

BERICHT

DES ARBEITSGERICHTS BASEL-STADT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG

IN DEN JAHREN 2017 BIS 2018

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, 2019

Inhaltsübersicht

1.	Geheimhaltungspflichten des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 4 OR) (siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)	
2.	Weisungsrecht des Arbeitgebers (Art. 321d OR): Pflicht des Arbeitnehmers zu Dienstreisen (siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)	
3.	Gratifikation (Art. 322d OR): Bonus	4
4	Fürsorgepflicht (Art. 328 OR): Sorgfaltspflichtverletzung bei Unfall	9
5.	Ferien (Art. 329 ff. OR)	
5.1.	Prüfung von Feriengesuchen (Art. 329c Abs. 2 OR) (siehe unter Ziffer 9.2.1., S. 42)	
5.2.	Beweislast bezüglich Ferienbewilligung (Art. 329c Abs. 2 OR) (siehe unter Ziffer 9.2.2, S. 50)	
5.3.	Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage (Art. 21 Abs. 3 L-GAV) (siehe unter Ziffer 6.1, S. 10)	
6.	Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)	
6.1.	Streitwert von Arbeitszeugnissen	10
6.2.	Beendigungsmotiv im Arbeitszeugnis (siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)	
6.3.	Berichtigung des Arbeitszeugnisses (siehe unter Ziffer 7.3.3., S. 23)	
7.	Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)	
7.1.	Kündigung wegen einer Flugangst (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)? (siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)	
7.2.	Kündigung zufolge kritischer Meinungsäusserungen (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR)?	14
7.3.1.	Kausalität zwischen Spesenforderung und Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)? (siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)	
7.3.2.	Kündigung wegen Kritik am Arbeitgeber (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	21
7.3.3.	Kündigung wegen Kritik am Arbeitgeber (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	23
7.3.4.	Nachsuchen um Lohnerhöhung als relevanter Anspruch (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)?	28

7.4.	Kündigung zufolge Gründung eines gewerkschaftlichen Netzwerkes (Art. 336 Abs. 2 lit. a OR)?	
	(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)	
7.5.	Diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG	
	(siehe unter Ziffer 10.1., S. 61)	
7.6.	Festlegung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR)	
	(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)	
7.7.	Schlichtungsgesuch als Einsprache (Art. 336b OR)?	
	(siehe unter Ziffer 10.1 und 10.2., 61)	
8.	Pflicht des Arbeitnehmers zum Arbeitsangebot (Art. 336c OR)	
	(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)	
9.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	
9.1.	Eindeutige und unmissverständliche Kündigung.....	37
9.2.1.	Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug.....	42
9.2.2.	Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug.....	50
9.3.	Fristlose Kündigung bei Verletzung von Geheimhaltungspflichten.	53
10.	Gleichstellungsgesetz (GIG)	
10.1.	Die diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG	61
10.2..	Klage nach Gleichstellungsgesetz (Art. 3 ff. GIG).....	61
11.	Gesamtarbeitsverträge	
11.1.	GAV über das Gastgewerbe: Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage (Art. 21 Abs. 3 L-GAV)	
	(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)	
11.2.	GAV privater Sicherheitsdienstleistungen. Offenlegung von Geheimnissen (Art. 27 GAV)	
	(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)	
12.	Normalarbeitsverträge	
	NAV Hauspersonal BS. Kein Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit mangels Verrichtung hauswirtschaftlicher Arbeiten (nach § 8 Abs. 1 NAV)	67
	NAV Hauspersonal BS, NAV Hauswirtschaft. Definition hauswirtschaftlicher Arbeiten bzw. Tätigkeiten (§ 2 Abs. 2 NAV HP BS , Art. 3 NAV HW)	67
13.	Arbeitsgesetz: 50% Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit (Art. 19 ArG, Art. 40 ArGV1)	
	(siehe unter Ziffer 12., S. 67)	

Rechtsprechung

1. **Art. 321a Abs. 4 OR. Geheimhaltungspflichten der Arbeitnehmerin**
(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)

2. **Art. 321d OR. Weisungsrecht des Arbeitgebers: Pflicht des Arbeitnehmers zu Dienstreisen?**
(siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)

3. **Art. 322d OR. Bonus als Gratifikation.** Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als fester Lohnbestandteil oder aber als grundsätzlich freiwillige Gratifikation zu qualifizieren ist, ist die Vereinbarung als Ganzes zu würdigen (E. 3). In casu war die vertragliche Regelung des Bonus sowohl nach dem wirklichen Willen der Parteien als auch nach deren Auslegung entsprechend dem Vertrauensgrundsatz als Gratifikation zu qualifizieren ist (E. 5 ff.). Wird eine Mitarbeiterbeteiligung als Gratifikation ausgestaltet, so stehen der Arbeitnehmerin weder Einsichts- noch Auskunftsrechte bzw. ein Abrechnungsanspruch zu. Dies gilt sowohl bei einer freiwilligen als auch bei einer vereinbarten Gratifikation (E. 11).

Die U. AG stellte ab dem 1.10.2013 G. als Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiterin (National Account Executive) in der Abteilung «Sales» an. Als festes Monatsgehalt wurden CHF 7'400.00 vereinbart. Zusätzlich war G. nach Ablauf der Probezeit berechtigt, am gemäss Arbeitsvertrag freiwilligen Bonusprogramm teilzunehmen. Zwischen den Parteien kam es im Laufe des Arbeitsverhältnisses zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Entschädigungen für die geleistete Arbeit, weshalb G. den Arbeitsvertrag per 30.6.2014 kündigte. Nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens klagte G. am 9.3.2016 auf Verurteilung der U. AG zur Zahlung von vorläufig CHF 29'000.00 als Provision, zur Ausstellung korrekter und vollständiger Provisionsabrechnungen für die Zeit vom 1.10.2013 bis 30.6.2014 und diesbezüglich zur Offenlegung aller Umsätze der von ihr betreuten Kunden. Als die U. AG im Prozess darauf hinwies, dass neben dem Grundgehalt ein diskretionäres, freiwilliges Bonusprogramm im Sinne von Art. 322d OR vereinbart worden war, bezeichnete G. eine Teilnahme am Bonusprogramm als unechte Gratifikation und reduzierte ihre Forderung auf CHF 25'937.25. *Das Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 23.10.2017 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **3.** Lohn ist die vertragliche Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung und ist verdient, wenn die entsprechende Arbeit geleistet ist (Art. 319 Abs. 1 OR). Lohn kommt in vielfältigen Ausgestaltungsformen vor. So sieht das Obligationenrecht selber z.B. die Gewinnbeteiligung, die Provisionsvereinbarung oder den Akkordlohn als Varianten von Leistungslohnen vor. Solche variablen Lohnsysteme sollen einen Anreiz setzen für die Arbeitnehmer zur Leistungssteigerung. Sie sollen sich unternehmerisch

verhalten, indem sie sich an den vorgegebenen Zielen orientieren. Ein solches Anreizsystem funktioniert allerdings nur dann, wenn den Arbeitnehmern verbindlich versprochen wird, dass ihnen bei Erreichung der Ziele eine Belohnung zusteht. In diesem Sinne haben Leistungslöhne einen *prospektiven* Charakter.

Demgegenüber steht die Gratifikation, welche die Arbeitgeberin neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, im Sinne einer Sondervergütung ausrichten kann (Art. 322d OR). Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat die Arbeitnehmerin nur dann einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es so verabredet ist. Je grösser das Ermessen der Arbeitgeberin bei der Ausrichtung einer Geldleistung gegenüber der Arbeitnehmerin ist, umso eher liegt eine freiwillige Gratifikation vor, andernfalls ist das Vorliegen eines Lohnbestandteiles zu prüfen. Es ist auch möglich, dass die Berechnung einer arbeitsbezogenen Geldleistung nach festen Kriterien erfolgt, aber die Frage, ob überhaupt eine entsprechende Zahlung ausgerichtet wird, im freien Ermessen der Arbeitgeberin bleibt (*Thomas Geiser, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse; in: recht 2009, S. 120*). Bei der Gratifikation wird in der Lehre und Rechtsprechung unterschieden zwischen der freiwilligen (echten) Gratifikation und der vereinbarten (unechten) Gratifikation. Bei der freiwilligen (echten) Gratifikation hat die Arbeitgeberin sowohl dem Grundsatz als auch der Höhe nach das freie Verfügungsrecht über eine allfällige Zahlung. Bei der vereinbarten (unechten) Gratifikation trifft die Arbeitgeberin zwar eine Zahlungspflicht, sie hat aber bei der Höhe einer Zahlung ein grosses Ermessen (BGE 136 III 313). Die Gratifikation dient als Anerkennung für vergangene Leistungen und hat daher einen *retrospektiven* Charakter.

Das Obligationenrecht kennt den Begriff des Bonus nicht. Er wird in der Praxis aber oft mit der Gratifikation assoziiert, kann dabei aber ganz verschiedene Leistungsarten benennen, deren Abgrenzung in der Praxis oft schwierig ist und nur anhand einer konkreten Regelung im Einzelfall vorgenommen werden kann. Wie generell bei der Gratifikation hängt auch beim Bonus die rechtliche Qualifikation zunächst von der vertraglichen Ausgestaltung ab (BGE 136 III 313). Die Ausgestaltung des Bonus als freiwillige Leistung verstösst nicht gegen die Ungewöhnlichkeitsregel (BGE 4C.6/2003). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als fester Lohnbestandteil oder aber als grundsätzlich freiwillige Gratifikation zu qualifizieren ist, kann es nicht auf einzelne Kriterien ankommen, sondern ist die Vereinbarung als Ganzes zu würdigen. Es kommt dabei darauf an, was die Parteien tatsächlich gewollt haben (Art. 18 Abs. 1 OR) bzw. wie die Gegenpartei die Willensäusserung der anderen nach dem Vertrauensprinzip verstehen durfte und musste (BGE 127 III 444). [...]

5. Im Arbeitsvertrag der Parteien vom 26.9.2013 wird unter Ziffer 3 festgehalten, dass der Klägerin ein festes Monatsgehalt von CHF 7'400.00 zusteht, welches 13 Mal pro Jahr ausbezahlt wird. Überdies war die Klägerin nach Ablauf der Probezeit berechtigt, am freiwilligen Bonusprogramm für Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiterinnen gemäss Art. 322d OR (Gratifikation), genannt Bonusprogramm, teilzunehmen. Das Bonuspro-

gramm wurde jeweils auf ein Geschäftsjahr und speziell auf die Arbeitnehmerin ausgerichtet. Die Auszahlung des Bonus sollte dabei hinsichtlich Bestands und Höhe ausschliesslich unpräjudiziell für die Zukunft sowie auf völlig freiwilliger Basis geschehen. D.h. die Arbeitgeberin hatte gemäss Vertrag freies Ermessen, das Bonusprogramm nach Ablauf eines Geschäftsjahres ohne Berücksichtigung einer Frist abzuändern oder ganz einzustellen. Der Vertrag sieht weiter vor, dass selbst bei Auszahlung des Bonus über einen längeren Zeitraum kein Anspruch der Arbeitnehmerin auf Ausrichtung des Bonus für die Zukunft begründet wird. In Ziffer 6 des Arbeitsvertrages wurde überdies festgehalten, dass das Bonusprogramm Bestandteil des Arbeitsvertrages sei, wobei ein Vorbehalt gemacht wurde bezüglich der Abänderbarkeit und Aufhebung gemäss der Ziffer 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrages.

6. Im vorliegenden Fall deckt sich die Auslegung der umstrittenen Vertragsklausel nach dem Vertrauensgrundsatz (insbesondere durch deren Wortlaut; siehe dazu BGE 131 III 606 ff.) hinsichtlich der umstrittenen Vertragspunkte in weiten Teilen mit dem, wie die Parteien den Arbeitsvertrag diesbezüglich tatsächlich verstanden haben. Der Vertrag sieht nämlich ausdrücklich vor, dass das Bonusprogramm grundsätzlich freiwillig ist, die Beklagte also nicht zur Durchführung desselben gezwungen werden kann. Weiter stellt der Arbeitsvertrag klar, dass der Bonus im Sinne einer Gratifikation (Art. 322d OR) zu verstehen ist. Sodann sollte die Auszahlung allfälliger Boni sowohl in Höhe als [auch] Bestand für die Zukunft unpräjudiziell und auf völlig freiwilliger Basis erfolgen. Der Arbeitgeberin stand es dabei grundsätzlich frei, das Bonusprogramm nach Ablauf eines Geschäftsjahres ohne Berücksichtigung einer Frist abzuändern oder ganz einzustellen. Schon aufgrund des Wortlautes der vertraglichen Vereinbarung steht fest, dass die jederzeit mögliche Aufhebung des Bonusprogrammes keinen prospektiven Charakter bezüglich des Leistungsanreizes haben kann, was (auch) für das Vorliegen einer Gratifikation spricht. Eine Mitarbeiterin kann sich bei dieser Formulierung des Bonus im Arbeitsvertrag nicht darauf verlassen, dass ihr der Bonus auch für die Zukunft zusteht. Die Regelung erscheint in vorliegendem Kontext viel mehr als retrospektive Vergütungsmöglichkeit für Leistungen der Mitarbeitenden. Dass die Arbeitgeberin das Bonusprogramm gemäss Vertrag erst nach Ablauf eines Geschäftsjahres abändern oder ganz aufheben kann, ändert im vorliegenden Fall am grundsätzlichen Charakter des Bonus als Gratifikation nichts. Denn die Festlegung auf ein Geschäftsjahr beschlägt nur das Bonusprogramm als solches. Ob dabei der Inhalt und allfällige Parameter auch unter dieser Jahresfrist geändert werden können oder nicht, ist damit noch nicht gesagt. Der Arbeitsvertrag stellt in Ziffer 2 diesbezüglich klar, dass gewisse arbeitsbezogene Anpassungen grundsätzlich jederzeit auch einseitig durch die Arbeitgeberin erfolgen können. Dort wird nämlich festgehalten, dass der Klägerin als Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiterin bei Bedarf auch eine andere Tätigkeit zugewiesen werden kann. Auch eine voll- oder teilzeitliche Beschäftigung im Innendienst ist möglich. Weiter ist die Arbeitgeberin gemäss Ziffer 2 des Arbeitsvertrages jederzeit befugt, den Kundenkreis abzuändern oder die Arbeitnehmerin in einer anderen schweizerischen Filiale oder einem anderen geografischen Verkaufsgebiet einzusetzen. Aus dieser Bestimmung, welche der Bonusregelung im Arbeitsvertrag systematisch vorgeht, wird klar, dass insbesondere hinsichtlich des Kundenportfolios kein Bestandesschutz

zu Gunsten der Arbeitnehmerin gelten sollte und vereinbart war. Insgesamt ergibt sich aus der grammatikalischen (und systematischen) Auslegung des Arbeitsvertrages, dass es sich bei der Bonusklausel grundsätzlich um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt.

7. [...] Die Beklagte ging von Anfang an davon aus, dass die Bonusregelung eine echte, jedenfalls aber eine unechte Gratifikation darstellen würde, klarerweise aber keinen Lohnbestandteil. Die Klägerin brachte in der Klage [...] zwar noch vor, dass ihr die Beklagte eine Verkaufsprovision zu bezahlen habe [...]. In der Replik [...] räumt die Klägerin in teilweiser Übereinstimmung mit der Beklagten und den vorstehenden Ausführungen jedoch ein, dass es sich im vorliegenden Fall bei der umstrittenen Vertragsklausel eben nicht um eine Verkaufsprovision und damit einen Lohnbestandteil, sondern um eine Gratifikation handelt. Sie geht davon aus, dass eine unechte Gratifikation vorliegt. Denn durch die Gewährung der Teilnahme am Bonusprogramm sei dem Grundsatz nach ein Rechtsanspruch entstanden. Worauf sich dieser Rechtsanspruch beziehen soll, führt die Klägerin indessen nicht (ausdrücklich) aus.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die vertragliche Regelung des Bonus sowohl nach dem wirklichen Willen der Parteien als auch nach deren Auslegung entsprechend dem Vertrauensgrundsatz (und insbesondere deren Wortlaut) als Gratifikation im Sinne Art. 322d OR zu qualifizieren ist.

8. Wie bereits unter Ziffer 3 ausgeführt kann sich eine Gratifikation infolge einer Vertragsänderung zu Gunsten der Mitarbeiterin zu einem Lohnbestandteil verändern. Dies kann beispielweise dann der Fall sein, wenn weitergehende mündliche Zusicherungen seitens der Arbeitgeberin abgegeben wurden, aufgrund einer betrieblichen Praxis entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung von einer für die Mitarbeiterin günstigeren Regelung auszugehen ist oder wenn die Gratifikation ohne Hinweis auf deren Freiwilligkeit mehrfach ausbezahlt wurde. Schliesslich kann ein als Gratifikation ausbezahlter Betrag Leistungslohn sein, weil die Zahlung aufgrund ihrer Höhe und deren Verhältnis zum Lohn das Kriterium der Akzessorietät verletzt.

Eine Vertragsänderung bezüglich der Regelung des Bonus wurde von der Klägerin (zumindest ausdrücklich) nicht behauptet. Weder aufgrund der Akten noch aufgrund der Ausführungen der Parteien kann von einer mündlichen Zusicherung der Beklagten an die Klägerin ausgegangen werden, ihr anstelle einer Gratifikation einen festen Lohnbestandteil bezahlen zu wollen. Eine solche könnte aufgrund des arbeitsvertraglichen Vorbehalts in Ziffer 3 des Arbeitsvertrages [...], wonach Ergänzungen und Abänderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen, auch nicht ohne weiteres angenommen werden. Ebenso wenig liegt eine mehrfache Auszahlung einer Gratifikation ohne vertraglichen Vorbehalt der Freiwilligkeit vor. Schliesslich liegt bei einer Zahlung über rund CHF 9'000.00 auch keine Verletzung des Akzessorietätsprinzips vor. Dieses Prinzip besagt, dass eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben muss und im Rahmen der Entschädigung der Arbeitnehmerin nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen darf, um den Charakter einer Sondervergütung wahren zu können (BGE

142 III 381). Die Zahlung der Beklagten liegt bezogen auf den gesamten Anstellungszeitraum weit unter 15 % des festen Gehalts, welches der Klägerin in ihrer Anstellungszeit ausbezahlt wurde.

9. Es bleibt zu prüfen, ob aufgrund einer betrieblichen Praxis entgegen dem Wortlaut der Vereinbarung von einer für die Klägerin günstigeren Regelung auszugehen ist. Denn dies macht die Klägerin [...] zumindest implizit geltend. Eine derartige stillschweigende Abänderung des Arbeitsvertrages und insbesondere der Bonusklausel darf jedoch nicht ohne weiteres angenommen werden. Denn die Parteien haben [...] in Ziffer 6 des Arbeitsvertrages [...] ausdrücklich festgehalten, dass Ergänzungen und Abänderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen. Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist es aber dennoch möglich, von einer vertraglich vorbehaltenen Schriftform für eine Vertragsänderung abzuweichen, wenn aus dem Verhalten der Parteien auf eine konkludente Vertragsänderung geschlossen werden muss (BGE 4A_443/2010).

10. [...] Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass es während der kurzen Anstellungszeit der Klägerin nur im [Jahre] 2014 zu Auszahlungen des Bonus in der Gesamthöhe von CHF 9'162.75 kam. Angesichts der vertraglichen Formulierung des Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR, dem Schriftformvorbehalt für Vertragsänderungen und fehlender weiterer Zusicherungen durch die Beklagte vermag der ausbezahlte Betrag im Rahmen des Bonusprogrammes die (unechte) Gratifikation nicht in einen Lohnbestandteil umzuwandeln, auf den die Klägerin einen Anspruch hätte. Für die weitere Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist somit – wie bereits oben ausgeführt – davon auszugehen, dass die Regelung unter Ziffer 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren ist.

11. Diese Qualifikation der Bonusregelung hat Auswirkungen in mehrere Richtungen. Arbeitsrechtliche Kontrollrechte einer Arbeitnehmerin sieht das Gesetz vor bei einem vereinbarten Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a Abs. 2 OR) und bei der Provision (Art. 322c Abs. 2 OR). Wird eine Mitarbeiterbeteiligung als Gratifikation ausgestaltet, so stehen der Mitarbeiterin weder Einsichts- noch Auskunftsrechte zu. Dies gilt sowohl bei einer freiwilligen als auch bei einer vereinbarten Gratifikation. Auch aus den International Policies 2013 [...] der Beklagten lässt sich kein Anspruch der Klägerin auf Einsicht bzw. Abrechnung entnehmen. Aus dem von der Klägerin zitierten Satz «Sales performance and earned sales incentives will be calculated and paid no later than eight weeks [...]» lässt sich nur entnehmen, dass eine allfällige Zahlung innert einer bestimmten Frist berechnet und ausgerichtet wird. Nicht aber, dass der Klägerin ein Einsichts- oder Auskunftsrecht diesbezüglich zustehen würde.

Mit der Qualifikation der umstrittenen Bonusregelung als (unechte) Gratifikation steht weiter fest, dass ein pro rata temporis Anspruch grundsätzlich nicht geschuldet ist. Denn dies müsste zwischen den Parteien gemäss Art. 322d Abs. 2 OR ausdrücklich vereinbart worden sein, was in der vorliegenden Streitsache gerade nicht der Fall ist.

12. Wie bereits unter Ziffer 3 ausgeführt, trifft die Arbeitgeberin bei der freiwilligen (echten) Gratifikation keine Pflicht, eine solche auszubezahlen. Sie hat sowohl dem Grundsatz als auch der Höhe nach das freie Verfügungsrecht über eine allfällige Zahlung.

Bei der vereinbarten (unechten) Gratifikation trifft die Arbeitgeberin zwar eine Zahlungspflicht, sie hat aber bei der Höhe einer Zahlung ein grosses Ermessen. Die Klägerin geht [...] davon aus, dass die Beklagte zumindest dem Grundsatz nach eine Pflicht zur Bezahlung des Bonus im Sinne einer unechten Gratifikation treffe. Ohne auf die Frage des Ermessens bei einer Auszahlung einzugehen, bringt sie dann vor, dass die Beklagte die Bonusregelung nicht korrekt umgesetzt habe. Dabei verkennt die Klägerin, dass die Ermessensausübung bei der Bestimmung der Höhe einer vereinbarten Gratifikation mit der rein zahlenmässigen Berechnung anhand von Unternehmenszahlen wenig gemeinsam hat. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 23.10.2017; GS 2016.11)

4. Art. 328 i.V.m. Art. 101 OR. Keine Sorgfaltspflichtverletzung durch Arbeitskollegin, die statt die Verunfallte in Seitenlage zu versetzen, die interne speziell für medizinische Notfälle geschulte Gruppe Mitarbeitender herbeirief. Dasselbe trifft auf den Vorwurf betreffend der generellen Sicherheitsvorkehrungen zu, weil es Sinn macht und üblich, nur einige ausgewählte Personen eines Unternehmens in medizinischer Nothilfe zu schulen.

Am 15.3.2011 zog sich A. erhebliche Verletzungen im Gesicht zu, als sie an ihrem Arbeitsort nach Verlust des Bewusstseins zunächst mit Oberkörper und Kopf auf den Bürotisch sank und anschliessend, als der Bürostuhl nach hinten wegrollte, kopfvoran unter den Tisch auf den Boden fiel. Nach der Schlichtungsverhandlung ohne Einigung klagte A. am 6.11.2015 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der Arbeitgeberin auf Ersatz des beim Unfall erlittenen Haushaltsschadens, der infolge Fehlverhaltens einer Arbeitskollegin, die ihr zu Hilfe geeilt war, sowie aufgrund eines mangelhaften Sicherheitsdispositivs entstanden sei. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 20.3.2017 ab, ebenfalls das Appellationsgericht Basel-Stadt am 31.1.2018 eine von A. dagegen erhobene Berufung. Das Bundesgericht wies am 2.10.2018 die Beschwerde von A. ab, soweit es darauf eintrat (BGE 4A_217/2018).

5. Ferien (Art. 329 ff. OR)

5.1. Art. 329c Abs. 2 OR. Prüfung von Feriengesuchen

(siehe unter Ziffer 9.2.1., S. 42)

5.2. Art. 329c Abs. 2 OR. Beweislast bezüglich Ferienbewilligung

(siehe unter Ziffer 9.2.2., S. 50)

5.2. Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage.

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)

6. Arbeitszeugnis (Art. 330a OR)

6.1. Art. 330a OR. Streitwert von Arbeitszeugnissen. Er entspricht im Allgemeinen einem Bruttomonatslohn und ist bei Arbeitsbestätigungen entsprechend geringer, wobei die konkreten Umstände des Einzelfalles massgebend sind. In casu ein halber Bruttomonatslohn als Streitwert für die Arbeitsbestätigung (E. 2.3.). Der Anspruch auf eine Arbeitsbestätigung kann klageweise ohne ausformulierten Bestätigungstext geltend gemacht werden (E. 3.4.).

Art. 336c OR. Arbeitsangebot des Arbeitnehmers. Arbeitnehmer haben nach Ablauf der Sperrfristen ihre Arbeit wieder anzubieten und ohne solches Angebot keinen Lohnanspruch (E. 3.1.).

Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage. Die Angabe des Monats Juli als Ferienmonat im Sinne einer vagen Annahme des Buchhalters auf von der Arbeitnehmerin unterzeichneten Jahreslohnblättern wird der Ferienkontroll- und Beweispflicht in keiner Weise gerecht (E. 3.2.).

Die B. GmbH beschäftigte S. als Service-Angestellte mit 80%-Pensum zu einem Bruttolohn von CHF 2'728.00. Das Arbeitsverhältnis begann am 1.10.2012. Im Mai 2015 gebar S. den Sohn G. und befand sich anschliessend bis am 21.8.2015 im Mutterschaftsurlaub. In der Folge kam es nicht mehr zur Arbeitsaufnahme durch die Arbeitnehmerin. S. behauptete, die B. GmbH habe ihr fristlos gekündigt. Die B. GmbH hingegen gab an, S. habe ihr erklärt, sie arbeite nicht bei ihr, und sei seither der Arbeit auch fern geblieben.

Nach einem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte S. am 24.5.2016 mittels Teilklage auf Verurteilung der B. GmbH zur Zahlung von CHF 22'415.00 brutto, unter anderem CHF 2'232.00 brutto Lohn für die Kündigungsfrist und CHF 9'443.00 brutto Ferienlohn sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. In der Hauptverhandlung stellte S. ein Klageänderungsbegehren mit dem Begehren, die B. GmbH teilklageweise zur Bezahlung von CHF 29'982.95 und zur Ausstellung einer Arbeitsbestätigung zu verurteilen. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* trat am 24.4.2017 auf das Klageänderungsbegehren nicht ein und verurteilte die Beklagte zur Zahlung von CHF 12'391.40 netto und zur Ausstellung einer Arbeitsbestätigung an die Klägerin, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.2.** Nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte Anspruch in erster Linie nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Da das vereinfachte Verfahren vor Arbeitsgericht für vermögensrechtliche Ansprüche auf Streitwerte bis CHF 30'000.00 begrenzt ist (Art. 243 Abs. 1 ZPO), ist zu untersuchen, wie hoch der Streitwert der Rechtsbegehren gemäss Klageänderungsantrag ist. Neben der Geldforderung von CHF 29'982.95 verlangt die Klägerin die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung. Nach Art. 91 Abs. 2 ZPO ist es bei Rechtsbegehren, die nicht auf eine bestimmte Geldsumme lauten, zudem Sache der Parteien, sich über den Streitwert zu einigen. Falls sie sich nicht einigen oder offensichtlich unrichtige Angaben machen, setzt das Gericht den Streitwert fest.

2.3. Das Rechtsbegehren der Klägerin auf Ausstellung einer Arbeitsbestätigung lautet nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Der Streitwert von Arbeitszeugnissen entspricht im Allgemeinen und nach langjähriger Gerichtspraxis einem Bruttomonatslohn der Arbeitnehmerin (OGer ZH, JAR 1990, S. 219) und ist bei Arbeitsbestätigungen entsprechend geringer (GSGer BS, BJM 2001, S. 77 f.). Massgebend sind jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalles (BGE 4A_45/2013 E. 4.3; 8C_151/2010 E. 2.8). Bemessungskriterien des Streitwerts sind: Beruf, Funktion und berufliche Qualifikation der Arbeitnehmerin, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Lohnhöhe, künftige Situation auf dem Arbeitsmarkt (BGE 4A_45/2013 E. 4.3; 8C_151/2010 E. 2.5). Ausgehend von der Streitwertgrenze von CHF 30'000.00 sowie dem Rechtsbegehren der Klägerin, in dem sie eine Geldsumme CHF 29'982.95 fordert, würde der Streitwert des Begehrens bezüglich der Arbeitsbestätigung lediglich CHF 17.05 betragen. Die Klägerin ist heute 31 Jahre alt und arbeitete mehrere Jahre als Serviceangestellte in den Betrieben der Beklagten. Auf den ausgefüllten Arbeitsvertragsformularen für die Klägerin ist in der entsprechenden Rubrik Ziffer 3 nicht angegeben, dass die Klägerin über eine Berufsausbildungs- und -praxis im Gastgewerbe verfügt [...]. Entsprechend wurde in den beiden Arbeitsverträgen jeweils der Lohn für ein 80%-Pensum von CHF 2'720.00 bzw. CHF 2'728.00 auf dem Mindestlohn für Mitarbeiter ohne Berufslehre von CHF 3'400.00 gemäss Art. 10 Abs. 1 Ziff. I L-GAV Ausgabe 2012 berechnet. Für die Klägerin, die als Mutter eines Kleinkindes eine Teilzeitstelle sucht, dürfte diese Suche auf dem Arbeitsmarkt nicht leicht sein. Entsprechend wichtig ist es für die Klägerin, dass sie gegenüber potentiellen Arbeitgebern jedenfalls einen Ausweis mehrjähriger Berufstätigkeit vorweisen kann. Der Streitwert eines Arbeitszeugnisses für die Klägerin wäre unter den vorliegenden Umständen mindestens mit einem Bruttomonatslohn von CHF 2'728.00 festzusetzen. Da eine Arbeitsbestätigung weniger aussagekräftig als ein Arbeitszeugnis ist, für die Klägerin jedoch immerhin festhält und belegt, dass sie im Gastgewerbe als Serviceangestellte über eine mehrjährige Berufspraxis verfügt und diese Tätigkeit von gegen Ende des Jahres 2012 bis im August 2015 ausübte, erscheint ein Streitwert von der Hälfte eines Arbeitszeugnisses, mithin der Hälfte eines Bruttomonatslohnes, als angemessen. Damit beläuft sich der Streitwert der Rechtsbegehren gemäss Klageänderungsantrag der Klägerin auf CHF 31'346.95. Das vereinfachte Verfahren steht für vermögensrechtliche Streitigkeiten bei Streitwerten über CHF 30'000.00 nicht zur Verfügung. Daher fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für ein Klageänderungsbegehren, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

3. Zu beurteilen bleiben damit die von der Klägerin in ihrer Klage vom 24.5.2016 gestellten Rechtsbegehren.

3.1. Die Klägerin begehrt zunächst die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 2'232.00 Lohn für die Kündigungsfrist. Die Klägerin behauptet, dass sie ihre Arbeit für die Zeit nach dem Mutterschaftsurlaub der Beklagten angeboten habe, wobei ihr diese am Telefon das Arbeitsverhältnis mündlich fristlos gekündigt habe [...] Die Beklagte andererseits bestreitet eine Kündigung, die sie ausgesprochen haben soll, und stellt sich auf den Standpunkt, dass vielmehr sie an die Klägerin gelangt sei, damit

sie nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubes ihre Arbeit aufnehme, worauf diese erwidert habe, dass sie nicht mehr bei ihr arbeiten wolle. Die Klägerin sei dann am 22.8.2015 und auch an den darauffolgenden Tagen nicht mehr zur Arbeit erschienen [...].

Arbeitnehmer haben nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c OR ihre Arbeit wieder anzubieten (BGE 115 V 437). Zudem gilt, wer eine Kündigung seitens der anderen Vertragspartei behauptet, hierfür beweispflichtig ist, wenn sie daraus Ansprüche ableitet (Art. 8 ZGB). Die Klägerin hätte aufgrund der Bestreitung ihrer Sachverhaltsdarstellung durch die Beklagte ihre Behauptungen nachzuweisen, was jedoch nicht der Fall ist. Unter diesen Umständen hat sie, solange sie keine Arbeit leistete, keinen Lohn zu gut, sodass ihr diesbezügliches Begehren unbegründet und daher abzuweisen ist.

3.2. Die Klägerin begehrt zudem die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 9'443.00 Ferienlohn, weil sie das ganze Arbeitsverhältnis hindurch keine Ferien bezogen habe. Die Beklagte habe ihr, wenn sie nach Ferien gefragt habe, mitgeteilt, dass in ihrem kleinen Betrieb die Arbeitnehmer keinen Ferienanspruch besäßen [...]. Die Beklagte beantragt die Abweisung dieses Begehrens, weil die Klägerin sämtliche Ferienansprüche für die Jahre 2012 bis 2014 bezogen und dies jedenfalls für die Jahre 2013 und 2014 unterschriftlich anerkannt habe. Einzig im Jahre 2015 sei der Ferienbezug aufgrund der Schwangerschaft und der darauf folgenden Kündigung durch die Klägerin gar nicht möglich gewesen [...]. Da die Klägerin seit dem 22.8.2015 nicht mehr zur Arbeit erschienen sei, könne davon ausgegangen werden, dass der Ferienanspruch für das Jahr 2015 längst abgegolten sei [...].

Während die Arbeitnehmerin ihren Ferienanspruch gemäss Arbeitsvertrag zu beweisen hat, hat die Arbeitgeberin nachzuweisen, wie viele Ferientage durch die Arbeitnehmerin konsumiert wurden (BGE 128 III 271 E. 2a/bb). Der jährliche Ferienanspruch für die Klägerin ergibt aus Art. 17 Abs. 1 L-GAV und beträgt 35 Kalendertage. Nach Art. 21 Abs. 3 L-GAV hat die Arbeitgeberin Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten zu führen. Die Mitarbeiterin kann jederzeit Auskunft über Arbeits- und Ruhezeiten, Feiertage- und Ferienguthaben verlangen.

Für die von der Klägerin bezogenen Ferientage verweist die Beklagte auf die Jahreslohnblätter und auf K. der für sie die Buchhaltung macht und den sie zur Hauptverhandlung mitbrachte, damit er für sie erklärte, wie die bezogenen Ferientage erfasst wurden. K. führte [als Zeuge] aus, er habe im Betrieb der Beklagten Kontrollblätter abgegeben und vorgesehen, dass die Arbeitnehmer jeden Tag Beginn und Ende der Arbeitszeit erfassten. Zudem sollten sie die Lohnabrechnungen unterzeichnen. Leider sei dies alles im Betrieb der Beklagten nicht so durchgeführt worden und er habe davon nichts zurückerhalten. Da er jedoch einen Beleg gebraucht habe, habe er von den Angestellten per Jahresende jeweils die Jahreslohnaufstellung unterschreiben lassen. Der Ferienbezug durch die Klägerin in den Jahren 2013 und 2014 sei darauf dokumentiert. Die Beklagte habe keine Betriebsferien gemacht. Die Ferien seien von der Klägerin nicht an einem Stück, sondern verteilt über das Jahr bezogen worden, wann habe er nicht gewusst. Der Einfachheit halber habe er die Ferien jeweils im Monat Juli

eingetragen. Da er täglich im Betrieb der Beklagten Kaffee trinke und Zigaretten rauche, habe er gesehen, dass die Klägerin oft nicht im Betrieb gewesen sei. Als er sich dann jeweils nach dem Verbleiben der Klägerin erkundigt habe, sei ihm mitgeteilt worden, die Klägerin sei in Jugoslawien [...]

Es ergibt sich aus den Aussagen von K. für die Beklagte, dass diese keinerlei, insbesondere keine laufende und detaillierte, Arbeitszeit- und Ferienkontrolle führte. Die Angabe des Monats Juli auf den Jahreslohnblättern als Ferienmonats entsprach nicht der Wiedergabe eines wirklichen Ferienbezuges, sondern lediglich einer vagen Annahme des Buchhalters, die Klägerin könnte so viele Ferientage bezogen haben. Dies wird den Anforderungen an eine Ferienkontrolle, wie sie durch die Arbeitgeberin zu führen wäre und zum Nachweis eines Ferienbezuges dient, in keiner Weise gerecht. Daher kann auch die Unterzeichnung der Jahreslohnblätter durch die Klägerin nicht als Anerkennung eines Ferienbezuges betrachtet werden. Davon abgesehen irrt die Beklagte, wenn sie davon ausgeht, dass ein einmonatiger Ferienbezug im Juli den jährlichen Ferienanspruch vollumfänglich konsumierte, beträgt dieser nicht bloss 31 sondern 35 Kalendertage. Ebenso wenig kann die Klägerin Ferientage im Anschluss an ihren Mutterschaftsurlaub konsumiert haben. Dies würde voraussetzen, dass die Klägerin in dieser Zeit nicht nur nicht gearbeitet, sondern gleichwohl Lohn bezog, was weder die Beklagte behauptet noch der Fall ist.

Nach alledem gelingt es der Beklagten nicht, einen Ferienbezug durch die Klägerin nachzuweisen. Damit steht der Klägerin noch der gesamte Ferienanspruch aus dem Arbeitsverhältnis zur Verfügung. Da beide Parteien davon ausgehen, dass das Arbeitsverhältnis inzwischen beendet ist, kann der Ferienanspruch durch die Klägerin nicht mehr in natura bezogen werden, sondern ist ihr auszubezahlen. Für das gesamte Arbeitsverhältnis vom 1.10.2012 bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubes im Jahre 2015 stünde der Klägerin ein Ferienlohnanspruch inkl. 13. Lohn von CHF 9'829.29 brutto ($[(13 \times \text{CHF } 2'728.00) : 365 \text{ Kalendertage}] \times [35 \text{ Ferientage} : 365 \text{ Kalendertage}] \times 1'055 \text{ Tage vom } 1.10.2012 - 21.8.2015]$) zu, wovon die Klägerin bloss CHF 9'443.00 brutto geltend macht, weshalb ihre Ferienlohnforderung vollumfänglich gutzuheissen ist. In Abzug davon gelangen 9,98% Sozialversicherungsbeiträge, was eine Nettoferienlohnzahlung von CHF 8'500.60 ergibt. [...]

3.4. Die Klägerin begehrt ausserdem die Verurteilung der Beklagten zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Ihr Begehren reduzierte sie anlässlich der Hauptverhandlung, indem sie nur noch die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung geltend macht [...]. Die Beklagte stellt sich gegen das Zeugnisbegehren mangels erforderlicher Substantiierung [...].

Der Anspruch auf eine Arbeitsbestätigung ergibt sich aufgrund von Art. 330a OR und kann klageweise ohne ausformulierten Bestätigungstext geltend gemacht werden, weshalb die Beklagte hierzu zu verurteilen ist [...]. (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 24.4.2017; GS 2016.26)

6.2. Art. 330a OR. Beendigungsmotiv im Arbeitszeugnis

(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)

6.3. Art. 330a OR. Berichtigung des Arbeitszeugnisses

(siehe unter Ziffer 7.3.3., S. 23)

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

7.1. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Kündigung wegen einer Flugangst?

(siehe unter Ziffer 7.3.4., S. 28)

7.2. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR. Die Kündigung zufolge kritischer Meinungsäusserungen einer Pflegehelferin aus Polen in den Medien über die Arbeitsbedingungen in der 24-Stunden-Pflegebetreuung ohne Nennung ihrer Arbeitgeberin ist missbräuchlich (E. 2.3.1 ff.).

Art. 336 Abs. 2 lit. a OR. In casu keine ausreichenden Indizien für eine **Kündigung zufolge Gründung eines gewerkschaftlichen Netzwerkes** durch die Arbeitnehmerin (E. 2.3.4.).

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. In casu keine ausreichenden Hinweise auf eine **Kausalität zwischen Spesenforderung und Kündigung** (E. 2.3.5.). Keine schwere Persönlichkeitsverletzung für die Arbeitnehmerin aufgrund der Mitteilung der Kündigung durch die Arbeitgeberin an einen Kunden (E. 2.3.6.).

Art. 336a OR. Festlegung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung unter Würdigung aller Umstände. Nach ständiger Rechtsprechung wird von einer Entschädigung von vier Monatslöhnen ausgegangen, die entsprechend der festgestellten Umstände erhöht bzw. vermindert wird (E. 2.3.7.).

Am 20.11.2012 trat die polnische Staatsangehörige D. in den Bereich Pflegedienst und Hauswirtschaft der X. AG ein. Im Februar 2013 verlangte D. von der X. AG die Übernahme der hälftigen Kosten eines Tramabonnements. Die Parteien einigten sich in der Folge darauf, dass D. für jeden Tag, an dem sie Pflegeeinsätze in Therwil tätigte, CHF 4.00 Fahrtspesen ersetzt erhielt.

Am 1.5.2013 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung 10vor10 unter dem Titel «Sieben Tage Arbeit, fünf Tage Lohn» einen Beitrag über D. aus, die als sogenannte 24-Stunden-Betreuerin arbeitete und Schweizer Senioren in deren Zuhause pflegte (<https://www.srf.ch/news/schweiz/sieben-tage-arbeit-fuenf-tage-lohn>).

Am 11.6.2013 erschien in der BZ ein Interview mit D. unter dem Titel «Wir sind doch keine Sklavinnen». Im Begleitartikel mit dem Titel «Ein neuer Weg aus der sozialen

Isolation» wurde berichtet, dass der VPOD und die Klägerin das Netzwerk Respekt@vpod für Angestellte privater Spitexfirmen als Plattform für betroffene Frauen in der Region gründeten.

Am 20.6.2013 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung DOK mit dem Titel «Hilfe aus dem Osten – Pflagemigrantinnen in der Schweiz», Szenen auch aus dem Arbeitsalltag von D. bei der Betreuung alter, betagter Menschen aus und liess sie ausführlich zu Wort kommen (<https://www.srf.ch/sendungen/dok/hilfe-aus-dem-osten-pflagemigrantinnen-in-der-schweiz-2>).

Die X. AG kündigte am 28.6.2013 das Arbeitsverhältnis per 31.7.2013. Da D. daraufhin mitteilte, dass sie arbeitsunfähig sei, kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis von neuem am 3.7.2013 (mündlich) bzw. am 4.7.2013 (schriftlich) per 31.8.2013. Am 12.7.2013 teilte die X. AG auf Verlangen von D. die Kündigungsgründe mit. Hierauf erhob D. am 15.7.2013 schriftlich Einsprache gegen die Kündigung.

Nach dem Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien klagte D. am 6.1.2015 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der X. AG zur Zahlung unter anderem einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von vier Monatslöhnen. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* hiess die Klage am 30.10.2017 aus folgenden Gründen gut. Eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 27.9.2018 ab.

«[...] **2.3.1.** Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung missbräuchlich, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Die Meinungsäusserungsfreiheit darf dabei selbst Kritik am Arbeitgeber erfassen. Andererseits ist sie gegen die Treuepflicht der Arbeitnehmerin abzuwägen. Falls eine Arbeitnehmerin ihre Arbeitgeberin öffentlich kritisiert, hat sie die Kritik zumindest objektiv zu formulieren und darf nicht in Polemik verfallen (BGer 4C.91/2000 E. 3a).

2.3.2. Am 20.6.2013 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung DOK mit dem Titel «Hilfe aus dem Osten – Pflagemigrantinnen in der Schweiz», Szenen auch aus dem Arbeitsalltag der Klägerin bei der Betreuung alter, betagter Menschen aus und liess sie ausführlich zu Wort kommen (<https://www.srf.ch/sendungen/dok/hilfe-aus-dem-osten-pflagemigrantinnen-in-der-schweiz-2>). Bei den gezeigten, von der Klägerin betreuten Personen handelte es sich um zwei Kunden der Beklagten, die namentlich erwähnt wurden. Nicht erwähnt wurde hingegen, für welche Firma die Klägerin dabei ihren Dienst verrichtete. In der Folge kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ein erstes Mal mit Schreiben vom 28.6.2013 per 31.7.2013 [...]. Da die Klägerin sich damals arbeitsunfähig meldete, wiederholte die Beklagte die Kündigung am 3. bzw. 4.7.2013 per 31.8.2013 [...]. Es ergibt sich daraus, dass die betreffende Fernsehsendung und diese Kündigung des Arbeitsverhältnisses bloss 13 Tage auseinanderliegen. Zudem war die Beklagte, wie das erste Kündigungsschreiben zeigt, bereits am 28.6.2013 und damit nur acht Tage nach der Fernsehsendung zur Kündigung entschlossen. Aufgrund dieser zeitlichen Nähe ist auf einen kausalen Zusammenhang

zwischen der Fernsehsendung und der Entscheidung der Beklagten, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, zu schliessen, sofern auch andere Umstände diesen Schluss zulassen (BGer 8C_838/2009 E. 5.3).

Solche Umstände ergeben sich aus den Aussagen der Beklagten zu den Kündigungsgründen. An der Hauptverhandlung liess sie ausführen: «Durch den Einsatz der Kunden, und das ist der zentrale Punkt, im Dokumentarfilm am 20.6.2013 sowie in der Club-Sendung vom 13.8.2013, wurde das Unternehmen als private Spitexorganisation mit den schwarzen Schafen der Branche gleichgesetzt. Da der Film die schwarzen Schafe im Fokus hatte und die Beklagte zur Gruppe der privaten Spitex gehörte, wurde sie in ein ungünstiges Licht gerückt. Aus diesem Grund wurde die Treuepflicht verletzt» [...]. Gleiches hatte sie bereits in der Duplik betont. Ihr Ansehen in der Öffentlichkeit sei durch die Fernsehsendungen vom 1.5.2013 («10vor10»), vom 20.6.2013 («DOK») und vom 13.8.2013 («Club») empfindlich herabgesetzt worden, worin eine Verletzung der Treuepflicht liege [...]. Dabei trifft der Vorwurf der Treuepflichtverletzung in keiner Weise zu. In der Sendung vom 20.6.2013 wurden zwar die Namen der gezeigten betagten Kunden der Beklagten genannt, nicht hingegen die Firma der Beklagten erwähnt. Für die Zuschauer war daher nicht ersichtlich, welche Firma mit der Pflege dieser Personen beauftragt war bzw. für wen die Klägerin damals arbeitete. Ebenso wenig wurde den Zuschauern vermittelt, dass die Klägerin die angesprochenen Schwierigkeiten, denen die Pflegerinnen bei ihrer Arbeit ausgesetzt sein können, in ihrer aktuellen Arbeitstätigkeit erlebte. Im Gegenteil war vielmehr die Rede davon, dass die Klägerin diese Art der 24-stündigen Betagtenpflege nicht mehr ausübe und für eine andere Spitexorganisation einsatzweise verschiedene Patienten betreue. Sie habe jedoch vor der zuständigen Schlichtungsbehörde gegen den früheren Arbeitgeber ein Verfahren eingeleitet, um die Bezahlung von Überstunden durchzusetzen, und sei dabei erfolgreich gewesen.

Mit ihrer aktiven Teilnahme an der DOK-Sendung vom 20.6.2013 machte die Klägerin damit von ihrem Recht auf Meinungsäusserung rechtmässig und in angemessener Weise Gebrauch. Dabei formulierte sie lediglich Kritik gegen die 24-Stundenbetreuung, die durch Pflegerinnen aus Polen, die dabei auf sich allein gestellt seien, geleistet werden. Hingegen kritisierte sie nicht allgemein die Betreuung betagter Personen in deren Haushalt als solche oder durch eine bestimmte namentlich genannte Spitexfirma oder gar die Beklagte. Unter diesen Umständen bot sie der Beklagten keinerlei Anlass, das Arbeitsverhältnis aus diesem Grund zu kündigen. Damit erweist sich die Kündigung, die durch die Teilnahme der Klägerin an der Fernsehsendung ausgelöst wurde, als missbräuchlich nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR. Andere Gründe, aus denen die Kündigung im damaligen Zeitpunkt ohnehin ausgesprochen worden wäre, sind nicht rechtsgenügend erstellt.

Bei diesem Ergebnis könnte für die Frage, ob die Kündigung missbräuchlich ist, eigentlich darauf verzichtet werden, auf die weiteren Missbrauchsgründe, die die Klägerin anführt, einzugehen. Für die Frage der Höhe der Entschädigung, die nach Art. 336a OR der missbräuchlich gekündigten Partei zuzusprechen ist, sind alle massgebenden

Bemessungsfaktoren zu prüfen. Dazu gehört gegebenenfalls auch der Umstand, dass eine Kündigung unter mehreren Aspekten als missbräuchlich erscheint.

2.3.3 Die Klägerin nahm neben der DOK-Sendung vom 20.6.2013 vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch an der Fernsehsendung 10vor10 des Schweizer Fernsehens vom 1.5.2013 teil, die sich ebenfalls mit der Problematik der 24-Stunden-Betreuung durch polnische Frauen befasste. Die Beklagte hat der Klägerin auch bezüglich dieser Sendung vorgeworfen, sie habe dadurch ihre Treuepflicht verletzt, weil ihr Unternehmen schon damals «mit den schwarzen Schafen der Branche gleichgesetzt» worden sei [...]. Auch in dieser Fernsehsendung berichtete die Klägerin lediglich von ihren 24-Stunden-Einsätzen, die sie in der Vergangenheit geleistet hatte. Es wurden weder die Namen der betreuten betagten Personen und der Unternehmen, für die die Klägerin gearbeitet hatte, noch die Beklagte in irgendeiner Weise erwähnt. Vielmehr handelte der Fernsehbeitrag hauptsächlich vom damals anstehenden Gerichtsfall der Betreuerin J gegen die Z. GmbH als Arbeitgeberin, die beide namentlich erwähnt wurden und zu Wort kamen. Von einer Verletzung der Treuepflicht durch die Klägerin der Beklagten gegenüber kann daher keine Rede sein. Es ist davon auszugehen, dass die Mitwirkung der Klägerin an dieser Sendung die Beklagte bei der Entschlussfassung zur Kündigung im Nachgang zur DOK-Sendung vom 20.6.2013 noch bestärkt hatte. Der kausale Zusammenhang zur Kündigung ist daher gegeben, weshalb auch diesbezüglich die Kündigung vom 3. bzw. 4.7.2013 nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich ist.

2.3.4. Weiter beruft sich die Klägerin für die Missbräuchlichkeit der Kündigung darauf, dass sie mit der Gründung einer Gewerkschaft für die Pflegemigrantinnen eine rechtmässige gewerkschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR ausgeübt habe, die die Beklagte ebenfalls zum Anlass für die Kündigung genommen habe [...]. Am 11.6.2013 erschien in der BZ ein Interview mit der Klägerin unter dem Titel «Wir sind doch keine Sklavinnen». Im Begleitartikel mit dem Titel «Ein neuer Weg aus der sozialen Isolation» wurde berichtet, dass der VPOD und die Klägerin das Netzwerk Respekt@vpod für Angestellte privater Spitexfirmen als Plattform für betroffene Frauen in der Region gegründet hatten [...]. Die Beklagte wurde auf dieses Interview aufmerksam und thematisierte nach eigenen Angaben im Mitarbeitergespräch vom 11.6.2013 mit der Klägerin deren gewerkschaftliche Tätigkeit [...]. Sie habe der Klägerin jedoch keineswegs deswegen, sondern aufgrund mangelnder Arbeitsleistung gekündigt. Es sei unerheblich, ob die Klägerin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten aufgrund ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit vernachlässigt habe, da diese Tätigkeit nur so lange rechtmässig sei, wie sie die betrieblichen Abläufe nicht störe und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht verletzt würden [...]. Die Klägerin habe mehrmals in ihrer Freizeit Arbeitskolleginnen bei der Arbeit aufgesucht, um Werbung für das Netzwerk Respekt@vpod zu machen [...].

Es ergibt sich daraus, dass die Beklagte schon vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis von der gewerkschaftlichen Tätigkeit der Klägerin hatte. Zudem thematisierte sie die gewerkschaftliche Tätigkeit im Mitarbeitergespräch vom 11.6.2013. Beides sind Hinweise darauf, dass ein engerer Zusammenhang zur Kündigung des

Arbeitsverhältnisses am 3. bzw. 4.7.2013 gegeben sein kann. Weitere Indizien fehlen hingegen dafür, dass diese Tätigkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. a OR kausal für die Kündigung war. Damit scheidet insoweit eine Missbräuchlichkeit der Kündigung aus.

2.3.5. Ferner erblickt die Klägerin die Missbräuchlichkeit der Kündigung darin, dass die Beklagte ihre Spesenforderung zum Anlass genommen habe, ihr zu kündigen. Im Zeitpunkt der Kündigung sei dieser Konflikt um die Spesenübernahme durch die Beklagte noch nicht gelöst gewesen. Damit liege eine Rache Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR vor [...]. Spesen durften nach Ziffer 6 des Arbeitsvertrages nur nach vorgängiger schriftlicher Genehmigung getätigt werden [...]. Nachdem die Klägerin Ersatz für Fahrtspesen bei auswärtiger Pflege verlangt hatte, sagte ihr die Beklagte zu, für jeden Tag, an dem sie einen Einsatz in Therwil hatte, Fahrtspesen von CHF 4.00 zu ersetzen [...]. Hierauf erklärte sich die Klägerin damit einverstanden [...], um gleichzeitig noch anzumerken, Y. habe ihr das halbe Tramabonnement versprochen [...]. In der Folge wurde die Klägerin deshalb jedoch nicht weiter bei der Beklagten vorstellig. Ab Mai 2013 ging die Beklagte dazu über, allen Angestellten Ersatz für Fahrt- und Telefonkosten zu gewähren [...]. Es darf angenommen werden, dass die Beklagte zunächst die rechtliche Lage abgeklärt hatte und darauf ihre Spesenpraxis änderte. Die am 3. bzw. 4.7.2013 ausgesprochene Kündigung kann dazu weder zeitlich noch ursächlich in einen Zusammenhang gebracht werden. Dafür liegen die Intervention der Klägerin bei der Beklagten am 22. und 24.2.2013 [...] und die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 3. bzw. 4.7.2014 [...] zeitlich zu weit auseinander. Zudem fehlen weitere eindeutige Hinweise darauf, dass die beiden Ereignisse in einem kausalen Zusammenhang zueinanderstehen. All dies schliesst eine Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne einer Rachehandlung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR aus.

2.3.6. Ausserdem ist die Kündigung nach Ansicht der Klägerin auch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich. Einerseits hätten Y. und M. als unterschrittsberechtigte Organe der Beklagten sich beim Kunden S. über die Klägerin negativ geäussert und ihm gleichzeitig gesagt, sie beabsichtigten, der Klägerin deswegen zu kündigen [...]. Zudem sei die Kündigung gegen die Klägerin erfolgt, weil sie als Vertraute des Kunden I. von dessen Vorwürfen gegen die Beklagte betreffend falsche Arbeitsrapporte und überhöhte Rechnungen an die Krankenkassen gewusst habe. Als Mitwiserin und Whistleblowerin habe die Beklagte sie deswegen aus dem Betrieb entfernt [...].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung der gekündigten Partei durch die kündigende Partei im zeitlichen Umfeld der Kündigung die Missbräuchlichkeit einer Kündigung begründen (BGE 132 III 115 E. 2.2). Auf Missbräuchlichkeit der Kündigung erkannte dabei das Bundesgericht beispielsweise, als eine Arbeitgeberin ihrer Arbeitnehmerin leichtfertig vorgeworfen hatte, eine schwere Verfehlung begangen zu haben (BGer 4A_99/2012 E. 2.2.1 f.). Ebenfalls als missbräuchlich wird ferner eine Kündigung angesehen, wenn darin ein krasses Missverhältnis der Interessen der Arbeitsvertragsparteien liegt. Ein solches Missverhältnis bejahte das Bundesgericht

etwa, als eine Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmer entliess, um das nicht vom Arbeitnehmer getrübt Ansehen der Arbeitgeberin wiederherzustellen (BGE 131 III 535 E. 4.2 f.). Entscheidend nach dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts ist, dass es sich um ein krasses vertragswidriges Verhalten der kündigenden Partei bzw. um ein krasses Missverhältnis der Interessen der Parteien handelt. Dass die Beklagte mit ihrem Kunden S. über die Klägerin als Arbeitnehmerin sprach und dabei offensichtlich auch die Absicht, ihr zu kündigen [...] bekanntgab, ist vor dem Hintergrund, dass dieser Kunde die Leistungen und das Verhalten der Klägerin nicht beanstandet hatte [...], als unnötig und unwürdig zu bezeichnen (vgl. BGE 131 III 535 E. 4.2). Es liegt darin jedoch keine schwere Persönlichkeitsverletzung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Nicht bewiesen ist ferner, dass der inzwischen verstorbene Kunde I. gegen die Beklagte den Vorwurf der Verfälschung von Arbeitsrapporten und der Erstellung überhöhter Krankenkassenabrechnungen erhoben hatte. Davon abgesehen könnte ein krasses Missverhältnis der Interessen der Parteien nur unter der weiteren Voraussetzung vorliegen, dass solche Vorwürfe tatsächlich zuträfen, wofür vorliegend jedoch keine rechtsgenügenden Beweise vorhanden sind.

Damit kann die Kündigung der Beklagten vom 3. bzw. 4.7.2013 unter diesen beiden Gesichtspunkten nicht als missbräuchlich angesehen werden.

2.3.7. Da die Kündigung aufgrund der Erwägungen in den Ziffern 2.3.2 und 2.3.3 missbräuchlich ist, hat die Klägerin nach Art. 336a OR Anspruch auf eine Entschädigung, die das Arbeitsgericht unter Würdigung aller Umstände festzusetzen hat, die aber den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf. Nach der ständigen Rechtsprechung des Arbeitsgerichts wird bei einer missbräuchlichen Kündigung von einer Entschädigung von vier Monatslöhnen ausgegangen, wobei entsprechend der massgebenden Umstände, die im Einzelnen zu prüfen sind, die Entschädigung gegebenenfalls reduziert oder erhöht wird (vgl. BJM 2004 S. 39 E. 3c zur durch das Appellationsgericht genehmigten Praxis zur analogen Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Bemessung der Entschädigung namentlich die Schwere des Verschuldens der Arbeitgeberin, ein eventuelles Verschulden der Arbeitnehmerin, die Art, wie gekündigt wurde, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Person, die Enge und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehung, die soziale und wirtschaftliche Situation beider Arbeitsvertragsparteien, die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung für die Arbeitnehmerin, deren Alter im Kündigungszeitpunkt sowie eventuelle Schwierigkeiten bei der Eingliederung in den Arbeitsprozess zu berücksichtigen (BGer 4A_699/2016 E. 5.1; 4A_571/2008 E. 5.1).

Die Klägerin war im Zeitpunkt der Kündigung erst etwas mehr als sieben Monate angestellt. Das Arbeitsverhältnis, das daraufhin am 31.8.2013 zu Ende ging, war insgesamt ebenfalls kurz. Zudem war die Beziehung zwischen den Parteien deswegen und, weil die Klägerin ihre Arbeit auf Abruf und stets ausserhalb des Betriebes verrichtete, nicht als sehr eng zu bezeichnen. Auch ist davon auszugehen, dass die Klägerin aufgrund der Kündigung keine besonderen Schwierigkeiten hatte, eine neue Tätigkeit zu finden. Sie war schon während der Arbeit für die Beklagte auch für die AKP Mahon als

Betreuerin in einem Teilzeitpensum tätig. Bei der Arbeitssuche wird auch das Alter der Klägerin von damals mehr als 43 Jahren (Jahrgang 1970) eine nur geringe Rolle gespielt haben, weil in diesem Alter die Chancen auf dem Arbeitsmarkt im Allgemeinen und ganz speziell für Betagtenbetreuerinnen im Besonderen als noch gut zu betrachten sind. Alle diese Umstände sprechen für die Festsetzung einer Entschädigung von weniger als vier Monatslöhnen. Diesen Umständen stehen jedoch andere Faktoren gegenüber, die gegenteils eine höhere Entschädigung rechtfertigen.

Das Verschulden der Beklagten an der Missbräuchlichkeit der Kündigung ist nicht als gering zu veranschlagen. Sie wurde von der Klägerin über ihre Teilnahme an einem DOK-Film über Pflagemigrantinnen aus Polen des Schweizer Fernsehens Anfang des Jahres 2013 und damit vorgängig und frühzeitig informiert und hatte dagegen auch nichts einzuwenden [...]. Die Klägerin machte in dieser Fernsehsendung und auch in der Sendung 10vor10 lediglich von ihrem Meinungsäusserungsrecht auf rechtmässige und angemessene Weise Gebrauch, ohne ihre Treuepflicht der Beklagten gegenüber zu verletzen. Ein eigenes Verschulden kann der Klägerin dabei nicht angelastet werden. Mit der Kündigung hat die Beklagte in Kauf genommen, dass die Persönlichkeit der Klägerin bei Kunden und in der Öffentlichkeit nicht unerheblich verletzt wurde, weil sie die Kündigung mit angeblich schlechten Arbeitsleistungen der Klägerin rechtfertigte, aber hierfür über keine rechtsgenügenden Beweise verfügte. Über die soziale und finanzielle Situation der Klägerin im damaligen Zeitpunkt ist so viel bekannt, dass sie als ungelernte Betagtenbetreuerin zu einem durchschnittlichen Bruttolohn von rund CHF 1'400.00 für die Beklagte und zu einem ebenfalls geringen Gehalt eine weitere Betreuungsarbeit versah. Folglich dürfte sie in der Lage gewesen sein, damit knapp ihr Existenzminimum zu decken. Es ist andererseits davon auszugehen, dass ein erwerbswirtschaftliches Spitexunternehmen wie die Beklagte im damaligen Zeitpunkt Gesamterträge generieren konnte, die den geleisteten Gesamtaufwand im Umfang von etwas mehr als 2% übertraf (Tabelle des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2013 betreffend «Spitex: Finanzen nach Leistungserbringungstyp», <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/hilfe-pflege-hause.assetdetail.3782063.html>). Die finanziellen Verhältnisse der Beklagten dürften deshalb besser gewesen sein als jene der Klägerin.

Insgesamt gleichen sich die Umstände, die zugunsten der Klägerin sprechen, und jene Faktoren, die zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen sind, gegenseitig aus, so dass die Entschädigung definitiv auf vier Monatslöhne festzulegen ist, wie sie auch von der Klägerin beantragt wird. [...] Die Entschädigung [ist] der Klägerin als Nettobetrag zuzusprechen ist, weil darauf keine Sozialabgaben geschuldet und abzuführen sind (BGer 4A_434/2013 E. 7; BGE 123 V 5 E. 5). [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 30.10.2017; GS 2015.1)

7.3.1. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Kausalität zwischen Spesenforderung und Kündigung?

(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)

7.3.2. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Rachekündigung. Zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers aus Art. 328 OR fällt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber angemessene und konstruktive Kritik äussern (E. 2.3). Kritik an berechtigten Weisungen der Arbeitgeberin muss zurückhaltend sein und darf nicht dazu führen, dass die Zusammenarbeit bei der Vermarktung ihrer Produkte darunter leidet (E. 2.4.2). In casu auch keine missbräuchliche Kündigung, wenn die Arbeitgeberin auffordert, sich über eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses Gedanken zu machen, und ohne dessen Antwort abzuwarten, selber kündigt (E. 2.4.2).

Die B. AG bezweckt die Fabrikation und den Handel mit pharmazeutischen, chemischen und kosmetischen Produkten und Rohstoffen. Per 1.8.2010 stellte sie A. als Apothekenbesucher für ausgesuchte Kantone in der Romandie an. An einer internen Sitzung vom 4.9.2015 kritisierte A. die Marketingverantwortliche X. für Fehler bei der französischsprachigen Beschriftung der Produkte, worauf der anwesende Y. als Inhaber der B. AG ihn aufforderte, sich zu überlegen, ob er das Arbeitsverhältnis nicht selber kündigen wolle. Unmittelbar nach der Sitzung kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis per 31.12.2015 und stellte A. sofort von der Arbeit frei. Nachdem A. am 23.11.2015 gegen die Kündigung Einsprache erhoben hatte, kam es in der Folge nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Nach einem Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien klagte A. am 10.10.2016 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der B. AG zur Zahlung einer Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von CHF 30'000.00. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 15.5.2017 ab, wobei es was folgt ausführte. Eine von A. dagegen eingereichte Berufung wies das Appellationsgericht am 13.9.2018 ab.

«[...] **2.3.** Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zählt auch der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers aus Art. 328 OR. Darunter fällt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber angemessene und konstruktive Kritik äussern (BGE 8C_260/2010 E. 5.2) und dabei beispielsweise eine neue Betriebsstruktur in Frage stellen darf (BGE 4C.129/2003 E. 4.2). Die Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben setzt dabei nicht voraus, dass diese bestehen und bewiesen wären. Es genügt, wenn die gekündigte Partei aufgrund der Umstände gute Gründe hat, daran zu glauben (BGE 136 III 513 E. 2.4), was jedoch nicht bei leichtfertiger oder schikanöser Geltendmachung der Fall ist (BGE 4A_346/2009 E. 3.1). [...]

2.4.2. Es ergibt sich [...] aus den Zeugenaussagen, dass der Kläger Mühe hatte, sich mit der Arbeitsweise bei der Beklagten zu identifizieren. Der Kläger brachte durchaus berechtigte Kritik bezüglich der Schreibfehler in den französischsprachigen Texten der Broschüren und Packungen der Produkte an. Auch ist es verständlich, dass sich der Kläger durch diese Schreibfehler in seiner Arbeit als Apothekenbesucher in Teilen der Westschweiz besonders betroffen und behindert fühlte.

Es ist zwar das Recht und auch die Pflicht jedes Angestellten, das Vorgehen der Unternehmung, für die er arbeitet, kritisch zu hinterfragen und auf Fehler und Ungereimtheiten aufmerksam zu machen, damit die internen Strukturen und Prozesse auf ihre Tauglichkeit und Wirksamkeit überprüft und gegebenenfalls angepasst und verbessert werden können. Allerdings darf solche Kritik nicht dazu führen, dass sich ein Arbeitnehmer weigert, rechtmässige Weisungen anzunehmen und auszuführen. Zudem muss sie angemessen sein und darf die Zusammenarbeit nicht unnötig behindern.

Die Zeugenaussagen zeigen, dass der Kläger anlässlich der Sitzung vom 4.9.2015 die Schreibfehler auf den Broschüren und Packungen erneut und in einer Intensität thematisierte, dass dadurch die Durchführung der Schulung in Frage gestellt war. Er hätte erkennen müssen, dass die bereits anlässlich der Markteinführung der [Z]-Medikamente einige Monate zuvor, die Schreibfehler auch dank seiner Intervention erkannt worden waren. Danach hatte die Beklagte, die selber an fehlerfreien Beschreibungen und Inhaltsangaben ihrer Produkte interessiert ist, die Korrektur dieser Schreibfehler veranlasst und umgesetzt. Dabei steht es im Ermessen der Unternehmung selber darüber zu entscheiden, ob, welche und wie viele der Fehldrucke eingezogen und durch Neudrucke ersetzt werden. Die Entscheidung darüber hängt von der Bedeutung der Schreibfehler sowie der Menge der einzuziehenden und zu ersetzenden Broschüren und Packungen ab. Der Einzug und der Ersatz sind oftmals mit grossem und kostenintensivem Aufwand verbunden. Möglicherweise müssten ausgelieferte Medikamente umgepackt werden.

Es darf erwartet werden, dass die Angestellten einer Unternehmung für einen derartigen unternehmerischen Entscheid, wie immer dieser im konkreten Ereignis ausfällt, Verständnis aufbringen und ihn letztlich mittragen. Dabei ist es ihnen zwar unbenommen, wiederum Kritik zu üben. Solche Kritik muss jedoch zurückhaltend sein und darf nicht dazu führen, dass die Zusammenarbeit bei der Vermarktung der Produkte darunter leidet. Dazu gehören insbesondere die Schulungen der Aussendienstmitarbeiter.

Aufgrund der Feststellungen der Zeugen entwickelte sich durch die erneute und penetrante Intervention des Klägers bei [X.] anlässlich der Schulung vom 4.9.2015 eine Auseinandersetzung, die derart intensiv und heftig wurde, dass sich der Inhaber der Beklagten dazu genötigt sah, in die Diskussion einzugreifen. Unter diesen Umständen stellte sich für [Y.] bzw. die Unternehmung die berechtigte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger noch weitergeführt werden kann. In diesem Sinne wurde der Kläger dazu aufgefordert, sich zu Hause darüber Gedanken zu machen. Allerdings hinderte dies die Beklagte nicht daran, selber die Situation aus ihrer Sicht zu beurteilen, abzuwägen und gegebenenfalls selber die Kündigung auszusprechen (vgl. BGE 4C.234/2001 E. 3b), was sie denn auch anschliessend an die Sitzung vom 4. September 2015 tat. In alledem kann keine Missbräuchlichkeit erkannt werden. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 15.5.2017; GS 2016.40)

7.3.3. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Rachekündigung. Ein Arbeitnehmer darf gegenüber der Arbeitgeberin angemessene und konstruktive Kritik äussern. In casu kein Nachweis, dass kritische Äusserungen gegenüber der Arbeitgeberin Anlass zur Kündigung waren (E. 4.4 ff.).

Art. 330a OR. Berichtigung des Arbeitszeugnisses. Kein Anspruch auf Änderung des Arbeitszeugnisses, wenn diese auf eine Wiederholung oder bereits festgestellter Tatsachen oder Verdoppelung von Aussagen abzielt (E. 6.4.1 f., 6.4.5.). Wichtige Aussagen über die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seinen Umgang mit Mitmenschen im Berufsalltag sind aufzunehmen (E. 6.4.3.). Unter mehreren gleichwertigen Formulierungen steht der Arbeitgeberin die freie Auswahl zu (E. 6.4.4.). Kein klagbarer Anspruch auf den Ausdruck des Bedauerns, auf Dankesworte oder Zukunftswünsche im Arbeitszeugnis (E. 6.4.6.).

Am 5.6.2015 wurde Y. von der X. AG als Accounting Supervisor angestellt. Das Arbeitsverhältnis wurde am 6.6.2017 auf den 30.9.2017 gekündigt. Gleichzeitig wurde Y. ab dem 9.6.2017 unter Anrechnung etwaiger Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüche von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Am 5.7.2017 erhob der Kläger gegen die Kündigung Einsprache. Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte Y. am 13.11.2017 auf Verurteilung der X. AG unter anderem auf Zahlung einer Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung von zwei Monatslöhnen im Umfang von CHF 14'083.35 und auf Ausstellung eines wohlwollenden Arbeitszeugnisses, dessen Wortlaut er ausformuliert einreichte. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies am 16.4.2018 die Forderung aus missbräuchlicher Kündigung ab und verurteilte die X. AG zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses mit gerichtlich festgelegtem Wortlaut an L., wobei es was folgt ausführte.

«[...] **4.4.** Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn die Kündigung als Folge davon ausgesprochen wird, dass die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zählt auch der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers aus Art. 328 OR. Darunter fällt, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber angemessene und konstruktive Kritik äussern (BGE 8C_260/2010) und dabei beispielsweise eine (neue) Betriebsstruktur in Frage stellen darf (BGE 4C.129/2003). Die Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben setzt dabei nicht voraus, dass diese bestehen und bewiesen wären. Es genügt, wenn die gekündigte Partei aufgrund der Umstände gute Gründe hat, daran zu glauben (BGE 136 III 513), was jedoch nicht bei leichtfertiger oder schikanöser Geltendmachung der Fall ist (BGE 4A_346/2009). Schliesslich muss die angebrachte Kritik für den Kündigungsentscheid kausal gewesen sein.

4.5. Der Kläger bestreitet, dass die Kündigung zum Zweck einer betriebsinternen Umstrukturierung ausgesprochen worden sei. Er behauptet, dass der Kündigungsgrund der betriebsinternen Umstrukturierung bloss ein vorgeschobener Kündigungsgrund darstelle und dies bereits aus dem Umstand ersichtlich sei, dass die Beklagten bereits einen Tag nach der Kündigung des Klägers zwei Stellen in der Buchhaltung des Hotels ausgeschrieben hätten, wovon eine ausgeschriebene Stelle mit jener des Klägers identisch gewesen sei. Ebenfalls führt der Kläger an, dass gleichentags mit

seiner Freistellung eine neue Mitarbeiterin bei der Beklagten [...] eingestellt worden sei, welche die Arbeit des Klägers für die Dauer der Kündigungsfrist übernommen habe. Zudem sei anderen Mitarbeitern mit der Kündigung des Klägers der Lohn erhöht worden. Der Kläger sieht den Grund für die Kündigung in der vom Kläger gegenüber der Beklagten [...] geäußerten Kritik, welche die Beklagte angeblich nicht erfreut habe. Der Kläger sieht diese Annahme insbesondere auch darin bestätigt, dass angeblich weitere kritische Mitarbeiter der Beklagten [...] durch eine Entlassung zum Schweigen gebracht worden seien. Interessanterweise sei die Kündigung ihm gegenüber mündlich mit «mangelndem Einsatz, insbesondere beim Systemabsturz anfangs Mai» begründet worden und nicht mit einer betriebsinternen Umstrukturierung [...].

4.7. Da nach Angaben der Beklagten [...] eine betriebsinterne Umstrukturierung und die damit verbundene Streichung der Arbeitsstelle des Klägers Grund für die Kündigung war, wurde die Zeugin S., welche bei der Beklagten [...] als Area Financial Controller arbeitet, an der Hauptverhandlung insbesondere zur vorliegend umstrittenen betriebsinternen Umstrukturierung befragt.

Zusammenfassend erklärte S., dass die Kündigung des Klägers ausschliesslich in der betriebsinternen Umstrukturierung der beiden Beklagten begründet habe. Vor der Umstrukturierung habe es sowohl für den Standort Basel als auch für den Standort Zürich je ein Accounting Supervisor gegeben, der sowohl für die Buchhaltung als auch für das Personal verantwortlich gewesen sei. Die Lohnbuchhaltung sei jedoch stets über eine externe Unternehmung gelaufen. Mit der Umstrukturierung sei gemäss Zeugin S. eine gesamtschweizerische Clusterung der Bereiche Buchhaltung und Human Resources eingeführt worden. Zudem würde seit der Umstrukturierung auch die Lohnbuchhaltung inhouse durch einen Cluster gedeckt und nicht mehr extern von einer Unternehmung geführt werden. Es treffe zu, dass am Standort Basel noch ein Buchhalter als Mitarbeiter tätig sei, dies jedoch mit sehr eingeschränktem Tätigkeitsfeld und mit der Begründung, dass der Hauptbuchhaltungscluster seinen Sitz hauptsächlich in Zürich habe. Die Zeugin führte weiter aus, dass die Umstrukturierung aufgrund von Kosteneinsparungen habe stattfinden müssen [...]. In Bezug auf die angebliche Neubesetzung der Arbeitsstelle des Klägers erklärte die Zeugin, dass die Position des Klägers nicht neu besetzt worden sei, sondern dass nach der Freistellung des Klägers eine Mitarbeiterin für die Weiterführung der Buchhaltung als «Lückenfüllerin» eingestellt worden sei, damit sich der neue Mitarbeiter als Accountant für den gesamtschweizerischen Cluster Buchhaltung ungestört habe einarbeiten können.

4.8. Die Aussagen der Zeugin S. konnten folglich den von der Beklagten sowohl in den Rechtsschriften, als auch an der Verhandlung dargelegten Sachverhalt betreffend die Umstrukturierung [...] nochmals verständlich darlegen und in glaubwürdiger Art und Weise bestätigen. Die vom Kläger vorgebrachten und ins Recht gelegten Indizien reichen angesichts der Aussagen der Zeugin S. nicht aus, um den Missbrauchstatbestand sowie dessen Kausalität für die Kündigung nachzuweisen. Zwar behauptet der Kläger, dass seine kritischen Äusserungen gegenüber der Beklagten [...] ursächlich für die Kündigung gewesen seien. Inwiefern die Beklagte [...] diese kritischen Anmerkungen des Klägers jedoch nicht erfreut haben, legt der Kläger hingegen nicht

dar. Ebenfalls unterlässt es der Kläger, den zeitlichen als auch tatsächlichen Konnex zwischen seinen kritischen Äusserungen und der Kündigung darzulegen und nachzuweisen. Dies im Gegensatz zur Beklagten [...], welcher es gelang, die umstrittene betriebsinterne Umstrukturierung plausibel darzulegen und nachzuweisen, dass im Zuge dieser betriebsinternen Umstrukturierung die ehemalige Arbeitsstelle des Klägers entbehrlich wurde. Die Tatsache, dass die Beklagte [...] schliesslich einen neuen Mitarbeiter für die Funktion als Accountant im Cluster Buchhaltung einstellte, erfüllt den Tatbestand der Missbräuchlichkeit nicht. Nachweislich handelt es sich hierbei um eine Arbeitsstelle mit ausgedehnteren Kompetenzen, die sämtliche Standorte der Beklagten in der Schweiz umfassen. [...]

4.9. Damit vermochten die vom Kläger vorgebrachten und ins Recht gelegten Indizien [...] das Gericht nicht davon zu überzeugen, dass die Kündigung durch die Beklagte [...] mit hoher Wahrscheinlichkeit aus missbräuchlichen Gründen erfolgt ist. Aufgrund der Gesamtwürdigung aller vorgebrachten und relevanten Umstände und des daraus resultierenden Beweisergebnisses ist erstellt, dass die Beklagte [...] ihren Betrieb tatsächlich umstrukturiert hat und im Rahmen dieser Umstrukturierung die Stelle und Funktion des Klägers abgebaut wurden. [...]

6.1. Der Kläger beantragt ferner, die Beklagte [...] sei zu verpflichten, [...] ein Arbeitszeugnis bzw. ein Abschlusszeugnis mit dem Wortlaut gemäss [...] der Klage auszustellen. Der Kläger ergänzt und korrigiert dabei das von der Beklagten [...] ausgestellte Zwischenzeugnis vom 23.8.2017 [...].

6.2. Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Art. 330a OR). Das Arbeitszeugnis soll einerseits entsprechend seiner grundlegenden Funktion das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern, andererseits zukünftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben. Das Arbeitszeugnis hat deshalb grundsätzlich wohlwollend formuliert und den Grundsätzen der Wahrheit und der Vollständigkeit verpflichtet zu sein (BGE 129 III 177). Es sollte eine detaillierte Auflistung der wichtigen Funktionen und der das Arbeitsverhältnis prägenden, tatsächlich ausgeübten (nicht bloss der vertraglich vereinbarten) Tätigkeiten des Arbeitnehmers, deren Zeitdauer sowie eine aussagekräftige Bewertung der Leistung des Arbeitnehmers enthalten (BGE 129 III 177; BGE 4A_432/2009). Das Zeugnis muss die Leistungen und das Verhalten so konkret und ausführlich schildern, dass sich ein neuer Arbeitgeber ein aussagekräftiges Bild über die Qualifikation des Arbeitnehmers machen kann. Zudem sind die Anforderungen der Erleichterung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers und der Lieferung eines getreuen Abbildes von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers in Balance zu bringen. Das Wohlwollen des Arbeitgebers findet daher seine Grenze an der Wahrheitspflicht (*Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 330a N 3a*). Das Arbeitszeugnis muss sprachlich einwandfrei sein. Es ist verkehrüblich, dass sich das Arbeitszeugnis über eine Gesamtbeurteilung aus-

spricht (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a, N 3 ff.). Innerhalb dieser Rahmenbedingungen steht dem Arbeitgeber bei der Schöpfung des Wortlauts ein im Rahmen der Klarheit und des noch Verkehrsüblichen breites Ermessen zu (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b).

Bei einem gegen die vorgenannten Zeugnisgrundsätze verstossenden Zeugnis steht dem Arbeitnehmer ein Berichtigungsanspruch zu (BGE 129 III 177). Im Berichtigungsprozess kommen bereits vorhandenen Zwischenzeugnissen und Mitarbeiterbeurteilungen grosses Gewicht zu. Verschlechterungen im Schlusszeugnis gegenüber einem kurz zuvor ausgestellten Zwischenzeugnis setzen voraus, dass seit dem Zwischenzeugnis erhebliche Änderungen eingetreten sind, die eine unterschiedliche Beurteilung rechtfertigen. Der Arbeitnehmer hat aber keinen Anspruch darauf, dass im Schlusszeugnis die Formulierungen des Zwischenzeugnisses exakt übernommen werden (BGE 4C.129/2003). Kleinliche Korrekturwünsche werden zurückgewiesen (vgl. *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 5a, m.w.H.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft den Arbeitnehmer die Beweislast für die Tatsachen, die es rechtfertigen würden, ein anderes Zeugnis auszustellen, wobei der Arbeitgeber bei der Sachverhaltsermittlung mitwirken muss, indem er die Tatsachen darlegt, die seiner negativen Einschätzung zugrunde gelegen haben. Tut der Arbeitgeber dies nicht, kann der Änderungsantrag des Arbeitnehmers als begründet betrachtet werden (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 5c). [...]

6.4. Im Folgenden werden die einzelnen Änderungswünsche des Klägers zitiert und auf ihre Berechtigung hin untersucht. Unterstrichene Formulierungen sind Ergänzungswünsche, durchgestrichene Formulierungen sind Löschungswünsche des Klägers. Grundlage für die Prüfung der Änderungswünsche ist dabei grundsätzlich das Zwischenzeugnis vom 23.8.2017 bzw. das inhaltlich gleich lautende Schlusszeugnis vom 31.8.2017. Da das Arbeitsverhältnis per 31.8.2017 beendet wurde, ist das beantragte Arbeitszeugnis als Schlusszeugnis zu verfassen.

6.4.1. ‹Wir kennen Herrn Y. stets als engagierten und einsatzbereiten Mitarbeiter, der mit viel Umsicht und Verantwortungsgefühl die ihm übertragenen Aufgaben auch unter grosser Arbeitsbelastung stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigte.›

Dass der Kläger ‹auch bei grossen Anforderungen und unter belastenden Umständen› seine Arbeit gut verrichtete, geht aus dem Arbeitszeugnis bereits aus dem zweitletzten Absatz hervor. Das Änderungsbegehren ist – da der Antrag lediglich ein Wiederholung von bereits festgestellten Tatsachen ist – abzuweisen.

6.4.2. ‹Herr Y. verfügt zudem über eine ~~hohe~~ fundierte Fachkompetenz, welche sich fachübergreifend bis in die Nebenbereiche erstreckt, und eine reiche Berufserfahrung.›

Die Verwendung des Wortes ‹fundierte› ändert an der Aussage der Beklagten [...], nämlich dass der Kläger eine hohe Fachkompetenz verfügt, nichts – es handelt sich hierbei lediglich um eine irrelevante Umformulierung. Unter mehreren gleichwertigen Formu-

lierungen hat der Arbeitgeber die Auswahl, welche er benutzen will (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Dass der Kläger fachübergreifend und bis in bestimmte Nebengebiete tätig war, ergibt sich bereits aus der detaillierten Auflistung der Funktionen und Tätigkeiten, die der Kläger bei der Beklagten [...] als Accounting Supervisor erfüllt hat. Diese sind ebenfalls im Arbeitszeugnis enthalten. Dieser Ergänzungswunsch stellt folglich lediglich eine Verdoppelung einer bereits im Arbeitszeugnis vorhandenen Aussage dar. Auf die Wiederholung ist zu verzichten. Diese Änderungsbegehren sind abzuweisen.

6.4.3. «Dank seiner sozialen Kompetenz und kommunikativen Art wurde er von seinen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen gleichermaßen geschätzt und geachtet. Sein hilfsbereites Wesen machte ihn bei Mitarbeitern beliebt. Sein Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten war tadellos. Die Zusammenarbeit mit ihm wurde von allen Seiten geschätzt und seine charakterlichen Eigenschaften sind einwandfrei. Er verhielt sich auch gegenüber den externen Gesprächspartnern immer freundlich, kooperativ und korrekt.»

Mit diesen Änderungen werden für den Kläger wichtige Aussagen über dessen Persönlichkeit sowie den Umgang mit Mitmenschen (Mitarbeitern/Vorgesetzten/externen Personen) in dessen Berufsalltag gemacht. Da diese Beurteilungen im Arbeitszeugnis nicht anderweitig bereits zum Ausdruck kommen und sie von der Zeugin D. bestätigt und von der Beklagten [...] auch nicht bestritten wurden, ist diesen Änderungsanträgen zu entsprechen.

6.4.4. «Herr Y. ist eine sehr zuverlässige, selbstständige, loyale und verantwortungsbewusste Person. Herr Y. überzeugte mit seiner Entscheidungskraft und konzeptionellen-analytischen Fähigkeiten. Er pflegte eine offene Kommunikation und informierte schnell und sachlich. Er war sehr ergebnisorientiert, wog Risiken genau ab und war dadurch sehr problemlösungsorientiert.»

Diese Änderungen zeigen den Kläger im Umgang mit der bisherigen Arbeitgeberin selbst. Betreffend den Ausdruck «loyal» ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen hat (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Die Loyalität des Klägers wird bereits mit der vom Kläger gewünschten Formulierung «Sein Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Vorgesetzten war tadellos. Die Zusammenarbeit mit ihm wurde von allen Seiten geschätzt und seine charakterlichen Eigenschaften sind einwandfrei.» hinreichend zum Ausdruck gebracht. Unter mehreren gleichwertigen Formulierungen hat der Arbeitgeber die freie Auswahl, welche er für den Zeugnistext vorzieht (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3b). Dieser Änderungsantrag ist damit abzuweisen. Die übrigen Änderungen betreffen die Umsetzung der einzelnen Funktionen und Tätigkeiten des Klägers und geben wieder, wie sich der Kläger im Arbeitsalltag bewährte und durch was er sich auszeichnete. Sie geben insbesondere einem künftigen Arbeitgeber über die Arbeitsweise des Klägers Auskunft. Diesen Änderungsbegehren ist deshalb zu entsprechen.

6.4.5. ‹Besonders zu erwähnen sind sein hohes Dienstleistungsbewusstsein sowie seine stets pflichtbewusste Arbeitsweise auch über den normalen Arbeitseinsatz hinaus und sofern es die Umstände erforderten, war er auch jederzeit bereit, Überstunden zu leisten. Auch bei grossen Anforderungen und unter belastenden Umständen behielt er jeweils den Überblick mit der nötigen Sicherheit, was bei Mitarbeitern und Vorgesetzten gleichermaßen sehr geschätzt wurde.›

Dass ein Mitarbeiter Überstunden zu leisten hat, sofern es die Umstände erfordern, gehört zu den im Gesetz verankerten Pflichten eines jeden Arbeitnehmers (Art. 321c OR). Die Einsatzbereitschaft des Klägers geht zudem bereits aus den vorhergehenden Absätzen des Arbeitszeugnisses ausreichend hervor, weshalb diese Anmerkung lediglich eine Wiederholung darstellen würde. Der Änderungsantrag ist abzuweisen. Der Zusatz ‹jeweils› im zweiten Satz stellt eine inhaltlich nicht relevante Umformulierung dar. Auch dieses Änderungsbegehren ist abzuweisen. Dass der Kläger von Mitarbeitern und Vorgesetzten sehr geschätzt wurde, ergibt sich ebenfalls bereits aus dem Arbeitszeugnis. Auf eine Wiederholung dieser Aussage ist zu verzichten. Der Änderungsantrag wird abgewiesen.

6.4.6. ‹Dieses Zwischenzeugnis wird auf Wunsch von Herrn Y. ausgestellt, da er uns aufgrund einer Umstrukturierung per 31.8.2017 verlässt, was wir sehr bedauern. Wir möchten uns ~~bereits heute~~ für seinen bisherigen Einsatz und wertvolle Mitarbeit bedanken und wünschen ihm für die berufliche und private Zukunft alles Gute ~~für die Zukunft~~ und weiterhin viel Erfolg.›

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber nicht vorzuschreiben, wie sich dieser ab dem Ausscheiden des Arbeitnehmers zu fühlen hat (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3h). Aus diesem Grund ist auf den Ausdruck des Bedauerns zu verzichten. Weiter besteht kein klagbarer Anspruch auf Dankesworte oder Zukunftswünsche (BGE 4C.36/2004; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3h, m.w.H.). Die Änderungsanträge sind abzuweisen. Das Datum des Austrittes des Klägers ist unbestritten und demgemäss auf den 31.8.2017 anzupassen. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 16.4.2018; GS 2017.32)

7.3.4. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Rache Kündigung. Der Begriff Anspruch umfasst auch das Nachsuchen um eine Lohnerhöhung (E. 2.3.). Eine Nichteinigung in Vertragsverhandlungen während laufendem Arbeitsverhältnis ist keine Geltendmachung von Ansprüchen aus Arbeitsverhältnis (E. 2.4.).

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Kündigung wegen persönlichkeitsrelevanter Eigenschaft. Eine Kündigung wegen einer Flugangst, die das Fliegen verunmöglicht, kann missbräuchlich sein, in casu verneint (E. 2.5.4.).

Art. 321d OR. Pflicht zu Dienstreisen. Ohne entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag bestimmt sich eine Dienstreisepflicht nach der Befolgungspflicht von Weisungen (E. 2.5.3.). In casu zumutbare Reise per Flugzeug nach Ungarn trotz behaupteter, nicht nachgewiesener Flugangst, die den Vorgesetzten zudem nicht bekannt war (E. 2.5.4.).

Die X. AG stellte Y. per 1.9.2012 als Fertigungssteuerer an. Ab Juli 2014 wurde Y. zum Leiter Work Order Management und zusätzlich zum stellvertretenden Leiter PPS (Produktionsplanung und Steuerung) befördert. Zuletzt belief sich das Gehalt von Y. auf monatlich CHF 6'603.00 brutto zuzüglich 13. Monatslohn. Am 29.6.2016 kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 30.9.2016, unter anderem weil er eine geplante Geschäftsreise nicht antrat. Am 9.9.2016 erhob Y. Einsprache gegen die Kündigung wegen Missbräuchlichkeit. In der Folge kam es nicht zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses. Nach erfolgtem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte Y. am 22.6.2017 auf Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 14'306.50 zuzüglich Zins. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 8.2.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.** Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger eine Entschädigung von CHF 14'306.50 aus missbräuchlicher Kündigung geltend. Bezüglich der Missbräuchlichkeit beruft er sich einerseits darauf, dass die Kündigung ausgesprochen worden sei, weil die Beklagte sich am Umstand enerviert habe, dass sich der Kläger als Arbeitnehmer nicht mit seinem Lohn zufriedengegeben und um eine Lohnerhöhung ersucht habe. Andererseits stehe die Kündigung im Zusammenhang mit einer Geschäftsreise nach Z. in Ungarn, welche der Kläger wegen seiner Flugangst nicht habe antreten können. Die vom Kläger angebotenen Alternativen habe die Beklagte ausgeschlagen, womit sie ihre Fürsorgepflicht verletzt habe. Die Beklagte verweist in ihrem Kündigungsschreiben vom 29.6.2016 bezüglich der Gründe auf ein Gespräch, welches in der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 festgehalten worden ist. In dieser Gesprächsnotiz wird ausführlich Bezug genommen auf eine geplante Reise nach Ungarn. In ihrer Stellungnahme vom 25.9.2017 nennt sie als Kündigungsgründe sodann Vertrauensbruch gegenüber seinem direkten Vorgesetzten H., massive Ungereimtheiten zwischen den Abmachungen zur Durchführung des «Projekts Ungarn» und seinem diesbezüglichen Verhalten, arrogantes und anmassendes Verhalten sowie spürbares Nachlassen der Arbeitsmotivation des Klägers nach seinem misslungenen Lohnpoker mit der Beklagten.

2.1. Nach Art. 336 OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aus bestimmten im Gesetz genannten Gründen ausgesprochen wird. Die Partei, die die missbräuchliche Kündigung ausspricht, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, wenn sie nicht zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses bereit ist, nachdem die andere Partei gegen die Kündigung schriftlich Einsprache erhoben hat. Der Entschädigungsanspruch ist verwirkt, wenn er nicht innert 180 Tagen nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses eingeklagt wird (Art. 336b OR).

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 29.6.2016 auf den 30.9.2016 [...]. Vorliegend erhob der Kläger mit Schreiben vom 9.9.2016 an die Beklagte fristgerecht Einsprache gegen die Kündigung [...], ohne dass es anschliessend zu einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses kam. [...Am] 19.1.2017 und damit innert 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses reichte der Kläger [...] das Schlichtungsgesuch zur Geltendmachung der Entschädigung ein. Damit sind die formellen Voraussetzungen nach Art. 336b OR erfüllt.

2.2. Die Prüfung der Missbräuchlichkeit setzt eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände voraus (BGer 4C.174/2004 E. 2.5). Unter mehreren Kündigungsgründen muss der missbräuchliche Grund die Kündigungsentscheidung entscheidend beeinflussen haben. Abzustellen ist daher darauf, welcher Grund den Ausschlag für die Kündigung gab und ob dieser Grund missbräuchlich ist. Der Gekündigte muss den Missbrauchstatbestand sowie dessen Kausalität für die Kündigung behaupten und nachweisen (Art. 8 ZGB). Falls die gekündigte Partei jedoch genügend Indizien vorbringt (BGer 4A_158/2010 E. 3.2), die den von der Arbeitgeberin angegebenen Grund als unrichtig erscheinen lassen, so kann das Gericht das Vorhandensein einer missbräuchlichen Kündigung vermuten (Indizienbeweis; BGE 130 III 699 E. 4.1). Darin liegt keine Beweislastumkehr. Die kündigende Arbeitgeberin hat aber ihre Angaben zum Kündigungsgrund zu beweisen sowie nachzuweisen, dass sie auch ohne missbräuchlichen Grund gekündigt hätte (BGE 130 III 699 E. 4.1). Die Subsumption des behaupteten und nachgewiesenen Sachverhalts unter einen der Tatbestände in Art. 336 OR oder des von der Rechtsprechung erweiterten Tatbestandskatalogs ist Sache des Gerichts.

2.3. Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Der Begriff des Anspruchs umfasst auch das Nachsuchen um eine Lohnerhöhung. Die Geltendmachung von Ansprüchen nach Treu und Glauben setzt dabei nicht voraus, dass diese bestehen oder bewiesen wären. Es genügt, wenn die gekündigte Partei aufgrund der Umstände gute Gründe hat, daran zu glauben (BGE 136 III 513 E. 2.4), was jedoch nicht bei leichtfertiger oder schikanöser Geltendmachung der Fall ist (BGE 4A_346/2009 E. 3.1). Schliesslich muss das Begehren kausal gewesen sein für den Kündigungsentscheid.

Der Lohn des Klägers als Fertigungssteuerer belief sich anfänglich auf CHF 6'500.00 brutto [...]. Ab dem 1.1.2014 betrug der Lohn des Klägers CHF 6'532.00 [...]. Ab Juli 2014 wurde der Kläger vom Fertigungssteuerer zum Leiter Work Order Management und zusätzlich zum stellvertretenden Leiter PPS (Produktionsplanung und Steuerung) befördert. Der Kläger gibt an, er habe damals um eine Gehaltserhöhung nachgefragt, es sei aber keine Erhöhung erfolgt. In der Gesprächsnotiz vom 25.7.2014 [...] ist dokumentiert, dass der Kläger eine Lohnerhöhung von monatlich CHF 500.00 forderte und diese Forderung von der Beklagten mit der Begründung, bereits sein bisheriger Lohn liege auf Abteilungsleiterniveau, abgelehnt wurde. Ab Januar 2015 betrug der monatliche Lohn des Klägers sodann CHF 6'603.00 brutto [...], was einer Erhöhung von CHF 71.00 entspricht. Dass der Kläger nach dem 25.7.2014, insbesondere in zeitlicher Nähe zur Kündigung vom 29.6.2016, nochmals eine Lohnerhöhung verlangt hat, wird vom Kläger nicht behauptet. Zwar erwähnt die Beklagte in einem Schreiben gegenüber der Arbeitslosenkasse vom 17.1.2017 [...], dass der Kläger immer wieder seine Unzufriedenheit betreffend Lohn zum Ausdruck gebracht habe. Sie bezieht sich dabei aber ebenfalls auf die Gesprächsnotiz vom 25.7.2014. Von weiteren konkreten Forderungen seitens des Klägers, seinen Lohn zu erhöhen, ist indes nicht die Rede.

Die Geltendmachung eines aktuellen und konkreten Anspruchs im Zeitraum der Kündigung ist damit zu verneinen.

2.4. Der Kläger führt weiter aus, dass er sich im Frühjahr 2016 intern für eine andere Stelle als Business Analyst, die per 1.8.2016 zu besetzen gewesen wäre, beworben habe. Da sich die Parteien über den Lohn nicht einig geworden seien, habe er entschlossen, seine bisherige Stelle beizubehalten. Darüber sei die Beklagte wütend gewesen, weshalb die Kündigung als Rache Kündigung zu qualifizieren sei. Der E-Mail vom 24.4.2016 [...] lässt sich entnehmen, dass die Beklagte dem Kläger für die Stelle als Business Analyst einen Monatslohn von CHF 7'200.00 angeboten hat und dass der Kläger stattdessen einen Jahreslohn von CHF 100'000.00 vorgeschlagen hat, was einem Monatslohn von CHF 8'333.33 entsprechen würde. Gemäss Formular Änderung der Anstellungsbedingungen vom 15.4.2016 [...] hat die Beklagte eine Anhebung des Monatslohns ab dem 1.1.2017 auf CHF 7'400.00 und ab dem 1.1.2018 auf CHF 7'700.00 vorgesehen. Davon will der Kläger keine Kenntnis erlangt haben. Immerhin ist diese stufenweise Anhebung des Lohns handschriftlich festgehalten auf der E-Mail vom 24.4.2016, welche vom Kläger als [...] eingereicht worden ist. Mit E-Mail vom 29.4.2016 [...] hat der Kläger der Beklagten sodann mitgeteilt, dass er aufgrund des angebotenen Lohnes von CHF 7'200.00 von einem Wechsel absehe. In der Gesprächsnotiz zur Kündigung vom 29.6.2016 wird die interne Bewerbung nicht thematisiert. Zwar werden im Schreiben vom 17.1.2017 an die Arbeitslosenkasse die interne Bewerbung und die Absage aufgrund des vorgeschlagenen Lohnes durch den Kläger erwähnt. Die Erwähnung gegenüber der Arbeitslosenkasse als solche lässt indes nicht den Schluss zu, dass die Absage den Ausschlag für die Kündigung Ende Juni 2016 gab, zumal sie in der Gesprächsnotiz zur Kündigung vom 29.6.2016 eben keinen Eingang gefunden hat. Vielmehr dürfte sie allgemein als Beispiel dafür dienen, dass sich die Zusammenarbeit mit dem Kläger erschwert hat und die Einstellung nicht mehr ihren Erwartungen entsprach. Selbst wenn die Absage des Klägers zur Kündigung geführt hätte, könnte darin aber keine Missbräuchlichkeit erkannt werden. So stand nicht eine Lohnerhöhung im Zusammenhang mit der bisherigen Funktion zur Diskussion. Die Parteien führten im April 2016 lediglich Gespräche über eine andere intern neu zu besetzende Stelle, auf welche der Kläger sich aus eigenem Antrieb beworben hatte. Aufgrund unterschiedlicher Lohnvorstellungen fanden die Parteien allerdings keinen Konsens. Einigen sich die Parteien im Rahmen von Vertragsverhandlungen nicht und kommt kein neuer Vertrag zustande, geht es nicht um die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis.

2.5. Wie sich der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 entnehmen lässt, hat am 21.6.2016 eine Besprechung zwischen den Parteien stattgefunden, bei der es um eine Geschäftsreise nach Ungarn ging. Dem Kläger wurde anlässlich dieser Besprechung mitgeteilt, dass die Beklagte auf eine weitere Zusammenarbeit verzichte und gab ihm die Möglichkeit, selber zu kündigen, ansonsten die Beklagte die Kündigung am 29. Juni 2016 aussprechen werde. Am 29.6.2016 löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis sodann auf. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, wie es sich mit der Geschäftsreise nach Ungarn verhält.

2.5.1. Die Beklagte hat in der Gesprächsnotiz festgehalten, es sei im Frühjahr 2016 vorgesehen gewesen, dass der Kläger mit dem Flugzeug nach Ungarn reise, um vor Ort den Aufbau der PPS-Abteilung zu unterstützen. Als es konkret geworden sei, habe der Kläger seine Meinung geändert und bekannt gegeben, er werde nicht nach Ungarn gehen. Insbesondere H. sei enttäuscht gewesen, über die Art und Weise derartige Entscheide zu kommunizieren. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Flugreise sei ihm aufgrund seiner Flugangst, welche der Beklagten bekannt gewesen sei, nicht möglich gewesen. Er habe der Beklagten aber Alternativen, insbesondere die Anreise mit dem Auto oder dem Zug, angeboten. Des Weiteren wendet er ein, dass als Arbeitsort Basel vereinbart gewesen sei und der Stellenbeschrieb keine Geschäftsreisen ins Ausland vorsehe. Zudem sei davon ausgegangen worden, dass er die Stelle als Business Analyst annehmen würde, sodass er mit diesem Projekt gar nichts mehr zu tun gehabt hätte.

2.5.2. Die Beklagte sah Anfangs April 2016 im Z.-Werk in Z. (Ungarn) die Einführung von SAP zur Produktions-Planung und Steuerung vor [...]. [...D]er Kläger [sollte] bei den SAP Lösungen und H. bei den Excel Lösungen behilflich sein. Die Umsetzung sollte in drei Phasen erfolgen, wobei in der Phase 1 eine Aufnahme des Ist-Zustandes vor Ort vorgesehen war. Der Kläger macht geltend, es habe sich dabei erst um einen Vorschlag gehandelt, er habe zu keinem Zeitpunkt den Auftrag erhalten, ins Werk Ungarn zu gehen. Erst Anfang Juni habe er davon erfahren, dass er nach Ungarn hätte fliegen sollen. Der eingereichten E-Mail-Korrespondenz lässt sich entnehmen, dass der Kläger in das Projekt involviert war und dass im April 2016 der Ablauf und die personellen Ressourcen thematisiert worden sind [...]. Der Zeuge H. führte zum fraglichen Projekt aus, dass er bereits im Herbst 2015 vor Ort gewesen sei. Er sei mit easyJet von Basel nach Budapest geflogen und sei von dort mit dem Taxi eine Stunde nach Z. gefahren [...]. Weiter sagte er aus, dass der Kläger als sein Stellvertreter nach Ungarn hätte gehen sollen. Dabei sei von einer Flugreise, konkret mit easyJet gesprochen worden. Diese Gespräche, an welchen der Kläger anwesend gewesen sei, hätten ungefähr im April 2016 stattgefunden. Es sei damals nicht diskutiert worden, anders zu reisen [...]. Der Zeuge D. konnte bestätigen, dass der Kläger sein Team vor Ort hätte unterstützen sollen [...]. In der Gesprächsnotiz zur Kündigung vom 29.6.2016, welche der Kläger unterzeichnet hat, wird ebenfalls festgehalten, dass vorgesehen gewesen sei, dass der Kläger im Mai/Juni nach Ungarn fliegt. Damit ist erstellt, dass abgemacht war, dass der Kläger für die Beklagte nach Ungarn reist und zwar mit dem Flugzeug.

2.5.3. Da der Kläger bereits mit E-Mail vom 29.4.2016 mitgeteilt hat, dass er von einem Stellenwechsel absehe, kann er sich nicht darauf berufen, dass er mit dem in Frage stehenden Projekt nichts mehr zu tun gehabt hätte. Es ist zwar zutreffend, dass die Parteien im Arbeitsvertrag Basel als Arbeitsort vereinbart haben. Dem Arbeitsort kommt indes lediglich die Bedeutung eines räumlichen Mittelpunktes zu, sodass je nach Vertrag und konkreter Aufgabe allenfalls auch an anderen Orten Arbeitsleistungen zu erbringen sind (*Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 51 f.). Vorliegend geht es zudem nicht um die dauerhafte Versetzung des Klägers an einen

neuen Arbeitsort, sondern um eine Geschäftsreise, bei welcher der Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen vorübergehend ausserhalb seiner regelmässigen Arbeitsstätte und ausserhalb seiner Wohnung tätig ist. Eine Pflicht zur Unternehmung von Dienstreisen ist im Arbeitsvertrag nicht enthalten. Ein Stellenbeschrieb wurde dem Gericht nicht vorgelegt. Ob der Kläger zur Aufnahme einer Geschäftsreise verpflichtet werden konnte, bestimmt sich daher in casu nach der Pflicht zur Befolgung von Weisungen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers beinhaltet nebst Zielanweisungen, mit welchen der Ort und die Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung näher bestimmt wird, auch Verhaltensanweisungen, mit denen der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers vorschreiben kann (*BSK-Portmann*, Art. 321d OR N 3). Das Weisungsrecht wird in verschiedener Hinsicht beschränkt. So findet das Weisungsrecht seine Schranken in den Abmachungen des einzelnen Arbeitsvertrages. Weisungen dürfen sodann nicht sachwidrig, unzumutbar oder schikanös sein. Zudem ist das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers respektieren. Soweit Weisungen in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreifen, haben sie sich auf das betrieblich Notwendige zu beschränken. Im Zusammenhang mit Geschäftsreisen ist die Anordnung insbesondere auf Dauer, Distanz, Familiensituation und Notwendigkeit zu prüfen (*Streiff/von Kanel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Art. 321d N 3; *Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 52). Besteht keine arbeitsvertragliche Vereinbarung werden Art und Umfang der Arbeitsleistung danach bestimmt, was in der Branche, Beruf und Betrieb üblich ist (*Müller*, AJP 1999, S 456). Der Kläger war Leiter Work Order Management sowie stellvertretender Leiter PPS bei der Beklagten. Es wurde von Seiten des Klägers nicht bestritten, dass er auch an anderen Orten in der Schweiz [...] für die Beklagte Arbeit verrichtet hat. H., Leiter PPS, hat gemäss eigenen Angaben bereits eine Reise nach Ungarn gemacht hat, sodass Geschäftsreisen einerseits im Betrieb andererseits aber auch im Bereich PPS durchaus als üblich zu bezeichnen sind. Hinzukommt, dass die Beklagte zu einer Gruppe gehört, die auch international tätig ist und entsprechend im Ausland über Produktionsanlagen verfügt.

Der Kläger war gemäss Zwischenzeugnis vom 28.1.2016 [...] mit verschiedenen Aufgaben im Bereich SAP betraut. Zudem war er stellvertretender Leiter PPS. Die in Ungarn zu leistenden Arbeiten hätten damit im Rahmen des vereinbarten Tätigkeitsbereichs gelegen. Sein Vorgesetzter H. hat dem Kläger anlässlich der Zeugeneinvernahme sehr gute Kenntnisse im Bereich SAP [...] attestiert. Auch in der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 wurde festgehalten, dass der Kläger mit seinen fachlichen Kenntnissen die Arbeiten in Z. sehr gut hätte unterstützen können. Aufgrund seiner Funktion und seiner anerkannten Fähigkeiten im Bereich SAP ist das betriebliche Interesse der Beklagten an einem Einsatz des Klägers in Ungarn zu bejahen. Da es sich um eine einmalige Reise von geringer Dauer, innerhalb von Europa, gehandelt hätte, wäre der Einsatz in Ungarn als solcher dem Kläger ohne weiteres zumutbar gewesen.

Z. liegt ungefähr 1000 km entfernt von Basel. Easyjet bietet Direktflüge von Basel nach Budapest an. Der Flug dauert 1 Stunde und 40 Minuten. Die Fahrt vom Flughafen zum Werk in Z. dauert mit dem Taxi eine Stunde. Direkte Zugverbindungen ab Basel werden keine angeboten. Die Reisezeit bis Budapest beträgt mindestens 11 Stunden und

46 Minuten, mit dem Nachtzug sind es gar 12 Stunden und 51 Minuten. Dank Billigfluggesellschaften wie easyJet ist die Reise mit dem Flugzeug bekanntermassen relativ günstig, vielfach sogar günstiger als die Reise mit dem Zug. Die Reise mit dem Auto ohne Pause nimmt mindestens 8 Stunden und 38 Minuten in Anspruch. Die Gesamtkosten mit dem Auto belaufen sich auf ca. CHF 210.00 für einen Weg, womit die Reise mit dem Auto ebenfalls nicht günstiger ausfällt. Zudem ist die Reise mit dem Auto anstrengend und birgt ein gewisses Risiko, wie der Kläger anlässlich seiner Befragung selber eingesteht [...]. C., Leiterin HR bei der Beklagten, hat ausgeführt, dass bei Geschäftsreisen immer die einfachste Route ausgewählt und daher geflogen werde [...]. Unter Berücksichtigung der Reisedauer, der Kosten und des Komforts schneidet das Flugzeug im Vergleich zum Zug oder Auto damit am besten ab, weshalb die vorgesehene Anreise mit dem Flugzeug sachgemäss ist.

2.5.4. Der Kläger stellt sich indes auf den Standpunkt, die Reise mit dem Flugzeug sei ihm persönlich nicht zuzumuten gewesen, weil er an Flugangst leide. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger an Flugangst leidet. Der vom Kläger eingereichten Dokumentation [...] lässt sich entnehmen, dass Flugangst sehr weit verbreitet ist und unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann. Bei manchen Menschen kann die Angst so stark sein, dass sie gar nicht mehr fliegen. Andere Menschen steigen nur noch unter grösster Anspannung ins Flugzeug und leiden unter Schweissausbrüchen, heftigem Herzklopfen, Atemnot, Übelkeit und Schwindel. Nimmt die Angst eine Intensität an, welche das Fliegen verunmöglicht, dürfte es sich um eine Krankheit handeln und wäre zu den Eigenschaften zu zählen, die einem Menschen kraft seiner Persönlichkeit zustehen. Wird eine Kündigung wegen einer derartigen Eigenschaft ausgesprochen, erfolgt sie missbräuchlich, es sei denn die Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR).

Der Kläger nennt als auslösendes Ereignis für seine Flugangst einen Flug von Cancun nach Zürich im April 2015, den er als unangenehm empfunden habe. Er sei seither nicht mehr mit dem Flugzeug vereist, sondern würde auch weiter entferntere Destinationen mit dem Auto bereisen. Zum Nachweis seiner Flugangst reicht er Unterlagen ein, aus welchen hervorgeht, dass er Unterkünfte in den französischen Alpen sowie auf Sizilien gebucht hat. Zudem wird eine Bestätigung eines Hoteliers vorgelegt, gemäss welcher er in den Jahren 2015, 2016 und 2017 in der Türkei gewilt habe und mit seinem eigenen Auto gereist sei und einen Parkplatz gebucht habe. Diese Unterlagen lassen indes keinen Rückschluss auf das Bestehen einer Flugangst zu. Zunächst ist es nicht ungewöhnlich, die Unterkunft und das Transportmittel separat zu buchen. Die Anreise mit dem Auto kann zudem durchaus aus anderen Gründen als aus Flugangst erfolgen. Da der Kläger bislang offenbar nichts unternommen hat, um seine angebliche Flugangst zu bekämpfen, liegen auch keine Arzt- oder Therapieberichte vor, um die Flugangst und deren Intensität zu belegen. Ob sich die Flugangst rückwirkend für das Jahr 2016 mit einem psychiatrischen Gutachten, wie beantragt, überhaupt nachweisen liesse, kann offenbleiben. Die Beklagte bestreitet nämlich, dass der Kläger sie über seine Flugangst in Kenntnis gesetzt hat.

In seiner E-Mail vom 7.6.2016 an seinen Vorgesetzten H. [...] hat der Kläger folgendes geschrieben: «Mir persönlich ist es nicht möglich nach Ungarn zu reisen um vor Ort den Ist-Zustand aufzunehmen». Dass er nicht fliegen kann, namentlich weil er an Flugangst leidet, erwähnt er nicht. Auch in der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016, welche der Kläger unterzeichnet hat, wird lediglich festgehalten, dass er aus persönlichen Gründen nicht fliegen will. H. sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme aus, dass der Kläger ihm nicht erzählt habe, dass er an Flugangst leide. Er habe erst davon erfahren, als der Kläger bereits nicht mehr im Betrieb gewesen sei [...]. Der Zeuge D. führte aus, dass der Kläger gesagt habe, er werde nicht fliegen. Er habe nicht gesagt, dass er an Flugangst leide. Er habe nur gesagt, dass er nicht in ein Flugzeug steige. Das Wort Flugangst sei, soweit er sich erinnern könne, nicht gefallen. Er habe die Bemerkung des Klägers auch nicht dahingehend interpretiert [...]. Der Kläger hat damit den Nachweis, dass er die involvierten Vorgesetzten über seine angebliche Flugangst in Kenntnis gesetzt hat, nicht erbracht. Ob er die Flugangst gegenüber seinen Kollegen, insbesondere K. sowie G., erwähnt hat, ist vorliegend nicht von Relevanz. Massgebend ist, was die Vorgesetzten des Klägers gewusst haben. War diesen und somit der Beklagten die angebliche Flugangst des Klägers nicht bekannt, kann der Beklagten nicht vorgehalten werden, die Reise mit dem Flugzeug sei dem Kläger nicht zuzumuten gewesen und verletzte dessen Persönlichkeit. Die erteilte Weisung, mit dem Flugzeug nach Ungarn zu reisen, ist daher in zulässiger Weise erfolgt. Unter diesen Umständen war die Beklagte entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht gehalten, allfällige vom Kläger angebotene Alternativen zu prüfen.

2.5.5. Schliesslich sind die von der Beklagten angeführten Kündigungsgründe zu prüfen. Gemäss der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 hat sich die Beklagte daran gestört, wie der Kläger den Entscheid, nicht nach Ungarn zu reisen, kommuniziert hat. Insbesondere H. sei über die Art und Weise, solche Entscheide zu kommunizieren, enttäuscht gewesen. Der Kläger hätte das Problem direkt mit ihm ansprechen sollen. In der Tat hat der Kläger seinem direkten Vorgesetzten H., obschon sie im selben Büro sitzen, per E-Mail vom 7.6.2016 in absoluter Weise mitgeteilt, dass er die Reise nicht antreten werde. Weder hat er Gründe genannt, noch Alternativen zur Anreise aufgezeigt. Anlässlich der Zeugenbefragung liess H. verlauten, dass er sehr überrascht gewesen sei von der Absage [...]. Offenbar hat der Kläger weder vor noch nach der E-Mail vom 7.6.2016 das direkte Gespräch mit H. gesucht und seine Beweggründe erläutert. Erst anlässlich eines Gesprächs zwischen D. und Klägers wurden zumindest Alternativen angetönt. Der Zeuge D. hielt dazu fest, dass vom Kläger klar und deutlich gekommen sei, dass er nicht vorhabe nach Ungarn zu gehen. Er würde nur mit dem Auto fahren, wenn es von der Geschäftsleitung zur Verfügung gestellt werde [...]. Zum Verhalten des Klägers anlässlich dieses Gesprächs führte D. sodann aus, dass er eine Bemerkung zum Ton gemacht habe, wie man miteinander umgehe. Aufgrund der Art der Reaktion des Klägers habe es eine Blockade im Gespräch gegeben. Er habe dem Kläger gesagt, dass man so nicht miteinander rede. Auch habe er H. auf das Gespräch angesprochen und gesagt, er sei erstaunt. Weiter gab er an, dass er sich nicht mehr habe vorstellen können mit dem Kläger dort unten (gemeint ist Ungarn) zusammenzuarbeiten [...]. H. hielt zu diesem Gespräch fest, dass es eskaliert sei [...]. Das Verhalten

des Klägers im Zusammenhang mit der geplanten Reise nach Ungarn, insbesondere auch die Art und Weise zu kommunizieren, hat damit für erhebliche Irritation auf Seiten der Beklagten gesorgt. Es wäre zu erwarten gewesen, dass der Kläger das Problem direkt mit seinem Vorgesetzten bespricht und sein Anliegen frühzeitig, transparent und sachgerecht vorträgt. Wie sich der Gesprächsnotiz vom 29.6.2016 entnehmen lässt, ist die Beklagte aufgrund der zuvor geschilderten Umstände zum Schluss gekommen, dass sie auf eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger verzichtet, weshalb sie das Arbeitsverhältnis schlussendlich gekündigt hat. In alledem kann keine Missbräuchlichkeit erkannt werden, sodass die Klage abzuweisen ist. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 8.2.2018; GS 2017.21)

7.4. Art. 336 Abs. 2 lit. a OR. Kündigung zufolge Gründung eines gewerkschaftlichen Netzwerkes?

(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)

7.5. Art. 3 GIG. Diskriminierende Kündigung

(siehe unter Ziffer 10.1., S. 61)

7.6. Art. 336a OR. Festlegung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung

(siehe unter Ziffer 7.2., S. 14)

7.7. Art. 336b OR. Schlichtungsgesuch als Einsprache?

(siehe unter Ziffer 10.1. und 10.2., S. 61)

8. Art. 336c OR. Pflicht des Arbeitnehmers zum Arbeitsangebot

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)

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

9.1. Art. 337 OR. Der Ausspruch einer Kündigung als fristlos muss eindeutig und unmissverständlich sein. Andernfalls ist von einer Kündigung auf den nächstmöglichen Termin auszugehen. Die Aufforderung, den Arbeitsplatz sofort zu räumen, kann auch als ordentliche Kündigung mit Freistellung verstanden werden (E. 5.2). In casu Annahme einer fristlosen Kündigung weder aufgrund des Kündigungsschreibens (E. 5.4.2.) noch aufgrund des Herausverlangens des Geschäftsschlüssel durch die Putzfrau der Arbeitgeberin (E. 5.4.3 f.).

A. war seit Dezember 2012 bei der Kollektivgesellschaft B. im Service ihres Restaurants- und Hotelbetriebs im Stundenlohn angestellt. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis mit Einschreiben vom 25.11.2013 auf den 30.11.2013. A. holte das Schreiben auf der Post nicht ab. Am 28.11.2013 nahm die ebenfalls bei der Arbeitgeberin angestellte Putzfrau C. der Arbeitnehmerin den Schlüssel ab. A. rief daraufhin die Polizei und begab sich in der Folge nicht mehr an ihren Arbeitsplatz. Die Parteien waren sich über die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und deren finanziellen Folgen uneinig. Nach dem Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien klagte A. am 19.12.2016 vor Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der Arbeitgeberin sei „zur Zahlung von CHF 17'907.25 nebst Zins. Am 28.8.2017 verurteilte das Arbeitsgericht die Arbeitgeberin zur Zahlung von CHF 2'687.30 netto nebst Zins an die Arbeitnehmerin und wies die Mehrforderung ab. Die von A. dagegen am 29.11.2017 erhobene Berufung wies das *Appellationsgericht Basel-Stadt* am 24.1.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] 2. Die Berufungsklägerin beehrte vor Zivilgericht unter anderem Schadenersatz und eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Sie berief sich zur Begründung der Fristlosigkeit auf das Kündigungsschreiben vom 25.11.2013. Das Zivilgericht erwog allerdings, dass der Wortlaut des Schreibens nicht auf eine fristlose Entlassung hindeute [...]. Sodann schloss die Berufungsklägerin aus den Geschehnissen vom 28.11.2013 auf eine fristlose Entlassung. Das Zivilgericht sah es als unbestritten an, dass die Berufungsklägerin, als sie am Abend des 28.11.2013 zur Arbeit erschienen sei, von der Putzfrau C. im Auftrag der Gesellschafterin der Berufungsbeklagten aufgefordert worden sei, den Schlüssel abzugeben. Der Berufungsklägerin zufolge sei dies unter dem Vorwand geschehen, dass die Putzfrau etwas aus dem Keller holen müsse. Als sie den Schlüssel anschliessend habe zurückhaben wollen, habe ihr diese mitgeteilt, sie dürfe ihr den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, da dessen Abnahme im Auftrag der Chefin erfolgt sei. Die Berufungsbeklagte habe dagegen angegeben – so das Zivilgericht –, dass der Schlüssel für einen Handwerker benötigt worden sei. Es sei nie die Rede davon gewesen, dass die Berufungsklägerin den Schlüssel nicht mehr zurückerhalte. Das Zivilgericht befragte zu diesem Vorfall C. als Zeugin. In Würdigung deren Aussagen kam das Zivilgericht zum Ergebnis, dass die Zeugin die Version der Berufungsbeklagten bestätigt habe, wonach der Schlüssel lediglich wegen einer Reparatur herausverlangt worden sei. Dass der Berufungsklägerin mitgeteilt worden sei, sie dürfe den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, da dessen Abnahme im Auf-

trag der Chefin erfolgt sei, sei nicht bestätigt worden. Selbst wenn eine derartige Aussage gemacht worden wäre, wäre diese indes nicht ohne Weiteres als fristlose Entlassung zu verstehen gewesen, da der Schlüssel im fraglichen Zeitpunkt bzw. wohl am nächsten Tag für einen Handwerker benötigt worden sei und deshalb nicht am selben Abend habe retourniert werden können. Die Aufforderung zur Abgabe des Schlüssels impliziere damit für sich alleine keine fristlose Entlassung. Gegen das Vorliegen einer fristlosen Entlassung spreche des Weiteren ein Schreiben der Berufungsbeklagten vom 29.11.2013. Die Berufungsklägerin werde darin um Mitteilung der Bankangaben für den Dezemberlohn 2013 gebeten. Zudem werde festgehalten, dass sie unentschuldig nicht zur Arbeit erschienen sei, und es werde eine Verwarnung ausgesprochen. Weder das Inaussichtstellen des Dezemberlohns noch die Verwarnung machten Sinn, wenn bereits am Vorabend mit der Schlüsselabnahme eine fristlose Entlassung vollzogen worden wäre. Aus diesen Gründen verneinte das Zivilgericht das Vorliegen einer fristlosen Entlassung. Es ging von einer ordentlichen Kündigung auf den 31.12.2013 als den nächstmöglichen Termin mit Freistellung spätestens ab dem 1.12.2013 aus und sprach der Berufungsklägerin den Lohn für den Monat Dezember 2013 zu. [...]

5.1. Die Berufungsklägerin rügt die Würdigung des Sachverhalts durch das Zivilgericht. Die Berufungsbeklagte habe das Arbeitsverhältnis entgegen der Ansicht des Zivilgerichts nicht ordentlich gekündigt, sondern fristlos aufgelöst [...].

5.2 . Bei der Beendigung unbefristeter Arbeitsverträge wird zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Kündigung unterschieden (*Portmann/Rudolph*, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2015, Art. 335 OR N 5). Die ordentliche Kündigung ist die Erklärung des Willens, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine aufzuheben. Demgegenüber wird das Arbeitsverhältnis bei der ausserordentlichen Kündigung unter Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine aufgehoben (*Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Zürich 2013, N 657, 744). Wenn eine Partei die Kündigung auf einen bestimmten Termin erklärt hat, ohne dass die volle Länge der Kündigungsfrist gewahrt ist, spricht man von einer vorzeitigen Kündigung. Bei einer solchen ist zu prüfen, ob eine ordentliche oder eine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen worden ist. Eine ausserordentliche Kündigung muss nicht notwendigerweise fristlos erfolgen, sondern kann mit einer Sozialfrist zur Schonung der Gegenpartei verbunden sein. Die Frage beurteilt sich nach dem tatsächlichen Willen des Kündigenden, wenn der Empfänger diesen tatsächlich richtig verstanden hat. Mangels einer solchen Feststellung ist die Kündigung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, also darauf abzustellen, wie der Empfänger die Erklärung in guten Treuen hat verstehen dürfen und müssen (*Portmann/Rudolph*, a.a.O., Art. 335 OR N 20). Dabei gilt es zu beachten, dass der Ausspruch einer Kündigung als fristlos eindeutig und unmissverständlich sein muss (BGer 4A_518/2013 vom 29.1.2014 E. 3.3). Andernfalls ist von einer Kündigung auf den nächstmöglichen Termin auszugehen (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, 7.

Auflage, Zürich 2012, Art. 337 OR N 18; *Emmel*, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 337 OR N 1). Die Aufforderung, den Arbeitsplatz sofort zu räumen, kann auch als ordentliche Kündigung mit Freistellung verstanden werden (BGer 4A_518/2013 vom 29.1.2014 E. 3.3; OGer BL, in: JAR 1995, S. 205, 206; *Portmann/Rudolph*, a.a.O., Art. 337 OR N 15). Gemäss einer in der Lehre vertretenen Auffassung stellt der Umstand, dass nur eine relativ kurze Frist eingehalten wird, obwohl die massgebende Frist wesentlich länger ist, ein erhebliches Indiz für eine ausserordentliche Kündigung dar (*Portmann/Rudolph*, a.a.O., Art. 335 OR N 21).

5.3. Die Berufungsbeklagte behauptet, sie habe das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen wollen. Da sie nicht gewusst habe, dass eine ordentliche Kündigung auf Ende November nicht möglich gewesen sei, habe sie die Kündigung fälschlicherweise auf Ende November statt auf Ende Dezember erklärt [...]. Für diese Darstellung spricht auch das Schreiben der Treuhänderin der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin vom 29.11.2013 [...]. Darin wird die Berufungsklägerin gebeten, ihre Bankangaben «für den Monatslohn Dezember 2013» mitzuteilen. Ausserdem wird sie verwarnet, weil sie am Vortag unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei. Dieses Schreiben datiert vor der Beanstandung der Kündigung mit Schreiben vom 16.12.2013 [...]. Es ist folglich nicht vor dem Hintergrund einer Beanstandung der Kündigung verfasst worden und gibt den ursprünglichen Willen der Berufungsbeklagten wieder. Die erstmals in der Berufung aufgestellte Behauptung, das Schreiben vom 29.11.2013 sei fingiert [...], ist verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und unbewiesen. Dass die Berufungsbeklagte entgegen ihrer Darstellung die Berufungsklägerin fristlos hat entlassen wollen, ist nicht erstellt. [...]

5.4.1. Die Berufungsklägerin macht demgegenüber geltend, dass sie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als fristlose Entlassung hat verstehen dürfen [...]. Hierzu beruft sie sich auf das Kündigungsschreiben vom 25.11.2013 (vgl. E. 5.4.2 hiernach), das Verhalten der Gesellschafterin sowie der Putzfrau der Berufungsbeklagten am 28.11.2013 (vgl. E. 5.4.3) und auf den Requisitionsbericht der Kantonspolizei Basel-Stadt vom selben Tag (vgl. E. 5.4.4).

5.4.2. Die Berufungsklägerin durfte und konnte das Kündigungsschreiben vom 25.11.2013 [...] nach dem Vertrauensprinzip nicht als ausserordentliche Kündigung verstehen. Das eingeschrieben versandte Kündigungsschreiben holte sie auf der Post nicht ab. Sie hatte damit bis zum Empfang des am 11.12.2013 nochmals mit gewöhnlicher Post versandten Kündigungsschreibens [...] keine Kenntnis von diesem. Ausserdem deutet darin – abgesehen von der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist – nichts auf eine ausserordentliche Kündigung hin [...]. Als Endtermin wird das Monatsende angegeben, wie dies bei ordentlichen Kündigungen nach Ablauf der Probezeit gesetzlich vorgesehen und üblich ist (vgl. Art. 335c Abs. 1 OR). Aus der deutlich zu kurzen

Frist hätte sie daher auch nicht auf eine ausserordentliche Kündigung mit Sozialfrist schliessen können.

5.4.3. Auch aus dem Verhalten der Gesellschafterin und der Putzfrau der Berufungsbeklagten am 28.11.2013 durfte die Berufungsklägerin nicht ableiten, dass sie fristlos entlassen worden sei.

Die Berufungsklägerin behauptet, die Putzfrau habe von ihr den Schlüssel unter dem Vorwand herausverlangt, sie brauche ihn, um im Keller etwas zu holen. Als sie den Schlüssel habe zurückerhalten wollen, habe die Putzfrau erklärt, sie dürfe ihr den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, weil die Abnahme im Auftrag der Chefin erfolgt sei [...]. Die Putzfrau sagte als Zeugin aus, sie habe der Berufungsklägerin gesagt, sie solle ihr den Schlüssel geben, weil er für eine Reparatur gebraucht werde. Es sei allerdings möglich, dass die Berufungsklägerin sie nicht richtig verstanden habe [...]. Das Zivilgericht stellte auf diese Zeugenaussagen ab und kam zum Ergebnis, dass die Zeugin die Version der Berufungsbeklagten bestätigt habe, wonach der Schlüssel lediglich wegen einer Reparatur herausverlangt worden sei. Dass die Putzfrau der Berufungsklägerin mitgeteilt habe, sie dürfe den Schlüssel nicht mehr zurückgeben, da dessen Abnahme im Auftrag der Chefin erfolgt sei, sei nicht bestätigt worden [...].

Die Berufungsklägerin rügt in diesem Zusammenhang die zivilgerichtliche Würdigung der Aussagen der Zeugin. Das Zivilgericht habe zu Unrecht auf die Zeugenaussagen abgestellt und nicht erkannt, dass die Antworten der Zeugin unter mehreren Gesichtspunkten nicht plausibel gewesen seien.

Erstens sei nicht geklärt worden, weshalb nach 18:00 Uhr ein Schlüssel für eine Reparatur gebraucht werde. Handwerker seien um diese Zeit nicht mehr unterwegs. Für die Reparatur am nächsten Tag habe es keinen Sinn gemacht, der Berufungsklägerin den Schlüssel abzunehmen; denn sie habe ohne Schlüssel das Lokal am Ende der Schicht um 1:00 oder 2:00 Uhr nachts (je nach Kundschaft) nicht mehr abschliessen können. Zweitens sei das Lokal, zu dem der Schlüssel passe (nämlich die Bar des Hotels [...]) bis nach Mitternacht durch die Berufungsklägerin geöffnet gewesen. Hätte jemand eine Reparatur ausführen wollen, so hätte ihn die Berufungsklägerin sicher nicht daran gehindert. Drittens hätte die Berufungsklägerin ihren Schlüsselbund sicher nicht für eine Handwerkerreparatur herausgegeben. Denn dann wäre klar gewesen, dass sie den Schlüssel nicht mehr habe, um am Ende ihrer Schicht abzuschliessen [...]. Entgegen dieser Darstellung der Berufungsklägerin ist die Aussage der Putzfrau, sie habe den Schlüssel wegen einer Reparatur herausverlangt, durchaus plausibel. Unter der Annahme, dass die Reparatur am nächsten Tag hat durchgeführt werden sollen, erscheint es naheliegend, die Putzfrau den Schlüssel während ihrer gewöhnlichen Arbeitszeit und nicht erst am Ende der Schicht der Berufungsklägerin um 1:00 oder 2:00 Uhr herausverlangen zu lassen. Das Abschliessen der Bar am Ende der Schicht der Berufungsklägerin hätte von der Gesellschafterin der Berufungsbeklagten

übernommen werden können [...]. Die Berufungsklägerin behauptet zwar, sie habe vor der Requisition der Polizei um 18:33 Uhr mehrmals vergeblich versucht, die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten anzurufen [...]. Selbst wenn dies zuträfe, könnte daraus nicht geschlossen werden, diese wäre viele Stunden später nicht in der Lage und bereit gewesen, das Lokal abzuschliessen. Dafür spricht auch, dass die Gesellschafterin während der Anwesenheit der Polizei vor Ort gewesen ist.

Viertens – so die Berufungsklägerin weiter – habe die Putzfrau bestätigt, dass es zwischen ihr und der Berufungsklägerin zu einem Streit gekommen sei. Dies leuchte kaum ein, wenn die Berufungsklägerin den Schlüssel einvernehmlich für eine angebliche Reparatur übergeben und ihn einvernehmlich nicht zurückerhalten haben solle [...]. Die Putzfrau sagte dazu Folgendes aus: «Der Schlüssel wurde wegen einer Reparatur gebraucht. Ich habe es gesagt für sie. Vielleicht hat sie nicht richtig verstanden, was ich sagte. Wir hatten Streit. Sie sprach Hochdeutsch mit mir und rief die Polizei» [...]. Die Putzfrau sagte somit gerade nicht aus, dass der Schlüssel einvernehmlich abgenommen worden sei. Dass die Berufungsklägerin sich mit der Putzfrau gestritten und die Polizei gerufen hat, nachdem die Putzfrau der Berufungsklägerin den Schlüssel abgenommen hatte und die Berufungsklägerin die Putzfrau vielleicht nicht richtig verstanden hatte, ist durchaus nachvollziehbar und spricht nicht gegen die Plausibilität der Zeugenaussagen. So führt die Berufungsklägerin selber aus, es verwundere nicht, dass sie in Panik geraten sei und die Polizei gerufen habe, als sie festgestellt habe, dass sie den Schlüssel nicht binnen Kurzem zurückerhalten werde, habe sie doch das Lokal am Ende nicht abschliessen können [...].

Fünftens – so die Berufungsklägerin schliesslich – machten die Abnahme des Schlüssels und die Übergabe an die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten auch deshalb keinen Sinn, weil die Gesellschafterin selber über Schlüssel zu all ihren Lokalitäten verfügt habe und auf diese Weise auch einem Handwerker hätte Zugang verschaffen können [...]. Warum die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten den Schlüssel der Berufungsklägerin für die Reparatur benötigt hat, ist nicht bekannt. Es erscheint jedoch nicht unüblich, dass eine Inhaberin eines Restaurationsbetriebs den Schlüssel der ihr unterstellten Serviceangestellten für eine Reparatur durch einen Handwerker benötigt. Auch dies spricht nicht gegen die Plausibilität der Zeugenaussagen.

Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin [...] enthalten die Zeugenaussagen auch sonst keine Widersprüche. So kann zum einen den protokollierten Aussagen der Putzfrau nicht entnommen werden, dass die Berufungsklägerin den Arbeitsplatz bereits vor dem Eintreffen der Polizei verlassen habe [...]. Und zum andern kann aus dem Umstand, dass die Putzfrau im Requisitionsbericht nicht erwähnt wird, nicht geschlossen werden, die Putzfrau sei während der Requisition nicht mehr vor Ort gewesen. Die Putzfrau lieferte dafür vielmehr eine einleuchtende Erklärung, indem sie darlegte, sie sei auch dort gewesen, als die Polizei gekommen sei, aber niemand habe sie etwas gefragt [...].

Die Kritik der Berufungsklägerin an der Plausibilität der Zeugenaussagen ist mithin unbegründet. Zu Recht stellte das Zivilgericht auf die Zeugenaussagen ab. Damit ist die von der Berufungsklägerin behauptete Version des Verhaltens der Putzfrau und der Gesellschafterin der Berufungsbeklagten nicht bewiesen. Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin selbst dann nicht von einer fristlosen Entlassung hätte ausgehen dürfen, wenn ihre Version zuträfe. Das Verhalten der Putzfrau hätte auch in diesem Fall die Fristlosigkeit der Kündigung nicht mit der nötigen Eindeutigkeit und Unmissverständlichkeit zum Ausdruck gebracht. Die Berufungsklägerin hätte daher höchstens von einer ordentlichen Kündigung mit Freistellung ausgehen können. In der Berufung behauptet die Berufungsklägerin erstmals, die Putzfrau habe gesagt, sie erhalte den Schlüssel nicht zurück, weil die Chefin das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst habe und nicht wolle, dass sie noch länger hier arbeite [...]. Dabei handelt es sich um ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen ist diese Behauptung unglaubhaft, weil sie erst aufgestellt worden ist, nachdem das Zivilgericht eine fristlose Entlassung verneint hatte.

5.4.4. Gemäss dem Requisitionsbericht der Kantonspolizei Basel-Stadt vom 28.11.2013 [...] gab die Gesellschafterin der Berufungsbeklagten gegenüber der Polizei an, dass sie das Arbeitsverhältnis aufgelöst und dies der Berufungsklägerin schriftlich mitgeteilt habe. Damit erklärte sie nicht, die Auflösung sei fristlos erfolgt und deshalb bereits wirksam geworden. Vielmehr bestätigte sie bloss den Inhalt des Schreibens vom 25.11.2013, das heisst eine Kündigung auf einen späteren Zeitpunkt. Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin [...] kann der Requisition auch nicht entnommen werden, dass zwischen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und dem Empfang des Schlüssels ein direkter Zusammenhang bestanden hat. Auch der Requisitionsbericht legt daher keine fristlose Entlassung nahe.

5.4.5. Gemäss diesen Erwägungen kam das Zivilgericht zu Recht zum Schluss, dass die Berufungsklägerin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht als fristlose Entlassung verstehen durfte. Die Kritik der Berufungsklägerin an der Würdigung des Sachverhalts durch das Zivilgericht ist unbegründet. [...]» (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 24.1.2018; ZB 2017.45)

9.2.1. Art. 337 OR. Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug. Ohne Vorliegen besonderer Umstände ist der eigenmächtige Ferienbezug ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung. Solche Umstände sind Versäumnisse der Arbeitgeberin bei der Regelung, Handhabung und Gewährung des Ferienanspruchs der Arbeitnehmerin (E. 2.3.1., 2.3.5.). In casu keine derartigen Versäumnisse bei einem nicht fristgerecht eingereichten Feriengesuch für die Schulferienzeit (E. 2.3.2), während der gemäss Arbeitsvertrag Abwesenheiten unerwünscht und die Genehmigung von Ferienbezügen von speziellen Voraussetzungen abhängig waren, weil berechnete Betriebsinteressen entgegenstanden (E. 2.3.3 f.). Umso mehr gerechtfertigte fristlose

Kündigung, weil die Arbeitnehmerin ein zumutbares Angebot für eine verkürzte Abwesenheit ausschlug, später aus den Ferien zurückkehrte, als sie beantragt hatte, und zudem die fristlose Kündigung für den Fall des Bezugs ungenehmigter Ferientage vertraglich angedroht war (E. 2.3.3 ff.).

Art. 329c Abs. 2 OR. Prüfung von Feriengesuchen. Es ist dabei zu berücksichtigen, weshalb ein Gesuch für den gewünschten Zeitpunkt gestellt wird. Dies gilt besonders bei kurzfristig gestellten Feriengesuchen. Dabei steht das Bedürfnis nach Erholung als vordringlicher Zweck der Ferien im Vordergrund und hat Vorrang vor anderen Feriengründen (E. 2.3.2.).

K. war seit dem Jahre 2012 bei G. als Reinigungskraft angestellt, die ein Reinigungsinstitut betreibt. Bezüglich der Ferien war Folgendes vereinbart:

«Der Zeitpunkt des jeweiligen Urlaubsantritts ist vom Arbeitnehmer, respektive von der Arbeitnehmerin rechtzeitig mit der Arbeitgeberin abzustimmen, wobei auf die betrieblichen Notwendigkeiten angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

- Ferienansprüche im Zeitraum Juli bis August werden daher nur unter speziellen Voraussetzungen genehmigt.
- Ferien- und Urlaubsgesuche müssen bis spätestens 31.3. des jeweiligen Kalenderjahres schriftlich (Formular [...] „Feriengesuch“) eingereicht werden.
- Abwesenheiten während den Schulferien sind unerwünscht.»

Am 20.5.2017 stellte K. für die Zeit vom 20. bis 25.7.2017 unter Verwendung des Ferienformulars Antrag auf Feriengewährung, was G. in der Folge unterschriftlich ablehnte. Das Ferienformular enthielt unter anderem folgenden Inhalt:

- «Feriengesuche 2017 **müssen am 31.03.2017** eingereicht werden.
- Angestellte **ohne schulpflichtige Kinder haben keinen Anspruch** auf Ferien während der Schulferienzeit.
- **Die Geschäftsleitung hält sich das Recht auf die Ferieneinteilung vor.**
- **Der Bezug ungenehmigter Ferientage wird automatisch als Arbeitsverweigerung gedeutet und hat die fristlose Kündigung zur Folge.**»

Am 5.7.2017 teilte G. ihrer Angestellten K. mit, dass sie ihr Feriengesuch am 28.5.2017 abgelehnt habe. K., habe ihr mitgeteilt, dass sie vom 20. bis 25.7.2017 in die Ferien verreise, obwohl sie ihr keine Ferien bewilligt habe. Ihr Feriengesuch vom 20.5.2017 habe das Eingabedatum 31.3.2017 deutlich überschritten. Sie verweise sie auf die Bedingungen für einen Ferienbezug und die Konsequenzen für einen ungenehmigten Ferienbezug.

Mit Schreiben vom 21. und 26.7.2017 stellte G. fest, dass K. seit dem 20.7.2017 nicht mehr zur Arbeit erschienen sei, und wies diese darauf hin, dass der Bezug ungenehmigter Ferientage als Arbeitsverweigerung gelte. Am 31.7.2017 bestätigte G. gegenüber K. die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 20.7.2017.

Nachdem sich die Parteien am 13.11.2017 vor der Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts Basel-Stadt nicht hatten einigen können, klagte K. auf Verurteilung von G. zur Zahlung einer Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung von CHF 2'173.50 nebst Zins. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 22.11.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.2.** Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der ständigen Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen der gekündigten Partei gerechtfertigt. [...] Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen Rechtsprechung für eine natürliche Person im Regelfall zwei bis drei Arbeitstage dauern darf (BGer 138 I 113 E. 6.3.2). [...].

2.3.1. Nach Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes zu vereinbaren ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der eigenmächtige Ferienbezug durch die Arbeitnehmerin entgegen eines abschlägigen Entscheides der Arbeitgeberin grundsätzlich als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung angesehen. Sofern keine besonderen Umstände vorliegen, erblickt das Bundesgericht im eigenmächtigen Ferienbezug eine Handlung, die geeignet ist, das Vertrauen im Arbeitsverhältnis derart zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist und sie daher zur fristlosen Vertragsauflösung berechtigt ist. Beispielhaft für besondere Umstände, die den eigenmächtigen Ferienbezug als weniger oder gar nicht schwerwiegend erscheinen lassen, führt das Bundesgericht den Fall an, dass die frühzeitig angefragte Arbeitgeberin den legitimen Ferienwünschen der Arbeitnehmerin keine Rechnung trägt, obschon die Interessen des Betriebes kaum beeinträchtigt werden (BGE 108 II 301 E. 3).

2.3.2. Vorliegend haben die Parteien im Arbeitsvertrag [...] vereinbart, dass Urlaubsgesuche bis spätestens 31. März des jeweiligen Kalenderjahres schriftlich (Formular [...] «Feriengesuch») eingereicht werden müssen [...] Eine derartige Vertragsbestimmung steht im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien. Für die Arbeitnehmerin ist die Fristansetzung zur Einreichung der Feriengesuche Gelegenheit und Anlass, sich frühzeitig über ihre Ferienpläne klarzuwerden. Dabei wird sie bei einer frühzeitigen Anmeldung davon ausgehen dürfen, dass sich ihre Ferienwünsche eher mit den Betriebsinteressen vereinbaren lassen und daher eher bewilligt werden. Andererseits kann auch die Arbeitgeberin bei einer frühzeitigen Ferienanmeldung die diversen Ferienwünsche

ihrer Angestellten besser untereinander und mit den Interessen des Betriebes koordinieren, damit möglichst alle Ferienwünsche angemessen berücksichtigt und bewilligt werden können.

Vorliegend stellte die Klägerin ihr Feriengesuch am 20.5.2017 und damit nicht bis zum im Arbeitsvertrag festgelegten Termin am 31.3.2017. Als Grund für die nachträgliche Einreichung bringt die Klägerin vor, dass ihr die Beklagte in den vergangenen Jahren bei diversen Anlässen jeweils für mehrere Tage kurzfristig Urlaub gewährt habe, um privaten Verpflichtungen nachzugehen [...]. Die Beklagte wendet dagegen ein, es entbehre jeder Grundlage, aus ihrem Entgegenkommen abzuleiten, dass die Klägerin für die Zukunft von jeglichen Vorgaben betreffend die Regelung des Ferienbezugs befreit gewesen sei. Es sei ihr, der Beklagten, vielmehr zugutezuhalten, dass sie auch kurzfristige Gesuche kulant behandelt habe, wenn es ihr aus betrieblichen Gründen möglich gewesen sei [...].

Es ist aufgrund der von der Klägerin nicht bestrittenen Aussagen [...] des Zeugen X. anlässlich der Hauptverhandlung erstellt, dass die Beklagte der Klägerin bei früheren Gelegenheiten entgegengekommen war und kurzfristig gestellte Feriengesuche bewilligt hatte. Einmal sei dies wegen einer Zahnbehandlung und einmal wegen eines Todesfalles gewesen [...]. Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres auf einen entsprechenden Anspruch der Klägerin auf eine Bewilligung bei weiteren kurzfristigen Feriengesuchen geschlossen werden. Andernfalls wäre damit eine Änderung des Arbeitsvertrages verbunden gewesen, auf die sich selbst die Klägerin nicht beruft. Davon abgesehen hätte die Beklagte kaum lediglich den Arbeitsvertrag mit der Klägerin, sondern wohl auch die Verträge mit allen übrigen Angestellten geändert, um die gesamte Belegschaft entsprechend gleich behandeln zu können.

Hinzu kommt, dass bei der Prüfung der Feriengesuche die Arbeitgeberin auch zu berücksichtigen hat, weshalb die betreffende Arbeitnehmerin zum gewünschten Zeitpunkt freinehmen möchte. Dies gilt umso mehr, wenn die Feriengesuche kurzfristig gestellt werden. Der Grund für den jeweiligen Ferienwunsch muss in diesen Fällen besonders dringlich ein. Dabei steht das Bedürfnis einer Arbeitnehmerin nach Erholung von der Arbeit als vordringlicher Zweck der Ferien im Vordergrund. Eine gewisse Dringlichkeit war bei den früheren kurzfristig beantragten und bewilligten Feriengesuchen vorhanden, als die Klägerin sich damals zu einer Zahnbehandlung und zu einer Beerdigung begeben musste. Vorliegend ersuchte die Klägerin am 20.5.2017 um Freitage, weil sie zur Hochzeit ihres Bruders nach Rom fliegen wollte. Dieser Anlass lässt sich nicht mit diesen bei früheren Gelegenheiten geltend gemachten Feriengründen gleichsetzen, sondern muss als weniger dringlich angesehen werden.

2.3.3. Zudem haben die Parteien im Arbeitsvertrag [...] vereinbart, dass Abwesenheiten während den Schulferien unerwünscht sind [...]. Dies ist im Ferienformular dahingehend verdeutlicht, als es darin heisst, dass Angestellte ohne schulpflichtige Kinder keinen Anspruch auf Ferien während der Schulferienzeit haben [...]. Der Grund für diese Regelung im Arbeitsvertrag liegt nach Aussagen der Beklagten darin, dass in den Schulferien regelmässig alle Angestellten mit eigenen Kindern Ferien beziehen

möchten. In dieser Zeit könne sie nur rechtzeitig eingereichte Feriengesuche berücksichtigen, weil sie anschliessend die Planung darauf ausrichte, dass gerade noch genügend Arbeitnehmerinnen anwesend seien, um den Betrieb am Laufen zu halten, was der Klägerin auch mitgeteilt worden sei [...].

Die Klägerin wendet dagegen ein, sie habe vom Familienanlass sehr spät erfahren und daher ihren Ferienwunsch nicht vor dem 31.3.2017 einreichen können [...]. Ob dies zutrifft, kann nicht beurteilt werden, weil die Klägerin weder angibt noch beweist, wann sie zur Hochzeit in Rom ihres Bruders eingeladen worden war. Zudem übersieht die Klägerin mit ihrem Einwand, dass Angestellte mit schulpflichtigen Kindern, die ihre Ferien rechtzeitig angemeldet haben, Vorrang bei der Bewilligung ihrer Urlaubswünsche haben, die in die Schulferien fallen. Dies gilt selbst gegenüber einer Mitarbeiterin, die selber schulpflichtige Kinder hat, ihre Ferien aber nicht rechtzeitig angemeldet hat. Davon abgesehen waren die Kinder der Klägerin, geboren am 6.4.1996 [...] und am 31.10.2001 [...], anlässlich des strittigen Ferienbezugs nicht mehr schulpflichtig. Die Schulpflicht des jüngeren Kindes hatte mit dem Ende des Schuljahres am 30.6.2017 (§ 56 Abs. 3 Schulgesetz, SG 410.100) geendet. Ferner darf die Arbeitgeberin bei der Bewilligung jenen Feriengesuchen, die den Angestellten Familienferien zur Erholung ermöglichen, gegenüber Gesuchen aus anderen Gründen den Vorzug geben, weil sie dem eigentlichen Zweck der Ferien entsprechen.

Vorliegend ist zudem zu berücksichtigen, dass die Beklagte und der als Zeuge befragte X. an der Hauptverhandlung mehrfach und übereinstimmend ausführten, dass die Beklagte der Klägerin mündlich angeboten habe, dass sie ihr zwei Tage für die Teilnahme an der Hochzeit freigebe [...], was diese jedoch mit der Begründung zurückgewiesen habe, sie benötige alle eingegebenen Tage der Kinder wegen [...] und habe die Flugbillette für sich und ihre Kinder bereits gekauft [...]. Die Klägerin hat dieser Darstellung nicht widersprochen [...], während die Arbeitslosenkasse UNIA als Klägerin im Parallelprozess gegen die Beklagte lediglich darauf hinwies, dass darüber nichts in den Schreiben der Beklagten erwähnt ist [...].

Es ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin entgegenkommen und statt einer sechstägigen Abwesenheit, eine solche von immerhin zwei Tagen gewähren wollte, um ihr die Teilnahme an der Hochzeit ihres Bruders zu ermöglichen. Dabei hat die Klägerin dieses Angebot aus Gründen ausgeschlagen, die unter den gegebenen Umständen nicht massgebend sein können. Eine Arbeitnehmerin, die eine Reise bucht, bevor die hierfür erforderlichen Ferientage bewilligt sind, geht das Risiko ein, dass die Arbeitgeberin ihr die Ferien nicht bewilligen kann und sie Ausgaben tätigt, die möglicherweise vom betreffenden Reiseunternehmen nicht zurückgefordert werden können, wenn sie die Reise nicht antreten kann. Es steht ihr nicht zu, die Arbeitgeberin dadurch bei der Beurteilung, ob sich ihr Ferienwunsch mit den legitimen Betriebsinteressen verträgt, vor vollendete Tatsachen zu stellen und unter Druck zu setzen. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin nicht geltend macht, dass die Beklagte sich mit der Ablehnung des Feriengesuchs und deren Mitteilung übermässig lange Zeit gelassen hätte, nachdem sie das Gesuch am 20.5.2017 gestellt hatte [...]. Vielmehr teilte ihr

dies die Beklagte nach deren unwidersprochenen Angaben umgehend bzw. am 28.5.2017 mit [...].

Zu keinem anderen Schluss führt auch der Einwand der Klägerin, dass es ihr die finanziellen Möglichkeiten nicht erlaubt hätten, für sich und ihre Kinder Flugtickets kurzfristig zu kaufen, womit sie sich dazu gezwungen gesehen habe, die Reise frühzeitig zu buchen [...]. Es wäre ihr auch unter diesem Gesichtspunkt zumutbar gewesen, den ablehnenden Entscheid und das Angebot der Beklagten, ihr einen verkürzten Ferienaufenthalt zu gewähren, abzuwarten. Davon abgesehen setzt sich die Klägerin mit dieser Argumentation in Widerspruch zum eigenen Verhalten, als sie vorbrachte, beim Rückflug aus Rom das Flugzeug verpasst zu haben, und erst am Folgetag zurückkehrte. Die Beklagte hat auf die – gegenüber der im Feriengesuch angegebenen Ferienzeit vom 20. bis 25.7.2017 [...] – um einen Tag verspätete Rückkehr [...], mehrfach hingewiesen, ohne dass die Klägerin dem widersprochen und sich gerechtfertigt hätte [...]. Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin für die Rückreise am Folgetag der zunächst gebuchten Rückreise nochmals Flugtickets für sich und ihre Kinder kaufen musste und daher grössere Ausgaben hatte.

2.3.4. Die Beklagte begründet ihren Entscheid, das Feriengesuch der Klägerin abzulehnen, damit, dass schon zu viele Angestellte mit schulpflichtigen Kindern für die Sommerferien um Bewilligung von Ferien nachgesucht hätten und sie weiteres Personal nicht habe aufrufen können, um die Arbeiten der Klägerin zu übernehmen [...]. Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Beklagte ausreichend Personal zur Verfügung gehabt habe, um ihre Abwesenheit zu kompensieren, zumal sie ihr auch in anderen Jahren kurzfristig Urlaub gewährt habe [...]. Es sei der Beklagten betriebsorganisatorisch jederzeit möglich gewesen, auf ihre Arbeitskraft zu verzichten. Die Beklagte habe bereits nach ihrem Ferienantrag den Dienstplan abgeändert, um die während ihrer Abwesenheit anfallenden Arbeiten durch zwei Kolleginnen, die bei der Beklagten ebenfalls teilzeitlich beschäftigt seien, erledigen zu lassen, was denn auch geschehen sei [...]. Dem widerspricht die Beklagte. Sie habe aufgrund der nicht bewilligten Absenz der Klägerin Mitarbeiter von einem anderen Einsatzort abziehen müssen, um die Arbeiten der Klägerin bewältigen zu können. Im Gegenzug hätten sie und ihr Sohn deren Arbeiten übernommen, was nur unter grossem persönlichem Einsatz möglich gewesen sei [...]

Die Klägerin berief sich für ihre Behauptungen auf N. [...], die Beklagte [...] auch auf X. als weiteren Zeugen [...]. [...] N. gab zu Protokoll, dass sie für die Zeit der Abwesenheit der Klägerin Ende Juli deren Arbeiten in der Migros P. übernommen habe. Normalerweise arbeite sie an einem anderen Ort, beispielsweise am Vormittag in der Migros M. Die Beklagte habe sie dazu angewiesen, die Schicht der Klägerin zu übernehmen, weil diese nicht da sei. Wann die Beklagte sie dazu angewiesen habe, wisse sie nicht mehr genau [...]. X. führte als Zeuge aus, er sei die rechte Hand der Beklagten und arbeite zu 100% im Betrieb. Sie hätten eine Umteilung der Arbeitszeiten vorgenommen, weil die Klägerin nicht zur Arbeit gekommen sei. Dabei habe N. die Schicht der Klägerin übernommen, weil sie deren Arbeitsplatz gekannt habe. In dieser Zeit

habe er N. an deren Einsatzort ersetzt und Unterhaltsarbeiten verrichtet, was er sonst nicht regelmässig mache [...].

Es kann als notorisch gelten, dass Arbeitgeber während der Schulferien bei gleichbleibendem Auftragsbestand über weniger einsatzbereites Personal verfügen, weil die Angestellten mit schulpflichtigen Kindern regelmässig in dieser Zeit ihre Ferien beziehen. Dies ist ganz besonders während den Sommerschulferien in den Monaten Juli und August der Fall. Zudem müssen die Arbeitgeber stets damit rechnen, dass die in der Ferienzeit noch zur Verfügung stehenden Mitarbeiter erkranken oder verunfallen. Um auch während diesen Zeiten die Aufträge ihrer Kunden in gewohnter Quantität und Qualität bewältigen zu können, bedarf es daher einer frühzeitigen und sorgfältigen Personalplanung. Dabei sind die Arbeitgeber bestrebt, möglichst eigene, mit den Verhältnissen im Betrieb und am Arbeitsplatz vertraute Angestellte einsetzen zu können. In diesem Sinne weist der Arbeitsvertrag der Parteien darauf hin, dass Ferienansprüche im Zeitraum Juli bis August nur unter speziellen Voraussetzungen genehmigt werden. Zudem wird im Ferienformular verdeutlicht, dass Angestellte ohne schulpflichtige Kinder während der Schulferienzeit keinen Anspruch auf Ferien haben. Diese Einschränkungen beim Ferienbezug während den Schulferien dienen dazu, nur jenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in dieser Zeit Ferien zu gewähren, die ihrer Kinder wegen darauf angewiesen sind.

Auch kann die Klägerin aus dem Umstand, dass die Beklagte während ihrer Abwesenheit ihre Arbeit durch andere Arbeitskräfte erledigen liess, nicht darauf schliessen dass durch ihre Abwesenheit die Betriebsinteressen nicht tangiert wurden. Sie ist den Beweis dafür schuldig geblieben, dass die Beklagte frühzeitig anderes Personal versetzen konnte und entsprechend im Hinblick auf ihre Abwesenheit auch umdisponierte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Zeuge X., der administrative Aufgaben im Betrieb der Beklagten wahrnimmt [...], kurzfristig für den Reinigungsdienst einspringen musste, wobei die konkrete Arbeit der Klägerin, mit der er nicht vertraut war, durch die Zeugin N. übernommen wurde, während er deren Arbeit erledigte. Damit ist die Situation nicht mit einem vom Bundesgericht beurteilten Fall vergleichbar, als einer von zwei Co-Direktoren eigenmächtig Ferien bezog, während der andere Direktor die Arbeit allein weiterführte und weiterführen konnte. Zudem hatte der damals entlassene Angestellte während fast zwei Jahren nie zwei Wochen Ferien am Stück beziehen können, wie es gesetzlich (Art. 329c Abs. 1 OR) vorgeschrieben ist, was vorliegend die Klägerin nicht zusätzlich vorbrachte und beanstandete. Nur unter diesen besonderen Umständen wurde die dortige fristlose Kündigung durch das Bundesgericht als ungerechtfertigt angesehen (BGer 4C.270/1999 E. 2b).

2.3.5. Die Klägerin moniert ausserdem, dass die fristlose Kündigung sie mit besonderer Härte treffe, weil sie eine 55-jährige alleinerziehende Teilzeitangestellte ohne berufliche Qualifikation sei [...].

Besondere Umstände, die einen eigenmächtigen Ferienbezug als weniger oder gar nicht schwerwiegend erscheinen lassen, sind Versäumnisse der Arbeitgeberin bei der Regelung, Handhabung und Gewährung des Ferienanspruchs der Arbeitnehmerin.

Falls derartige Versäumnisse festgestellt werden, können zur Beurteilung, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, auch weitere Umstände, die das Arbeitsverhältnis oder die Angestellte betreffen, berücksichtigt werden, wie beispielsweise, dass das Arbeitsverhältnis lange gedauert hatte und eine Arbeitnehmerin nie Anlass zu Beschwerden gab (vgl. BGer 4C.270/1999 E. 2c, 4C.201/2004 E. 4.2 f.). Vorliegend ist im Arbeitsvertrag und Ferienformular klar geregelt, wie und wann die Ferien bezogen und gewährt werden. Die Regelung nimmt auf die Interessen beider Parteien angemessen Rücksicht. Der Beklagten können auch keinerlei Versäumnisse beim Umgang und bei der Gewährung des Ferienanspruchs vorgeworfen werden. Der eigenmächtige Ferienbezug durch die Klägerin kann daher nicht als weniger oder überhaupt als gar nicht schwerwiegend betrachtet werden. Daran können die von der Klägerin aufgeführten Umstände nichts ändern. Andernfalls wäre auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin wiederholt Anlass zu Beanstandungen insbesondere bezüglich ihres Verhaltens gegenüber Arbeitskollegen und ihrer Arbeitsausführung gab und deswegen mehrmals verwarnt wurde [...].

2.3.6. Ferner bringt die Klägerin vor, dass ihr die fristlose Kündigung vom 31.7.2017 nach dem 1.8.2017 und rückwirkend auf den 20.7.2017 zugestellt worden sei [...]. Eine Kündigung beendet ein Arbeitsverhältnis sofort oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist, sobald sie bei der Kündigungsadressatin zugeht und zur Kenntnis genommen werden kann. Hingegen kann sie keine rückwärts gerichtete Wirkung entfalten. Für die Rechtzeitigkeit einer fristlosen Kündigung wird darauf abgestellt, wann die kündigende Partei auf die Vertragsverletzung durch die Vertragspartnerin reagiert und die Kündigung ausspricht. In einem Schreiben vom 26.7.2017 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass der Bezug ungenehmigter Ferientage als Arbeitsverweigerung gelte, sodass zurzeit kein Arbeitsverhältnis bestehe und ihre Zutrittsberechtigung zu den Kunden- und den Betriebsräumlichkeiten erloschen sei [...]. Das Schreiben ist nach dem Vertrauensprinzip in Zusammenhang mit dem Ferienformular auszulegen. Darin wird ein unbewilligter Ferienbezug als Arbeitsverweigerung bezeichnet, der eine fristlose Kündigung zur Folge hat [...]. Darauf wurde die Klägerin auch im Schreiben vom 5.7.2017 der Beklagten hingewiesen [...]. Daher durfte und musste die Klägerin das Schreiben vom 26.7.2017 als fristlose Vertragsauflösung seitens der Beklagten verstehen. Das nachfolgende Schreiben der Beklagten vom 31.7.2017 bestätigt die fristlose Kündigung und geht ausführlich auf die Arbeitsverweigerung der Klägerin und weitere Kündigungsgründe ein. Dieses Schreiben dürfte am 31.7.2017 per A-Post versandt worden sein, sodass mit einer Zustellung am nächsten Werktag zu rechnen war. Dies deckt sich mit der Aussage der Klägerin, dass sie die Kündigung nach dem 1.8.2017, einem Feiertag, erhalten habe [...]. Der 2.8.2017, ein Mittwoch, war ein Werktag, an dem die Post Zustellungen vornimmt.

Wie erwähnt (vorstehend Ziffer 2.2) wird einer natürlichen Person wie der Beklagten im Regelfall eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen vor einer fristlosen Kündigung zugestanden. Da der eigenmächtige Ferienbezug der Klägerin bis am 26.7.2017, einem Mittwoch, gedauert hatte, hatte die Beklagte erst nach deren hinaus-

gezögerten Rückkehr umfassende Kenntnis des vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin. Selbst wenn die Kündigung erst mit dem Schreiben vom 31.7.2017, einem Montag, ausgesprochen worden sein sollte, so vergingen bis dahin drei Arbeitstage, bis die Beklagte reagierte. Damit erfolgte die fristlose Kündigung so oder anders rechtzeitig.

2.3.7. Zusammengefasst ist festzustellen, dass die Ferienregelung der Parteien im Arbeitsvertrag und Ferienformular, deren Handhabung und die Gewährung des Ferienanspruchs der Klägerin durch die Beklagte gesetzmässig und angemessen waren. Hingegen stellte die Klägerin das Feriengesuch klar verspätet, widersetzte sich den berechtigten Betriebsinteressen und ging zu Unrecht auch nicht auf das Angebot der Beklagten ein, ihr eine verkürzte Abwesenheit zu bewilligen, um ihr die Teilnahme an der Hochzeit ihres Bruders immerhin teilweise zu ermöglichen. Zudem verlängerte die Klägerin den angekündigten Ferienaufenthalt um einen Tag, ohne dass sie sich hierfür rechtfertigte und rechtfertigen kann. Ferner wies die Beklagte die Klägerin wiederholt darauf hin, dass sie einen eigenmächtigen Ferienbezug nicht dulden und als Arbeitsverweigerung ansehen werde, was eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen werde. Unter diesen Umständen erfolgte die fristlose Kündigung der Beklagten aus zureichenden Gründen und fristgerecht, weshalb sie gerechtfertigt ist (vgl. BGer 4C.201/2004 E. 3.1, 4.2; BGer JAR 1998 S. 210). [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 22.11.2018; GS 2018.6)

9.2.2. Art. 337 OR. Fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug. Der eigenmächtige Ferienbezug entgegen einem abschlägigen Bescheid der Arbeitgeberin ist grundsätzlich ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung. Massgebend sind die Umstände des konkreten Einzelfalls (E. 2.3.). In casu gerechtfertigte fristlose Kündigung bei eigenmächtigem Ferienbezug nach bloss bedingt erteilter und widerrufenen Ferienzusage für die betriebliche Hochsaison, während der eine allgemeine Feriensperre galt, und anschliessender rechtsgenügender Androhung der fristlosen Kündigung (E. 2.3 f.).

Art. 329c Abs. 2 OR. Beweislast bezüglich Ferienbewilligung. Beim Streit darüber, ob Ferien bewilligt wurden, trägt die Arbeitnehmerin die Beweislast (E. 2.1.).

Die bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Basel-Stadt gegen Arbeitslosigkeit versicherte H. war seit dem 1.4.2014 zu 100% als Küchenhilfe beim verstorbenen Ehemann von B. zu einem Gehalt von CHF 3'500.00 brutto zuzüglich 13. Monatslohn angestellt, der das Restaurant P. führte. Vom 24.7.2015 an blieb H. der Arbeit fern, worauf sie mit Schreiben vom 27.7.2015 verwart und zur Arbeitsaufnahme aufgefordert wurde, der H. jedoch nicht nachkam. Als H. am 10.8.2016 wieder zur Arbeit erschien, wurde ihr fristlos gekündigt. Die Arbeitslosenkasse bezahlte H. gesamthaft für die Zeit vom 7.9.2015 bis 9.2.2016 und vom 19.6.2016 bis 31.8.2016 Arbeitslosenentschädigung nach Art. 29 AVIG im Umfang von netto CHF 18'846.30. Nach Einreichung eines Schlichtungsgesuchs durch die Arbeitslosenkasse kam es zwischen ihr und der Witwe B. zu keiner Einigung, worauf die Kasse am 3.4.2018 vor Arbeitsgericht deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 18'846.30 zuzüglich Betreibungskosten und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der angehobenen Betreibung verlangte. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 5.11.2018 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **2.1.** Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist. Falls zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin Streit besteht, ob Ferien bewilligt wurden oder nicht, so trägt die Arbeitnehmerin die Beweislast.

2.2. Liegen wichtige Gründe vor, so kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (vgl. Art. 337 Abs. 1 [...] OR [...]). Gemäss Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf. Eine fristlose Kündigung ist jedoch nur bei besonders schweren Verfehlungen der Gekündigten gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die Verfehlungen der Gekündigten müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Kündigenden die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und sie müssen auch tatsächlich zu einer Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 129 III 380, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Die Schwere des Vergehens, das zur fristlosen Kündigung geeignet ist, kann absolut oder relativ sein. Bei Vorliegen eines absolut schweren Vergehens genügt eine einmalige Verletzung vertraglicher Pflichten, um die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Bei der relativen Schwere einer Pflichtverletzung hingegen muss der fristlosen Kündigung eine Verwarnung vorausgehen (BGE 127 III 153, E. 1c; vgl. zum Ganzen auch *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2012, Art. 337 OR). Die Zumutbarkeit der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bestimmt sich ferner stets mit Bezug auf die nächste ordentliche Beendigungsmöglichkeit (ordentliche Kündigung, Ende der festen Vertragsdauer; BGE 117 II 560, E. 3b). Ausserdem muss eine fristlose Kündigung sofort ausgesprochen werden, sobald die kündigende Partei vom wichtigen Grund ausreichende Kenntnis hat. Anderenfalls verwirkt sie das Recht zur fristlosen Kündigung. Die Pflicht zum unverzüglichen Kündigen beinhaltet allerdings eine gewisse Überlegungszeit, die nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung für eine juristische Person bis sieben Tage dauern darf (BGE 4C.185/2006, E. 2.3).

Wer ein Arbeitsverhältnis fristlos kündigt, trägt die Beweislast, dass hierfür wichtige Gründe vorliegen und die Kündigung rechtzeitig ausgesprochen wurde (Art. 8 ZGB).

2.3. Nach Lehre und Rechtsprechung begründet das unentschuldigte Wegbleiben vom Arbeitsplatz dann einen wichtigen Grund, wenn die Arbeitsverweigerung beharrlich ist und ihr eine Verwarnung unter klarer Androhung der fristlosen Entlassung vorausgegangen ist. Die Voraussetzungen der Beharrlichkeit und der vorgängigen Verwarnung gelten jedoch nur bei einem Wegbleiben von kurzer Dauer. Bleibt eine Arbeitnehmerin während mehrerer Tage der Arbeit fern oder ist der Absenz eine klare Aufforderung des Arbeitgebers vorausgegangen, am Arbeitsplatz anwesend zu sein, so entfallen diese Voraussetzungen (vgl. GSGE vom 3.12.2009, GS 2009.328). Weiter wird insbesondere der eigenmächtige Ferienbezug durch die Arbeitnehmerin entgegen einem abschlägigen Bescheid der Arbeitgeberin grundsätzlich als wichtiger Grund

für eine fristlose Entlassung angesehen (BGE 127 III 153 E. 1b; 108 II 301 E. 3b). Denn sofern keine besonderen Umstände vorliegen, ist der eigenmächtige Ferienbezug eine Handlung, die geeignet ist, das Vertrauen so zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar und eine fristlose Auflösung desselben durch die Arbeitgeberin gerechtfertigt ist. Bestehen allerdings besondere Umstände, so kann die Erschütterung des Vertrauensverhältnisses durch den eigenmächtigen Ferienbezug weniger oder gar nicht schwer wiegen (BGE 108 II 301, E. 3b), so z.B. bei der Sicherstellung der Arbeitsleistung durch einen anderen Arbeitnehmer (vgl. BGer 4C.270/1999 vom 7.2.2000). Massgebend sind somit auch beim eigenmächtigen Ferienbezug die Umstände des konkreten Einzelfalls (AGE vom 31.5.2010, Verf.Nr. BE 2009.995, GS 2009.191 E. 3.1).

Im vorliegenden Fall wird in der schriftlichen Bestätigung der fristlosen Kündigung vom 18.8.2015 [...] als Grund für die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses angegeben, dass die Arbeitnehmerin unentschuldig ihrer Arbeitsstelle ferngeblieben sei und auch nach schriftlicher Aufforderung bzw. Abmahnung vom 27.7.2015 [...] bis am 31.7.2015 nicht zur Arbeit erschienen sei.

Unbestritten ist, dass die Arbeitnehmerin im Zeitraum vom 24.7.2015 bis 9.8.2015 nicht zur Arbeit erschien und stattdessen in den Ferien weilte. Die Klägerin macht indes geltend, dass ihre Ferien vorab im Mai 2015 seitens des Ehemannes der Beklagten bewilligt wurden. Die Beklagte hingegen bestreitet die Bewilligung der Ferien vehement. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Ferien gerade nicht bewilligt wurden. Ferner bringt sie vor, dass in ihrem Betrieb allen Mitarbeitenden bereits beim Bewerbungsgespräch mitgeteilt wurde, dass aufgrund des saisonalen Hochbetriebs im Sommer keine Ferien bewilligt werden können. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5.11.2018 konnten die ehemaligen Mitarbeiterinnen D. und T. auch bestätigen, dass die Ferienregelung bereits beim Einstellungsgespräch klar kommuniziert wurde und allen im Betrieb bekannt war. Die Arbeitnehmerin ihrerseits sagte an der Hauptverhandlung aus, dass ihr der Ehemann der Beklagten die Ferien lediglich mündlich zusicherte. Weiter habe die Beklagte der Arbeitnehmerin dann erst zwei Tage vor Ferienbeginn offenbart, dass sie nun doch nicht in die Ferien gehen könne, da ihnen (der Beklagten und ihrem Ehemann) keine Ersatzperson zur Verfügung stehe. Die Beklagte sagte sodann aus, dass ihr Ehemann die Ferien lediglich unter der Bedingung bewilligt hätte, dass die Arbeitnehmerin eine Ersatzperson organisiere. Dieser Bedingung ist die Arbeitnehmerin jedoch nicht nachgekommen. Schliesslich wird dies seitens der Klägerin auch nicht bestritten. Nichtsdestotrotz wäre es an der Klägerin gewesen, gemäss Art. 8 ZGB den Beweis zu erbringen, dass sie der Arbeitgeberin eine valable Ersatzperson zur Verfügung gestellt hat.

2.4. Eine Verwarnung muss einerseits den Vorwurf der Arbeitgeberin an die Arbeitnehmerin (Rügefunktion) und andererseits die Androhung einer Sanktion (Warnfunktion) enthalten, sollte sich diese inskünftig entgegen der Verwarnung verhalten (BGE 127 III 153 E. 1b). Aus einer Verwarnung muss dabei klar zu entnehmen sein, welche Verhaltensweisen die Arbeitgeberin nicht toleriert und wie sich die Arbeitnehmerin in Zukunft zu verhalten hat (BGer 4C.370/2004 E. 2.2.3). Damit eine Verwarnung als

Grundlage für eine fristlose Kündigung dienen kann, muss das Verhalten der Arbeitnehmerin, das Anlass zur fristlosen Kündigung sein soll, ihr thematisch zugeordnet werden können (BGer 4C.364/2005 E. 3.1; BGE 127 III 153 E. 1c). Aufgrund des Klarheitsgebots hat die Arbeitgeberin zudem die fristlose Kündigung als Sanktion im Falle einer Widerhandlung gegen die Verwarnung ausdrücklich anzudrohen (BGer 4C.247/2006 E. 2.4; AGer BS, JAR 2011, 435 E. 1g = BJM 2014, S. 71).

Mit Schreiben vom 27.7.2015 forderte die Beklagte zusammen mit ihrem Ehemann [die Arbeitnehmerin] auf, ihre Arbeit bis spätestens 31.7.2015 unverzüglich wieder aufzunehmen. Weiter wurde die Arbeitnehmerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie bei Nichterscheinen mit der fristlosen Kündigung rechnen muss. Da die Arbeitnehmerin sodann innert der gesetzten Frist nicht zur Arbeit erschienen ist, hat die Beklagte, wiederum zusammen mit ihrem Ehemann, mit eingeschriebenem Brief vom 18.8.2015 H. die Arbeitsstelle fristlos gekündigt.

Die Arbeitnehmerin habe ihrerseits dem Ehemann der Beklagten mit Schreiben vom 18.8.2015 ihre Arbeit angeboten. Weiter habe sie kundgetan, dass sie schwanger sei. Mit Schreiben vom 28.8.2015 wurden die Beklagte und ihr Ehemann darüber hinaus von der Rechtsschutzversicherung der Arbeitnehmerin angeschrieben. Diese hielt nochmals fest, dass die Ferien der Arbeitnehmerin vereinbart waren und dass letztere wie zuvor abgemacht am Montag, 10.8.2015, zur Arbeit erschienen sei. Damit habe sie ihre Arbeitsleistung angeboten.

Da die Arbeitnehmerin während mehrerer Tage der Arbeit fernblieb und ihrer Absenz eine klare Aufforderung des Arbeitgebers vorausgegangen war, am Arbeitsplatz anwesend zu sein, wäre wohl nicht einmal eine schriftliche Abmahnung nötig gewesen (vgl. GSGE vom 3.12.2009, GS 2009.328). Diese Diskussion erweist sich jedoch als obsolet, da mit Schreiben vom 27.7.2015 ohnehin eine rechtsgültige Abmahnung vorliegt. Denn in der Verwarnung ist einerseits der Vorwurf angegeben (unentschuldigtes Nichterscheinen am Arbeitsplatz), andererseits werden auch die Sanktionen bei andauerndem Fernbleiben genannt (fristlose Kündigung).

2.5. Es kann somit festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall die fristlose Kündigung aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs der Arbeitnehmerin gerechtfertigt war. Insbesondere scheint im Restaurant P. allgemein bekannt gewesen zu sein, dass im Sommer aufgrund der hohen Belastung keine Ferien bezogen werden können. Darüber hinaus hat die Beklagte die Arbeitnehmerin [vorgängig] zur fristlosen Kündigung rechtsgenügend abgemahnt. [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 5.11.2018; GS 2018.10)

9.3. Art. 337 OR. Fristlose Kündigung bei Verletzung von Geheimhaltungspflichten. Das Fotografieren der Bewerbung einer Arbeitskollegin durch einen Sicherheitsangestellten in den Räumlichkeiten der Kundin und das Versenden des Fotos an diese Kollegin rechtfertigt eine fristlose Kündigung. Der Arbeitnehmer versties gegen seine Geheimhaltungspflichten gemäss Geheimhaltungsverpflichtung, Gesamtarbeitsvertrag und Einsatzreglement. (E. 3.2 ff.).

Art. 321a Abs. 4 OR / Art. 27 GAV privater Sicherheitsdienstleistungen. Offenlegung von Geheimnissen. Die Rechtfertigung der Offenlegung eines Geheimnisses durch höherrangige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit setzt voraus, dass die Mitteilung des Geheimnisses verhältnismässig ist. Es wäre dem Arbeitnehmer in casu zumutbar gewesen, eine allfällige Verletzung des Datenschutzgesetzes durch die Kundin dem Vorgesetzten zu rapportieren oder der Kundin zu melden (E. 3.7.).

Art. 330a OR. Beendigungsmotiv im Arbeitszeugnis. Der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv für die Beendigung sind aufzuführen, soweit dies für die generelle Einschätzung des Arbeitnehmers nötig ist. Die Erwähnung der Verletzung der Geheimhaltungspflichten als einmaliger Vorfall ist in casu weder zur generellen Einschätzung des Arbeitnehmers noch zur Vermeidung eines unwahren Zeugnisses erforderlich (E. 4.2.).

Am 16.10.2012 stellte die B. AG A. als Sicherheitsangestellten an. A. war in der Nacht vom 23. auf den 24.11.2015 auf einem Kontrollgang im Zentrum C., das von der D. betrieben wurde. Dabei betrat er das Büro der damaligen stellvertretenden Leiterin des Zentrums und Angestellten der D.. Auf deren Tisch lagen verschiedene Bewerbungs-dossiers, darunter auch das Dossier von F., einer Arbeitskollegin von A. bei der B. AG. A. fotografierte deren Unterlagen mit seinem Smartphone und verschickte am frühen Abend des 24.11.2017 ein Bild davon per WhatsApp samt Kommentar an diese Arbeitskollegin. Aufgrund einer entsprechenden Meldung von F. erfuhr die B. AG von diesem Geschehen, worauf sie A. am 27.11.2017 fristlos kündigte. Nach dem Schlichtungsverfahren ohne Einigung verlangte A. am 30.9.2016 vor Arbeitsgericht die Verurteilung der B. AG zur Zahlung des ausstehenden Lohnes bis 31.1.2016 von CHF 7'693.55, einer Entschädigung von CHF 7'327.20 (zwei Monatslöhne) aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ohne Erwähnung der fristlosen Kündigung. Mit Entscheid vom 3.7.2017 wies das Zivilgericht die Klage vollumfänglich ab. Hiergegen legte A. am 22.9.2017 Berufung ein, die das *Appellationsgericht Basel-Stadt* am 12.12.2017 aus folgenden Gründen teilweise guthiess, im Übrigen jedoch abwies.

«[...] **3.2.** Der Berufungskläger macht geltend, er habe weder gegen Ziff. 3.2 noch gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements verstossen, weil er nur einen Blick auf die zuoberst auf dem Tisch liegende Bewerbung geworfen und diese fotografiert habe [...]. Diese Rüge ist unbegründet. Gemäss Ziff. 4.3 des Einsatzreglements der Berufungsbeklagten durfte der Berufungskläger «nie Einsicht in Schriftstücke, [...], des Kunden nehmen» [...]. Da sich die Bewerbung in der Obhut der D. befand [...], handelte es sich um ein Schriftstück eines Kunden. Die Einsichtnahme in ein Schriftstück setzt nicht voraus, dass dieses behändigt oder durchgeblättert wird. Bereits indem der Berufungskläger die Bewerbung so genau anschaute, dass er erkennen konnte, dass es sich um das Dossier einer Arbeitskollegin handelte, nahm er darin Einsicht. Im Übrigen behändigte er die Bewerbung gemäss den Angaben seines Rechtsvertreters [...] sogar. Der Parteivertreter des Berufungsklägers erklärte in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wörtlich: «Er [der Berufungskläger] hat die zuoberst liegenden Akte genommen und seiner Kollegin geschickt. [...] Er hat die Akte dann wieder hingelegt, weil er eben

nicht in den Akten herumwühlen wollte» [...]. Wieder hinlegen konnte der Berufungskläger die Bewerbung aber nur, wenn er sie vorher behändigt hatte. Damit versties er klar gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements. Die Forderung, Dokumente auf einem Schreibtisch nicht so genau anzuschauen, dass deren Inhalt zur Kenntnis genommen wird, ist keineswegs realitätsfremd, sondern entspricht der Übung der Arbeitskollegen des Berufungsklägers, die auch als Zeugen einvernommen worden sind [...]. Gemäss Ziff. 3.2 des Einsatzreglements verlangte die Berufungsbeklagte vom Berufungskläger, dass er «keinerlei Informationen über Kunden, Dienste und Mitarbeitende [weitergibt]. Dies gilt insbesondere auch im Umgang mit elektronischen Medien (z.B. Bild- & Tonausnahmen, [...])» [...]. Die Information, dass sich die Bewerbung auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C. befand und gemäss der Darstellung des Berufungsklägers sogar ungeschützt zuoberst lag, betraf einen Kunden. Damit versties der Berufungskläger bereits mit dem Fotografieren der Bewerbung als solches klar gegen Ziff. 4.3 des Einsatzreglements.

3.3. Der Berufungskläger macht geltend, die Daten seien nicht an Dritte, sondern an die Dateneignerin, F., weitergegeben worden [...]. Diese Rüge ist unbegründet. Die Information, dass sich die Bewerbung auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C. befand und gemäss der Darstellung des Berufungsklägers sogar ungeschützt zuoberst lag, betraf die stellvertretende Leiterin des [Zentrums] C. und die D.. Bezüglich dieser Daten war die Arbeitskollegin des Berufungsklägers damit Dritte, auch wenn die Bewerbung als solche Personendaten von F. enthielt. Somit versties der Berufungskläger mit der Information von F. und dem Versand des Fotos an sie gegen seine Geheimhaltungspflichten gemäss der Geheimhaltungsverpflichtung, dem Gesamtarbeitsvertrag und dem Einsatzreglement. Diese Geheimhaltungspflichten sind entgegen der Darstellung des Berufungsklägers [...] keineswegs auf Geschäftsgeheimnisse beschränkt.

Gemäss Ziff. 1 der von ihm unterzeichneten Geheimhaltungsverpflichtung vom 17.12.2014 [...] verpflichtete sich der Berufungskläger, «über alle Geschäfte, Tatsachen und Verhältnisse, die [ihm] im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen der B. AG und deren Auftraggeber zur Kenntnis gelangen, gegenüber Dritten striktes Stillschweigen zu bewahren.» Gemäss Art. 27 des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags (GAV) für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen [...] sind Mitarbeitende verpflichtet, «Drittpersonen gegenüber absolute Verschwiegenheit [...] zu bewahren.» Ziff. 3.2 des Einsatzreglements [...] enthält die folgenden Bestimmungen: «Sie sehen bei Ihrer Arbeitsausführung manches, was auch für Dritte von Interesse ist. Verschwiegenheit während und ausserhalb Ihrer Dienste ist deshalb absolute Pflicht. Wir verlangen von Ihnen, dass Sie alle Firmen-, Kunden- und Dienstdaten in jedem Fall vertraulich und diskret behandeln [und] keinerlei Informationen über Kunden, Dienste und Mitarbeitende weitergeben.» Mit den Formulierungen, dass Verschwiegenheit auch während des Dienstes absolute Pflicht ist, und alle Kundendaten in jedem Fall vertraulich und diskret zu behandeln sind, wird zweifelsfrei klargestellt, dass die

Geheimhaltungspflicht auch gegenüber anderen Mitarbeitern der Berufungsbeklagten gilt, soweit die Datenbekanntgabe zur Erfüllung der Dienstpflichten nicht unerlässlich ist.

3.4. Unbegründet ist auch die Rüge, der Berufungskläger habe seine Geheimhaltungspflicht nicht verletzt, weil seine Arbeitskollegin der gleichen Geheimhaltungspflicht wie er unterlegen habe [...]. Aufgrund der zentralen Bedeutung der Vertraulichkeit sowohl für die Kunden als auch für die Berufungsbeklagte ist es offensichtlich, dass Informationen betreffend Kunden auch nicht an geheimhaltungspflichtige Arbeitskollegen weitergegeben werden dürfen, soweit dies zur Erfüllung der Dienstpflichten nicht unerlässlich ist. Die Kunden haben unabhängig davon, ob die betreffenden Personen geheimhaltungspflichtig sind oder nicht, ein schutzwürdiges Interesse, dass Informationen über sie einem möglichst kleinen Personenkreis vorbehalten bleiben. Mit jeder Weitergabe von Informationen an eine geheimhaltungspflichtige Person steigt die Gefahr, dass diese auch nicht geheimhaltungspflichtigen weiteren Personen bekannt gegeben werden. Dementsprechend stellt auch die Mitteilung an eine dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehende Person eine Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses dar, soweit sie zur Erfüllung des Auftrags bzw. des Dienstes nicht sachlich gerechtfertigt ist (vgl. *Oberholzer*, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 320 N 10 und Art. 321 N 20; *Trechsel/Vest*, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 320 N 8 und Art. 321 N 23).

3.5. Der Berufungskläger bestreitet, dass ihm die behauptete Verletzung seiner Geheimhaltungspflichten bewusst gewesen sei [...]. Aufgrund der mehrfachen klaren vertraglichen Regelungen (oben E. 3.2) musste die Verletzung dem Berufungskläger bei Anwendung minimalster Sorgfalt jedenfalls bewusst sein, auch wenn es sich bei ihm um einen juristischen Laien handelt. Selbst unter der Annahme, dass er sich der Pflichtverletzung tatsächlich nicht bewusst war, war diese Unkenntnis deshalb grobfahrlässig und damit schuldhaft. Im Übrigen setzt eine fristlose Kündigung zwar in der Regel, aber nicht notwendigerweise ein Verschulden der Gegenpartei voraus (*Staehelein*, in: Zürcher Kommentar. Der Arbeitsvertrag. Art. 330b-355, Art. 361–362 OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 337 N 5; vgl. *Emmel*, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 337 OR N 6).

3.6. Der Berufungskläger behauptet in seiner Berufung, es verstehe sich von selbst, dass seine Arbeitskollegin nur noch zu den schlechtesten Touren eingeteilt worden wäre oder sonst mit Repressalien hätte rechnen müssen, wenn der Objektbetreuer und direkte Vorgesetzte seiner Arbeitskollegin davon Kenntnis erhalten hätte. Vor solchen habe er seine Arbeitskollegin schützen wollen [...]. Dies wird von der Berufungsbeklagten bestritten [...]. [...]. Im Übrigen versteht es sich keineswegs von selbst, dass

eine Arbeitnehmerin mit Repressalien zu rechnen hat, wenn ihr Vorgesetzter erfährt, dass sie sich bei einem anderen Arbeitgeber beworben hat. [...].

3.7. Selbst wenn die Bewerbung entsprechend der Darstellung des Berufungsklägers [...] unverdeckt zuoberst auf dem Schreibtisch der stellvertretenden Leiterin des C. gelegen hätten und angenommen würde, diese habe damit gegen Art. 35 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) verstossen, wäre das Verhalten des Berufungsklägers in keiner Art und Weise gerechtfertigt gewesen. Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers umfasst auch die Kenntnis von unerlaubtem oder gar strafbarem Verhalten, soweit nicht höherrangige Interessen Dritter, der Öffentlichkeit oder des Arbeitnehmers eine Offenlegung rechtfertigen (vgl. *Emmel*, a.a.O., Art. 321a OR N 8 f.; *Rehbinder/Stöckli*, in: Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 321a N 13; *Staehelin*, in: Zürcher Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 321a N 44) oder der Arbeitnehmer zur Anzeige verpflichtet ist (vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 321a N 3). Die Rechtfertigung der Offenlegung eines Geheimnisses durch höherrangige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit setzt voraus, dass die Mitteilung des Geheimnisses verhältnismässig ist (*Emmel*, a.a.O., Art. 321a OR N 9; *Staehelin*, a.a.O., Art. 321a N 44; vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 321a N 3 und 13). Somit muss die Offenlegung zur Interessenwahrung geeignet und notwendig sein und zwischen den gewährten Interessen und den Geheimhaltungsinteressen ein vernünftiges Verhältnis bestehen (vgl. zum Verwaltungsrecht *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/ St. Gallen 2016, N 514, 522, 527 und 555 f.). Sofern dies zweckdienlich und zumutbar ist, hat sich der Arbeitnehmer deshalb zuerst an seinen Vorgesetzten oder Arbeitgeber zu wenden (vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 321a N 3; *Staehelin*, a.a.O., Art. 321a N 26). Notstandshilfe ist ebenfalls nur zulässig, wenn kein anderer Ausweg besteht (vgl. *Kessler*, in: Honsell/Vogt/ Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 52 N 13).

Wie die Berufungsbeklagte zu Recht geltend macht, hätte der Berufungskläger eine allfällige Verletzung des DSG seinem Vorgesetzten rapportieren oder der D. melden können und [...]. Dabei hätte er bei einer Rapportierung an seinen Vorgesetzten nicht erwähnen müssen, dass es sich um die Bewerbung einer Arbeitskollegin handelt, wenn er befürchtet hätte, diese damit der Gefahr von Nachteilen auszusetzen. Folglich war eine Rapportierung auch ohne Weiteres zumutbar. Mit einer Rapportierung an seinen Vorgesetzten oder einer Meldung an die D. hätte der Berufungskläger ohne Verletzung seiner Geheimhaltungspflicht dafür sorgen können, dass eine allfällige Verletzung des DSG beseitigt wird. Die Mitteilung an die Arbeitskollegin war somit klarerweise nicht erforderlich und damit unverhältnismässig. Erst recht unnötig und damit unverhältnismässig waren die Erstellung und der Versand eines Fotos. [...]

3.10. Der Berufungskläger macht unter Berufung auf *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 337 N 7, geltend, blosse Reglementsverstösse des Arbeitnehmers, die nicht auf Unredlichkeit beruhen, rechtfertigten eine fristlose Entlassung nicht [...]. Dieser Einwand ist unbegründet. Gemäss den zitierten Autoren rechtfertigen «[b]losse Reglementsverstösse des Arbeitnehmers, die auf Überforderung und nicht auf Unredlichkeit beruhen», die fristlose Entlassung nicht (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 337 N 7 S. 1113). Dass die Verletzung der Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers auf dessen Überforderung zurückzuführen gewesen sei, behauptet dieser jedoch nicht einmal. Im Übrigen handelt es sich im vorliegenden Fall ohnehin nicht um einen blossen Reglementsverstoss. Die Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers waren vielmehr zentrale vertragliche Pflichten (vgl. Art. 321a Abs. 4 OR; Art. 27 GAV [...]; Ziff. 1 der Geheimhaltungsverpflichtung vom 17.12.2014 [...]), die in Ziff. 3.2 und 4.3 des Einsatzreglements [...] bloss konkretisiert wurden.

3.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Berufungskläger mit dem Photographieren des im Büro der stellvertretenden Zentrumsleiterin liegenden vertraulichen Bewerbungsdossiers von F. und dem Versenden des Bildes an diese per WhatsApp gegen seine vertraglichen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten in gravierender Weise verstossen hat. Im Sicherheitsdienstleistungsbereich sind Vertraulichkeit und Zuverlässigkeit zentraler Bestandteil der Geschäftsbeziehung zwischen Sicherheitsdienstleister und Kunde [...]. Wie das Zivilgericht zu Recht festgehalten hat [...], stellt die Tätigkeit des Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Risiko dar. Für die Berufungsbeklagte war und ist es essentiell, dass sie sich auf ihre Mitarbeiter verlassen kann und dass diese ihre Verschwiegenheitspflichten einhalten. Unter den gegebenen Umständen erweist sich der Verstoss gegen die vertraglichen Geheimhaltungspflichten als derart schwerwiegend und vertrauenszerstörend, dass der Berufungsbeklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten war. Die Verfehlung des Berufungsklägers ist mit dem Zivilgericht als absolut schwere Vertragsverletzung einzustufen, sodass die Berufungsbeklagte berechtigt war, dem Berufungskläger fristlos zu kündigen, ohne vorher eine Verwarnung auszusprechen.

Der Berufungskläger rügt in diesem Zusammenhang, dass es andere Massnahmen als eine fristlose Kündigung gegeben hätte. Er hätte beispielsweise eine Baustelle bewachen können oder er hätte für den Verbleib der Kündigungsfrist am Autobahnzoll Vignetten verkaufen können [...]. Es ist dem Berufungskläger insofern zuzustimmen, als die fristlose Entlassung nur die unausweichlich letzte Massnahme sein soll. Sie darf deshalb nur dann ausgesprochen werden, wenn es nicht möglich ist, das in der bisherigen Form nicht weiter tragbare Arbeitsverhältnis in anderer Form oder anderenorts, etwa mittels Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder Betriebsteil, fortzusetzen (*Rehbinder/Stöckli*, in: Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, Art. 337 N 2). Wie ausgeführt stellt die Tätigkeit des

Berufungsklägers bzw. der Auftrag eines Sicherheitsangestellten ein erhöhtes Risiko dar. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht bemerkt [...], handelt es sich bei diesen Tätigkeiten um anspruchsvolle Aufgaben, die ein intaktes Vertrauensverhältnis voraussetzen. Dies gilt umso mehr, als Sicherheitsangestellte ihre Aufgaben oftmals unbeaufsichtigt ausüben bzw. Kontrollen seitens der Vorgesetzten nur stichprobenartig stattfinden. Unter derartigen Arbeitsbedingungen muss sich der Sicherheitsdienstleister absolut auf seine Mitarbeiter verlassen können und ihnen Vertrauen schenken, dass sie die ihnen zugewiesenen Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen. Die Berufungsbeklagte hatte aufgrund der Verfehlung des Berufungsklägers jegliches Vertrauen in seine Zuverlässigkeit verloren, so dass es nicht zu beanstanden ist, dass sie ihm keine andere Arbeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zugewiesen hat. Mitarbeitende der Berufungsbeklagten, die am Autobahnzoll Vignetten verkaufen, tragen hohe Werte auf sich (Gebührenmarken, Bargeld). Sie verrichten ihre Arbeit gewöhnlich unbeaufsichtigt, so dass die Berufungsbeklagte absolut darauf vertrauen können muss, dass die Mitarbeitenden sich keine Unregelmässigkeiten zu Schulden kommen lassen und sich oder Dritte bereichern. In gleicher Weise muss sie sich uneingeschränkt darauf verlassen können, dass Mitarbeiter, die zur Bewachung von Baustellen eingesetzt sind, unbefugten Dritten keinen Zutritt zum Gelände gewähren, wodurch Schäden oder Verluste (Diebstähle) entstehen könnten. Nachdem der Berufungskläger seine Vertrauensstellung als Sicherheitsangestellter schon einmal missbraucht hatte, versteht es sich von selbst, dass die Berufungsbeklagte ihn nicht anderenorts einsetzen und dadurch das Vertrauen ihrer Kunden in ihre Zuverlässigkeit und damit ihren Geschäftsruf aufs Spiel setzen wollte.

4.1. Der Berufungskläger verlangt auch eine Abänderung des Arbeitszeugnisses [...]). Der erste Satz des vierten Absatzes lautet folgendermassen: «Herr A. verlässt unser Unternehmen per 27.11.2015 aufgrund eines Verstosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens.» Gemäss dem Antrag des Berufungsklägers [...] soll dieser Satz wie folgt lauten: «Herr A. verlässt unser Unternehmen 31.1.2016 im gegenseitigen Einvernehmen.» Abgesehen davon unterscheidet sich das Zeugnis gemäss Anhang 1 in einigen weiteren Punkten vom von der Berufungsbeklagten ausgestellten. Diese wurden weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung in irgendeiner Art und Weise begründet. Insoweit ist deshalb mangels Begründung auf die Berufung nicht einzutreten.

Das Zivilgericht hat die Klage auch bezüglich der Abänderung des Arbeitszeugnisses abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die dem Berufungskläger vorgeworfene schwerwiegende Vertragsverletzung den Grund für die fristlose Kündigung darstelle, weshalb das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses und die damit zusammenhängenden Umstände gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Arbeitszeugnis erwähnt werden dürften [...]. Der Berufungskläger macht geltend, dass keine Referenzen auf die fristlose Entlassung gemacht werden dürften, da deren Erwähnung sein wirtschaftliches Fortkommen ungemein erschwere [...].

4.2. Beim Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zwischen dem Beendigungsgrund im engeren Sinn und dem Motiv für die Beendigung zu unterscheiden. Der Beendigungsgrund im engeren Sinn ist die technische Art der Beendigung wie z.B. Kündigung durch die Arbeitgeberin, Kündigung durch die Arbeitnehmerin oder Aufhebungsvertrag. Das Motiv für die Beendigung ist der Beweggrund, der zur Beendigung geführt hat (*Enzler*, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. Zürich 2012, N 149; *Janssen*, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 2. Auflage, Bern 1996, S. 118). Der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv für die Beendigung sind im qualifizierten Arbeitszeugnis aufzuführen, soweit dies für die generelle Einschätzung des Arbeitnehmers nötig ist (vgl. BGer 4C.129/2003 vom 5.9.2003 E. 6.1; *Brühwiler*, Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 330a N 2; *Emmel*, a.a.O., Art. 330a OR N 2) oder der Arbeitnehmer es verlangt (vgl. *Brühwiler*, a.a.O., Art. 330a N 2; *Emmel*, a.a.O., Art. 330a OR N 2; *Enzler*, a.a.O., N 151 und 153; *Janssen*, a.a.O., S. 118 f.). Gegen den Willen des Arbeitnehmers dürfen der Beendigungsgrund im engeren Sinn und das Motiv nur erwähnt werden, wenn ohne deren Erwähnung ein unwahres Zeugnis entstünde (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3g; vgl. *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 330a N 10). Ein einmaliger Vorfall, der für den Arbeitnehmer nicht charakteristisch ist, darf nach herrschender Lehre nicht erwähnt werden (vgl. *Enzler*, a.a.O., N 152 Fn 431; *Janssen*, a.a.O., S. 120; *Rehbinder/Stöckli*, a.a.O., Art. 330a N 6; *Staehein*, a.a.O., Art. 330a N 10). Eine abweichende Auffassung wird nur für eine ausserordentlich schwerwiegende Verletzung einer Arbeitnehmerpflicht vertreten (*Enzler*, a.a.O., N 152 Fn 431; *Janssen*, a.a.O., S. 120). Gemäss einer in der Literatur vertretenen Auffassung dürften die Voraussetzungen für die Erwähnung des Beendigungsgrunds im engeren Sinn bei einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung in der Regel erfüllt sein (*Enzler*, a.a.O., N 150; *Janssen*, a.a.O., S. 119; ohne Unterscheidung zwischen Beendigungsgrund im engeren Sinn und Motiv für die Beendigung *Streiff/ von Kaenel/Rudolph*, a.a.O., Art. 330a N 3g).

Die Verletzung der Geheimhaltungspflichten des Berufungsklägers ist zwar als besonders schwere Verfehlung im Sinn der Rechtsprechung und Lehre zur fristlosen Kündigung zu qualifizieren, nicht aber als ausserordentlich schwere Pflichtverletzung im Sinn der Lehre zum Arbeitszeugnis. Es wurde nicht behauptet, dass es während des Arbeitsverhältnisses zu weiteren Vorfällen gekommen ist oder die Verletzung der Geheimhaltungspflichten für den Berufungskläger charakteristisch ist. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass die Pflichtverletzung des Berufungsklägers Ausdruck einer Persönlichkeitsstruktur oder Einstellung ist, die sich an einer neuen Arbeitsstelle negativ auf seine Leistung oder sein Verhalten auswirken könnte. Damit sind die Verletzung der Geheimhaltungspflichten und die deswegen ausgesprochene gerechtfertigte fristlose Kündigung als einmaliger Vorfall zu qualifizieren, dessen Erwähnung weder zur generellen Einschätzung des Berufungsklägers als Arbeitnehmer noch zur Vermeidung eines unwahren Zeugnisses erforderlich ist. Folglich hat der Berufungskläger Anspruch darauf, dass sie im Arbeitszeugnis nicht erwähnt werden. Sein Antrag, im

Arbeitszeugnis sei stattdessen zu erwähnen, dass er das Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen verlassen habe, ist hingegen abzuweisen. Die Formulierung «Er verlässt uns im gegenseitigen Einvernehmen.» ist unbestreitbar nicht zutreffend. Sie ist darüber hinaus gemeinhin ein Zeugniscode dafür, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer gekündigt hat oder zumindest froh ist, dass er gegangen ist (Class, Das Arbeitszeugnis und seine Geheimcodes, 6. Auflage, Zürich 2009, S. 72; vgl. Janssen, a.a.O., S. 241). Die Verwendung von Zeugniscode, bei denen mit vordergründig neutralen oder positiven Formulierungen für Eingeweihte negative Botschaften zum Ausdruck gebracht werden, ist jedoch unzulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a N 3b und 9; vgl. Brühwiler, a.a.O., Art. 330a N 3). Folglich kann die Berufungsbeklagte nicht verpflichtet werden, die vom Berufungskläger beantragte Formulierung ins Arbeitszeugnis aufzunehmen. Aus den vorstehenden Gründen ist der zweite Teil des ersten Satzes des vierten Absatzes des von der Berufungsbeklagten ausgestellten Arbeitszeugnisses («aufgrund eines Verstosses gegen das Datenschutzgesetzes und der Geheimhaltungsverpflichtung unseres Unternehmens») ersatzlos zu streichen. [...]» (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 12.12.2017; ZB.2017.35)

10. Gleichstellungsgesetz (GIG)

10.1. und 10.2. Art. 3 ff. GIG. Klage nach GIG. Bezüglich der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist auf den Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen abzustellen, der weit zu verstehen ist und sich auch auf spezialgesetzliche Normen bezieht (E. 2). Die diskriminierende Kündigung nach Art. 3 GIG ist ein Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung mit denselben Rechtsfolgen (vgl. Art. 9 GIG; E. 3.1.). In casu wurde die Glaubhaftmachung der Diskriminierung aufgrund von Indizien (Art. 6 GIG; E. 4.3 f.) seitens der Arbeitgeberin durch wirtschaftliche und betriebsorganisatorische Kündigungsgründe widerlegt (E. 4.5.2 ff.).

Art. 336b OR. Schlichtungsgesuch als Einsprache. Das Schlichtungsgesuch genügt, wenn damit die Feststellung der Missbräuchlichkeit oder eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend gemacht wird und diese der Gegenpartei zugestellt ist (E. 3.2.).

O. war seit dem 21.3.2005 als Assistentin EDV und Buchhaltung bei der Kollektivgesellschaft X. tätig. Bis zur Geburt ihres ersten Kindes am 12.3.2013 arbeitete sie zu 100%. Nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub betrug das Pensum fortan 50%. Am 10.7.2015 kam das zweite Kind. O. befand sich sodann bis zum 9.10.2015 im bezahlten und bis zum 9.1.2016 im unbezahlten Mutterschaftsurlaub. Am 9.11.2015 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 30.4.2016. Als Kündigungsgründe gab sie am 29.12.2015 an, die Stelle sei infolge Neustrukturierung ihrer Dienste und der damit zusammenhängenden Verlegung der Bereiche Finanzen, Personal und IT von Basel nach Y. aufgehoben worden.

Nach dem Schlichtungsverfahren vor der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen Basel-Stadt ohne Einigung klagte O. am 22.12.2016 auf Verurteilung der Kollektivgesellschaft X. zur Bezahlung einer Entschädigung von CHF 21'775.00 nebst Zins zufolge diskriminierender Kündigung. Das *Arbeitsgericht Basel-Stadt* wies die Klage am 29.6.2017 ab, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **1.** Vorliegend geht es um eine zivilrechtliche Streitigkeit nach [...] dem Gleichstellungsgesetz [...]. In derartigen Streitigkeiten ist das Schlichtungsverfahren grundsätzlich fakultativ (Art. 199 Abs. 2 Bst. c [...] ZPO [...]). Die Klägerin hat von der Möglichkeit auf Schlichtung Gebrauch gemacht [...]. Da das Schlichtungsverfahren ohne Einigung der Parteien geendet hat, [...] wurde [die Klage] innert der vorgesehenen Frist von drei Monaten (Art. 209 Abs. 3 ZPO) beim Gericht eingereicht.

2. Bezüglich der Zuständigkeit ist auf den Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen abzustellen. Dieser ist grundsätzlich weit zu verstehen. Darunter fallen sämtliche Klagen über Ansprüche, die auf Regeln gründen, welche auf Arbeitsverträge anwendbar sind (Urteil 4P.18/1999 vom 22.3.1999 E. 2c, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2000 S. 390; *Hristic*, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandgesetzes, 2002, S. 119; *Gross*, in: Gerichtsstandgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Müller/Wirth [Hrsg.], 2001, Art. 24 N 29). Dazu gehören auch Klagen, die sich auf spezialgesetzliche Normen stützen, welche das einzelarbeitsvertragliche Rechtsverhältnis regeln und den Parteien zivilprozessual durchsetzbare Ansprüche geben, z.B. aus Gleichstellungsgesetz (BGE 137 III 32 E. 2.1; *Streiff/von Kaenel/ Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 2012, S. 22; Botschaft zur Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7269).[...]

3.1. Mit ihrer Klage macht die Klägerin einen Entschädigungsanspruch zufolge diskriminierender Kündigung geltend. Da die diskriminierende Kündigung im Sinne von Art. 3 GIG einen Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung darstellt und dieselben Rechtsfolgen nach sich zieht (*Kafka/Überschlag*, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2009, Art. 9 N 1), verweist Art. 9 GIG im Rahmen privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse bezüglich des Verfahrens zur Durchsetzung eines Entschädigungsanspruchs auf Art. 336b [...] OR [...]. Zur Geltendmachung einer Entschädigung muss die Gekündigte in formeller Hinsicht nach Art. 336b Abs. 1 OR bis zum Ende der Kündigungsfrist Einsprache erheben. Sodann muss die Klage innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses anhängig gemacht werden (Art. 336b Abs. 2 OR).

3.2. Das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin wurde auf den 30.4.2016 gekündigt, wobei sich die Kündigungsfrist zufolge Krankheit der Klägerin um einen Monat bis zum 31.5.2016 verlängert hat. Die Gekündigte hat mit der Einsprache zum Ausdruck zu bringen, dass sie mit der Kündigung nicht einverstanden ist (BGE 136 III 96 E. 2). Die Einsprache hat nach Art. 336b Abs. 1 OR schriftlich zu erfolgen. Bereits mit E-Mail vom 21.12.2015 [...] hat die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, dass sie davon ausgehe, dass es sich um eine unzulässige Kündigung handle, weshalb sie berechtigt wäre, die kantonale Schlichtungsbehörde für Diskriminierungsfragen anzugehen. Zwar kann die

Einsprache auch mittels E-Mail erfolgen. Dem Schriftformerfordernis ist allerdings nur Genüge getan, wenn die E-Mail entweder eine eigenhändige Unterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur nach Art. 14 Abs. 2^{bis} OR enthält (vgl. AGer ZH, Entscheide 2012, Nr. 15; AGer ZH, Entscheide 2010, Nr. 16; *Emmel*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], 2016, Art. 336b N 1; *StaeHELin*, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2014, Art. 336b N 3). Die E-Mail vom 21.12.2015 genügt diesem Erfordernis nicht. Grundsätzlich kann indes auch ein Schlichtungsgesuch (Art. 202 ZPO) oder eine Klage (Art. 221 ZPO) die Anforderungen an eine gültige Einsprache erfüllen, wenn damit die Feststellung der Missbräuchlichkeit oder eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend gemacht wird und diese der Gegenpartei zugestellt sind (*Emmel*, a.a.O., Art. 336b N 2; AGer ZH, Entscheide 2012, Nr. 14). Der eingereichten Klagebewilligung [...] lässt sich entnehmen, dass das Schlichtungsgesuch am 26.4.2016 also noch während dem laufenden Arbeitsverhältnis eingereicht worden ist. Aus dem klägerischen Rechtsbegehren ergibt sich, dass die Klägerin die Kündigung als diskriminierend erachtet und eine Entschädigung von 6 Monatslöhnen geltend macht. Damit ist das Vorliegen einer gültigen Einsprache zu bejahen.

Die Klage auf Entschädigung muss spätestens 180 Tage nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtshängig sein [...]. Vorliegend wurde das Schlichtungsverfahren am 26.4.2016 anhängig gemacht, womit auch die Frist [...] gewahrt worden ist.

4.1. Die Klägerin erachtet die Kündigung vom 9.11.2015 als diskriminierend nach Art. 3 GIG und verlangt deshalb eine Entschädigung nach Art. 5 Abs. 4 GIG im Betrag von CHF 21'775.00, was dem gesetzlich vorgesehenen Maximalbetrag von 6 Bruttomonatslöhnen entspricht.

4.1.1. Die Klägerin ist der Meinung, dass die Kündigung nicht aufgrund laufender Umstrukturierungen erfolgt sei. Stattdessen sei es am einfachsten gewesen, der-jenigen Person zu kündigen, die im Mutterschaftsurlaub und deshalb nicht da gewesen sei. Zudem habe die Klägerin nur Teilzeit gearbeitet und habe zwei kleine Kinder, was sie zu einem Unsicherheitsfaktor gemacht habe [...].

[...] **4.2.** Art. 3 Abs. 1 GIG enthält ein Diskriminierungsverbot, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden dürfen, namentlich nicht unter Berufung auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft. Gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG gilt das Verbot insbesondere auch für die Entlassung. Eine diskriminierende Kündigung kann bejaht werden, wenn eine objektive Diskriminierung vorliegt, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt (*Nordmann*, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss., 1998, S. 151). Es wird zwischen der direkten Diskriminierung und der indirekten Diskriminierung unterschieden. Die direkte Diskriminierung umfasst alle Regelungen oder Massnahmen, welche ausdrücklich nach dem Geschlecht differenzieren oder rechtlich bzw. faktisch nur ein Geschlecht betreffen (*Nordmann*, a.a.O., S. 153). So handelt es sich bei Kündigungen wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft um di-

rekte Diskriminierungen (*Freivogel*, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], 2009, Art. 3 N 65). Bei der indirekten Diskriminierung handelt es sich dagegen um eine geschlechtsneutrale Massnahme, wobei Angehörige eines Geschlechts erheblich stärker davon betroffen sind (*Nordmann*, a.a.O., S. 155).

4.3. Art. 6 GIG sieht zugunsten der Arbeitnehmerin eine Beweislast erleichterung vor, wonach unter anderem bezüglich der Entlassung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2). Wurde eine Diskriminierung im Sinne von Art. 6 GIG glaubhaft gemacht, trifft den Arbeitgeber der Beweis, dass die Kündigung sachlich gerechtfertigt war.

4.4. Die Klägerin war seit dem 21.3.2005 bei der Beklagten als Assistentin EDV und Buchhaltung am Standort Basel tätig [...]. Nach der Geburt ihres ersten Kindes reduzierte die Klägerin ihr Pensum und arbeitete fortan 50%. Zu ihren Aufgabengebieten gehörten gemäss Arbeitszeugnis [...] insbesondere der First- und Second-Level Support von Usern, die allgemeine EDV-Administration, die Koordination von externen IT-Provider und Projekten, das Durchführen von Anwendungsschulungen sowie die Bearbeitung allgemeiner Aufgaben. Ausserdem erfüllte sie verschiedene Aufgaben im Finanz- und Rechnungswesen. [...]. Am 10.7.2015 wurde die Klägerin zum zweiten Mal Mutter. Im Zeitpunkt der Kündigung am 9.11.2015 befand sich die Klägerin im unbezahlten Mutterschaftsurlaub. Zwar impliziert beispielsweise eine Kündigung direkt im Anschluss an das Ende des Mutterschaftsurlaubs nicht ipso facto eine Geschlechterdiskriminierung (BGE 4A_395/2010). Aufgrund des Umstandes, dass sich die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung im verlängerten unbezahlten Mutterschaftsurlaub befunden hat und ihre männlichen Kollegen [...], die gemäss Arbeitsvertrag ebenfalls Aufgaben im Bereich IT inne hatten, weiterbeschäftigt wurden, liegen jedoch gewisse Indizien vor, die einen Zusammenhang zwischen der Kündigung und der mutterschaftsbedingten Abwesenheit und damit eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vermuten lassen. Die Beklagte hat daher den Beweis zu erbringen, dass die Kündigung sachlich gerechtfertigt war.

[...]. **4.5.2.** Die Befragung der Zeugen hat bezüglich der Umstrukturierung im Allgemeinen [...] Folgendes ergeben: Durch den Weggang von mehreren Partnern, Associates und weiterem Personal ist es bei der Beklagten zu erheblichen Veränderungen gekommen. Einerseits ist der Bedarf nach IT-Support und sonstigen Dienstleistungen bedingt dadurch, dass weniger Arbeitsplätze vor Ort zu betreuen waren, zurückgegangen. Andererseits wurden aufgrund der neuen Grössenverhältnisse unter anderem die Abteilungen Buchhaltung und IT neu in Y. zentralisiert und angesiedelt. Damit einher ging ein Abbau von Komfort-Dienstleistungen vor Ort, sodass einfachere Arbeiten, wie

beispielsweise das Installieren eines Beamers nicht mehr wie früher von der IT, sondern von den Assistentinnen übernommen werden, welche bei Bedarf von einer helfenden Hand unterstützt werden. Der eigentliche IT-Support ist aber in Y. angesiedelt und wird auch von dort aus vorgenommen, was wegen der Virtualisierung möglich ist. Der Bedarf nach IT-Support ist aber nicht nur in Basel, sondern generell zurückgegangen. Dies ist untern anderem darauf zurückzuführen, dass die heutigen Anwender, insbesondere die Jüngeren gewisse Probleme bereits selber lösen können. So besteht auch die IT-Abteilung in Y. nur noch aus zwei Personen. Die vorumschriebene Entwicklung ist nachvollziehbar und insbesondere aus betriebsorganisatorischer Sicht verständlich.

4.6. Die Klägerin ist trotz dieser Veränderungen der Auffassung, dass die Kündigung nur ausgesprochen worden sei, weil sie im fraglichen Zeitpunkt im Mutterschaftsurlaub gewesen sei, weshalb die Kündigung diskriminierend sei. Dies zeige sich darin, dass S., der ebenfalls teilweise IT-Aufgaben innehatte, noch im August 2015 festangestellt und im Gegensatz zu ihr nicht entlassen worden sei. Ebenso wenig sei das erst im März 2015 begründete Arbeitsverhältnis mit C., welcher wie sie im IT-Bereich tätig gewesen sei, aufgelöst worden.

4.6.1. [...] Bereits der Vergleich der Arbeitsverträge von S. und der Klägerin zeigt, dass die Hauptaufgabengebiete von S. und der Klägerin nicht übereinstimmen und sich lediglich im Bereich First Level Support überschneiden. Auch die Zeugenbefragung hat ergeben, dass S. hauptsächlich im Sekretariat tätig ist. Die Klägerin war dagegen für den Bereich IT zuständig und nahm zusätzlich Aufgaben im Finanz- und Rechnungswesen wahr. [...] Auch verfügte [sie...] über spezielle Berechtigungen und ihr Aufgabengebiet ging im Bereich IT [...]. Es ist somit festzuhalten, dass die wesentlichen Aufgabengebiete von S. und der Klägerin nicht deckungsgleich sind. Hinzukommt, dass der zeitliche Aufwand der sich überschneidenden Aufgaben unregelmässig ist, sich der Zeitpunkt ihrer Verrichtung nicht planen lässt und sie auch keinem 50%-Pensum entsprechen. Es liegen somit objektive Gründe dafür vor, weshalb S. im Sommer 2015 angestellt wurde und das Arbeitsverhältnis mit ihm im vereinbarten Umfang weitergeführt wurde.

4.6.2. C. war zweimal bei der Beklagten angestellt. Das erste Mal war er vom 7.1.2013 bis 31.8.2014 für die Beklagte am Standort Basel als IT-Supporter tätig. Das zweite Arbeitsverhältnis hat am 18.3.2015 begonnen und war unbefristet. C. wurde wiederum als IT-Supporter angestellt. Anders als beim ersten Mal war der Arbeitsort aber zu 60% in Y. und zu 20% in Basel. Zum Tätigkeitsbereich gehörten gemäss dem zweiten Arbeitsvertrag [...] der First und Second Level-Support, die allgemeine EDV-Administration, die Koordination von externen IT-Providern und Projekten, das Durchführen von Anwendungsschulungen sowie allgemeine Büroarbeiten. Im Arbeitszeugnis vom 23.6.2016, welches der Klägerin ausgestellt wurde, wird der Aufgabenkreis betreffend den Bereich EDV im zweiten Absatz identisch umschrieben [...]. Vergleicht man die beiden Zeugnisse [...] miteinander, lassen sich in der detaillierten Aufgabenumschreibung ebenfalls gewisse Übereinstimmungen finden. Dem Arbeitszeugnis lässt sich zudem entnehmen, dass das zweite Arbeitsverhältnis auf Wunsch von C. auf den

31.3.2016 beendet wurde [...]. Im August 2016 hat C. den Bachelor in Wirtschaftsinformatik gemacht [...].

4.6.3. [...]. Der Weggang [siehe E. 4.5.2] auf Sommer 2014 hin [führte] dazu, dass es in Basel weniger Arbeitsplätze und dementsprechend weniger Mitarbeiter zu betreuen gab. Da nach den Abgängen in Basel Y. zum grössten Standort geworden war, wurde entschieden, die Buchhaltung und die IT in Y. zu zentralisieren und anzusiedeln. Dies hatte zur Folge, dass zunächst die Abteilung Buchhaltung am Standort Basel aufgelöst wurde. Entsprechend kamen auch die Arbeitsverhältnisse von H., der ehemaligen Leiterin Finanzen und Buchhaltung, und von K. zu einem Ende. Was den Bereich IT anbelangt, hat man im Laufe der Zeit festgesellt, dass gerade in Basel diverse Aufgaben von der IT, konkret von der Klägerin wahrgenommen wurden, bei denen es sich nicht um eigentliche IT handelt, sondern um Komfortdienstleistungen. Als Beispiele wurden das Installieren eines Beamers oder Auswechseln einer Druckerpatrone oder Behebung eines Papierstaus genannt. Derartige einfachere Arbeiten sollten fortan nicht mehr von der IT vorgenommen werden, sondern von den Assistentinnen. Für den Fall, dass die Assistentinnen ein anstehendes Problem nicht selber lösen können, sollte vor Ort eine helfende Hand zum Einsatz kommen. In Basel übernahm S. diese Funktion. Wie bereits dargelegt, fanden die von S. erbrachten Hilfeleistungen sehr unregelmässig und nur nach Bedarf statt. Der zeitliche Aufwand entspricht bei weiten nicht einem 50%-Pensum. Auch verfügt S. anders als die Klägerin über keine speziellen Berechtigungen. Hinzukommt, dass die Mitarbeiter vermehrt «fit» in IT-Fragen sind und sich selber helfen können. Zudem ist es aufgrund der heutigen Technik möglich, mittels Fernadministration standortunabhängig Support zu leisten. All diese Faktoren führten dazu, dass der Bedarf nach IT-Support am Standort Basel in erheblichem Umfang gesunken war, was letztendlich zum Wegfall der Stelle der Klägerin führte. Mangels Bedarf wurde die Stelle der Klägerin am Standort Basel auch nicht mehr besetzt. [...] Die Tatsache, dass auch die Stelle von C. nicht mehr neu besetzt wurde, zeigt, dass der Bedarf nach IT-Support nicht nur am Standort Basel nicht mehr vorhanden war, sondern eben auch am Standort Y. massiv zurückgegangen ist. Wenn aber der Bedarf generell nicht mehr vorhanden war, spielt es keine Rolle, ob die Klägerin bereit gewesen wäre, in Y. zu arbeiten oder ob der Support aufgrund der technischen Möglichkeiten auch von Basel aus hätte erbracht werden können. [...]

Es ist somit nachgewiesen, dass die Kündigung der Klägerin im November 2015 aufgrund der Umstrukturierung und dem damit verbundenen Abbau der IT und Buchhaltung in Basel erfolgt ist. Dabei handelt es sich um wirtschaftliche und betriebsorganisatorische, mithin objektive Gründe. [...]

4.7. Dem Argument, sie stelle als Mutter einen Unsicherheitsfaktor dar, ist entgegenzuhalten, dass die Klägerin bereits Mutter war und seit der Geburt ihres ersten Kindes am 12.3.2013 in einem Teilzeitpensum bei der Beklagten gearbeitet hat. In diesem Zusammenhang wurde von I. zudem ausgeführt, dass sie die Beklagte als besonders freundlich bezüglich Arbeitsbedingungen für junge und werdende Mütter wahrnimmt,

dass aktuell zwei Mitarbeiterinnen im Mutterschaftsurlaub sind, die mit einem reduzierten Pensum zurückkehren werden und dass im Assistenzbereich Assistentinnen im Jobsharing ein 100%-Pensum übernommen haben [...].

4.8. Dass der Klägerin mitgeteilt worden sei, sie müsse sich keine Sorgen über ihre Zukunft machen, wird von der Beklagten bestritten. Ob eine derartige Mitteilung effektiv erfolgt ist oder nicht, kann indes offenbleiben. Eine derartige Information stellt zunächst einmal keine Diskriminierung nach Art. 3 GIG dar und begründet für sich allein noch keine Missbräuchlichkeit (BGE 4C.234/2001 vom 10.12.2001, bestätigt in BGE 131 III 535 E. 4.2). [...]» (Entscheid des Arbeitsgerichts Basel-Stadt vom 29.6.2017; GS 2016.49)

11. Gesamtarbeitsverträge

11.1. GAV über das Gastgewerbe

Art. 21 Abs. 3 L-GAV. Buchführungs- und Beweispflicht der Arbeitgeberin über bezogene Ferientage

(siehe unter Ziffer 6.1., S. 10)

11.2. GAV privater Sicherheitsdienstleistungen

Art. 27 GAV. Offenlegung von Geheimnissen

(siehe unter Ziffer 9.3., S. 53)

12. Normalarbeitsverträge

§ 8 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS. In casu auch kein Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit nach mangels Verrichtung hauswirtschaftlicher Arbeiten (E. 7.3.1 ff.).

§ 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS, Art. 3 NAV Hauswirtschaft. Definition hauswirtschaftlicher Arbeiten bzw. Tätigkeiten. Pflegeverrichtungen an Personen sind nach beiden NAV keine hauswirtschaftlichen Arbeiten bzw. Tätigkeiten. In casu verrichtete die Arbeitnehmerin überwiegend Grundpflege gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV, die auch von Spitexorganisationen (Art. 51 lit. b KVV) erbracht werden dürfen (E. 7.3.2 f.).

Art. 19 ArG, Art. 40 ArGV1. 50% Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit. Massgebend für die Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauernder oder regelmässig wiederkehrender Sonntagsarbeit ist nicht die vertragliche Vereinbarung, sondern der Umfang der tatsächlich geleisteten Sonntagsarbeit (E. 7.2.).

B. war seit dem 20.11.2012 bei der A. AG im Bereich Pflegedienst und Hauswirtschaft angestellt. Das Arbeitsverhältnis endete infolge Kündigung der Arbeitgeberin am

31.8.2013. Nach einem Schlichtungsverfahren ohne Einigung klagte B. unter anderem auf Ausrichtung eines Lohnzuschlages für an Sonntagen in den Jahre 2012 und 2013 verrichtete Arbeiten. Am 30.10.2017 verurteilte das Arbeitsgericht Basel-Stadt die B. AG unter anderem zur Bezahlung des geltend gemachten Sonntagszuschlages. Eine von der A. AG dagegen am 8.3.2018 erhobene Beschwerde hiess das *Appellationsgericht Basel-Stadt* am 27.9.2018 bezüglich des Sonntagszuschlages gut, wobei es was folgt ausführte.

«[...] **7.1.** [...] Das Zivilgericht begründete den Lohnzuschlag damit, dass die Beschwerdegegnerin zuschlagspflichtige vorübergehende Sonntagsarbeit nach Art. 19 Abs. 3 des Arbeitsgesetzes (ArG, SR 822.11) geleistet habe [...] und dass auch der anwendbare Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt (NAV Hauspersonal BS, SG 215.700) einen Lohnzuschlag von 50% vorsehe [...].

7.2. Gemäss Art. 19 Abs. 5 ArG darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne dessen Einverständnis nicht zu Sonntagsarbeit heranziehen. Für vorübergehende Sonntagsarbeit ist dem Arbeitnehmer gemäss Art. 19 Abs. 3 ArG ein Lohnzuschlag von 50% zu bezahlen. Für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit sieht das Gesetz keinen Lohnzuschlag vor (Art. 19 Abs. 2 ArG). Vorübergehend ist Sonntagsarbeit, wenn sie bei sporadisch vorkommenden Einsätzen nicht mehr als sechs Sonntage, gesetzliche Feiertage inbegriffen, pro Betrieb und Kalenderjahr umfasst oder bei zeitlich befristeten Einsätzen von bis zu drei Monaten einen einmaligen Charakter aufweist (Art. 40 Abs. 3 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1, SR 822.111]). Dauernd und regelmässig wiederkehrend ist Sonntagsarbeit, wenn diese die in Art. 40 Abs. 3 ArGV 1 genannten Bedingungen vom zeitlichen Umfang her überschreitet (Art. 40 Abs. 4 ArGV 1).

Gemäss einem unter Geltung einer alten Fassung des ArG ergangenen Urteil des Arbeitsgerichts Zürich liegt entschädigungspflichtige Sonntagsarbeit im Sinn von Art. 19 Abs. 1 aArG vor, wenn Sonntagsarbeit vertraglich nicht vorgesehen ist, und ist gemäss Art. 19 Abs. 2 aArG keine Entschädigung geschuldet, wenn Sonntagsarbeit zum vertraglich geschuldeten Arbeitspensum gehört (Arbeitsgericht ZH, in: JAR 1988, S. 382, 383, E. 1). Entgegen der Auffassung des Zivilgerichts und der Beschwerdegegnerin ist dieses Urteil für den vorliegenden Fall jedoch nicht einschlägig, weil es vor dem Erlass der ArGV 1 ergangen ist. Gemäss dieser ist das massgebende Kriterium zur Unterscheidung zwischen zuschlagspflichtiger vorübergehender und nicht zuschlagspflichtiger dauernder oder regelmässig wiederkehrender Sonntagsarbeit nicht die vertragliche Vereinbarung, sondern der Umfang der tatsächlich geleisteten Sonntagsarbeit.

Nach den insoweit unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin arbeitete die Beschwerdegegnerin während des weniger als ein Jahr dauernden Arbeitsverhältnisses insgesamt an 19 Sonntagen [...]. Die Haushalte der Kunden können entgegen der

Auffassung der Beschwerdegegnerin [...] nicht als unterschiedliche Betriebe qualifiziert werden. Da die Beschwerdegegnerin Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin und nicht der Kunden war, erfolgten alle Einsätze im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses im Betrieb der Beschwerdeführerin. Damit leistete die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 40 Abs. 3 und 4 ArGV 1 dauernde oder regelmässige Sonntagsarbeit im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ArG. Die Zusprechung eines Lohnzuschlags nach Art. 19 Abs. 3 ArG ist daher ausgeschlossen.

7.3.1. Gemäss § 8 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS bemisst sich der auf Arbeit an Sonntagen zu entrichtende Lohn nach dem Bruttolohn und einem Zuschlag von mindestens 50%. Die Bestimmungen des NAV Hauspersonal BS finden Anwendung auf die im Kanton Basel-Stadt bestehenden «Arbeitsverhältnisse zwischen Personen, die ausschliesslich oder überwiegend hauswirtschaftliche Arbeiten in einem privaten Haushalt [...] verrichten [...], und Arbeitgebern [...]» (§ 1 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS).

7.3.2. Das Zivilgericht erwog, dass der Begriff «hauswirtschaftliche Arbeiten» sich in systematischer Auslegung aus der eidgenössischen Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft, SR 221.215.329.4) erschliesse. Dieser finde ebenfalls auf Arbeitsverhältnisse betreffend hauswirtschaftliche Tätigkeiten in einem Privathaushalt Anwendung (Art. 2 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft) und setze hierfür die Mindestlöhne fest, während für die übrigen Arbeitsbedingungen weiterhin die kantonalen NAV Geltung beanspruchen würden. Beide NAV seien daher einheitlich auszulegen. Nach Art. 3 lit. e und f NAV Hauswirtschaft gälten als hauswirtschaftliche Tätigkeiten insbesondere auch die Mithilfe bei der Betreuung von Betagten und Kranken sowie deren Unterstützung in der Alltagsbewältigung. Darunter seien auch die Pflegeverrichtungen der Beschwerdegegnerin als ungelernete Pflegerin und Betreuerin zu subsumieren [...].

7.3.3. Als «hauswirtschaftliche Arbeiten» gemäss NAV Hauspersonal BS gelten insbesondere Reinigung des Haushalts, Besorgung der Wäsche, allgemeine Pflege des Haushalts und Kochen (§ 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS). Als «hauswirtschaftliche Tätigkeiten» gemäss NAV Hauswirtschaft gelten Arbeiten, die der allgemeinen Pflege des Haushalts dienen, insbesondere Reinigungsarbeiten (lit. a), Besorgung der Wäsche (lit. b), Einkaufen (lit. c), Kochen (lit. d), Mithilfe bei der Betreuung von Kindern, Betagten und Kranken (lit. e) sowie Unterstützung von Betagten und Kranken in der Alltagsbewältigung (lit. f) (Art. 3 NAV Hauswirtschaft). Die Beschwerdegegnerin nahm gemäss der Feststellung des Zivilgerichts «Pflegeverrichtungen» vor [...]. Diese Tätigkeit fällt nicht unter § 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS, weil dieser nur die allgemeine Pflege des Haushalts, nicht aber die Pflege von Personen erfasst. Die Tätigkeit fällt aber auch nicht unter Art. 3 NAV Hauswirtschaft, weil hauswirtschaftliche Tätigkeiten nach dieser Bestimmung nur die Betreuung und Unterstützung von Personen, nicht aber deren Pflege erfassen. Zudem qualifiziert Art. 3 lit. e NAV Hauswirtschaft nur die Mithilfe bei der Betreuung von Personen als hauswirtschaftliche Tätigkeit. Dass die

Beschwerdegegnerin nur anderen Personen bei der Pflege oder Betreuung der Kunden geholfen hätte, ist im zivilgerichtlichen Verfahren aber weder behauptet noch vom Zivilgericht festgestellt worden. Auch aus diesem Grund ist eine Subsumtion der Tätigkeit der Beschwerdegegnerin unter Art. 3 NAV Hauswirtschaft ausgeschlossen.

Schliesslich war die Beschwerdegegnerin gemäss Arbeitsvertrag bei der Beschwerdeführerin als «Mitarbeiterin im Bereich Pflegedienst und Hauswirtschaft» angestellt [...]. Gemäss der Beschwerdeführerin verrichtete die Beschwerdegegnerin hauptsächlich pflegerische und nur selten, nach Rücksprache mit ihrer Vorgesetzten hauswirtschaftliche Tätigkeiten [...]. Für die Richtigkeit dieser Behauptung spricht das von der Beschwerdegegnerin selber zusammen mit dem Arbeitsvertrag eingereichte Merkblatt Mitarbeiterorientierung vom 27.5.2013 [...]. Gemäss diesem ist die Beschwerdeführerin schwergewichtig auf pflegerische Tätigkeiten spezialisiert und haben die Mitarbeitenden andere Aufgaben wie z.B. Kochen, Einkaufen, Begleitung zur Post oder Bank nur in Absprache [...] auszuführen. Die von der Beschwerdegegnerin in der Replik aufgestellte Behauptung, sie habe keine pflegerischen, sondern hauswirtschaftliche Tätigkeiten vorgenommen [...], steht in Widerspruch zu ihren eigenen Angaben in der Klage, sie habe in der «Betreuung und Pflege von älteren und betagten Personen» gearbeitet [...]. Zudem verfügte die Klägerin über das Zertifikat Pflegehelferin SRK [...]. Gemäss der Beschwerdeführerin war die Beschwerdegegnerin aufgrund dieses Zertifikats befugt, die notwendigen Pfl egetätigkeiten bei den ihr zugeteilten Kunden vorzunehmen [...]. Dies wird durch das als Beweismittel eingereichte Zertifikat bestätigt. Gemäss diesem nehmen Pflegehelferinnen SRK insbesondere in den Kompetenzbereichen Pflege und Betreuung (Grundlagen zur Pflege und Betreuung, sich sauber halten und kleiden, sich bewegen, ausscheiden, amten, Herz-Kreislauf, Körpertemperatur, sich als Mann oder Frau fühlen [Sexualität], kommunizieren mit Menschen mit Kommunikationseinschränkungen, ruhen und schlafen) Aufgaben wahr [...].

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Begriff der Pflege sei in Art. 7 der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV, SR 832.112.31) definiert [...]. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KLV sind Massnahmen der Grundpflege allgemeine Grundpflege bei Patienten, welche die Tätigkeiten nicht selber ausführen können, wie Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen; betten, lagern; Bewegungsübungen, mobilisieren; Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken sowie Massnahmen zur Überwachung und Unterstützung psychisch kranker Personen in der grundlegenden Alltagsbewältigung. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, sie habe keine Massnahmen der Grundpflege vornehmen dürfen, weil die Beschwerdeführerin solche nur durch Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner im Sinn von Art. 49 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV, SR 832.102) erbringen lassen dürfe [...]. Dies ist unrichtig. Die erwähnten Leis-

tungen dürfen gemäss Art. 7 Abs. 1 KLV nicht nur von Pflegefachfrauen und Pflegefachmännern im Sinn von Art. 49 KVV (lit. a), sondern auch von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause im Sinn von Art. 51 KVV (lit. b), d.h. Spitex Organisationen, erbracht werden. Die Zulassung von Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause setzt gemäss Art. 51 lit. c KVV zwar voraus, dass sie über das erforderliche Fachpersonal verfügen, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat. Dass es sich dabei um Pflegefachfrauen oder Pflegefachmänner handeln müsste und das Zertifikat Pflegehelfer/-in SRK zumindest für gewisse Massnahmen der Grundpflege nicht genügen würde, kann der Verordnung aber nicht entnommen werden. Damit ist davon auszugehen, dass die Arbeit der Beschwerdegegnerin überwiegend Massnahmen der Grundpflege im Sinn der KLV und damit pflegerische Tätigkeiten im Sinn des Bundesrechts zum Gegenstand gehabt hat. Solche Arbeiten können nicht als hauswirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert werden.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin weder überwiegend «hauswirtschaftliche Arbeiten» im Sinn von Art. 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS noch überwiegend «hauswirtschaftliche Tätigkeiten» im Sinn von Art. 3 NAV Hauswirtschaft verrichtet hat. Folglich ist der NAV Hauspersonal BS gemäss dessen § 1 Abs. 1 selbst dann nicht anwendbar, wenn über die in § 2 Abs. 2 NAV Hauspersonal BS genannten Tätigkeiten auch alle hauswirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinn von Art. 3 NAV Hauswirtschaft als hauswirtschaftliche Arbeiten im Sinn des NAV Hauspersonal BS qualifiziert werden. Die Frage, ob der im NAV Hauspersonal BS verwendete Begriff der hauswirtschaftlichen Arbeiten gleich auszulegen ist wie der im NAV Hauswirtschaft verwendete Begriff der hauswirtschaftlichen Tätigkeiten, kann deshalb offenbleiben.

7.3.4. Mangels Anwendbarkeit des NAV Hauspersonal BS kann ein Anspruch der Beschwerdegegnerin auf einen Lohnzuschlag für Sonntagsarbeit entgegen der Auffassung des Zivilgerichts auch nicht aus § 8 Abs. 1 NAV Hauspersonal BS abgeleitet werden. Folglich ist die Klage im Umfang des Lohnzuschlags für Sonntagsarbeit abzuweisen. [...]» (Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 27.9.2018; ZB.2018.11)

13. Arbeitsgesetz

Art. 19 ArG, Art. 40 ArGV1. 50% Lohnzuschlag für vorübergehende Sonntagsarbeit

(siehe unter Ziffer 12., S. 67)