mit Urteil in Sachen M. gegen A. AG vom 1. Juni 2004 [JAR 2005, 322 E. 3c] darauf hingewiesen, dass die Arbeitgeberin „den Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung fragen, allfällige Arbeits- und Fähigkeitszeugnisse einverlangen und im Zweifelsfall eine Gleichwertigkeitsbeurteilung durch das zuständige Bundesamt einleiten muss, da nur so eine korrekte Einreihung vorgenommen werden kann“ (Erwägung 3c).

**i)** Vorliegend hat der Kläger der Beschwerdeführerin bei seiner Bewerbung einen Lebenslauf sowie die erwähnten zwei Arbeitszeugnisse eingereicht. Aus dem Lebenslauf geht hervor, dass der Kläger in Bratislava von 1972-1975 eine Berufsausbildung gemacht und von 1975-1977 das Technikum besucht hat [...].

Zwar hat die Beschwerdeführerin behauptet, ihr sei nur das Zeugnis der J. AG vorgelegen. Dafür und auch für weitere dem Kläger vorgeworfene Unterlassungen konnte sie jedoch keine ausreichenden Beweise vorlegen [...]. Davon abgesehen waren ihre Einwände entweder nicht stichhaltig oder nicht massgebend. Das Zeugnis der Schlosserei D. wurde am 15. Juni 2000 ausgestellt, weshalb es nicht als glaubwürdig angesehen wurde, dass der Kläger ihr dieses vorenthalten haben soll. Die erforderliche dreijährige praktische Tätigkeit des Klägers ergab sich zudem bereits aus dem Zeugnis der J. AG. Ferner ist aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. April 2005 [...] zu ersehen, dass sie die erforderlichen Unterlagen vom Kläger erst einforderte, nachdem dieser eine Lohnerhöhung geltend gemacht hatte. Dabei forderte sie den Kläger dazu auf, die Gleichwertigkeit seiner ausländischen Ausbildung mit dem schweizerischen Fähigkeitsausweis beim BBT selber abzuklären, was jedoch ihre Pflicht während der Probezeit gewesen wäre, die sie jedoch nicht genügend wahrgenommen hat. Davon zeugen auch die Lohnabrechnungen, auf denen die nach Art. 43 LMV anzugebende Lohnklasseneinreihung fehlt. Unter diesen Umständen konnte die Klage nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. [...]"

(GSGE vom 20.3.2006 in Sachen von K. gegen X. AG, GS 2006/4; publiziert in JAR 2007, S. 387)

### **2.2.3. Art. 320 Abs. 2 OR; Art. 8 ZGB. Zu den Nachweispflichten der Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich Abschluss, allfälliger Befristung und Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses.**

B. klagte am 11. Juli 2006 gegen die C. GmbH vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Bezahlung von Lohn und einer Entschädigung infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Sie habe im Café der beklagten Partei seit dem 4. Februar 2006 als Serviceangestellte gearbeitet und sei am 23. Februar 2006 fristlos entlassen worden. Die C. GmbH stellte in Abrede, dass sie B. angestellt habe. B. habe bei ihr lediglich einen Probetag absolviert. Nach Einvernahme diverser Zeugen hat das **Gewerbliche Schiedsgericht** die Klage am 12. Februar 2007 teilweise gutgeheissen, wobei es was folgt erwogen hat.

Wer den Bestand eines Arbeitsverhältnisses behauptet, um daraus Rechte abzuleiten, hat dieses zu beweisen (Art. 8 ZGB). Nach Art. 320 Abs. 2 OR gilt ein Arbeitsvertrag als abgeschlossen, wenn die Arbeitgeberin in ihrem Dienst Arbeit entgegennimmt, deren Leistung nur gegen Lohn zu erwarten ist. Vorliegend haben mehrere Zeugen vor Gericht glaubwürdig bestätigt, dass sie B. im Betrieb der C. GmbH an mehreren Tagen hätten arbeiten gesehen. Unter diesen Umständen war davon auszugehen, dass es zwischen den Parteien zum Abschluss eines Arbeitsvertrages gekommen war. Dabei war es an der Arbeitgeberin nachzuweisen,

dass es sich bloss um ein Schnupperarbeitsverhältnis, Probearbeitsverhältnis bzw. um ein befristetes Arbeitsverhältnis gehandelt hat. Ohne einschränkende Abreden ist nämlich vom Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages auszugehen. Derartige Abreden waren vorliegend weder nachgewiesen noch sonst ersichtlich. Allerdings gelten nach Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98 des Gastgewerbes die ersten 14 Tage eines Arbeitsverhältnisses, soweit nichts anderes schriftlich vereinbart ist, als Probezeit, in welcher dieses mit einer Kündigungsfrist von drei Tagen und danach von einem Monat gekündigt werden kann. Da die Parteien keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abschlossen, konnte sich die C. GmbH auf eine vierzehntägige Probezeit berufen. Andererseits hatte sie nachzuweisen, dass und wann der Arbeitsvertrag beendet wurde. Da sie diesen Beweis schuldig blieb und auch keine Arbeitszeitkontrolle geführt hatte, war auf die glaubwürdigen Angaben der Arbeitnehmerin abzustellen. Danach hatte das Arbeitsverhältnis jedoch länger als die Probezeit gedauert. Hingegen konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Arbeitgeberin fristlos gekündigt hätte, weil auch B. nicht behauptete, dass diese das Vorliegen einer unzumutbaren Fortführung des Arbeitsvertrages geltend gemacht hätte. Vielmehr nahm die C. GmbH an, dass das Arbeitsverhältnis, wenn schon, auf bestimmte Zeit eingegangen wurde und B. daher nicht weiter zu beschäftigen war. Deshalb hätte die Angestellte ihre Arbeit während der geltend gemachten Kündigungsfrist anbieten müssen, was sie nicht getan hat. Ihr wurde deshalb der Lohn für die gesamte Zeit ihrer effektiven Beschäftigung unter Anrechnung dessen, was sie bereits erhalten hatte, zugesprochen.

(GSGE vom 12.2.2007 in Sachen von B. gegen C. GmbH, GS 2006/204)

### **2.3. Überstundenarbeit (Art. 321c OR)**

**Pflicht zur Kompensation durch Freizeit nach L-GAV für das Gastgewerbe 98**

(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)

### **2.4. Art. 321e OR. Ein Umsatzrückgang beweist noch nicht den Eintritt eines Schadens. Erforderlich ist zusätzlich der Nachweis einer damit zusammenhängenden Gewinneinbusse. Die Mitnahme des Kundenterminsbuchs durch eine Coiffeuse ist vertragswidrig, jedoch nicht hinreichend zum Nachweis dafür, dass deren Verhalten das Ausbleiben der Kundschaft verursachte. Erforderlich ist der Nachweis, dass die Angestellte die Kundschaft in dieser Hinsicht beeinflusst hat.**

**Art. 322 OR.** Die Lohnrückforderung setzt einen Anspruch aus Vertrag (z. B. Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (irrtümliche Zahlung, Art. 63 OR) voraus.

**Art. 333 Abs. 1 OR.** Eine Betriebsübernahme liegt beim Verkauf eines Coiffeursalons samt Inventar und Kundenbeziehungen zur Weiterführung in den bisherigen Geschäftsräumlichkeiten vor.

S. war seit 22 Jahren bei T. als Coiffeuse angestellt. Per 1. Oktober 2004 verkaufte T. seinen Coiffeursalon samt Inventar an R.. Dieser schloss mit S. per 1. Oktober 2004 einen Arbeitsvertrag ab, der eine dreimonatige Probezeit vorsah, während welcher das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden konnte. Am 13. November 2004 kündigte R. das Arbeitsverhältnis fristlos und versprach ihr, den Lohn für eine Woche weiterzubezahlen. Vom gleichen Tag an wurde S. durch ihren Arzt zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Krankentaggeldversicherung richtete für S. ab 16. Dezember 2004 Krankentaggelder aus, zunächst an R. und ab 1. Februar 2005 direkt an S.. R. bezahlte S. den Lohn bis Ende Januar 2005 weiter und behielt die an ihn ausbezahlten Krankentaggelder ein. Am Tag der fristlosen Kündigung nahm S. das Buch über die Kundentermine mit. R. stellte fest, dass in der Zeit danach die Kunden, die S bedient hatte, in seinem Coiffeursalon ausblieben. Mit Klage vom 10. April 2005 verlangte R. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von S. zur Rückzahlung des vom 16. November 2004 bis 31. Januar 2005 bezahlten Lohnes sowie die Bezahlung von Schadenersatz aus Abwerbung von Kundschaft und infolge erlittener Umsatzeinbussen. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat die Klage am 20. Juni 2005 vollumfänglich abgewiesen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Das Gericht stellte zunächst fest, dass das Arbeitsverhältnis von S. und T. infolge Betriebsübernahme gemäss Art. 333 Abs. 1 OR auf R. übergegangen war. Massgebend für einen Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass der neue Betriebsinhaber dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt (BGE 129 III 335 E. 2.1; 4C.193/2004 E. 2.2). Hierfür ist namentlich auf den Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln und die Übernahme von Kundschaft abzustellen (BGE 4C.193/2004 E. 2.2). All dies war vorliegend gegeben, weil R. den Coiffeursalon gekauft hat, um ihn in den gleichen, gemieteten Räumlichkeiten weiterzuführen. Zum Coiffeursalon gehörten sowohl das Geschäftsinventar als auch die Kundenbeziehungen.

b) Aufgrund des Übergangs und damit Weiterbestands des Arbeitsverhältnisses war die Vereinbarung einer Probezeit zwischen R. und S. ausgeschlossen. Deshalb konnte der Arbeitsvertrag nur mit Rücksicht auf die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses, das heisst nicht mit einer siebentägigen, sondern einer zweimonatigen Frist ordentlich gekündigt werden (Art. 7.1. Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Coiffeurgewerbe). Die Kündigung vom 13. November 2004,

die R. selber als fristlose bezeichnete, war daher trotz seiner Zusage, den Lohn an S. für eine Woche weiterzubezahlen, nicht als ordentliche Auflösung anzusehen. In der Folge hat R. den Lohn in voller Höhe bis Ende Januar 2005 an S. weiterbezahlt. Er hatte sich dabei weder vertraglich eine Rückforderung vorbehalten noch diese Lohnzahlungen im Irrtum (Art. 63 Abs. 1 OR) vorgenommen. Hinzu kam, dass R. für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch keinen wichtigen Grund nach Art. 337 OR geltend machen konnte. Er berief sich zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung auf Dispute zwischen S. und seiner Ehefrau, die im Coiffeursalons mitgearbeitet hat, ohne S. jedoch die Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten vorzuwerfen. Unter diesen Umständen hatte R. keinen Anspruch auf Rückzahlung des bis Ende Januar 2005 an S. ausgerichteten Lohnes. Vielmehr hatte er S. aufgrund seiner ungerechtfertigten fristlosen Entlassung vermögensmässig so zu stellen, wie wenn er ordentlich gekündigt hätte. Da die Arbeitsunfähigkeit von S. durch die Situation am Arbeitsplatz und die fristlose Kündigung verursacht wurde, wäre der Schadenersatzanspruch von S. durch die Krankentaggelder zu 80% des Lohnes unvollständig abgedeckt gewesen, so dass der an S. zu 100% weiterbezahlte Lohn durchaus seine Richtigkeit hatte. R. durfte dabei die an ihn ausgerichteten Krankentaggelder einbehalten und an den an S. ausbezahlten Lohn anrechnen.

c) Ferner konnte auch die Schadenersatzforderung von R. nicht gutgeheissen werden. Der Schadenersatzanspruch eines Arbeitgebers gegenüber seiner Angestellten setzt den Nachweis des Schadens, des schädigenden, vertragswidrigen Verhaltens der Arbeitnehmerin sowie des Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen voraus (Art. 321e OR). Zwar hätte S. ihr Terminbuch bezüglich ihrer Kundentermine nach der fristlosen Kündigung nicht behändigen dürfen, weil dieses zu den Geschäftsunterlagen von R. gehörte. Damit allein konnte jedoch nicht erklärt werden, dass die Kunden dem Coiffeursalons ferngeblieben sein sollten. Insbesondere war nicht nachgewiesen, dass die Kunden durch S., wie R. behauptete, in ihrer Entscheidung beeinflusst wurden, weiterhin die Dienste des Coiffeursalons von R. in Anspruch zu nehmen (vgl. Art. 19 GAV). Zudem hatte R. den behaupteten Schaden nur mit einem Umsatzrückgang begründet und keine damit zusammenhängende Gewinneinbusse vorlegen und belegen können. Es fehlte damit an der erforderlichen Schadenssubstantiierung.

(GSGE vom 20.6.2005 in Sachen von R. gegen S., GS 2005/96)

## 2.5. Lohn (Art. 322 OR)

### 2.5.1. Voraussetzungen der Lohnrückforderung

(siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)

### 2.5.2. Anspruch auf Privatkilometer mit Geschäftsfahrzeug als Lohn. Bemessung während Freistellung

(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

## 2.6. Provision (Art. 322b f. OR)

### 2.6.1. Art. 322b, 324 Abs. 1, 327a Abs. 1 OR. Können die während einer Freistellung entgangenen Provisionen nicht konkret berechnet werden, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den Durchschnitt der von ihm in der Zeit davor verdienten Provisionen. Als Referenzzeitraum sind möglichst die letzten zwölf Monate heranzuziehen, es sei denn, dass die in bestimmten Monaten jährlich wiederkehrenden, spezifischen Umsatztendenzen zu berücksichtigen sind. Während einer Freistellung sind ohne gegenteilige Abrede keine echten Reisespesen zu bezahlen. Hingegen hat ein Arbeitnehmer, dem das Geschäftsfahrzeug bei der Freistellung entzogen wird, welches er auch zu Privatfahrten in bestimmtem Umfang pro Jahr benützen darf, Anspruch auf die Privatkilometer, welche durchschnittlich in der Freistellungszeit gefahren worden wären.

B. trat am 1. Oktober 2003 als Key Account Manager bei der K. AG ein. Der Lohn bestand aus einem Jahresfixum von CHF 65'000.-- und einer Provision, wobei für die ersten neun Monate eine solche von monatlich CHF 1'800.-- garantiert wurde. Zudem wurden B., der im Aussendienst eingesetzt war, monatliche Reisespesen von CHF 500.-- versprochen. Ferner durfte er das Geschäftsfahrzeug pro Jahr für Privatfahrten bis 5'000 km benützen. Am 14. Februar 2005 kündigte die K. AG das Arbeitsverhältnis per 30. April 2005, stellte gleichzeitig B. von der Arbeit frei und entzog ihm das Geschäftsfahrzeug. Mit Klage vom 22. März 2005 verlangte B. die Verurteilung der K. AG unter anderem zur Zahlung von Provisionen und Spesen während der Freistellungszeit sowie einer Entschädigung für nicht gefahrene 5'572 Privatkilometer. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat B. am 2. Mai 2005 Provisionen und eine Entschädigung für nicht gefahrene Privatkilometer für die Zeit der Freistellung zugesprochen, eine weiterge-

hende Entschädigung sowie die Spesenforderung jedoch abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

**a)** Nach Art. 324 Abs. 1 OR bleibt die Arbeitgeberin zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn die Arbeit infolge ihres Verschuldens nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeit in Verzug gerät. Die Vorschrift findet Anwendung auf eine von der Arbeitgeberin aufgrund ihres Weisungsrechts einseitig angeordnete Freistellung des Arbeitnehmers (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 324 OR N. 13, S. 267). Die Arbeitgeberin schuldet deshalb für diese Zeit auch Provisionen, wie wenn der Angestellte arbeiten würde. Vorliegend konnten die während der Freistellungszeit tatsächlich entgangenen Provisionen nicht konkret berechnet werden. Auch konnte nicht davon ausgegangen werden, dass B. schon vor der Freistellung im Hinblick darauf die in dieser Zeit anfallenden Geschäfte bereits getätigt hätte. Die Kündigung und Freistellung kamen für B. völlig überraschend, so dass er gar keine Gelegenheit dazu gehabt hätte, bestimmte Vertragsabschlüsse vorzuziehen. Es war deshalb auf den monatlichen Durchschnitt der verdienten Provisionen in der Zeit vor der Freistellung abzustellen. Als Referenzzeitraum sind in solchen Fällen möglichst die letzten zwölf Monate heranzuziehen, es sei denn, dass die in bestimmten Monaten jährlich wiederkehrenden, spezifischen Umsatztendenzen zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 125 III 14 E. 2b). Vorliegend wurden der Durchschnittsberechnung jene Arbeitsmonate seit Wegfall der Provisionsgarantie zugrunde gelegt, weil B. in der Folge jeweils die Höhe der Provisionsgarantie nie mehr erreichte.

**b)** Keinen Anspruch hatte der Arbeitnehmer auf die vertraglichen Reisespesen. Es handelte sich dabei um Ersatz echter Spesen und nicht um versteckten Lohn. Da B. während der Freistellungszeit keine Reiseaufwendungen hatte, fehlten Auslagen, die hätten ersetzt werden können und müssen (Art. 327a Abs. 1 OR). Daran konnte nichts ändern, dass die K. AG die Reisespesen bisher auch während der Ferien jeweils vollumfänglich bezahlt hatte. Es war darin zwar ein anspruchsbegründendes Entgegenkommen der Arbeitgeberin zu erblicken, das sich jedoch lediglich auf die Ferien bezog und nicht ohne weiteres auf eine Freistellungszeit ausgedehnt werden konnte.

**c)** Lohncharakter hatte hingegen der Anspruch des Arbeitnehmers, pro Jahr 5'000 km mit dem Geschäftsfahrzeug zu privaten Zwecken absolvieren zu dürfen. Der Arbeitnehmer konnte die Privatkilometer jedoch nur in jenem Jahr beziehen, in welchem der Anspruch darauf entstanden war. Diese Einschränkung ergab sich aus dem Sinn und Zweck der Abrede, die auf der Erfahrung beruhte, dass ein Teil der von einem Aussendienstmitarbeiter täglich zurückgelegten Fahrstrecken ausschliesslich privaten Zwecken dienen. Diese Privatkilometer sollten dem Arbeitnehmer entschädigungsfrei gewährt werden. Zudem musste B. über

die gefahrenen Privatkilometer monatlich der Arbeitgeberin rapportieren. Die meisten der eingeklagten 5'572 Privatkilometer stammten aus dem Jahre 2004, die als verwirkt anzusehen waren, weil sie nicht innert diesem Jahr bezogen wurden. Der Anspruch auf Privatfahrten war zudem dadurch eingeschränkt, als das Geschäftsfahrzeug seinem Zweck entsprechend hauptsächlich zur Geschäftsbesorgung für die Arbeitgeberin bestimmt war. Er konnte deshalb nur soweit geltend gemacht werden, als es dieser Bestimmungszweck zuliess. Dies galt auch während einer Freistellungszeit. Zwar hätte B. während der Freistellung mehr Zeit für Privatfahrten gehabt. Indessen hatte die Arbeitgeberin Anspruch darauf, das Fahrzeug zur Geschäftsbesorgung durch andere Mitarbeiter einsetzen zu dürfen. B. konnte deshalb das Geschäftsfahrzeug nicht für mehr Privatfahrten beanspruchen, als wenn er während seiner Freistellung selber gearbeitet hätte. Dabei war von den pro Monat durchschnittlichen 416.66 Kilometer für die Freistellungszeit auszugehen, die ihm die K. AG zu CHF -.50 pro Kilometer zu entschädigen hatte. Die weiteren, nicht bezogenen Privatkilometer wurden als nicht entschädigungsberechtigt angesehen.

(GSGE vom 2.5.2005 in Sachen von B. gegen K. AG, GS 2005/61)

**2.6.2. Art. 322b Abs. 3 OR. Die resolutive Bedingung kann auch nach Erfüllung des vermittelten provisionsberechtigten Vertrages fort dauern. Eine Versicherung hatte gewichtige Gründe zur Rückgängigmachung von Lebensversicherungsverträgen, die von den Versicherungsnehmern, die eigentlich kein Interesse an einer Lebensversicherung hatten, einzig zur Teilnahme an einem dubiosen Trading einer Drittfirma, welche ihnen hohe Renditen versprach, abgeschlossen wurden. Die Arbeitgeberin war deshalb berechtigt, ihrem Arbeitnehmer gegenüber, der die provisionsberechtigten Lebensversicherungsverträge vermittelte, die zunächst gutgeschriebenen Provisionen zu stornieren.**

S. war seit dem Jahre 1972 als Berater „Unternehmungen“ bei der Versicherung X. angestellt. Seine Tätigkeit umfasste den Aufbau und den Vertrieb von Versicherungsprodukten. Gemäss dem Arbeitsvertrag vom 14. Dezember 2001 bestand sein Gehalt aus einem jährlichen Fixlohn von CHF 48'600.-- sowie Akquisitionsprovisionen für die vermittelten Versicherungen. Da er nicht zum Abschluss von Lebensversicherungen befugt war, vermittelte er im Juli 2005 dem dafür zuständigen Generalagenten H. deutsche Kunden für den Abschluss von Lebensversicherungen, deren Zustandekommen ihn zum Bezug von Akquisitionsprovisionen in der Höhe von CHF 27'400.90 berechtigten. Die Versicherungspolice wurden in Zusammenhang mit einem Anlagevertrag der C. AG abgeschlossen, in welchem eine monatliche Rendite von 20% in Aussicht gestellt wurde. Jeder Anleger verpflichtete sich, einen bestimmten Betrag an die Versicherung X. zu bezahlen, und nahm zur Kenntnis, dass die Versicherungspolice als Sicherheit,

am Anlageprogramm teilnehmen zu können diene, solange die Originalpolice bei der Versicherung verbleibe. Als die Versicherung X. vom Zusammenhang zwischen den abgeschlossenen Lebensversicherungsverträgen und den Anlageverträgen erfuhr, bot sie allen betroffenen Versicherungsnehmern die vollumfängliche Rückabwicklung der Verträge an. Von diesem Angebot machten alle Versicherungsnehmer Gebrauch, worauf die Versicherung sämtliche Provisionen, welche S. gutgeschrieben worden waren, stornierte. Mit Klage vom 29. August 2006 verlangte S. vor Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung der Versicherung X. zur Zahlung der ihm vorenthaltenen Provisionen von CHF 27'400.90. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage mit Urteil vom 19. Juli 2007 vollumfänglich ab. Die vom Kläger hiergegen eingereichte Beschwerde hat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 12. November 2007 abgewiesen, ebenso das **Bundesgericht** am 13. Juni 2008 eine von S. gegen dieses Urteil des Appellationsgerichts geführte Beschwerde, soweit es darauf eintrat, wobei es was folgt erwogen hat:

„1. [...] Die Vorinstanz verneinte, dass dem Beschwerdeführer die strittigen Provisionsansprüche zustünden, wobei sie sich auf Art. 322b OR stützte. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung entsteht der Provisionsanspruch des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften, wenn er auf diesen verabredet und das Geschäft mit dem Dritten rechtsgültig abgeschlossen ist. Der Anspruch auf Provision fällt allerdings nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt (Art. 322 Abs. 3 Satz 1 OR).

**2.1** Nach den Feststellungen der Vorinstanz standen die durch den Beschwerdeführer vermittelten Versicherungsabschlüsse im Zusammenhang mit sogenannten Trading-Geschäften, die eine Y. \_\_\_\_\_ AG mit Dritten abschloss. Im Rahmen des "Anlageprogramms Versicherung" habe sich der Auftraggeber verpflichtet, auf einen bestimmten Termin hin und für die Dauer von einem Jahr hohe Beträge an die Beschwerdegegnerin zu überweisen. Die bei dieser verbleibende Versicherungspolice sollte dabei als Sicherheit dafür dienen, am Trading teilnehmen zu können. Die Y. \_\_\_\_\_ AG sollte ihrerseits alle nötigen Vorkehrungen zum Start des Programms tätigen, die notwendigen Trading-Verträge unterzeichnen und dafür sorgen, dass dem Auftraggeber die Rendite monatlich überwiesen werde. Dabei habe die Y. \_\_\_\_\_ AG, wenngleich ohne Garantie, eine Rendite in der Höhe von 20% netto pro Monat versprochen, den Auftraggeber aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass sie nur vermittelnd zwischen den - im Auftrag nicht näher konkretisierten - Parteien tätig sei. Den Auftraggebern sei vertraglich verboten worden, die bekannt gewordenen Versicherungen direkt oder über Drittpersonen zu kontaktieren oder deren Adressen an Dritte weiter zu geben, ansonsten das Programm gestoppt werde und keine Renditezahlungen mehr ausgeschüttet werden könnten.

Die Beschwerdegegnerin habe von diesem Hintergrund der mit ihr erfolgten Versicherungsabschlüsse Kenntnis erhalten, indem ihr von einem Kunden vorgeworfen worden

sei, ihren Namen in eine unseriöse Vertragsgestaltung eingebracht zu haben, was ihn zur Einschaltung der Staatsanwaltschaft bewogen habe. Nachdem sie die Angelegenheit weiter abgeklärt habe, habe sie die Versicherungsnehmer angeschrieben, sich von der Y. \_\_\_\_\_ AG distanziert und klargestellt, dass es sich bei den Trading-Programmen nicht um ein eigenes Produkt von ihr handle. Sie habe ihnen deshalb angeboten, die Verträge gegen Rückerstattung des einbezahlten Kapitals plus aufgelaufener Zinsen aufzulösen. Alle Teilnehmenden hätten dieses Angebot angenommen.

**2.2** Die Vorinstanz erwog dazu, der Beschwerdegegnerin wäre die Erfüllung der Lebensversicherungsverträge nicht unmöglich gewesen. Sie habe diese aber nicht einfach freiwillig rückgängig gemacht, sondern dazu gewichtige Gründe gehabt, seien die Verträge doch vor dem Hintergrund ihrer betrügerischen Vermittlung abgeschlossen worden. Die Entstehungsgeschichte zeige auf, dass die Kunden kein Interesse an Lebensversicherungen als solchen gehabt hätten, sondern diese vielmehr als Mittel zur Teilnahme an den Trading-Geschäften gesehen hätten. Einzig die diesbezügliche Täuschung und damit ein Willensmangel habe sie zum Abschluss der Versicherungsverträge verleitet. Über die Hintergründe aufgeklärt, habe denn auch kein einziger Kunde ein weiteres Interesse an einer Lebensversicherung gezeigt. Für die Beschwerdegegnerin wäre das Festhalten an diesen Verträgen, die aufgrund dubioser Machenschaften zustande gekommen seien und mit denen sie selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen worden sei, unzumutbar, soweit die Kunden diese nach erfolgter Aufklärung nicht hätten weiterführen wollen. Insofern könne nicht von einer Vertragsauflösung aus Kulanz gesprochen werden. Die Auflösung der Verträge sei damit nicht der Beschwerdegegnerin zuzuschreiben. Es könne deshalb offen bleiben, ob diese im Falle ausdrücklicher Geltendmachung von Willensmängeln durch die Versicherungsnehmer nicht gar zum entsprechenden Vorgehen verpflichtet gewesen wäre.

**2.3** Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe damit Art. 322b Abs. 3 OR verletzt. Sie sei zu Unrecht von der Anwendbarkeit dieser Bestimmung ausgegangen. Sodann habe sie verkannt, dass eine bloss moralische Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Auflösung der Versicherungsverträge nicht unter die Regelung von Art. 322b Abs. 3 OR subsumiert werden könne und dass die Beschwerdegegnerin zu keinem Zeitpunkt rechtlich, namentlich aufgrund eines Willensmangels, verpflichtet gewesen wäre, die Verträge aufzulösen.

### 3.

**3.1** Der Provisionsanspruch entsteht nach Art. 322b Abs. 1 OR mit dem rechtsgültigen Abschluss des Geschäfts. Von einem solchen kann nicht gesprochen werden, wenn sich der Geschäftsabschluss als nichtig herausstellt oder wenn von einer Partei begründet ein Willensmangel geltend gemacht wird und der Vertrag über das Geschäft daher ex tunc dahinfällt (dazu: BGE 129 III 320 E. 7.1.1 S. 327; 114 II 131 E. 3b S. 143). In diesem Sinne ist die Entstehung des Provisionsanspruchs resolutiv bedingt (vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 5 zu Art. 322b OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art.

322b OR, der allerdings von einer Suspensivbedingung spricht; ferner STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl., Zürich 2006, N. 2 zu Art. 322b OR S. 222, die in diesen Fällen von einem nachträglichen Dahinfallen des Anspruchs nach Art. 322b Abs. 3 OR infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung ausgehen; BEAT MEYER, Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Diss. Zürich 1978, S. 69 f.).

**3.2** Auch wenn ein rechtsgültiger Geschäftsabschluss vorliegt und damit zunächst ein Provisionsanspruch entstanden ist, fällt er nach Art. 322b Abs. 3 OR wieder dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Mit anderen Worten entfällt der Provisionsanspruch, wenn die Vertragsausführung aus Gründen unterbleibt, die dem Arbeitgeber nicht zuzuschreiben sind (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N. 5 zu Art. 322b OR). Der Gesetzgeber betrachtete es als ein Gebot der Billigkeit, dem Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Ausrichtung einer Provision erst dann zu überbinden, wenn das abgeschlossene Geschäft nicht nur rechtsgültig abgeschlossen, sondern auch tatsächlich ausgeführt wird. Denn erst die Ausführung bringt dem Arbeitgeber den wirtschaftlichen Erfolg, an dem der Arbeitnehmer durch die vereinbarte Provision beteiligt werden soll (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels bis des OR [Der Arbeitsvertrag], BBl 1967 II 241 ff., S. 318; STAEHELIN, a.a.O., N. 14 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 322b OR S. 222 oben). Der Arbeitslohn ist insoweit in einer für das Arbeitsverhältnis untypischen Weise vom wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit abhängig, d.h. es ist nicht bloss die Leistung von Arbeit, die zur Erzielung eines Erfolgs geeignet ist, sondern die Erreichung des wirtschaftlichen Ergebnisses entscheidend, und der Arbeitnehmer trägt damit einen Teil des Unternehmerrisikos (vgl. dazu STAEHELIN, a.a.O., N. 8, 35 f. zu Art. 319 OR; REHBINDER, a.a.O., N. 5 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 319 OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, a.a.O., N. 5 zu Art. 322b OR; Urteile 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.1 und 4C.421/1999 vom 17. Februar 2000 E. 3b).

**3.2.1** Dass vorliegend die Dritten, d.h. die Versicherungsnehmer, ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllt hätten, lässt sich den vorinstanzlichen Feststellungen nicht entnehmen und wird auch von keiner Partei behauptet. Dieser gesetzliche Grund für das Dahinfallen des Provisionsanspruchs fällt somit ausser Betracht.

**3.2.2** Unter den im Gesetz weiter genannten Fall, dass das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird, fallen namentlich Sachverhalte, bei denen der Arbeitgeber aus einer von ihm nicht zu verantwortenden Unmöglichkeit (Art. 119 OR) nicht in der Lage ist, seine eigene Leistung zu erbringen, z.B. infolge kriegerischer Ereignisse, Naturkatastrophen, Streiks, Aussperrung, allgemeinen Warenmangels oder Einfuhrsperren. Nicht von einer Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers kann dagegen gesprochen werden bei einer Rücknahme von Waren aus Kulanz, d.h. aus geschäftspolitischen Erwägungen, oder aus Gründen, die der Arbeitge-

ber zu vertreten hat. Dasselbe gilt für den freiwilligen Abschluss eines Aufhebungsvertrages, wobei von einem freiwilligen Abschluss eines solchen jedenfalls dann nicht gesprochen werden kann, wenn ihn der Arbeitgeber schliesst, um einer aussichtsreichen Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln zuvorzukommen, mithin rechtliche Gründe dafür bestehen (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N. 15 zu Art. 322b OR; REHBINDER, a.a.O., N. 5 zu Art. 322b OR; PORTMANN, a.a.O., N. 3 zu Art. 322b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 322b OR S. 322; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 5 zu Art. 322b OR).

Weiter wird in der Lehre die Auffassung vertreten, es liege ein Fall der vom Arbeitgeber unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts vor, wenn diesem ein Festhalten am Vertrag angesichts der gesamten Umstände nach Treu und Glauben nicht zuzumuten sei (MEYER, a.a.O., S. 72).

#### 4.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Anwendbarkeit von Art. 322b Abs. 3 OR vorliegend schon nach dessen Wortlaut ausgeschlossen sei. Dieser verlange, dass das Geschäft nicht ausgeführt worden ist. Hier seien indessen die Geschäfte ausgeführt worden, da die nach den Verträgen zu leistenden Einmaleinlagen geleistet und die Policen den Versicherungsnehmern ausgehändigt worden seien.

Darauf kann nicht eingetreten werden. Es trifft nicht zu, dass sich die Vorinstanz mit dem betreffenden Einwand des Beschwerdeführers nicht auseinandergesetzt hätte. Sie erwog, die unbestrittene Subsumtion von Willensmängeln, die auch nach Ausführung des Geschäfts geltend gemacht werden könnten und zur Rückabwicklung des Vertrages führten, unter die Fälle der unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts nach Art. 322b Abs. 3 OR zeige, dass die resolutive Bedingung auch nach Erfüllung des vermittelten Vertrags fortauern könne. Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Begründung nicht auseinander und zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz damit Bundesrecht verletzt haben soll. Er genügt damit den Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde in Zivilsachen nicht, nach denen in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.1/2; Urteile 4A\_22/2008 vom 10. April 2008 E. 1, 5A\_56/2007 vom 6. Juni 2007 E. 2.1 und 5A\_129/2007 vom 28. Juni 2007 E. 1.4; vgl. zu den entsprechenden Begründungsanforderungen der altrechtlichen Berufung: BGE 121 III 397 E. 2a S. 400; 116 II 745 E. 3 S. 749).

#### 5.

Der Beschwerdeführer hält dafür, die Vorinstanz habe vorliegend fälschlich angenommen, der Provisionsanspruch sei dahingefallen. Dass die Verträge von der Beschwerdegegnerin aus gewichtigen Gründen aufgelöst worden seien und ihr die Fortführung der Verträge unzumutbar gewesen sein soll, könne nicht unter die Regelung von Art. 322b

Abs. 3 OR subsumiert werden. Die Beschwerdegegnerin wäre zu keinem Zeitpunkt rechtlich verpflichtet gewesen, die Verträge aufzulösen, und habe aus rein geschäftspolitischen Gründen und somit aus Kulanz gehandelt. Die behauptete Unzumutbarkeit sei nicht erstellt. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach die Entstehungsgeschichte aufzeige, dass die Kunden kein Interesse an Lebensversicherungen als solchen gehabt, sondern diese vielmehr als Mittel zur Teilnahme an den Trading-Geschäften gesehen hätten, bringe zum Ausdruck, dass auf Seiten der Kunden keine Täuschung bezüglich des Vertragsabschlusses vorgelegen haben könne, sondern dem Vertragsabschluss lediglich eine andere Motivation zugrunde gelegen habe. Es könne bezweifelt werden, ob sich die Kunden bei dieser Sachlage gegenüber der Beschwerdegegnerin jemals auf einen rechtlich relevanten Willensmangel hätten berufen können.

**5.1** Die Beschwerdegegnerin hat die Lebensversicherungen mit den Versicherungsnehmern vertraglich aufgehoben, weil die Versicherungsverträge "vor dem Hintergrund betrügerischer Vermittlung abgeschlossen" worden bzw. weil sie "aufgrund dubioser Machenschaften zustande gekommen" seien. Die Versicherungsnehmer hätten, so die vorinstanzlichen Feststellungen, kein Interesse an Lebensversicherungsverträgen gehabt, sondern diese lediglich als Mittel zur Teilnahme an den Trading-Programmen gesehen, und einzig die diesbezügliche Täuschung habe sie zum Abschluss der Versicherungsverträge verleitet. Dadurch sei die Beschwerdegegnerin selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen worden. Sie habe die Auflösungsverträge nicht freiwillig geschlossen, weil bei einem Festhalten an den Versicherungsverträgen ihr guter Ruf auf dem Spiel gestanden hätte und ihr damit ein Beharren auf den Verträgen unzumutbar gewesen wäre.

**5.2** Es ist zu prüfen, ob es sich wertungsmässig unter den in Art. 322 Abs. 3 OR genannten Fall der Nichtausführung des Geschäfts ohne Verschulden des Arbeitgebers subsumieren lässt, wenn die Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen die Versicherungsverträge aufhob, ohne rechtlich dazu gezwungen zu sein.

Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen machte die Y. \_\_\_\_\_ AG den Abschluss der streitbetroffenen Versicherungsverträge zur Voraussetzung für die Teilnahme an den von ihr angebotenen Trading-Geschäften. Dies offensichtlich, um den Anschein zu erwecken, dass die Beschwerdegegnerin als vertrauenswürdige Gesellschaft hinter den von der Y. \_\_\_\_\_ AG angebotenen Trading-Programmen stand. Im Rahmen der Trading-Programme wurde den Auftraggebern, wenngleich ohne Garantie, eine Rendite von 20% pro Monat versprochen. Es ist notorisch, dass bei seriösen Vermögensanlagen keine derartigen Renditen versprochen werden. Überdies stand vorliegend eine Person hinter den Trading-Geschäften und vermittelte dem Beschwerdeführer die Kunden für die Lebensversicherungen, die rechtskräftig wegen Veruntreuung im Zusammenhang mit ähnlichen Geschäften verurteilt wurde. Ferner wurde den Auftraggebern aus augenfälligen Gründen vertraglich verboten, mit den Versicherungen Kontakt aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, dass der Beschwerdeführer die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach die Versicherungsabschlüsse vor einem dubiosen,

betrügerischen Hintergrund zustande kamen, in Frage zu stellen versucht, wobei sie ohnehin keine substantiierte Sachverhaltsrüge erhebt, die dem Bundesgericht allenfalls erlauben würde, vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt abzuweichen (Erwägung 1 vorne).

Es ist der Beurteilung der Vorinstanz ohne weiteres zu folgen, dass die Beschwerdegegnerin durch den Abschluss der Versicherungsverträge im geschilderten Zusammenhang selber in den Dunstkreis der Illegalität gezogen und die Gefahr geschaffen wurde, dass ihr Name mit betrügerischen Geschäften in Verbindung gebracht wird. Dies kann eine Versicherungsgesellschaft, die auf einen tadellosen Ruf angewiesen ist, nicht auf sich beruhen lassen, und es ist der Vorinstanz daher auch darin beizupflichten, dass der Beschwerdegegnerin ein Festhalten an den Verträgen nach Treu und Glauben nicht zumutbar gewesen wäre. Vielmehr hatte sie im Interesse ihres guten Rufes, also aus unternehmerischer Sicht, keine andere Wahl, als sofort von sich aus Hand zur Vertragsauflösung zu bieten. Insofern kann darin kein freiwilliger Abschluss von Aufhebungsverträgen gesehen werden.

Die Beschwerdegegnerin von der Pflicht zu entbinden, dem Beschwerdeführer für die betreffenden Verträge eine Provision zu entrichten, entspricht der Absicht, die der Gesetzgeber der Regelung von Art. 322b Abs. 3 OR zugrunde legte, nämlich den Besonderheiten von Arbeitsverhältnissen, bei denen der Arbeitnehmer mittels einer Provision am wirtschaftlichen Erfolg seiner Tätigkeit beteiligt wird, Rechnung zu tragen, indem der Arbeitnehmer mit einem Teil des Unternehmerrisikos bzw. der daraus erwachsenden wirtschaftlichen Auswirkungen belastet wird, wenn ein vermitteltes Geschäft aus Gründen, die weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber zu vertreten hat, nicht ausgeführt wird (Erwägung 3 vorne). Das Dahinfallen des Provisionsanspruchs rechtfertigt sich im vorliegenden Fall im Speziellen, weil der Beschwerdeführer den Akteuren und den Umständen der Vertragsabschlüsse näher stand als die Beschwerdegegnerin, wenn ihm auch kein Verschuldensvorwurf zu machen sein mag, dass er sich nicht näher über die Hintergründe der von ihm vermittelten Geschäfte ins Bild setzte.

**5.3** Die Subsumtion des vorliegenden Sachverhalts unter den Fall der unverschuldeten Nichtausführung des Geschäfts gemäss Art. 322b Abs. 3 OR durch die Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden. Sie hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschied, die strittigen Provisionsansprüche seien mit der Auflösung der Lebensversicherungsverträge dahingefallen, unabhängig davon, ob bei Geltendmachung von Willensmängeln eine Verpflichtung zur Vertragsauflösung bestanden hätte. [...]"

(BGE 4A\_163/2008 vom 13.6.2008 in Sachen A. gegen X. Versicherungen; AGE vom 12.10.2007, Verf.Nr. 972/2007; GSGE vom 19.7.2007, GS 2006/288)

## 2.7. Gratifikation (Art. 322d OR)

2.7.1. **Verlust der Freiwilligkeit durch mehrmalige vorbehaltlose Ausrichtung**  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.3., S. 81)

2.7.2. **Entstehung des pro-rata-Anspruchs**  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.3., S. 81)

## 2.8. Ausrichtung des Lohnes (Art. 323 ff. OR)

2.8.1.1. **Art. 323 OR, Art. 8 ZGB. Die durch eine Lohnquittung geschaffene Vermutung, dass eine Lohnzahlung erfolgt ist, kann durch den Nachweis des Arbeitnehmers, dass die Quittung ge- bzw. verfälscht wurde oder unwahr ist, umgestossen werden.**

S. arbeitete bei der Y. GmbH als Chauffeur. Nachdem er das Arbeitsverhältnis am 20. September 2004 fristlos gekündigt hat, klagte er am 24. September 2004 vor dem Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der Y. GmbH unter anderem zur Bezahlung ausstehender Löhne seit 15. April 2004. Die Y. GmbH legte zum Beweis der angeblich bereits erfolgten Zahlung eine Quittung über CHF 10'000.-- vor, die S. jedoch als Fälschung zurückwies. Nach einer ersten Hauptverhandlung am 4. November 2004 holte das **Gewerbliche Schiedsgericht** bei der Kantonspolizei Basel-Landschaft ein Schriftgutachten ein und verurteilte die Y. GmbH in einer zweiten Hauptverhandlung vom 23. Juni 2005, an der ein Zeuge einvernommen wurde, zur Bezahlung der eingeklagten Lohnausstände, wobei was folgt erwogen wurde.

Eine Arbeitgeberin hat eine Lohnzahlung, von der sie behauptet, sie habe diese bereits vorgenommen, im Falle der Bestreitung durch den Arbeitnehmer zu beweisen (Art. 8 ZGB; Art. 323 OR). Zum Nachweis einer Barzahlung dient namentlich eine hierfür ausgestellte Quittung. Sie schafft die Vermutung, dass die darin aufgeführte Schuld getilgt ist (BGE 121 IV 131 E. 2c). Diese Vermutung kann der Gläubiger durch den Nachweis der Fälschung oder der Unwahrheit der Quittung umstossen. Die von der Y. GmbH verfasste und ins Recht gelegte Quittung vom 7. September 2004 über CHF 10'000.-- wies bei der letzten Ziffer Null der von der Y. GmbH mit Kugelschreiber geschriebenen Zahl im Vergleich zu den übrigen Ziffern leichte Abweichungen bezüglich Schriftbild, Schriftmittel und

Schriftdruck auf. Diese Abweichungen wurden in der polizeilichen Untersuchung jedoch als zu wenig signifikant beurteilt, als dass daraus auf den Schrifturheber oder auf eine nachträgliche Hinzufügung der fraglichen Ziffer hätte geschlossen werden können. Gemäss den polizeilichen Ausführungen konnten mit dem geringen Umfang an fraglichem Schriftmaterial keine schriftvergleichende Untersuchung durchgeführt werden. Auch seien die Untersuchungen bezüglich einer eventuellen Schreibmitteldifferenzierung in der Infrarot-Absorption, in der Infrarot-Lumineszenz sowie bei der spektroskopischen Untersuchung ohne Erkenntnisse geblieben.

Das Gericht gelangte dennoch zur Überzeugung, dass die fragliche Ziffer Null erst nach der Unterzeichnung der Quittung durch den Angestellten S. von der Y. GmbH in diese eingefügt wurde, womit diese als verfälscht anzusehen war. Beide Parteien und der Zeuge gaben nämlich übereinstimmend zu Protokoll, dass die Y. GmbH ihrem Angestellten S. am Tag der Unterzeichnung der Quittung nicht CHF 10'000.--, sondern CHF 1'000.-- übergeben hat. Die Y. GmbH begründete dabei die auf CHF 10'000.-- lautende Quittung damit, dass S. die übrigen CHF 9'000.-- von ihr bereits vorher erhalten habe. Auch sagte der glaubwürdige Zeuge aus, dass anlässlich der Unterzeichnung der Quittung nichts darüber gesagt worden sei, dass die Quittung mehr als diese CHF 1'000.-- beinhalten würde. Vielmehr habe die Y. GmbH erklärt, dass sie S. zurzeit nicht mehr bezahlen könne. Er werde den Rest hingegen später erhalten. Ausserdem konnte die Y. GmbH dem Gericht nicht angeben, wie sich die CHF 9'000.-- zusammensetzten. Auffällig war zudem, dass die Y. GmbH damit mehr bezahlt haben wollte, als S. noch Lohnausstände geltend machte.

(GSGE vom 23.6.2005 in Sachen von S. gegen Y. GmbH, GS 2004/346)

**2.8.1.2. Art. 323, 336c, 337, 337c OR. Geschlechtsverkehr mit einem Kunden während der Arbeitszeit in den öffentlichen Geschäftsräumlichkeiten wäre, sofern nachgewiesen, ein genügender Grund zur fristlosen Kündigung. Notwendige Operation führt zum Unterbruch der Kündigungsfrist. Schadenersatzberechnung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Die aufgrund der Barauszahlung des Lohnes erfolgte Datierung und Unterzeichnung der Lohnabrechnung ist eine Quittung. Liegen für bestimmte Monate jeweils mehrere datierte und unterzeichnete Lohnabrechnungen vor, so kann allein daraus nicht bereits darauf geschlossen werden, dass die betreffenden Löhne mehrfach ausbezahlt wurden.**

B. trat am 12. September 2005 als Serviceangestellte in den Betrieb von A. ein. A. kündigte das Arbeitsverhältnis am 7. Februar 2006 zunächst ordentlich und am 20. Februar 2006 fristlos. Er warf B. vor, sie habe mit einem Restaurantbe-

sucher während der Arbeitszeit Geschlechtsverkehr auf der Kundentoilette gehabt und auf Geschäftskosten privat telefoniert. Mit Klage vom 3. März 2006 verlangte B. Schadenersatz sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. A. andererseits machte widerklageweise geltend, B. habe durch Täuschung erreicht, dass ihr für September bis November 2005 der Lohn doppelt ausbezahlt worden sei, weshalb er diese Lohnzahlungen zurückfordere. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat in der zweiten Hauptverhandlung vom 21. Dezember 2006 B. Schadenersatz aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung zugesprochen, die Forderung auf eine Entschädigung sowie auch die Widerklage abgewiesen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Nach Art. 337 Abs. 1 kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen, welche dem Kündigenden nach Treu und Glauben dessen Fortsetzung unzumutbar machen, fristlos aufgelöst werden. Vorliegend kündigte A. zunächst ordentlich, dann fristlos. Allerdings wurde die ordentliche Kündigung aus anderen Gründen als die Fristlose ausgesprochen, so dass A. sich nicht darauf als erste Reaktion behaften lassen musste. Da die Kündigungsfrist nur einen Monat betrug, waren an die wichtigen Gründe allerdings generell höhere Anforderungen als bei längeren Kündigungsfristen zu stellen. Der Vorwurf, B. habe mit einem Kunden in den Geschäftsräumlichkeiten geschlechtlich verkehrt, wäre in jedem Fall ein wichtiger Grund gewesen, das Arbeitsverhältnis per sofort zu beenden. Der Vorfall konnte jedoch auch nach Zeugenbefragungen und trotz einiger Verdachtsmomente nicht als rechtsgenügend bewiesen gelten. Zudem waren private Telefongespräche, welche B. auf Geschäftskosten führte, zu wenig gewichtig, um ohne Verwarnung eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. B. hatte daher Anspruch auf Schadenersatz für die Zeit der Kündigungsfrist, wäre es bei der ordentlichen Kündigung geblieben.

Bei der Schadenersatzbemessung war zu berücksichtigen, dass B. vom 27. Februar bis 14. April 2006 aufgrund einer notwendigen Operation arbeitsunfähig war. Für die Frage, ob die ordentliche Kündigungsfrist unterbrochen worden wäre, kam es nicht darauf an, ob die Operation aufschiebbar gewesen wäre. Das Arbeitsverhältnis hatte noch kein Jahr gedauert. Im unterjährigen Arbeitsverhältnis gewährt Art. 336c Abs. 1 lit. b OR eine Sperrfrist von maximal 30 Tagen. Nachdem B. am 27. Februar 2006 arbeitsunfähig wurde, lief die Sperrfrist gegen Ende März 2006 aus, so dass sich die Kündigungsfrist längstens bis 30. April 2006 verlängert hätte. Damit hatte B. Lohn nur bis Ende April 2006 zu gut. Das Arbeitsverhältnis begann am 12. September 2005. Der Gesamtarbeitsvertrag sieht vor, dass im Gastgewerbe die Angestellten ab Beginn des 7. Anstellungsmonats Anspruch auf einen 13. Lohn zu 50% haben. Deshalb wurde für die Zeit ab dem 12. März 2006 ein 13. Lohn in den Schadenersatzanspruch eingerechnet. Da das Verhalten der Angestellten durchaus Anlass zu berechtigten Bean-

standungen gab, wurde ihr keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen.

**b)** A. führte bis Ende November 2005 das Restaurant nicht selber, sondern hatte dazu einen Geschäftsführer eingesetzt. Es war unter den Parteien anerkannt, dass B. jeweils den Lohn in bar und gegen Leistung ihrer Unterschrift auf den Lohnabrechnungen erhalten hat. Ihre Unterschrift auf den Lohnabrechnungen hatte offensichtlich zum Zweck, den Empfang des betreffenden Lohnes zu bestätigen. Die datierten und unterzeichneten Lohnabrechnungen waren daher Quittingen. A. legte für die Monate September bis November 2005 weitere Lohnabrechnungen ins Recht, welche ihm die Angestellte im Februar 2006 wiederum datiert und unterschrieben hatte. Daraus konnte jedoch nicht geschlossen werden, dass diese Löhne mehrfach ausbezahlt wurden. Vielmehr musste sich ein solcher Zusammenhang aus weiteren Umständen ergeben. Die von A. hierzu vorgebrachten Vorgänge waren unglaubwürdig. A. will mit dem Geschäftsführer ein angespanntes Verhältnis gehabt haben. Dennoch war es nicht verständlich, dass er auf ihre – von ihm behauptete, von B. jedoch bestrittene – angebliche Aussage, sie habe die Löhne September bis November noch nicht erhalten, ihr diese ausbezahlt haben soll, ohne beim Geschäftsführer diesen Sachverhalt abzuklären. Dies galt umso mehr, als der Geschäftsführer noch immer im Besitze der Lohnabrechnungen gewesen sein soll. Ferner konnte A. weder schlüssig behaupten noch gar nachweisen, woher er die ca. CHF 8'000.-- aufbrachte, welche er B. im Februar bezahlt haben wollte. In der ersten Hauptverhandlung behauptete er, dass er von Hochzeiten, die er für Landsleute in Liestal organisiere, über genügend Geld verfügt habe, welches er B. gegeben habe. Im Verlaufe des Verfahrens gab er hingegen an, er habe sich von einer GmbH, an der er beteiligt sei, ein Darlehen geben lassen. Die von ihm eingereichten Belege waren kein Darlehensvertrag, sondern bestätigten lediglich, dass ein solches Darlehen bestanden haben und inzwischen zurückbezahlt worden sein soll. Unter diesen Umständen blieb A. den Nachweis schuldig, dass B. die zurückgeforderten Löhne zweimal bezahlt wurden.

(GSGE vom 21.12.2006 in Sachen von B. gegen A, GS 2006/62)

**2.8.1.3. Art. 323, 335, 337 OR. Der Beweis der erfolgten Lohnzahlung mittels Buchhaltung setzt voraus, dass Buchungsbelege vorliegen. Kündigungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Auslegung einer Kündigung als ordentliche und nicht als fristlose.**

H. trat am 1. Januar 2004 bei der A. GmbH als Servicemonteur ein. Am 24. Juni 2006 kündigte die A. GmbH ihrem Arbeitnehmer „rückwirkend auf den 11. Juni 2004“ und stellte ihn „mit sofortiger Wirkung frei“, weil er bei einem tätlichen

Angriff eines Mitarbeiters auf den Lehrling nicht eingegriffen habe. Mit Klage vom 3. September 2004 verlangte H. die Verurteilung der A. GmbH unter anderem zur Lohnzahlung für Mai sowie zur Zahlung einer Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Am 13. Januar 2005 verurteilte das **Gewerbliche Schiedsgericht** die A. GmbH zur Zahlung des Mailohnes und wies die Entschädigungsforderung ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Umstritten war als Erstes, ob die A. GmbH ihrem Arbeitnehmer den Mailohn bezahlt hatte. Beweispflichtig für die Zahlung war sie als Schuldnerin (Art. 8 ZGB). Da die A. GmbH keinen Zahlungsbeleg vorlegen konnte, berief sie sich auf Indizien dafür, dass sie dem Kläger den Mailohn als Barlohn ausgehändigt habe. Sie habe den beiden Arbeitskollegen des Klägers den Mailohn ebenfalls in bar entrichtet. Auch habe sie zunächst versucht, den Lohn auf dessen Bankkonto zu überweisen. Das Geld sei ihr jedoch wegen der Angabe einer falschen Kontonummer durch den Kläger wieder gutgeschrieben worden. Zudem habe sie die Mailohnzahlung an H. ordentlich verbucht. Alle diese Umstände vermochten jedoch selbst in ihrer Gesamtheit das Gericht nicht davon überzeugen, dass die Lohnzahlung tatsächlich erfolgt war. Es stellte darauf ab, dass, wer Bargeld an seinen Gläubiger aushändigt, sich darüber eine Quittung ausstellen lässt. Dies gilt namentlich im Geschäftsverkehr, dem die beklagte Partei zuzurechnen war. Zumindest hätte sie die Zahlung vor Zeugen vornehmen müssen, was sie anerkanntermassen nicht getan hat. Die versuchte, jedoch gescheiterte Banküberweisung konnte nicht als Indiz für eine später erfolgte Zahlung angesehen werden, sondern sollte erklären, weshalb die Arbeitgeberin den heutzutage nicht mehr üblichen Weg der Barzahlung gewählt haben wollte, und ihren Willen dokumentieren, die Lohnzahlung effektiv vorzunehmen. Auch die angebliche Verbuchung des Lohnes in der Buchhaltung der Arbeitgeberin konnte nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, weil die Führung einer ordentlichen Buchhaltung das Vorliegen von Buchungsbelegen voraussetzt, woran es hier jedoch anerkanntermassen fehlte. Die Arbeitgeberin war deshalb zur Zahlung des Mailohnes zu verurteilen.

b) Mit Schreiben vom 24. Juni 2004 kündigte die A. GmbH das Arbeitsverhältnis rückwirkend auf den 11. Juni 2004 und stellte ihren Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung frei. Ferner hiess es im Kündigungsschreiben: „Ihre Guthaben aus Lohn und Leistung werden turnusgemäss zur Abrechnungsperiode auf das Monatsende berechnet und ausbezahlt.“ Der Wortlaut der Kündigung war nicht vollends klar und nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Auslegung ergab, dass keine fristlose (Art. 337 OR), sondern eine ordentliche Kündigung (Art. 335 OR) vorlag. Die Freistellung konnte sich nur auf die Zeit nach dem Kündigungszugang bei H. beziehen, weil der Arbeitnehmer bis zum Empfang der Kündigung gearbeitet hat. Sie bedeutete, dass H. von der Arbeitsleistung befreit wurde, für diese Zeit jedoch gleichwohl Anspruch auf Lohn hatte. Letzteres ging aus der Zusicherung der Arbeitgeberin hervor, dass sie die künftigen Löhne turnusgemäss, das heisst

zu den vertraglich vorgesehenen Fälligkeitsdaten, abrechnen und überweisen werde. Zwar hatte die A. GmbH in der Folge den restlichen Juni-lohn sowie das ganze Juligehalt nicht an H. ausbezahlt. Dies stand der Auslegung nicht entgegen, weil die Arbeitgeberin sich Schadenersatzansprüche vorbehalten und den Lohn offenbar zu diesem Zweck einstweilen zurückbehalten hat. An der Interpretation der Kündigung als ordentliche konnte nichts ändern, dass der Vorwurf der A. GmbH an H., er sei dem Lehrling nicht zu Hilfe geeilt, als dieser tätlich angegriffen wurde, die Qualität für einen wichtigen Grund nach Art. 337 OR hätte erfüllen können. Auch wer einen ausreichenden Grund zu einer fristlosen Kündigung hat oder zu haben glaubt, kann sich zu einer ordentlichen Kündigung entschliessen.

(GSGE vom 13.1.2005 in Sachen von H. gegen A. GmbH, GS 2004/319)

### 2.8.2. Voraussetzungen der Lohnrückforderung

(siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)

### 2.8.3. Art. 323a, 323b OR. Der Lohnabzug zur Deckung einer noch nicht verfüzten Zollbusse gegen einen Zolldeklaranten war weder als Lohnrückbehalt (mangels Vereinbarung) noch als Lohnverrechnung (mangels Gegenforderung) zulässig.

R. war seit dem 5. Juli 2004 als Zolldeklarant bei der T. AG angestellt. Die T. AG hat in der Lohnabrechnung für Februar 2005 CHF 2'430.-- für Zollbussen, für die R. verantwortlich sei, von dessen Lohn abgezogen. Mit Klage vom 2. März 2005 verlangte R. die Verurteilung der T. AG zur Auszahlung des nicht bezahlten Februarlohnes. Mit Urteil vom 14. April 2005 hat das **Gewerbliche Schiedsgericht** die Klage vollumfänglich gutgeheissen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 323a Abs. 1 OR darf die Arbeitgeberin, „sofern es verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, [...] einen Teil des Lohnes zurückbehalten.“ Vorliegend fehlte im Arbeitsvertrag der Parteien eine derartige Klausel, so dass zu prüfen war, ob die T. AG allenfalls den Anspruch auf den Februarlohn mit einer Gegenforderung verrechnen konnte (Art. 323b OR). Die in Abzug gebrachten Zollbussen waren durch die Zollbehörden allerdings noch nicht verfügt worden. Auch sieht das Zollgesetz nicht vor, dass die Arbeitgeberin für Bussen gegen ihre Angestellten belangt werden kann (vgl. Art. 125 Zollgesetz betreffend Bussen gegen Geschäftsbetriebe zur Vermeidung von Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen). Sollte die Arbeitgeberin eine derartige gegen ihren Angestellten verfügte Bussenforderung dennoch erfüllen, so könnte sich ein Anspruch gegenüber dem Arbeitnehmer aus Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben (Art. 419 ff. OR). Vorlie-

gend war festzustellen, dass die T. AG über keine Verrechnungsforderung verfügte, weshalb der Lohnabzug auch in Anwendung von Art. 323b OR nicht zulässig war.

(GSGE vom 14.4.2005 in Sachen von R. gegen T. AG, GS 2005/47)

#### **2.8.4. Berechnung der pfändbaren Quote bei verheirateten und beidseits erwerbstätigen Ehegatten**

(siehe unter Ziffer 2.12.2., S. 51)

#### **2.9. Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)**

##### **2.9.1. Art. 324 OR; GAV für die Reinigungsbranche (ab 1.7.2004). Die Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit verlangt die Festlegung der Solljahresarbeitszeit und die monatliche Berechnung und Bekanntgabe des Arbeitszeitsaldos entsprechend der Dauer des laufenden Dienst- bzw. Kalenderjahres durch die Arbeitgeberin. Art. 6 des GAV für die Reinigungsbranche, der eine Wochenarbeitszeit als Normalarbeitszeit im Einzelarbeitsvertrag vorschreibt, steht der Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit entgegen.**

K. trat am 1. September 2005 als Hilfsreiniger/Gebäudereiniger in die A. GmbH ein. Der Arbeitsvertrag vom 7. Oktober 2005 sah bezüglich der Arbeitszeit eine 42-Stundenwoche vor. In Art. 3 war zudem vermerkt, dass im Grundsatz eine Ganzjahresarbeitszeit gemäss Art. 10 gelte. Art. 10 lautete wie folgt:

##### *„Stundenabrechnung*

*Der Mitarbeiter erhält unabhängig der effektiv geleisteten Stunden resp. der effektiven Sollstunden jeden Monat 182 Stunden ausbezahlt. Die Überstunden werden auf Plusstunden ausgewiesen und in den Wintermonaten als Freizeit kompensiert. Plusstunden bis maximal 200 Stunden werden dafür aufaddiert. Die 200 Stunden übersteigenden Stunden werden im Folgemonat ausbezahlt. Sinngemäss werden die das Monatsoll nicht erreichten Stunden als Minusstunden gebucht. Die 200 Stunden übersteigenden Minusstunden werden im Folgemonat abgezogen.“*

Der Arbeitsvertrag bestimmte ferner, dass für alle nicht geregelten Punkte die Vorschriften des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz vom 1. Juli 2004 gültig seien.

Die A. GmbH kündigte am 12. Januar 2007 das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2007 aus wirtschaftlichen Gründen. K. arbeitete bis Ende März 2007, erhielt jedoch nicht den ganzen Märzlohn. Die Arbeitgeberin verweigerte die Auszahlung des weiteren Lohnes, weil K. ein Stundensaldo von 84,4 Minusstunden aufweise. Da der Arbeitsanfall für die Firma in den Sommermonaten mehr und in den Wintermonaten weniger sei, habe sie mit den Arbeitnehmern eine Ganzjahresarbeitszeit vereinbart. Danach sollten die Angestellten im Sommer mehr und im Winter weniger arbeiten. Damit die Arbeitnehmer jeweils über denselben Lohn pro Monat verfügen könnten, habe sie ihnen zugesichert, jeden Monat den Durchschnittslohn zur Auszahlung zu bringen, unabhängig davon, ob im betreffenden Monat mehr oder weniger Stunden gearbeitet würden. Da K. im vergangenen Winter weniger als die durchschnittlichen monatlichen Stunden habe arbeiten können, sei er mit 84,4 Stunden ins Minus geraten. Aufgrund der Abrede im Arbeitsvertrag dürfe sie diese Minusstunden vom für den Monat März geschuldeten Lohn in Abzug bringen.

Mit Klage vom 8. Mai 2007 machte K. unter anderem die Zahlung des restlichen Märzlohnes geltend. Am 21. Juni 2007 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage in diesem Punkt gutgeheissen, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) In der Reinigungsbranche gilt mit Wirkung ab 1. Juli 2004 ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag, der auf das vorliegende Arbeitsverhältnis Anwendung fand. Dieser Gesamtarbeitsvertrag sieht in Ziffer 6.1 vor, dass die Wochenarbeitszeit im Einzelarbeitsvertrag festzulegen ist. Nach Ziffer 6.2 darf die Arbeitszeit pro Woche ab 1. Januar 2005 höchstens 42 Stunden betragen. Zudem bestimmt der Gesamtarbeitsvertrag in Ziffer 7, dass unter aufgezählten, besonderen Umständen Überstunden zu leisten sind, die in der Folge zu kompensieren und ohne solche Kompensation danach auszubezahlen sind. Art. 324 OR schreibt vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den Lohn auch dann schuldet, wenn sie diesem keine Arbeit anbieten kann. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Arbeitsvertragsparteien eine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart haben. Diese Normalarbeitszeit bezieht sich gewöhnlich auf eine Woche, kann aber auch auf längere Zeitabschnitte wie einen Monat bzw. ein Jahr bezogen werden. Da der Gesamtarbeitsvertrag für das Reinigungsgewerbe bestimmt, dass der Einzelarbeitsvertrag eine Wochenarbeitszeit festzulegen hat, kann davon nicht durch eine Jahresarbeitszeit abgewichen werden (vgl. BezG Oberrheintal, JAR 1991 S. 113 zum GAV für das Schreinergerber). Wenn immer die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer in einer bestimmten Woche während der vertraglich festgelegten Normalarbeitszeit, vorliegend den 42 Stunden, nicht beschäftigen kann, so schuldet sie aufgrund von Art. 324 OR dennoch den vollen Lohn für 42 Stunden, ohne dass der Arbeitnehmer die nicht geleisteten Stunden nachzuholen hätte. Die Abrede einer Jahresarbeitszeit gegenüber einer Wochenarbeitszeit bedeutet eine Einschränkung des Schutzes von Art. 324 OR für den Arbeitnehmer,

indem die Arbeitgeberin die Möglichkeit erhält, Stunden, in denen sie den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann, über einen grösseren Zeitraum auszugleichen. Dies stellt eine Verschlechterung für den Arbeitnehmer dar, die der Gesamtarbeitsvertrag nicht erlaubt. Aus diesem Grund hatte der Kläger vorliegend Anspruch auf eine Beschäftigung von 42 Stunden pro Woche und es durften ihm die nicht geleisteten 84,4 Stunden am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen gehalten werden.

**b)** Doch selbst wenn vorliegend die Regelung des Gesamtarbeitsvertrages betreffend die Wochenarbeitszeit als Normalarbeitszeit nicht anwendbar gewesen wäre, so hätte sich dennoch die Frage gestellt, ob das Vorgehen der Arbeitgeberin hätte geschützt werden dürfen. Die Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit als Normalarbeitszeit setzt voraus, dass die jährliche Sollarbeitszeit ziffernmässig im Arbeitsvertrag angegeben wird (Art. 324 OR). Zudem hat die Arbeitgeberin monatlich über den Arbeitszeitsaldo während des laufenden Dienst- bzw. Kalenderjahres abzurechnen. Beides hatte die A. GmbH nicht bzw. in nicht genügender Weise erfüllt.

(GSGE vom 21.6.2007 in Sachen von K. gegen A. GmbH, GS 2007/133)

## **2.9.2. Freistellung**

### **2.9.2.1. Provisionsberechnung?**

(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

### **2.9.2.2. Bezahlung echter Reisespesen?**

(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

### **2.9.2.3. Abgeltung für entgangene Privatkilometer mit Geschäftswagen?**

(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

## **2.9.3. Ersatz von infolge Arbeitgeberverzuges entgehenden Trinkgeldeinnahmen**

(siehe unter Ziffer 2.13.2., S. 52)

## 2.10 Lohnfortzahlung (Art. 324 a/b OR)

### 2.10.1.-

**2.10.3. Art. 31, 324a OR. Eine Aufklärungspflicht der Arbeitnehmerin vor Vertragsabschluss bezüglich ihres Gesundheitszustandes besteht lediglich dann, wenn gesundheitliche Beschwerden es ihr verunmöglichen oder doch sehr erschweren, die vertraglich verlangte Arbeit zu leisten. Die Unverbindlichkeit eines Arbeitsvertrages zufolge angeblicher Täuschung ist binnen eines Jahres seit Kenntnisnahme dieses Umstands vorzubringen, anderenfalls der Vertrag trotz des Willensmangels als genehmigt gilt. Die im Falle der Genehmigung in Art. 31 Abs. 3 OR vorbehaltenen Schadenersatzansprüche betreffen nicht allfälligen Schaden zufolge der Vertragserfüllung. Die von der Arbeitgeberin versprochene Lohnfortzahlung während bestimmter Dauer erlischt nicht mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, sofern dieses im Arbeitsvertrag nicht als Erlöschungsgrund aufgeführt ist. Art. 324a OR findet auch auf vorbestehende Leiden Anwendung. Der Arbeitgeber ist dort von der Lohnfortzahlung nur insofern befreit, als die Arbeitnehmerin für eine derartige Arbeitsunfähigkeit Ansprüche gegenüber Dritten hat und es ihr zumutbar ist, diese Ansprüche geltend zu machen, ohne dass sie auf einen Vorschuss der Arbeitgeberin angewiesen wäre. Die Arbeitnehmerin kann von ihrer Arbeitgeberin Ersatz der Prämien für eine Einzelkrankentaggeldversicherung, in die sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses übertrat, nur verlangen, wenn die Taggeldversicherung – im Unterschied zum abgeschlossenen Arbeitsvertrag – einen Übertritt für den weiteren Taggeldbezug über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus voraussetzt.**

L. wurde per 1. Juli 2004 vom Spital X. als Krankenschwester angestellt. Der Anstellungsvertrag sah eine dreimonatige Probezeit vor, während der das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist gekündigt werden konnte. Im Übrigen enthielt er nur rudimentäre Regelungen und verwies für alle weiteren Anstellungsbedingungen auf das beigelegte Personalreglement, welches integrierender Bestandteil des Vertrages war. Art. 40 des Personalreglements bestimmte, dass bei einer Arbeitsverhinderung als Folge eines Unfalls oder einer Krankheit die Arbeitnehmerin bei voller Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf 100% des Bruttogehalts vom 1. bis 365. Tag der Arbeitsverhinderung und auf 80% des Bruttogehalts ab dem 366. Tag, bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit anteilmässig weniger, habe. Der Anspruch erlösche mit dem Beginn einer Rente oder mit dem Tod der Arbeitnehmerin. L. war vom 12. August 2004 bis 31. August 2005 100% arbeitsunfähig. Am 9. September 2004 kündigte das Spital X. das Arbeitsverhältnis auf den 26. September 2004. Bis dahin wurde der volle Lohn ausbezahlt. Ab dem 12. September 2004, d.h. nach einer 30-tägigen War-

tefrist, bezog L. Taggelder der Krankenversicherung. Im Anschluss an das Ende des Arbeitsverhältnisses am 26. September 2004 trat L. von der Kollektiv- in die Einzelversicherung der Taggeldversicherung über. Die Taggelder wurden ihr bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit am 31. August 2005 ausbezahlt. L. teilte der Arbeitgeberin im August 2006 mit, dass sie noch Lohnansprüche für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe. Das Spital lehnte darauf diese Forderungen ab. Mit Klage vom 2. Oktober 2007 verlangte L. vor **Gewerblichem Schiedsgericht** die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 4'724.50 brutto zuzüglich Zins unter Kostenfolge. Der Forderungsbetrag setzte sich aus CHF 2'812.50 Lohnnachzahlung und CHF 1'912.-- Taggeldversicherungsprämien zusammen. Mit Urteil vom 6. Dezember 2007 wurde das Spital X. zur Zahlung von CHF 2'812.50 netto nebst Zins an L. verurteilt, wobei das Gericht Folgendes erwogen hat.

a) Unter den Parteien war strittig, ob Art. 40 des Personalreglements auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien Anwendung fand. Die Beklagte war der Meinung, dass diese Vorschrift nur die Dauer der Lohnfortzahlung, nicht aber deren Voraussetzungen regle. Vielmehr käme Art. 324a OR zur Anwendung, welcher verlange, dass das Arbeitsverhältnis mindestens 3 Monate gedauert habe. Zudem habe L. sie bei der Anstellung über das damals bereits bestehende gesundheitliche Leiden getäuscht. Sollte die Beklagte den Vertrag dennoch genehmigt haben, so stehe ihr nach Art. 31 Abs. 3 OR Schadenersatz gegenüber L. zu.

b) Was den Vorwurf anging, L. habe die Arbeitgeberin bezüglich ihres Gesundheitszustandes getäuscht, konnte offen bleiben, ob die Klägerin deswegen das Spital X. hätte bei der Anstellung darauf aufmerksam machen müssen. Eine Aufklärungspflicht der Arbeitnehmerin bezüglich ihres Gesundheitszustandes besteht allerdings lediglich dann, wenn gesundheitliche Beschwerden es der Arbeitnehmerin verunmöglichen oder doch sehr erschweren, die vertraglich verlangte Arbeit zu leisten (ROGER RUDOLPH, Stellenbewerbung und Datenschutz, 1997, S. 63). Ein Willensmangel einer Vertragspartei, der wesentlich ist und zur einseitigen Unverbindlichkeit des abgeschlossenen Vertrages führt, ist von dieser Vertragspartei sofort und spätestens nach einem Jahr seit Kenntnis des Willensmangels geltend zu machen (Art. 31 OR). Vorliegend erkrankte die Arbeitnehmerin sehr kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses und war in der Folge sehr lange arbeitsunfähig. Dies war sicherlich eine unerwartete, ungewöhnliche Entwicklung und gab mit Recht Anlass zu einem gewissen Verdacht, die Klägerin habe schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses von ihrem Leiden und seinen Auswirkungen auf ihre Arbeitskraft gewusst. Der Beklagten konnte dieser Umstand jedoch im August 2004 und bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses im nachfolgenden Monat September nicht verborgen geblieben sein. Wollte sie sich auf einen Willensmangel berufen, so hätte sie bereits damals diesen Willensmangel vorbringen und

erklären müssen, dass sie den Vertrag als einseitig unverbindlich betrachte. Spätestens als L. im August 2006 Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin geltend machte, hätte diese die Tragweite der Angelegenheit erkennen müssen. Es wäre ihr damals jedenfalls zumutbar gewesen, den behaupteten Willensmangel in ihrem Antwortschreiben auf die Forderungen der Klägerin vorzubringen. Der Willensmangel wurde erstmals vor Gericht am 6. Dezember 2007 behauptet. Die Frist zur Geltendmachung einer Täuschung war längst abgelaufen und die Arbeitgeberin hatte den Vertrag trotz Kenntnis dieses angeblichen Mangels genehmigt. Für diesen Fall konnte sich die Beklagte jedoch nicht auf Art. 31 Abs. 3 OR berufen, worin Schadenersatzansprüche für eine getäuschte Vertragspartei trotz Genehmigung vorbehalten werden. Es kann dort nicht um Schadenersatzansprüche gehen, die sich daraus ergeben, dass die getäuschte Partei nun den Vertrag erfüllen muss, weil sie die rechtzeitige Anfechtung verpasst hat. Vielmehr geht es um den Ersatz von Schaden, der auch im Falle einer erfolgreichen Anfechtung entstanden wäre (BGE 109 Ia 5 E. 4b), insbesondere falls die Folgen einer Nichtgenehmigung noch nachteiliger gewesen wären. Zudem wäre eine Schadenersatzforderung, auf die die einjährige Verjährungsfrist nach Kenntnis des Schadens und der schadensverursachenden Person gemäss Art. 60 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangt (BGE 109 Ia 5 E. 4c), vorliegend ohnehin verjährt gewesen.

c) Art. 324a OR regelt, unter welchen Voraussetzungen und wie lange die Arbeitgeberin bei Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin den Lohn fortzuzahlen hat. Die Arbeitgeberin kann durch Abrede längere Zeitabschnitte für die Lohnfortzahlung festlegen (Art. 324a Abs. 2 OR). Die Parteien haben mit Art. 40 des Personalreglements eine in diesem Sinne für die Arbeitnehmerin bedeutend grosszügigere Regelung getroffen. Es wurden darin neben einer viel längeren Anspruchsdauer insbesondere keine Anspruchsvoraussetzungen bezüglich der Dauer des Arbeitsverhältnisses aufgestellt. L. hatte deshalb unbesehen davon, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits dauerte oder ob es sich noch in der Probezeit befand, im Falle von Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf die im Arbeitsvertrag versprochenen Leistungen. Obwohl die Klägerin am 12. August 2004 noch während der Probezeit erkrankte, war sie deshalb anspruchsberechtigt. Art. 40 des Personalreglements zählte ferner die Gründe auf, bei denen der Anspruch auf Lohnfortzahlung unterging. Darin nicht genannt wurde das Ende des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung. Zwar fällt der Lohnanspruch nach Art. 324a OR nach herrschender Ansicht mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses dahin (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 324a/b OR N. 34, S. 315; BGE 113 II 259 E. 3). Wenn eine Arbeitgeberin hingegen für den Fall der Arbeitsunfähigkeit eine Lohnfortzahlung während bestimmter Dauer verspricht und nicht vorsieht, dass der Anspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt, so gilt dieses Versprechen zur Lohnfortzahlung auch für die Zeit danach abgegeben. Nach Treu und Glauben darf die Arbeitnehmerin ein solches Versprechen denn auch auf diese Weise verstehen (BJM 2003 S. 326).

Ferner stellte sich die Frage, ob die Regelung in Art. 40 des Personalreglements auch auf vorbestehende Krankheiten Anwendung fand. Die Arbeitgeberin behauptete nämlich, dass die Arbeitsunfähigkeit von L. bereits bei ihrer Anstellung bzw. beim Stellenantritt bestanden habe, was die Arbeitnehmerin jedoch bestritten hat. Art. 324a OR findet auch auf vorbestehende Leiden Anwendung. Die Arbeitgeberin ist in solchen Fällen von der Lohnfortzahlung nur insofern befreit, als die Arbeitnehmerin für eine derartige Arbeitsunfähigkeit Ansprüche gegenüber Dritten hat und es ihr zumutbar ist, diese Ansprüche geltend zu machen, ohne dass sie auf einen Vorschuss der Arbeitgeberin angewiesen wäre (vgl. BJM 2003 S. 311). Art. 40 des Personalreglements sah bezüglich der Frage, ob ein Leiden erstmals während des Arbeitsverhältnisses auftritt oder bereits schon vor dieser Zeit aufgetreten ist, keine unterschiedliche Anspruchsregelung vor. Daraus war zu schliessen, dass die vereinbarte Lohnfortzahlung in vollem Umfang auch für vorbestehende Leiden galt.

**d)** L. hatte damit Anspruch auf Lohnfortzahlung während maximal 720 Tagen. Ihre Arbeitsunfähigkeit endete am 31. August 2005. Sie machte Ansprüche bis zum 12. August 2005 geltend, weil bis dahin ein Anspruch auf 100% und in der Folge auf 80% Lohnfortzahlung bestand. Die Klägerin hat bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit von der Krankenversicherung Taggelder in Höhe von 80% des Lohnes erhalten, die an ihren Anspruch anzurechnen waren. Zum Anspruch auf Lohnfortzahlung hätte auch jener auf Kinderzulagen gehört, den die Klägerin jedoch nicht geltend machte. Strittig war unter den Parteien ferner, ob die Klägerin Anspruch auf einen 13. Monatslohn hatte. Die Arbeitgeberin war der Meinung, dass der 13. Monatslohn nur für die Zeit nach Ablauf der Probezeit gelten würde. Der Arbeitsvertrag sah einen 13. Monatslohn ohne eine zeitliche Einschränkung vor. Das Personalreglement enthielt keine davon abweichende Regelung und hätte anderenfalls ohnehin gegenüber einer für die Arbeitnehmerin günstigeren einzelarbeitsvertraglichen Regelung zurückstehen müssen. Zudem hatte das Spital X. der Arbeitnehmerin bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses den 13. Monatslohn ausbezahlt. Der 13. Lohn war deshalb einzurechnen.

**e)** Ferner verlangte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Übernahme der von ihr bezahlten Prämien für die Krankentaggeldversicherung nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses. Diese Prämien waren angefallen, weil L. aus der Kollektiv- in die Einzelversicherung übertrat. Die Arbeitnehmerin hat weder behauptet noch nachgewiesen, dass dieser Übertritt erforderlich war, um den Anspruch auf Taggelder auch nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses erhalten zu können. Doch selbst wenn dem so gewesen wäre, konnte die Klägerin die Übernahme dieser Prämien durch die Beklagte nicht fordern. Die Beklagte war aufgrund des Arbeitsvertrages und mit Rücksicht darauf, dass Art. 336c OR während der Probezeit eines Arbeitsverhältnisses trotz Arbeitsunfähigkeit eine Kündigung eines Ar-

beitsvertrages zulässt, berechtigt den Arbeitsvertrag auf den 26. September 2004 zu kündigen. Die Klägerin hatte deshalb keinen Anspruch auf Weiterführung des Arbeitsvertrages, welche ihr einen allenfalls sonst nicht zustehenden Verbleib in der kollektiven Krankentaggeldversicherung ermöglicht hätte. Hinzu kam, dass der Übertritt in die Einzelversicherung offensichtlich deswegen vollzogen wurde, um der Klägerin auch nach ihrem Austritt aus der Beklagten, den bisherigen Versicherungsschutz erhalten zu können. Es geht dabei nicht um den Schutz gegen bereits eingetretene, sondern erst bevorstehende, mögliche Risiken, das heisst um den Schutz für den Fall, dass L. aus anderen Gründen arbeitsunfähig geworden wäre.

(GSGE vom 6.12.2007 in Sachen von L. gegen Spital X., GS 2007/272)

#### 2.10.4.-

**2.10.5. Art. 324a OR; Art. 36 Abs. 3 ArG. Der Anspruch auf bezahlte drei Tage für Eltern zur Betreuung ihres erkrankten Kindes besteht auch dann, wenn die Krankheit des Kindes während der Ferien der Eltern oder während eines Mutterschaftsurlaubs beginnt. Der Lohnfortzahlungsanspruch bei Verhinderungsgründen der Arbeitnehmerin nach Art. 324a OR, welche nicht zu den versicherten Risiken einer Taggeldversicherung gehören, wird durch deren Taggelder nicht konsumiert. An den Anspruch auf Lohnfortzahlung infolge Betreuung eines kranken Kindes war deshalb die vorgängig bezogene Mutterschaftsentschädigung nicht anzurechnen.**

Y. war seit dem 1. Januar 2004 bei Dr. K. als medizinische Praxisassistentin angestellt. Am 21. Mai 2005 gebar sie ein Kind und bezog in der Folge bis zum 26. August 2005 einen 14-wöchigen Mutterschaftsurlaub. In der Folge kam sie nicht zur Arbeit, weil sie ihr an Schlaf- und Ernährungsproblemen leidendes Kind habe versorgen müssen. Mit Klage vom 17. Januar 2006 verlangte sie vor Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung von Dr. K. unter anderem zur Lohnfortzahlung während der Zeit, in der sie ihr Kind betreut hatte. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies diesen Anspruch mit Urteil vom 2. Oktober 2006 ab. Auf Beschwerde hin gewährte ihr das **Appellationsgericht Basel-Stadt** am 1. Juni 2007 einen Lohnfortzahlungsanspruch für drei Tage, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **3.4.** Für die Zeit vom 27. August bis zum 19. September 2005 macht die Beschwerdeführerin noch einen Anspruch auf Lohnzahlung geltend. Sie rügt, dass sie nach dem Mutterschaftsurlaub nicht hätte arbeiten können, weil sie ihr an Schlaf- und Ernährungsproblemen leidendes Baby habe versorgen müssen. Sie sei dadurch mit ihren Nerven und gesundheitlich am Ende gewesen. In der Folge habe sie einen Nervenzusammenbruch erlitten und durch die Sanität auf die Notfallstation transportiert werden müs-

sen. Letztendlich macht sie somit geltend, selber aus gesundheitlichen Gründen an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert gewesen zu sein. Eine solche, eigene gesundheitliche Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin ist aber durch sie nicht belegt worden. Ihr Hausarzt Dr. med. Chr. K. bestätigt im eingereichten Arztzeugnis vom 9. Dezember 2005 allein, dass die Beschwerdeführerin „wegen Ernährungsproblemen bei ihrer voll gestillten Tochter die Arbeit vom 26.8. bis 14.9.2005 noch nicht aufnehmen“ konnte. Damit bestätigt er allein gesundheitliche Probleme der Tochter, nicht aber eine eigene Erkrankung der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung erwogen, dass gemäss Art. 36 Abs. 3 ArG der Arbeitgeber verpflichtet sei, Eltern kranker Kinder während drei Tagen frei zu geben. Während dieser Zeit bestehe ebenfalls ein Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR (WYLER, Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Art. 36 ArG N 7). Die Freitage dienten aber „auch dazu“, für das Kind eine Drittbetreuung zu organisieren. Dies sei der Mutter aber schon zuvor während dem Mutterschaftsurlaub möglich gewesen. Dies mag tatsächlich „auch“ ein Grund für die Befugnis zur Absenz sein. Im Vordergrund steht aber die Absicht des Gesetzgebers, dass die arbeitstätigen Eltern in diesem begrenzten Umfang in die Lage versetzt werden sollen, ihr Kind, das während seiner Krankheit besonders der Nähe der Eltern bedarf, persönlich zu betreuen. Dies dürfen sie auch dann, wenn die Krankheit des Kindes während der Ferien der Eltern oder wie hier während einem Mutterschaftsurlaub beginnt. Folglich hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf drei bezahlte Freitage für die Betreuung ihres kranken Kindes. Während dieser Zeit vom 26., 29. und 30. August 2005 hat die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers fortgedauert.

Die Vorinstanz vertritt in ihrer Vernehmlassung die Ansicht, ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für diese Kinderbetreuung bestehe nicht mehr, da dieser gemäss Art. 324a OR nur für eine beschränkte Zeit bestehe. Ebenso sei der Beschwerdeführerin, die sich im Jahre 2005 im zweiten Dienstjahr befand, aufgrund der Taggeldversicherungsleistungen ihr geldmässig beschränkter Lohnfortzahlungsanspruch bereits erfüllt worden. Die Vorinstanz stützt sich diesbezüglich auf STREIFF/VON KAENEL (Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Art. 324a/b OR N 24 S. 304). Es ist dabei unbestritten, dass beim Anspruch auf Lohnfortzahlung die Zeiten aus Verhinderungen unterschiedlicher Art (Krankheit, Militärdienst, öffentliches Amt, etc.) zusammen zu rechnen sind. Besteht nun aber eine Versicherung, die nur gewisse Formen der Arbeitsverhinderung versichert, so überzeugt diese Anrechnung nicht. Es ist nicht einleuchtend, warum der Arbeitgeber einem zeitweise kranken, aber von der Taggeldversicherung entschädigten Arbeitnehmer während der Ausübung öffentlicher Ämter oder eben während der Krankheit eines Kindes keine Lohnfortzahlung mehr finanzieren soll. Mit der Versicherung darf er sich nur darauf verlassen, die versicherten Risiken abzudecken. Dem gesunden Arbeitnehmer gegenüber muss er doch die entsprechenden Absenzen ebenfalls trotz bestehender Versicherung vollumfänglich vergüten. Die Taggeldversicherung ist daher nur für die Risiken ein gleichwertiger Ersatz. Für die übrigen Risiken besteht die direkte Leistungspflicht gemäss Art. 324a OR ohne

Anrechnung der Versicherungsleistungen fort. Daher hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf drei Tage Lohnfortzahlung für die Absenz zur Pflege ihres kranken Kindes. [...]“

(AGE vom 1.6.2007 in Sachen von Y. gegen Dr. K.; Verf.Nr. 1023/2006)

## 2.11. **Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)**

### 2.11.1. **Art. 327a Abs. 1 OR. Ein Arbeitnehmer, welcher zu Hause arbeitet, obwohl ihm die Arbeitgeberin ein Büro zur Verfügung stellt, hat keinen Anspruch auf Ersatz seiner Bürokosten. Bewilligt hingegen der Vorgesetzte im Einzelfall solche Bürokosten, hat sich dies die Arbeitgeberin, wenn ihn der Arbeitnehmer hierzu für kompetent ansehen durfte, entgegenhalten zu lassen.**

W. trat am 15. April 2006 in die Dienste der Versicherungsgesellschaft X. in Basel als Maklerbetreuer ein. Sein Tätigkeitsgebiet umfasste die gesamte Schweiz entsprechend der Zusammenarbeit der ihm zugewiesenen Makler. In Punkt 6.6.1 „Auslagenerfassung“ des Arbeitsvertrags wurde bestimmt, dass die Spesen des Maklerbetreuers nach dem effektiven Aufwand vergütet werden. Es gelte das Spesenreglement für Innendienstmitarbeiter. Fahrspesen würden ab Wohnort zu den Kunden vergütet. Reisen an den Hauptsitz würden als Arbeitsweg gelten und der Arbeitsort sei Basel. W. gelangte am 28. November 2006 an seinen direkten Vorgesetzten und verlangte, dass die Arbeitgeberin die Kosten für sein Büro in seiner Wohnung in Winterthur übernehme. Die Kosten gab er mit monatlich CHF 350.-- an. W. füllte am 28. November 2006 einen Spesenbeleg über Spesen für Büroräumlichkeiten von insgesamt CHF 2'625.-- für die Zeit von Mitte April bis Ende November 2006 aus. Der Spesenbeleg wurde von seinem direkten Vorgesetzten visiert, die Spesen wurden in der Folge von der Arbeitgeberin jedoch nicht ausbezahlt.

Mit Klage vom 2. Februar 2007 verlangte W. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Versicherungsgesellschaft X. zur Zahlung von CHF 2'975.-- Spesen. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat die Klage am 5. März 2007 im Umfang von CHF 2'625.-- gutgeheissen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Nach Art. 327a Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Im Arbeitsvertrag war als Arbeitsort der Hauptsitz der Versicherungsgesellschaft X. in Basel angegeben. Auch wurde klargestellt, dass der Weg des Klägers von seinem Wohnort in Winterthur zum Hauptsitz der Arbeitgeberin in Basel als Ar-

beitsweg gelte und damit nicht von dieser vergütet würde. Ferner hat W. eingeräumt, es sei abgesprochen gewesen, dass er drei Tage in Basel arbeiten und den Rest seiner Arbeitszeit in Zusammenarbeit mit den Maklern der Beklagten vor Ort zubringen würde. Auch liess er die Darstellung seiner Arbeitgeberin unwidersprochen, dass ihm in Basel ein Büro zur Verfügung stand. Aus alledem ergab sich, dass W., wenn er bei sich zuhause arbeitete, dies nach eigenem Gutdünken tat. Die Kosten für sein Büro konnten deshalb nicht unter Art. 327a OR subsumiert werden. Auch bestand keine vertragliche Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Tragung dieser Kosten. Zudem führte W. vor Gericht aus, dass von den drei vereinbarten Bürotagen pro Woche in Basel letztlich nur ein Tag übrig geblieben sei, was jedoch auf seine eigene Entscheidung zurückging.

**b)** Zu prüfen war im Weiteren, ob die Arbeitgeberin deshalb zur Zahlung dieser Spesen verpflichtet werden konnte, weil der Vorgesetzte dessen Spesenbeleg visiert hatte. Aus dem Handelsregister ergab sich, dass der direkte Vorgesetzte des Arbeitnehmers nur kollektivzeichnungsberechtigt war. Dies stimmte auch damit überein, dass der Arbeitsvertrag neben diesem Vorgesetzten von einer zweiten zeichnungsberechtigten Person der Beklagten unterzeichnet war. Mit dem alleinigen Visum des direkten Vorgesetzten auf dem Spesenbeleg konnte damit keine Änderung des Arbeitsvertrages begründet werden. Davon zu unterscheiden war jedoch die Kompetenz dieses Vorgesetzten im internen Bereich der Versicherungsgesellschaft. Der Vorgesetzte war Mitglied der Geschäftsleitung. Er hat nicht nur den Spesenbeleg unterzeichnet, sondern W. am 8. Dezember 2006 dazu aufgefordert, ihm den letzten Bürokostenbeleg zu übergeben. Ferner hatten Verhandlungen über eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses stattgefunden. In diesen Verhandlungen hatte der Vorgesetzte W. angeboten, die Kosten für die Büroräumlichkeiten zu übernehmen. Aus alledem ergab sich, dass der Vorgesetzte im Rahmen seines Budgets offensichtlich dazu kompetent war, die Kosten für die Büroräumlichkeiten zu bewilligen. Jedenfalls durfte W. davon ausgehen, dass sein Vorgesetzter dazu berechtigt war. Den visierten Spesenbeleg musste sich die Versicherungsgesellschaft X. deshalb als Schuldanererkennung entgegenhalten lassen. Diese Schuldanererkennung umfasste die Bürokosten für die Monate von Mitte April bis Ende November 2006. W. hatte belegen können, dass die Steuerbehörden für sein Büro einen Betrag von CHF 350.-- als Aufwand akzeptiert hatten. Weiter hat sich das Visum des Vorgesetzten von W. auch auf die Höhe der monatlich anfallenden Bürokosten bezogen. Unter diesen Umständen konnte die Höhe der eingeklagten Bürokosten nicht in Zweifel gezogen werden. W. hatte jedoch keinen Anspruch auf Ersatz der Bürokosten, die vom visierten Spesenbeleg nicht erfasst waren. Deshalb wurde die Klage im Umfang von CHF 2'625.--

entsprechend 7½ Monaten von Mitte April bis Ende November 2006 gutgeheissen.

(GSGE vom 5.3.2007 i.S. von W. gegen Versicherungsgesellschaft X., GS 2007/35)

**2.11.2. Anspruch auf echte Reisespesen während Freistellung?**  
(siehe unter Ziffer 2.6.1., S. 19)

**2.12. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 ff. OR)**

**2.12.1. Art. 328, 341 Abs. 1 OR. Im Rahmen einer Sozialplanung hat die Arbeitgeberin das Gleichbehandlungsgebot zu wahren. Bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags hat die Vertragsfreiheit grundsätzlich Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgebot. Das Verzichtsverbot für den Arbeitnehmer bezieht sich auf bereits entstandene Ansprüche aus zwingenden Vorschriften. Zu den Anforderungen an einen Grundlagenerirrung über einen zukünftigen Sachverhalt.**

M. war seit dem 19. September 1998 als Linienpilot bei der X. AG, danach seit dem Jahre 2001 bei der Y. AG in derselben Funktion angestellt. Unter den Parteien galt der Gesamtarbeitsvertrag vom 1. November 2000 zwischen der X. AG und der Cockpitvereinigung. Mit Schreiben vom 23. Juni 2005 an die Piloten verwies die Y. AG darauf, dass die laufende Restrukturierung, die darauf ausgerichtet sei, die Flugzeugflotte zu verkleinern, darauf hinauslaufe, dass auch das Pilotenkorps reduziert werde. Das Verfahren und der Zeitplan dieses Personalabbaus seien noch nicht klar für jedes Segment. Dies hänge vom detaillierten Flugplan, vom zukünftigen Produktionsvolumen sowie den neuen Arbeitsbedingungen ab, die alle noch nicht verfügbar seien. Das Ziel sei es deshalb zu freiwilligen Abgängen zu ermuntern, um dieses Personalproblem zu erleichtern und auch die demographische Struktur des Pilotenkorps zu verbessern. Innerhalb eines klar definierten Zeitrahmens vom 1. - 31. Juli 2005 offeriere sie den Piloten auf einer freiwilligen Basis eine Abgangsentschädigung, sofern diese in diesem Zeitrahmen die Kündigung einreichen. Für die Kündigung gelte die Kündigungsfrist gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag. Die Ferien müssten vor Verlassen der Firma aufgebraucht sein.

Mit Schreiben vom 7. Juli 2005 kündigte M. das Arbeitsverhältnis und wünschte, vom Angebot der Y. AG profitieren zu können. Er bat dabei darum, dass er

die Y. AG auf einen früheren Zeitpunkt verlassen könne trotz der dreimonatigen Kündigungsfrist gemäss Gesamtarbeitsvertrag, weil er seine neue Stelle am 1. September beginnen müsse. Er wünsche deshalb auf den 31. August 2005 oder auf einen früheren Zeitpunkt unter Einrechnung seiner Ferien die Firma verlassen zu können. Mit Schreiben vom 11. Juli 2005 teilte die Y. AG dem Angestellten M. mit, dass sie einer Verkürzung der Kündigungsfrist um zwei Monate nur zustimmen könne, wenn auch die Abgangsentschädigung auf ein Drittel gekürzt würde. Ein eventueller Feriensaldo werde ihm soweit möglich vor Austritt zugeteilt bzw. mit einem Dreissigstel pro Ferientag ausbezahlt. Sie bitte ihn, zum Zeichen des Einverständnisses bis am 22. Juli 2005 seine Zustimmung zu erteilen. In der Folge hat M. dieses Angebot angenommen und die Y. AG verlassen.

Mit Schreiben vom 23. September 2005 unterbreitete die Y. AG den verbliebenen Piloten auf freiwilliger Basis eine erneute Kündigungsofferte verbunden mit höheren Abgangsentschädigungen als zum Zeitpunkt ihrer ersten Offerte im Juni. Die neuerlichen Offerten waren derart ausgestaltet, dass, wer die Y. AG per 30. November 2005 verliess, eine höhere Abgangsentschädigung erhielt als jene Piloten, die ihren Austritt erst auf den 28. Februar 2006 erklärten. M. erfuhr hinterher von diesen besseren Angeboten und verlangte mit Klage vom 8. März 2007 beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung einer Abgangsentschädigung in der Höhe von CHF 15'126.20 zuzüglich 5% Zins seit dem 9. September 2005, unter o/e-Kostenfolge.

Zur Begründung brachte M vor, die Y. AG habe ihn, weil sie im September den bei ihr verbliebenen Piloten ein besseres Angebot gemacht habe, gegenüber diesen Piloten ungleich behandelt. Hätte er von diesem besseren Angebot Kenntnis gehabt, hätte er mit seiner Kündigung noch zugewartet, weil seine künftige Arbeitgeberin ihm die Möglichkeit gegeben habe, den Zeitpunkt seines Arbeitsantrittes selber zu bestimmen. Zudem sei die im Juni angebotene Abgangsentschädigung Teil eines Sozialplans zur Durchführung der geplanten Restrukturierungsmassnahmen gewesen. Da sich dieser Sozialplan auf die Delegationsnorm des Ziff. 16 des GAV stütze, liege ein Gesamtarbeitsvertrag im Sinne von Art. 356 OR vor. Damit werde Art. 341 OR anwendbar. Er habe deshalb auf die restliche Abgangsentschädigung nicht verzichten können. Ferner fände das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 328 OR auf einen Sozialplan Anwendung. Die Y. AG habe gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen, da sie bei anderen Piloten, welche die im Rahmen derselben Restrukturierungsmassnahmen offerierten Abgangsentschädigungen ebenfalls angenommen hätten, keine Kürzungen vorgenommen habe. Dabei spiele es keine Rolle, dass die Abgangsentschädigungen zeitlich befristet gewesen seien. Beide seien Teil des gleichen Sozialplans gewesen, welcher zur Umsetzung der geplanten Restrukturierungsmassnahmen aufgestellt worden sei. Ausserdem habe er sich zum Zeitpunkt seiner Verzichtserklärung in einem wesentlichen Grundlagenirrtum befunden. Das **Gewerbliche**

**Schiedsgericht** hat am 23. August 2007 die Klage vollumfänglich abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat:

**a)** Die Y. AG hat ihren Piloten im Rahmen der Restrukturierung im Juni 2005 ein Angebot gemacht, wonach jene Piloten, die sich freiwillig innert bestimmter Frist zum Verlassen der Firma bereit erklärten, eine Abgangsentschädigung in bestimmter Höhe erhalten würden. Dabei hätten die Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist gemäss Gesamtarbeitsvertrag zu kündigen und erhielten dafür im Gegenzug die versprochene Abgangsentschädigung. M. hat innert der festgesetzten Frist das Arbeitsverhältnis gekündigt, dabei aber das Angebot der Y. AG nicht angenommen, sondern ihr ein eigenes Angebot unterbreitet, das eine von drei Monaten auf einen Monat verkürzte Kündigungsfrist vorsah. Die Y. AG hat ihrerseits dieses Angebot von M. nicht angenommen, sondern ihm aufbauend auf seinem Angebot eine neue Offerte unterbreitet, welche schliesslich von M. angenommen wurde.

**b)** Das Gleichbehandlungsgebot ist ein Diskriminierungsverbot. Es verbietet dass die Arbeitgeberin einzelne Mitarbeiter im Vergleich zur Mehrheit der übrigen Angestellten, ohne dass sachliche Gründe dafür gegeben sind, schlechter behandelt und dadurch ihre Persönlichkeit verletzt. Das Gleichbehandlungsgebot hat seine Rechtsgrundlage in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR, nach einer anderen Meinung im Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verpflichtet diesen, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Vorliegend verlangte M., dass ihm die ganze Abgangsentschädigung gemäss ursprünglicher Offerte vom 23. Juni 2005 bezahlt werde. Er machte nicht geltend, dass er auf jene Offerte, die erst im September 2005 den Piloten gemacht wurde, Anspruch habe. M. verwies für die Frage der Geltung des Gleichbehandlungsgebots im Rahmen eines Sozialplans auf das Urteil des Zivilgerichts aus dem Jahre 1997 (JAR 1999 S. 193 ff. = BJM 1998 S. 271 ff.).

**ba)** Dort hatte das Zivilgericht eine Kündigung, die eine Arbeitgeberin im Rahmen einer rollenden Sozialplanung ausgesprochen hat, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsprinzip zu beurteilen. Es hatte festgestellt, dass der damals betroffene Arbeitnehmer aus strukturellen Gründen entlassen wurde, ohne dass er in die Sozialplanung einbezogen worden wäre. Es bejahte deshalb eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von jenem darin, dass die Y. AG hier nicht einseitig das Arbeitsverhältnis auflöste und Massnahmen angeordnet hat. Vielmehr haben die Parteien über den Austritt von M. aus der Y. AG einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen. Ein Aufhebungsvertrag untersteht zweierlei Einschränkungen. Es dürfen durch einen Aufhebungsvertrag keine zwingenden Vorschriften umgangen oder verletzt werden. Soweit der Aufhebungsvertrag auch einen Erlassvertrag darstellt, ist darauf zu

achten, dass Art. 341 OR nicht verletzt wird (vgl. WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, Harrer/Portmann/Zäch, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, 2002, S. 363 f.). Grundsätzlich gilt auch für einen Aufhebungsvertrag die Vertragsfreiheit. In eine Persönlichkeitsverletzung kann grundsätzlich eingewilligt werden. Die rechtfertigende Wirkung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung als unsittlich oder ihrerseits als persönlichkeitsverletzend angesehen werden muss. Die Vertragsfreiheit erlaubt es daher, dass Angestellte ungünstigere Arbeitsbedingungen als ihre Kollegen aushandeln können. Die Vertragsfreiheit geht insofern dem Gleichbehandlungsgrundsatz vor (THOMAS GEISER, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im Schweizerischen Arbeitsrecht?, In: Festschrift für Manfred Rehbinder, 2002, S. 37 ff., S. 45). Die Y. AG musste vorliegend das Gleichbehandlungsgebot beachten, weil die Offerten Teil ihrer Sozialplanung waren. Einschränkend war jedoch festzuhalten, dass im Unterschied zum erwähnten Urteil des Zivilgerichts, wo eine Kündigung verbunden mit abfedernden Leistungen des Arbeitgebers zu beurteilen war, vorliegend kein einseitiges, sondern ein zweiseitiges Rechtsgeschäft in Frage stand. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots war hier deshalb zurückhaltender anzunehmen als bei einer Kündigung des Arbeitgebers, weil der Arbeitnehmer durch seine Zustimmung im Rahmen des Vertragskonsenses auch in die Persönlichkeitsverletzung einwilligen konnte.

**bb)** Das Gleichbehandlungsgebot hat zwingenden Charakter, so dass im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrags zu prüfen war, ob dieses Gleichbehandlungsgebot umgangen bzw. verletzt wurde. Bei der Frage der Umgehung zwingender Vorschriften im Rahmen eines Aufhebungsvertrags ist zu untersuchen, ob der Arbeitnehmer an der gewählten Lösung ebenfalls ein eigenes, beachtliches Interesse hat (PORTMANN, S. 365). Dazu ist festzuhalten, dass M. eine Verkürzung der Kündigungsfrist unter Hinweis darauf, dass er auf den 1. September eine neue Stelle in Aussicht habe, verlangt hat. In der Klagschrift hat er abweichend davon erklärt, er habe in jenem Zeitpunkt bereits eine andere Anstellung auf Mitte September 2005 angenommen, so dass er keine andere Möglichkeit gesehen habe, die Verzichtserklärung zu unterzeichnen, um kurz danach hingegen zu erklären, er hätte, falls er vom späteren vorteilhafteren Angebot der Y. AG Kenntnis gehabt hätte, mit seiner Kündigung noch zugewartet, insbesondere deshalb, weil seine künftige Arbeitgeberin ihm die Möglichkeit gegeben habe, den Zeitpunkt seines Arbeitsantrittes selber zu bestimmen. Dies war in sich ein Widerspruch und zeigte zudem auf, dass M. ein eigenes Interesse an der frühzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte. Gleichzeitig gab er nun auch zu, dass er der ursprünglichen Offerte durchaus hätte zustimmen können, um die volle Abgangsentschädigung zu erhalten. Hinzuweisen war nochmals darauf, dass M. nicht geltend machte, er hätte gerne von der zweiten Offerte profitiert, sondern er hat jene Offerte nur dazu bemüht, um aufzuzeigen, dass die Y.

AG später an der Einhaltung der Kündigungsfrist als Voraussetzung der Höhe der Abgangsentschädigung nicht festgehalten habe.

**bc)** Ferner war festzuhalten, dass bezüglich der im Juni angebotenen freiwilligen Abgänge der Piloten nicht behauptet wurde, dass damals die Y. AG anderen Piloten und schon gar nicht der Mehrheit der übrigen Piloten eine Verkürzung der Kündigungsfrist unter Aufrechterhaltung der vollen Abgangsentschädigung gewährt hätte. Es wurden lediglich die Modalitäten der beiden Offerten von Juni und September miteinander verglichen. Es ist jedoch allgemein bekannt, dass die Fluggesellschaften sich im Nachgang zu den Ereignissen in New York im Jahre 2001 in einer schwierigen Phase befunden haben. Es bestanden Überkapazitäten an Flugzeugen und Flugpersonal. Die Zeit war derart schwierig, dass viele Fluggesellschaften ums Überleben kämpften. Die Y. AG war aus dem Niedergang der Z. AG entstanden. Es war offensichtlich, dass die Y. AG sich auch im Zeitpunkt ihrer Offerte in einer schwierigen Lage befunden hat. Sie hat in ihrem Schreiben vom 23. Juni 2005 darauf hingewiesen, dass eine Planung der Restrukturierung schwierig sei, weil nicht alle Faktoren in ihrem Ausmass bekannt seien. Es ergab sich daraus, dass allein schon der Umstand, dass den Piloten eine Offerte im Juni und eine andere im September 2005 unterbreitet wurde, einen sachlichen Grund darstellte, diese Offerten unterschiedlich auszugestalten. Die Entwicklung der Marktereignisse im Flugverkehr war schnell und ihre Beurteilung derart unsicher, dass Massnahmen zur Restrukturierung laufend angepasst werden mussten. Wenn die Y. AG den Piloten im Juni andere Angebote gemacht hat als drei Monate später im September, so lag im zwischenzeitlichen Zeitablauf bereits ein sachliches Unterscheidungsmerkmal. Zudem haben die Piloten, die noch im September bei der Beklagten angestellt waren, dieser eben auch länger die Treue gehalten.

**bd)** Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots war deshalb nicht ersichtlich, weder mit Bezug auf die Offerte vom Juni allein noch mit Bezug auf einen Vergleich zwischen den Offerten von Juni und September. Der Aufhebungsvertrag hat deshalb das zwingende Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt. Zudem hätte der Kläger ein genügendes eigenes Interesse daran gehabt, einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch Einwilligung in den Aufhebungsvertrag seine Zustimmung zu erteilen.

**c)** Das Verzichtsverbot in Art. 341 OR setzt voraus, dass Ansprüche aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages für den Arbeitnehmer entstanden sind. M. behauptete, der Anspruch auf Abgangsentschädigung sei ein derartiger zwingender Anspruch. Dabei verwies er auf Art. 16 des Gesamtarbeitsvertrages, der Grundlage dieser Abgangsentschädigung sei. Art. 16 GAV regelt die Kündigung aufgrund des Umstands, dass die Fluggesellschaft zuviel Personal hat. Vorgesehen ist dabei, dass ein Sozialplan ausgearbei-

tet wird, der folgende Punkte regelt: Unterstützung mit Umschulung auf einen anderen Flugzeugtyp oder Umschulung für einen anderen Beruf, Erhaltung der Lizenz durch Simulatortraining, Unterstützung bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz. Soweit der Gesamtarbeitsvertrag nicht bestimmt, dass eine Vorschrift über Abschluss, Inhalt oder Beendigung der Arbeitsverhältnisse dispositiver Natur ist, so ist diese Bestimmung als zwingende Vorschrift zu verstehen (Art. 357 Abs. 1 OR). In Art. 16 GAV ist im Falle der Kündigung wegen zu hohem Personalbestand eine Abgangsentschädigung nicht vorgesehen. Die Abgangsentschädigung, die dem Kläger offeriert wurde, hat deshalb ihre Grundlage nicht in Art. 16 des GAV und kann folglich nicht als Ausfluss einer zwingenden Vorschrift verstanden werden. Hinzu kommt, dass der Anspruch auf Abgangsentschädigung vor Abschluss des Aufhebungsvertrages gar noch nicht bestanden hat, sondern erst mit diesem zur Entstehung kam. M. hat damit nicht auf einen Anspruch verzichtet, der bereits entstanden war und sich aus einer zwingenden Vorschrift ergab. Eine Verletzung von Art. 341 OR war damit nicht gegeben.

**d)** In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob ein Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt gegeben sein kann. Das Bundesgericht bejaht einen Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt, wenn die sich auf Irrtum berufende Vertragspartei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, und die andere Partei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für Erstere Vertragsvoraussetzung war (BGE 118 II 297 E. 2b). Es wurde bereits ausgeführt, dass die Y. AG als Fluggesellschaft sich im damaligen Zeitpunkt in einer schwierigen Lage befand, die es ihr aufgrund der damals herrschenden Marktverhältnisse verunmöglichte, auch über kurzfristige Zeiträume sicher zu planen. Es konnte deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte im Juni 2005 bereits wusste, dass sie im darauffolgenden September ihren Piloten eine noch bessere Offerte würde unterbreiten können. Andererseits konnte auch M. nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass die Y. AG ihren Piloten in naher Zukunft kein vorteilhafteres Angebot würde machen können. Jedenfalls wäre M. zum Nachweis seines Irrtums verpflichtet gewesen. Diesen Beweis hat er weder angeboten noch geleistet.

(GSGE vom 23.8.2007 in Sachen von M. gegen Y. AG, GS 2007/66, publiziert in JAR 2008, S. 349)

- 2.12.2. Art. 328 Abs. 1 OR. Keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes lag bei Nichtgewährung der Kostenlosigkeit einer Zahnbehandlung durch einen Zahnarzt an eine Dentalassistentin vor. Für deren Schlechterstellung gegenüber den übrigen Angestellten war die Dauer des Arbeitsverhältnisses als sachlicher Grund massgebend. Art. 323b Abs. 1 OR. Die Berechnung der pfändbaren Quote nach Art. 93 SchKG ist bei verheirateten und beidseits erwerbstätigen Ehegatten nach sog. der Methode der proportionalen Aufteilung des Existenzminimums der Familie vorzunehmen.

D. hat in der Zahnarztpraxis von Dr. P. in der Zeit vom 1. Februar 2003 bis 30. April 2004 als Dentalassistentin gearbeitet. Seit dem Monat März 2003 liess sie sich von Dr. P. zahnärztlich behandeln. Die letzte Behandlung fand im April 2004 statt. Dr. P. stellte am Ende des Arbeitsverhältnisses Rechnung über sämtliche Zahnarztkosten im Umfang von CHF 2'555.75 und verrechnete diese mit dem Aprillohn 2004 von CHF 3'678.30 netto. Mit Klage vom 23. Juli 2004 verlangte D. vor dem Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von Dr. P. zur Zahlung von CHF 2'555.75 netto. Die Klage wurde mit Urteil vom 10. Januar 2005 abgewiesen, wobei das **Gewerbliche Schiedsgericht** Folgendes erwogen hat.

- a) D. hat zunächst den Bestand der zur Verrechnung gebrachten Forderung des Arbeitgebers bestritten. Sie habe sich zwar von ihm behandeln lassen. Dr. P. habe ihr jedoch mündlich versprochen, dass er dafür nichts verlangen werde. Zudem habe er auch andere Angestellte unentgeltlich behandelt.

Auszugehen war davon, dass zahnärztliche Behandlungen, auch wenn sie in der Praxis des Arbeitgebers vorgenommen werden, kostenpflichtig sind. Es war deshalb an der Arbeitnehmerin eine davon abweichende Zusage des Arbeitgebers zu beweisen. Da bei den Unterredungen der Parteien über die Behandlung von D. keine Drittpersonen zugegen waren, war ein direkter Nachweis für eine solche Abrede ausgeschlossen. Ferner hat Dr. P. zwar zugegeben, dass er für die Behandlung anderer Angestellter tatsächlich keine Rechnungen gestellt habe. Es habe sich dabei jedoch ausschliesslich um langjährige Arbeitnehmer gehandelt, was D. als richtig bestätigte bzw. in einem einzigen Fall nicht widerlegen konnte. Da D. erst etwas mehr als ein Jahr angestellt war und sich bereits vom zweiten Anstellungsmonat an durch Dr. P. hat behandeln lassen, konnte sie aus der von Dr. P. langjährigen Angestellten gewährten kostenlosen Behandlung keinen eigenen Anspruch ableiten. Dazu bot ihr auch der Gleichbehandlungsgrundsatz, der aus Art. 328 OR abgeleitet wird, keine Handhabe. Danach dürfen einzelne Arbeitnehmer im Vergleich zu einer Vielzahl anderer Angestellter nicht schlechter gestellt werden, falls hierfür keine sachlichen Gründe vorliegen (BGE 129 III 276 E. 3.1). Die Besserstellung der anderen Arbeitnehmer beruhte nach den glaubwürdigen Aussagen von Dr. P. auf dem sachlichen Kriterium der langjährigen Zu-

gehörigkeit zu dessen Betrieb. Ferner konnte der Forderung von Dr. P. nicht entgegengehalten werden, dass er sie erst am Ende des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hat. Offensichtlich hat D. zunächst versucht, die Kosten durch ihre private Krankenversicherung in Frankreich tragen zu lassen, was diese allerdings abgelehnt hat. Dr. P. hat daher mit der Geltendmachung gegenüber D. aus Rücksichtnahme auf die Abklärungen von D. bei ihrer Versicherung zugewartet.

b) Schliesslich stellte sich noch die Frage der Zulässigkeit der von Dr. P. vorgenommenen Verrechnung. Nach Art. 323b Abs. 2 OR darf der Arbeitgeber Forderungen gegenüber der Arbeitnehmerin mit Lohnforderungen nur soweit verrechnen, als diese pfändbar sind. Die Berechnung der pfändbaren Quote nach Art. 93 SchKG wurde, weil der Ehegatte von D. ebenfalls erwerbstätig war, nach der sogenannten Methode der proportionalen Aufteilung des Existenzminimums der Familie (BGE 114 III 12 E. 4, 116 III 75 E. 2) vorgenommen. Die Berechnung hat ergeben, dass die Verrechnungsforderung nicht grösser als die pfändbare Quote war. Dass D. auf den durch Verrechnung entzogenen Lohn nicht angewiesen war, bestätigte sich auch durch deren Aussage, dass sie sich damals deswegen finanziell nicht habe einschränken müssen.

(GSGE vom 10.1.2005 in Sachen von D. gegen Dr. P., GS 2004/271)

## 2.13. Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)

### 2.13.1. Betriebsübernahme bejaht beim Verkauf eines Coiffeursalons (siehe unter Ziffer 2.4., S. 16)

### 2.13.2 Art. 324 Abs. 1 iVm Art. 97 OR. Der Arbeitgeber im Verzug hat der Arbeitnehmerin dadurch entgehende Trinkgeldeinnahmen zu ersetzen. Art. 333 Abs. 1 OR. Ein Betriebsübergang wurde bejaht, weil der Übernehmer vom Arbeitgeber das Restaurantinventar erworben, dasselbe Restaurant gepachtet und den Restaurantbetrieb mit der gleichen Kundschaft weitergeführt hat.

S. wurde am 1. September 2004 von B. als Serviceangestellte eingestellt. S. wurde im März 2005 schwanger. Per 1. Juli 2005 kündigte B. den Pachtvertrag über das Restaurant und verkaufte das Restaurantinventar an E., der das Restaurant anschliessend pachtete. B. wurde daraufhin von E. angestellt. Am 20. Juli 2005 sprach B. gegenüber S. die Kündigung wegen Geschäftsübergabe aus. S. arbeitete bis am 1. August 2005 und wurde danach nicht mehr eingesetzt, ob-

wohl sie ihre Arbeitskraft anbot. Mit Klage vom 25. August 2005 verlangte S. die Verurteilung von E. zur Zahlung von sechs Monatslöhnen zuzüglich Trinkgeld. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat am 5. Dezember 2005 die Klage im Umfang von 4,5 Monatslöhnen zuzüglich Trinkgeld gutgeheissen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Ausgegangen wurde davon, dass der Arbeitgeberbetrieb von B. und damit auch dessen Arbeitsverhältnis mit S. per 1. Juli 2005 auf E. übergegangen waren. Massgebend für einen Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass der neue Betriebsinhaber dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt (BGE 129 III 335 E. 2.1; 4C.193/2004 E. 2.2). Hierfür ist namentlich auf den Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln und die Übernahme von Kundschaft abzustellen (BGE 4C.193/2004 E. 2.2). Ausreichend ist dabei auch eine bloss miet- oder pachtweise Übertragung der Nutzungs- und Gebrauchsrechte an Produktionsmitteln (BGE 129 III 335 E. 2.1). Nicht erforderlich ist eine Rechtsbeziehung zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Arbeitgeber (BGE 123 III 466 E. 3a: Restaurantpächter). Diese Voraussetzungen waren hier vorhanden, weil E. von B. das Restaurantinventar erworben, über dasselbe Restaurant, welches B. gepachtet hatte, mit der Eigentümerin ebenfalls einen Pachtvertrag abgeschlossen und den Restaurantbetrieb mit der gleichen Kundschaft weitergeführt hat. Da B. vom 1. Juli 2005 an nicht mehr der Arbeitgeber von S. war, konnte er auch das Arbeitsverhältnis nicht in eigenem Namen kündigen. Zudem war S. über den Betriebsübergang nicht informiert worden. Sie musste daher die Kündigung, die in der „Wir-Form“ abgefasst war, auch nicht als eine Kündigung von E. verstehen, die durch B. als dessen Angestellten vorgenommen worden wäre. Ferner war S. schwanger, so dass eine Kündigung nach Art. 336c Abs. 1 Ziff. 3 OR ohnehin nichtig gewesen wäre. Die Befragung der Parteien und der Zeugen durch das Gericht ergab, dass E. seine Serviceangestellte zu anderen als im bisherigen Arbeitsvertrag festgelegten Arbeitszeiten beschäftigen wollte. Da S. mit einer Vertragsänderung nicht einverstanden war, kam sie nicht mehr zum Einsatz. Darin konnte keine fristlose Kündigung durch E. erblickt werden, umso mehr dieser eine solche in Abrede gestellt hat. Damit bestand das Arbeitsverhältnis mit S. weiterhin fort. E. geriet, weil er von der ordentlich angebotenen Arbeitskraft seiner Angestellten keinen Gebrauch machte, in Arbeitgeberverzug. Er hatte S., weil diese weder über eine Ersatzarbeit verfügte noch eine solche auszuüben absichtlich unterlassen hat, den bis zum Urteilszeitpunkt fälligen Lohn zu bezahlen. Da ihr durch den Arbeitgeberverzug die Möglichkeit, von der Kundschaft Trinkgelder einzunehmen, genommen wurde, hatte E. ihr diese zu ersetzen. Bis Ende November 2005 war E. mit 4,5 Monatslöhnen in Verzug, die S. zugesprochen wurden.

(GSGE vom 5.12.2005 in Sachen von S. gegen E., GS 2005/231)

**2.13.3. Art. 333 Abs. 1 OR. Von einem Übergang des Betriebes kann nur gesprochen werden, wenn dieser seine Identität bewahrt, was aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen ist. Diese Identität fehlt bei der Neupacht von Räumlichkeiten eines Restaurants zum gleichen Betriebszweck, wenn zwischen dem früheren und dem neuen Pächter keinerlei Vereinbarungen getroffen wurden, der Charakter des Betriebes vollkommen geändert und eine völlig neue Speisekarte geschaffen wurde.**

K. trat am 19. September 2005 bei T., welcher das Restaurant U. in Basel von der W. AG pachtete, als Serviertochter ein. Per 1. September 2006 pachtete die a. ag das Restaurant U. und schloss mit K. einen Arbeitsvertrag ab. Zwischen T. und der a. ag gab es keine vertragliche Vereinbarungen. Die a. ag führte das Restaurant ohne Unterbruch in den gleichen Räumlichkeiten und unter dem gleichen Namen weiter. Hingegen änderte sie den Charakter des Betriebs und führte eine völlig neue Speisekarte ein. Mit Klage vom 16. Januar 2007 verlangte K. die Verurteilung der a. ag zur Zahlung eines anteilmässigen 13. Monatslohns, welche das Gewerbliche Schiedsgericht mit Urteil vom 7. Juni 2007 schützte. Das Appellationsgericht Basel-Stadt hiess die von der a. ag hiergegen eingereichte Beschwerde am 31. Dezember 2007 gut, wobei es was folgte ausführte:

„[...] **3.1** Die Anwendung von Art. 333 OR setzt die Übertragung eines Betriebs oder eines Betriebsteils voraus. Betrieb ist gemäss neuerer Bundesgerichtspraxis und Lehre „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“; Betriebsteile sind „autoorganisatorische Leistungseinheiten, denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt“ (BGE 129 III 335, E. 2.1 S. 336 f.; BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 3). Bei der Betriebsübernahme gehen unter anderem die Rechte des Betriebsvermögens auf den Erwerber über (ZK-STAEHELIN, Art. 333 OR N 3). Von einem Übergang des Betriebes kann nur gesprochen werden, wenn danach im Wesentlichen derselbe Betrieb weitergeführt wird, dieser also seine Identität bewahrt. Dies ist aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen. Für die Wahrung der Identität sprechen etwa der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln und die Übernahme der Kundschaft; Indizien können auch die personell gleich bleibende Unternehmensleitung, der Verbleib im alten Geschäftslokal sowie die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft sein (vgl. im Einzelnen: STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 6). Der blosse Verkauf des Inventars stellt noch keinen Betriebsübergang dar (AGE vom 14. Dezember 1999 i.S. J.-C.B.). Hingegen hat das Appellationsgericht auf eine Betriebsübernahme geschlossen in einem Fall, da der Erwerber „Ware, Material, Rüsttische, einen geleasteten Kühlwagen und die letzten fünf Kunden“ übernommen hat (AGE vom 26. August 2004 i.S. M.E.).

**3.2** Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten nicht mehr, als dass die Beschwerdeführerin per 1. September 2006 die Räumlichkeiten des Restaurants U. gemietet und mit der bereits vom früheren Pächter beschäftigten Beschwerdegegnerin einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Die Beschwerdeführerin macht unwidersprochen geltend, sie habe mit dem früheren Pächter selbst keinerlei Vereinbarungen getroffen, insbesondere auch kein Inventar übernommen. Zudem habe sie den Charakter des Betriebes vollkommen geändert und eine völlig neue Speisekarte geschaffen. Es fehlt damit vorliegend an der Identität der beiden Betriebe oder, anders ausgedrückt, an einem Betrieb oder Betriebsteil, der übernommen worden wäre. Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass allein aus der Neupacht von Räumlichkeiten zum gleichen Betriebszweck wie zuvor und dem Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Person, die zuvor vom früheren Pächter beschäftigt worden war, nicht auf eine Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR geschlossen werden kann.

**3.3** Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus BGE 129 II 335. Dort hatte das Bundesgericht den Erwerb eines Betriebs aus der Konkursmasse des bisherigen Arbeitgebers zu beurteilen, also eine völlig andere Konstellation als vorliegend. Das Gericht gelangte zum Schluss, es liege kein Anwendungsfall von Art. 333 Abs. 3 OR vor. Dies ergäbe sich aus dem Sinn und Zweck der Norm und den ihr zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen, ausserdem auch bei einer europarechtskonformen Auslegung der Bestimmung. In Bezug auf letztere hat es ausgeführt, zwar entfalte das Recht der Europäischen Union keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da indessen die Revision 1993 die Anpassung von Art. 333 OR an die Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 im Rahmen des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckt habe, sei die EU-Rechtsordnung als Auslegungshilfe beizuziehen (E. 6 S. 350). Inwiefern das europäische Recht für den vorliegenden Fall eine Auslegungshilfe sein soll, ergibt sich aus den Ausführungen der Beschwerdegegnerin indessen nicht. Sie nennt weder EU-Gesetzesbestimmungen noch Gerichtsentscheide, aus denen sich für die hier entscheidende Frage der Betriebsidentität etwas ergäbe. In dem von ihr zitierten Entscheid des EuGH vom 20. November 2003 (C 340/01 i.S. Abler) war - anders als im vorliegenden Fall - die Voraussetzung der Identität des Betriebs(teils) offensichtlich erfüllt und nur die Frage strittig, ob auch ohne vertragliche Bindung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber von einem Betriebsübergang gesprochen werden könne, was bejaht wurde. Dasselbe gilt für den vom Bundesgericht im BGE 123 III 466 entschiedenen Fall, welcher im Übrigen von der Lehre eingehend kritisiert wurde (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 333 N 5, welche als Voraussetzung des Betriebsübergangs nach schweizerischem Recht nach wie vor eine vertragliche Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber verlangen). Zur Frage, wann ein Betrieb oder Betriebsteil vorliegt resp. zur Frage der Identität des vom alten und vom neuen Pächter geführten Betriebs sagen beide Gerichtsentscheide nichts, was der oben zitierten Definition des Bundesgerichts und der schweizerischen Lehre, welche im Übrigen jener des EuGH entspricht (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 333 N 4), entgegentünde.

**3.4** Es kann der Beschwerdeführerin auch nicht angelastet werden, dass sie einen Betriebsübergang vor der Vorinstanz nicht ausdrücklich bestritten hat. Dass ein kleiner Teil der eingeklagten Forderung gemäss Klagformular auf dem früheren Arbeitsverhältnis beruht hat und nur mit der Haftung aus Art. 333 OR zu begründen gewesen wäre, hat den Betriebsübergang nicht offensichtlich zum Prozessthema gemacht. Denn dieser Sachverhalt ist nur gerade daran zu erkennen, dass der unter dem Titel „13. Monatslohn/Gratifikation“ eingesetzte Forderungsteil „für die Zeit vom 01.9.05 bis 31.12.06“ (Unterstreichung beigefügt) gefordert worden ist. Die Frage des Betriebsübergangs ist denn offensichtlich auch vom Gewerblichen Schiedsgericht übersehen worden und war gemäss Verhandlungsprotokoll vor der Vorinstanz überhaupt kein Thema. Weder hat die Beschwerdegegnerin einen solchen ausdrücklich behauptet, noch hat das Gericht dazu im Rahmen seiner Untersuchungspflicht Fragen gestellt. Die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen dabei behaften zu wollen, dass sie den Betriebsübergang nicht ausdrücklich bestritten hat, wäre willkürlich. Ihr Stillschweigen kann nicht als Anerkennung gewertet werden, zumal sie vor der Vorinstanz die Forderungen insgesamt und damit implizit auch den den Vorgängerbetrieb betreffenden Forderungsteil bestritten hat.

**3.5** Die Beschwerde ist daher in der Hauptsache gutzuheissen und das angefochtene Urteil in Bezug auf die Zusprechung des pro rata-Anteils des 13. Monatslohns für die Monate März bis August 2006 als willkürlich aufzuheben. [...]“

(AGE vom 31.12.2007 i.S. von a. ag gegen K., Verf.Nr. 959/2007)

## **2.14. Befristeter Arbeitsvertrag (Art. 334 OR)**

**2.14.1. Beweislastverteilung bezüglich Befristung eines Arbeitsvertrags**  
(siehe unter Ziffer 2.2.3., S. 15)

**2.14.2. Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach nichtiger Kündigung als Aufhebungsvertrag qualifiziert**  
(siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)

**2.14.3. Voraussetzungen der Gültigkeit eines Aufhebungsvertrages**  
(siehe unter Ziffer 2.16.4., S. 69)

## 2.15. Kündigung, Probezeit (Art. 335 ff. OR)

- 2.15.1. **Art. 335 OR.** Eine Kündigung entfaltet ihre Wirkung, sobald sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt, so dass dieser von ihr Kenntnis nehmen kann. Eine per Einschreiben versandte Kündigung, die nicht sofort dem Adressaten bzw. einer dazu berechtigten und geeigneten Drittperson ausgehändigt werden kann, wird diesem durch die Post zunächst lediglich zur Abholung auf der Poststelle angezeigt. Sie gilt dabei in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie durch den Adressaten erstmals auf der Poststelle abgeholt werden kann, sofern der Adressat von der Abholungseinladung nach Treu und Glauben Kenntnis hat und zur Abholung in der Lage ist. In casu wurde aufgrund der besonderen Umstände davon ausgegangen, dass die Kündigung ausnahmsweise bereits mit Kenntnisnahme der Abholungseinladung als zugestellt zu betrachten war.

J. trat am 3. Januar 2005 bei der Stiftung S. als Geschäftsführerin ein. Am 27. September 2005 kündigte E. das „Mandatsverhältnis“ mit der Klägerin unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist auf Ende Oktober 2005 und forderte sie zur Schlüsselrückgabe auf. J. wies E. mit Schreiben vom 3. Oktober 2005 darauf hin, dass die Kündigung nicht gültig sei, weil er für die Stiftung laut Handelsregistereintrag nicht zeichnungsberechtigt sei, und bot ihre Arbeit an. Am 14. Oktober 2005 sandte sie die Schlüssel an die Stiftung zurück. Mit Einschreiben vom 27. Oktober 2005 kündigte E., der inzwischen Stiftungsratspräsident geworden war, im Namen des Stiftungsrates das Arbeitsverhältnis per 30. November 2005. Die Kündigung war von B., Vizepräsident des Stiftungsrates, mitunterzeichnet. Die Kündigung wurde am 29. Oktober 2005 der Post übergeben. Da J. am 31. Oktober 2005 nicht zu Hause war, legte ihr der Postbote eine Einladung zur Abholung innert der Frist vom 1. bis 7. November 2005 in den Briefkasten. J. nahm die Kündigung am 1. November 2005 auf der Poststelle in Empfang und bot mit Schreiben vom 4. November 2005 der Arbeitgeberin ihre Arbeit bis Ende Dezember 2005 an, worauf diese mit Schreiben vom 8. November 2005 daran festhielt, dass das Arbeitsverhältnis am 30. November 2005 zu Ende gehen werde. Mit Klage vom 14. Februar 2006 verlangte J. vor dem Gewerblichem Schiedsgericht die Verurteilung der Stiftung S. unter anderem zur Bezahlung des Dezemberlohnes. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat diesen Teil der Klage mit Urteil vom 27. April 2006 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

- a) Die erste, im September erfolgte Kündigung des Arbeitsverhältnisses war nicht gültig. Sie wurde von E. ausgesprochen, der zu jenem Zeitpunkt für die Stiftung nicht zeichnungsberechtigt war. Zudem hat die Stiftung S. mit Schreiben vom 27. bzw. 29. Oktober 2006 das Arbeitsverhältnis erneut gekündigt und

nicht etwa die erste Kündigung nachträglich genehmigt. Es stellte sich deshalb allein die Frage, auf welchen Zeitpunkt hin diese zweite Kündigung ihre Wirkung entfaltet. Eine Kündigung erlangt als empfangsbedürftige Willenserklärung ihre Wirkung mit Empfang durch den Adressaten. Entscheidend ist, wann sie in dessen Machtbereich gelangt, so dass dieser von ihr Kenntnis nehmen kann. Eine per Einschreiben versandte Kündigung, die nicht sofort dem Adressaten bzw. einer dazu berechtigten und geeigneten Drittperson, regelmässig einer zum Haushalt des Adressaten gehörenden erwachsenen Person, ausgehändigt werden kann (BGE 118 II 42 E. 3b), wird diesem durch die Post zunächst lediglich zur Abholung auf der Poststelle angezeigt. Sie gilt dabei in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie durch den Adressaten erstmals auf der Poststelle abgeholt werden kann (AGer ZH JAR 1986, S. 115; hL s dazu STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, OR 335 N. 5, S. 596 f.), sofern der Adressat von der Abholungseinladung nach Treu und Glauben Kenntnis hat und zur Abholung in der Lage ist (vgl. BGE 4P.307/1999 E. 2b).

**b)** Vorliegend hat die Post der Arbeitnehmerin die Abholungseinladung am 31. Oktober 2005 in den Briefkasten gelegt. Am gleichen Tag hat J., die nach einem auswärtigen Aufenthalt übers Wochenende nach Hause zurückkehrt war, davon Kenntnis genommen und die Kündigung am 1. November 2005, dem ersten Tag der Abholfrist, auf der Poststelle in Empfang genommen. Grundsätzlich hat sie damit erst am 1. November 2005 vom Inhalt des Schreibens, nämlich der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch ihre Arbeitgeberin, Kenntnis nehmen können. Ausgehend von diesem Zustelldatum hätte die Kündigung das Arbeitsverhältnis erst per Ende Dezember 2005 beendet. Der vorliegende Sachverhalt wies jedoch weitere besondere Umstände auf, die es rechtfertigten, ausnahmsweise von einer bereits am 31. Oktober 2005 erfolgten Kenntnisnahme der Kündigung durch die J. auszugehen, obwohl diese vom genauen Wortlaut des Schreibens erst am Tag darauf Kenntnis erlangt hat.

**c)** J. hatte bereits vor Ende Oktober 2005 Kenntnis davon, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis demnächst kündigen wollte. Sie hat im September 2005 von E., dem späteren Stiftungsratspräsidenten, eine – allerdings ungültige – Kündigung erhalten. Entscheidend war, dass die Beklagte der Arbeitnehmerin mit E-Mail vom 28. Oktober 2005 die Kündigung erneut angekündigt hat, wovon diese Kenntnis genommen hat bzw. jedenfalls hätte nehmen können. J. hat nie behauptet, dass sie dieses Mail nicht erhalten hatte. Zudem hat sie am 31. Oktober 2005 ein weiteres Mail der Beklagten vom 29. Oktober 2005 beantwortet. Es ergab sich daraus, dass sie am 31. Oktober 2005 ihren E-Mail-Briefkasten geöffnet hatte. Ferner war die Klägerin nicht mehr im Besitze der Geschäftsschlüssel, weil sie diese Mitte Oktober 2005 weisungsgemäss zurückgegeben hatte. Auch war sie seither von der Arbeit freigestellt und hatte in der Folge ihr restliches Ferienguthaben bezogen. Da die Klägerin nicht geltend machte,

sie habe beim Schreiben, welches ihr von der Post zur Abholung angezeigt wurde, nicht die in Aussicht gestellte Kündigung, sondern eine andere Mitteilung der Beklagten erwartet, konnte für sie unter allen diesen Umständen kein Zweifel darüber bestehen, dass dieses Schreiben die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf den nächstmöglichen Termin enthielt. Diese Kenntnis war ausreichend, um die Kündigung als zugestellt zu betrachten, womit die Kündigungsfrist in Gang gesetzt wurde, die Ende November 2005 auslief.

An diesem Resultat konnte nichts ändern, dass J. im Verlauf des Dezembers 2005 der Arbeitgeberin den von ihr in den Monaten zuvor verlangten Geschäftsbericht abgegeben hat. Es war bestritten und nicht nachgewiesen, dass die Arbeitnehmerin auf Weisung der Stiftung im Dezember noch Arbeit geleistet hatte.

(GSGE vom 27.4.2006 in Sachen von J. gegen Stiftung S., GS 2006/42, publiziert in JAR 2007, S. 391)

**2.15.2. Art. 324, 335 OR. Während der Kündigungsfrist hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Lohn im bisherigen Umfang, damit der Zweck der Kündigungsfrist gewahrt wird. Dazu hat ihr die Arbeitgeberin genügend Arbeit zuzuweisen, wobei die Arbeitnehmerin ihre Arbeit nicht speziell anzubieten braucht. Andernfalls gerät die Arbeitgeberin in Verzug und schuldet gleichwohl den Lohn (Art. 324 OR). Hingegen war eine Betreuerin zum Arbeitsangebot verpflichtet. Während fast der ganzen, über neunjährigen Tätigkeit hatte sie auf eigenen Wunsch nur ihre eigenen Familienmitglieder betreut. Da ihre Familienmitglieder nicht mehr vom Betreuungsdienst betreut wurden, hätte sie der Arbeitgeberin anbieten müssen, dass sie zur Betreuung von fremden Personen bereit gewesen wäre.**

B. trat am 1. Mai 1998 als Betreuerin bei T. ein, die einen ambulanten Betreuungsdienst betrieb. Dort betreute sie nach Bedarf und im Stundenlohn zunächst während kurzer Zeit vornehmlich und danach auf ihren eigenen Wunsch hin ausschliesslich ihre Familienmitglieder, das heisst ihren Sohn, ihren Vater und ihre Mutter. Als im Juli 2006 ihr Vater starb, beschränkte sich ihre weitere Betreuungsarbeit auf ihre Mutter und ihren Sohn. Im Juli 2007 wurde ihre Mutter hospitalisiert, so dass B. nur noch ihren Sohn betreute. Als das Pflegeverhältnis zwischen ihrem Sohn und T. aufgelöst wurde, weil dieser mit der fristlosen Kündigung seines damaligen Betreuers, der ihn neben seiner Mutter betreute, nicht einverstanden war, kündigte T. am 27. August 2007 das Arbeitsverhältnis mit B. auf den 31. Oktober 2007. T. wies im Kündigungsschreiben B. darauf hin, dass das Pflegeverhältnis mit ihrem Sohn nicht mehr bestehe und sich B. bisher immer geweigert habe, andere Kunden zu betreuen. Sinngemäss brachte T. zudem zum Ausdruck, dass sie deshalb B. während der Kündigungsfrist nicht werde einsetzen

können. B. verlangte daraufhin mit Schreiben vom 3. September 2007 von T. die Ausstellung eines fairen Arbeitszeugnisses. In einem weiteren Schreiben vom 9. Oktober 2007 machte B. ihre Arbeitgeberin darauf aufmerksam, dass sie seit dem 21. August 2007 keine Arbeitseinsätze mehr erhalten habe. Zudem betrage die Kündigungsfrist nicht zwei, sondern drei Monate. Die Kündigungsfrist habe nur dann einen Sinn, wenn sie arbeiten könne. Andernfalls käme diese einer fristlosen Entlassung gleich. In ihrem Antwortschreiben vom 15. Oktober 2007 räumte T. ein, dass die Kündigungsfrist erst am 30. November 2007 ende. Gleichzeitig warf sie B. vor, dass diese nach Erhalt der Kündigung ihre weitere Arbeitsbereitschaft nicht mitgeteilt habe. Zudem hätten Angestellte im Stundenlohn ohnehin kein Anrecht auf Zuteilung von Arbeit. Sie sehe daher keine Veranlassung, ihr für die dreimonatige Kündigungsfrist Lohn zu bezahlen. Mit Klage vom 17. Oktober 2007 verlangte B. die Verurteilung von T. zur Zahlung des Lohnes von total CHF 4'000.-- brutto für die Zeit vom 1. September bis 30. November 2007. Am 6. Dezember 2007 verurteilte das **Gewerbliche Schiedsgericht** T. zur Lohnzahlung von CHF 1'830.-- netto an B. und wies im Übrigen die Klage ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Die nach Gesetz oder Vertrag einzuhaltenden Kündigungsfristen haben zum Zweck, der Arbeitnehmerin zu ermöglichen, in dieser Zeit eine neue Arbeitsstelle zu suchen und zu finden. Damit die Kündigungsfristen ihrem Zweck gerecht werden können, ist die Arbeitgeberin verpflichtet, ihrer Arbeitnehmerin in dieser Zeit im bisherigen Umfang Arbeit zuzuweisen und hierfür Lohn zu bezahlen (BGE 125 III 65 E. 5). Kommt die Arbeitgeberin dieser Pflicht nicht nach, so gerät sie in Arbeitgeberverzug und schuldet ihrer Arbeitnehmerin dennoch den Lohn, wie wenn diese arbeiten würde (Art. 324 OR). Die Arbeitnehmerin andererseits hat während der Kündigungsfrist weiterhin ihre Arbeitskraft der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen. Das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft findet dadurch statt, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeit am gewohnten Arbeitsplatz, den ihr die Arbeitgeberin zugewiesen hat, anbietet. Hatte die Arbeitnehmerin ihre Arbeit immer wieder an anderen Arbeitsplätzen zu verrichten, so ist es Sache der Arbeitgeberin, der Arbeitnehmerin auf Grund ihres Weisungsrechtes auch während der Kündigungsfrist den Arbeitsplatz bzw. die Arbeitsplätze zu bezeichnen. Unter diesen Umständen darf die Arbeitnehmerin darauf warten, bis ihr die Arbeitgeberin den Arbeitsplatz und die Arbeit zuweist.

b) Vorliegend war fraglich, wie die Klägerin das Kündigungsschreiben T. verstehen durfte und musste. Es war darin nicht ausdrücklich von einer Freistellung die Rede, immerhin jedoch sinngemäss davon, dass die Beklagte nicht im Sinn habe, die Klägerin einzusetzen, wofür sie jedoch der Klägerin die Verantwortung zuschob. Die Klägerin hat auf dieses Kündigungsschreiben lediglich die Ausstellung eines fairen Arbeitszeugnisses geltend gemacht. Sie hat darin jedoch nicht

ihre Arbeit angeboten oder zumindest der Beklagten widersprochen. Stattdessen hat sie in der Folge offensichtlich das Ende des Monats September abgewartet, um festzustellen, dass die Arbeitgeberin ihr keinen Lohn bezahlte. Daraufhin hat sie T. darauf aufmerksam gemacht, dass sie ihr keine Arbeitseinsätze mehr zuteilte. Auf Grund der besonderen Situation, dass die Klägerin während fast der gesamten Dauer des über neunjährigen Arbeitsverhältnisses auf eigenen Wunsch hin ausschliesslich Familienmitglieder betreut hatte, wäre es Pflicht der Klägerin gewesen, auf das Kündigungsschreiben vom 27. August 2007 unmissverständlich der Beklagten gegenüber mitzuteilen, dass sie bereit sei, andere Personen als ihre Familienmitglieder zu betreuen. Dies hat sie im Schreiben vom 3. September 2007 völlig unterlassen. Im Schreiben vom 9. Oktober 2007 hat sie T. immerhin zumindest vorgeworfen, dass diese ihr keine Arbeitseinsätze angeboten habe. Darin ist das Angebot, Arbeit zu leisten, zu erblicken. Die Beklagte hätte deshalb der Klägerin ab Empfang dieses Schreibens, das heisst ab dem 10. Oktober 2007, Arbeit zuweisen müssen. Dass sie es nicht getan hat, ist wohl darauf zurückzuführen, dass sie die Klägerin gar nicht einsetzen wollte und sich dazu berechtigt sah, weil ihres Erachtens Angestellte im Stundenlohn keinen Anspruch auf Zuteilung von Arbeit hätten. Wäre dem so, so würden die Kündigungsfristen ihren Schutz für die Arbeitnehmer verlieren. T. war sehr wohl verpflichtet, auch Angestellten im Stundenlohn während der Kündigungsfrist Arbeit anzubieten. Indem sie dies unterliess, geriet sie in Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR und musste für die Zeit nach dem 10. Oktober 2007 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. November 2007 der Klägerin den Lohn bezahlen. Ausgehend von einem durchschnittlichen Lohn der Klägerin von monatlich CHF 1'100.-- netto in ihren letzten Einsätzen, berechnete das Gericht den Lohn für 1 2/3 Monate, was CHF 1'830.-- netto ergab.

(GSGE vom 6.12.2007 in Sachen von B. gegen T., GS 2007/293)

**2.15.3. Art. 5 Abs. 1, 15 Abs. 5 L-GAV 98 für das Gastgewerbe; vgl. Art. 335b OR. Wenn sich die Vertragsparteien über die Dauer der Probezeit nicht schriftlich geeinigt haben, gilt nach Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98 bloss eine Probezeit von 14 Tagen. Nicht zur Anwendung kommt in diesem Fall die Klausel des Formularvertrags des GastroSuisse, wonach, sofern die Parteien keine der Varianten bezüglich Probezeit gemäss Formularvertrag ankreuzten, eine dreimonatige Probezeit zur Anwendung gelange. Im Übrigen ist eine solche Vertragsklausel ungewöhnlich und müsste optisch hervorgehoben werden, soll sie Gültigkeit haben. Gemäss Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 hat eine Arbeitnehmerin die Pflicht, geleistete Überstunden nach Möglichkeit durch Freizeit zu kompensieren.**

Mit Arbeitsvertrag vom 16. August 2006 wurde Z. von der S. AG per 1. September 2006 als Bardame angestellt. Für den Arbeitsvertrag wurde ein Vertragsformular der GastroSuisse verwendet, welches von der S. AG ausgefüllt wurde. Unter der Rubrik Probezeit wurden keine Eintragungen gemacht. Am 11. Oktober 2006 kündigte die S. AG das Arbeitsverhältnis auf den 19. Oktober 2006. Im Kündigungsschreiben wies sie darauf hin, dass sich das Arbeitsverhältnis noch in der Probezeit befinde und sie deshalb die Kündigung auf 7 Tage hinaus aussprechen könne. Hierauf erklärte Z. am 16. Oktober 2006, dass sie die Kündigung nicht akzeptiere. Gemäss L-GAV 98 für das Gastgewerbe sei die Probezeit abgelaufen, weshalb die Kündigungsfrist erst Ende November 2006 ende. Gleichzeitig bot sie ihre Arbeitskraft bis Ende November 2006 an. Da die S. AG auf ihrem Standpunkt beharrte, kam es nicht zur Weiterbeschäftigung von Z. Mit Klage vom 31. Oktober 2006 verlangte Z. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der S. AG zur Zahlung des Lohnes bis Ende November 2006. Am 2. April 2007 hiess das **Gewerbliche Schiedsgericht** die Klage im Wesentlichen gut, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Die Parteien haben unter Verwendung des von der GastroSuisse den Arbeitgebern zur Verfügung gestellten Vertragsformulars einen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Dieser Formularvertrag wurde von der S. AG ausgefüllt. Ziff. 3 dieses Formularvertrages lautet „Probezeit“. Den Vertragsparteien werden dabei vier Möglichkeiten zur Auswahl angeboten: „a) Die Probezeit beträgt **3 Monate**, die Kündigungsfrist beträgt 7 Tage. b) Die Probezeit beträgt **14 Tage**, die Kündigungsfrist beträgt 3 Tage. c) Es besteht **keine Probezeit**. d) Die Probezeit beträgt \_\_\_\_\_ (max. 3 Monate), die Kündigungsfrist beträgt \_\_\_\_\_ (min. 3 Tage)“. Oberhalb dieser vier Möglichkeiten wird in einer Klammer auf Art. 5 L-GAV 98 und in einer weiteren Klammer darauf hingewiesen, dass das Zutreffende anzukreuzen sei, sonst gelte die Variante a). Die Beklagte hat beim Abschluss des Arbeitsvertrages keine der unter Ziff. 3 Probezeit zur Auswahl stehenden Varianten angekreuzt. Sie ist deshalb der Ansicht, dass damit Variante „a) die Probezeit beträgt 3 Monate, die Kündigungsfrist beträgt 7 Tage“, zur Anwendung gelangt.

Vor Gericht erklärte die S. AG, sie habe zunächst nichts angekreuzt, weil sie nicht genau gewusst habe, wie lange die Probezeit dauern solle. Wenn im Vertrag bei Probezeit jedoch nichts angekreuzt sei, gelte die Variante a). Die S. AG hat damit zugegeben, dass sich die Parteien anlässlich des Vertragsschlusses über die Länge der Probezeit nicht geeinigt haben. Sie war gleichwohl der Ansicht, dass in diesem Fall Variante a) gemäss Formularvertrag gelten müsse, womit auf das Arbeitsverhältnis eine dreimonatige Probezeit zur Anwendung gelange.

b) Der L-GAV 98 für das Gastgewerbe sieht in Art. 5 vor, dass die Probezeit 14 Tage beträgt. Schriftlich kann eine andere Dauer vereinbart werden. Eine Ver-

längerung ist jedoch höchstens bis zu drei Monaten zulässig (Abs. 1). Es ergibt sich daraus, dass, wenn sich die Vertragsparteien über die Länge der Probezeit nicht einigen können, der Gesamtarbeitsvertrag eine Probezeit von 14 Tagen vorsieht. Da sich die Parteien über die Probezeit nicht geeinigt haben, kam diese 14-tägige Probezeit zur Anwendung. Der Hinweis im Formularvertrag, dass, wenn die Parteien nichts ankreuzen, Variante a) zur Anwendung gelange, setzt voraus, dass sich die Parteien darüber geeinigt haben. Das war vorliegend jedoch nicht der Fall.

Hinzu kommt, dass es sich bei dieser Klammerbemerkung des Formularvertrages um eine ungewöhnliche Vertragsbestimmung handelt, weil der Gesamtarbeitsvertrag etwas davon Abweichendes vorsieht. Z. musste mit einer solchen Vorschrift in diesem Vertrag nicht rechnen. Für ungewöhnliche Vertragsklauseln in einem Formularvertrag gilt, dass sie optisch hervorzuheben sind. Unter Ziff. 3 Probezeit des Formularvertrages sind einerseits in den Varianten a), b) und c) jeweils die Dauer der Probezeit durch Fettdruck hervorgehoben. Andererseits erscheint die Klammerbemerkung, dass die Variante a) gelte, wenn nichts angekreuzt sei, lediglich in Normalschrift, also ohne Fettdruck und bloss in Klammer. Da der Formularvertrag von der S. AG verwendet und ausgefüllt wurde, hätte sie ihre Angestellte speziell auf diese besondere Vorschrift hinweisen müssen. Dies hat sie nicht getan. Überhaupt war davon auszugehen, dass die Parteien über die Probezeit anlässlich des Vertragsabschlusses gar nicht gesprochen haben. Einer entsprechenden Behauptung von Z. hat die S. AG nicht widersprochen.

Damit hat unter den Parteien nur eine 14-tägige Probezeit gegolten und konnte die S. AG den Arbeitsvertrag am 11. Oktober 2006 erst auf Ende November 2006 kündigen. Die Angestellte hat der Kündigung, welche eine zu kurze Kündigungsfrist vorsah, widersprochen und ihre Arbeit angeboten. Dennoch hat die S. AG sie nicht mehr eingesetzt. Sie schuldete Z. deshalb den Lohn bis Ende November 2006.

c) Schliesslich verlangte Z. noch die Bezahlung für neun geleisteten Überstunden. Gemäss Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 sind Überstunden innert nützlicher Frist durch Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren. Es ergibt sich daraus die Pflicht der Arbeitnehmerin, Überstunden durch Freizeit auszugleichen. Da Z. seit dem 13. Oktober 2006 bis Ende November 2006 nicht gearbeitet hat, mussten diese Überstunden, sollten sie tatsächlich geleistet worden sein, als abgegolten betrachtet werden.

(GSGE vom 2.4.2007 in Sachen von Z. gegen S. AG, GS 2006/362, publiziert in JAR 2008, S. 347)

- 2.15.4. Ordentliche oder fristlose Kündigung:  
Auslegung nach Vertrauensprinzip**  
(siehe unter Ziffern 2.8.1.3., S. 31 und 2.17.1., S. 71)

**2.16. Kündigung zur Unzeit (Art. 336c f. OR)**

**2.16.1.-**

- 2.16.2. Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR. Bestimmt der Arbeitsvertrag, dass die Arbeitnehmerin erst ab dem vierten Krankheitstag ein Arztzeugnis vorlegen muss, so hat die Arbeitgeberin bis zum vierten Tag selber nachzuweisen, dass die bei der Arbeit fehlende Arbeitnehmerin gesund und daher arbeitsfähig ist. Keinen Beweiswert haben Zeugnisse, die lediglich auf den Angaben des Patienten beruhen. Ist die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der ärztlichen Untersuchung weiterhin krank, aber nicht unbedingt arbeitsunfähig, so erhält das Arztzeugnis einen erhöhten Stellenwert und kann auch Aussagen über die Zeit vor dem Arztbesuch enthalten. Rückwirkende Aussagen von bis zu einer Woche sind auch bei geringeren gesundheitlichen Problemen möglich.**

W. trat am 15. September 2003 bei der D. GmbH als Mitarbeiterin in die Abteilung Personal und Buchhaltung ein. Die Parteien vereinbarten eine Kündigungsfrist von drei Monaten auf Monatsende. Bezüglich unverschuldeter Verhinderung der Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung wurde zur Meldepflicht vereinbart, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsunfähigkeit unverzüglich, spätestens jedoch eine Stunde nach vorgesehenem Arbeitsbeginn oder eingetretenem Arbeitsunterbruch zu melden habe. Falls die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Arbeitstage dauere, habe die Arbeitnehmerin unaufgefordert ein Arztzeugnis einzureichen. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als zwei Wochen könne die Arbeitgeberin oder die Versicherung auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen.

Am 28. Juli 2006 kündigte die D. GmbH das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2006. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 teilte W. der Arbeitgeberin mit, dass sich die Kündigungsfrist wegen ihrer Krankheitsabsenz am 24. und 25. Oktober 2006 bis zum 30. November 2006 verlängert habe. Sie bitte sie, ihr bekannt zu geben, wann sie die Arbeit wieder aufnehmen könne. Sollte sie keine Aufforderung zur Arbeitsaufnahme erhalten, betrachte sie sich bis zum Ende der Kündigungsfrist von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt. In der Folge hat die D. GmbH weder W. zur Arbeitsaufnahme aufgefordert noch den Novemberlohn be-

zahlt. Mit Klage vom 16. Februar 2007 beim **Gewerblichen Schiedsgericht** machte W. unter anderem den Novemberlohn geltend, der ihr mit Urteil vom 16. August 2007 zugesprochen wurde, wobei was folgt erwogen wurde.

**a)** Strittig war unter den Parteien die Frage, ob sich die Kündigungsfrist infolge einer Arbeitsunfähigkeit von W. bis Ende November 2006 verlängerte. W. gab an, dass sie am 24. Oktober 2006 am Mittag den Arbeitsplatz verlassen habe, weil sie krank gewesen sei. Die D. GmbH machte hingegen geltend, dass die Arbeitnehmerin am 24. Oktober 2006 ganz normal im Betrieb gewesen sei. Sie habe sich dann aber am 25. Oktober 2006 per SMS abgemeldet. W. erklärte hierauf, sie habe am 25. Oktober 2006 nochmals kommen wollen, um die Banküberweisungen zu machen. Ihr Vorgesetzter habe jedoch geantwortet, er würde diese für sie übernehmen. Am 26. Oktober 2006 sei sie dann wieder zur Arbeit gegangen, obwohl sie noch krank gewesen sei. Aus der eingereichten Stundenaufstellung ergab sich, dass W. in der Woche 43, d.h. vom 23. bis 29. Oktober 2006 an 4 Tagen während 33,5 Stunden gearbeitet hat. Die D. GmbH zog in Zweifel, dass W. tatsächlich arbeitsunfähig gewesen sei. Es habe sich lediglich um eine „hunds-kommune Erkältung“ gehandelt. Zudem war sie der Ansicht, dass eine Kurzabsenz eine Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c OR nicht bewirken könne.

**b)** Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR bestimmen, dass nach einer Kündigung der Arbeitgeberin eine teilweise oder volle Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin während der laufenden Kündigungsfrist zu deren Unterbrechung führt. Das Gesetz legt dabei keine Mindestdauer der Arbeitsunfähigkeit fest. Jede noch so kurze krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist unterbricht diese und führt zu deren Verlängerung. In krassen Fällen, z.B. bei einer eintägigen Krankmeldung, ist das unbefriedigende Ergebnis gegebenenfalls über das Verbot des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu korrigieren (BGE 115 V 437 E. 3d).

**ba)** Vorliegend hat die D. GmbH die Arbeitsunfähigkeit von W. in Frage gestellt. Laut Arbeitsvertrag musste W. ein Arztzeugnis erst ab dem vierten Tag beibringen. Nach gängiger Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre wird dadurch die Beweislast darüber, dass die bei der Arbeit fehlende Arbeitnehmerin bis zum vierten Tag gesund und daher arbeitsfähig ist, auf die Arbeitgeberin übertragen (HANS SCHMID, Zum Beweislastvertrag, SJZ 2004, S. 477 ff., 481 Ziffer 2; ZK-STAEHELIN, 4. Auflage 2006, Art. 324a OR N. 11, S. 280; BSK-PORTMANN, 4. Auflage 2007, Art. 324a OR N. 24, S. 1836; zustimmende ältere Literatur auch aufgeführt bei HANS PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz, AJP 2000, S. 1064 ff. unter Fn. 72; nicht kommentierend: STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, S. 284; ablehnend: EGLI, S. 1069). Die D. GmbH hätte deshalb, wollte sie behaupten, dass W. nicht arbeitsunfähig war, dies selber beweisen müssen. Im Arbeitsvertrag hat sie sich

jedoch nur bezüglich einer Arbeitsunfähigkeit von länger als zwei Wochen das Recht, die Arbeitnehmerin zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu schicken, ausbedungen. Sie hat sich damit gleichsam den Beweisweg selber abgeschnitten. Für ihren Standpunkt berief sie sich einzig auf ihren Geschäftsführer M., der bezeugen sollte, dass W. am besagten 24. Oktober 2006 nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Abgesehen davon, dass der Geschäftsführer als Zeuge nicht in Frage kam und deshalb nur als Auskunftsperson hätte befragt werden können, hätte auch seine Aussage allein nicht dazu ausgereicht, den Standpunkt der Arbeitgeberin als nachgewiesen anzusehen. Dies galt umso mehr, als W. ein Arztzeugnis bezüglich des 24. und des 25. Oktober 2006 beibrachte. Zwar wurde das Arztzeugnis von Dr. S. erst am 30. Oktober 2006 ausgestellt. In einer Stellungnahme vom 13. November 2006 ging Dr. S. jedoch einlässlich auf die attestierte Arbeitsunfähigkeit ein. Er hielt darin fest, dass er bei W. Erkältungssymptome mit Halsbeschwerden, allgemeiner Müdigkeit und Energielosigkeit sowie einem Infekt der oberen Luftwege festgestellt habe. Er habe die Diagnose aufgrund der klinischen Befunde gestellt. Die Angaben der Patientin würden zu diesen klinischen Befunden passen. Er habe das Arbeitsunfähigkeitszeugnis nach den geltenden Richtlinien ausgestellt, danach könne ein Zeugnis maximal eine Woche zurückdatiert ausgestellt werden, wenn die Angaben der Patienten glaubwürdig seien und mit den klinischen Befunden übereinstimmten.

**bb)** Bei der Frage, ob ein Arzt rückwirkend ein Arztzeugnis ausstellen kann, sind verschiedene Fälle voneinander zu unterscheiden. Keinen Beweiswert haben Zeugnisse, die lediglich auf den Angaben der Patientin beruhen (ZK-STAEHELIN, Art. 324a OR, N. 9, S. 279; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a OR N. 12, S. 283 f.). Ist die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der ärztlichen Untersuchung weiterhin krank, aber nicht unbedingt arbeitsunfähig, so erhält das Arztzeugnis einen erhöhten Stellenwert und kann auch Aussagen über die Zeit vor dem Arztbesuch enthalten. Rückwirkende Aussagen von bis zu einer Woche sind selbst bei geringeren gesundheitlichen Problemen möglich (vgl. ZK-STAEHELIN, Art. 324a OR N. 9, S. 279; AGE vom 3.9.2004 in Sachen R gegen M. & S. AG, E. 3c). Unter all diesen Umständen musste vorliegend davon ausgegangen werden, dass W. jedenfalls am 25. Oktober 2006 arbeitsunfähig war. Genügend erhebliche Zweifel daran gab es keine. Insbesondere wäre es an der D. GmbH gewesen, das Gegenteil dessen zu beweisen, was sich aus der Beweislastumkehr durch die Verpflichtung der Arbeitnehmerin ergab, erst ab dem 4. Arbeitstag ein Arztzeugnis vorzuweisen. Doch selbst, wenn nicht von einer Beweislastumkehr auszugehen gewesen wäre, so war der Umstand, dass W., als sie erkrankte, nicht sofort, sondern erst später zum Arzt ging, auf die erwähnte Klausel im Arbeitsvertrag zurückzuführen. Auch lagen keine Umstände vor, um ausnahmsweise keine Verlängerung der Kündigungsfrist infolge Rechtsmissbrauchs zu gewähren. W. hatte zwar Anspruch auf eine dreimonatige und damit länger dauernde Kündigungsfrist. Das Bundesgericht betonte jedoch in BGE 115 V 437 E. 3b, dass vor allem das Ende der Kündi-

gungsfrist für die Arbeitssuche wichtig sei. Auch wurde die D. GmbH durch die Verlängerung der Kündigungsfrist um einen Monat nicht besonders schwer getroffen, weil W. während dieser Frist, weiterhin ihre Arbeit anbieten musste, wollte sie Lohn erhalten. Auch hätte es für W. genügend Arbeit gehabt, weil die Buchhaltung im Rückstand war. Die Klägerin bot mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 ihre Arbeit an. Die Arbeitgeberin machte davon jedoch keinen Gebrauch. Dies führte dazu, dass das Arbeitsverhältnis bis am 30. November 2006 dauerte und W. für den Monat November 2006 Lohn zu gut hatte.

(GSGE vom 16.8.2007 in Sachen von W. gegen D. GmbH, GS 2007/56)

**2.16.3. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR; Art. 20 AVG; Art. 21 Abs. 1 LMV für das Bauhauptgewerbe (2003-2005). Obwohl der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 21 Abs. 1 LMV für das Bauhauptgewerbe solange besteht, als die Krankentaggeldversicherung Taggelder für den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer leistet, handelt es sich nicht um eine Lohnbestimmung im Sinne von Art. 20 AVG. Deshalb galt für einen bei einer Temporärfirma angestellten Bauarbeiter nicht der Kündigungsschutz des LMV, sondern jener nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Das Gericht bejahte für diese Frage ein Feststellungsinteresse des klagenden Bauarbeiters und trat auf seine Feststellungsklage ein.**

Der Bauarbeiter S. und die Temporärfirma B. AG schlossen am 3. Oktober 2003 einen Einsatzvertrag über einen Einsatz bei der Firma M. ab. Am 1. Dezember 2004 erlitt S. einen Schub seiner Rückenkrankheit Bechterew und wurde in der Folge von seinen Ärzten für arbeitsunfähig geschrieben. In der Folge hat die Krankentaggeldversicherung an S. Taggelder ausbezahlt. Das Felix Platter-Spital kam zum Schluss, dass S. bis am 22. Februar 2006 für sämtliche Tätigkeiten arbeitsunfähig sei, dass er jedoch ab diesem Datum zu 100% für mittelschwere bis leichte Arbeiten arbeitsfähig sei. Für schwere Arbeit wie z.B. als Hilfsmaurer bleibe eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 26. September 2005 bestehen. Die Taggeldversicherung hat gestützt auf diesen Bericht daraufhin mit Schreiben vom 27. März 2006 die Taggelder noch bis zum 21. Februar 2006 zugesprochen. Nachdem die B. AG das Arbeitsverhältnis zunächst am 27. September 2005 und später erneut am 4. April 2006 auf den 4. Mai 2006 kündigte, erklärte sich die Taggeldversicherung bereit, das Taggeld noch bis zum Austrittsdatum am 4. Mai 2006 zu leisten. Mit Klage vom 23. März 2006 machte S. geltend, es sei festzustellen, dass die erste Kündigung nichtig sei und die zweite Kündigung nicht zum angegebenen Zeitpunkt ihre Wirkung entfalte. Mit Urteil vom 30. Juli 2007 trat das **Gewerbliche Schiedsgericht** auf das Feststellungsbegehren ein und wies die Klage jedoch ab, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Damit auf ein Feststellungsbegehren einzutreten ist, hat der Kläger ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung nachzuweisen. Vorausgesetzt wird, dass unter den Parteien eine bedeutende Rechtsunsicherheit herrscht, an deren Beseitigung die Klagpartei ein erhebliches Interesse hat und die nicht anders beseitigt werden kann als durch das Feststellungsbegehren. Deshalb sind Feststellungsklagen subsidiär zu Leistungsklagen (OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage 2006, S. 193 f. N. 23). Vorliegend begehrte S. die Feststellung, dass die Kündigung vom 4. April 2006 nichtig sei bzw. auf den vorgesehenen Endtermin keine Wirkung habe entfalten können. Er berief sich darauf, dass nach dem LMV für das Bauhauptgewerbe eine Kündigung so lange ausgeschlossen sei, als der Arbeitnehmer Taggelder einer Unfallversicherung oder Krankenversicherung beziehe. Da er am 4. April 2006, als die Kündigung erfolgte, noch bis zum 4. Mai 2006 Taggelder bezogen habe, sei diese Kündigung ungültig gewesen. Die Krankentaggeldversicherung hat ihre Leistungseinstellung damit begründet, dass S. für leichte bis mittelschwere Arbeiten arbeitsfähig sei, und andererseits ausgeführt, dass der Kläger mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus dem Kreis der versicherten Personen ausscheide. So gesehen hätte S., weil er der Ansicht ist, dass die Kündigung ungültig ist und dass er bei Arbeitsunfähigkeit weiterhin Leistungen der Versicherung beziehen könnte, durchaus auch eine Leistungsklage anheben können. Dennoch hat das Gericht das Feststellungsinteresse bejaht, weil die Frage ob ein Arbeitsverhältnis durch Kündigung rechtsgültig beendet werden kann, derart zentral ist, dass sie für sich allein dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden darf, ohne dass die Parteien sich bereits mit den Rechtsfolgen der Antwort auf diese Frage befassen müssen. Dass in dieser Situation auf Feststellung geklagt werden konnte, lag insbesondere auch im Interesse der B. AG als beklagte Partei.

b) Die B. AG beantragte eventualiter die Abweisung der Klage, wobei sie auf Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) verwies. Nach dieser Vorschrift finden auf Temporärarbeitsverhältnisse Gesamtarbeitsverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden, Anwendung, wenn der Einsatzbetrieb einem solchen untersteht. Die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages ist jedoch nicht umfassend, sondern auf die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen beschränkt. Was darunter fällt, definiert im Einzelnen Art. 48a der Verordnung zum AVG (AVV). Art. 21 Abs. 1 des LMV für das Bauhauptgewerbe (2003-2005) enthält die Kündigungsschutzvorschrift, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit durch die Arbeitgeberin für solange ausgeschlossen ist, wie die Krankentaggeldversicherung dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer Taggeldleistungen erbringt. Es handelt sich damit nicht um eine Lohn- und Arbeitszeitbestimmung, obwohl sie für die Frage des Kündigungsschutzes an die Taggeldleistungen der Versicherung abstellt. Die Taggelder sind jedoch nur Anknüpfungspunkt. In der Sache geht es hingegen um den Kündigungsschutz, der von Art. 20 AVG nicht erfasst ist. Deshalb war zu untersuchen, ob die Kündigungsschutzvorschriften

nach Art. 336c OR eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin verhindert haben. Nach Art. 336c OR genießt der Arbeitnehmer nach Ablauf der Probezeit bei teilweiser oder ganzer Arbeitsunfähigkeit einen zeitlichen Kündigungsschutz, dessen Dauer sich nach jener des Arbeitsverhältnisses bemisst. Nachdem S. am 3. Oktober 2003 bei der B. AG eingetreten war, befand sich das Arbeitsverhältnis am 27. September 2005 im zweiten und am 4. April 2006 im dritten Arbeitsjahr. Vom zweiten bis und mit fünften Dienstjahr beträgt die sogenannte Sperrfrist 90 Tage (Art. 336c Abs. lit. b OR). Da der Kläger bereits am 1. Dezember 2004 erkrankt war, war die Sperrfrist sowohl am 27. September 2005 als auch am 4. April 2006 längst abgelaufen. Damit konnte das Arbeitsverhältnis schon im Herbst 2005 gültig gekündigt werden. Nachdem die B. AG ihre erste Kündigung selber nicht für rechtsgültig ansah und deshalb ein zweites Mal am 4. April 2006 kündigte, war festzustellen, dass diese zweite, auf den nächstmöglichen ordentlichen Termin ausgesprochene Kündigung Gültigkeit hatte. Denkbar wäre gewesen, dass der von den Arbeitsvertragsparteien abgeschlossene Rahmenarbeitsvertrag den Gesamtarbeitsvertrag in einem weiteren Umfang als nach Art. 20 AVG für anwendbar erklärt hätte, was jedoch nicht der Fall war. Art. 12 des Rahmenarbeitsvertrages lautete: „Ist ein Einsatzbetrieb einem allgemeinverbindlichen GAV unterstellt, so gelten für den jeweiligen Einsatz dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen“ und übernahm damit die Regelung von Art. 20 AVG.

(GSGE vom 30.7.2007 in Sachen von S. gegen B. AG, GS 2006/88)

**2.16.4. Art. 319, 336c, 341 OR. Ein schriftliches Arbeitsangebot nach nichtiger Kündigung ist genügend, wenn die Arbeitnehmerin keinen Zugang mehr zum Arbeitsort hat. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nach Eintritt der Nichtigkeit der Kündigung ist als Aufhebungsvertrag zu betrachten, der ungültig ist, wenn die Arbeitnehmerin kein eigenes, beachtliches Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat.**

V. trat am 24. August 2004 als Reinigungshilfe in die A. GmbH ein. Am 30. Dezember 2004 kündigte die A. GmbH das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2005. Zum Kündigungszeitpunkt war V. schwanger. In der Folge legte ihr die A. GmbH einen per 28. Februar 2005 befristeten Arbeitsvertrag vor, den die Angestellte unterzeichnete. Ende Februar 2005 nahm ihr die A. GmbH den Badge und die Schlüssel ab. In der Folge bot V. der Arbeitgeberin ihre Arbeit schriftlich an, wurde jedoch nicht mehr beschäftigt. Das Kind kam 6. Mai 2005 zur Welt. Mit Klage vom 13. Juni 2005 verlangte V. die Verurteilung der A. GmbH zur Lohnzahlung für die Monate März bis und mit Juni 2005. Das **Gewerbliche Schiedsgericht**

hiess die Klage am 11. August 2005 teilweise gut, wobei es Folgendes erwogen hat:

Die Arbeitgeberin anerkannte, dass ihre Angestellte, als sie die Kündigung aussprach, schwanger war, womit die Kündigung nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR nichtig war. Es konnte dabei nicht darauf ankommen, ob die Schwangerschaft, wie die Arbeitgeberin behauptete, bereits bei der Anstellung bestanden hatte, jedoch von V. verheimlicht wurde, weil es darauf im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz nicht ankommt. Zudem brauchte die Arbeitnehmerin die A. GmbH bei der Anstellung nicht darauf hinzuweisen, weil sie darüber nicht zur Offenbarung verpflichtet war. Selbst die Frage nach einer Schwangerschaft ist nur dann zulässig, wenn eine schwangere Frau für die betreffende Arbeitsstelle völlig ungeeignet oder wenn eine gesundheitliche Gefährdung von Mutter oder Kind zu befürchten ist (ROGER RUDOLPH, Stellenbewerbung und Datenschutz, Bern 1997, S. 81). Beides ist bei einer Arbeit als Reinigungshilfe auszuschliessen. Im Nachgang zur Kündigung schlossen die Parteien einen bis 28. Februar 2005 befristeten Arbeitsvertrag ab. Die Arbeitgeberin begründete den Vertragsabschluss damit, dass sie V. noch bis dahin weitere Arbeit anbieten können. Da die Kündigung nichtig war, handelte es sich um eine per Ende Februar 2005 abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung. Durch Aufhebungsverträge dürfen zwingende Kündigungsvorschriften nicht umgangen werden. Zudem darf die Angestellte gemäss Art. 341 OR nicht auf zwingende Ansprüche aus Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag verzichten. Keine Umgehung zwingender Kündigungsvorschriften liegt vor, wenn die Arbeitnehmerin ein eigenes, vernünftiges Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufweist (WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in Harrer/Portmann/Zäch, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, 2002, S. 365 ff.; BGE 4C.37/2005 E. 2.2; 4C.383/1999 E. 1a). Dies war vorliegend nicht der Fall. Vielmehr befürchtete die A. GmbH, dass sie V. wegen der Schwangerschaft und Mutterschaft würde nicht mehr einsetzen können. Daher lag eine Umgehung von Art. 336c OR mit der Konsequenz vor, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis weiterhin Bestand hatte (PORTMANN, S. 368). Da die Arbeitgeberin ihrer Angestellten Ende Februar den Badge und die Schlüssel abgenommen und damit vom Zugang zum Arbeitsort ausgeschlossen hatte, war das lediglich schriftlich erfolgte Arbeitsangebot von V. genügend.

(GSGE vom 11.8.2005 in Sachen von V. gegen A. GmbH, GS 2005/154)

#### **2.16.5. Verlängerung der Kündigungsfrist durch notwendige Operation** (siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)

## 2.17. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

### 2.17.1.-

2.17.2. Art. 16 Abs. 1, 321e, 337, 337d OR, Art. 54 Abs. 5 GAV des Schweizerischen Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbes, Art. 8 ZGB. Wer behauptet, die andere Vertragspartei habe gekündigt, hat die Kündigung zu beweisen. Schreibt ein GAV für eine Kündigung die Schriftlichkeit vor, so hängt davon grundsätzlich deren Gültigkeit ab. Wer ohne Einhaltung des Schriftlichkeitsvorbehalts kündigt, um später gegen die Kündigung das Fehlen der Schriftlichkeit einzuwenden, verhält sich rechtsmissbräuchlich. Dies gilt insbesondere bei einer Kündigung durch fristloses Verlassen der Arbeitsstelle, wenn der Einwand nicht sofort erhoben wird. Die Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR stellt keine Konventionalstrafe dar. Vielmehr handelt es sich um einen pauschalierten Schadenersatz mit Beweiserleichterung für den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber hat im Umfang eines Viertels des Monatslohns seinen Schaden nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. Dabei können jedoch nur Positionen als Schadensposten akzeptiert werden, die eine Vermögensverminderung des Arbeitgebers aufgrund des Verlassens des Arbeitsplatzes durch die Arbeitnehmerin darstellen.  
(siehe auch unter Ziffer 2.8.1.3., S. 31)

D. war seit dem 1. Oktober 2002 als Konditorin/Confiseurin bei B. angestellt. Am 20. Juni 2007 verliess D. während der Arbeitszeit den Arbeitsplatz und liess sich gleichentags von ihrem Hausarzt krankschreiben. Am gleichen Tag noch schrieb ihr B., er stelle fest, dass sie die Arbeit fristlos niedergelegt habe. Am 13. Juli 2007 antwortete D., sie betrachte das Schreiben von B. als fristlose Entlassung. Mit Klage vom 6. August 2007 verlangte D. die Verurteilung von B. zur Lohnzahlung seit 1. Juni 2007. Das **Gewerbliche Schiedsgericht** hat die Klage am 18. Oktober 2007 teilweise gutgeheissen, wobei es was folgt erwogen hat.

a) Wer eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die andere Vertragspartei behauptet, hat diese Kündigung nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Vorliegend stand fest, dass D. am 20. Juni 2007 den Arbeitsplatz verlassen hat. Das Schreiben von B. vom 20. Juni 2007 war keine fristlose Kündigung, sondern eine Interpretation des Verlassens des Arbeitsplatzes durch die Angestellte. Er teilte ihr mit, dass er das Arbeitsverhältnis durch ihr Weglaufen als fristlos gekündigt betrachte. Aus der Einvernahme von Arbeitskolleginnen und -kollegen von D. vor Gericht ergab sich, dass D. den Arbeitsplatz trotz Aufforderung durch B. zu bleiben verlassen hat. Sie sei von B. berechtigterweise kritisiert worden sei, weil sie ihre Arbeit nicht rechtzeitig bzw. schlecht gemacht habe. D. hatte damit aufgrund des Verhaltens von B. keinen Grund zum Verlassen des Arbeitsplatzes.

Danach ging D. zu ihrem Hausarzt und liess sich für arbeitsunfähig schreiben. Die amtliche Erkundigung des Gerichts beim Arzt ergab, dass er bei D. eine berufliche Überanstrengung und einen Angstzustand diagnostizierte. Sie habe jedoch keine Anzeichen einer Depression gezeigt. Nach ihren eigenen Aussagen seien ihre Beschwerden Folgen des Arbeitsrythmus, des Arbeitsklimas und des Kündigungsschreibens. Aus den Aussagen des Arztes ergab sich, dass er für die Frage der Arbeitsunfähigkeit, die er ärztlich festgestellt hat, weitgehend auf die Aussagen von D. abstellte. Dies galt auch für die Feststellung, dass ihr die weitere Arbeit bei B. nicht zumutbar sei. Es bestanden daher derart grosse Zweifel am Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit, dass D. nicht berechtigterweise von ihrer Arbeit ferngeblieben war. Da sie die Arbeitsstelle aus eigenem Antrieb, entgegen den Aufforderungen des Beklagten zu bleiben und ohne Vorliegen gesundheitlicher Gründe verliess und in der Folge nicht zur Arbeit zurückkehrte, musste davon ausgegangen werden, dass sie damit das Arbeitsverhältnis definitiv beenden wollte.

**b)** Ferner wandte D. gegen eine Kündigung ein, der Gesamtarbeitsvertrag für das Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbe sehe für eine solche das Schriftlichkeitserfordernis vor. Zwar ist der Schriftlichkeitsvorbehalt für die Kündigung im Gesamtarbeitsvertrag als Gültigkeitsvoraussetzung für die Kündigung zu betrachten (Art 54 Abs. 5 GAV: „Die Kündigung ist nur rechtsgültig, wenn sie schriftlich abgefasst ist.“; Art. 16 Abs. 1 OR analog). Die Schriftlichkeitsform hat zum Sinn, dass bezüglich der Frage, ob die Kündigende tatsächlich gekündigt hat, keine Zweifel entstehen können. Daneben soll die Schriftlichkeit sicherstellen, dass die Kündigung beweisbar ist. Diejenige, der eine Kündigung ausspricht, dabei aber das Schriftlichkeitserfordernis nicht einhält, kann sich hinterher jedoch nicht auf die Ungültigkeit der Kündigung berufen. Darin würde ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nach Art. 2 Abs. 2 ZGB liegen. Zudem könnte das Schriftlichkeitserfordernis im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung, die eine Arbeitnehmerin durch blosses Weglaufen von der Arbeit konkludent ausspricht, nur dann zur Forderung erhoben werden, wenn die Arbeitnehmerin unmittelbar nach ihrem Weggang bestreitet, dass sie dadurch das Arbeitsverhältnis habe definitiv beenden wollen.

Unter diesen Umständen war von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 20. Juni 2007 durch D. auszugehen. D. hatte Anspruch auf Lohn bis zum diesem Zeitpunkt; darüber hinaus stand ihr jedoch nichts mehr zu.

**c)** B. wollte aufgrund des Verhaltens von D. als Konventionalstrafe einen Viertel des Monatslohns gemäss Art. 337d Abs. 1 OR zur Verrechnung bringen. Er berief sich darauf, dass durch das Verlassen des Arbeitsplatzes für ihn Schaden entstanden sei. Der Schaden gehe darauf zurück, dass er eine neue Mitarbeiterin habe suchen und einarbeiten müssen. Zudem hätten die anderen Angestell-

ten, um die Arbeit der Klägerin zu bewältigen, Überstunden leisten müssen. Das Gericht hat B. Schadenersatz von CHF 500.-- zugestanden. Die Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR stellt keine Konventionalstrafe dar. Vielmehr handelt es sich dabei um einen pauschalierten Schadenersatz mit Beweiserleichterung für den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber hat im Umfang eines Viertels des Monatslohns seinen Schaden nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen (ZK-STAEHELIN, 1996, Art. 337d OR N. 9, S. A679). Dabei können jedoch nur Positionen als Schadensposten akzeptiert werden, die eine Vermögensverminderung des Arbeitgebers aufgrund des Verlassens des Arbeitsplatzes durch die Arbeitnehmerin darstellen. Dies ist praxismässig nicht der Fall beim Aufwand für die Suche und Einarbeitung einer neuen Mitarbeiterin. Dieser Aufwand entsteht regelmässig, wenn das Arbeitsverhältnis mit einer Mitarbeiterin beendet wird (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 337d OR N. 6, S. 792). Auch kann der Umstand, dass die übrigen Mitarbeiter hätten Überstunden leisten müssen, weil D. die Arbeitsstelle verlassen habe, nur bedingt als Schadensposition akzeptiert werden. B. hatte D. bereits vor ihrem Weggang vorgeworfen, dass sie schlechte Arbeitsqualität leiste und er deswegen viele ihrer Produkte habe wegwerfen müssen. Bei dieser Ausgangslage war davon auszugehen, dass schon vor dem Austritt von D. andere Mitarbeiter deren schlecht hergestellten Produkte haben erneut herstellen müssen, woraus sich ebenfalls Überstunden in gewissem Umfang ergeben haben dürften. Dies wäre auch bei einer Weiterbeschäftigung von D. unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht anders gewesen. Zudem hat B. nicht vorgebracht, dass und wie viele der durch die fristlose Vertragsbeendigung erforderlich gewordenen Überstunden nicht durch Freizeit kompensiert, sondern durch eine zusätzliche Lohnzahlung ausgeglichen wurden. Unter all diesen Umständen wurde die Schadenersatzforderung des Beklagten auf CHF 500.-- reduziert.

(GSGE vom 18.10.2007 in Sachen D. gegen B., GS 2007/220)

### **2.17.3. Gerechtfertigte fristlose Kündigung erst nach Verwarnung**

**2.17.3.1. Art. 336b, 337, 337c Abs. 2 OR. Eine fristlose Kündigung wegen Arbeitsverweigerung setzt regelmässig voraus, dass der Arbeitnehmer verwarnt worden ist. Eine vorhergehende Verwarnung darf insbesondere unterbleiben, wenn sie nutzlos wäre. Keine Arbeitsverweigerung liegt vor, wenn der Angestellte auf die Beurteilung seines Arztes, dass er arbeitsunfähig ist, vertrauen darf. Auf den Schadenersatzanspruch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung muss sich der Arbeitnehmer anderweitige Einkommen oder Ersatzleistungen oder wenn er solche zu erhalten absichtlich unterlassen hat, anrechnen lassen. Da der Arbeitnehmer anfänglich eine vertrauensärztliche Untersuchung, zu der er gemäss Versicherungsvertrag verpflichtet war, ver-**

**weigerte, erhielt von der Krankentaggeldversicherung keine Taggelder. Soweit er hingegen arbeitsfähig gewesen sein sollte, hätte er sich um die Wiedererlangung der ihm entzogenen Taxifahrbewilligung und um anderweitige Arbeit kümmern müssen.**

W. war bei L. als Taxichauffeur angestellt. Am 29. Juli 2005 kündigte L. das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2005. Bereits am 13. Juli 2005 erkrankte W. und wurde durch seinen Hausarzt Dr. B. zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit wurde der Krankentaggeldversicherung Z. angemeldet, die in der Folge Taggelder leistete. Die Versicherung liess am 1. November 2005 eine konsiliarfachärztliche Untersuchung durch Dr. J. durchführen, der aus somatischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit feststellen konnte. Mit Schreiben vom 18. November 2005 teilte die Versicherung dem Arbeitnehmer mit, dass sie beim Psychiater Dr. C. ein weiteres Konsilium in Auftrag gegeben habe, um allenfalls andere medizinische Gründe für eine Arbeitsunfähigkeit festzustellen. Zudem werde sie ihre Leistungen per 21. November 2005 einstellen. Sie fordere ihn auf, sofort mit seinem Arbeitgeber die Angelegenheit zu besprechen und die berufliche Tätigkeit spätestens per 22. November 2005 wieder aufzunehmen. Sie verweise ihn auf die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 61 des Versicherungsvertragsgesetzes.

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 teilte W. dem Arbeitgeber mit, dass die Kündigung ungültig sei und dass er ihm ab sofort seine Arbeitskraft wieder zur Verfügung stelle. Er erwarte von ihm, dass er ihm nochmals kündige, in diesem Fall auf den 28. Februar 2006. Diesem Schreiben legte er ein ärztliches Zeugnis von Dr. B. bei, das eine fortdauernde Arbeitsunfähigkeit zu 100% seit dem 13. Juli 2005 festhielt. Zudem wurde darin ausgeführt, dass sich an dieser Arbeitsunfähigkeit nichts geändert habe, auch wenn Dr. J. eine etwas andere Sichtweise habe. Als Reaktion auf dieses Schreiben sprach L. am 27. Dezember 2005 die fristlose Kündigung aus: "da Sie der Aufforderung der Versicherung nicht nachgekommen sind, Ihre Arbeit per 22. November 2005 wieder aufzunehmen."

Mit Klage vom 10. Januar 2006 verlangte W. beim Gewerblichen Schiedsgericht unter anderem die Verurteilung von L. zur Zahlung von CHF 9'616.85 Lohndifferenzen sowie CHF 8'742.60 als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung im Umfang von drei Monatslöhnen. Mit Eingabe vom 12. Januar 2007 teilte die Versicherung mit, dass W. am 31. Mai 2006 durch Dr. C. konsiliarisch begutachtet wurde. Mit Schreiben vom 8. Mai 2007 stellte die Versicherung fest, dass die Invalidenversicherung im Vorbescheid vom 7. November 2006 sowie in ihrer Verfügung vom 30. Januar 2007 eine Invalidenrente für W. abgelehnt habe. Sie halte dabei fest, dass die medizinischen Untersuchungen durch Dr. B. und Dr. S. ergeben hätten, dass W. aus fachärztlicher Sicht, somatisch sowie psychiatrisch, in seiner angestammten Tätigkeit vollschichtig arbeitsfähig sei. W. hat in der Folge den Entscheid der Invalidenversicherung beim Sozialversicherungsgericht angefochten. Das Sozialversicherungsgericht ist in seinem Urteil vom

12. Juni 2007 davon ausgegangen, dass die gutachterlichen Abklärungen durch Dr. B. überzeugend ergeben hätten, dass W. in physischer Hinsicht nicht arbeitsunfähig ist. Hingegen stellte es Differenzen zwischen der Beurteilung durch Dr. S. und Dr. C. fest, die durch ein neuerliches Gutachten beurteilt und ausgeräumt werden müssten. In diesem Sinne wies es die Angelegenheit an die Invalidenversicherung zurück. Mit Eingabe vom 14. März 2006 antwortete die Taxizentrale X. auf amtliche Erkundigung des Gerichts, W. sei aufgrund einer Vielzahl von Reklamationen aufgefallen, und zwar sowohl bei ihr als auch bei ihrer Schwesterfirma. Bei den Vorfällen, die zu Kundenreklamationen geführt hätten, habe sich W. wiederholt kundenschädigend und uneinsichtig verhalten. Aufgrund dieser Ausgangslage werde sich kein Taxihalter der Taxizentrale und der Schwesterfirma bereit erklären, W. je wieder einzustellen. Es gebe in Basel zahlreiche andere Taxifirmen, bei denen W. ebenfalls der Tätigkeit des Taxichauffeurs nachgehen könne. Am 2. August 2007 wies das **Gewerbliche Schiedsgericht** die Klagforderungen ab, wobei es was folgt erwogen hat.

**a)** Zu beurteilen waren die Frage der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung sowie die Frage, ob diese Kündigung missbräuchlich ist. Eine fristlose Kündigung kann aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3).

**ba)** Vorliegend hatte L. seine fristlose Kündigung vom 27. Dezember 2005 damit begründet, dass W. auf die Aufforderung der Versicherung hin, seine Arbeit am 22. November 2005 wieder aufzunehmen, die Arbeit nicht angetreten habe. W. habe am 19. Dezember 2005 zwar geschrieben, er biete seine Arbeit wieder an. Gleichzeitig habe er aber ein Arzzeugnis beigebracht, das ihn nach wie vor zu 100% arbeitsunfähig geschrieben habe. Er sei nicht Arzt und könne die Arbeitsunfähigkeit von W. nicht beurteilen. Das Schreiben vom 19. Dezember 2005 und das gleichzeitig eingereichte Arzzeugnis hätten sich jedoch klarerweise widersprochen, so dass ihm nichts anderes übrig geblieben sei, als W. fristlos zu kündigen.

**bb)** Eigentlich warf L. dem Arbeitnehmer vor, dass er, obwohl ihn Dr. J. als Konsiliararzt der Versicherung für voll arbeitsfähig erklärt hatte, seine Arbeit verweigert habe. Im Falle von Arbeitsverweigerungen wird von der Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts verlangt, dass der Arbeitnehmer zunächst wegen seines Verhaltens verwarnt und für den Wiederholungsfall auf die Konsequenzen, d.h. die fristlose Kündigung, aufmerksam gemacht wird. Dies ist der Grundsatz. In Ausnahmefällen kann eine Verwarnung unterbleiben, insbeson-

dere wenn der Arbeitgeber davon ausgehen muss, dass eine solche Verwarnung nutzlos wäre. Vorliegend konnte nicht davon ausgegangen werden, dass W. sich einfach geweigert hat, seine Arbeit zu leisten. Vielmehr durfte er sich auf die Beurteilung seiner Arbeitsfähigkeit durch den Hausarzt verlassen, der ihn nach wie vor zu 100% für arbeitsunfähig erklärte. Diese Beurteilung kann rückblickend nicht einfach als eine Gefälligkeit an W. angesehen werden. Es ist zwar richtig, dass W. aufgrund der Untersuchungen durch Dr. J. und Dr. B. offensichtlich körperlich nichts fehlt. Es bestehen jedoch Anzeichen dafür, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers psychischer Natur ist. Die Untersuchungen durch Dr. S. und Dr. C. haben dabei ein verschiedenes Bild geliefert. Auch wenn aus den Untersuchungen, die erst in den Jahren 2006 und 2007 stattgefunden haben, nicht ohne weiteres auf das Jahr 2005 zurückgeschlossen werden darf, so konnte doch immerhin gesagt werden, dass W. auf die Beurteilung durch Dr. B., dass er arbeitsunfähig sei, vertrauen durfte. Einer fristlosen Kündigung durch den L. infolge Arbeitsverweigerung war damit die Grundlage entzogen. In der Kündigung vom 27. Dezember 2005 wurde als Grund für die fristlose Kündigung nur die Arbeitsverweigerung angeführt. Gleichwohl war es nicht ausgeschlossen, dass L. sich auf weitere Gründe für die fristlose Kündigung berufen konnte. In diesem Zusammenhang war darauf hinzuweisen, dass W. vom Arbeitgeber keine schriftliche Begründung der Kündigung verlangte.

**bc)** L. brachte im Rahmen des Gerichtsverfahrens auch vor, dass W. aufgrund zu schnellen Fahrens die Taxibewilligung entzogen worden sei. Zudem habe er verschiedentlich Kundenreklamationen provoziert, die dazu geführt hätten, dass die Taxizentrale X. ihm keine Aufträge mehr erteilt habe. Dennoch konnte die fristlose Kündigung nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Es musste davon ausgegangen werden, dass L. von diesen Umständen schon längere Zeit Kenntnis hatte, ohne dass er darauf mit einer fristlosen Kündigung reagiert hätte. Durch die Weigerung der Taxizentrale, W. Aufträge zu vermitteln, wäre dieser zwar in seiner Tätigkeit empfindlich eingeschränkt worden. Es wäre ihm jedoch nicht unmöglich gewesen, W. auch anderweitig als Taxichauffeur einzusetzen. Der Lohn von W. bestand aus einer 48%igen Umsatzbeteiligung, so dass dieser dann entsprechend weniger verdient hätte, ohne dass er L. deswegen hätte einen Vorwurf machen können. Zudem war davon auszugehen, dass W. seine Taxifahrtbewilligung nach der zweimonatigen Sperre hätte wieder erlangen können.

**bd)** Andererseits durfte auch L. auf die ärztliche Beurteilung durch die Versicherung abstellen, so dass ihm für die fristlose Kündigung kein Vorwurf gemacht werden konnte. Dies kann für die Frage, ob die fristlose Kündigung berechtigt ist oder nicht, keine Rolle spielen, hingegen bei den Rechtsfolgen aus der Beurteilung der Rechtfertigung der Kündigung berücksichtigt werden. Aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung schuldete der Beklagte Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist. Da der Kläger im vierten Anstellungsjahr stand, war die 90tägige Sperrfrist nach Art. 336c OR aufgrund der im Juli 2005 einge-

tretenen Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 27. Dezember 2005 längst abgelaufen. Das Arbeitsverhältnis hätte am 27. Dezember 2005 auf den 28. Februar 2006 gültig gekündigt werden können. Der Kläger hatte deshalb grundsätzlich Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe des Lohnanspruchs bis zu diesem Datum.

**be)** Allerdings musste der Kläger sich aufgrund seiner Schadenminderungspflicht anderweitiges Einkommen oder Ersatzleistungen anrechnen lassen. Sollte W. arbeitsunfähig gewesen sein in dieser Zeit, so hätte er Anspruch auf Taggelder gegenüber der Versicherung. Diese Taggelder wurden bisher deshalb nicht ausbezahlt, weil W. sich anfänglich geweigert hatte, sich der vertrauensärztlichen Untersuchung zu stellen, zu welcher er gemäss Versicherungsvertrag verpflichtet war. Der Grund für die Nichtleistung der Taggelder lag damit in seinem Risikobereich begründet. Es konnte daher von L. nicht erwartet und diesem nicht zugemutet werden, selber gegen die Versicherung vorzugehen. Soweit W. während der Zeit bis 28. Februar 2006 arbeitsfähig gewesen sein sollte, so hätte er arbeiten müssen. Er hätte sich, was er anerkanntermassen nicht getan hat, um die Wiedererlangung der Taxifahrerbewilligung bemühen müssen. Zudem hätte er es seinem Verhalten zuschreiben müssen, dass er bis zum 28. Februar 2006 keine Aufträge mehr von der Taxizentrale erhalten hätte. Es war deshalb festzustellen, dass W. zwar einerseits Anspruch auf Schadenersatz hatte, dass er aber andererseits seiner Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen war und deshalb keine Ansprüche gegen L. geltend machen konnte.

**c)** Was die Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung anging, die W. damit begründete, dass L. seine Krankheit zum Anlass der Kündigung genommen habe, um ihm künftige Ansprüche infolge dieser Krankheit vorenthalten zu können, so setzt diese Entschädigung nach Art. 336b OR voraus, dass der Anspruchsberechtigte gegen die Kündigung bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist schriftlich Einsprache beim Kündigenden erhoben hat. W. hat angegeben, dass er dies unterlassen hat, womit es an dieser formellen Voraussetzung fehlte.

(GSGE vom 2.8.2007 in Sachen von W. gegen L., GS 2006/7)

**2.17.3.2. Art. 324a, 337, 337b OR. Ein Arbeitnehmer, welcher der Arbeitgeberin innert ihm gesetzter Frist kein Arzteugnis einreicht, obwohl er dazu genügend Zeit hatte und unter Hinweis auf eine fristlose Kündigung bereits verwart war, darf fristlos entlassen werden. Trotz gerechtfertigter fristloser Entlassung hat der Arbeitnehmer über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn sich die Arbeitgeberin dazu für den Fall des Vorliegens einer**

**krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit während bestimmter Dauer, aber ohne andere zeitliche Limite verpflichtet hat.**

P. war seit dem 18. August 2003 bei der W. AG angestellt. Es bestanden schriftliche Arbeitsverträge, einer vom 6. August 2003 und ein anderer vom 20. April 2005. Beide Arbeitsverträge sahen in Ziff. 4 bzw. Ziff. 5 vor, dass der Kläger Anrecht auf eine Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall, Militärdienst und anderer unverschuldeter Verhinderungen an der Arbeitsleistung während 720 Tagen hat. Zudem bestimmte der neuere Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer bei mehr als dreitägiger Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfall der Arbeitgeberin unaufgefordert und spätestens am 4. Krankheitstage ein ärztliches Zeugnis vorzulegen hat. Ausnahmsweise könne die Arbeitgeberin bereits ab dem 1. Absenztage auf einem solchen bestehen. Die Arbeitgeberin behalte sich zudem vor, den Arbeitnehmer zur vertrauensärztlichen Untersuchung anzubieten.

P. verunfallte am 15. Juni 2005 am Arbeitsplatz und verletzte sich an der Lendenwirbelsäule. In der Folge bezahlte die SUVA bis zum 14. April 2006 Taggelder. Mit Schreiben vom 6. April 2006 teilte sie P. und der W. AG mit, sie werde mangels Vorliegen weiterer mindestens wahrscheinlicher Unfallfolgen sämtliche Versicherungsleistungen einstellen. Die Heilungskostenzahlungen endeten nach Erhalt dieser Mitteilung, wobei sie bereit sei, bis und mit dem 14. April 2006 Taggelder auf der Basis einer vollen Arbeitsunfähigkeit an die Arbeitgeberin abzurechnen. Eine allenfalls danach noch andauernde Arbeitsunfähigkeit sowie medizinische Behandlungen gingen nicht mehr zu Lasten der Unfall-, sondern der Krankenkasse. Hierauf forderte die W. AG ihren Arbeitnehmer mit Schreiben vom 18. April 2006 auf, entweder die Arbeit am 21. April 2006 aufzunehmen oder ein Krankheitszeugnis beizubringen. Ein weiteres Schreiben erging am 21. April 2006. Darin ermahnte sie P. unter Androhung der fristlosen Kündigung, am 24. April 2006 am Arbeitsplatz zu erscheinen oder ein Krankheitszeugnis in ihr Büro vorbeizubringen. Weiter schrieb sie: „Falls Sie diese Frist wieder verstreichen lassen, sehen wir uns gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen per sofort aufzulösen.“ Am 24. April 2006 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos, weil P. ihrer Aufforderung nicht nachgekommen sei. Mit Klage vom 20. Oktober 2006 verlangte P. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der W. AG unter anderem zur Lohnfortzahlung bis 30. Juni 2006 und zur Zahlung einer Entschädigung zufolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Nach Durchführung eines Vorverfahrens und der Einholung amtlicher Erkundigungen sprach das **Gewerbliche Schiedsgericht** am 9. Juli 2007 P. Lohn bis 30. Juni 2006 zu, wogegen es seine Entschädigungsforderung abwies, wobei es Folgendes erwogen hat.

a) Eine fristlose Kündigung kann aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand,

bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3).

P. erklärte vor Gericht, er sei am 21. April 2006 in die Praxis von Dr. S. gegangen, um ein neues Arztzeugnis zu verlangen. Seine Ärztin habe ihm jedoch keines ausgestellt, weil der Unfallschein gültig sei, bis sie aus ihren Ferien zurückkomme. Auf amtliche Erkundigung hin erklärte Dr. S., dass P. am 21. April 2006 zu einer präoperativen Untersuchung für eine urologische Operation in ihrer Sprechstunde gewesen sei. Sie habe sich nicht notiert, ob er dabei ein Arztzeugnis verlangt habe. Sie sei vom 26. bis 30. April 2006 in den Ferien gewesen und habe zuvor jedoch normal gearbeitet. Nach ihren Ferien hätte P. frühestens am 2. Mai 2006 wieder in ihre Sprechstunde kommen können. Ihre Patienten könnten jedoch auch während ihrer Abwesenheit von einem ihrer drei Praxiskollegen ein Arztzeugnis erhalten. P. gab ferner vor Gericht an, er habe sich am 24. April 2006 zur W. AG begeben, um den Unfallschein abzugeben, worauf ihm diese erklärt habe, sie brauche kein Zeugnis mehr, weil die Kündigung bereits geschrieben sei. Er habe sie zudem darauf hingewiesen, dass er am 2. Mai 2006 den nächsten Termin bei seiner Ärztin habe und dann ein Krankheitszeugnis beibringen könne. Nach Darstellung der W. AG kam P. am 24. April 2006 bei ihr vorbei, um mitzuteilen, dass er noch kein Arztzeugnis habe und dass ihn jenes der SUVA nicht interessiere. Daraufhin habe sie ihm gekündigt.

**b)** Das Kündigungsschreiben datierte vom 24. April 2006 und wurde an P., wie dieser bestätigte, am 25. April 2006 zugestellt. Vorliegend war festzuhalten, dass P. aufgrund des Arbeitsvertrages verpflichtet war, bei Krankheit ab dem 4. Tag ein Arztzeugnis vorzulegen. P. war ursprünglich verunfallt. Die SUVA hatte ihre Taggelder eingestellt, weil sie davon ausging, dass die Unfallfolgen geheilt waren. Aufgrund des Schreibens der SUVA und des ersten Schreibens der Beklagten vom 18. April 2006 wusste P., dass die Arbeitgeberin Anspruch auf ein Arztzeugnis hatte, worin seine Ärztin eine allenfalls weiterbestehende Arbeitsunfähigkeit mit Krankheit begründen würde. Andernfalls musste er zur Arbeit erscheinen, weil davon auszugehen war, dass er zu arbeiten wieder in der Lage war. Obwohl P. am 21. April 2006 aus einem anderem Grund bei seiner Ärztin war, hat er dort offensichtlich kein Arztzeugnis verlangt, um es der W. AG vorlegen zu können. Die Beklagte durfte ihm deshalb zu Recht am 22. April 2006 Frist bis am 24. April 2006 setzen, um ein solches Zeugnis doch noch einzuholen. P. behauptete, diese Frist sei für ihn zu kurz gewesen. Abstrakt betrachtet ist eine zweitägige Frist kurz bemessen. Die Frist war jedoch angemessen, weil P. schon vorher genügend Zeit, aber auch konkret Gelegenheit hatte, das Arztzeugnis einzuholen. Zudem hätte er sich noch am 24. April 2006 um das Arzt-

zeugnis kümmern können, anstatt sich nur ins Büro der W. AG zu begeben, um dort zu erklären, er habe erst am 2. Mai 2006 wieder eine Sprechstunde. Aufgrund der Angaben von Dr. S. war diese nämlich am 24. April 2006 noch nicht in den Ferien. Wer geltend macht, dass eine ihm gesetzte Frist zu kurz und damit nicht angemessen ist, müsste jedenfalls die verlangte Handlung innert einer angemessenen Frist vornehmen können. Wäre die Frist bis am 24. April 2006 nicht angemessen gewesen, so hätte P. das Arztzeugnis jedenfalls bis am 26. April 2006 beibringen müssen und nicht erst für den 2. Mai 2006 in Aussicht stellen dürfen. Unter all diesen Umständen musste die fristlose Kündigung als gerechtfertigt angesehen werden.

c) Eine gerechtfertigte fristlose Entlassung führt gewöhnlich dazu, dass der Arbeitnehmer für die Zeit nach dem Empfang der Kündigung keine Lohnansprüche mehr gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann. Vorliegend wurde dem P. hingegen der Lohn, wie von ihm beantragt, bis zum 30. Juni 2006 zugesprochen. Aufgrund des Zeugnisses von Dr. S. war davon auszugehen, dass P. weiterhin arbeitsunfähig war. Die W. AG versprach im Arbeitsvertrag bei Krankheit Lohnfortzahlung während 720 Tagen ohne sonstige zeitliche Limitierung. Bei Lohnfortzahlungen in Anwendung von Art. 324a OR enden diese mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Anders beurteilt sich hingegen das zeitliche Ende vertraglich versprochener Lohnzahlungsverpflichtungen. Hier hat die Arbeitgeberin, will sie, dass die Lohnfortzahlungsverpflichtung nicht über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert, dieses Ende im Arbeitsvertrag zu fixieren (AGE vom 7.8.2003 E. 2c, in Rechtsprechungsbericht 2003/2004 des Gewerblichen Schiedsgerichts, S. 32). Dies wurde vorliegend unterlassen, weshalb der Kläger Anspruch auf die Lohnfortzahlung auch nach der fristlosen Kündigung und unbezogen davon hatte, ob diese gerechtfertigt oder ungerechtfertigt war. Der Grund, weshalb ein Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, ändert nichts an dieser Lohnfortzahlungspflicht. Hingegen war der Anspruch auf eine Genugtuungs- bzw. Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR bei diesem Ausgang des Prozesses nicht gegeben. Doch selbst, wenn von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung hätte ausgegangen werden müssen, hätte P. auf diese Leistung keinen Anspruch gehabt, weil er mit seinem Verhalten massgeblich dazu beitrug, dass das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst wurde.

(GSGE vom 9.7.2007 in Sachen von P. gegen W. AG, GS 2006/357)

**2.17.3.3. Art. 337 OR. Zu den Voraussetzungen für eine gerechtfertigte fristlose Kündigung. Unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz für kurze Zeit vermag praxisgemäss nur dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es trotz klarer Verwarnung wiederholt wird. Ein Arbeitgeber (natürliche Person), der mindestens 7 Tage und mithin deutlich mehr als 2 bis 3 Arbeitstage zuwartet, um das vertragswidrige Verhalten der Arbeitnehmerin zu rügen und zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen, verwirkt das Recht hierzu.**

**§ 170-172 ZPO. Die Verteilung der ordentlichen und ausserordentlichen Kosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens. Allerdings sind Abweichungen von diesem Veranlassungsprinzip zulässig, wenn dafür zwingende Gründe bestehen. Ein sog. Überklagen etwa in Haftpflichtprozessen bei grundsätzlichem Obsiegen kann dann bis zu einem gewissen Grad im Kostenentscheid ohne Nachteil für die Klagpartei bleiben, wenn ihr eine genaue Bezifferung ihres Schadens nicht möglich ist. Gleiches muss auch für Klagen gelten, mit denen eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend gemacht wird, deren Bemessung der Gesetzgeber ins Ermessen des Gerichts stellt. Ein Überklagen kann in solchen Fällen in guten Treuen erfolgen, so dass das Gewerbliche Schiedsgericht ohne Willkür berechtigt sein kann, vom Ausgang des Verfahrens abzuweichen und dem Obsiegen der Klägerin im Grundsatz besonderes Gewicht beizumessen.**

T. hatte seit Sommer 2006 im Gesundheitszentrum von S. als Stellvertreterin der Geschäftsführerin gearbeitet, wobei seit dem 14. August 2006 ein schriftlicher Arbeitsvertrag bestand. Am 7. November 2006 kündigte ihr S. mündlich fristlos und bestätigte dies mit Schreiben vom 8. November 2006. Als Kündigungsgründe gab er an: „Nichterscheinen zur Arbeit oder den Arbeitsplatz einfach verlassen. (...) Betriebsbedingte Anweisungen des Chefs zwecks der Arbeitszeit können oder wollen nicht angenommen werden.“ Mit Klage vom 28. Februar 2007 beantragte T. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von S. zur Bezahlung von insgesamt CHF 17'648.-- brutto. Am 10. April 2007 erhöhte sie die Klagforderung auf CHF 17'780.--.

Mit Entscheid vom 4. Juni 2007 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht S. zur Zahlung von CHF 10'570.50 netto (wovon CHF 3'500.-- als Entschädigung gemäss Art. 337c OR) nebst Zins zu 5% seit 8. November 2006 an T.. Deren Mehrforderung wurde abgewiesen. Das Gericht behaftete die Klägerin bei ihrem Zugeständnis, dass der Beklagte seine Schuld im Umfang von CHF 2'090.50 durch Leistung an die Sozialhilfe der Stadt Basel tilgen kann, und wies den Beklagten entsprechend an. Schliesslich wurde der Beklagte zur Leistung einer Parteientschädigung von CHF 3'200.-- zuzüglich Mehrwertsteuer an die Klägerin verurteilt.

Gegen diesen Entscheid erhob S. Beschwerde, welche das **Appellationsgericht Basel-Stadt** am 2. Oktober 2007 bezüglich der Höhe der Parteientschädigung für T. teilweise guthiess, im Übrigen jedoch abwies, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **3.1** Im Streit steht somit die Zulässigkeit der ausgesprochenen fristlosen Entlassung. Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt gemäss Art. 337 Abs. 2 OR namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden darf. Wann dies zutrifft, entscheidet im Streitfall gemäss Art. 337 Abs. 3 OR der Richter nach seinem Ermessen. Das Vorhandensein eines wichtigen Grundes ist von der kündigenden Partei (vorliegend dem Beschwerdeführer) zu beweisen (vgl. statt vieler AGE vom 6. Juni 2007 i.S. M.S.). Nach der Praxis rechtfertigen nur besonders schwere Verfehlungen des Arbeitnehmers eine fristlose Entlassung. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (vgl. BGE 4C.370/2004 vom 23. Dezember 2004, E. 2.2.2). Bei der Beurteilung der Begründetheit der fristlosen Entlassung spielt auch die Länge der Kündigungsfrist eine Rolle; je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis, desto weniger wird man den Rückgriff auf die fristlose Entlassung zulassen (STREIFF/VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Art. 337 N 16). Eine fristlose Entlassung ist zudem umgehend, d.h. nach der Bundesgerichtspraxis im Normalfall (wie er hier vorliegt) innert 2 bis 3 Arbeitstagen, zu erklären, nachdem der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis des Kündigenden gelangt ist. Andernfalls verwirkt dieser sein ausserordentliches Kündigungsrecht. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Kündigung trägt der Kündigende (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 N 17 mit Hinweisen).

**3.2** Der Beschwerdeführer macht zur Begründung der fristlosen Entlassung zunächst geltend, die Beschwerdegegnerin habe Arbeitsstunden aufgeschrieben, die sie nicht in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers an ihrem gewöhnlichen Arbeitsplatz verbracht habe. Dies ergäbe sich aus einem Vergleich der Telefonrechnung resp. der Verbindungsnachweise für den Monat September 2006, aus denen die Umleitung des Festnetzanschlusses auf das Mobiltelefon des Gesundheitscenters ersichtlich seien, mit den Arbeitsrapporten der Beschwerdegegnerin. Sie habe im Monat September 2006 praktisch

täglich während unterschiedlich langer Zeiten das Telefon umgeleitet und folglich Arbeitszeit ausserhalb der Arbeitsräume verbracht.

Diese behaupteten Pflichtverletzungen der Beschwerdegegnerin waren dem Beschwerdeführer schon lange vor der Kündigungserklärung vom 7./8. November 2006 bekannt. So hat der Vertreter des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts ausgeführt, nach dem Erhalt der Telefonrechnung habe der Beschwerdeführer um diesen Sachverhalt gewusst (Protokoll S. 7). Die Telefonrechnung mit den Verbindungsnachweisen datiert vom 16. Oktober 2006. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er habe diese erst Wochen später erhalten. Er hat nach deren Erhalt darauf verzichtet, die festgestellte Abwesenheit der Beschwerdegegnerin vom Arbeitsplatz während von ihr aufgeschriebenen Arbeitsstunden umgehend zu rügen und die vorgeworfenen Unregelmässigkeiten zum Anlass für eine Verwarnung oder Entlassung zu nehmen. Damit ist sein Recht zur fristlosen Entlassung gestützt auf diese Umstände auf jeden Fall verwirkt, so dass sie inhaltlich nicht weiter geprüft werden müssen.

**3.3** Als weiteren wichtigen Grund führt der Beschwerdeführer an, die Beschwerdegegnerin habe Stunden als Arbeitsstunden aufgeschrieben, an denen sie gar nicht gearbeitet habe. So habe sie behauptet, an drei Samstagen, am 2. und 23. September 2006 sowie am 14. Oktober 2006, die Arbeit zur Betreuung von Kunden bereits um 10.00 Uhr, 2 Stunden vor der offiziellen Öffnungszeit, aufgenommen zu haben. Aus dem Kundenbuch ergäbe sich aber, dass an den beiden Terminen im September gar keine Kunden am Morgen zu bedienen gewesen seien; am 14. Oktober 2006 sei zwar ein Kunde eingetragen, die Geschäftsführerin sei an jenem Tag aber persönlich anwesend gewesen, so dass die Anwesenheit der Beschwerdeführerin gar nicht notwendig gewesen sei. Zudem ergäbe sich aus den Verbindungsnachweisen der Swisscom, dass sie am 23. September 2006 gar nicht im Center gewesen sei.

Auch diesbezüglich ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer allfällige Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit den Stundenrapporten für den Monat September 2006 bereits mit dem Erhalt des Arbeitsrapports Ende September 2006 hätte feststellen und rügen können. Indem er dies nicht getan hat, hat er sein allfälliges Kündigungsrecht aus diesen Gründen verwirkt. Die erst am 7. November 2006 ausgesprochene Kündigung kann nicht auf sie gestützt werden. Was die behauptete Abwesenheit der Beschwerdegegnerin vor 12 Uhr am 14. Oktober 2006 betrifft, so hat die Vorinstanz festgestellt, dies habe nicht unter Beweis gestellt werden können, zumal damals zugestandenermassen ein Kunde anwesend gewesen sei und dessen Betreuung durch die Geschäftsführerin die zusätzliche Anwesenheit der Beschwerdegegnerin nicht ausschliesse. Diese Feststellung wird vom Beschwerdeführer nicht substantiiert angefochten.

**3.4** Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, aufgrund der Zeugenaussage von Frau N. sei erstellt, dass die Klägerin den Nachmittag des 13. Oktober 2006 nicht an ihrem Arbeitsplatz verbracht habe. Gemäss den Aussagen des Vertreters des Be-

schwerdeführers in der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts hat sein Mandant diesen Sachverhalt Ende Oktober 2006 festgestellt und die Beschwerdegegnerin am 7. November 2006 deswegen zur Rede gestellt. Damit hat er mindestens 7 Tage und mithin deutlich mehr als 2 bis 3 Arbeitstage zugewartet, um das fragliche Verhalten zu rügen und als Anlass für eine Kündigung zu nehmen. Auch die Berufung auf diesen Umstand ist daher verspätet. Ohnehin vermag unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz für kurze Zeit praxisgemäss nur dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es trotz klarer Verwarnung wiederholt wird (AGE vom 12. März 2004 i.S. E. GmbH; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage 2002, § 12 N 355 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 N 5). Das Verlassen des Arbeitsplatzes nach einer Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber berechtigt diesen in der Regel nicht, eine fristlose Entlassung auszusprechen (AGE vom 19. Februar 1985 i.S. S.Q.).

**3.5** Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die fristlose Entlassung ungerechtfertigt erfolgt ist. Die Berechnung der daraus folgenden Ansprüche ist in der Beschwerde nicht substantiiert gerügt worden, so dass sie nicht zu überprüfen ist.

#### **4.**

**4.1** Der Beschwerdeführer rügt auch die Verteilung der ausserordentlichen Kosten durch das Gewerbliche Schiedsgericht und die Höhe der festgelegten Parteientschädigung von CHF 3'200.--. Er macht geltend, dass zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sei, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Klage nur zu 60% durchgedrungen sei. Zudem entspreche die zugesprochene Parteientschädigung gemäss der Honorarordnung einem Streitwert von CHF 20'000.-- im schriftlichen Verfahren, während es sich vorliegend grundsätzlich um ein mündliches Verfahren mit niedrigerem Streitwert gehandelt habe.

**4.2** Hinsichtlich der Kostenverteilung ist der Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts nur auf Willkür hin überprüfbar (AGE vom 4. Juni 2004 i.S. E.M.). [...]

**4.3** Gemäss §§ 170-172 ZPO richtet sich die Verteilung der ordentlichen und ausserordentlichen Kosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, d.h. nach dem Mass, in welchem die Parteien mit ihren Anträgen obsiegen oder unterliegen (Veranlassungsprinzip). Allerdings sind Abweichungen vom Veranlassungsprinzip zulässig, wenn dafür zwingende Gründe bestehen (vgl. BJM 1989 S. 390, 1981 S. 341 mit Hinweisen; STAEHELIN/SUTTER, a.a.O., § 15 Rz 9). Von Bedeutung sind dabei Billigkeitserwägungen, was für die ordentlichen Kosten in § 171 ZPO zum Ausdruck gelangt, aber auch bezüglich der Anwaltskosten aus der Kann-Vorschrift von § 172 ZPO abzuleiten ist. Besondere Umstände, welche eine vom Sachentscheid abweichende Kostenverteilung rechtfertigen, können vor allem im Verhalten der Parteien liegen, sei es in einer Prozessführung in guten Treuen durch den Unterliegenden oder in einer unnötigen Vergrösserung des Auf-

wands durch den Obsiegenden (AGE vom 4. Juni 2004 i.S. E.M.; vom 15. Juni 2000 i.S. Dr. C.Z.; STAEHELIN/SUTTER, a.a.O.).

**4.4** Die Klagforderung der Beschwerdegegnerin belief sich auf CHF 17'780.-- brutto. Zugesprochen wurden der Beschwerdegegnerin CHF 11'189.-- brutto (CHF 10'570.50 netto). Sie ist somit zu 63,4%, durchgedrungen. Ihr teilweises Unterliegen ist bei der Kostenverteilung grundsätzlich zu berücksichtigen.

Zwar kann ein sogenanntes Überklagen etwa in Haftpflichtprozessen bei grundsätzlichem Obsiegen dann bis zu einem gewissen Grad im Kostenentscheid ohne Nachteil für die Klagpartei bleiben, wenn ihr eine genaue Bezifferung ihres Schadens nicht möglich ist (AGE vom 14. Juli 2000 i.S. R.B. mit Hinweis auf EUGEN BUCHER, in: ZSR 1983 II 293 f.). Gleiches muss auch für Klagen gelten, mit denen eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend gemacht wird, deren Bemessung der Gesetzgeber ins Ermessen des Gerichts stellt. Ein Überklagen kann in solchen Fällen in guten Treuen erfolgen, so dass das Gewerbliche Schiedsgericht ohne Willkür berechtigt sein kann, vom Ausgang des Verfahrens abzuweichen und dem Obsiegen der Klägerin im Grundsatz besonderes Gewicht beizumessen. Im vorliegenden Fall ist aber der Beschwerdegegnerin zudem eine Parteientschädigung zugesprochen worden, welche gemäss der Honorarordnung für die Advokaten der Höhe eines Honorars für einen schriftlichen Prozess mit einem Streitwert von CHF 20'000.-- entspricht. Auch wenn vor der Hauptverhandlung bei den Parteien schriftliche Vernehmlassungen eingeholt worden sind, rechtfertigt sich dieses Honorar im einfachen und raschen Verfahren nach Art. 343 Abs. 2 OR auch mit Blick auf die tatsächlichen Schwierigkeiten des konkreten Falles nicht. Im Ergebnis erweist sich der Kostenentscheid aus der Kombination der Höhe der Parteientschädigung mit deren vollständiger Überwälzung auf den bloss teilweise unterlegenen Beschwerdeführer als willkürlich.

**4.5** Im Kostenpunkt ist die Beschwerde daher gutzuheissen. Da die Sache insoweit liquid ist, kann das Appellationsgericht die erstinstanzlichen Kosten selbst neu festlegen (§ 244 ZPO). Aufgrund der gesamten Umstände rechtfertigt es sich, in leichter Abweichung vom Ausgang des Verfahrens dem Beschwerdeführer die Vertretungskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu drei Vierteln aufzuerlegen und die Anwaltshonorare auf die gerundete Mitte zwischen dem interpolierten Honorar für ein mündliches Verfahren (CHF 1'937.--) und jenem für ein schriftliches Verfahren (CHF 2'906.--) festzusetzen. Es resultieren somit Honorare von je CHF 2'400.-- und damit eine Parteientschädigung von CHF 1'200.-- zuzüglich MwSt. [...]"

(AGE vom 2.10.2007 i.S. von T. gegen S.; Verf.Nr. 954/2007)

**2.17.3.4. Art. 337, 337c Abs. 3 OR. Die zweimalige Versäumnis, rechtzeitig ein Arztzeugnis vorzulegen, ist kein Grund zur fristlosen Kündigung, wenn der Arbeitgeber um die psychische Erkrankung der Arbeitnehmerin wusste. Aufgrund der konkreten Umstände hatte die Arbeitnehmerin Anspruch auf eine Entschädigung von drei Monatslöhnen. Art. 322d OR. Durch eine mehrmalige, ohne Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgte Ausrichtung einer Gratifikation verliert diese ihren freiwilligen Charakter. Allerdings sind drei Gratifikationen das Minimum dessen, was noch als „mehrmals“ bezeichnet werden kann. Ein pro-rata-Anspruch auf die Gratifikation kann auch stillschweigend oder durch langjährige, ununterbrochene und vorbehaltlose Betriebsübung entstehen.**

Y. arbeitete seit dem 24. Januar 2000 in der von Dres. Z. betriebenen Arztpraxis als OP-Gehilfin. Wegen psychischer Probleme war sie vom 18. April bis zum 18. September 2005 arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 15. August 2005 hat Dr. Z. das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Mit Klage vom 22. Dezember 2005 verlangte Y. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Dres. Z. in solidarischer Verbindung zur Zahlung von CHF 30'000.-- nebst 5% Zins seit Klageeinreichung zu verurteilen. Am 23. März 2006 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht Dres. Z., in solidarischer Verbindung an Y. CHF 26'811.85 netto nebst 5% Zins seit dem 22. Dezember 2005 zu bezahlen. Dagegen haben Dres. Z. Beschwerde erhoben, welche das **Appellationsgericht Basel-Stadt** am 30. Juni 2006 teilweise gutgeheissen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] **2.1** Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt gemäss Abs. 2 namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden darf. Wann dies zutrifft, entscheidet im Streitfall gemäss Art. 337 Abs. 3 OR der Richter nach seinem Ermessen. Das unentschuldigte Fernbleiben vom Arbeitsplatz für kurze Zeit vermag praxisgemäss nur dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es trotz klarer Verwarnung wiederholt wird (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, § 12 N 355 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N. 5 zu Art. 337 OR m.w.H.).

**2.2** Im vorliegenden Fall ist die fristlose Entlassung der Beschwerdegegnerin in keiner Weise gerechtfertigt gewesen. Die Beschwerdegegnerin hat es zweimal versäumt, ihren Arbeitgebern rechtzeitig ein weiteres Arztzeugnis vorzulegen. Dies als „beharrliche Arbeitsverweigerung“ [...] zu bezeichnen, ist beinahe mutwillig. Die Beschwerdegegnerin war krank, worüber ihre Arbeitgeber orientiert waren. Wenn am Ende eines Monats, für den der behandelnde Arzt eine Arbeitsunfähigkeit wegen psychischer Probleme attestiert hat, kein neues Zeugnis eingereicht wird, so sollte ein Arbeitgeber, zumal wenn er selbst

Arzt ist, eher an einen Weiterbestand der Krankheit denn an ein unentschuldigtes Fernbleiben denken. Seitens der Beschwerdeführer ist zudem zugestanden, dass sie um die psychischen Probleme der Beschwerdegegnerin und deren Hospitalisierung gewusst haben [...]. Und es ist weiter zugestanden, dass Dr. Z. mit dem behandelnden Psychiater der Beschwerdegegnerin Kontakt hatte [...]. Dass er nicht über die Diagnose informiert gewesen ist, tut nichts zur Sache. Nur weil er Arzt ist, hat er als Arbeitgeber keinen Anspruch darauf zu wissen, woran seine Angestellte ganz präzise leidet. Haben aber die Beschwerdeführer von der Erkrankung ihrer Arbeitnehmerin und auch davon gewusst, dass es sich um eine psychische Krankheit gehandelt hat, so kann der Umstand, dass jene es zweimal unterlassen hat, rechtzeitig ein weiteres Arztzeugnis einzureichen, unter keinen Umständen für eine fristlose Entlassung genügen. [...].

#### 4.

Nach Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter bei grundloser fristloser Entlassung den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Im vorliegenden Fall hat das Gewerbliche Schiedsgericht eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zugesprochen. Dies ist auch bei freier Kognition nicht zu beanstanden: Die Beschwerdeführer haben eine kranke Arbeitnehmerin entlassen. Zudem hat Dr. Z. zugestanden, „gelegentlich etwas unbeherrscht“ reagiert zu haben [...] und musste sich auch vor dem Gewerblichen Schiedsgericht für sein Verhalten der Beschwerdegegnerin gegenüber entschuldigen [...]. Diese Entschuldigung vor der Vorinstanz stand im Zusammenhang mit dem Tode des Vaters der Beschwerdegegnerin im Januar 2005. Als sie zur Beerdigung in die Heimat zurückfahren wollte, machte Dr. Z. die sehr unpassende Bemerkung „tot ist tot“, offenbar um ihr zu suggerieren, eine Teilnahme an der Beerdigung sei nicht so wichtig. Des Weiteren steht aufgrund der ärztlichen Berichte fest, dass die psychische Erkrankung der Beschwerdegegnerin ausser mit dem Ableben des Vaters auch mit der unbefriedigenden Situation am Arbeitsplatz zu tun hatte. Das bestreiten die Beschwerdeführer in der Replik nicht generell, wird dort doch bloss ausgeführt, dass das Verhalten des Beschwerdeführers nicht „alleine für die psychischen Probleme verantwortlich“ sei [...]. Schafft aber der Arbeitgeber ein Arbeitsklima, das mit dazu beiträgt, dass die Arbeitnehmerin krank wird, um sie dann fristlos zu entlassen, so ist eine Entschädigung von drei Monatslöhnen unter allen Titeln angemessen.

#### 5.

**5.1** Das Gewerbliche Schiedsgericht hat der Beschwerdegegnerin schliesslich unter dem Titel Gratifikation einen Betrag von CHF 2'242.35 zugesprochen. Die Beschwerdeführer beanstanden dies und berufen sich auf den Arbeitsvertrag, wonach eine Gratifikation ausgerichtet werden könne und deren Höhe in einem Qualifikationsgespräch festgelegt werde. Nach Vertrag bestehe somit kein Anspruch auf Gratifikation. Da die Beschwerdeführer mit den Leistungen der Beschwerdegegnerin zunehmend unzufriedener gewesen seien, dürfe davon ausgegangen werden, dass im Jahr 2005 „kaum“ eine Gra-

tifikation ausbezahlt worden bzw. diese sicher tiefer ausgefallen wäre als in den Vorjahren. Zudem werde die Gratifikation jeweils mit dem Dezember-Lohn ausbezahlt. Da eine pro-rata Abrede fehle, bestehe auch deshalb kein Anspruch.

**5.2** Das Gewerbliche Schiedsgericht hat angenommen, dadurch, dass die Beschwerdeführer dreimal in Folge eine „Gratifikation“ in Höhe eines Monatslohnes ausbezahlt hätten, hätten sie auf das ihnen gemäss Arbeitsvertrag eingeräumte Ermessen verzichtet. Die regelmässige, ununterbrochene und vorbehaltlose Ausrichtung während dreier Jahre bewirke eine klagbare Verpflichtung. Es sei damit von einem festen Lohnbestandteil auszugehen, weshalb der Anspruch auch pro rata temporis bestehe.

**5.3** Die Gratifikation ist ein Entgelt des Arbeitgebers, welches den Arbeitnehmern meist jährlich ausbezahlt wird und an bestimmte Anlässe gebunden ist. Es handelt sich dabei um eine Sondervergütung, die zusätzlich zum Lohn ausbezahlt wird und einerseits geleistete Arbeit honorieren, andererseits zu guten zukünftigen Arbeitsleistungen motivieren will. Grundsätzlich ist die Gratifikation eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers, weshalb ein Rechtsanspruch auf deren Ausrichtung nur dann besteht, wenn dies vereinbart ist (Art. 322d Abs. 1 OR). Der ursprünglich freiwillige Charakter der Gratifikation kann indes verloren gehen, wenn sie mehrmals regelmässig und vorbehaltlos geleistet wird (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR). In Fällen, da das Arbeitsverhältnis endet, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation eingetreten ist, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist (Art. 322d Abs. 2 OR).

**5.4** Vorliegend hält Ziffer 5 des Arbeitsvertrages fest, dass an Stelle eines 13. Monatslohnes eine Gratifikation treten könne, deren Höhe in einem Qualifikationsgespräch festgelegt werde. Dr. Z. hat aber in der Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht einräumen müssen, dass diese Qualifikationsgespräche, wiewohl durchgeführt, in der Praxis nicht dazu gedient hätten, die Höhe der Gratifikation festzulegen [...]. Die Vorinstanz verweist des Weiteren auf die Zahlungen der Vorjahre, die erkennen lassen, dass die Beschwerdegegnerin in den Jahren 2002 bis 2004 Gratifikationen in Höhe von CHF 5'200.-- erhalten hat [...]. Die Gratifikation ist in den Vorjahren dreimal ausgerichtet worden, weshalb das Gewerbliche Schiedsgericht davon ausgehen durfte, dass die Gratifikation ihren freiwilligen Charakter verloren hat. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass drei Gratifikationen wohl das Minimum dessen sind, was als „mehrmals“ bezeichnet werden kann. Die Beschwerdeführer hätten den freiwilligen Charakter der Gratifikation beibehalten können, indem sie bei deren Ausrichtung klar darauf hingewiesen hätten, dass diese Leistung weiterhin freiwillig erfolgte (AGE vom 7. Juni 2002 i.S. B.K.). Nun hat aber im vorliegenden Fall das Arbeitsverhältnis beim normalen Anlass der Gratifikationszahlung, Weihnachten, nicht mehr bestanden, weshalb der Anspruch nur geschuldet ist, wenn die Auszahlung pro rata temporis verabredet ist. Genau wie bei der Gratifikation selbst kann diese Abrede stillschweigend getroffen werden oder durch langjährige, ununterbrochene und vorbehaltlose Betriebsübung entstehen (STREIFF/VON

KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 322d OR). Dies gilt auch dort, wo sich der Gratifikationsanspruch aus einer durch konkludentes Verhalten zum stillschweigenden Vertragsinhalt gewordenen Übung ergibt; wenn also der Arbeitgeber z.B. regelmässig an die vor dem Anlass ausgeschiedenen Arbeitnehmer Gratifikationen ausgerichtet hat mit der Folge, dass sich später weitere Arbeitnehmer auf das Gleichbehandlungsgebot berufen können (STAEHELIN/VISCHER, N. 29 zu Art. 322d OR). Von einer derartigen Gewohnheit in der Praxis der Beschwerdeführer ist indessen nichts bekannt. Da damit nicht nachgewiesen ist, dass bei Ausscheiden vor dem Anlass ein pro rata Anspruch besteht, ist die Beschwerde in diesem Grund begründet. [...]“

(AGE vom 30.6.2006 i.S. von Dres Z. gegen Y., Verf.Nr. 946/2006)

- 2.17.4. Gerechtfertigte fristlose Kündigung bei Geschlechtsverkehr mit Kunden während Arbeitszeit**  
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)
  
- 2.17.5. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung nach Verweigerung einer sofortigen Vertragsänderung**  
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
  
- 2.17.6. Schadenminderungspflicht bei ungerechtfertigter Entlassung**
  - 2.17.6.1. Selbstverschuldeter Taggeldverlust, unterlassenes Bemühen um Wiedererhalt der Taxifahrerbewilligung**  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.1., S. 73)
  - 2.17.6.2. Zumutbare Neuanstellung beim bisherigen Arbeitgeber?**  
(siehe unter Ziffer 2.1., S. 9)
  
- 2.17.7. Schadenersatzberechnung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung und notwendiger Operation während hypothetischer Kündigungsfrist**  
(siehe unter Ziffer 2.8.1.2., S. 29)
  
- 2.17.8. Pflicht zur Lohnfortzahlung trotz gerechtfertigter fristloser Kündigung?**  
(siehe unter Ziffer 2.17.3.2., S. 77)
  
- 2.17.9. Charakter der Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR**  
(siehe unter Ziffer 2.17.1.2., S. 71)

**2.18. Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)****Verzichtsverbot bezüglich bereits entstandener Ansprüche**

(siehe unter Ziffer 2.12.1., S. 45 und 2.16.4., S. 69)

**2.19. Art. 357 OR, Art. 5.3 Abs. 2 GAV für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen. Bedingungen einer durch den Arbeitgeber abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung sind gemäss dem anwendbaren GAV für den Arbeitnehmer verbindlich, wenn sie im Einvernehmen mit der Betriebskommission getroffen wurden.**

X. arbeitete seit 1991 als Kranführer bei der Y. AG. Zwischen den Parteien bestand ein schriftlicher Anstellungsvertrag, der auch eine Krankentaggeldversicherung vorsah, wobei für Einzelheiten auf das jeweils geltende Merkblatt verwiesen wurde. Mit seiner Unterschrift bestätigte der Arbeitnehmer, u.a. den Gesamtarbeitsvertrag für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen (GAV) vom 1. Januar 2001 sowie das Merkblatt der Kollektivkrankentaggeldversicherung vom März 2001 erhalten zu haben. Gemäss diesem war der Arbeitnehmer ab dem 61. Krankheitstag zu einem Taggeld von 80% des anrechenbaren Lohnes für die Dauer von 670 Tagen pro Krankheitsfall versichert. Ziff. 5.2 des GAV gab dem Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit infolge unverschuldeter Krankheit ab dem 11. Anstellungsjahr den Anspruch auf Ausrichtung des Grundlohnes und der Kinderzulagen während sechs Monaten. In Ziff. 5.3 GAV war ausserdem vorgesehen, dass andere gleichwertige Regelungen, namentlich in Verbindung mit Krankentaggeldversicherungen unter Prämienbeteiligung der Arbeitnehmer, im Einvernehmen mit der Betriebskommission getroffen werden können. Dieselbe Bestimmung verpflichtet den Arbeitnehmer, sich den Versicherungsbedingungen zu unterziehen.

Seit dem 11. August 2002 war X. ganz arbeitsunfähig. Er erhielt zunächst während sechs Monaten den vollen Lohn und anschliessend die Taggeldleistungen bis zum 10. August 2004. Daneben sprach ihm die Invalidenversicherung (IV) am 18. August 2004, rückwirkend ab 1. August 2003, eine ganze Rente von monatlich CHF 1'343.--, zuzüglich drei Kinderrenten von je CHF 537.-- zu. In der Folge machte die Z. als Taggeldversicherung gegenüber der Y. AG für die Zeit vom 1. Juli bis 10. August 2004 eine Rückzahlung von Taggeldern in Höhe von CHF 3'969.-- geltend, weil ihr die IV eine Verrechnung von Nachzahlungen der IV-Rente nur bis zum 30. Juni 2004 vergütet habe. Mit Schreiben vom 17. Au-

gust 2004 ersuchte die Y. AG den X. um direkte Bezahlung des Betrages von CHF 3'969.-- an die Z., was dieser in der Folge tat.

Mit Klage vom 7. September 2005 verlangte X. die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung von CHF 3'969.-- nebst Zins, die vom Gewerblichen Schiedsgericht am 21. November 2005 abgewiesen wurde. Die von X. hiergegen erhobene Beschwerde hat das **Appellationsgericht Basel-Stadt** am 9. März 2006 aus folgenden Gründen abgewiesen:

„[...] **3.1** Dass die Z. gestützt auf die versicherungsvertraglichen Absprachen mit der Beschwerdegegnerin eine Rückforderung von Taggeldzahlungen im Umfang von CHF 3'969.-- geltend gemacht hat und gegenüber der Versicherungsnehmerin auch geltend machen können, ist vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Dieser bringt jedoch vor, dass er, entgegen der Annahme der Vorinstanz, nicht Partei des Versicherungsvertrages sei. Für ihn sei allein das ihm von der Arbeitgeberin ausgehändigte Merkblatt über die Kollektivkrankenversicherung massgeblich. Daraus ergebe sich kein Vorbehalt der Anrechnung von IV-Leistungen auf die Krankenlohnzusage der Beschwerdegegnerin. Daran vermöge auch der Hinweis auf den GAV nichts zu ändern, da nach Art. 357 Abs. 2 OR [...] günstigere einzelvertragliche Abreden den kollektivvertraglichen vorgingen. Dadurch, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer ohne Grundlage veranlasst habe, gegenüber der Z. einen Anspruch aus dem versicherungsrechtlichen Dekungsverhältnis zu befriedigen, habe sie den unerfahrenen Beschwerdeführer zur Übernahme einer Nichtschuld verleitet. Gleichzeitig habe sie in diesem Ausmass ihre Krankenlohnzusage nicht erfüllt und sei entsprechend ungerechtfertigt bereichert.

**3.2** Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die kollektive Krankengeldversicherung sehen in Art. 7 Abs. 1 vor, dass der Versicherer die Taggelder nur bis zu der in der Police aufgeführten Leistungen ergänzt, falls die versicherte Person von staatlichen oder betrieblichen Versicherungen oder von einem haftpflichtigen Dritten Leistungen bezieht. Die Anrechnung von IV-Leistungen an die Taggeldzahlungen ist damit grundsätzlich vorgesehen. Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer als versicherte Person an den versicherungsvertraglichen Absprachen nicht als Vertragspartei beteiligt ist. Jedoch wird er nach Art. 5.3 Abs. 2 GAV verpflichtet, sich den Versicherungsbedingungen zu unterziehen. Nicht einleuchtend ist, weshalb diese gesamtarbeitsvertraglich begründete Verpflichtung nicht gelten bzw. der Regelung gemäss Merkblatt für die Kollektivkrankentaggeldversicherung nachgehen soll. In Art. 5.2 Abs. 1 GAV werden die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Krankheit geregelt. Gemäss Art. 5.3 Abs. 2 GAV können andere gleichwertige Regelungen, besonders in Verbindung mit Krankentaggeldversicherungen unter Prämienbeteiligung der Arbeitnehmer, im Einvernehmen mit der Betriebskommission getroffen werden. Gleichzeitig wird nach dieser Bestimmung der Arbeitnehmer verpflichtet, sich den Versicherungsbedingungen zu unterziehen. Dass die Regelung gemäss Merkblatt eine gegenüber dem GAV günstigere Regelung enthält, lässt sich nicht sagen. Die zitierte Bestimmung von Art. 5.3 Abs. 2 GAV ermöglicht überhaupt

erst die Schaffung anderer gleichwertiger Regelungen, namentlich durch eine kollektive Taggeldversicherung. Wenn im Anschluss daran festgehalten wird, dass sich der Arbeitnehmer, falls eine derartige Versicherung abgeschlossen worden ist, den Versicherungsbedingungen zu unterziehen habe, so geht, wie jedenfalls ohne Willkür angenommen werden darf, die Regelung gemäss Merkblatt nicht weiter. [...].“

(AGE vom 9.3.2006 i.S. von X. gegen Y. AG, Verf. Nr. 1038/2005, publiziert in JAR 2007, S. 385)

### **3. Gesamtarbeitsverträge**

#### **3.1. LMV für das Bauhauptgewerbe 2003-2005**

##### **3.1.1. Pflicht zur Erkundigung über Ausbildung und Berufserfahrung des Arbeitnehmers (Art. 43 LMV)**

(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)

##### **3.1.2. „Dreijährige Tätigkeit im Beruf“ bei BBT-Lehrberufen für Hilfsbetriebe (Anhang 15 zum LMV)?**

(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)

##### **3.1.3. Temporärarbeit: Vorrang des Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR vor Art. 21 Abs. 1 LMV**

(siehe unter Ziffer 2.16.3., S. 67)

#### **3.2. GAV für die Reinigungsbranche ab 1.7.2004**

##### **Unzulässige Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit (Art. 6 GAV)**

(siehe unter Ziffer 2.9.1., S. 34)

- 3.3. L-GAV für das Gastgewerbe 98**
- 3.3.1. Ungewöhnliche Abrede über Probezeit in Formularvertrag von Gastro-Suisse (Art. 5 Abs. 1 L-GAV 98)**  
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
- 3.3.2. Pflicht der Arbeitnehmer zur Freizeitkompensation von Überstunden (Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98)**  
(siehe unter Ziffer 2.15.3., S. 61)
- 3.4. GAV für das Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiseur-gewerbe**  
**Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Schriftlichkeitsvorbehalt bei eigener fristloser Kündigung**  
(siehe unter Ziffer 2.17.1.-2.17.2., S. 71)
- 3.5. GAV für die Betriebsangestellten der Umschlagsbetriebe in den schweizerischen Rheinhäfen**  
**Für den Arbeitnehmer verbindliche, vom Arbeitgeber abgeschlossene Krankentaggeldversicherung (Art. 5.3 Abs. 2 GAV)**  
(siehe unter Ziffer 2.19., S. 90)

### C. Statistiken der Berichtsjahre 2005 bis 2007

	2005	2006	2007
Klageingänge	374	434	368
aus dem Vorjahr übernommen	<u>98</u>	<u>131</u>	<u>152</u>
Total hängig	472	565	520
unerledigt übertragen	131	152	111
erledigte Fälle	341	413	411
Sitzungen (inkl. Vorverfahren)	184	200	195

Die Fälle fanden folgende Erledigung

#### 2005

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	Sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	1	15	0	16	24	18	8	66
2. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	2	18	4	24	28	14	4	70
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	2	22	9	33	64	25	17	139
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	2	5	2	9	12	6	6	33
5. Körper-, Ge- sundheitspflege, Spital, Erziehung	0	9	3	12	8	3	1	24
6. Medien, Theater, Druck + Papier	0	1	0	1	5	2	1	9
<b>Total</b>	<b>7</b>	<b>70</b>	<b>18</b>	<b>95</b>	<b>141</b>	<b>68</b>	<b>37</b>	<b>341</b>

## 2006

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	Sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	1	26	1	28	25	14	4	71
2. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	2	15	6	23	28	8	2	61
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	2	51	9	62	75	32	3	172
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	0	14	3	17	12	3	1	33
5. Körper-, Ge- sundheitspflege, Spital, Erziehung	0	15	0	15	13	2	1	31
6. Medien, Theater, Druck + Papier	0	3	0	3	41	1	0	45
<b>Total</b>	<b>5</b>	<b>124</b>	<b>19</b>	<b>148</b>	<b>194</b>	<b>60</b>	<b>11</b>	<b>413</b>

2007

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	2	15	3	20	39	20	7	86
2. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	3	22	9	34	34	21	12	101
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	4	31	9	44	69	24	5	142
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	1	14	3	18	21	9	2	50
5. Körper-, Ge- sundheitspflege, Spital, Erziehung	0	8	0	8	12	5	1	26
6. Medien, Theater, Druck + Papier	0	4	0	4	2	0	0	6
<b>Total</b>	<b>10</b>	<b>94</b>	<b>24</b>	<b>128</b>	<b>177</b>	<b>79</b>	<b>27</b>	<b>411</b>