

ARBEITSGERICHT BASEL-STADT

BERICHT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2011 BIS 2013

Vorsitz im Jahre 2011: Dr. M. Stein-Wigger, Dr. F. Beurret-Flück
und Dr. E. Braun

Vorsitz im Jahre 2012: Dr. F. Beurret-Flück und Dr. M. Stein-Wigger

Vorsitz im Jahre 2013: Dr. F. Beurret-Flück und lic. iur. A. Schmidlin

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

Herausgeber: Arbeitsgericht Basel-Stadt,
Bäumleingasse 5, Postfach 964, 4001 Basel

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Februar 2014

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Einleitung.....	5
B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen.....	8
1. <u>Prozessrechtliche Fragen</u>	
1.1. Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 aOR; Art. 247 Abs. 2 ZPO) (siehe unter Ziffern 2.9.1., S. 33, und 2.11.1.-6., S. 54)	
1.2. Parteientschädigung (Art. 106 f. ZPO) Beim Überklagen bzgl. Konventionalstrafe aus Konkurrenzverbot (siehe unter Ziffer 2.10.3., S. 44)	
2. <u>Materiellrechtliche Fragen</u>	
2.1. Arbeitsvertrag (Art. 319 OR) Zur Abgrenzung zum Agenturvertrag	8
2.2. Arbeitspflicht (Art. 321 OR) Berechtigte Arbeitsverweigerung bei Lohnrestanzen aufgrund von Abrechnungsdifferenzen bzgl. Quellensteuern? (siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)	
2.3. Arbeitszeit (Art. 321 OR; Art. 13 ArGV1) Reine Gesprächszeit als Arbeitszeit bei sog. Call-Center Agenten?	12
2.4. Überstunden und Überzeit (Art. 321c OR; Art. 13 ArG)	
2.4.1. Vertraglicher Ausschluss der Überstundenkompensation: Verhältnis zu späterer mündlicher Kompensationsabrede?	13
2.4.2. Höhere leitende Tätigkeit bei „employee in management position“?	13

2.4.3.	Höhere leitende Tätigkeit bei Senior Management Consultant?	17
2.4.4.	Stillschweigende Genehmigung der Zeiterfassung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin	17
2.4.5.	Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Überzeitenschädigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses?	17
2.4.6.	Entschädigungsfreie erste 60 Stunden Überzeit für Büropersonal?	17
2.5.	Lohnabrede (Art. 322 OR) Stillschweigende Lohnreduktion oder Lohnstundung bei monatelanger Entgegennahme eines tieferen Lohnes?	22
2.6.	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR) Haftung für Depression des Arbeitnehmers?	24
2.7.	Arbeitszeugnis (Art. 330a OR) Vererbbarer Zeugnisanspruch?	29
2.8.	Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR) Betriebsübernahme bei Neuverpachtung eines Restaurants?	30
2.9.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	
2.9.1.	Gerechtfertigte Verdachtskündigung?	33
2.9.2.	Zulässige fristlose Kündigung nach ordentlicher Kündigung?	39
2.9.3.	Fristlose Kündigung im Lehrverhältnis? (siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)	
2.9.4.	Zur Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR (siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)	

2.10. Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)

- 2.10.1. Zulässige Konkurrenzverbote für Personalvermittler und -verleiher?..... 44
- 2.10.2. Wegfall des Verbots bei Kündigung des Arbeitnehmers im Hinblick auf
Filialschliessung der Arbeitgeberin?..... 44
- 2.10.3. Zu berücksichtigende Umstände bei Prüfung der Angemessenheit einer
Konventionalstrafe? 44

2.11. Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR)

- 2.11.1. Zu Sinn und Zweck der Probezeit im Lehrverhältnis..... 54
- 2.11.2. Zu den Pflichten des Lehrbetriebes während der Probezeit 54
- 2.11.3. Zur Verlängerungsmöglichkeit der Probezeit auf 6 Monate 54
- 2.11.4. Fristlose Kündigung bei Leistungsdefiziten der Lehrtochter 54
- 2.11.5. Zum Anhörungsrecht der Lehrtochter bzw. der Eltern nach
Art. 346 Abs. 2 lit. b OR 54
- 2.11.6. Rechtsfolgen einer fristlosen ungerechtfertigten Kündigung ohne vorheri-
ge Anhörung der Lehrtochter bzw. der Eltern 54

2.12. Gesamtarbeitsvertrag

LMV für das Bauhauptgewerbe 2008-2010

Bezeichnung als „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C“ im Arbeitsvertrag
als Rechtsgrundlage für höheren als vereinbarten Lohn (Art. 42 LMV)?
(siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2011-2013 73

A. Einleitung

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gleichzeitig wurden das baselstädtische Einführungsgesetz zur ZPO in Kraft gesetzt und das Gerichtsorganisationsgesetz angepasst. Seither heisst das Gewerbliche Schiedsgericht allgemeiner und zeitgemässer Arbeitsgericht (§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 GOG; § 9 Abs. 2 Ziff. 4 EG ZPO). Die bisherige Bezeichnung geht auf die Einführung der Spezialgerichtsbarkeit für Dienstverhältnisse in Gewerbe-, Handels- und Fabrikationsbetrieben im 19. Jahrhundert zurück. Sie blieb auch erhalten, nachdem die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts auf die Arbeitsverhältnisse aller Berufe ausgedehnt worden war. Hinzu kam, dass der Begriff Schiedsgericht zuweilen nicht mit staatlicher, sondern privater Gerichtsbarkeit in Verbindung gebracht wurde.

Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für jene Verfahren, die bei Inkrafttreten der schweizerischen ZPO rechtshängig waren, bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz die baselstädtische Zivilprozessordnung. Die Anhängigmachung eines Arbeitsrechtsprozesses erfolgte nach bisherigem baselstädtischem Recht (mit Ausnahme der Klagen nach Gleichstellungsgesetz) durch Klage beim zuständigen Gericht, bei Arbeitsstreitigkeiten bis CHF 30'000.00 Streitwert beim Arbeitsgericht, bei höheren Streitwerten beim Zivilgericht als ordentlicher Instanz. Nach Einreichung der Klage beim Arbeitsgericht wurden die Parteien entweder in ein Vorverfahren oder – gegebenenfalls nach Durchführung eines Schriftenwechsels – direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen. Das Vorverfahren diente vornehmlich der Vermittlung unter den Parteien und in den übrig gebliebenen, nicht erledigten Fällen der prozessualen Vorbereitung der Hauptverhandlung. Die schweizerische Zivilprozessordnung hat diesbezüglich eine grundsätzliche Änderung mit sich gebracht. Vor der Anrufung eines Gerichts ist ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde durchzuführen (Art. 197 ZPO), das die Versöhnung der Parteien bezweckt (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Zuständig ist in Basel-Stadt für arbeitsrechtliche Streitigkeiten (ausserhalb des Gleichstellungsgesetzes) die Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts. Von der Pflicht, als erstes die Schlichtungsbehörde anzurufen, gibt es wenige Ausnahmen. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten von mindestens CHF 100'000.00 können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Zudem kann die klagende Partei einseitig darauf verzichten, wenn die beklagte Partei ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland hat, wenn deren Aufenthaltsort unbekannt ist sowie in Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (Art. 199 Abs. 2 ZPO). Falls im Schlichtungsverfahren die Klage weder anerkannt noch zurückgezogen wird und keine Einigung der Parteien gelingt, so ist der klagenden Partei die Klagebewilligung ausstellen (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese kann in den darauf folgenden drei Monaten ihre Klage beim zuständigen Gericht einreichen (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Die dreimonatige Klagefrist steht während den Gerichtsferien still (BGE 138 III 615 E. 2), das heisst in der Zeit vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach

Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 ZPO).

Mit der Klage beim Arbeitsgericht ist die Klagebewilligung einzureichen. Vor Arbeitsgericht werden die Klagen im vereinfachten Verfahren beurteilt. Das vereinfachte Verfahren gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und ohne Rücksicht auf den Streitwert für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz und nach dem Mitwirkungsgesetz (Art. 243 Abs. 2 lit. a und lit. e ZPO). Für die Erhebung der Klage steht wie bisher ein Klageformular zur Verfügung. Eine Klagebegründung ist nicht erforderlich (Art. 244 Abs. 2 ZPO). Falls die Klage ohne Begründung eingereicht wird, werden die Parteien direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen. Eine mit einer Begründung versehene Klage wird hingegen der beklagten Partei zur schriftlichen Stellungnahme zugestellt (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Dabei handelt es sich jedoch nicht um die eigentliche Klageantwort. Vielmehr haben die Parteien ihre Anträge in der Hauptverhandlung zu stellen und zu begründen, falls kein Schriftenwechsel angeordnet wurde (Art. 246 Abs. 2 ZPO). Die Entscheide des Arbeitsgerichts werden in der Hauptverhandlung mündlich begründet. Das Entscheiddispositiv wird entweder an der Hauptverhandlung an die Parteien ausgehändigt oder ihnen in der Folge postalisch zugestellt (Art. 239 Abs. 1 ZPO). Eine schriftliche Begründung kann innert zehn Tagen von dieser Eröffnung an gerechnet verlangt werden. Anderenfalls wird der Entscheid rechtskräftig (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Gegen einen schriftlich begründeten Entscheid des Arbeitsgerichts kann beim Appellationsgericht Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO) oder, falls in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbehörden mindestens CHF 10'000.00 betrug, Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO) erhoben werden.

Die Einführung des Schlichtungsverfahrens durch die neue Zivilprozessordnung hat dazu geführt, dass der grösste Teil der anhängig gemachten Verfahren in diesem Stadium definitiv erledigt wird. In den meisten Fällen kann die Schlichtungsbehörde die Parteien einigen. Hinzu kommen aussergerichtliche Einigungen, die sich in eingereichten Vergleichen sowie im Rückzug der Schlichtungsgesuche oder Klageansprüche manifestieren. Hinzu kommen Klageanerkennungen, sobald das Schlichtungsgesuch der gesuchsbeklagten Partei zugestellt wird. In einigen Fällen muss hingegen das Schlichtungsverfahren sistiert werden, weil über eine der Parteien der Konkurs eröffnet wird, weil das Ergebnis eines anderen Verfahrens, beispielsweise eines laufenden Strafverfahrens, abzuwarten ist oder weil sich die Parteien in direkten Verhandlungen miteinander um eine Einigung bemühen. Die hohe Erledigungsquote im Schlichtungsverfahren führt dazu, dass sich die Zahl der beim Arbeitsgericht eingereichten Klagen gegenüber den Jahren vor 2011 deutlich verringert hat. Die Verfahren über diese Klagen vor Arbeitsgericht sind oft aufwändiger als früher und dauern entsprechend länger. Komplizierte Sachverhalte erfordern die Durchführung eines (doppelten) Schriftenwechsels, die Einholung amtlicher Erkundigungen bei anderen

Behörden, bei Versicherungen und bei Ärzten sowie von Expertisen, die Befragung zahlreicher Zeugen, nicht selten auf dem Wege einer rogatorischen Einvernahme durch ausländische Gerichte, und die Sichtung von umfangreichem Aktenmaterial. Die Wiedereinführung der „Gerichtsferien“, die im Interesse der Parteien und ihrer Rechtsvertreter zu einem Stillstand gesetzlicher und gerichtlicher Fristen führen und eine Durchführung von Gerichtsverhandlungen grundsätzlich ausschliessen (Art. 145 f. ZPO), trägt ihrerseits zu einer Verzögerung der Verfahren bei.

In der Berichtsperiode 2011 bis 2013 wurden bei der Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts 1'671 arbeitsrechtliche Schlichtungsgesuche (Jahr 2011: 644; Jahr 2012: 518; Jahr 2013: 509) eingereicht. Davon waren 1'536 Gesuche mit einem Streitwert bis CHF 30'000.00 (Jahr 2011: 606; Jahr 2012: 480; Jahr 2013: 450). Anzumerken ist, dass die im Vergleich zu den folgenden beiden Jahren grössere Zahl von 606 Schlichtungsgesuchen im Jahre 2011 sich durch 212 gleichartige Gesuche von Angestellten derselben Arbeitgeberin erklärt. Die meisten dieser Gesuche sind ausserordentlichweise noch an der Schlichtungsbehörde hängig und daher nicht erledigt. In der Berichtsperiode wurden 169 Klagebewilligungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis CHF 30'000.00 Streitwert (Jahr 2011: 41; Jahr 2012: 64; Jahr 2013: 64) ausgestellt. Beim Arbeitsgericht wurden in der Folge bis Ende 2013 142 Klagen (Jahr 2011: 29; Jahr 2012: 46; Jahr 2013: 67) eingereicht. Davon wurden in der Berichtsperiode 92 Gerichtsverfahren (Jahr 2011: 19; Jahr 2012: 27; Jahr 2013: 46) abgeschlossen, wovon 60 durch Urteil (Jahr 2011: 12; Jahr 2012: 16; Jahr 2013: 32). In der Statistik über die Berichtsperiode des Arbeitsgerichts am Ende dieses Berichts (S. 73 ff.) sind zusätzlich die vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung eingereichten Klagen enthalten, deren Verfahren im Verlaufe der Berichtsperiode vor dem Arbeitsgericht abgeschlossen wurden.

Gegen die in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Verfahren wurde in acht Fällen mit Beschwerde oder Berufung das Appellationsgericht angerufen. Auf eine von zwei Beschwerden wurde nicht eingetreten, die andere abgewiesen. Zwei Berufungen sind noch hängig. Eine weitere Berufung wurde zurückgezogen; die drei Übrigen wurden abgewiesen. Ein Fall wurde danach noch an das Bundesgericht weitergezogen, das die Beschwerde abwies, soweit darauf einzutreten war (BGer 4A_700/2012). Im nachfolgenden Bericht werden auch die Urteile von vier Fällen aus dem Jahre 2010 wiedergegeben, die erst im Verlaufe der Berichtsperiode rechtskräftig wurden.

B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

1. Prozessrechtliche Fragen

1.1. **Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 aOR; Art. 247 Abs. 2 ZPO)**
(siehe unter Ziffern 2.9.1., S. 33, und 2.11.1.-6., S. 54)

1.2. **Parteientschädigung (Art. 106 f. ZPO)**

Beim Überklagen bzgl. Konventionalstrafe aus Konkurrenzverbot
(siehe unter Ziffer 2.10.3., S. 44)

2. Materiellrechtliche Fragen

2.1. **Art. 319, 418a OR. Zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Agenturvertrag. In casu lag ein Agenturvertrag über die Vermittlung und den Abschluss von Verträgen über Text- und Werbeflächen in einer Fachzeitschrift an Inserenten vor.**

K. und die F. GmbH schlossen am 8.4.2010 einen mit „Agenturvertrag“ überschriebenen Vertrag, gemäss welchem K. im Namen und im Auftrag der F. GmbH Verträge über Text- und Werbeflächen in einer Fachzeitschrift an geeignete Inserenten vermitteln oder abschliessen sollte. Während der Einführungsphase gewann der geschäftsführende Verkaufsleiter der F. GmbH den Eindruck, dass K. für die Arbeit nicht qualifiziert sei, und löste den Vertrag am 13.4.2010 per sofort auf.

Mit Klage vom 30.5.2010 beantragte K. beim Gewerblichen Schiedsgericht, die F. GmbH sei zur Zahlung von CHF 5'000.00 Lohn bis zum Ablauf einer vierwöchigen Kündigungsfrist sowie CHF 5'000.00 als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu verurteilen. Am 2.8.2010 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Eine von K. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 24.3.2011 ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **1.2** Angefochten ist ein Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts. Zwar war (schon) vor der Vorinstanz die Qualifikation des zwischen den Parteien bestehenden

Vertrags und damit die [...] Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts zur Beurteilung der darauf beruhenden Klage umstritten (vgl. unten E. 2.1). Vom Kläger behauptete Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind indessen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Beurteilung der Zuständigkeit vorerst als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 34, m.w.H.). Das Gewerbliche Schiedsgericht hat seine Zuständigkeit zur *Prüfung* des eingeklagten Anspruchs daher zu Recht bejaht. [...].

2.

2.1 Das Gewerbliche Schiedsgericht ist gemäss § 4 GOG zuständig für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitbetrag von CHF 30'000.00 Forderungen aus einem Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR sind nicht vom Gewerblichen Schiedsgericht, sondern vom ordentlichen Zivilgericht zu beurteilen. Der Beschwerdeführer hat vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Forderungen aus seinem Vertrag mit der Beschwerdegegnerin vom 8.4.2010 geltend gemacht. Diese hat die [...] Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts mit ihrer Eingabe vom 22.6.2010 sinngemäss bestritten. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat erwogen, der Vertrag sei als „Agenturvertrag gemäss Art. 418a OR“ bezeichnet gewesen, und der Beschwerdeführer sei weder in persönlicher noch in betrieblicher Hinsicht in einer Abhängigkeit zur Beschwerdegegnerin gestanden. Letztlich könne die Frage der Vertragsqualifikation (und damit der Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts) aber offen bleiben und werde nicht abschliessend beurteilt, da die Forderung auch bei Annahme eines Arbeitsvertrags abzuweisen sei. Es hat in der Folge die Klage abgewiesen, soweit es darauf eintrat. [...].

3.

3.1 Der Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR unterscheidet sich vom Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR namentlich durch die rechtliche Subordination der Arbeit leistenden Person als betriebliche, persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit von der Person, für welche die Arbeit geleistet wird (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 319 OR N 27; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 319 OR N 42 ff., 49 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 319 OR N 6 ff.; HARDER, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, 2. Auflage 2002, S. 83 ff.; BGer 553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.1, 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4 m.w.H.). Diese Subordination kann sich einerseits in der Integration der Arbeit verrichtenden Person in eine fremde Arbeitsorganisation zeigen, etwa durch die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, die Verfügbarkeit eines Arbeitsplatzes in den Räumlichkei-

ten des Vertragspartners, vorgeschriebene Arbeitszeiten oder die Ausstattung mit Arbeitsgeräten und Material durch den Vertragspartner (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage 2007, N 18; BGer 4A_562/2008 vom 30.1.2009 E. 3.2.3; AGE 989/2005 vom 27.10.2005). Charakterisierend für ein Subordinationsverhältnis und damit für einen Arbeitsvertrag ist andererseits die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers, welche in der Pflicht zum Empfang und zur Befolgung von Weisungen und Instruktionen von bestimmten Vorgesetzten, die den Gang und die Gestaltung der Arbeit unmittelbar beeinflussen, in der Einbettung in eine hierarchische Struktur, in einer umfassenden Rechenschaftspflicht und in der Kontrolle durch den Vertragspartner zum Ausdruck kommen kann. Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass auch im Rahmen eines Auftrags Weisungen zu befolgen sind. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsabhängigkeit an (BGer 4A_553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.2; GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen 2002, S. 125 ff.; HARDER, a.a.O., S. 88 f.; BGer 4C.276/2006 vom 25.1.2007 E. 4.3.1). Von geringerer Bedeutung zur Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag ist demgegenüber die öffentlichrechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses durch Sozialversicherungsträger und Steuerbehörden als selbständige oder unselbständige Tätigkeit (AGE 921/2000 vom 21. 6. 2000; 990/1999 vom 27.9.1999). Nicht massgebend ist die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses durch die Parteien selbst (Art. 18 Abs. 1 OR) (vgl. zum Ganzen: AGE 1020/2008 vom 3.6.2009, E. 2.2).

3.2 Der von den Parteien am 8.4.2010 abgeschlossene Vertrag ist mit „Agenturvertrag [...] im Sinne des Art. 418a des schweizerischen Obligationenrechts“ überschrieben. Aufgabe des als „Agentur“ bezeichneten Beschwerdeführers war gemäss Ziff. I.1 dieses Vertrags, Geschäfte für die vom Auftraggeber bezeichneten Produkte zu vermitteln und abzuschliessen. Konkret ging es um die Vermittlung und den Abschluss von Geschäften für die Zeitschrift „X.“ (Ziff. I.2). Ausdrücklich wurde festgehalten, dass die Agentur (der Beschwerdeführer) nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber stehe, sondern selbständige(r) Gewerbetreibende(r) sei (Ziff. I.4). Gemäss Ziff. I.5 des Vertrags standen der Agentur (dem Beschwerdeführer) jeweils nachmittags von 13.00 bis 17.00 Uhr die Büroräumlichkeiten des Auftraggebers zur Verfügung. Bezüglich Entschädigung wurde festgehalten, es werde von einem Mindestumsatz von CHF 10'000.00 in 3 Monaten ausgegangen. Bis zu CHF 40'000.00 Monatsumsatz werde eine Umsatzprovision von 20% auf dem im Vormonat erzielten Umsatz vergütet. Ab CHF 40'001.00 Monatsumsatz würden 25% als Provision fällig (Ziff. II.3). Der Provisionsanspruch entstehe mit dem Abschluss der gültigen Verträge, d.h. mit der Vorweisung der von den Inserenten unterschriebenen Insertionsverträge (Ziff. II.4). Als Kündigungsfrist waren im ersten Vertragsjahr 1 Monat, ab dem zweiten Vertragsjahr 2 Monate vorgesehen.

3.3 Mit dieser Regelung stellt sich der Vertrag nicht als Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR dar. Sowohl der Inhalt, nämlich das Vermitteln und Abschliessen von Insertionsaufträgen, als auch der Entschädigungsmodus und die Regelung der Entstehung des Entschädigungsanspruchs, welche vom Abschluss der gültigen Insertionsaufträge abhängt, entsprechen einem klassischen Agenturvertrag gemäss Art. 418a ff. OR. Dem Beschwerdeführer waren – abgesehen von einem durchschnittlichen Mindestumsatz von CHF 10'000.00 pro Monat – weder ein bestimmtes Arbeitsvolumen noch eine bestimmte Arbeitsdauer vorgeschrieben. Über Umfang und Zeitpunkt seiner Ferien konnte er frei bestimmen, ohne dass dies von der Beschwerdegegnerin ausdrücklich hätte bewilligt oder mit ihr abgesprochen werden müssen. Es war dem Beschwerdeführer auch nicht verboten, neben seiner Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin auch eine anderweitige Erwerbstätigkeit auszuüben. Es bestand somit keine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beschwerdegegnerin, wie sie für einen Arbeitsvertrag typisch wäre (vgl. BGer 4A_553/2008 vom 9.2.2009 E. 4.2).

Die einzige Bestimmung im Vertrag, die im Rahmen eines Agenturvertrages nicht ganz üblich ist, ist Ziff. I.5, wonach die Büroräumlichkeiten der Beschwerdegegnerin der Agentur (dem Beschwerdeführer) jeweils nachmittags von 13 bis 17 Uhr zur Verfügung standen. Allerdings zeigt schon die Formulierung dieser Bestimmung, dass der Beschwerdeführer zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet war, sich zu diesen Zeiten in den Büroräumlichkeiten der Beschwerdegegnerin aufzuhalten. Wie sich aus dem Protokoll der erstinstanzlichen Verhandlung ergibt, wurde der entsprechende Passus in den Vertrag eingefügt, weil der Beschwerdeführer die Email-Programme nicht bedienen konnte. Dieses Angebot sollte dem Beschwerdeführer ermöglichen, sich vor Ort mit der Arbeit vertraut zu machen. Dies räumte der Beschwerdeführer denn auch ein [...]. Auch diese Bestimmung spricht somit nicht für das Bestehen eines Arbeitsvertrags. Eine Umgehungs Komponente ist nicht erkennbar. Die Vorinstanz hat zu Recht erkannt, dass der Beschwerdeführer weder in persönlicher noch in betrieblicher Hinsicht in einer Abhängigkeit zur Beschwerdegegnerin stand.

3.4 Daraus ergibt sich, dass sich der eingeklagte Anspruch auf einen Agenturvertrag stützt, so dass das Gewerbliche Schiedsgericht nicht zu dessen materieller Beurteilung zuständig war. Es hätte daher gar nicht auf die Klage eintreten müssen. [...]"

(AGE vom 24.3.2011 in Sachen von K. gegen F. GmbH, BE 2010.73; GS 2010.166)

2.2. **Arbeitspflicht (Art. 321 OR)**

Berechtigte Arbeitsverweigerung bei Lohnrestanzen aufgrund von Abrechnungsdifferenzen bezüglich Quellensteuern?
(siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)

2.3. **Art. 321 OR; Art. 13 ArGV1. Es ist nicht zulässig, bei einem sog. Call-Center Agenten die Entlöhnung vertraglich auf die reine Gesprächszeit als Arbeitszeit zu beschränken, während die übrige Zeit, in der sich der Arbeitnehmer weiterhin in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin aufhält und zur Arbeitsleistung bereit ist, nicht entlohnt wird.**

K. schloss mit der S. GmbH am 31.1.2011 einen Arbeitsvertrag als Call-Center Agent und am 9.3.2011 einen Arbeitsvertrag als Teamleiter ab. In beiden Verträgen wurde ein Bruttostundenlohn von CHF 30.00 vereinbart, wobei im Call-Center-Agentenvertrag die Telefongesprächszeit als massgebend bezeichnet wurde. Hinzu kam eine Nettoumsatzbeteiligung auf den Eigenverkauf.

Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren beehrte K. am 9.11.2011 mit Klage vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung der S. GmbH zur Zahlung von Lohndifferenzen hauptsächlich wegen nicht bezahlter Arbeitszeit. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 25.1.2012 teilweise gut, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.4.** Umstritten ist unter den Parteien ferner, welche Zeit als Arbeitszeit gilt, die zu entlohnen ist. Die Beklagte beruft sich für die Tätigkeit des Klägers als Call-Center Agent darauf, dass der betreffende Arbeitsvertrag in § 7 die Telefongesprächszeit für massgebend erklärt. Für den Kläger hingegen ist die gesamte Zeit, die mit dem Betreten des Arbeitsortes beginnt und dem Verlassen desselben endet, zu entlöhnende Arbeitszeit.

Arbeitszeit ist die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung inner- oder ausserhalb des Betriebes zur Verfügung der Arbeitgeberin bereit hält und daher nicht darüber frei verfügen kann (Art. 13 ArGV1; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage 2006, zu Art. 321 OR N 9, S. 122). Deshalb gehören auch Bereitschafts- und Pikettdienste zur Arbeitszeit (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O.). Auch Pausen sind Arbeitszeit, wenn der Arbeitsplatz, das heisst die zur Arbeitsleistung vorgesehenen und dienenden Räumlichkeiten, nicht verlassen werden darf (Art. 15 Abs. 2 ArG; BGer 4A_343/2010 E. 4.4). Die umschriebene Arbeitszeit ist Grundlage zur Berechnung des Zeitlohnes. Hingegen kann die Entlöhnung nicht auf die reine Gesprächszeit vertraglich beschränkt werden, während die

übrige Zeit, in der sich der Arbeitnehmer weiterhin in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers aufhält und zur Arbeitsleistung bereit ist, nicht entlohnt wird. Die Beklagte hat die Zulässigkeit für eine Entlohnung allein der Gesprächszeit mit dem Hinweis auf Akkordlohnarbeit begründet. Akkordlohnarbeit ist jedoch definitionsgemäss jede Art von leistungs- und nicht zeitabhängig entlohnter Arbeit (STREIFF/VON KAENEL, Art. 326 OR N 2, S. 324; Art. 326 Abs. 2 OR). Sie stellt entweder auf die Menge oder die Güte der Arbeitsleistung oder auf eine Kombination von beidem ab (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 326 OR N. 3, S. 422). Dabei kann als massgebende Menge der Arbeitsleistung nicht die Zeit allein, die der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit aufwendet, eingesetzt werden, wenn dies zu einer Umgehung der erläuterten Definition der Arbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz führen würde. Dies wäre vorliegend denn auch der Fall. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 25.1.2012 in Sachen K. gegen S. GmbH, GS 2011.23; veröffentlicht in JAR 2013, S. 432 f.)

- 2.4.1. Art. 321c Abs. 3 OR. Zum Verhältnis eines im Arbeitsvertrag schriftlich vereinbarten generellen Ausschlusses der gesonderten Überstundenkompensation zu einer später mündlich getroffenen Abrede über den Ausgleich von Überstunden in Freizeit.**
- 2.4.2. Art. 3 lit. d ArG, Art. 9 ArGV1. Ob jemand als höherer leitender Angestellter gilt, hängt von seinem Stellenprofil und seinen Aufgaben ab. Massgebend ist die Zuständigkeit zur Leitung eines Betriebs, wobei dies streng auszulegen ist.**

Am 13.9.2007 unterschrieben die F. AG und D. einen Arbeitsvertrag, wonach D. vom 1.1.2008 an oder allenfalls früher als „Project Execution Manager“ für die F. AG in Saudi-Arabien tätig sein werde. Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch D. auf den 30.4.2010 verlangte dieser per Email die Bezahlung von 309 Überstunden. Die F. AG wies D. mit Schreiben vom 18.5.2010 darauf hin, dass anlässlich eines gemeinsamen Meetings vereinbart worden sei, dass die Management Teammitglieder berechtigt seien, ihre Überstunden auf dem Time Sheet zu notieren und diese mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren, soweit es die Arbeit erlaube, und eine Geldzahlung unter keinen Umständen erfolge.

Mit Klage vom 25.5.2010 verlangte D. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der F. AG zur Zahlung von CHF 28'738.51, bestehend aus CHF 441.51 Bonus-Differenzzahlung und CHF 28'297.00 für 309 Überstunden. Im Lauf des Verfahrens verzichtete er auf die Bonus-Differenzzahlung von CHF 441.51. Anlässlich der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts erhob die F. AG Widerklage auf

Verurteilung von D. zur Zahlung von CHF 1000.00 Konventionalstrafe wegen Verletzung des vereinbarten Konkurrenzverbots. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage und die Widerklage mit Entscheid vom 13.9.2010 abgewiesen. Eine von D. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Appellationsgericht am 6.3.2012 ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.2** Im Arbeitsvertrag zwischen den Parteien war in Bezug auf Überstunden was folgt vereinbart: Als Arbeitszeit wurden 8 Stunden pro Tag vereinbart. Zudem wurde bestimmt, dass von Mitarbeitern in Management-Positionen erwartet werde, dass sie die Arbeit ohne Rücksicht auf die offiziellen Arbeitszeiten erledigten. Das Weitere bezüglich der Arbeitszeit sei im Personalreglement geregelt (Ziffer 3 des Arbeitsvertrages). Die Überstundenregelung sah vor, dass die Kompensation für notwendige Überstunden im Lohn und weiteren Vorteilen, wie sie in Ziffer 5 des Arbeitsvertrages definiert seien, enthalten sei (Ziffer 8 des Arbeitsvertrages). Ferner war ein Bonus von 10% des Basissalärs vorgesehen, wobei auf das Personalreglement verwiesen wurde (Ziffer 6 des Arbeitsvertrages). Das Personalreglement enthielt auch eine Bestimmung bezüglich der Jahresarbeitszeit. Bezüglich der Überstunden war vorgesehen, dass diese vorgängig zu bewilligen seien, anderenfalls könnten sie nicht geltend gemacht werden. Jeder Mitarbeiter registriere seine Arbeitsstunden auf einem offiziellen Time Sheet, das alle 10 Tage abgegeben werden musste und verschiedene Kontrollmechanismen im Betrieb durchlief. Der Beschwerdeführer leistete vom 1.7.2008 an regelmässig Überstunden, die jeweils vom General Manager und Delegierten des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift visiert wurden.

2.3 Die Vorinstanz berücksichtigte bei ihrem Entscheid die arbeitsvertraglichen und die öffentlichrechtlichen Bestimmungen im Obligationenrecht (OR; SR 220) und die des Arbeitsgesetzes (ArG; SR 822.11). Sie geht zutreffend von der grundsätzlichen Pflicht zur Erbringung von Überstunden nach Art. 321c OR aus (vgl. auch PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2004, N 164 ff.). Solche sind primär mit Freizeit auszugleichen und andernfalls zu vergüten. Die gesetzliche Bestimmung über die Kompensation ist nicht zwingend und kann von den Parteien beliebig abgeändert werden. Die zivilrechtliche Pflicht zur Leistung von Überstunden findet ihre Grenze an den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche die Überzeitarbeit aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes einschränken (vgl. VON KAENEL/STREIFF, Arbeitsvertragsrecht Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage, Art. 321c OR N 3). Auf Angestellte mit einer höheren leitenden Tätigkeit ist das Arbeitsgesetz jedoch nicht anwendbar (Art. 3 lit. d ArG).

In der Sache geht die Vorinstanz davon aus, dass die Parteien schriftlich vereinbart haben, dass Überstunden im Lohn inbegriffen seien. Mündlich hätten danach die Parteien abweichend vereinbart, dass Überstunden mit Freizeit kompensiert werden

könnten. Aus dieser zusätzlichen mündlichen Vereinbarung schliesst die Vorinstanz, dass damit nur die Kompensation, nicht aber auch die Entgeltung vereinbart worden sei. Ergänzend erwog die Vorinstanz, dass selbst wenn die mündliche Vereinbarung sinngemäss auch eine Kompensation mit Geld umfasst hätte, eine solche vorliegend nicht zum Zuge käme, weil der Beschwerdeführer ohne einen durch die Beschwerdegegnerin verursachten Grund das Arbeitsverhältnis selber beendet habe. Zwar sei der Beschwerdeführer kein höherer leitender Angestellter im Sinne von Artikel 3 lit. d ArG und das Gesetz folglich auf ihn anwendbar, doch habe er für die gesamte geleistete Überzeit Freizeit bezogen, so dass er keine Ansprüche mehr habe.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz Widersprüchlichkeit und Willkür vor, indem sie ihn im Laufe der Verhandlungen zuerst als leitenden Angestellten qualifiziert habe und „von dieser Meinung im Verlaufe der Verhandlung wieder abgewichen“ sei [...]. Der Begriff des „leitenden höheren Angestellten“ als Ausschluss vom Anwendungsbereich in der Frage der Überzeitkompensation nach Art. 9 Arbeitsgesetzverordnung 1 (ArGV1; SR 822.111) stellt indessen keine allgemeine Definition dar, welche für alle in einem Arbeitsvertrag irgendwie als leitende Angestellte bezeichneten Vertragspartner gilt. Wird in einem Arbeitsvertrag ein Arbeitnehmer als „leitender Angestellter“ bezeichnet, so ist zunächst zu untersuchen, was die Parteien damit genau gemeint haben. Vorliegend geht es aber nicht einmal um identische Bezeichnungen, welche auf den Willen der Parteien hin zu untersuchen wären. Der Beschwerdeführer wurde im Arbeitsvertrag vom 13.9.2007 als „employee in management position“ bezeichnet. Ob er als höherer leitender Angestellter nach Art. 9 ArGV1 gilt, hängt von seinem Stellenprofil und seinen Aufgaben ab. Hierbei ist anzumerken, dass sogar der Beschwerdeführer in der Beschwerde bestätigt, keine Budgetverantwortung gehabt zu haben [...]. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt [...], geht es beim Begriff des höheren leitenden Angestellten gemäss Arbeitsgesetz um eine Zuständigkeit zur Leitung des Betriebs. Das ist streng auszulegen. Nach Ansicht der Vorinstanz war der Beschwerdeführer zwar ein leitender, aber nicht ein höherer leitender Angestellter. Dies ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag vom 1.9.2007, der in Ziffer 1 besagt, dass der Beschwerdeführer als „Project Execution Manager“ eingestellt wird. Als Aufgaben werden insbesondere aufgeführt: „Line Management of the project management and engineering departments“; „Management and control of assigned projects (cost estimates, tracking, controlling, reporting, reviews und approvals)“. Employees in management position haben nach Ziffer 3 des Arbeitsvertrages ihre Arbeit unabhängig von den offiziellen Arbeitszeiten zu erfüllen. Mit den in Ziffer 1 des Arbeitsvertrages aufgeführten Aufgaben stellte die Tätigkeit des Beschwerdeführers offensichtlich eine leitende Position dar, was sich auch aus dem Einkommen von CHF 12'800.00 brutto pro Monat nebst Bonus ergibt. Daraus folgt, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Beschwerdeführer nach dem

Arbeitsvertrag als employee in management position, nicht aber als leitender Angestellter im Sinn von Art. 9 ArGV1, zu qualifizieren ist.

3.2 Ziffer 8 des Arbeitsvertrages legt fest, dass bei employees in management position allfällige Überstunden im Salär inbegriffen sind. Gleichwohl haben die Parteien, anlässlich eines Management Meetings am 4.7.2008 mündlich vereinbart, dass in Abweichung zum Vertrag Überstunden auf Time Sheets anzugeben seien und mit Freizeit kompensiert werden könnten. Grundsätzlich sind Überstunden durch Lohn zu entschädigen, der sich nach dem Normallohn mit einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst (Art. 321c Abs. 3 OR). Durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine andere Lösung getroffen werden (Art. 321c Abs. 3 OR), auch wenn sie für den Arbeitnehmer ungünstiger ist. Demnach kann beispielsweise der Zuschlag von einem Viertel des Lohns oder überhaupt jegliche Vergütung der Überstunden ausgeschlossen werden (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2004, N 176 ff.).

Weder das Meeting noch dessen Gesprächsinhalt werden von den Parteien bestritten. Wenn also unbestrittenermassen die Parteien anlässlich dieses Meetings unter Bezug auf ihren Arbeitsvertrag folgendes beschlossen haben: „the management team members with this clause in the contract are allowed to note the overtime on the time sheet and can compensate it with the equal amount of time when the business allows it“, so findet sich auch hier noch einmal eine Bestätigung, dass der Beschwerdeführer ein employee in management position ist und dass die Vereinbarung allein die Kompensation von Überstunden in Freizeit, nicht aber in Geld umfasst. Diese Vereinbarung geht der dispositiven gesetzlichen Regelung gemäss Art. 321c OR vor.

3.3 Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass diese vertragliche Regelung dem Beschwerdeführer auch im Falle der Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Auszahlung eines allfälligen restlichen Überzeitguthabens verhelfen kann, dies weil er selber und ohne Veranlassung durch die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis beendet hat. Die Überlegung des Beschwerdeführers, ob die mündliche Vereinbarung der Überzeitkompensation mit Freizeit überhaupt Vertragsinhalt geworden sei, geht fehl und hilft diesem nicht weiter. Denn würde die mündliche Vereinbarung wegfallen, so würde der Arbeitsvertrag gelten, der eine Kompensation von Überstunden überhaupt ausschliesst, weil solche Zeit im Salär inbegriffen ist. Der Beschwerdeführer irrt, wenn er glaubt, in diesem Fall wäre nichts geregelt und es käme Art. 321c Abs. 2 OR zur Anwendung. Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung ebenfalls dargelegt [...], dass die vertragliche Abmachung im Umfang geleisteten Überzeiten nicht zu einer Verletzung des Arbeitsgesetzes geführt hat.

3.4 Unbestritten sind die von der Vorinstanz ausführlich dargelegten Einzelheiten zum Rechnerischen bezüglich der Überstunden, weshalb auf diese verwiesen werden kann. [...]"

(AGE vom 6.3.2012 in Sachen von D. gegen F. AG, BE 2010.96; GS 2010.164)

2.4.3.-6. Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 3 lit. d, 9 Abs. 1 lit. a, Art. 12, 13 Abs. 2 ArG; Art. 9, 25 Abs. 2 ArGV1. Keine höhere leitende Tätigkeit durch einen Senior Management Consultant mangels ihm unterstellter Mitarbeiter, Entscheidungsmacht und Verantwortung. Weist eine Arbeitgeberin Zeiterfassungsblätter des Arbeitnehmers nicht als unrichtig zurück, darf der Arbeitnehmer von einer Genehmigung ausgehen. Kein Rechtsmissbrauch durch Berufung auf zwingend zu entschädigende Überzeit sowie durch Geltendmachung der Entschädigung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die nach Art. 13 Abs. 1 ArG für Büropersonal entschädigungsfreien ersten 60 Stunden Überzeit setzen die Wegbedingung jeder Entschädigung nach Art. 321c Abs. 3 OR voraus. 60 Stunden gelten dabei für ein volles Kalenderjahr; bei nicht vollen Kalenderjahren ist die Stundenzahl entsprechend zu kürzen.

I. trat am 1.3.2002 bei der M. AG, einer Personal- und Organisationsberatungsfirma, als Business Consultant ein. Seit 1.1.2007 wurde er als Senior Management Consultant bei einer Arbeitszeit von „in der Regel 40 Stunden pro Woche“ zu einem „Fix-Gehalt“ von CHF 150'000.00 beschäftigt. Hinzu kam eine Beteiligung aus den von I. erarbeiteten Umsätzen gemäss dem „Salary System“. I. kündigte das Arbeitsverhältnis auf Ende Mai 2009. Mit Teilklage vom 26.2.2010 beehrte er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung über CHF 30'000.00 brutto nebst Zins zu 5% für in den Jahren 2008 und 2009 geleistete Überzeit. Das Arbeitsgericht hiess die Teilklage am 5.5.2011 vollumfänglich gut, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.2.1.** Überstunden sind Arbeit, die über die Normalarbeitszeit hinausgeht (Art. 321c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Überstunden zu leisten, sofern und soweit solche Mehrarbeit notwendig und ihm nach Treu und Glauben zumutbar ist. Überstunden sind dann als notwendig anzusehen, wenn auf ihre Leistung aus betrieblicher Sicht ein Bedürfnis besteht und sie auf andere Weise durch die Arbeitgeberin nicht leicht zu vermeiden sind. Als angeordnet oder betriebsnotwendig gelten sie auch, wenn die Arbeitgeberin darum weiss, dass sie geleistet werden, dagegen jedoch nicht einschreitet (BGE 4A_259/2010 E. 2.7). Ohne Anordnung hat der Arbeitnehmer die Mehrarbeit zu leisten, wenn sich die Notwendigkeit aus der zugewiesenen Arbeit oder der Dringlichkeit der Fälle ergibt (BGer 4C.133/2000 E. 2b).

2.2.2. Ob, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise Überstunden abzugelten sind, ergibt sich in erster Linie aus Vertrag. Durch schriftliche Abrede kann die Abgeltung der Überstunden, bevor sie geleistet werden, frei geregelt, insbesondere ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 3 OR). Ohne solche Abrede ist dem Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis Freizeit von gleicher Dauer zu gewähren (Art. 321c Abs. 2 OR). Falls die Überstunden nicht durch Freizeit ausgeglichen wurden, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den Normallohn zuzüglich einem Zuschlag von mindestens 25% (Art. 321c Abs. 3 OR). Die Beweislast (Art. 8 ZGB) für geleistete Überstunden – wann und wie viele davon geleistet wurden, ob sie notwendig sowie angeordnet bzw. genehmigt wurden – trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer (BGE 129 III 171 E. 2.4).

2.2.3. Überzeitarbeit sind Überstunden, die die Höchstarbeitszeit überschreiten (Art. 12 ArG). Für Büropersonal beträgt die Höchstarbeitszeit 45 Wochenstunden (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Überzeit ist zwingend mit dem Basislohn und einem Lohnzuschlag von mindestens 25% abzugelten, wenn sie nicht mit Einverständnis des Arbeitnehmers binnen 14 Wochen durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 Abs. 2 ArG iVm Art. 25 Abs. 2 ArGV1; BGer 4A_259/2010 E. 2.5.1, 2.6; BGE 126 III 337 E. 6b, c = Pra 2001 Nr. 47, S. 273). Für kaufmännisches Personal gilt dies jedoch erst für eine Überzeit von mehr als 60 Stunden im Kalenderjahr (BGer 4C.47/2007 E. 3.1; BGE 126 III 337 E. 6a, c = Pra 2001 Nr. 47, S. 273). Allerdings sind die ersten 60 Stunden nur dann entschädigungslos, wenn Art. 321c Abs. 3 OR vertraglich wegbedungen wurde (BGer 4C.47/2007 E. 3.1).

2.2.4. Auf höhere leitende Angestellte finden die Vorschriften über die Höchstarbeitszeit und die Überzeitarbeit keine Anwendung (Art. 3 lit. d ArG). Als höherer leitender Angestellter gilt, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann» (Art. 9 ArGV1). Es kommt dabei weder auf die Funktionsbezeichnung im Vertrag oder Arbeitszeugnis, noch auf die Stellung in einem Organigramm, noch auf eine bestimmte Ausbildung an. Wesentlich ist die ausgeübte Tätigkeit als solche mit Bezug auf die Grösse des Unternehmens. Unterschriften- und Weisungsbefugnisse sowie die Lohnhöhe sind für sich allein noch keine entscheidenden Kriterien (BGer 4A_86/2007 E. 2.1; 126 III 337 E. 5 = Pra 2001 Nr. 47, S. 273). Ausschlaggebend ist hingegen die Entscheidungsmacht in wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens verbunden mit der entsprechenden Verantwortung (BGer 4C.310/2002 E. 5.2), beispielsweise bezüglich Einstellung und Einsatz des Personals, Festlegung der Arbeitszeiten im Unternehmen, Gehaltspolitik oder selbständiger Festsetzung der Jahresziele des Unternehmens oder eines Bereichs davon (BGer 4A_258/2010 E. 1, 2.6.2).

2.3.1. Vorliegend sah der ab dem 1.1.2007 gültige Arbeitsvertrag eine Arbeitszeit von „in der Regel 40 Stunden pro Woche“ für den Kläger vor. „Sollte es der Geschäftsgang bedingen, ist der Senior Management Consultant bereit, in einem zumutbaren Mass die erwähnte Arbeitszeit unentgeltlich zu verlängern“ [...]. Damit haben die Parteien die Abgeltung von Mehrarbeit über der Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden wegbedungen, was nach Art. 321c Abs. 3 OR zulässig ist. Allerdings galt dies nur bis zur Höchstarbeitszeit, sofern das Arbeitsgesetz anwendbar war.

2.3.2. Nach Ansicht der Beklagten war der Kläger ein höherer leitender Angestellter im Sinne der arbeitsgesetzlichen Vorschriften, weil er „mitbestimmend“ über eine grosse Selbständigkeit, insbesondere bei der Einteilung der Arbeitszeit, verfügt habe. Er habe frei einteilen können, wann, was und wieviel er habe arbeiten wollen. Es sei auch seine eigene Entscheidung gewesen, wie er sich organisiert habe. Er habe „völlig freie Hand“ gehabt, „Mehrarbeit zu leisten.“ Dadurch habe er erheblichen Einfluss auf das Ergebnis der Zweigniederlassung in Basel nehmen können. In Bezug auf die Beratung und den Umgang mit den Kunden sei der Kläger auf sich selbst gestellt gewesen und habe die volle Verantwortung getragen. Zudem weise auch die Lohnhöhe mit einem Fix-Gehalt von CHF 150'000.00 sowie allfälligen Bonuszahlungen auf eine höhere leitende Tätigkeit hin. Im Jahre 2008 habe er CHF 155'000.00 sowie einen Bonus von CHF 54'380.00 und im Jahre 2009 CHF 165'000.00 und wiederum einen sehr hohen Bonus erhalten [...].

Die Beklagte verkennt damit die Bedeutung einer höheren leitenden Tätigkeit. Der Kläger war einer von mehreren Senior Management Consultants der Beklagten und hatte keine ihm unterstellten Mitarbeiter. Für Schreivarbeiten durfte er sich lediglich des Sekretariats der Beklagten bedienen. Damit war er nicht einmal leitend tätig. Eine solche einfache leitende Tätigkeit hätte vorliegend vorausgesetzt, dass der Kläger für andere Angestellte oder ausserhalb seines eigenen persönlichen Arbeitsbereichs hätte entscheiden dürfen. Erst recht verfügte er nicht über eine Entscheidungsmacht und eine Verantwortung, wie sie Art. 9 ArGV1 und die bundesgerichtliche Rechtsprechung voraussetzen. Selbst wenn der Kläger durch den eigenen Umsatz einen erheblichen Einfluss auf das Geschäftsergebnis der Beklagten gehabt haben sollte, hat dies noch nichts mit der erforderlichen Bestimmung der Geschäftspolitik eines Unternehmens zu tun (BGer 4A_258/2010 E. 2.6.2). Nicht massgebend ist auch der dem Kläger für seine Tätigkeit in respektabler Höhe geleistete Lohn.

Da der Kläger bei der Beklagten keine höhere leitende Tätigkeit versah, kam die für Büropersonal nach Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG geltende wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden zur Anwendung. Sofern und soweit die Wegbedingung der Überstundenentschädigung in Ziffer 3 des Arbeitsvertrages [...] der zwingenden Entschädigungspflicht bezüglich Überzeitarbeit in Art. 13 ArG widerspricht, ist sie nichtig und daher nicht zu beachten.

2.3.3.1. Der Kläger hat zum Nachweis der von ihm behaupteten Überstunden in der Zeit vom 1.1.2008 bis und mit April 2009 durch ihn geführte monatliche Zeiterfassungsblätter ins Recht gelegt [...]. Zudem ergibt sich aus den eingereichten E-Mails an seinen Vorgesetzten P., dass er die Zeiterfassungsblätter am 2.4.2008, am 7.8.2008, am 29.12.2008, am 14.4.2009 und am 4.5.2009 der Beklagten zur Kenntnis gebracht hat [...]. Da die Beklagte offensichtlich keine eigene Arbeitszeitkontrolle geführt hat, sind die Aufzeichnungen des Klägers als Beweismittel zuzulassen. Unter solchen Umständen wäre übrigens eine richterliche Schätzung zugelassen, hätte der Kläger keine eigene Kontrolle geführt (BGer 4C.307/2006 E. 3.2; 4C.142/2005 E. 5.2: bei Überzeit).

2.3.3.2. Die Beklagte hat offensichtlich auf die Zustellung der Zeiterfassungsblätter durch den Kläger nicht reagiert, diese insbesondere nicht als unrichtig bezeichnet und zurückgewiesen. Sie hat dadurch dem Kläger gegenüber zu erkennen gegeben, dass sie die Leistung von Überstunden weder in Zweifel zieht, noch ihm verbietet oder sonstwie zurückweist. Der Kläger durfte daraus schliessen, dass die Beklagte die geleisteten Überstunden genehmigt hat. Die Beklagte ist daher auch nicht mit ihrem Einwand zu hören, der Kläger habe die Überstunden unaufgefordert geleistet. Im Übrigen hat sie die Mehrarbeit des Klägers im vorliegenden Prozess auch nicht substantiiert bestritten. Die Beklagte wendet ferner zu Recht nicht ein, sie sei der rechtsirrigen Ansicht gewesen, die Überstundenabrede im Arbeitsvertrag befreie sie von einer Abgeltung. Einen solchen Rechtsirrtum hätte sie sich selber zuzuschreiben und die Folgen daraus daher zu tragen.

2.3.3.3. Hinzu kommt, dass die geleistete Mehrarbeit betriebsnotwendig war. Der Kläger hat verschiedene E-Mails eingereicht, aus denen sich unzweifelhaft ergibt, dass die von der Beklagten beschäftigten Berater überlastet waren. Dies war auf eine Administration zurückzuführen, die die Berater nicht mehr ausreichend unterstützen konnte. Zudem war das Arbeiten mit dem Informatiksystem der Beklagten mit einigen Schwierigkeiten verbunden. [Es folgen Ausschnitte aus den E-Mails]. Die Beklagte hat weder behauptet noch nachgewiesen, dass sich diese Arbeitsbelastung für ihre Angestellten in der Zweigniederlassung Basel in der Folge wesentlich gebessert hätte.

Ferner wendet die Beklagte gegen die Notwendigkeit der Mehrarbeit des Klägers ein, dieser sei frei gewesen, mehr Aufträge zu akquirieren und deshalb mehr zu arbeiten, woran er zwecks Bonussteigerung selber interessiert gewesen sei [...]. Wird in einem Arbeitsvertrag eine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart, so sind die darüber hinaus geleisteten Stunden Überstunden. Sofern der Lohn des Arbeitnehmers sich nicht ausschliesslich aufgrund seiner Leistung, sondern sich auch nach der gearbeiteten Zeit bemisst, so ist der Angestellte deshalb auch für die geleistete Mehrarbeit durch Zeitlohn zu entschädigen.

2.3.3.4. Der Beklagten kann auch darin nicht gefolgt werden, dass der Kläger mit seiner Zustimmung zum neuen Salary System der Beklagten, bestehend aus einem Fixgehalt und einem umsatzbezogenen Bonus, auf eine Überstundenentschädigung unwiderruflich verzichtet hat. Ein solcher Verzicht unterliegt ebenfalls den gesetzlichen Schranken über die zwingend abzugeltende Überzeit. Dabei kann dem Kläger auch kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden. Auf Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs bei der Berufung auf zwingende Vorschriften wird nur ausnahmsweise und dann erkannt, wenn der Arbeitnehmer im Bewusstsein der Ungültigkeit einer vertraglichen Abrede im eigenen Interesse deren Abschluss gefördert hat (vgl. BGer 4C.184/2000 E. 3b). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Auch kann dem Kläger kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, weil er die Abgeltung der Überzeit erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hat (BGer 4C.219/2004 E. 4). Da die Beklagte nicht bewiesen hat, dass der Kläger die von ihm geltend gemachte Mehrarbeit kompensiert hat (Art. 13 Abs. 2 ArG iVm Art. 25 Abs. 2 ArGV1) oder – was ohnehin als Einwand nicht ohne Weiteres genügen könnte – nach ihrer Behauptung ausreichend Gelegenheit zur Kompensation hatte, hat der Kläger Anspruch auf Bezahlung der Überzeit nach Art. 13 Abs. 1 ArG.

2.3.4. Die Gesamtforderung, die hinter der Teilklage über CHF 30'000.00 brutto steht, beträgt CHF 41'611.45 brutto [...]. Im Jahre 2008 weist der Kläger 295.96 Überzeitstunden und im Jahre 2009 in seiner ursprünglichen Klage 108.25 Überzeitstunden aus. Da der Kläger das ganze Jahr 2008 gearbeitet hat, sind die ersten 60 Stunden Überzeit nicht zu entschädigen (Art. 13 Abs. 1 ArG). Im Jahre 2009 hat das Arbeitsverhältnis hingegen nur bis Ende Mai gedauert, so dass anteilmässige 25 Überzeitstunden abgeltungsfrei sind. Die zu entschädigende Überzeit beläuft sich damit auf 235.96 Stunden im Jahre 2008 und auf 83.25 Stunden im Jahre 2009. Unbestritten geblieben ist der vom Kläger angegebene Stundenlohn von CHF 77.04 im Jahre 2008 und von CHF 84.00 im Jahre 2009. Die Überzeitforderungen betragen inklusive des 25% Zuschlags CHF 22'722.95 brutto für das Jahr 2008 und CHF 8'741.25 brutto für das Jahr 2009. Insgesamt verbleibt eine Forderung des Klägers von mehr als CHF 30'000.00 brutto, so dass die Teilklage in vollem Umfang gutzuheissen ist. Der Nettobetrag beträgt nach Abzug der in den Jahren 2008 und 2009 gültigen Sozialversicherungsbeiträgen [...] CHF 28'185.00 netto. Hinzu kommen 5% Zins seit dem 1.6.2009, weil die Beklagte aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.5.2009 durch Kündigung in Verzug geriet (Art. 102 Abs. 2 iVm Art. 339 OR). [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 5.5.2011 in Sachen I. gegen M. AG, GS 2010.73; veröffentlicht in JAR 2011 S. 442 ff.)

- 2.5. Art. 322 Abs. 1 OR. Bei vorbehaltloser Annahme eines reduzierten Lohnes während mindestens drei Monaten wird auf eine konkludente Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer entsprechenden Lohnreduktion geschlossen, sofern diese die Auszahlung eines tieferen Lohnes als Antrag zu einer Lohnkürzung verstehen muss. Die Arbeitgeberin muss dabei den Grund für das Angebot zur Lohnreduktion angeben und nachweisen. Da eine Kaderschule die von ihr angegebenen Gründe, weshalb sie ihrer Institutsleiterin einen tieferen Lohn als Vertragsänderung angeboten haben wollte, nicht nachweisen konnte, wurde davon ausgegangen, dass die Institutsleiterin deshalb während acht Monaten unwidersprochen einen tieferen Lohn entgegennahm, weil sie von einer teilweisen Lohnstundung ausging.**

S. trat im August 2006 als Institutsleiterin bei der I. AG, die Kaderschulungen organisierte, ein. Einziger Verwaltungsrat der I. AG ist A., der Vater von S.. Die Parteien vereinbarten ab 1.1.2009 einen monatlichen Bruttolohn von CHF 3'500.00. In der Folge bezahlte die I. AG jedoch jeweils lediglich einen Lohn von CHF 1'500.00 brutto bzw. CHF 1'428.05 netto aus. Am 28.10.2009 überwies sie S. einen Nettolohn von CHF 3'284.10. Mit Klage vom 27.10.2010 verlangte S. die Verurteilung der I. AG vor allem zur Zahlung von CHF 28'038.75 Lohndifferenzen zuzüglich 5% Zins. Insgesamt hätte sie im Jahre 2009 einen Gesamtlohn von CHF 45'500.00 brutto und nach Abzug von 6.05% Lohnprozenten für AHV/IV/EO sowie AIV einen Nettolohn von CHF 42'747.25 erhalten sollen. Nach Abzug der tatsächlich erfolgten Lohnzahlungen von CHF 14'708.50 netto verbleibe eine Forderung von CHF 28'038.75 netto. Am 12.4.2011 hiess das Arbeitsgericht nach Einvernahme einer Mitarbeiterin als Auskunftsperson diese Klageforderung vollumfänglich gut, wobei es was folgt ausführte. Das Appellationsgericht hat eine gegen das Urteil geführte Berufung am 20.4.2012 abgewiesen.

„**1a)** Bezüglich der Klageforderung ist zwischen den Parteien strittig, ob der per 1.1.2009 vereinbarte Lohn von CHF 3'500.00 brutto einvernehmlich auf CHF 1'500.00 brutto reduziert wurde. Nach Art. 322 Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmerin der vereinbarte, übliche oder durch NAV oder GAV bestimmte Lohn zu entrichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird bei vorbehaltloser Annahme eines reduzierten Lohnes während mindestens drei Monaten auf eine konkludente Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer entsprechenden Lohnreduktion geschlossen. Vorausgesetzt wird dabei, dass die Arbeitnehmerin die Auszahlung eines tieferen Lohnes als Antrag zu einer Lohnkürzung verstehen muss. Die aufgrund der unwidersprochenen Entgegennahme eines reduzierten Lohnes eingetretenen Vermutung, dass die Arbeitnehmerin mit einer Lohnreduktion einverstanden ist, kann durch den Nachweis besonderer, widersprechender Umstände umgestossen werden (BGer 4A_223/2010 E. 2.1.2, 4C.242/2005 E. 4.3).

ba) Im vorliegenden Fall gaben die Parteien übereinstimmend an, dass sie auf den 1.1.2009 den Monatslohn auf CHF 3'500.00 festgesetzt hätten. In der Folge bezahlte die Beklagte jedoch während acht Monaten nur noch einen um CHF 2'000.00 verminderten Lohn pro Monat aus, wobei sie die Zahlung mit CHF 1'000.00 Brutto-lohn und CHF 500.00 Spesen angab [...]. Offensichtlich monierte die Klägerin dagegen während Monaten nicht. Darin konnte jedoch nur dann ein konkludentes Einverständnis in eine Lohnreduktion erblickt werden, falls in diesen Lohnzahlungen das Angebot für einen künftig tieferen Lohn zu erblicken war. Die Klägerin bestritt ein solches Angebot. Ihr Vater habe sie wegen der bestehenden Liquiditätsschwierigkeiten der Beklagten lediglich darum gebeten, sich während ein paar Monaten mit einem tieferen Auszahlungsbetrag zufrieden zu geben. Allerdings konnte eine solche Aussage sowohl eine teilweise Lohnstundung, wie sie die Klägerin verstand und geltend machte, als auch eine Lohnreduktion bedeuten. Letztlich war es jedoch Sache der Beklagten, eine Vertragsänderung nachzuweisen. Dazu gehört der Nachweis, dass und weshalb sie der Klägerin eine Lohnreduktion angeboten haben wollte.

bb) Die Beklagte gab als Grund für eine Lohnreduktion an, die Klägerin habe ihr Arbeitspensum reduziert, was die Klägerin bestritten hat. Die Beklagte unternahm nichts, die behauptete Pensumsreduktion nachzuweisen. Die Auskunftsperson A. erklärte anlässlich der Hauptverhandlung, sie habe das Pensum der Klägerin nicht gekannt und wisse daher auch nicht, ob eine Reduktion des Arbeitspensums für das Jahr 2009 stattgefunden habe [...].

bc) Als weiteren Grund für die Lohnreduktion gab die Beklagte an, sie habe dies auf ausdrücklichen Wunsch der Klägerin getan. Die Klägerin habe in ihrem Scheidungsverfahren einen tieferen Lohn angeben wollen [...]. Auch dieser Grund war bestritten und nicht nachgewiesen. Im Übrigen hätte ein solcher Reduktionsgrund wohl eher für eine simulierte Lohnreduktion oder eine effektive Lohnstundung gesprochen.

bd) Die Auskunftsperson A. gab anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll, ihr sei eine Vereinbarung zwischen dem Inhaber der Beklagten und der Klägerin über einen Lohnverzicht nicht bekannt. Sie jedenfalls habe regelmässig den vollen Lohn erhalten [...].

c) Nach alledem konnte die Beklagte nicht nachweisen, dass sie der Klägerin eine Lohnreduktion und nicht bloss eine teilweise Lohnstundung angeboten hatte. Auch sämtliche Gründe, die die Beklagte für eine Lohnreduktion anführte, waren bestritten und nicht nachgewiesen. Damit war nicht von einer Lohnreduktion, sondern von einer teilweisen Lohnstundung auszugehen. Daran änderte nichts, dass die tieferen Lohnzahlungen nicht nur während drei Monaten, sondern sogar während acht Monaten an die Klägerin erfolgten. Im Gegenteil ergab sich aus einem Zahlungsbeleg [...], dass die Beklagte im Oktober der Klägerin einen Lohn von CHF 3'284.10 netto und damit wieder auf der Basis von CHF 3'500.00 brutto ausbezahlte, ohne

dass sie sich dies selber erklären konnte [...]. Auch dies sprach für eine Lohnstundung und nicht für eine Lohnreduktion. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 12.4.2011 in Sachen S. gegen I. AG, GS 2010.303; veröffentlicht in JAR 2011 S. 439 ff.)

2.6. Art. 328, 49 OR. Zu den Voraussetzungen der Genugtuungshaftung eines Metzgereibetriebes für eine angeblich durch Persönlichkeitsverletzung am Arbeitsplatz erlittene Depression eines in leitender Funktion tätigen Metzgers. In casu war weder eine Persönlichkeitsverletzung als Ursache für die Depression noch eine Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Arbeitgeberin nachgewiesen. Insbesondere hatte die Arbeitgeberin vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit tauglichen Mitteln versucht, ihrem Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz neue Entwicklungsmöglichkeiten in leitender Position ohne Lohneinbusse zu geben, wobei der Versuch aufgrund der mangelhaften Leistungen des Angestellten scheiterte.

X. trat am 22.10.1990 als Metzger bei A. ein und kam per 1.1.1992 zur Y. AG, wo er als Metzger in der Verpackung tätig war. Am 1.1.1996 wurde er zum Spezialarbeiter befördert und wechselte ein Jahr später in die Abteilung Convenience. Per 1.12.2000 trat er seine Stelle in der Abteilung SB-Verpackung an. Dort wurde er per 1.6.2003 zum Vorarbeiter und per 1.1.2004 zum stellvertretenden Leiter befördert. Im Jahr 2006 sollen die Leistungen von X. abgenommen haben. Es wurde bemängelt, dass er die Arbeiten nicht vollende, nicht immer am Arbeitsplatz sei und dass es zu viele Fehler in der Produktion gebe, welche zu Reklamationen der Kundschaft führten. Er sei nicht immer pünktlich und beginne vielmals seine Arbeit zu spät mit Entschuldigungen, die nicht akzeptabel seien. In der Folge wurde X. in die Kommissionierung versetzt. An diesem Arbeitsplatz war er jedoch nicht ausgefüllt und motiviert, weil er viel an der Maschine habe arbeiten müssen und nicht mehr für das Personal verantwortlich gewesen sei. Er wünschte, neue Verantwortung im Betrieb zu übernehmen, in einem Rahmen, wo er für das Personal verantwortlich und direkt Z. unterstellt sei. In jenem Zeitraum konnte die Y. AG einen neuen Kunden gewinnen. X. wurde daher vorgeschlagen, an diesem neuen Arbeitsort während dreier Monate seine Motivation, Verantwortung zu übernehmen, unter Beweis zu stellen. Falls ihm dies allerdings nicht gelingen sollte, könne die Y. AG das Arbeitsverhältnis kündigen. Am 1.9.2006 trat X. die neue Stelle an. Seine Leistungen verbesserten sich jedoch nicht nachhaltig. Am 8.5.2007 wurde er krankgeschrieben. Im Verlaufe der Arbeitsunfähigkeit war er vom 25.10. bis 3.11.2007 wegen einer Depression und vom 12.12.2007 bis 8.1.2008 wegen eines Depressionsrückfalls hospitalisiert. Nach Ablauf der 180-

tägigen Sperrfrist kündigte die Beklagte am 9.11.2007 das Arbeitsverhältnis per 29.2.2008 unter Hinweis auf die geführten Gespräche und die aktuelle Situation.

Mit Klage vom 30.9.2009 verlangte X. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung von CHF 13'050.00 brutto nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung. Dabei handelte es sich um eine Genugtuungsforderung von CHF 12'000.00 sowie um CHF 1'050.00 Selbstbehalte des Beschwerdeführers an Arztrechnungen für Behandlungen seit Mai 2007. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 6.7.2010 vollumfänglich ab. Das Appellationsgericht bestätigte auf Beschwerde von X. am 2.9.2011 das erstinstanzliche Urteil, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.**

2.1 Zur Begründung der Beschwerde schildert der Beschwerdeführer im Wesentlichen, wie sich seine Situation am Arbeitsplatz vor seiner Kündigung zusehends verschlechtert habe. Daran habe der Vorgesetzte Z. die Schuld getragen, welcher den Beschwerdeführer wie auch andere Mitarbeiter gemobbt habe, sodass schliesslich gesundheitliche Probleme aufgetreten seien. Diese vom Arbeitgeber bewirkten gesundheitlichen Probleme hätten schlussendlich zur Entlassung des Beschwerdeführers geführt. Der Beschwerdeführer verlangt deshalb von der Beschwerdegegnerin neben Schadenersatz für Selbstbehalte aus der Heilbehandlung gemäss „Art. 97 ff. OR“ eine Genugtuung gemäss Art. 49 OR.

2.2 Die Beschwerdegegnerin ist nach Art. 328 OR als Arbeitgeberin verpflichtet, im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Beschwerdeführers als Arbeitnehmer zu achten und zu schützen. Sie hat für das Verhalten ihrer Mitarbeiter grundsätzlich einzustehen (Art. 101 Abs. 1 OR; PORTMANN, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, recht 2010 S. 1, 13) und ihren Betrieb angemessen zu organisieren (BGE 125 III 70 E. 3a S. 74 mit Hinweisen). Sie haftet unter anderem für allfällige Persönlichkeitsverletzungen im Sinne von Art. 49 OR, wenn solche durch Vorgesetzte oder zuständige Personalverantwortliche begangen worden sind. Genugtuung nach Art. 49 OR ist allerdings nur geschuldet, wenn die Schwere der Verletzung es rechtfertigt (und die Verletzung nicht anders wieder gutgemacht worden ist; BGE 125 III 70 E. 3a S. 75). Ausserdem muss die objektiv als schwer einzustufende Verletzung vom Ansprecher als seelischer Schmerz empfunden werden (a.a.O.; BGE 120 II 97 E. 2 S. 98 f.). Damit die erforderliche Schwere der Verletzung erreicht wird, bedarf es in objektiver Hinsicht jedenfalls einer ausserordentlichen Kränkung (BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 49 OR N 19 f.). Es genügt dafür nicht jede leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person (BREHM, a.a.O., Art. 49 OR N 23 ff., 26; MEILI, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 28 ZGB N 28 f. und 38).

Der Beschwerdeführer trägt im Rahmen sämtlicher angerufener Anspruchsgrundlagen zunächst die Beweislast für das von ihm behauptete Mobbing (Art. 8 ZGB). Unter Mobbing wird überwiegend ein „systematisches, über längere Zeit andauerndes und ohne begründeten Anlass erfolgendes Ausgrenzen eines Gruppenmitglieds durch die eigene Gruppe oder einzelne Mitglieder dieser Gruppe“ verstanden (LUGINBÜHL, Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, ARV 2010, S. 65, 66; vgl. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 328 OR N 17). Wird die psychische und/oder physische Integrität des Arbeitnehmers durch Schikanen oder Mobbing beeinträchtigt, kann eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und eine Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers vorliegen sowie, bei schwerer Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, ein Anspruch auf Genugtuung gegeben sein (LUGINBÜHL, a.a.O., S. 70 mit Hinweisen; PORTMANN, a.a.O., S. 5; PETERMANN, Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, ARV 2005 S. 1, 12; BGE 125 III 70 E. 2a 73).

2.3 Nach dem angefochtenen Urteil fehlt es vorliegend „sowohl an einem Beweis für Mobbing durch Z. als auch an einem Kausalzusammenhang zur beim Beschwerdeführer diagnostizierten Depression“. Zur Klärung des Sachverhalts wurden vor dem Gewerblichen Schiedsgericht insgesamt sieben Zeugen zu den Vorgängen am Arbeitsplatz des Beschwerdeführers einvernommen. [...] Die Schilderungen der letzten Zeit des Arbeitsverhältnisses, wie sie Vorgesetzte oder Mitglieder der Personalabteilung geben, weichen naturgemäss von denjenigen ab, wie sie etwa zwei Kollegen des Beschwerdeführers abgegeben haben, die ihrerseits von der Y. AG entlassen worden sind. Sie berichten vom cholерischen Charakter des Vorgesetzten Z., schildern aber beide auch, dass [die Y. AG] ihnen andere Arbeit angeboten habe bzw. verständnisvoll gewesen sei wegen der Abwesenheiten. [...] Der Vorgesetzte selber, Z., sagte aus, die Leistungen des Beschwerdeführers seien zurückgegangen, es sei mit der Personalabteilung nach Lösungen gesucht worden und er sei nicht mit Mobbingvorwürfen konfrontiert worden; dies wird vom Beschwerdeführer bestätigt, der die von ihm empfundenen Schikanen erst nach Erhalt der Kündigung der Personalabteilung mitteilte. Die Personen, welche von der Personalabteilung mit dem Beschwerdeführer befasst gewesen waren, sind beide nicht mehr bei der Y. AG angestellt und befinden sich daher nicht in einem Loyalitätskonflikt zur Beschwerdegegnerin oder leitenden Angestellten derselben. Die Zeugin F. nahm Bezug auf Schwierigkeiten zwischen dem Beschwerdeführer und dem Vorgesetzten Z.. Sie erinnere sich nicht mehr an Details, aber an die „Grundstimmung“. Der Beschwerdeführer habe ein schwieriges Verhalten gezeigt, habe seine Grenzen nicht gekannt und sich oft als Opfer gesehen. Z. habe auf der andern Seite auch mit anderen Mitarbeitern Konflikte gehabt. Von Mobbing sei ihr allerdings nichts bekannt, vielmehr sei es im Rahmen, wie es in einer Metzgerei zugehe, gewesen; unter Handwerkern spreche man anders

als in einer Bank. Der Beschwerdeführer habe sich in gewisser Hinsicht auch nicht so verhalten, wie sie dies von einem stellvertretenden Abteilungsleiter erwarte. Die Zeugin Z., Nachfolgerin von F. in der Personalabteilung, schilderte die Umplatzierungsversuche. Der Beschwerdeführer sei zu Gesprächen eingeladen worden, sei dann aber teilweise unangemeldet nicht gekommen. Der Beschwerdeführer sei aber mehrmals bei ihr gewesen und habe gesagt, er wolle bei Y. AG weiterarbeiten. Das Nötige sei vorgekehrt worden, um ihn wieder zu integrieren und dies zu einem Zeitpunkt, als er schon nicht mehr gearbeitet habe. Der Zeuge H. schliesslich – unmittelbarer Vorgesetzter des Beschwerdeführers vor seiner Versetzung [...] und von diesem geschätzt – berichtet, wie im Jahr 2005/2006 die anfänglich guten Leistungen des Beschwerdeführers abgenommen hätten. Er, H., habe seinen Vorgesetzten Z. und die Personalabteilung darüber orientiert. Der Einsatz [für den] neuen Kunden der Beschwerdegegnerin sei eine Lösung gewesen, mit der auch der Beschwerdeführer einverstanden gewesen sei. Aber die Leistungen seien auch dort schliesslich nicht zufriedenstellend gewesen. Auch habe der Beschwerdeführer selber einen rauen Ton gehabt. Es seien Leute zu ihm gekommen, die gesagt hätten, sie könnten nicht beurteilen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers böse gemeint war oder nicht. Eine Mitarbeiterin habe wegen seines Verhaltens geweint. Sie habe offenbar Angst vor ihm gehabt.

Die Aussagen dieser drei Zeugen, die entweder nicht mehr in den Diensten von Y. AG stehen (F. und Z.) oder aber vom Beschwerdeführer grundsätzlich akzeptiert werden (H.), zeigen, dass zwar das Verhalten des Vorgesetzten Z. nicht jederzeit und in allen Belangen tadellos war, dasjenige des Beschwerdeführers jedoch ebenfalls nicht. Beide hatten auch mit anderen Mitarbeitern Konflikte. Die beiden entlassenen Kollegen des Beschwerdeführers betonen, dass Z. ein aufbrausendes Verhalten gehabt habe, E. kann dies allerdings nur vom Hörensagen bestätigen. Sie berichten aber auch, dass die Arbeitgeberin insgesamt verständnisvoll reagiert habe. Der Vorwurf eines eigentlichen Mobbings im Sinne der Definition in Lehre und Rechtsprechung seitens des Vorgesetzten Z. gegenüber dem Beschwerdeführer verdichtet sich jedoch aus diesen Aussagen nicht; ein systematisches Vorgehen, das darauf angelegt gewesen wäre, den Beschwerdeführer zu isolieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen ist nicht erkennbar. [...]

2.4 Auch aus dem psychiatrischen Gutachten von Dr. F. vom 8.12.2008, erstellt für die IV, ergibt sich nichts wesentlich anderes. Die Explorationen fanden am 16.10.2008 und am 7.11.2008 statt, d.h. erst nach Entlassung des Beschwerdeführers. Damit stand in den Schilderungen des Beschwerdeführers das Verhalten „Z.“ als Ursache sämtlicher Schwierigkeiten im Vordergrund. Der Arzt kommt zum Schluss, dass zwar eine mittelschwere depressive Reaktion auf die Probleme mit dem Vorgesetzten vorliege, dass sich der Explorand aber auch als deutlich kränker erachte, als er sei. Daher schone er sich mehr als notwendig. Es bestehe ein selbst-

limitierendes Verhalten, welches nicht der Depression zuzuordnen sei. Dr. F. stellte zudem aufgrund des Medikamentenblutspiegels des Beschwerdeführers fest, dass dieser die ihm verschriebenen Medikamente nicht oder fast nicht einnehme. Ausserdem seien deutlich narzisstisch-kränkbare Züge vorhanden, weshalb die Diagnose einer akzentuierten Persönlichkeit gestellt werde. Diese hätten allerdings keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Ferner bestehe schädlicher Alkoholkonsum. Ein weiterer Arzt, Dr. C., welcher den Beschwerdeführer während seiner Hospitalisation betreute, bestätigte sodann ebenfalls die narzisstischen Züge des Beschwerdeführers. Diese Feststellungen stehen im Einklang mit den Schilderungen des Charakters und des Verhaltens des Beschwerdeführers durch die Zeugen (narzisstisch-kränkbar, selbstlimitierend [...]). Im Bericht der Klinik S. vom 15.11.2007, wo der Beschwerdeführer zweimal hospitalisiert war, wird zudem der Konflikt des Beschwerdeführers mit der Mutter seines Kindes als mögliche Ursache für die depressive Erkrankung genannt.

2.5 Aufgrund dieser Beweiserhebungen ist unklar, wie weit die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers durch das Verhalten des Vorgesetzten Z. ausgelöst worden ist, bzw. ob und in welchem Umfang dieses kausal für die unbestritten vorliegende depressive Erkrankung war, zumal wenn zu berücksichtigen ist, dass sich der Beschwerdeführer offenbar als kränker erachtet als er ist. Der Beschwerdeführer hat wohl subjektiv auf Belastungen am Arbeitsplatz in dieser Weise reagiert; dies impliziert jedoch nicht zwingend eine Vertragsverletzung der Beschwerdegegnerin. Solange die Vorfälle am Arbeitsplatz in Rahmen dessen liegen, was in einem jahrelangen Arbeitsverhältnis an täglichem Ungemach immer wieder vorkommen kann und das Verhalten des Vorgesetzten nicht darauf gerichtet ist, den Beschwerdeführer persönlich zu treffen, ihn vom Arbeitsplatz gezielt auszugrenzen oder seine Schwächen auszunutzen [...], kann der Arbeitgeberin nicht eine haftungsbegründende Verantwortung für Reaktionen des Arbeitnehmers angelastet werden, welche (ebenso sehr auch) dadurch hervorgerufen worden sein können, dass zum einen beim Arbeitnehmer objektiv eine erhöhte Kränkbarkeit vorliegt und sie zum anderen aus Konflikten herrühren, die der Arbeitnehmer selbst mitkonstituiert hat. Damit fehlt es sowohl an einem Beweis für Mobbing als auch an einem relevanten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Vorgesetzten und der beim Beschwerdeführer diagnostizierten Depression.

2.6 Selbst wenn man aber der Beschwerdegegnerin eine Mitverantwortung an der Reaktion des Beschwerdeführers zuschreiben wollte, so ist sie jedenfalls ihrer Fürsorgepflicht in dem Sinne nachgekommen, dass sie mit tauglichen Mitteln versucht hat, dem Beschwerdeführer an einem anderen Arbeitsplatz neue Entwicklungsmöglichkeiten zu geben. Sie gab ihm die Chance eines Neuanfangs in leitender Position ohne Lohneinbusse. Auf Wunsch des Beschwerdeführers sollte er auch wieder mit

Personal arbeiten können, was beinhaltete, dass er nicht mehr Herrn H., sondern direkt Herrn Z. unterstellt würde, und dies auf eigenen Wunsch. Dieser neue Einsatz im Einverständnis mit dem Beschwerdeführer war von der Personalabteilung nach mehreren Gesprächen initiiert worden, um ihm in einer neuen Abteilung in einem neuen Setting einen Neuanfang zu ermöglichen. Nachdem sich auch und gerade in dieser Funktion [...] die Leistungen des Beschwerdeführers nicht stabilisierten, auch weil er dies offenbar als „Degradierung“ empfand, kann der Arbeitgeberin nicht vorgeworfen werden, dass sie eine Vertragsverletzung begangen habe, wenn sie unter diesen Umständen das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist und der Sperrfristen aufgelöst hat. Eine Vertrags- bzw. Persönlichkeitsverletzung, die Voraussetzung ist für eine Schadenersatz- bzw. Genugtuungspflicht, ist somit nicht nachgewiesen worden. [...]

(AGE vom 2.9.2011 in Sachen von X. gegen Y. AG, BE 2010.65; GS 2009.305)

2.7. Art. 330a OR. Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist persönlicher Natur und kann weder vererbt, noch gepfändet, noch abgetreten werden.

Z. war bei V. seit dem 1.1.1978 als Direktor angestellt. V. kündigte das Arbeitsverhältnis auf den 31.12.2006 und stellte ihm auf Verlangen im Oktober 2007 ein Arbeitszeugnis aus. Mit Klage vom 6.12.2007 beehrte Z. beim Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung von V. zur Ausstellung eines detaillierten Arbeitszeugnisses gemäss eigenem Zeugnisentwurf. Das Arbeitsgericht sistierte in der Folge das Zeugnisverfahren bis zum Abschluss des von Z. eingeleiteten Prozesses betreffend Gültigkeit bzw. Missbräuchlichkeit der Kündigung, der vor der Kammer des Zivilgerichts Basel-Stadt hängig war. Eine von Z. gegen die Sistierung geführte Beschwerde wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 5.11.2008 ab. Am 28.1.2010 teilte R. mit, dass Z. am 5.12.2009 verstorben war und dass sie als dessen Alleinerbin und Rechtsnachfolgerin in den hängigen Zeugnisprozess eintrete. Nach Abschluss des Kündigungsprozesses mit rechtskräftigem Urteil des Bundesgerichts vom 19.1.2012 (BGer 4A_306/2011) wurde der Zeugnisprozess fortgeführt. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 25.5.2012 ab, soweit darauf einzutreten war, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **2.1.** Nach Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin jederzeit ein Arbeitszeugnis verlangen, „das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht.“ Das Arbeitszeugnis dient dem Zweck, dem Arbeitnehmer den weiteren Berufsweg zu erleichtern

(LUKAS FAESCH, Das Arbeitszeugnis im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, OR Art. 330a, 1984, S. 5 m.H.), indem er sich über sein bisheriges Arbeitsverhältnis, die dort geleistete Arbeit, die dabei erbrachten Leistungen und das gezeigte Verhalten ausweisen kann. Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist persönlicher Natur, so dass grundsätzlich nur der Angestellte selber diesen Anspruch geltend machen kann. Der Zeugnisanspruch kann weder vererbt, noch gepfändet, noch abgetreten werden (SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage 1996, S. 53 f. m.H.; FAESCH, S. 9 m.H.).

2.2. Vorliegend ist die Klägerin als Alleinerbin des ursprünglichen Klägers und Arbeitnehmers in dessen Rechtsstellung eingetreten und hat alle nicht mit dessen Person untrennbar verbundenen Rechte übernommen (Art. 560 ZGB). Dazu gehört jedoch nicht der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, so dass die Klägerin diesbezüglich nicht aktivlegitimiert ist. Hinzu kommt, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers das aktuelle Rechtsschutzinteresse an der Zeugnisausstellung weggefallen ist. Der Zweck, wozu das Arbeitszeugnis dient, ist nicht mehr verfolg- und erreichbar. Der Zeugnisanspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer noch eine berufliche Zukunft hat und sich um eine neue Arbeitsstelle bewerben kann. Dies gilt umso mehr, wenn wie hier die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zu dessen Lebzeiten ein Arbeitszeugnis ausgestellt hat und es sich im geführten Zeugnisprozess lediglich um die Frage einer Berichtigung bzw. Ergänzung des ausgestellten Arbeitszeugnisses handelt. [...]“

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 25.5.2012 in Sachen R. gegen V., GS 2007.352; veröffentlicht in JAR 2013, S. 444 f.)

2.8. **Art. 333 OR. Eine Betriebsübernahme liegt vor, wenn die Identität des Betriebes nach der Übernahme erhalten bleibt. Eine vertragliche Beziehung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber ist nicht erforderlich. Die Identität eines neu verpachteten Restaurants wurde bejaht, weil unter beiden Betreibern tschechische bzw. tschechoslowakische Küche und tschechisches Bier angeboten wurden. Zudem hatte der Gesellschafter der neuen Pächterin von der Vorgängerin das Kleininventar übernommen und später auf die Neupächterin übertragen. Ferner wurden keine Änderungen am Erscheinungsbild des Restaurants vorgenommen, so dass der bisherige Stil beibehalten blieb.**

K. war seit dem 1.7.2009 als Serviceangestellte der L. GmbH tätig, die als Pächterin das Restaurant W. betrieb. Ab dem 27.2.2010 war sie zunächst zufolge Krankheit und anschliessend zufolge Schwangerschaft bis zur Geburt am 12.6.2010 arbeitsun-

fähig. Ab 1.4.2010 übernahm neu die D. GmbH das Restaurant W. im Pachtvertrag und weigerte sich, K. zu beschäftigen. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren begehrt K. mit Klage vom 15.10.2011 die Verurteilung der D. GmbH zur Lohnzahlung von CHF 2'931.95 für die Zeit vom 1. bis 26.2.2010, von CHF 8'231.95 für die Zeit vom 18.9. bis 30.11.2010, von CHF 1'164.75 13. Monatslohn, von CHF 3'882.35 Ferienlohn und von CHF 9'292.00 Krankenlohn für die Zeit vom 27.2. bis 11.6.2010. Das Arbeitsgericht verurteilte am 24.11.2011 die D. GmbH zur Zahlung von CHF 12'768.90 netto nebst Zins zu 5% seit 12.9.2010 und wies die Mehrforderung ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] **3c)** Kernpunkt des Verfahrens bildet somit die Frage, ob das Arbeitsverhältnis im Frühjahr 2010 bzw. im August 2010 infolge Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR von der früheren Betriebsinhaberin auf die Beklagte übergegangen ist.

Die Anwendung von Art. 333 OR setzt die Übertragung eines Betriebes voraus. Gemäss neuerer Bundesgerichtsrechtspraxis und Lehre ist ein „Betrieb“ „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“ (BGE 129 III 335, E. 2.1, S. 336 f.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 4). Von einem Betriebsübergang kann lediglich gesprochen werden, wenn danach im Wesentlichen derselbe Betrieb weitergeführt wird, dieser also seine Identität bewahrt. Dies ist aufgrund sämtlicher konkreter Umstände zu beurteilen. Für die Wahrung der Identität sprechen etwa der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln sowie die Übernahme der Kundschaft, Indizien können auch die personell gleich bleibende Unternehmensleitung, der Verbleib im alten Geschäftslokal sowie die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft sein (vgl. im Einzelnen: STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage 2006, Art. 333 N 6). Der blosse Verkauf des Inventars stellt noch keinen Betriebsübergang dar (AGE vom 14.12.1999 i.S. J.-C.B.).

In einer europarechtskonformen Auslegung von Art. 333 OR hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine vertragliche Bindung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber keine notwendige Voraussetzung für einen Betriebsübergang i.S. von Art. 333 OR ist (BGE 123 III 466 = Pra 1998 Nr. 55, S. 361).

d) Der Klägerin zufolge ist die Einrichtung im Restaurant gleichgeblieben. Wie unter der Führung der L. GmbH würden weiterhin tschechoslowakische Küche und tschechisches Bier angeboten. Zudem habe ein Mitarbeiter namens Ben im April 2010 bei J. weiter gearbeitet.

Anlässlich der Hauptverhandlung hat der Vertreter der Beklagten ausgeführt, dass das Restaurant unter der alten Betreiberin, der L. GmbH, bis am 31.3.2010 geöffnet gehabt habe. Den Pachtvertrag hätten sie dann nahtlos per 1.4.2010 übernommen.

Nachdem das Restaurant eine Woche geschlossen gewesen und gereinigt worden sei, habe man es am 8.4.2010 bereits wieder eröffnet. Das Grossinventar habe man, wie dies im Gastgewerbe üblich sei, von der Verpächterin, das Kleininventar wie Besteck, Tischtücher von der Vorgängerin übernommen. B. habe nur drei Wochen für sie gearbeitet, danach habe man sich getrennt. Sie hätten sodann die Beklagte gegründet. Die Beklagte biete tschechoslowakische Spezialitäten und tschechisches Bier an. Als weiteres Merkmal ihrer Küche bezeichnet die Beklagte die Verwendung von frischen Produkten. Dies [stehe] im Unterschied zur Vorgängerin, die mit Convenience-Produkten gearbeitet habe [...].

e) Dass die Ausrichtung der angebotenen Speisen nicht gross änderte, zeigt die Berichterstattung über das Restaurant W. in der Gundeldinger Zeitung in den Jahren 2009 und 2010. So wird in einem Beitrag vom 22.7.2009, als noch die L. GmbH für den Betrieb verantwortlich war, auf die böhmischen Spezialitäten aus Tschechien, die Verwendung von marktfrischen, saisonalen Zutaten hingewiesen und das tschechische Bier vom Fass als Spezialität angepriesen. Auch im Beitrag vom 5.5.2010 werden die Spezialitäten aus der Tschechoslowakei, die Verwendung frischer Produkte und das tschechische Bier vom Fass hervorgehoben.

Ferner wird im Beitrag vom 5.5.2010 festgehalten, dass J. (Gesellschafter der Beklagten) seine Liebe zur Küche und zum feinen Essen sehr spontan vom Vorgänger N. (Gesellschafter der L. GmbH) übernommen habe.

Es ist somit festzuhalten, dass unter beiden Betreibern tschechische bzw. tschechoslowakische Küche und tschechisches Bier angeboten wurden.

Das Kleininventar wurde zunächst von J., Gesellschafter der Beklagten, von der Vorgängerin übernommen und mit Vertrag vom 10.8.2010 als Sacheinlage auf die Beklagte übertragen.

Änderungen am Erscheinungsbild des Restaurants wurden keine vorgenommen, so dass der bisherige Stil beibehalten wurde.

f) Unter diesen Umständen ist die Identität des Betriebes gewahrt und daher von einer Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR auszugehen. Dementsprechend ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin im April 2010 zunächst auf die künftigen Gesellschafter der Beklagten übergegangen. Da das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Gründung der Beklagten, im August 2010, zufolge Unkündbarkeit nach Art. 336c Abs. 1 OR immer noch Bestand hatte, ist es sodann auf die Beklagte übergegangen und damit die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen.

Der Übergang hat zur Folge, dass der Erwerber aufgrund des gesetzlichen Übergangs für die in diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis solidarisch mit dem bisherigen Arbeitgeber haftet (Art. 333 Abs. 3 OR).

Der Übergang bedeutet weiter, dass alle Ansprüche der Arbeitnehmerin, die an deren Dienstalter anknüpfen, vollumfänglich in alter Höhe erhalten bleiben (z.B. bezüglich Kündigungsfrist usw.). [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 24.11.2011 in Sachen von K. gegen D. GmbH, GS 2011.20)

2.9.1. Art. 337 OR. Die Arbeitgeberin spricht eine fristlose Kündigung aufgrund eines blossen Verdachts auf eigenes Risiko aus. Erhärtet sich der Verdacht und genügt der Vorwurf den Anforderungen des wichtigen Grundes, ist die fristlose Kündigung gerechtfertigt und umgekehrt. Besteht nach den zumutbaren Abklärungen der Arbeitgeberin ein erheblicher Verdacht eines schweren Delikts fort, kann eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall nicht mehr zumutbar sein. In casu war anlässlich der Urteilsfällung durch das Gewerbliche Schiedsgericht trotz Ungereimtheiten der Verdacht, dass der Betriebsleiter eines Restaurants Eventeinnahmen veruntreut hatte, nicht erhärtet, so dass die deswegen ausgesprochene fristlose Kündigung ungerechtfertigt war.

Art. 343 aOR bzw. Art. 247 Abs. 2 ZPO, Art. 55 ZPO. Die Untersuchungsmaxime auferlegt dem Gericht eine ausgedehnte Frage- und Aufklärungspflicht. Die Parteien sind allerdings nicht von jeder Behauptungs- und Substantiierungspflicht entbunden, sondern verpflichtet, nach Möglichkeit an der Beschaffung der erforderlichen Beweise mitzuwirken, da sie über den Sachverhalt am besten orientiert sind. Das Gericht muss sich vergewissern, ob die Behauptungen und Beweisangebote der Parteien vollständig sind, aber nur wenn objektive Gründe zu Zweifeln Anlass geben, wenn etwa Unklarheiten oder Widersprüche vorliegen.

B. trat am 1.10.2008 seine Stelle als Betriebsleiter des Restaurants N. bei der C. AG in Basel an. Im Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien einen monatlichen Bruttolohn von CHF 7'000.00. Am 11.8.2009 verwarnte die C. AG den B. schriftlich wegen finanzieller Unregelmässigkeiten, mangelhafter Durchführung der Inventur und mangelnder Präsenzzeit. Mit Schreiben vom 16.10.2009 löste B. das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 31.12.2009 auf. Am 22.10.2009 kündigte die C. AG den Arbeitsvertrag fristlos mündlich und schriftlich. Mit Einschreiben vom gleichen Tag begründete sie diesen Schritt mit massiven Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers. Mit Klage vom 27.11.2009 machte dieser den Lohn während der Kündigungsfrist (CHF 16'032.00), eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung (CHF 8'000.00) und den Anteil am 13. Monatslohn während der Kündigungsfrist (CHF 583.00) geltend. Zudem beantragte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Am 11.11.2010 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage teilweise gut und verurteilte die C. AG zur Zahlung von

CHF 15'609.80 netto nebst Zins zu 5% seit dem 2.12.2009 und zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses.

Das Appellationsgericht wies eine gegen dieses Urteil von der C. AG erhobene Beschwerde am 18.10.2011 ab, wobei es was folgt ausführte. Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil am 10.4.2012 (BGer 4A_726/2011).

„[...] **3.**

Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Eine fristlose Entlassung ist als ultima ratio nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an (BGer 4C.112/2002 vom 8.10.2002 E. 5). So stellen etwa Diebstähle zu Lasten des Arbeitgebers in der Regel einen wichtigen Grund zur Kündigung dar (BGer 4C.103/1999 vom 9.8.1999 E. 1 in Pra 2000 Nr. 11 S. 56 ff.). Bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ist bei Kaderpersonen auf Grund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens und der Verantwortung, welche ihnen ihre Funktion im Betrieb überträgt, ein strenger Massstab anzulegen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 86 E. 2b S. 89). Wichtiger Grund kann schliesslich auch der blosse Verdacht eines Delikts sein. Der Arbeitgeber spricht eine fristlose Kündigung aufgrund eines blossen Verdachts jedoch auf eigenes Risiko aus. Erhärtet sich der Verdacht und genügt der Vorwurf den Anforderungen des wichtigen Grundes, war die fristlose Kündigung gerechtfertigt. Kann die „Tat nicht bewiesen werden, so treten grundsätzlich die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ein“ (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 337 OR

N 10; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, S. 257; Urteil des Bundesgerichts vom 9.8.1999 in JAR 2001, S. 304, 306 f.). Die Beweislast für die Tatsachen, aus welchen die Berechtigung zur fristlosen Kündigung abgeleitet wird, trägt die kündigende Partei (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, Art. 337 OR N 42). Besteht nach den zumutbaren Abklärungen ein erheblicher Verdacht eines schweren Delikts fort, kann eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall aber auch nicht mehr zumutbar sein (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10 mit Hinweis). Zu den hierfür zumutbaren Abklärungen gehört die Anhörung des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 22.8.1997 in JAR 1998 S. 218). Bei bereits erfolgter ordentlicher Kündigung sind schliesslich höhere Ansprüche an eine fristlose Kündigung zu stellen. Die Wichtigkeit des Grundes muss hierbei umso grösser sein, je näher das Ende des Arbeitsverhältnisses liegt (Urteil des Obergerichts Luzern vom 17.2.2009 in JAR 2010 S. 544, 546).

4.

4.1 Im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob der Verdacht, der Beschwerdegegner habe eine Straftat begangen, bis zum Ende der Verhandlung vom 11.11.2010 hinreichend erhärtet war oder nicht. Die Schwierigkeit der vorliegenden Konstellation liegt darin, dass die Parteien den Sachverhalt teilweise unklar und für das Gericht ungereimt dargelegt haben und sich der Beschwerdegegner erst am Schluss des erstinstanzlichen Verfahrens auf eine Version festgelegt hat.

4.2 Im Vorverfahren hat die Beschwerdeführerin dargelegt, sie habe Belege erhalten, dass der Beschwerdegegner in den Jahren 2008 und 2009 Bargelder für Events entgegengenommen habe, die dieser dann nicht abgerechnet habe. Dies könne belegt werden. Für die Vermietung des ganzen Lokals für Events gebe es eine separate Kassensparte. Der Beschwerdegegner hat angegeben, er habe mit den in bar entgegengenommenen Mieteinnahmen einmal den Kassenstock aufgefüllt und die beiden anderen Male die Einnahmen bei den verschiedenen Kassensparten eingetippt. Er habe entweder das Geld verbucht (unter Food and Beverage) oder in die Kasse gelegt und einen entsprechenden Beleg in den Safe gelegt. Im Vorverfahren hat die Beschwerdeführerin unter anderem drei Quittungskopien eingereicht: Mit zwei Quittungen, die beide vom 7.3.2009 datieren, bestätigt der Beschwerdegegner gegenüber der Firma CF, für die Events (Miete der Lounge für Kleiderverkauf) vom 13.12.2008 und 7.3.2009 je CHF 1'500.00 bar erhalten zu haben; eine dritte Quittung, die vom 30.5.2009 datiert, bestätigt den Empfang von weiteren CHF 1'500.00 für den Event vom 7.3.2009 (richtigerweise wohl vom 30.5.2009). Auf Verfügung hin hat die Beschwerdeführerin am 2.3.2010 angegeben, sie habe Mitte Oktober 2009 abgeklärt, ob es für die Einnahmen aus den Events vom 7.3. und 30.5.2009 (je CHF 1'500.00) Belege und Buchungen gebe; sie habe jedoch keine gefunden. Das

Verhältnis mit dem Beschwerdegegner sei schon zuvor derart zerrüttet gewesen, dass man auf seine Anhörung verzichtet und am 22.10.2009 fristlos gekündigt habe. In der Folge habe sich herausgestellt, dass der Beschwerdegegner neben den Einnahmen aus den beiden Events im Frühjahr 2009 auch die Einnahmen aus einem Event vom Dezember 2008 (ebenfalls CHF 1'500.00 bar entgegengenommen habe. Mit der Eingabe vom 2.3.2010 hat die Beschwerdeführerin zudem einen weissen Ordner eingereicht, der im Wesentlichen die Kassenauszüge (Liste mit provisorischen und definitiven Buchungen) umfasst. Am 22.3.2010 hat der Beschwerdegegner die Anschuldigung der Veruntreuung zurückgewiesen: Die beiden Belege für die Barzahlungen für die Events vom 13.12.2008 und vom 7.3.2009 seien nach Rücksprache mit Herrn T. (Vizepräsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin) in der Kasse verbucht worden, und zwar unter verschiedenen Sparten. Von einem dritten Event sei ein Beleg im Tresor. Mit Eingabe vom 20.5.2010 führte die Beschwerdeführerin aus, dass sich in ihrem Tresor weder Bargeld noch ein Beleg für den dritten Event befänden; im Übrigen ergebe das Ablegen von Bargeld und Belegen im Tresor keinen Sinn, da es für Eventeinnahmen eine separate Sparte gebe. Am 1.6.2010 hat der Beschwerdegegner angegeben, dass er jeweils am Monatsende den Monatsabschluss der Treuhandfirma geschickt habe, dies auch in den Monaten Dezember 2008 und März 2009; diese Abschlüsse belegten, dass die Einnahmen aus den Events der CF in der Kasse verbucht worden seien.

An der ersten Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht vom 3.6.2010 gab die Beschwerdeführerin an, dass es sich bei der Saalmiete um einen Spezialfall gehandelt habe. Für die Leervermietung des Restaurants gebe es keine Kassensparte, man müsse es auf verschiedene Sparten aufteilen. Der Beschwerdegegner wurde offenbar konfrontiert mit dem von der Beschwerdeführerin am 2.3.2010 eingereichten weissen Ordner mit den Kassenauszügen und wohl auch mit den Kassenprotokollen Dezember 2008 und März 2009 (welche die Beschwerdeführerin am 16.6.2010 nachgereicht hat). Zunächst gab der Beschwerdegegner an, im Ordner könne er „es“ nicht zeigen. Er habe es in der Kasse gebucht. In Bezug auf den Event im [Dezember] 2008 habe er die Einnahme in der Kasse auf verschiedene Sparten verteilt. Wie er es konkret gemacht habe, könne er nicht mehr sagen, aber er habe es auf zwei Sparten verteilt, nämlich auf Bar und Restaurant. Diese Buchung könne man sehen, aber er wisse nicht mehr, an welchem Tag es gewesen sei. Zuerst gehe es in den Safe, dann kläre er ab. Es sei eine Woche später gewesen, nachdem er das Geld erhalten habe. Wohl auf Vorlage der Kassenprotokolle Dezember 2008, welche unter Eventpauschale einen Betrag von CHF 2'030.00 aufführen, hat der Beschwerdegegner angegeben: „Eventpauschale von CHF 2'030.00 sind dort drin“. Es seien CHF 1'100.00 plus CHF 930.00 unter Eventpauschale gebucht worden. In Bezug auf den Event im März 2009 gab er an, dass unter Bar CHF 1'491.40 und unter Selbstbedienung CHF 1'480.00 gebucht worden seien, hier seien die CHF 1'500.00

[Mieteinnahmen] enthalten. Für den Event im Mai liege ein Beleg im Safe. Die Beschwerdeführerin hat diese Darstellung als „Humbug“ bezeichnet.

In ihrer Eingabe 16.6.2010 führte die Beschwerdeführerin sodann aus, der Beschwerdegegner habe den Betrag von CHF 3'000.00 für die Events vom 13.12.2008 und 7.3.2009 nachweislich erst am 7.3.2009 entgegengenommen [...]. Die Behauptung des Beschwerdegegners an der ersten Verhandlung, CHF 1'500.00 für den Event vom 13.12.2008 bereits im Dezember verbucht zu haben, sei falsch: Zwischen dem 13. und 31.12.2008 seien bei der Eventpauschale lediglich CHF 930.00 verbucht worden [...]. Wenn die CHF 1'500.00 nicht im Dezember 2009 verbucht worden seien, hätte im März 2009 ein Betrag von CHF 3'000.00 unter Eventpauschale verbucht werden müssen; dies sei aber nicht geschehen. Am 22.6.2010 wendete der Beschwerdegegner ein, all seine Buchungen seien auf dem Rechner oder der Kasse gespeichert; darauf habe er keinen Zugriff mehr. Sodann hätten die beiden Quittungen vom 7.3.2009 bereits im Vorverfahren vorgelegen; es sei somit schon damals bekannt gewesen, dass er im Dezember 2008 kein Geld entgegengenommen und verbucht habe.

An der zweiten Verhandlung vom 11.11.2010 führte der Beschwerdegegner aus, dass die Einnahmen aus den Events vom 13.12.2008 und 7. 3. 2009 im März 2009 verteilt wurden, und zwar in einer Woche. Er gab an, er habe die CHF 3'000.00 wahrscheinlich in der Mitte der Woche zwischen dem 10. und 13.3. gebucht, und zwar für beide Events in einem Mal und meist in drei Sparten [...]. Diese Darstellung hat der Beschwerdegegner erst gegen Schluss der zweiten Verhandlung vorgebracht. Danach hat die Beschwerdeführerin noch zweimal das Wort erhalten, ohne aber auf die Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdegegners einzugehen [...].

4.3 Die Frage, ob am 11.11.2010 gegen den Beschwerdegegner ein hinreichender Verdacht einer Straftat bestand, ist im Einklang mit der Vorinstanz zu verneinen. Die Aussagen des Beschwerdegegners vor der Vorinstanz waren zwar nicht durchwegs überzeugend, so etwa in Bezug auf die Höhe der verbuchten Eventeinnahmen (Verbuchung von CHF 1'500.00 in ungewöhnlichen Teilbeträgen von CHF 930.00, CHF 1'100.00, CHF 1'491.40 oder CHF 1'480.00) und in Bezug auf den Zeitpunkt der Verbuchung der Einnahmen vom 13.12.2008 (zunächst Dezember 2008, dann März 2009). Recht kohärente Aussagen hat der Beschwerdegegner dagegen zur Frage gemacht, wie er die Eventeinnahmen verbucht hat, nämlich in drei Sparten (Bar, Restaurant, Eventpauschale). Trotz gewisser Ungereimtheiten war es für die Vorinstanz nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdegegner die entgegengenommenen Mieteinnahmen auf verschiedene Sparten aufgeteilt und verbucht hat; insbesondere war unklar geblieben, ob es eine separate Sparte „Event“ gibt und gegebenenfalls welche Einnahmen darüber gebucht wurden. Angesichts der Parteiaussagen

und der eingereichten Beweismittel war der Verdacht einer Straftat am 11.11.2010 daher tatsächlich nicht erhärtet. Im Übrigen behauptet auch die Beschwerdeführerin dies nicht; sie legt vielmehr dar, dass der Nachweis eines hinreichenden Verdachts erst mit den im Beschwerdeverfahren eingereichten Kassentransaktionen erbracht werde.

4.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe ihr nicht die Möglichkeit eingeräumt, sich zur Sachverhaltsdarstellung zu äussern, die der Beschwerdegegner gegen Schluss der zweiten Verhandlung vom 11.11.2010 vorgetragen habe, und den Gegenbeweis zu erbringen. Damit sei ihr das rechtliche Gehör verweigert worden. Es trifft zu, dass sich der Beschwerdegegner erst gegen Schluss der zweiten Verhandlung konkret darauf festgelegt hat, die Einnahmen aus den beiden Events vom 13.12.2008 und 7.3.2009 zwischen dem 10. und 13.3.2009 verbucht zu haben. Damit hat er die damals noch nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin möglicherweise etwas überrascht. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ihr aber die Gelegenheit geboten, zu dieser Darstellung Stellung zu nehmen: Dem Protokoll lässt sich denn auch entnehmen, dass die Beschwerdeführerin nach der konkretisierten Darstellung des Beschwerdegegners noch zweimal das Wort ergriffen hat, ohne indes dazu Stellung zu nehmen oder die Einreichung weiterer Belege in Aussicht zu stellen. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, ist damit haltlos.

4.5 Im Zusammenhang mit der Gehörsverletzung könnte sich die – von der Beschwerdeführerin nicht aufgeworfene – Frage stellen, ob die Vorinstanz ihre Fragepflicht verletzt hat, indem sie die Beschwerdeführerin nicht von sich aus nach weiteren Beweismitteln gefragt hat. Die Untersuchungsmaxime auferlegt dem Gericht eine ausgedehnte Frage- und Aufklärungspflicht. Die Parteien sind allerdings nicht von jeder Behauptungs- und Substantiierungspflicht entbunden, sondern verpflichtet, nach Möglichkeit an der Beschaffung der erforderlichen Beweise mitzuwirken, da sie über den Sachverhalt am Besten orientiert sind. Das Gericht muss sich vergewissern, ob die Behauptungen und Beweisangebote der Parteien vollständig sind, aber nur wenn objektive Gründe zu Zweifeln Anlass geben, wenn etwa Unklarheiten oder Widersprüche vorliegen (STAEHELIN, a.a.O., Art. 343 OR N 31 mit Hinweisen; vgl. auch AGE 941/2004 vom 16.8.2004 E. 5). Im vorliegenden Fall war die Vorinstanz nicht verpflichtet, die Beschwerdeführerin nach weiteren Beweismitteln zu fragen. Die Parteien hatten bis zur Verhandlung vom 11.11.2010 ausreichend Gelegenheit, ihre Sachverhaltsdarstellung mit Beweismitteln zu belegen, und sie haben die Gelegenheit auch wahrgenommen. Da die Beschwerdeführerin zudem die Darstellung des Beschwerdegegners an der Verhandlung vom 11.11.2010 nicht bestritten hat, hatte die Vorinstanz keinen Anlass anzunehmen, dass weitere Beweismittel (hier: die Do-

kumentation *sämtlicher* Kassentransaktionen) greifbar seien, und somit auch keinen Anlass zu fragen.[...]

4.7 Selbst wenn aber ein erheblicher Verdacht eines schweren Delikts fortbestünde und eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall nicht mehr zumutbar sein könnte (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10 mit Hinweis), gehörte zu den in dieser Konstellation vorzunehmenden Abklärungen auch die Anhörung des Arbeitnehmers (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 22.8.1997 in JAR 1998 S. 218). Diese ist unbestritten nicht erfolgt [...], obwohl dies zeitnah zur Klärung hätte beitragen können. Da das Arbeitsverhältnis zudem bereits ordentlich (durch den Beschwerdegegner) gekündigt worden war, sind an das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen umso strengere Anforderungen zu stellen. So oder anders treten daher vorliegend die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ein (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 337 OR N 10 mit Hinweisen). [...]"

(AGE vom 18.10.2011 in Sachen von B. gegen C. AG, BE 2010.117; GS 2009.290)

2.9.2. Art. 337, 82 OR. Ein Arbeitnehmer darf seine Arbeit verweigern, wenn sich die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet. Das Verweigerungsrecht ist nicht bei geringen Lohnrestanzen, insbesondere aufgrund blosser Abrechnungsdifferenzen infolge eines strittigen Quellensteuertarifs, gegeben. Der Arbeitnehmer hat zudem die Arbeitsverweigerung der Arbeitgeberin gegenüber mit dem Lohnrückstand zu begründen. Eine ordentliche Kündigung, die nach der Verwarnung mit einer fristlosen Kündigung ausgesprochen wird, ist kein Verzicht auf die fristlose Entlassung, wenn sie aus anderen Gründen als die Verwarnung erfolgte. Um noch wirksam zu sein, sollte eine Verwarnung in der Regel nicht mehr als ein halbes Jahr alt sein.

Art. 42 LMV für das schweizerische Bauhauptgewerbe (2008-2010). Aus der Bezeichnung „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C“ im Einzelarbeitsvertrag kann ein Arbeitnehmer, der keine Bauarbeiterausbildung absolviert und keinen Fähigkeitsausweis erworben hat, keine höhere Lohnklasse für Bau-Facharbeiter gemäss LMV herleiten.

A. wurde am 2.3.2010 bei der T. GmbH als „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C mit einem Arbeitspensum von 100%“ angestellt. Als Lohn waren ein Stundenlohn von CHF 27.00 brutto zuzüglich 8.33% 13. Monatslohn sowie 10.63% Feringeld vereinbart. Die T. GmbH warnte A. am 12.8.2010 per Einschreiben wegen Fernbleibens vom Arbeitsplatz. Er sei schon mehrmals unentschuldig von der Arbeit ferngeblieben sei. Bei Abwesenheiten müsse er sich sofort abmelden und den Grund melden. Sein Verhalten könne nicht toleriert werden. Sollte dieses Vergehen nochmals vorkom-

men, müsse er mit einer fristlosen Kündigung rechnen. Am 27.9.2010 kündigte die T. GmbH das Arbeitsverhältnis per 31.10.2010 aus wirtschaftlichen Gründen. Mit Einschreiben vom 8.10.2010 verwarnte die T. GmbH den A. wegen Alkohol am Arbeitsplatz. Am 14.10.2010 kündigte die T. GmbH dem Arbeitnehmer per Einschreiben fristlos. Sie stellte fest, dass er am 14.10.2010 von der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben sei, was nicht das erste Mal sei. Sie könne dieses Verhalten nicht mehr tolerieren.

Mit Klage vom 18.11.2010 verlangte A. die Verurteilung der T. GmbH zur Zahlung von CHF 13'305.22, im Einzelnen CHF 4'055.20 Lohndifferenz, CHF 3'872.32 fehlender Lohn vom 2.3.2010 bis 31.10.2010, CHF 337.80 13. Lohn für die Zeit vom 2.3. bis 31.10.2010, CHF 1'410.00 Spesen, CHF 3'200.00 Kinderzulagen für zwei Kinder und acht Monate sowie CHF 429.90 Ferienlohn, alles zuzüglich 5% Zins seit 31.10.2010. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4.1.2011 behaftete das Arbeitsgericht die T. GmbH bei der Bereitschaft zur Zahlung von CHF 1'410.00 Spesen und wies die Klage im Übrigen ab, wobei es was folgt ausführte:

„1a) Strittig war zur Hauptsache, ob die fristlose Kündigung der Arbeitgeberin gerechtfertigt war oder nicht. Die Beklagte berief sich darauf, dass der Kläger trotz Verwarnung unentschuldigt von der Arbeit ferngeblieben sei. Das Gericht klärte ab, an welchen Tagen der Kläger nach Auffassung der Beklagten nicht zur Arbeit erschienen war. [...]. Der Kläger machte [für die Abwesenheiten unter anderem] geltend, dass die Beklagte auf ihn einen falschen Quellensteuertarif angewendet habe [...]

b) Die Beklagte rechtfertigte den auf den Kläger angewandten Quellensteuertarif A0 damit, der Kläger habe zwar Kinder und sei unterhaltsverpflichtet. Er sei jedoch nicht verheiratet. Es konnte offen bleiben, ob dieser Quellensteuertarif der richtige war oder nicht. Sollte die Quellensteuer, die dem Kläger von seinem Lohn in Abzug gebracht worden war, zu hoch gewesen sein, so wird der Kläger dies gegenüber der Quellensteuerverwaltung geltend machen können und die zuviel bezahlte Quellensteuer ohne weiteres zurückerhalten (§ 118 Abs. 4 Steuerverordnung). Dies war jedenfalls kein gerechtfertigter Grund, die Arbeit zu verweigern. Nach der ständigen Rechtsprechung darf ein Arbeitnehmer die Arbeit verweigern, wenn die Arbeitgeberin mit verfallenen Lohnzahlungen sich im Rückstand befindet (BGE 136 III 313 E. 2.3.1). Vorliegend hatte die Beklagte dem Kläger nicht ungerechtfertigterweise Lohn vorenthalten. Vielmehr war strittig, ob die vom Lohn des Klägers in Abzug gebrachte und der Steuerverwaltung überwiesene Quellensteuer dem richtigen Steuertarif entsprach. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichts der Arbeitnehmer analog zur fristlosen Kündigung bei Lohnrückständen (BGer 4C.2/2003 E. 5.2) nur wegen eines nicht geringen Lohnanteils, insbesondere nicht wegen blosser Abrechnungsdifferenzen, die Arbeit verweigern darf.

[...] **f)** Eine Verweigerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, weil die Arbeitgeberin ihrer Lohnzahlungspflicht nicht nachkommt, setzt zudem voraus, dass der Mitarbeiter der Arbeitgeberin die Arbeitsverweigerung entsprechend begründet und

damit die Einrede nach Art. 82 OR mitteilt (BGer 4C.222/2005 E. 5.4), was vorliegend nicht geschehen war. Zudem hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung auch nicht dauernd verweigert, sondern er fehlte lediglich einzelne Tage bei der Arbeit, um hinterher seine Fehlzeiten damit zu begründen, dass die Arbeitgeberin ihm seinen Lohn nicht korrekt ausbezahlt habe. [...] Da der Kläger nicht berechtigt war, seine Arbeit zu verweigern, wurde er durch die Beklagte am 12.8.2010 zu Recht verwarnet und darauf hingewiesen, dass eine Wiederholung dieses Verhaltens die fristlose Kündigung nach sich ziehen würde. Der Kläger wiederholte sein Verhalten am 14.10.2010 und wurde daraufhin am selben Tag von der Arbeitgeberin fristlos entlassen. [...]

g) Nach Art. 337 OR können im Arbeitsverhältnis beide Parteien dieses aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Abs. 3). Nach der Rechtsprechung können auch geringfügige Verletzungen der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zur fristlosen Kündigung berechtigen, wenn die gekündigte Partei sich wiederholt und nach ausreichender Verwarnung mit Hinweis auf eine fristlose Kündigung im Wiederholungsfall pflichtwidrig verhalten hat. Zudem muss die fristlose Kündigung sofort, d.h. nach kurzer Überlegungszeit, ausgesprochen werden.

Diese Voraussetzungen waren vorliegend alle gegeben, weil der Kläger in der Verwarnung auf die fristlose Kündigung hingewiesen wurde, er sich erneut gleichermaßen pflichtwidrig verhalten hat und die Arbeitgeberin die fristlose Kündigung noch am selben Tag der wiederholten Verletzung der Arbeitspflichten am 14.10.2010 dem Kläger zugesandt hat. [...]. Es stellte sich ferner die Frage, ob die zwischen der Verwarnung vom 12.8.2010 und der Kündigung vom 14.10.2010 ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 27.9.2010 auf den 31.10.2010 der Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung entgegenstand. Nach der Rechtsprechung wird eine Arbeitgeberin auf ihrer ersten Reaktion auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers behaftet (BGE 123 III 86 E. 2b). Sie darf deshalb nicht als erste Reaktion auf eine für unzumutbar gehaltene Situation nur eine ordentliche Kündigung und erst nach weiterer Überlegung doch noch eine fristlose Kündigung aussprechen. Vorliegend verwirkte die Beklagte das Recht zur fristlosen Kündigung durch die ordentliche Kündigung vom 27.9.2010 nicht. Diese Kündigung war mit wirtschaftlichen Gründen und nicht mit dem Fehlverhalten des Klägers begründet. Zudem hatte der Kläger damals sich noch nicht entgegen der Verwarnung vom 12.8.2010 verhalten. Selbstverständlich verlor diese Verwarnung ihre Wirkung für den Fall, dass der Arbeitnehmer sich während der ordentlichen Kündigungsfrist verwarnungswidrig verhalten würde, nicht. Im Gegenteil hat die Arbeitgeberin auch nach einer ordentlichen Kündigung ein berechtigtes Interesse daran, dass das Arbeitsverhältnis pflichtgemäss erfüllt wird.

Ausserdem stellte sich die Frage, ob die Verwarnung durch Zeitablauf ihre Wirkung eingebüsst hatte. Es wird in der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass eine

Verwarnung nicht allzu lange ausgehend von der fristlosen Kündigung zurückliegen darf, um diese noch rechtfertigen zu können. Die Verwarnung sollte in der Regel nicht mehr als ein halbes Jahr alt sein. Zwischen der Verwarnung vom 12.8.2010 und der fristlosen Kündigung vom 14.10.2010 waren lediglich zwei Monate verstrichen, weshalb nicht von einer Verwirkung ausgegangen werden konnte. Damit war festzustellen, dass die fristlose Kündigung vom 14.10.2010 gerechtfertigt war und der Arbeitnehmer über dieses Datum hinaus keine Lohnansprüche mehr hatte.

2a) Der Kläger machte weiter geltend, dass ihm seitens von F. ein Lohn von CHF 35.00 pro Stunde versprochen worden sei. Hingegen habe er mit der Beklagten einen Arbeitsvertrag über CHF 27.00 Stundenlohn abgeschlossen. In diesem Arbeitsvertrag sei er als Bau-Facharbeiter bezeichnet worden. Nach dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe wäre er damit in die Lohnkategorie A mit einem Basisstundenlohn von CHF 30.25 einzureihen gewesen.

Der Kläger wurde offensichtlich in Spanien durch F. auf die Arbeitsmöglichkeiten in der Schweiz aufmerksam gemacht. Falls ihm damals ein Stundenlohn von CHF 35.00 in Aussicht gestellt worden sein sollte, konnte dieser Ansatz für das vorliegende Arbeitsverhältnis keine Geltung beanspruchen. Der Kläger reiste in der Folge in die Schweiz und schloss hier einen Arbeitsvertrag über CHF 27.00 Stundenlohn zuzüglich Ferien und 13. Monatslohn ab. Dies entspricht einem Gesamtlohn von CHF 32.35 pro Stunde. Selbst wenn F. als Stellvertreter der Beklagten in Spanien gehandelt haben und dem Kläger einen Lohn von CHF 35.00 versprochen haben sollte, so musste der in der Folge abgeschlossene Arbeitsvertrag zu CHF 27.00 pro Stunde als rechtsgültig vereinbarte Vertragsänderung angesehen werden, deren Gültigkeit bezüglich der Höhe des Stundenlohnes am allgemein verbindlichen Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe zu messen war. Es war jedoch davon abgesehen nicht nachgewiesen, dass F. als Stellvertreter für die Beklagte in Spanien gehandelt hat. Sollte F. dem Kläger einen höheren Lohn versprochen haben, so besteht allenfalls eine entsprechende Verpflichtung von F. dem Kläger gegenüber, die vorliegend jedoch nicht zu beurteilen war.

b) Im Arbeitsvertrag mit der Beklagten wurde der Kläger zwar als Bau-Facharbeiter bezeichnet, gleichzeitig jedoch ausdrücklich auf die Lohnklasse C hingewiesen. Art. 42 des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) unterscheidet verschiedene Kategorien von Bauarbeitern. „Bau-Facharbeiter“ werden nach der Lohnklasse A, „Bauarbeiter mit Fachkenntnis“ nach der Lohnklasse B und „Bauarbeiter“ nach der Lohnklasse C entschädigt. Ein Bau-Facharbeiter nach Lohnklasse A setzt voraus, dass der Arbeitnehmer mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission anerkannten Kursausweis ausgestattet ist oder vom Arbeitgeber ausdrücklich als Baufacharbeiter anerkannt wurde. Ferner kommt ein Arbeitnehmer in den Genuss der Lohnklasse A, wenn er mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission als nicht zur

Lohnklasseneinteilung Q (gelernter Bau-Facharbeiter) anerkannten ausländischen Fähigkeitszeugnis ausgestattet ist.

Vorliegend hatte der Kläger, wie er anerkannte, überhaupt keine Bauarbeiterausbildung absolviert und schon gar nicht einen entsprechenden Fähigkeitsausweis erworben. Zudem war er von der Beklagten nicht als Bau-Facharbeiter, sondern lediglich im Zusammenhang mit der Lohnklasse C als solcher bezeichnet worden. Die Verwendung des Begriffes Bau-Facharbeiters konnte in diesem Zusammenhang nicht als ausdrückliche Anerkennung dieser Qualifikation im Sinne der Lohnklasse A nach LMV durch die Beklagte angesehen werden. Entscheidend war vielmehr der Hinweis im Arbeitsvertrag auf die Lohnklasse C, die in Art. 42 Abs. 1 Landesmantelvertrag eine eigenständige und geringere Lohnklasse darstellt. Der Kläger war aber auch nicht ein Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, die eine Entlohnung nach der Lohnklasse B gerechtfertigt hätte. Als solche gelten Bauarbeiter mit Fachkenntnissen ohne bauberuflichen Berufsausweis, die jedoch von der Arbeitgeberin aufgrund guter Qualifikation von der Lohnklasse C in die Lohnklasse B befördert wurden. Der Kläger hat sowohl das erste Mal überhaupt in der Schweiz und als auch das erste Mal bei der Beklagten gearbeitet. Die Beklagte kannte daher die beruflichen Fähigkeiten des Klägers noch nicht und hätte deshalb gar keinen Anlass dazu gehabt, den Kläger in eine höhere Lohnklasse zu befördern. Zudem ergab sich, wie bereits gesehen, aus dem Arbeitsvertrag die eindeutige Zuweisung des Klägers zur Lohnklasse C. Damit hatte der Kläger keinen Anspruch auf Lohndifferenzen aus einem angeblich höher vereinbarten Stundenlohn bzw. aufgrund einer auf ihn anwendbaren höheren Lohnklasse gemäss Art. 42 des Landesmantelvertrages. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 4.1.2011 in Sachen von A. gegen T. GmbH, GS 2010.330; veröffentlicht in JAR 2011 S. 435 ff.)

2.9.3. Fristlose Kündigung im Lehrverhältnis?
(siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)

2.9.4. Zur Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR
(siehe unter Ziffern 2.11.4.-6., S. 54)

2.10.1.-3. Art. 340 ff. OR; Art. 106 f. ZPO. Konkurrenzverbote für in Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen tätige Personalberater sind rechtmässig. Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes durch Kündigung seitens des Personalberaters mangels eines begründeten Anlasses zur Kündigung. Bemessung der aufgrund der Umstände angemessenen Konventionalstrafe. Bemessung der vom Personalberater zu tragenden Parteientschädigung aufgrund des vollen Klagebegehrens trotz Reduktion der zugesprochenen Konventionalstrafe, wenn kein übermässiges Überklagen vorliegt.

M. trat am 1.6.2009 als Personalberater bei der I. SA, einem Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen, in deren Filiale in der X...strasse in Basel ein. Seine Tätigkeit umfasste folgende Aufgaben: „Verwaltung und Betreuung der Bewerber und der Vermittlungsagentur, Durchführung von Tests, Prüfung von Arbeitszeugnissen sowie Auswahl und Vermittlung angeworbener Arbeitskräfte, telefonische Akquisitionstätigkeit zur Vermittlung von Zeitarbeitskräften sowie festangestellten Arbeitskräften an Firmen, Besuche bei Firmenkunden und potenziellen Kunden.“ Im Weiteren sah der Arbeitsvertrag folgendes „Wettbewerbsverbot“ vor:

„Herr M. hat die Vertraulichkeit der ihm direkt oder indirekt während seiner Tätigkeit für die I. zur Kenntnis gelangten Informationen zeitlich und örtlich unbegrenzt zu wahren. Dies gilt insbesondere für die von ihm behandelten Angelegenheiten, die Organisation von I., ihre Arbeitsweise, Kunden, Beschäftigte und alle sonstigen Angelegenheiten, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen, sowie seine eigenen Beziehungen zu I..

Es ist Herrn M. daher untersagt, die oben genannten Geschäftsgeheimnisse zu seinen eigenen Zwecken zu nutzen bzw. sie direkt oder indirekt an Dritte weiterzugeben.

Desgleichen ist es Herrn M. untersagt, sich direkt oder indirekt an einem Unternehmen gleich welcher Rechts- und Wirtschaftsform zu beteiligen, das der Vermittlung von Temporär- oder Dauerstellen nachgeht, namentlich auf eigene Rechnung und/oder als Angestellter.

Dieses Verbot gilt für das gesamte Gebiet des Kantons Basel-Stadt, und neben Kantonen während der Laufzeit dieses Vertrags als auch für die Dauer von zwei Jahren nach seiner Beendigung.

Wird das vorgenannte Verbot einmal oder mehrmals verletzt, kann I. alle vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien fristlos kündigen und strafrechtlich gegen Herrn M. vorgehen, namentlich auf Grundlage von Artikel 162 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs. Darüber hinaus hat Herr M. der I. bei jeder weiteren Verletzung eine Vertragsstrafe in Höhe von fünfzigtausend Schweizer Franken zu zahlen. Herr M. hat der I. ferner Ersatz für alle Schäden zu leisten, die diesen Betrag übersteigen.

Weder die Zahlung einer Vertragsstrafe noch die Leistung von Schadenersatz an I. entbindet Herrn M. von der Pflicht, die oben genannten Verbote einzuhalten. I. kann jederzeit die Unterlassung der Verletzungshandlung fordern, und zwar insbesondere im Gerichtswege sowie erforderlichenfalls durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.“

Nachdem der Filialleiter R. sein Arbeitsverhältnis auf den 30.4.2010 gekündigt hatte, kündigte auch M. seinen Arbeitsvertrag auf den 12.4.2010. Bereits am 10.3.2010 schloss M. mit der T. AG, einem Personalvermittlungs- und Personalverleihunternehmen mit Geschäftsräumlichkeiten ebenfalls an der X...strasse, einen Arbeitsvertrag als Personalberater mit Beginn am 1.5.2010 ab. Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren beehrte die I. SA mit Klage vom 10.1.2012 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt die kostenfällige Verurteilung von M. zur Zahlung von CHF 15'000.00 Konventionalstrafe wegen Verletzung des Wettbewerbsverbotes. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 19.4.2012 im Umfang von CHF 7'500.00 gut und verurteilte M. zur Tragung einer Parteientschädigung, die auf dem vollen Klagebegehren von CHF 15'000.00 berechnet wurde, wobei es was folgt ausführte. Eine von M. gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 16.4.2013 ab.

„[...] **2.2.** Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer der Arbeitgeberin gegenüber schriftlich dazu verpflichten, dass er sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit enthält, namentlich nicht in einem Geschäft als Angestellter tätig ist, das mit der Arbeitgeberin im Wettbewerb steht. Das Konkurrenzverbot ist nur dann verbindlich, wenn der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis Einblick in den Kundenkreis oder in Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse hatte. Zudem muss die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen können (Abs. 2). Beim Einblick in den Kundenkreis ist erforderlich, dass der Angestellte die regelmässigen Kunden und ihre Gewohnheiten kennt und ihnen daher gleichartige Leistungen anbieten könnte, um sie abzuwerben (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521). Durch ein Konkurrenzverbot nicht geschützt werden kann eine Kundenbeziehung, die massgeblich auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers beruht. Vorausgesetzt wird dabei, dass die Leistungen, die die Kunden erhalten, entsprechend durch den Angestellten und nicht durch die Identität des Arbeitgebers geprägt sind (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521). Dies wurde in der Rechtsprechung beispielsweise für Damencoiffeure bzw. Hairstylisten und Kosmetikerinnen angenommen (AppGer BS, BJM 2006, S. 92 E. 3.4; AGer ZH; ZR 1994, Nr. 61, S. 173).

Für Personalverleih- und -vermittlungsfirmen ist es wie für Unternehmen und Betriebe anderer Wirtschaftszweige unerlässlich, dass sie über einen möglichst breiten und treuen Kundenstamm verfügen. Dies bringt es mit sich, dass die für sie tätigen Personalberater zu diesen Kunden oft einen langjährigen und intensiven Kontakt aufbauen, der ihnen den Abschluss und die Vermittlung von Aufträgen für die Arbeitgeberin entscheidend erleichtert. Dies trifft jedoch auf zahlreiche Angestellte mit Kundenkontakt zu, sei es die Floristin im Blumengeschäft, den Handelsreisenden für seine durch ihn beworbenen Produkte oder sei es den Akquisiteur im Schreinereibetrieb. Zwar schätzt es die Kundschaft, dass sie dabei den Arbeitnehmer als persönli-

che Ansprechperson des Unternehmens kennt und mit seiner Arbeitsweise vertraut ist, was den Abschluss und die Abwicklung der Geschäfte massgeblich vereinfacht. Hingegen beruhen die den Kunden erbrachten Leistungen vielfach nicht massgebend auf den besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, sondern vielmehr auf dem Angebot der Arbeitgeberin und ihres Unternehmens. Die ständige Rechtsprechung geht deshalb davon aus, dass auch die Personalberater der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche rechtsgültig Konkurrenzverbote nach den Art. 340 ff. OR eingehen können (z.B. BGE 130 III 353; BGer 4A_126/2009; AppGer BS, BJM 1996, S. 17; ZGer BS, BJM 1991, S. 81). Aus der Sicht ihrer Kunden, Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, sind regelmässig die Person und die Fähigkeiten der zum Verleih oder zur Vermittlung angebotenen Arbeitskraft bzw. die Qualitäten des Einsatzbetriebes wesentlich, hingegen lediglich in geringerem Umfang die Eigenschaften der Personalberater wichtig (ZGer BS, BJM 1991, S. 81 E. 7b/bb). Zum selben Schluss gelangte das Bundesgericht selbst bei einem eigentlichen Unternehmensberater in Personalfragen, und zwar auch dann, wenn anzunehmen sei, dass die Kunden, die persönliche Beziehungen zu den Beratern bevorzugten, die Arbeitgeberin nach seinem Abgang ohnehin verlassen hätten (BGer 4A_107/2011 E. 3.3). Hingegen gestand das Bundesgericht zwei Schulungsleitern, sogenannten Training Coaches, einer Firma, die Ausbildungskurse, Seminare und Lehrgänge im Bereich der Weiterbildung von Unternehmenspersonal anbietet, zu, dass die Firmenkunden ihren persönlichen Qualitäten – nämlich ihrer Fähigkeit, in den Seminaren die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu gewinnen, sich klar auszudrücken und an diese eine klare Botschaft weiterzugeben – überwiegende Bedeutung bemessen würden. Deshalb waren die mit den Schulungsleitern vereinbarten Konkurrenzverbote unbeachtlich (BGE 138 III 67 E. 2.2.2 = Pra 2012 Nr. 76, S. 521).

2.3. Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25.5.2009, den der Beklagte eigenhändig unterzeichnet hatte, verpflichtete er sich, nicht in einem Unternehmen tätig zu sein, das die Vermittlung von Temporär- und Dauerstellen betreibt. Das Verbot wurde für das Gebiet des Kantons Basel-Stadt und die Nachbarkantone sowie für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die an Kunden temporär- oder festangestelltes Personal verleiht und vermittelt. Gemäss Arbeitsvertrag hatte der Beklagte als „Personalberater“ die Tätigkeit eines Personalverleihers und –vermittlers inne. Der Beklagte hatte Arbeitskräfte anzuwerben, auszusuchen, zu testen und ihre Unterlagen zu prüfen, um sie vorübergehend oder dauernd an Firmen zu vermitteln, die er ebenfalls zu akquirieren und zu betreuen hatte. Es ist unter den Parteien anerkannt, dass mit der Vermittlung auch die Verleihung gemeint war, wie der Fall des früheren Temporärmitarbeiters der Beklagten S. exemplarisch aufzeigt.

Der Beklagte will allerdings bei seiner Tätigkeit für die Klägerin nur wenig Kundenkontakt gehabt haben. Den grössten Teil seiner Arbeitszeit habe er sich mit dem Empfang, mit Telefonaten und der Anlegung der Kandidatendossiers beschäftigt, weil er mit dem Filialleiter R. alleine in der Filiale Basel gewesen sei. Ihnen habe eine

Sekretärin gefehlt, weswegen sie auch an den Hauptsitz in Lausanne gelangt seien. Der Vermittlungstätigkeit könne man nur schlecht nachgehen, wenn man sich ständig mit anderen Dingen beschäftigen müsse. Dieser Aussage widersprach hingegen der als Zeuge einvernommene R., der ausführte, dass der Beklagte als Personalberater und -vermittler in der Baubranche und Handwerkerbranche tätig gewesen sei, während er selber das Backoffice erledigt habe. Ebenso bestätigte der als Zeuge befragte P., Geschäftsführer der T. AG und nachfolgenden Arbeitgeberin des Beklagten, dass dieser während seiner Anstellung bei der Klägerin hauptsächlich im Bauneben-gewerbe als Vermittler tätig gewesen sei. Die T. AG sei in einem Aufschwung gewesen und habe einen Berater mit Erfahrung in diesem Bereich gesucht, die für sie wichtig gewesen sei. Der Beklagte sei dabei ihr Wunschkandidat gewesen.

Daher ist davon auszugehen, dass der Beklagte bei der Klägerin effektiv als Personalverleiher und -vermittler mit Arbeitnehmern und Arbeitgebern in Kontakt gestanden hatte. Damit hatte er Einblick in den Kundenkreis der Klägerin und auch die Gewohnheiten dieser Kunden kennengelernt. Die Verleihung und Vermittlung von Personal bringt es mit sich, dass der betreffende Personalberater zudem mit den Geschäftsgeheimnissen, namentlich den Anstellungsbedingungen und weiteren Modalitäten der Verleihung und Vermittlung, namentlich den Preisen, der Preisbildung und den Margen, die regelmässig weder allgemein bekannt noch leicht zu ermitteln sind, vertraut ist. All diese Kenntnisse sind dazu geeignet, der bisherigen Arbeitgeberin durch einen Einsatz in einem Konkurrenzunternehmen erheblichen Schaden zuzufügen (AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 2; ZGer BS, BJM 1991, S. 81 E. 2b + c). Die Kunden und Geschäftsgeheimnisse konnte der Beklagte ausreichend kennenlernen, obwohl er vom 1.6.2009 bis 12.4.2010 und damit während nur fast zehneinhalb Monaten in den Diensten der Klägerin stand. Auch das Bundesgericht ging bei einer Verkaufsrepräsentantin, die für die Arbeitgeberin bloss zehn Monate tätig war und geltend machte, dass sie effektiv nur während fünf Monaten Kundenkontakt gehabt habe, davon aus, dass es auch bei einer relativ kurzen Vertragsdauer nicht ausgeschlossen sei, mit wichtigen Personen persönliche Kontakte herzustellen, die später dazu benützt würden, die bisherige Arbeitgeberin durch Abwerbung der Kunden zu schädigen (BGer 4P.234/2006 E. 7.1 ff.).

Unter allen diesen Umständen hat sich der Beklagte gegenüber der Klägerin rechtsgültig verpflichtet, ihr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Konkurrenz zu machen. Dieses Konkurrenzverbot kann auch nicht als übermässig bezeichnet werden, sondern erweist sich im Rahmen von Art. 340a OR als angemessen. Das Verbot ist, was die Tätigkeit und damit den Gegenstand des Verbots angeht, auf die Verleih- und Vermittlungstätigkeit beschränkt, wie sie der Beklagte bei der Klägerin ausgeübt hatte. In örtlicher Hinsicht bezieht sich das Verbot ausschliesslich auf den Kanton Basel-Stadt und die Nachbarkantone, wo die Klägerin ihre Zweigniederlassung unterhielt bzw. sich geschäftlich betätigte, was massgebend ist (BGer 4C.44/2002 E. 2.4). Ferner ist das Konkurrenzverbot auf zwei Jahre beschränkt, was im ordentlichen gesetzlichen Rahmen von drei Jahren liegt und jedenfalls mit Rücksicht auf die

zu schützenden Geschäftsgeheimnisse der Klägerin nicht als übermässig angesehen werden kann (vgl. BGer 4A_62/2011 E. 4.1.1). Zu untersuchen ist im Weiteren, ob der Beklagte das Konkurrenzverbot übertreten hat.

2.4. Der Beklagte trat im Anschluss an die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin von Mitte April 2010 bei der T. AG als Personalberater ein. Der vom Beklagten eingereichte Arbeitsvertrag mit der T. AG wurde bereits am 10.3.2010 und damit am Tage vor der Kündigung des Beklagten am 11.3.2010 unterzeichnet. Das Arbeitsverhältnis begann am 1.5.2010. Die T. AG bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Personalverleihs für Unternehmen im In- und Ausland sowie die Vermittlung von Temporär-, Dauer- und Kaderstellen. Ihr Geschäftszweck deckt damit jenen der Klägerin mehr als ab. Zudem unterhält sie in unmittelbarer Nähe zur damaligen Filiale der Klägerin ebenfalls in der X...strasse ihren Geschäftssitz, wo der Beklagte als Personalberater arbeitete und heute nach einem Unterbruch erneut angestellt ist. Damit verletzte der Beklagte sein rechtsgültig abgeschlossenes Konkurrenzverbot. Nicht wesentlich ist dabei, ob der Beklagte effektiv seine bei der Klägerin erworbenen Kenntnisse über ihre Kundschaft und ihre Geschäftsgeheimnisse einsetzte und sogar ihre Kunden, das heisst Arbeitskräfte wie auch Arbeitgeber, kontaktierte. Wesentlich für die Verletzung des Konkurrenzverbotes ist nicht, ob der Arbeitnehmer seine Kenntnisse verwertet. Vielmehr genügt es nach Art. 340 OR bereits, dass er bei seiner neuen Anstellung die Möglichkeit einer Verwendung des erlangten Wissens hat (AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 2). Daher kann dahin gestellt bleiben, ob die Beteuerungen des als Zeugen befragten P. zutreffen, wonach der Beklagte bei der T. AG deren Kandidaten und Kunden übernommen habe, während diese an seinen Kundenbeziehungen nicht interessiert sei. Davon abgesehen hätte die jetzige Arbeitgeberin selber ein Interesse daran, eine Konkurrenzierung der Klägerin in Abrede zu stellen, sollte sie den Beklagten unlauter, das heisst in Verletzung des UWG, einsetzen. Zudem ist festzustellen, dass auf dem Personalvermittlungs- und Personalverleihmarkt der Schweiz zahlreiche Firmen ihre Dienste anbieten und um Kunden werben. Entsprechend gross und intensiv ist der Wettbewerb unter den Marktteilnehmern. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Personalverleih- und Personalvermittlungsfirmen in den Arbeitsverträgen mit ihren Personalberatern regelmässig Konkurrenzverbote vereinbaren, was gerichtsnotorisch ist (vgl. ZGer BS, BJM 1991 S. 81 E. 7b/bb). Bereits festgehalten wurde, dass die T. AG wie die Klägerin in Basel ihre Geschäfte tätigt bzw. tätigte. Die Geschäftsräumlichkeiten beider Gesellschaften befanden sich zum Zeitpunkt des Eintritts des Beklagten in die T. AG in der X...strasse. Aus alledem ist ersichtlich, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot klarerweise verletzt hat, und zwar selbst dann, wenn die Geltungsdauer einzuschränken und die örtliche Ausdehnung des Verbotes auf das Gebiet des Kantons Basel-Stadt zu beschränken wäre. Dazu besteht jedoch, wie ausgeführt, kein Anlass.

2.5. Der Beklagte ist der Ansicht, dass das Konkurrenzverbot weggefallen sei, weil er sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aus begründetem Anlass gekündigt habe. Nachdem der Leiter der Zweigniederlassung der Klägerin R. gekündigt habe, habe dieser ihm geraten, auch selber zu kündigen. Er wisse nicht, ob die Filiale in Basel weiterbestehen würde. Für ihn sei klar gewesen, dass die Klägerin mit R. einen Grossteil der Kunden und Mitarbeiter verlieren würde. Dieses Verhalten seines Vorgesetzten sei vollumfänglich der Klägerin zuzurechnen, auch wenn sie sich mit diesem in rechtlichen Auseinandersetzungen befinde. Zudem habe er sich nach der Kündigung von R. beim Hauptsitz bei einer Angestellten mit Namen A. erkundigt, ob die Filiale Basel weitergeführt würde, aber darauf nie eine Antwort erhalten. Deshalb habe er nach Ablauf von drei Wochen gekündigt. Erst danach habe er zufällig erfahren, dass mit J. eine neue Filialeiterin eingesetzt worden sei, als eine Woche später für sie ein Paket mit Visitenkarten in der Filiale eingetroffen sei.

2.5.1. Nach Art. 340c Abs. 1 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn die Arbeitgeberin kein erhebliches Interesse daran hat, es noch aufrecht zu erhalten. Zudem fällt es dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten Anlass auflöst, der von der Arbeitgeberin zu verantworten ist (Abs. 2). Nach der ständigen Rechtsprechung ist unter einem begründeten Anlass abstrakt jedes der Arbeitgeberin zuzurechnende Ereignis zu verstehen, das dem Angestellten bei vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlass für eine Kündigung geben kann. Nicht vorzuliegen braucht eine Vertragsverletzung oder gar ein wichtiger Grund nach Art. 337 OR für eine fristlose Kündigung (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; 4A_33/2011 E. 4.2). Für das Vorliegen eines begründeten Anlasses für seine Kündigung ist nach der allgemeinen Beweisregel (Art. 8 ZGB) der Arbeitnehmer, somit der Beklagte, beweispflichtig.

2.5.2. Falls eine Arbeitgeberin ihren Betrieb definitiv schliesst oder an einen anderen Ort verlegt, um dort einen neuen Kundenstamm aufzubauen, verliert sie entsprechend das Interesse an der Aufrechterhaltung eines Konkurrenzverbotes (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, Art. 340c OR N 2 m.H., S. 1275). Unter solchen Umständen spricht vieles dafür, dass der Arbeitnehmer im Hinblick auf die geplante Betriebsschliessung oder Standortverlegung sich durch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch des Konkurrenzverbotes entledigen kann. Entscheidend sind dabei die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles. Allgemein lässt sich immerhin sagen, dass das Konkurrenzverbot dahin fällt, falls das Kündigungsende mit der Betriebsschliessung bzw. Standortverlegung zusammenfällt. Je früher die Kündigung das Arbeitsverhältnis vor der Schliessung bzw. Verlegung beendet, desto weniger kann jedoch das Verbot aufgrund dieser Kündigung untergehen.

2.5.3. Vorliegend kann festgestellt werden, dass der Beklagte sein Arbeitsverhältnis am 11.3.2010 auf den 12.4.2010 gekündigt hat. Nach Angaben der Klägerin in der Hauptverhandlung hat sie ihre Filiale in Basel Ende 2010 geschlossen. Durch J. ist hingegen bezeugt, dass die Aktivitäten der Filiale Basel erst im März 2011 ein-

gestellt wurden. Dies deckt sich mit den Eintragungen im Handelsregister. Seither arbeitet J. für die Zweigniederlassung Basel der N. SA mit Sitz in Lausanne, die die Vermittlung und Verleihung von temporär- oder festangestelltem kaufmännischen Personal betreibt und von denselben Personen wie die Klägerin beherrscht wird. Ausgehend von der Einstellung der Aktivitäten der Zweigniederlassung der Klägerin eventuell bereits Ende 2010, spätestens jedoch im März 2011 hatte der Beklagte keinen begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass, das Arbeitsverhältnis damals zu beenden. Eine Kündigung, die – ausgehend von einer Schliessung Ende 2010 – mehr als neuneneinhalb Monate vor der Betriebsschliessung ausgesprochen wird und das Arbeitsverhältnis mehr als achteinhalb Monate vorher enden lässt, würde bei einem Hinfall des Konkurrenzverbotes dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin noch während fast drei Viertel eines Jahres rechtmässig konkurrenzieren dürfte. Zudem sind Personalberater, wie auch die umgehende Anstellung des Beklagten durch die T. AG zeigt, auf dem Arbeitsmarkt durchaus gesuchte Arbeitskräfte, so dass der Beklagte, wenn überhaupt, nicht mit einer längeren Arbeitslosigkeit hätte rechnen müssen, hätte er seine Stelle infolge der späteren Betriebsschliessung verloren. Dahin gestellt bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob für die Frage der Kündigungsberechtigung auch eine allfällige Weiterbeschäftigung des Beklagten bei der Zweigniederlassung der N. SA, wie sie J. angeboten wurde, zu berücksichtigen wäre. Zu prüfen ist jedoch, ob der Beklagte im Zeitpunkt seiner Kündigung davon ausgehen durfte und musste, dass die Klägerin ihre Zweigniederlassung auf viel kürzere Zeit hinaus als nach über drei Viertel eines Jahres schliessen würde. Er beruft sich dafür auf den damaligen Filialleiter und Vorgesetzten R.. Dieser habe ihm geraten, sich umzuschauen, er wisse nicht, wie lange es die Filiale noch geben werde.

2.5.4. R. gab als Zeuge zu Protokoll, er habe mehrmals gesagt, dass es mit der Filiale nicht so laufe, wie er sich dies vorgestellt habe. Als sich eine Gelegenheit zum Wechsel gegeben habe, habe er das Arbeitsverhältnis gekündigt. Von einem gewissen B., dessen Wort bei ihm jedoch kein grosses Gewicht gehabt habe, habe er gehört, dass die Filiale geschlossen werde. Etwas „offizielles“ habe es dazu jedoch nicht gegeben. Er habe den Beklagten weder aufgefordert noch ihm geraten zu kündigen. Er habe ihm lediglich gesagt, dass die Filiale vielleicht geschlossen werde. R. hat damit lediglich eine mögliche Entwicklung erwähnt, jedoch noch nicht einmal eine – im übrigen ebenfalls nicht hinreichende – Vermutung geäussert. Der Beklagte kann daher für seine Kündigung nicht geltend machen, er habe sich auf Äusserungen seines Vorgesetzten über eine bevorstehende Filialschliessung verlassen dürfen, die dieser in seiner Funktion als Hilfsperson der Geschäftsleitung der Klägerin gemacht habe. Hinzu kommt, dass R. als Filialleiter Basel, wie auch der Beklagte wissen musste, nur kollektivzeichnungs-berechtigt war. Er hätte deshalb, selbst wenn er die ihm zugedachten Äusserungen gemacht hätte, für die Klägerin rechtsgültig nicht allein handeln können. Unter Umständen hätte R. entsprechende Äusserungen

eines Organs der Klägerin an den Beklagten weiterleiten können. Dafür, dass dies geschehen wäre, gibt es jedoch keinerlei Hinweise.

Davon abgesehen hat der Beklagte die Aussagen von R. offensichtlich dahingehend verstanden, dass die Filiale als Folge von dessen Kündigung schliessen werde. Es sei ihm nämlich klar gewesen, „dass die Klägerin mit Herrn R. gleichzeitig einen Grossteil der Kunden und Mitarbeiter verlieren würde“. Dieser habe das Portefeuille mitgenommen, wie der Beklagte zu wissen vorgibt, und sei „die Wurzel des Übels“ gewesen. Obwohl der Beklagte am Weiterbestand der Filiale Basel derart gezweifelt haben will, riet er, wie er auf Einwendung der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung einräumte, dennoch seinem Bekannten und damals arbeitslosen Personalvermittler B., sich als seinen Nachfolger bei der Klägerin zu bewerben, was dieser befolgte und von der Klägerin in der Folge denn auch angestellt wurde.

Der Beklagte kann seine Kündigung ferner auch nicht damit rechtfertigen, dass er Angst davor gehabt habe, bei einer Filialschliessung erneut arbeitslos zu werden, nachdem er vor der Anstellung bei der Klägerin arbeitslos gewesen sei und danach in den ersten vier Monaten Einarbeitungszuschüsse bezogen habe. Die Schliessung der Filiale Basel war damals noch nicht abzusehen, sondern ergab sich in der Folge aufgrund des Entschlusses der Klägerin den Verleih und die Vermittlung von Personal in Basel auf das kaufmännische Gewerbe zu konzentrieren und damit die N. SA zu betrauen. Dabei ermöglichte die Klägerin ihren Angestellten, wie sich bei J. zeigte, die übrigens weder vorher noch heute im Handelsregister als zeichnungsberechtigte Filialeiterin aufgeführt ist, bei dieser mit ihr verbundenen Gesellschaft weiterzuarbeiten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch der Beklagte von einer Weiterbeschäftigung profitiert hätte. Jedenfalls war seine Zukunft bei der T. AG keineswegs sicherer. Dort wurde er nämlich im Februar 2011 gemäss Aussagen des Zeugen P. entlassen, „damit er seine privaten Probleme in den Griff bekomme“. Welcher Art diese Probleme waren, ist nicht bekannt. Es fällt jedoch auf, dass die vorübergehende Trennung von der T. AG einige Monate später erfolgte, nachdem der Rechtsvertreter der Klägerin beim Beklagten wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes vorstellig geworden war. Es wäre ein Zufall, wenn die erneute Einstellung des Beklagten durch die T. AG, die nach den Aussagen des Zeugen P. am 1.4.2012 wirksam wurde, nicht mit dem Ablauf der zweijährigen Dauer des Konkurrenzverbotes und insbesondere mit dem damit verbundenen Wegfall der drohenden Konventionalstrafe (siehe nachfolgend Ziffer 2.6.) in Verbindung steht.

2.6. Da das Konkurrenzverbot rechtsgültig vereinbart wurde und noch Gültigkeit hatte, als der Beklagte zur Konkurrentin der Klägerin wechselte, wodurch er dieses verletzte, schuldet er der Klägerin Ersatz für entstandenen Schaden (Art. 340b Abs. 1 OR). Die Parteien haben im Arbeitsvertrag eine Konventionalstrafe von CHF 50'000.00 vereinbart, die der Beklagte bei jeder Verbotsverletzung zu bezahlen hat, wobei er sich mit deren Leistung in Abweichung von Art. 340b Abs. 2 OR nicht vom Konkurrenzverbot befreien kann. Das Gericht hat eine übermässige Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Das Gericht hat

nur einzugreifen, wenn der festgelegte Betrag jedes vernünftige sowie mit Recht und Fairness vereinbare Mass übersteigt (BGer 4A_233/2009 E. 4; BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007 Nr. 126, S. 873). Dabei sind alle konkreten Umstände zu berücksichtigen. Namentlich ist dem Interesse der Arbeitgeberin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes, der Art und Dauer des Vertrags, der Schwere der Verletzung des Konkurrenzverbotes, dem Verschulden des Verpflichteten sowie der wirtschaftlichen Lage der Parteien, insbesondere jener des Arbeitnehmers, und ihrer Geschäftserfahrung Rechnung zu tragen (BGer 4A_233/2009 E. 4; BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007 Nr. 126, S. 873; AppGer BS, BJM 1996, S. 17 E. 5). Es ist Sache des Arbeitnehmers, die besonderen Umstände für eine Reduktion darzutun und zu beweisen (BGer 4A_233/2009 E. 4; BGE 133 III 201 E. 5.2 = Pra 2007 Nr. 126, S. 873).

2.6.1. Der Beklagte bringt als Reduktionsgründe vor, dass es sich um ein kurzes Arbeitsverhältnis gehandelt habe, dass die örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes ziemlich weit gefasst sei. Zudem sei es nur zulässig, den Kundestamm während sechs Monaten zu schützen. Auch habe er keine Kunden abgeworben. Ausserdem hätte er keine Arbeitsstelle mehr gehabt. Deshalb sei, wenn überhaupt nur eine symbolische Strafe von CHF 900.00 geschuldet. Die Klägerin andererseits erachtet bereits den eingeklagten Betrag von CHF 15'000.00 als deutliche Reduktion aufgrund der vorliegenden Umstände, die sie angesichts einer in Basel zurückhaltenden Rechtsprechung vorgenommen habe.

2.6.2. Es wurde bereits festgestellt, dass in der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche zahlreiche Firmen ihre Dienste anbieten, weshalb unter ihnen ein dauernder und intensiver Wettbewerb herrscht (siehe unter Ziffer 2.4.). Aus diesem Grund ist das Interesse der Klägerin an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes als erheblich zu veranschlagen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Klägerin die Tätigkeit ihrer Filiale in Basel, die auf das Bau- und Baunebengewerbe ausgerichtet war, frühestens Ende 2010 und damit fast neun Monate nach dem Ausscheiden des Beklagten eingestellt hat. Dies wirkt sich insofern mildernd auf die Strafe aus, als das Konkurrenzverbot, was den Kundestamm der Klägerin angeht, in der Folge an Wirksamkeit eingebüsst hat.

Eine Herabsetzung der Verbotsstrafe rechtfertigt auch der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Beklagten vom 1.6.2009 bis 12.4.2010 lediglich zehneinhalb Monate gedauert hat, wodurch der Einblick in den Kundenkreis und in die Geschäftsgeheimnisse der Klägerin während vergleichsweise kurzer Zeit stattfand. Zudem war der Beklagte für die Klägerin nicht in einer qualifizierten Funktion mit entsprechender höherer Stellung im Betrieb und Unternehmen tätig, die ihm entsprechend erweiterte und vertiefte Kenntnisse der Kundenbeziehungen und Geschäftsgeheimnisse der Zweigniederlassung in Basel erlaubt hätten. In die gleiche Richtung geht auch die geringe Geschäftserfahrung des Beklagten. Mildernd wirkt sich ausserdem aus, dass der Beklagte aufgrund der Erfahrungen, die er während der Arbeitslosigkeit vor der Anstellung bei der Klägerin gemacht hatte, bei dem für ihn überraschenden Weggang seines Vorgesetzten und einzigen Mitarbeiters in der Filiale Basel R. in einem

gewissen Grad verunsichert gewesen sein dürfte. Diese Annahme wird allerdings dadurch relativiert, dass er dem arbeitslosen Berufskollegen B. zur Bewerbung um seine Nachfolge riet und diesen auch der Klägerin empfohlen hat. Als Milderungsgrund kommt hinzu, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beklagten, der bei der Klägerin monatlich CHF 5'000.00 brutto bei dreizehn Monatslöhnen verdient hatte, doch begrenzt ist, obwohl er bei der T. AG ab 1.5.2010 mit CHF 5'500.00 brutto bei zwölf Monatslöhnen zuzüglich eines Bonus bereits mehr verdienen konnte. Demgegenüber wird die wirtschaftliche Lage der Klägerin, die in der Schweiz neben dem Hauptsitz in Lausanne in verschiedenen Kantonen diverse Zweigniederlassungen eingetragen hat und fast alle auch effektiv betreibt, wesentlich besser sein.

Als strafferhöhend ist andererseits zu berücksichtigen, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis offensichtlich darum kündigte, um eine Anstellung bei einer Konkurrentin der Klägerin anzutreten. Dabei kam das Thema seiner Anstellung bereits Ende Februar 2010 auf, wie der Zeuge P. zu Protokoll gab, während der Beklagte erklärte, er habe nach der Kündigung durch R., die am 15. 2. 2010 erfolgt war, erst gekündigt, nachdem er auf seine Anfrage am Hauptsitz der Klägerin, ob die Filiale weitergeführt werde, drei Wochen lang keine Antwort erhalten habe. In Wirklichkeit hat der Beklagte sein Arbeitsverhältnis am 11.3.2010 gekündigt, nachdem er am Tage zuvor bei der T. AG den Arbeitsvertrag unterschrieben und vorher diesbezüglich mit der neuen Arbeitgeberin verhandelt hatte. Die Behauptung, er habe zuvor noch auf anderem Gebiet eine Anstellung gesucht und nicht gefunden, ist unbelegt und unglaubwürdig. Zudem behauptete der Beklagte in der Hauptverhandlung, er habe sich nach der Kündigung des Filialleiters R. sogar noch vorstellen können, dass er in Zukunft selber die Filiale leiten würde. Dies steht jedoch in Widerspruch, dass er aufgrund der (behaupteten) Mitnahme des Portefeuilles durch R. am Weiterbestand der Filiale gezweifelt haben wollte.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ist die Konventionalstrafe auf CHF 7'500.00 festzulegen, was weniger als eineinhalb Bruttomonatslöhnen des Beklagten bei der Klägerin entspricht. Hinzuweisen ist zum Vergleich darauf, dass das Appellationsgericht eine Konventionalstrafe von weniger als zwei Monatslöhnen, die gegenüber einer langjährigen Filialleiterin aus der Personalverleih- und Personalvermittlungsbranche verhängt wurde, als „recht milde“ bezeichnet hatte, obwohl damals ebenfalls einige Milderungsgründe zu berücksichtigen waren (AppGer BS, BJM 1996 S. 17 E. 5).

Damit ist die Klage im Umfang von CHF 7'500.00 gutzuheissen, im Übrigen aber abzuweisen. Hinzu kommt Verzugszins zu 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) seit dem 24.6.2010, als die Klägerin den Beklagten bezüglich der Konventionalstrafe mahnte, nachdem dieser sie am 1.5.2010 zu konkurrenzieren begonnen hatte.

3. Das Verfahren vor Arbeitsgericht ist bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 unentgeltlich (Art. 114 lit. c ZPO). Dies ist vorliegend bei einem Streitwert

von CHF 15'000.00 brutto der Fall. Zu verteilen sind jedoch auch im Verfahren vor Arbeitsgericht die ausserordentlichen Kosten. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Das Gericht kann von diesem Verteilungsgrundsatz abweichen und die Prozesskosten nach seinem Ermessen verteilen, „wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig [...] war“ (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Festlegung der angemessenen Höhe einer Konventionalstrafe geschieht nach dem Ermessen des Gerichts (Art. 163 Abs. 3 OR) und erfolgt vorliegend durch die Ermessensausübung des Arbeitsgerichts.

Der Beklagte hat die Klage durch sein verbotsverletzendes Verhalten veranlasst. Diese ist im Grundsatz, nicht aber im vollen, geltend gemachten Umfang gutzuheissen. Ein Überklagen durch die Klägerin ist darauf zurückzuführen, dass die Gewichtung der Faktoren zur Festlegung der Höhe der Konventionalstrafe im Rahmen der gerichtlichen Ermessensbetätigung erst nach der Durchführung des Prozesses, insbesondere des Beweisverfahrens, möglich ist und war. Zudem steht dem Gericht stets ein gewisser Ermessensspielraum zu. Entscheidend ist, dass die Klägerin die vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 50'000.00 in ihrer Klage auf CHF 15'000.00 und damit bereits deutlich reduziert hatte. Ihre Klageforderung lautete auf das Doppelte der im Urteil nun zuzusprechenden Konventionalstrafe. Darin liegt kein übermässiges Überklagen, weshalb der Beklagte zur Tragung einer vollen, auf dem Streitwert von CHF 15'000.00 berechneten Parteientschädigung an die Klägerin zu verurteilen ist. [...]“

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 19.4.2012 in Sachen von I. SA gegen M., GS 2012.2; veröffentlicht in JAR 2013, S. 433 ff.)

- 2.11.1.-3. Art. 344a Abs. 3 und 4 OR. Zu Sinn und Zweck der Probezeit im Lehrverhältnis. Zu den Pflichten des Lehrbetriebes während der Probezeit. Zur Verlängerungsmöglichkeit der Probezeit auf 6 Monate.**
- 2.11.4.-6. Art. 346 Abs. 2 lit. b OR. Auf das Fehlen der zur Ausbildung erforderlichen körperlichen oder geistigen Voraussetzungen darf nicht aus einem vorübergehenden Leistungsabfall geschlossen werden. Vielmehr muss aufgrund von nachweisbaren Leistungsdefiziten vorauszusehen sein, dass die Lernperson mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Lehrabschlussprüfung nicht bestehen würde. Dazu bedarf es entsprechend sicherer Anzeichen. Die Anhörung der Lernperson und gegebenenfalls der gesetzlichen Vertretung ist formeller Natur, zwingend zu gewähren und Gültigkeitsvoraussetzung für die fristlose Kündigung. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, der keine oder keine rechtsgenügeliche Anhörung vorausgegangen ist, löst Schadenersatz- und Entschädigungs-**

folgen nach Art. 337c OR aus. Zur Bemessung der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR.

X. absolvierte bei der Galerie Y. eine Schnupperlehre. In der Folge schlossen die Parteien am 29.3.2009 einen dreijährigen Lehrvertrag für Kauffrau E-Profil mit Beginn am 10.8.2009 und Ende am 9.8.2012 ab. Der Lehrvertrag sah eine Probezeit von drei Monaten vor. Als monatliche Bruttolöhne wurden CHF 700.00 im ersten Bildungsjahr, CHF 900.00 im zweiten Bildungsjahr und CHF 1'200.00 im dritten Bildungsjahr vereinbart. Die Beklagte bestand damals aus drei Lehrlingsausbildnern, die je einen Lehrling betreuten.

Mit Schreiben vom 31.5.2010 kündigte die Galerie Y. den Lehrvertrag „während des 1. Ausbildungsjahres“. Zur Begründung teilte sie X. mit, „seit Ihrem Antritt der Ausbildung zur Kauffrau E-Profil haben verschiedene Besprechungen mit uns, dem Amt für Berufsbildung und vor dem Erreichen Ihres 18. Altersjahr[es] auch zusammen mit Ihrer Mutter stattgefunden. Darin wurden u.a. Defizite im Lernfortschritt, in der betrieblichen Umsetzung bei praktischer Arbeit und bei Ihrer Teamintegration festgestellt. Trotz intensivster Begleitung und verschiedenster Versuche diesen Umstand zu verbessern, muss heute festgestellt werden, dass der Entwicklungsstand der Ausbildungs- und Lernsituationen (ALS) und die Erreichung der übrigen betrieblichen Aufgabenstellungen weit unterdurchschnittlich sind. Anlässlich der kürzlichen Standortbestimmung der ALS 2 wurde erneut ein grosses Defizit bei der Zielerreichung festgestellt. Wir mussten in der Vergangenheit von den uns gegenüber nur vage formulierten bestehenden privaten Problemen Kenntnis nehmen. Trotz Ihrer gegenteilige[n] Meinung stellen wir heute fest, dass dies unserer Ansicht nach sowohl Ihre persönliche Entwicklung als auch unseren ordentlichen Betrieb in einem nicht mehr zu bewältigendem Mass belasten. [...]“

Mit Klage vom 26.11.2010 begehrte X. beim Arbeitsgericht die kostenfällige Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 29'900.00 brutto nebst Zins, worin CHF 26'600.00 Schadenersatz, CHF 2'800.00 Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung sowie CHF 500.00 Entschädigung für ihre Eltern für deren Bemühungen um eine neue Lehrstelle.

Das Arbeitsgericht verurteilte am 5.10.2011 nach Durchführung eines Vorverfahrens die Galerie Y. zur Zahlung von CHF 24'227.80 netto Schadenersatz und CHF 2'800.00 netto Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR nebst Zins an X. und wies die Mehrforderung ab, wobei es was folgt ausführte:

„[...] 1.1. Einem Lehrverhältnis liegt – wie im vorliegenden Fall – regelmässig ein befristeter Lehrvertrag zugrunde. Nach Art. 346 Abs. 1 OR kann ein Lehrverhältnis während der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Zudem kann es aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst werden (Art. 346 Abs. 2 OR). Als wichtiger Grund gilt unter anderem namentlich, „wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anla-

gen verfügt oder gesundheitlich oder sittlich gefährdet ist.“ In diesem Fall sind „die lernende Person und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung [...] vorgängig anzuhören.“ Zudem hat der Arbeitgeber umgehend die kantonale Behörde und gegebenenfalls die Berufsfachschule darüber zu benachrichtigen (Art. 14 Abs. 4 Berufsbildungsgesetz, BBG). Während die Anhörung der Lernperson als Gültigkeitsvoraussetzung (BSK-PORTMANN, 5. Auflage 2011, Art. 346 OR N 5, S. 2154; GSGer BS, JAR 2011, S. 425 E. 1 = BJM 2011, S. 314 E. 1) anzusehen ist, trifft dies nicht auf diese Benachrichtigungen zu (Kantonsgericht Fribourg, JAR 1999, S. 343 E. 4b). Da Art. 346 OR keine abschliessende Aufzählung der Gründe für eine fristlose Kündigung enthält, gilt die Rechtsprechung darüber, was als wichtiger Grund nach Art. 337 OR anzusehen ist, auch im Lehrverhältnis. Ferner bestimmen sich die Folgen einer fristlosen Kündigung ebenfalls nach Art. 337b bis 337d OR (Art. 355 OR).

1.2. Eine fristlose Kündigung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Gekündigten gerechtfertigt. Diese müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und sie müssen auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 129 III 380 E. 2.1). Die Schwere des Vergehens, das zur fristlosen Kündigung geeignet ist, kann absolut oder relativ sein. Bei Vorliegen eines absolut schweren Vergehens genügt eine einmalige Verletzung vertraglicher Pflichten, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Bei der relativen Schwere einer Pflichtverletzung hingegen muss der fristlosen Kündigung eine Verwarnung vorausgehen (BGE 127 III 153 E. 1c). Die Zumutbarkeit der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bestimmt sich ferner stets mit Bezug auf die nächste ordentliche Beendigungsmöglichkeit (ordentliche Kündigung, Ende der festen Vertragsdauer; BGE 117 II 560 E. 3b). Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet allerdings eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung für eine juristische Person bis sieben Tage dauern darf (BGer 4C.185/2006 E. 2.3).

1.3. Falls sichere Anzeichen dafür bestehen, dass die Lernperson nicht über die zur Ausbildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt, so haben die Parteien nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, den Lehrvertrag vorzeitig aus wichtigem Grund aufzulösen. Dabei müssen sie dieser Pflicht allerdings frühzeitig nachkommen. Zudem darf nicht jeder Leistungsabfall des Lehrlings zum Anlass genommen werden, das Lehrverhältnis vorzeitig zu beenden. Vielmehr muss das Scheitern der Lernperson bei der Lehrabschlussprüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sein. Bei einem bloss zeitweiligen Leistungsabfall hat der Lehrmeister vielmehr auf die Jugendlichkeit der Lernperson und ihre spannungsgeladene Lebensphase Rücksicht zu nehmen und diese verstärkt zu betreuen (Zum Ganzen: THOMAS DUFNER, Die vorzeitige Auflösung des Lehrvertrages,

Dissertation Fribourg 1988, S. 160). Die Pflicht zur Auflösung des Lehrvertrages ergibt sich sowohl aufgrund der Interessen der lernenden Person als auch jener des Lehrmeisters. Der Lehrling soll davor bewahrt werden, eine Ausbildung weiterzuführen, die er nicht bewältigen und erfolgreich abschliessen kann. Er soll vielmehr in die Lage versetzt werden, eine auf seine Fähigkeiten zugeschnittene Ausbildung zu suchen und zu absolvieren. Der Lehrmeister andererseits hat ein Interesse daran sowie eine Verantwortung dafür, dass für einen bestimmten Beruf nicht geeignete Personen von der betreffenden Ausbildung ferngehalten werden (GSGer BS, JAR 2011, S. 425 E. 2 = BJM 2011, S. 314 E. 2).

1.4. Wer ein Arbeitsverhältnis fristlos kündigt, trägt die Beweislast, dass hierfür wichtige Gründe vorliegen (Art. 8 ZGB). Bei der sofortigen Beendigung eines Lehrverhältnisses bezieht sich die Beweislast auf die in Art. 346 OR angeführten wichtigen Gründe, falls die kündigende Partei solche Gründe geltend macht.

Vorliegend kündigte die Beklagte den Lehrvertrag am 31.5.2010 unter anderem aufgrund von Defiziten, die sie bei der Klägerin im Lernfortschritt, in der betrieblichen Umsetzung bei praktischer Arbeit und bei ihrer Teamintegration festgestellt habe. [...] Dabei beruft sich die Beklagte zum Beweis dafür, dass die fristlose Kündigung gerechtfertigt war, namentlich auf den Betreuungsbericht der für die Klägerin verantwortlichen Berufsbildnerin Z. vom 30.6.2010, auf die Aktennotiz von A. Berufsinspektor des Erziehungsdepartements, vom 30.7.2010 sowie auf die Aussagen von Z., A. und C., damaliger Lehrling der Beklagten im dritten Lehrjahr.

1.5.1. – 1.5.3. [Es folgt die Wiedergabe des Betreuungsberichts und der Aussagen von Z. und von X.]

1.5.4. Die Ausführungen und Aussagen der Berufsbildnerin Z. können, da die Klägerin sie detailliert bestreitet, nicht ohne weiteres als feststehend angesehen werden. Hinzu kommt, dass Z. den Betreuungsbericht über die Klägerin erst im Juni 2010 und damit nach der Beendigung des Lehrverhältnisses Ende Mai 2010 erstellt hatte. Es liegt daher nahe, dass der Bericht unter dem Eindruck verfasst wurde, die bereits erfolgte fristlose Kündigung möglichst zu rechtfertigen. Zudem sind die Aussagen, die die Zeugin Z. vor Gericht machte, vor dem Hintergrund zu bewerten, dass sie zwar nicht mehr im Betrieb der Beklagten angestellt ist. Sie hat jedoch ein Interesse daran, ihre Arbeit als Berufsbildnerin bei der Beklagten in einem möglichst guten Licht erscheinen zu lassen. [...] Da damit die Aussagen von Z. nicht als solche einer unabhängigen und unbefangenen Zeugin angesehen werden können, ist die Beklagte zum Nachweis eines wichtigen Grundes auf weitere Beweisdokumente und –aussagen angewiesen, die ihre Behauptung stützen könnten.

1.5.5. [Es folgen die Aussagen von C.]

1.5.6. Es ergibt sich aus den glaubwürdigen Aussagen des C., dass bereits vor Eintritt der Klägerin in die Lehre eine angespannte und etwas gehässige Stimmung im Betrieb der Beklagten bestanden hatte. Eine Zunahme dieser bestehenden Spannungen führt der Zeuge auf die Klägerin zurück, weil sie immer wieder die glei-

chen Fragen gestellt, gewisse Arbeiten nicht oder nicht rechtzeitig erledigt und sich mit Ausreden gewehrt habe. Darin bestätigte er die Aussagen der Berufsbildnerin Z., der er attestierte, sich sehr um die Klägerin bemüht zu haben. Allerdings wusste er darüber nichts Genaueres. Auch war ihm dabei nichts Spezielles aufgefallen.

Bei der inhaltlichen Gewichtung dieser Zeugenaussagen ist davon auszugehen, dass zu Beginn einer Lehre jede lernende Person dem betreffenden Ausbildungsbetrieb besondere Anstrengungen abverlangt. Gleich verhält es sich für die lernende Person. Sie unternimmt nach einer jahrelangen Schulzeit ihre ersten Schritte in der Berufswelt. Diese Umstellung ist für sie anspruchsvoll und verlangt, dass sie neue Fähigkeiten und vermehrt Initiative und Selbständigkeit entwickelt. Der Ausbildungsbetrieb wünscht sich verständlicherweise lernende Personen, die in allen diesen Aspekten wenig Betreuungsaufwand verursachen und rasche Fortschritte erzielen. Der Betrieb muss jedoch damit rechnen, dass eine lernende Person grösseren Aufwand bei der Begleitung und Betreuung verursacht, als gemeinhin üblich und erforderlich ist. Darauf muss ein Ausbildungsbetrieb vorbereitet sein und sein Ausbildungskonzept entsprechend anpassen können. Ein solches Konzept besteht darin, dass gemeinsam mit der auszubildenden Person die nächsten Lernziele in kleineren, auf ihr Lerntempo angepassten Schritten sowie in verbindlicher und nachprüfbarer Form geplant, vereinbart sowie kontrolliert werden. Zudem muss der Lernbetrieb auch in Erwägung ziehen, die Lehrperson, sofern und soweit möglich, zumindest zeitweilig auszuwechseln, weil die ausbildende Person möglicherweise auf eine von Berufsbildner zu Berufsbildner unterschiedliche Ausstrahlung und Autorität sowie auf eine verschiedene Art und Weise des Anleitens, Begleitens, Reflektierens und Korrigierens besser anspricht. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie vorliegend die auszubildende Person einer Lehrkraft anvertraut wird, die selber noch kaum eigene praktische Erfahrung in der Lehrtätigkeit mitbringt.

1.5.7. Der Aktennotiz von A., Berufsinspektor des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt, vom 30.7.2010 ist zu entnehmen, dass er am 27.4.2010 mit der Klägerin ein Gespräch geführt habe. An der Handelsschule KV Basel zeige sie recht gute Leistungen. Hingegen gebe es Schwierigkeiten im Lehrbetrieb. Es komme immer wieder zu Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten. Die betrieblichen Leistungsbeurteilungen (12/2009 und 2/2010) der Klägerin seien differenziert und zeigten verschiedene fachliche und methodisch-soziale Mängel auf. Auch bei Arbeiten, die täglich oder wöchentlich eingeübt werden könnten, sei die Klägerin im Rückstand. Gemäss telefonischen und schriftlichen Aussagen des Berufsbildners könne der Lehrerfolg unter den gegebenen Umständen und mit den steigenden Anforderungen nicht oder nur mit einem aussergewöhnlich grossen Betreuungsaufwand erreicht werden. Der Betreuungsaufwand sei gemäss Berufsbildner seinem grundsätzlich sehr motivierten Team nicht zumutbar. Am 31.5.2010 habe im Betrieb das Gespräch stattgefunden. Danach sei ihm die Auflösung des Lehrvertrages zugestellt worden. Gemäss seinen Unterlagen handle es sich bei der Beklagten um einen guten Lehrbetrieb. In den Jahren 1999, 2002, 2004, 2007 (zweimal), 2009 und 2010

hätten die Lehrverhältnisse erfolgreich abgeschlossen werden können. Vor der Lehrvertragsauflösung mit der Klägerin habe es nur im Jahre 2002 aus disziplinarischen Gründen in Schule und Betrieb eine Lehrvertragsauflösung gegeben. Herr B. sei ihm als verantwortungsvoller Berufsbildner bekannt. Seine Argumente seien nachvollziehbar. Zudem wolle die Klägerin nicht mehr in den Lehrbetrieb zurück.

Der Berufsinspektor A. wurde zudem anlässlich der Hauptverhandlung als Zeuge befragt. Er gab dabei zu Protokoll, die Klägerin habe keine schulischen Probleme, jedoch im Lehrbetrieb Probleme gehabt. Das Ziel sei der normale Lehrabschluss im Jahre 2012 gewesen. Es sei schwer zu beurteilen, ob die Lehre dort hätte zu Ende geführt werden können. Er habe jedoch nicht das Gefühl gehabt, dass die Lehre noch hätte gerettet werden können. Dabei sei der Fokus nicht auf die Leistungen der Klägerin, sondern auf die Dauer der noch bevorstehenden Lehrzeit gerichtet gewesen. Für ihn sei klar gewesen, dass man eine andere Lösung, eine andere Lehrstelle, habe suchen müssen. Zu diesem Schluss kam der Zeuge nach Konsultation der Dokumente des Lehrbetriebes, auf die er über eine Datenbank direkten Zugang hatte. Es handelte sich um die erste Beurteilung der Ausbildungs- und Lernsituation (ALS 1). [...] Die zweite Beurteilung der ALS hingegen habe er nicht gesehen. Sie sei zwar definiert gewesen, er habe jedoch das Ergebnis nicht gesehen. Zudem habe er drei Gespräche geführt, zwei mit der Klägerin sowie eines mit der Beklagten im Betrieb. Hingegen habe er kein Gespräch durchgeführt, an dem beide Parteien teilgenommen hätten. [...]

1.5.8. Die Klägerin widersprach den Aussagen des Zeugen A.. Die Beklagte habe mit ihr die ALS besprochen. Ihre Bewertung sei positiv gewesen. [...]

Bestätigt wurden die Aussagen des Zeugen A. bezüglich der guten schulischen Leistungen der Klägerin durch die Lehrerin am Kaufmännischen Verein N., die die Klägerin in Englisch unterrichtete. [...]

Ferner ist festzuhalten, dass ein Berufsinspektor bei der Beurteilung eines Lehrverhältnisses als Erstes die Berichte der Schule sowie die Betriebes heranzieht und konsultiert. Daraus ergeben sich Feststellungen und Bewertungen bezüglich Leistung und Verhalten der lernenden Person. Berufsinspektoren überprüfen gewöhnlich nicht selber die Leistungen und das Verhalten eines Lehrlings, sondern stellen auf diese Feststellungen von Schule und Betrieb ab. Auch überprüfen sie deren Bewertungen nicht umfassend, sondern lediglich hinsichtlich richtiger Methodik und Plausibilität. Diese Überprüfung dient dazu, die Lehrverhältnisse aus einer gewissen Distanz zu begleiten, Ausbilder und lernende Personen in wichtigen Fragen anzuhören, zu beraten und zu unterstützen. Die Berufsinspektoren greifen zudem durch geeignete Massnahmen in die Lehrverhältnisse ein, wenn die Ausbildung oder die lernende Person gefährdet sind. In diesem Sinne begleiten sie auch die Auflösung von Lehrverhältnissen, wenn die lernende Person oder der Ausbilder sich auf wichtige Gründe für eine sofortige Beendigung berufen. Allerdings obliegen die Entscheidung und

die Verantwortung für eine fristlose Kündigung derjenigen Vertragspartei, die die sofortige Auflösung aussprechen möchte und letztlich ausspricht.

Da vorliegend auch der Berufsinspektor A. in seiner Aktennotiz auf die Leistungsbewertungen der Beklagten abgestellt hat, ohne diese zu verifizieren, kann diese Aktennotiz nicht zum Beweis für die Richtigkeit der beklagischen Bewertungen dienen.

2.1. Die Klägerin absolvierte bei der Beklagten, bevor sich die Parteien auf eine Lehre und den Lehrbeginn einigten, eine Schnupperlehre. Eine Schnupperlehre soll der lernenden Person einen ersten Eindruck über einen bestimmten Beruf, den Inhalt und die Anforderungen der Lehre und die Verhältnisse im betreffenden Ausbildungsbetrieb vermitteln. Dem künftigen Lehrbetrieb dient sie dazu, die lernende Person kennenzulernen und erste Erfahrungen mit ihr im Betriebsalltag zu machen. Offensichtlich hielten beide Parteien die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Lehre gegeben und schlossen einen Lehrvertrag ab. Die Beklagte vereinbarte darin mit der Klägerin eine Probezeit, wobei sie die gewöhnlich maximal zulässige Dauer von drei Monaten (Art. 344a Abs. 3 OR) wählte.

Die Probezeit dient dem gegenseitigen Kennenlernen und Erproben, um abzuschätzen, ob sich die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und um über eine langfristige Bindung zu entscheiden (BGE 134 III 108 E. 7.1.1). Gewöhnlich führt eine Arbeitgeberin während der Probezeit ein sogenanntes Probezeitgespräch durch. Ein Probezeitgespräch empfiehlt sich in allen Arbeitsverhältnissen, namentlich jedoch in Lehrverhältnissen. Es ist hier ein erstes systematisches Gespräch zwischen der lernenden Person, ihrer Berufsbildnerin sowie gegebenenfalls der leitenden Person des Lehrlingswesens im Betrieb. Die Berufsbildnerin macht eine Standortbestimmung, stellt die bisherigen Leistungen und Fortschritte sowie das Verhalten der lernenden Person fest und nimmt eine Beurteilung vor, wobei sie auch die lernende Person anhört und sich selber sowie die Verhältnisse einschätzen lässt. Zudem entscheidet der Lehrbetrieb darüber, ob und unter welchen Bedingungen das Lehrverhältnis weitergeführt wird. Falls das Lehrverhältnis fortgesetzt wird, werden die nächsten Ziele und, sofern und soweit erforderlich, Verbesserungsmassnahmen festgelegt, erläutert und vereinbart. Schliesslich wird der Termin für das nächste systematische Mitarbeitergespräch mit der lernenden Person bestimmt. Das Probezeitgespräch wird protokolliert oder zumindest zusammengefasst. Über dessen Ergebnis werden die lernende Person sowie ihre Eltern schriftlich informiert.

Falls sich die Leistungen der lernenden Person während der Probezeit nicht ausreichend beurteilen lassen oder die Zielvorgaben nur ungenügend erreicht wurden, so kann vereinbart werden, dass die Probezeit um weitere maximal drei Monate verlängert wird. Erforderlich ist dazu zudem, dass die zuständige kantonale Behörde – in Basel-Stadt die Verwaltungsabteilung Berufsberatung, Berufs- und Erwachsenenbildung des Erziehungsdepartements – der Verlängerung zustimmt (Art. 344a Abs. 4 OR; § 22 Abs. 2 des baselstädtischen Berufsbildungsgesetzes iVm § 2 Abs. 2 der

zugehörigen Berufsbildungsverordnung). Sollten sich in der Probezeit die Erwartungen an die lernende Person und ihre Eignung für Lehre und Beruf nicht einstellen oder bestätigen, so kann der Ausbildungsbetrieb den Lehrvertrag jederzeit und unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist von bloss sieben Tagen kündigen (Art. 346 Abs. 1 OR). Im Unterschied zu einer Kündigung, die erst nach Ablauf einer ersten oder verlängerten Probezeit ausgesprochen wird, bedarf es dazu keiner besonderen Gründe. In diesem Fall ist die genannte Verwaltungsabteilung des Erziehungsdepartements lediglich sofort schriftlich zu informieren (§ 22 Abs. 1 des kantonalen Berufsbildungsgesetzes).

2.2. Die eigentliche Lehre begann vorliegend am 10.8.2009, womit die dreimonatige Probezeit am 9.11.2009 abließ, ohne dass die Beklagte mit der Klägerin eine Probezeitverlängerung vereinbart oder von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Es wurde weder vorgebracht noch ist dokumentiert, dass im Verlaufe der drei Monate, namentlich gegen der Ende der dreimonatigen Dauer, ein systematisches und formalisiertes Probezeitgespräch stattgefunden hat. Namentlich liegt kein Probezeitbericht vor, der die Leistungen, die Fortschritte und das Verhalten der Klägerin festhält und bewertet sowie die Folgen für die Lehre festlegt. Auf die Frage der Rechtsvertreterin der Klägerin, ob die Leistungen der Klägerin bereits in der Zeit von Oktober/November 2009 problematisch gewesen seien, gab die als Zeugin einvernommene zuständige Berufsbildnerin Z. lediglich an, es sei ein schleichender Prozess und nicht von heute auf Morgen gewesen. Die Beklagte führte jedoch am 22.12.2009 und damit eineinhalb Monate nach der Beendigung der dreimonatigen Probezeit ein Gespräch durch, an der die Klägerin, deren Mutter M. sowie seitens der Beklagten Z. und B. teilnahmen. Dieses Gespräch wurde offensichtlich nicht dokumentiert. Um den Gesprächsinhalt wiederzugeben, beruft sich die Beklagte auf die Aussagen von Z. und ihre eigene Erinnerung daran. Nach den Aussagen von Z. habe man dort die Problematik der Lehre angesprochen und auf die Leistungen der Klägerin hingewiesen. An die Details vermöge sie sich jedoch nicht mehr zu erinnern. Auf die Frage ihrer eigenen Rechtsvertreterin gab ferner B. für die Beklagte zu Protokoll, er vermöge sich nicht daran zu erinnern, dass die Auflösung des Lehrverhältnisses im Rahmen dieses Gesprächs angesprochen worden sei. Er habe damals jedoch angemerkt, dass es nicht gut laufen würde und sie dies weiter beobachten müssten. Diese Aussagen decken sich mit den Erinnerungen von M., die sie als Auskunftsperson zur Protokoll gab. Es habe dort lediglich geheissen, ihre Tochter müsse sich mehr engagieren. Zielvorgaben seien keine vereinbart worden.

2.3. Die Beklagte lernte die Klägerin, wie erwähnt, bereits während der Schnupperlehre in ihrem Betrieb kennen. Augenscheinlich hielt sie deren Leistungen und Verhalten für ausreichend gut, um mit ihr einen Lehrvertrag für eine dreijährige Lehre als Kauffrau E-Profil einzugehen. Die Beklagte bekundete dadurch ihre Überzeugung als Ausbildungsbetrieb, dass die Klägerin aus ihrer damaligen Sicht diese Lehre erfolgreich würde bestehen können. Der Lehrvertrag wurde mit einer dreimonatigen Probezeit abgeschlossen. Eine dreimonatige Probezeit entspricht in Lehrverhältnissen

und damit abweichend von der massgebenden Vorschrift im allgemeinen Arbeitsvertragsrecht (Art. 335b Abs. 1 OR: 1 Monat) der gesetzlichen Regel, wenn im Lehrvertrag eine Probezeit nicht erwähnt ist (Art. 344a Abs. 3 OR). Es kann daraus daher nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte bereits damals gewisse Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Klägerin gehegt hatte. Solche Zweifel hat die Beklagte denn für jene Zeit auch nie behauptet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie behauptet, die Leistungen der Klägerin seien schleichend zurückgegangen, was die Zeugin Z. auf ein nachlassendes Interesse und eine zurückgehende Motivation der auszubildenden Person zurückführte. Wann dieser Prozess begonnen und wie er sich entwickelt haben soll, hat die Beklagte nicht angegeben. Einen Hinweis darauf findet sich lediglich im Betreuungsbericht der Berufsbildnerin Z..

Dieser Bericht stammt allerdings, wie bereits erwähnt, nicht aus der Zeit während des Lehrverhältnisses selber. Die Berufsbildnerin verfasste ihn im Juni 2010 und damit rückblickend nach der Beendigung der Lehre Ende Mai 2010. [...]

[B]eide Parteien [wurden] im Hinblick auf die Hauptverhandlung zur Einreichung ihrer Beweismittel innert gesetzter Frist aufgefordert. In ihrer Beweismittelleingabe vom 13.5.2011 reichte die Beklagte zu den Vorgängen während des Lehrverhältnisses lediglich die Aktennotiz der Lehraufsicht des Erziehungsdepartements betreffend Lehrvertragsauflösung vom 30.7.2010 sowie den erwähnten Betreuungsbericht der Berufsbildnerin Z. und beantragte die Einvernahme von Z., A. und C. als Zeugen. Zudem hat sie auch anlässlich der Hauptverhandlung weder zusätzliche Beweisanträge gestellt noch solche Beweismittel ins Recht gelegt. Sollten doch noch weitere Dokumente existieren, so hätte die Beklagte diese im eigenen Interesse zu den Akten geben müssen, weil sie die Berechtigung zur fristlosen Kündigung nachzuweisen hat (Art. 8 ZGB).

Daran ändert auch der im Verfahren vor Arbeitsgericht bis zum Streitwert von CHF 30'000.00 gültige Untersuchungsgrundsatz nichts. Die sozialpolitisch begründete Untersuchungsmaxime nach Art. 343 Abs. 4 aOR (bzw. Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO) ermöglicht den Parteien eine persönliche Prozessführung, ohne dass sie zu ihrer Unterstützung einen Anwalt beiziehen müssen. Die Parteien werden durch den Untersuchungsgrundsatz jedoch weder von einer aktiven Mitwirkung im Prozess noch von der Verantwortung entbunden, dem Gericht sowohl die Tatsachen des Falles zu unterbreiten als auch die Beweismittel zu bezeichnen. Falls eine Partei namentlich von Prozessanfang an anwaltlich vertreten oder verbeiständet ist, „darf das Gericht in aller Regel auf die Sachkunde des Rechtsvertreters vertrauen und sich darauf verlassen, dass ihm der Prozessstoff sowohl behauptungs- als auch beweismässig vollständig vorliegt“ (BGer 4C.143/2002 E. 3; 4A_635/2009 E. 2.2; 4C.340/2004 E. 4.2). Vorliegend sind beide Parteien sowohl im Vorverfahren als auch in der Hauptverhandlung von ihren Anwälten bzw. Anwältinnen begleitet und unterstützt worden. Hinzu kommt, dass das Gericht wie in allen Vorverfahren vor Arbeitsgericht die Parteien ausdrücklich auf die Prozesschancen und -risiken aufmerksam gemacht hat. Dazu gehören im Falle von fristlosen Kündigungen, die zu beurteilen sind, stets auch

Hinweise auf die Anforderungen nach Gesetz und Rechtsprechung, damit diese als gerechtfertigt angesehen werden könnten, sowie auf die spezifische Beweislastverteilung in diesem Zusammenhang.

2.4. Wenn sich – wie nach Ansicht der Beklagten – bereits während der Probezeit deutliche Leistungsdefizite der Klägerin offenbarten, so wäre zu erwarten gewesen, dass sie mit der Klägerin bereits damals ein systematisches und formalisiertes Gespräch geführt hätte. Sie hätte dabei der Klägerin und ihren Eltern gegenüber die behaupteten Mängel ihrer Arbeiten dokumentieren und festhalten sowie allfällige Konsequenzen aufzeigen können und müssen. Mögliche weitreichende Konsequenzen wären wie erwähnt die Kündigung des Lehrverhältnisses unter Einhaltung einer sieben-tägigen Kündigungsfrist oder die vertragliche Verlängerung der Probezeit um bis zu drei weitere Monate gewesen. Da die Beklagte auf ein derartiges Probezeitgespräch offensichtlich verzichtet und auch nicht das Lehrverhältnis gekündigt oder die Erstreckung der Probezeit vorgeschlagen hatte, lässt den Schluss zu, sie habe die angeblichen Leistungsdefizite der Klägerin selber nicht als so gravierend eingeschätzt, dass sie darin eine Gefährdung der Lehre erblickte. Ein Gespräch führte die Beklagte mit der Klägerin und ihrer Mutter erst am 22.12.2009 durch. Gesprächsthema waren zwar, wie sich auch aus den Aussagen der Mutter der Klägerin als Auskunftsperson vor Gericht ergab, die Leistungen ihrer Tochter im Betrieb. Wie bereits festgestellt, fehlt allerdings jede Dokumentation dieses Gesprächs. Namentlich liegt weder ein Gesprächsprotokoll noch eine Zusammenfassung vor. Zudem konnte sich auch die als Zeugin einvernommene Z. nicht an die Einzelheiten erinnern. Deshalb kann nicht gesagt werden, ob die Beklagte zu jenem Zeitpunkt grosse Defizite bei den Leistungen der Klägerin, die die Fortführung der Lehre in Frage stellten, festgestellt und dies der Klägerin sowie ihrer Mutter vermittelt hat. [...]

2.5. [...] Die Kündigungsgründe [...] sind an den Voraussetzungen in Art. 346 Abs. 2 lit. b OR zu messen. Danach ist ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gegeben, wenn die lernende Person „[...] nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt [...].“ Zusätzlich sind „die lernende Person und gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung [...] vorgängig anzuhören.“ Das Anhörungsrecht ist wie der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur und daher zwingend zu gewähren. Es bezieht sich spezifisch auf die von einem Lehrbetrieb beabsichtigte fristlose Kündigung. Sofern die lernende Person im Zeitpunkt der Anhörung noch nicht volljährig ist, ist auch deren gesetzliche Vertretung anzuhören.

Die am 13.5.1992 geborene Klägerin wurde am 13.5.2010 18 Jahre alt und damit volljährig. Die fristlose Kündigung erfolgte am 31.5.2010. Die Beklagte hat weder behauptet noch ist erstellt, dass sie vor dem 13.5.2010 die Klägerin und deren Mutter bzw. nach diesem Datum zumindest die Klägerin mit ihrer Absicht, das Lehrverhältnis fristlos zu beenden, konfrontiert und ihnen dabei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Insbesondere war im Gespräch vom 22.12.2009 der Beklagten mit der Klägerin und ihrer Mutter eine Auflösung der Lehre offensichtlich kein Thema, wie

sich selbst aus den Aussagen der Beklagten und der Zeugin Z. ergibt. Zudem erinnerte sich die Klägerin daran, dass die Beklagte ihr gegenüber Zweifel an einer Fortführung der Lehre äusserte. Abgesehen davon, dass sich diese Aussage der Beklagten nur an die damals noch minderjährige Lernende selber und nicht auch an ihre Eltern als gesetzliche Vertreter richtete, vermöchten geäusserte Zweifel an einer Lehrfortsetzung noch nicht die in Art. 346 Abs. 2 lit. b OR geforderte Mitteilung der Absicht der Lehrbeendigung zu erfüllen. Da die gesetzlich vorgeschriebene Konfrontation und Anhörung durch die Beklagte als Lehrbetrieb nicht stattfanden, ist die fristlose Kündigung deswegen als ungültig anzusehen. Allerdings führt dies nicht dazu, dass sich eine Beurteilung, ob die fristlose Kündigung auch ungerechtfertigt war, erübrigen würde. Wie zu den Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Kündigung ohne vorgängige Anhörung darzulegen ist, entsprechen diese nämlich jenen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung, die nach Durchführung einer ordentlichen Anhörung ausgesprochen wurde.

2.6. Berufliches Ungenügen an einer Arbeitsstelle genügt als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR nur dann, wenn eine völlige berufliche Unfähigkeit vorliegt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Art. 337 OR N 5d, S. 739). Im Lehrverhältnis wird vorausgesetzt, dass der Lernperson die zur Ausbildung erforderlichen körperlichen oder geistigen Voraussetzungen überhaupt fehlen. Darauf darf [...] nicht aus einem vorübergehenden Leistungsabfall geschlossen werden. Vielmehr muss aufgrund von nachweisbaren Leistungsdefiziten vorausgesehen sein, dass die Lernperson mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Lehrabschlussprüfung nicht bestehen würde. Dazu bedarf es entsprechend sicherer Anzeichen (siehe vorstehend unter Ziffer 1.3.). Das Arbeitsgericht schloss in einem anderen beurteilten Fall darauf bei einer lernenden Dentalassistentin, weil sie in den naturwissenschaftlichen Fächern der Berufsfachschule grosse Schwierigkeiten hatte, was sich in nicht bloss ungenügenden, sondern durchgehend schlechten Schulnoten zeigte. Hinzu kam dort, dass die Lernende auch die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrschte (GSGer BS, JAR 2011, S. 425 E. 2a-2c = BJM 2011, S. 314 E. 2a-2c).

2.6.1. Vorliegend sind sich die Parteien darin einig, dass die Klägerin in der Berufsschule keine Schwierigkeiten hatte. Davon ist auch der Berufsinspektor A. überzeugt, wie er als Zeuge zu Protokoll gab. Die als Zeugin einvernommene Englischlehrerin N. attestierte der Klägerin zudem, dass sie in der Schule sehr konzentriert, pflichtbewusst und zuverlässig gewesen sei. Damit kontrastiert, dass die Beklagte die Klägerin als unsicher und unselbständig erlebt haben will, die die kleinsten Aufgaben nicht richtig ausgeführt und trotz einer intensiven Betreuung und vieler Gespräche ihre Leistungen nicht verbessert habe. Die Beklagte führt dies darauf zurück, dass die Klägerin private Probleme gehabt habe und mit der Belastung in der Arbeitswelt nicht klar komme. Die Beklagte beruft sich, wie erwähnt zum Beweis auf den Betreuungsbericht von Z. und deren Befragung vor Gericht. Es wurde bereits erwogen, dass die Ausführungen und Aussagen der Berufsbildnerin Z. durch die

Klägerin detailliert bestritten wurden und nicht zum Beweis ausreichend sind, weil der Betreuungsbericht erst nach der fristlosen Kündigung verfasst wurde und die Berufsbildnerin Z. auch als befangen zu gelten hat.

2.6.2. Die Aussagen des Zeugen C., die als glaubwürdig anzusehen sind, offenbaren allerdings typische Schwierigkeiten der Klägerin bei der Ausübung praktischer Berufsarbeit, auf die ein Lehrbetrieb bei der Ausbildung von Schulabgängerinnen und Schulabgängern ohne jede Berufspraxis vorbereitet sein muss. Namentlich ist es nichts aussergewöhnliches, dass ein Lehrling, der im letzten Lehrjahr steht, einer Lernenden im ersten Lehrjahr wöchentlich Arbeiten abnimmt, mit ihr gemeinsam erledigt oder nochmals erklärt, was übrigens auch der Zeuge C. als normal bezeichnete. Hingegen fiel dem Zeugen negativ auf, dass es der Klägerin an Initiative und Selbständigkeit gemangelt habe, weil sie immer wieder die gleichen Fragen gestellt, sich jedoch keine Notizen gemacht habe. Das negative Bild, das der dienstältere Lehrling daraus – und vor dem Hintergrund seiner Erfahrungen aus der eigenen Lehre – von der Klägerin gewann, ist verständlich. Als Lehrbetrieb durfte hingegen die Beklagte davon nicht dermassen überrascht sein, dass sie deswegen bereits an einem erfolgreichen Lehrabschluss der Klägerin zweifelte. Dies gilt selbst dann, wenn die Klägerin dieses Verhalten über einige Zeit gezeigt haben sollte. Eine Lehre dient nicht nur der Vermittlung theoretischen und praktischen Berufswissens sowie der Umsetzung und der Einübung des Erlernten bei der praktischen Arbeit im Betrieb. Der Inhalt jeder Lehre ist auch die Vorbereitung auf die allgemeinen Anforderungen von Beruf und Wirtschaft, denen die lernende Person nach erfolgreichem Abschluss der Lehre sollte genügen können. Dazu gehört primär das Entwickeln von Initiative und Selbständigkeit in einem Masse, wie es die Lernperson von der obligatorischen Schulzeit nicht gewohnt ist. Dies bedeutet für die lernende Person eine grosse Umstellung und verlangt vom Lehrbetrieb, dass er diese dazu anleitet und begleitet, was zuweilen länger als erwartet dauert und von ihm entsprechend Nachsicht und Geduld erfordert. Zudem muss der Lehrbetrieb auch eine günstige Lehratmosphäre bieten können.

Da die Klägerin in der Berufsschule gute Leistungen erbrachte und auch durch Pflichtbewusstsein auffiel, durfte und musste die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin darin ausreichende Fortschritte erzielen würde. Ihr stand mit Z. eine Berufsbildnerin zur Seite, die sich nach den Aussagen des Zeugen C. sehr um die Klägerin bemüht habe. Genaueres zur Arbeit der Berufsbildnerin wusste dieser jedoch nicht zu berichten. Die Klägerin bestritt die Ausführungen und Aussagen von Z., dass ihr alles genau erklärt worden sei. Man habe für sie allgemein im Betrieb nicht viel Zeit gehabt. Der Zeuge C. berichtete davon, dass bereits vor Lehrbeginn der Klägerin die Stimmung im ganzen Team angespannt und etwas gehässig gewesen sei. Danach habe dies sogar noch zugenommen.

Der Betrieb der Beklagten bestand zur Zeit der Lehre der Klägerin aus drei ausgelerten Angestellten, die alle auch als Berufsbildner eingesetzt waren und dabei je eine lernende Person betreuten. Dies ist ein in Lehrbetrieben selten anzutreffendes

Zahlenverhältnis von Lehrpersonen zu lernenden Personen, das sowohl für den Lehrbetrieb als auch für die betreffenden Berufsbildner eine grosse Herausforderung und eine ebensolche Belastung darstellt. Die Berufsbildner, die neben ihrer Ausbildungstätigkeit auch andere Arbeiten zu erledigen haben, können diese nicht an weitere Angestellte des Betriebs delegieren und sich dadurch entlasten. Es fällt auf, dass die Beklagte, wie sich aus ihrer Website ergibt, aktuell bei einem Personalbestand von weiterhin drei Mitarbeitern lediglich noch eine einzige Lernende (Kauffrau E-Profil) ausbildet. Es liegt nahe, dass die starke Belastung der Beklagten durch eine gleichzeitige Ausbildung von drei lernenden Personen zu der vom Zeugen C. festgestellten Anspannung im Team zumindest beigetragen hat. Dass diese Stimmung sich noch zusätzlich verschlechterte, als die Klägerin gewisse Arbeiten nicht erledigte, ist nachvollziehbar. Unter solchen Umständen kann nicht von einer optimalen Lehr- und Lernatmosphäre gesprochen werden. Dafür trägt nicht etwa die Klägerin, sondern die Beklagte als Lehrbetrieb die Verantwortung. Die Beklagte hätte bedenken müssen, dass die der Klägerin vorgehaltenen Lernschwierigkeiten damit in Zusammenhang stehen konnten. Es wäre deshalb an der Beklagten gewesen, Massnahmen einzuleiten, um den Lernschwierigkeiten der Klägerin angemessen Rechnung zu tragen. Dazu hätte namentlich gehören können, dass die Beklagte die Berufsbildnerin Z., die lediglich über wenig praktische Erfahrung mit lernenden Personen verfügte, durch einen erfahreneren Berufsbildner ersetzt hätte. Für diese Aufgabe wäre der Geschäftsführer der Beklagten, B., der auch die Hauptverantwortung für die Berufsbildung im Betrieb inne hatte, in Frage gekommen. Die Beklagte hatte jedoch einen Austausch der Berufsbildnerin für die Klägerin nie in Erwägung gezogen, wie ihr Geschäftsführer auf entsprechende Frage des Gerichts ausdrücklich einräumte.

2.6.3. Die Beklagte beruft sich bezüglich der klägerischen Leistungen ferner auf die Standortbestimmungen im Rahmen der beiden durchgeführten Ausbildungs- und Lernsituationen (ALS). Sie will dabei weit unterdurchschnittliche Leistungen sowie grosse Defizite der Klägerin festgestellt haben. Allerdings hat die Beklagte die ALS 1 und 2 nicht ins Recht gelegt, weshalb diese nicht berücksichtigt werden können. Auch erinnerte sich der Berufsinспекtor und Zeuge A. nur an die ALS 1, deren Ergebnisse im ersten Teil ungenügend, hingegen im zweiten Teil genügend gewesen seien. Nicht gesehen habe er hingegen die ALS 2. Weitere Ausführungen zur ALS enthält der Betreuungsbericht von Z., den die Berufsbildnerin allerdings erst nach der fristlosen Kündigung erstellte. Deshalb und weil Z. als verantwortliche Berufsbildnerin befangen erscheint, taugen ihre Ausführungen und Aussagen zu den Leistungen der Klägerin nicht zum Beweis.

Die Klägerin selber will sich an eine positive Bewertung der ALS, die über Outlook erfolgt sei, erinnern. Sie habe dabei von ihrer Berufsbildnerin Z. im Hinblick auf die Zukunft eine positive Rückmeldung erhalten. Zudem hat die Klägerin eine durch sie während der Lehre erstellte, am 27.1.2010 abgegebene Arbeit über die Büromaterialbewirtschaftung im Betrieb der Beklagten ins Recht gelegt. Diese Arbeit wurde durch H. von der IGKG (Interessengemeinschaft Kaufmännische Grundbildung) bei-

der Basel beurteilt. Die Klägerin erreichte dabei 58 von 72 möglichen Punkten, was mit der Note 5 bewertet wurde.

Die Leistungen der Klägerin im Betrieb der Beklagten waren, soweit bekannt und erstellt, nicht gleich gut wie jene, die sie in der Berufsschule zeigte. Nicht nachgewiesen ist allerdings, dass ihre Leistungen derart schlecht waren, wie es die Beklagte behauptet. Es bestehen zwar Hinweise darauf, dass die Klägerin in der ALS 1, was das Fachliche angeht, ungenügend war. Andererseits erreichte sie mit ihrer Arbeit über die betriebliche Büromaterialbewirtschaftung eine gute Note.

2.6.4. Die Beklagte wirft der Klägerin ausserdem vor, dass sie private Probleme gehabt habe, was eine Kommunikation zwischen der Berufsbildnerin und der Lernenden letztlich verunmöglicht habe. Dabei beruft sie sich auf den Betreuungsbericht und die Aussagen der Berufsbildnerin Z.. Danach habe die Klägerin offenbar ausserordentlich darunter gelitten, dass ihr Bruder aus dem gemeinsamen Elternhaus ausgezogen sei und mit ihr in der Folge kein Wort mehr gesprochen habe. Es sprengte den Rahmen einer beruflichen Ausbildung, solche Probleme in einem Betrieb lösen zu wollen. Das Gespräch mit der Mutter der Klägerin am 22.12.2009 habe auch dazu gedient, die Situation ihrer Tochter nachzuvollziehen zu können. Man sei an diese jedoch nicht herangekommen. Die als Auskunftsperson befragte Mutter M. bestätigte, dass ihrer Tochter das Verhalten des Bruders nach seinem Auszug zu schaffen gemacht habe. Sie habe ihr nach dem Gespräch am 22.12.2009 geraten, kommunikativer und aufgestellter zu sein.

Dazu ist Folgendes zu bemerken. Ein Lehrbetrieb, der Lernende im Alter der Klägerin ausbildet, muss davon ausgehen, dass sich diese in einer Lebensphase befinden, in der sie sich von Eltern und Geschwistern lösen und neu orientieren. Dieser Ablösungsprozess verläuft individuell, oft nicht gradlinig und kann von vielfältigen psychischen Belastungen geprägt sein. Aufgabe des Lehrbetriebs ist es vor allem, darauf Rücksicht zu nehmen und Nachsicht zu üben. Dabei muss sich die berufsbildende Person darüber bewusst sein, dass diese Lebensphase insgesamt längere Zeit dauern kann.

2.6.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin in der Berufsschule keinerlei Probleme hatte. Deshalb sprach auch nach dem Urteil des Zeugen A. aus schulischer Sicht nichts gegen den im Lehrvertrag vereinbarten Lehrabschluss im Jahre 2012. Die Leistungen der Klägerin im Betrieb waren, soweit sie bekannt und erstellt sind, zwar wohl nicht gleich gut wie jene, die die Klägerin in der Schule zeigte. Sie können jedoch nicht als schlecht bezeichnet werden. Vielmehr sind sie aufgrund der vorliegenden Beweise als ungenügend bis gut zu bezeichnen. Daraus lässt sich nicht behaupten, dass der Klägerin die für eine erfolgreiche Ausbildung zur Kauffrau E-Profil unentbehrlichen Anlagen gefehlt hätten.

Nach Ansicht der Berufsinspektors und Zeugen A. war es schwer zu beurteilen, ob die Lehre bei der Beklagten hätte zu Ende geführt werden können. Den Grund dafür erblickte er nicht darin, dass die Klägerin intellektuell der Lehre nicht gewachsen ge-

wesen wäre. Auch könne er ihre Praxiskompetenz nicht beurteilen. Hingegen sei es die Doppelbelastung von Schule und Beruf gewesen, die sich für die Klägerin als zu viel erwiesen habe. Bei dieser Belastung komme es erfahrungsgemäss zu Fehlern, was zu einem Misstrauen des Lehrbetriebs der lernenden Person gegenüber führe. Aus seiner Sicht habe zwischen den Parteien das Vertrauensverhältnis gefehlt. Er habe deshalb nicht das Gefühl gehabt, dass sich die Lehre hätte retten lassen. Die Lehre wäre daher besser in einem anderen Lehrbetrieb fortgeführt worden.

Auch aus der Einschätzung des Berufsinspektors ergibt sich damit nicht, dass die Klägerin ihre Lehre bei der Beklagten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht hätte zu Ende führen können. Es fällt auf, dass A. einerseits davon ausgeht, die Klägerin sei durch Schule und Beruf zusammen zu stark belastet gewesen. Andererseits hält er es jedoch für möglich, dass die Klägerin die Lehre in einem anderen Betrieb weitergeführt hätte. Da eine Doppelbelastung von Schule und Beruf bei jeder Lehre gegeben ist, scheint nach seiner Einschätzung die zu hohe Belastung mit dem Betrieb der Beklagten zusammenzuhängen. Falls dies tatsächlich zuträfe, wäre nach den Gründen hierfür zu fragen. Es wurde bereits auf die vom Zeugen C. geschilderte angespannte Stimmung im Betrieb der Beklagten hingewiesen, die keine optimale Lehr- und Lernatmosphäre geboten hat, wofür nicht die Klägerin, sondern die Beklagte massgebend die Verantwortung trägt. Deshalb wäre die Beklagte, sollte die Klägerin, wie der Berufsinspektor vermutet, der Doppelbelastung von Schule und Beruf in ihrem Betrieb nicht gewachsen gewesen sein, nicht berechtigt gewesen, dies zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen.

2.7. Nach alledem ergibt sich, dass die fristlose Kündigung der Beklagten weder gültig noch gerechtfertigt war. Erstens hat die Beklagte die Klägerin und ihre Mutter bzw. die Klägerin allein nicht mit ihrem Entschluss, das Lehrverhältnis per sofort aufzulösen, konfrontiert und sie danach auch nicht angehört, was die Kündigung ungültig macht. Zweitens liegt kein ausreichend wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung vor. Die fristlose Kündigung erscheint noch umso ungerechtfertigter, als es die Beklagte – nachdem sie bereits während der Probezeit deutliche Leistungsdefizite bei der Klägerin festgestellt haben wollte – verpasst hatte, mit der Klägerin ein systematisches Probezeitgespräch zu führen und gegebenenfalls eine Verlängerung der Probezeit zu beantragen oder aber auf sieben Tage hinaus eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Unter diesen Umständen stellt sich auch die Frage, ob die fristlose Kündigung überhaupt unverzüglich ausgesprochen wurde, nachdem der Beklagten der Kündigungsgrund ausreichend bekannt war. Diese Frage kann vorliegend jedoch offenbleiben.

3.1. Die Klageforderung von CHF 29'900.00 brutto zuzüglich 5% Zins seit dem 1.6.2010 setzt sich aus Schadenersatz von CHF 26'600.00 brutto, aus CHF 2'800.00 brutto Entschädigung sowie aus CHF 500.00 für Umtriebe der Eltern bei der Suche nach einer neuen Lehrstelle für die Klägerin zusammen.

3.2. Die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch die Arbeitgeberin ergibt sich auch bei Lehrverhältnissen aus Art. 337c OR. Danach schuldet die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin Ersatz dessen, was diese verdient hätte, wenn das Lehrverhältnis, das auf eine bestimmte Vertragsdauer abgeschlossen wurde, ordentlich beendet worden wäre (Abs. 1). Zudem kann das Gericht auf Begehren der gekündigten Partei die Arbeitgeberin zur Bezahlung einer Entschädigung nach seinem Ermessen von bis zu sechs Monatslöhnen verpflichten (Abs. 3). Während die Leistung nach Abs. 1 Schadenersatz darstellt, der, sofern keine Schadensminderung eintritt, bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung in vollem Umfang zuzusprechen ist, hat das Gericht bei der Festsetzung der Entschädigung nach Abs. 3 die konkreten Umstände zu würdigen. Dazu gehören insbesondere die soziale und wirtschaftliche Situation beider Parteien, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der Gekündigten, die Enge und die Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung vor der Kündigung, die Art, wie gekündigt wurde, das Mitverschulden der Arbeitnehmerin, deren Alter im Kündigungszeitpunkt und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung. Keines dieser Kriterien ist dabei für sich allein bestimmend (BGer 4C.321/2005 E. 9.1; BGE 121 III 64 E. 3c).

Fraglich sind die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung, der keine oder keine rechtsgenügende Anhörung nach Art. 346 Abs. 2 lit. b OR vorausgegangen ist. Folge einer dadurch ungültigen Kündigung wäre, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt und im Falle einer fristlosen Kündigung auch nicht beendet wäre. Im Zusammenhang mit einer nach Art. 336c OR nichtigen und daher damit vergleichbaren Kündigung ist die Arbeitnehmerin verpflichtet, ihre Arbeit anzubieten, will sie weiterhin Lohn beanspruchen. Die Arbeitgeberin hat jedoch die Angestellte aufzuklären, wenn sie aufgrund der Umstände, insbesondere der Stellung oder Ausbildung der Arbeitnehmerin, nicht erwarten kann, dass diese die Rechtslage erkennt (ZK-STAEHELIN, 1996, Art. 336c OR N 20, S. A 600; GS Ger BS, JAR 1983, S. 170). Dies ergibt sich aus ihrer Fürsorgepflicht. Im Lehrverhältnis ist eine Arbeitnehmerin erst in Ausbildung, regelmässig sehr jung und völlig unerfahren. Daher bedarf sie eines besonderen Schutzes. Entsprechend gilt hier eine noch gesteigerte Fürsorgepflicht. Hinzu kommt, dass der lernenden Person ein Arbeitsangebot auch nicht zuzumuten wäre. Aufgrund der Schwere der Vorwürfe der Arbeitgeberin wäre nicht zu erwarten, dass diese die Lehre überhaupt fortsetzen wollte und würde. Zudem wäre ohnehin überaus fraglich, ob nach dem Aussprechen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung überhaupt noch ein Vertrauensverhältnis hergestellt werden könnte, um eine Ausbildung erfolgreich zu gestalten. Aus diesen Gründen ist eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, ohne dass dazu vorgängig eine ausreichende Anhörung stattgefunden hat, ebenfalls nach den Regeln von Art. 337c OR zu behandeln. Anders zu entscheiden, liefe zudem darauf hinaus, dass eine Arbeitgeberin, die eine lernende Person nicht nur aus unzureichenden Gründen fristlos kündigt, sondern sie auch nicht vorgängig anhört, besser fährt, als wenn sie das Anhörungsrecht ordentlich gewähren würde. Die Einführung des Anhörungsrechts in Art. 346 Abs. 2 lit. b OR sollte

jedoch die Rechtsstellung der lernenden Person stärken und nicht verkomplizieren und schwächen.

Dies gilt nicht nur für den Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 1 OR, sondern auch für die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR, weil die lernende Person unabhängig davon, ob sie vorher angehört wurde, durch die Kündigung schwer in ihrer Persönlichkeit verletzt wird.

3.3. Vorliegend hätte das Lehrverhältnis bis am 9.8.2012 gedauert. Als monatliche Bruttolöhne wurden CHF 700.00 im ersten Bildungsjahr, CHF 900.00 im zweiten Bildungsjahr und CHF 1'200.00 im dritten Bildungsjahr vereinbart. Ausgehend von der letzten Lohnzahlung für Mai 2010 hätte die Klägerin bis zum Ende des Lehrverhältnisses im August 2012 noch insgesamt CHF 26'600.00 brutto Lohn erhalten. In diesem Umfang steht ihr, weil die fristlose Kündigung der Beklagten ungerechtfertigt ist, grundsätzlich Schadenersatz zu. Die Beklagte hat zu Recht diese Berechnung der Klägerin nicht in Frage gestellt. Hingegen hat sie einwenden lassen, dass die Klägerin, die heute die Schule besucht, um später die Berufsmatura zu erreichen, sich selber für diesen Weg entschieden habe und daher nicht geltend machen könne, dass ihr der Lehrlingslohn entgangen sei.

3.4. Die Beklagte hat vor ihrer fristlosen Kündigung den Berufsinspektor A. kontaktiert, der mit den Parteien getrennte Gespräche durchführte. Dabei kam der Berufsinspektor, wie er als Zeuge aussagte und bereits erwähnt wurde, zur Überzeugung, dass die Klägerin ihre Lehre in einem anderen Lehrbetrieb fortsetzen sollte. Aus diesem Grund konsultierte er die ihm als Berufsinspektor vorliegende Liste der offenen Lehrstellen. Aus der Aktennotiz, die A. am 30.7.2010 erstellte, ergibt sich, dass er diese Liste am 2.6.2011 auch der Klägerin zur Verfügung gestellt habe. Dabei habe der Versuch, ihr eine Anschlusslösung bei einer Versicherung in Basel zu ermöglichen fehlgeschlagen, da sich dieser Lehrbetrieb für eine andere Person entschieden habe. Zudem sei ihm ein öffentlicher Transportbetrieb mit einer aktuellen Lehrauflösung als für die Klägerin ungeeignet erschienen. Die Klägerin bestätigte, dass sie eine Liste von Lehrbetrieben mit offenen Lehrstellen erhalten hat. Sie habe sich bei diesen Betrieben gemeldet, aber keine Gelegenheit zur Fortsetzung ihrer Lehre bekommen. Dabei reichte sie eine Liste von 13 Lehrbetrieben ein, die sie zu diesem Zweck im Juni 2010 schriftlich, telefonisch oder durch persönliche Vorsprache kontaktiert habe. Davon abgesehen ist der Mangel an Lehrstellen auf dem Lehrstellenmarkt der Region Basel in den vergangenen Jahren als notorisch zu bezeichnen. Unter diesen Umständen kann der Klägerin nicht vorgehalten werden, dass sie ihre Lehre nicht anderswo weitergeführt und sich stattdessen für eine Fortsetzung der Schule entschieden hat. Die Klägerin ist damit ihrer Schadenminderungspflicht ausreichend nachgekommen. Es wäre vielmehr an der Beklagten gewesen nachzuweisen, wo die Klägerin die Lehre hätte fortführen können. Im Übrigen ist vor allem die

Beklagte der Ansicht ist, die Klägerin sei für eine Lehre nicht prädestiniert. Ihr vorzuwerfen, sie habe sich freiwillig für die Schule entschlossen, ist zumindest widersprüchlich.

Der Schadenersatzforderung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Klägerin, sollte sie dereinst die Berufsmatura bestehen, möglicherweise eine qualifiziertere Ausbildung, als es eine Lehre zur Kauffrau E-Profil darstellt, wird erreichen können. Davon abgesehen, entgehen der Klägerin, solange dieser neu eingeschlagene Ausbildungsweg andauert, Lohneinnahmen, insbesondere der Lehrlingslohn, der es ihr erlaubt hätte, zumindest einen Teil ihres Lebensaufwandes als erwachsene Person selber zu finanzieren. Zudem lässt sich ein materieller Schaden nicht ohne weiteres durch immaterielle Vorteile aufwiegen, umso mehr noch unsicher ist, ob die Klägerin die nunmehr eingeschlagene Ausbildung dereinst erfolgreich abschliessen wird.

3.5. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR dient sowohl der Bestrafung der Arbeitgeberin als auch der Wiedergutmachung für die Arbeitnehmerin (BGer 4C.351/2004 E. 7.2.1; BGE 123 III 391 E. 3c). Zudem wird die Entschädigung zur generalpräventiven Abschreckung eingesetzt, um die Zahl der im Berufsalltag vorkommenden ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zu vermindern (AppGer BS, BJM 2004, 39 E. 3c). In diesem Zusammenhang ist auf die Absicht des Bundesrates hinzuweisen, das Maximum der Entschädigung von bisher sechs Monatslöhnen auf zwölf Monatslöhne durch eine Teilrevision des Obligationenrechts erhöhen zu lassen, um diese Abschreckungswirkung noch zu steigern (<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/vn-veber-d.pdf>). Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat dazu namentlich bei den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, politischen Parteien und den Kantonen Vernehmlassungen eingeholt. Soweit bekannt, sind dabei die Stellungnahmen zum Revisionsvorhaben sehr unterschiedlich ausgefallen. Darauf braucht nicht eingegangen zu werden. Es ist jedoch hinlänglich bekannt, dass die Gerichte bisher den vollen gesetzlichen Spielraum von bis zu sechs Monatslöhnen äusserst selten in Anspruch genommen und lediglich moderate Entschädigungen zugesprochen haben. Die berechtigte Absicht des Bundesrates, die Zahl ungerechtfertigter Entlassungen weiter einzudämmen, sollte in erster Linie durch Anwendung des geltenden Rechts geschehen. Aus diesem Grund ist die bisher geübte Praxis anzupassen.

Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist vorbehältlich ausserordentlicher Fälle bei allen ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zuzuerkennen. Ausnahmen setzen Umstände voraus, die ein Fehlverhalten der Arbeitgeberin ausschliessen oder ihr aus anderen Gründen nicht anzulasten sind (BGer 4C.155/2005 E. 5.2.1). Solche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar, so dass nicht von einer Entschädigung Umgang zu nehmen ist. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, die gegenüber einer lernenden Person ausgesprochen wird, trifft diese im Allgemeinen stärker in ihrer Persönlichkeit als eine ausgelernte Person, die einige Jahre Erfahrung im Be-

rufsleben aufweist. Dies hängt damit zusammen, dass die lernende Person durch eine fristlose Kündigung in ihrer Ausbildung zur Erreichung eines Berufsabschlusses massiv beeinträchtigt wird. Entweder wird sie die vorgesehene Ausbildung nicht oder jedenfalls mit einiger zeitlicher Verzögerung zu Ende führen können. Zudem sind ihre Chancen auf dem Lehrstellen- und Arbeitsmarkt durch den Makel einer fristlosen Kündigung zunächst, aber unter Umständen auch später noch ziemlich belastet. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Kündigung als ungerechtfertigt erwiesen hat, weil potentielle Arbeitgeber die Einzelheiten, wie es dazu gekommen ist, nicht kennen und beurteilen können. Sie werden deshalb, falls sie davon erfahren, gegenüber der betreffenden Person nicht geringe Vorbehalte hegen und wenn nicht generell, so zumindest im Zweifel eher von einer Anstellung absehen. Dies rechtfertigt, die Entschädigung höher als sonst üblich anzusetzen. Erhöhend wirkt sich auch das im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch junge Alter der Klägerin von 18 Jahren aus. Dasselbe gilt aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Parteien. Einer wohl weitgehend hablosen jungen Frau einerseits steht eine renommierte und wirtschaftlich erfolgreiche Galerie [...] andererseits gegenüber. Zudem hat die Beurteilung der Kündigungsgründe ergeben, dass die Beklagte dafür weitgehend selber die Verantwortung zu übernehmen hat, während der Klägerin kein Fehlverhalten, sondern bloss teilweise ungenügende Lernfortschritte vorgeworfen werden können. Unter diesen Umständen kann die eingeklagte Entschädigung von CHF 2'800.00, entsprechend vier Monatslöhnen zu je CHF 700.00, als jedenfalls nicht zu hoch betrachtet werden, so dass sie vollumfänglich zuzusprechen ist.

3.6. Nicht zuzusprechen ist hingegen Ersatzforderung für Kosten von CHF 500.00, die die Eltern angeblich bei der Suche nach einem neuen Lehrbetrieb für die Klägerin aufgewendet hätten. Es handelt sich um eine Ersatzforderung der Eltern der Klägerin, die nicht Parteien des vorliegenden Prozesses sind. Zudem wurde eine Abtretung der Forderung an die Klägerin weder behauptet noch belegt. [...]"

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 5.10.2011 in Sachen von X. gegen Galerie Y., GS 2010.339)

2.12. Gesamtarbeitsvertrag

LMV für das Bauhauptgewerbe 2008-2010

Bezeichnung als „Bau-Facharbeiter der Lohnklasse C“ im Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage für höheren als vereinbarten Lohn (Art. 42 LMV)?

(siehe unter Ziffer 2.9.2., S. 39)

C. Statistiken der Berichtsjahre 2011 bis 2013

	2011	2012	2013
Klageeingänge	29	46	67
aus dem Vorjahr übernommen	139 (korr.)	25	32
Total hängig	168	71	99
unerledigt übertragen	25	32	47
erledigte Fälle	143	39	52

Die Fälle fanden folgende Erledigung

2011

	Gruppe	Durch Urteil zu Gunsten			Urteile Total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	Sonstige Erledigung	Total
		Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1.	Bau, Holz, Reinigung Gewerbe, Industrie etc.	3	11	1	15	11	6	5	37
2.	Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	1	8	2	11	2	9	6	28
3.	Handel, Ver- waltung, Ver- kauf, Chemie etc.	2	11	2	15	26	16	2	59
4.	Transport, Autogewerbe, Sicherheit	0	1	1	2	3	2	1	8
5.	Körper-, Ge- sundheits- pflege, Spital, Erziehung	0	1	0	1	7	2	0	10
6.	Medien, Theater, Druck + Pa- pier	0	0	0	0	0	1	0	1
	TOTAL	6	32	6	44	49	36	14	143

2012

	Gruppe	Erledigung durch Urteil zu Gunsten			Urteile Total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	Sonstige Erledigung	Total
		Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1.	Bau, Holz, Reinigung Gewerbe, Industrie etc.	1	4	0	5	5	1	1	12
2.	Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	0	1	1	2	1	1	3	7
3.	Handel, Verwaltung, Verkauf, Chemie etc.	0	6	2	8	4	3	0	15
4.	Transport, Autogewerbe, Sicherheit	0	0	0	0	0	1	0	1
5.	Körper-, Gesundheitspflege, Spital, Erziehung	0	0	0	0	1	1	0	2
6.	Medien, Theater, Druck + Papier	0	0	1	1	1	0	0	2
	TOTAL	1	11	4	16	12	7	4	39

2013

	Gruppe	Erledigung durch Urteil zu Gunsten			Urteile Total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	Sonstige Erledigung	Total
		Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1.	Bau, Holz, Reinigung Gewerbe, Industrie etc.	0	4	2	6	3	1	2	12
2.	Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	2	4	2	8	2	1	0	11
3.	Handel, Verwaltung, Verkauf, Chemie etc.	2	4	3	9	2	0	7	18
4.	Transport, Autogewerbe, Sicherheit	3	3	0	6	0	0	2	8
5.	Körper-, Gesundheitspflege, Spital, Erziehung	0	0	0	0	0	0	0	0
6.	Medien, Theater, Druck + Papier	0	3	0	3	0	0	0	3
	TOTAL	7	18	7	32	7	2	11	52