

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT
BASEL-STADT**

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 1998 UND 1999

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

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

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, 2001

Inhaltsübersicht

Seite

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

B. Neuerung im Verfahren

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

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

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

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

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

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

C. Rechtsprechung zu einzelnen Streitpunkten

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

1. Prozessrechtliche Fragen

1.1. Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts

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

1.1.1. Die blosser Hingabe eines Wirtepatents ist kein Arbeitsvertrag.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1.3. Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Materielle rechtliche Fragen nach OR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(Ausführungen des Bundesgerichts unter 2.11.1.)

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

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

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

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

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

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

"4.2.4. Auszahlung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.7. Betriebsübernahme (Art. 333 OR)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.9. Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)

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

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

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

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

Das Appellationsgericht hat dazu in einem Beschwerdeentscheid was folgt ausgeführt:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.10.3. Siehe auch Ziffern 2.8.1.1. und 2.8.1.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.12. Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

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

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

"[...]

4. Berufsgeheimnis

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

5. Konkurrenzklausel

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

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

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

6. Konventionalstrafe

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

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

[...]"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.13. Verzichtsverbot nach Art. 341 OR.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Weitere Erlasse

3.1. Gleichstellungsgesetz (GlG)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Internationales Privatrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Statistiken der Berichtsjahre 1998 und 1999

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

Die Fälle fanden folgende Erledigung

Ordentliche Sitzungen	99	96
Extra-Sitzungen	6	7

1998

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

1999

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