

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT  
BASEL-STADT**

**BERICHT**

**ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2000 BIS 2002**

Vorsitz im Jahre 2000: Dr. G. Bruni, Zivilgerichtspräsident

Vorsitz im Jahre 2001: Dr. U. Engler, Zivilgerichtspräsident (bis 31.10.)  
Dr. St. Wullschleger, Zivilgerichtspräsident (ab 1.11.)

Vorsitz im Jahre 2002: Dr. St. Wullschleger, Zivilgerichtspräsident

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Oktober 2003

**Inhaltsübersicht**

Seite

<b>A.</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>B.</b>	<b>Neuerungen im Verfahren</b>	
1.	Gerichtsstandsgesetz (GestG).....	1
2.	Neue Streitwertgrenze (Art. 343 Abs. 2 OR) .....	2
3.	Zulassung der Advokaten / Advokatinnen vor Gewerblichem Schiedsgericht.....	3
<b>C.</b>	<b>Teilklagen vor Gewerblichem Schiedsgericht .....</b>	<b>5</b>
<b>D.</b>	<b>Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen .....</b>	<b>6</b>
<b>1.</b>	<b><u>Prozessrechtliche Fragen</u></b>	
1.1.	<b>Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts (§ 4 Abs. 1 GOG)</b> Arbeitsvertrag zwischen Ehegatten? .....	6
1.2.	<b>Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)</b>	
1.2.1.	Nichtbestreitung einer Prozessbehauptung als Anerkennung? .....	8
1.2.2.	Pflicht zur Suche nach Irrtümern in den Rechtsbegehren? .....	8
<b>2.</b>	<b><u>Materiellrechtliche Fragen nach OR</u></b>	
2.1.	<b>Geleistete Arbeitszeit (Art. 319 OR)</b>	
2.1.1.	Genehmigung durch Unterzeichnung einer Arbeitszeitkontrolle? .....	9
2.1.2.	Anforderungen an Beweis durch den Arbeitnehmer.....	11

2.2.	<b>Vertragsänderung (Art. 320 / Art. 322 OR):</b> Konkludente Lohnreduktion? .....	12
2.3.	<b>Überstunden (Art. 321c OR):</b> Präsenzzeit als Überstunden? .....	13
2.4.	<b>Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR)</b>	
2.4.1.	Haftung für einen unsachgemäss behobenen Carrosserieschaden? .....	16
2.4.2.	Zum Haftungsausmass für Schaden infolge Schlüsselverlust.....	18
2.4.3.	Grössere Arbeitsbelastung als Vermögensschaden? .....	20
2.5.	<b>Gratifikation (Art. 322d OR)</b>	
2.5.1.	Gratifikationsanspruch zufolge Gleichbehandlung? .....	22
2.5.2.	Möglichkeiten der Anspruchsbegründung .....	27
2.6.	<b>Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)</b>	
	Lohnanspruch für ausfallende Arbeitsstunden .....	32
2.7.	<b>Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (Art. 324a OR)</b>	
2.7.1.	Lohnfortzahlungspflicht neben Schadenersatzanspruch .....	34
2.7.2.	Lohnfortzahlungspflicht bei vorbestehendem Leiden? .....	36
2.7.3.	Haftung bei nicht rechtzeitigem Abschluss der Krankentaggeldversicherung.....	37
2.7.4.	Lohnfortzahlungspflicht während Freistellung bei auf Arbeitsplatz beschränkter Arbeitsunfähigkeit?.....	39
2.7.5.	Anspruch auf Krankentaggelder über das Kündigungsende hinaus? .....	39
2.7.6.	Vertraglich vereinbarte Lohnfortzahlung über das Kündigungsende hinaus? .....	39
2.8.	<b>Persönlichkeits- und Datenschutz (Art. 328 / Art. 328b OR)</b> .....	39
2.9.	<b>Ferienbezug bei Freistellung (Art. 329c / Art. 329d OR)</b>	
2.9.1.	Angemessene Vorbereitungszeit und Bezug von Ferien.....	41
2.9.2.	Arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit als Hindernis zum Ferienbezug? .....	43

2.10.	<b>Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)</b>	
2.10.1.1.	Kündigung vor Stellenantritt.....	45
2.10.1.2.	Probezeit für jeden von mehreren Temporäreinsätzen? .....	48
2.10.2.	<u>Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)</u>	
2.10.2.1.	Wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist? .....	49
2.10.2.2.	Nach berechtigtem Verlangen von Lohnabrechnungen .....	51
2.10.2.3.	Drei Monatslöhne als Ausgangswert bei Entschädigungsbemessung (Praxisänderung) .....	51
2.10.2.4.	Anforderungen an gültige Einsprache .....	51
2.10.3.	<u>Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR)</u> Mehrere Sperrfristen bei zeitlich parallel zueinander auftretenden Gründen?.....	52
2.10.4.	<u>Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR): Voraussetzungen</u> .....	55
2.10.4.1.	Fälle gerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber	
2.10.4.1.1.	Schwedenkuss eines Möbelpackers.....	57
2.10.4.1.2.	Erschlichener unbezahlter Urlaub zur Konkurrenzierung.....	58
2.10.4.1.3.	Filialleiter, der Arbeitgeber bei Lieferanten in Misskredit bringt.....	59
2.10.4.1.4.	Nicht erlaubte Geldentnahme durch Filialleiterin .....	61
2.10.4.2.	Fälle ungerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber	
2.10.4.2.1.	Drohung mit Ohrfeige gegen Vorgesetzte.....	64
2.10.4.2.2.	Mutwilliges Zerstören der Schutzscheibe einer Maschine.....	65
2.10.4.2.3.	Absenz bei sich widersprechenden Arztzeugnissen.....	66
2.10.4.3.	Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR)	
2.10.4.3.1.	Zusprechung eines Monatslohnes bei an sich höherem Anspruch.....	69
2.10.4.3.2.	Zusprechung eines Monatslohnes bei provozierte Kündigung .....	69
2.10.4.3.3.	Abs. 3 als echte Kann-Vorschrift (Praxis des Appellationsgerichts) .....	69
2.10.4.3.4.	Entschädigung als Regel (Praxis des Bundesgerichts).....	72
2.10.4.3.5.	Drei Monatslöhne als Ausgangswert bei der Bemessung (Praxisänderung).....	73

2.11.	<b>Abgangsentschädigung (Art. 339b ff. OR)</b>	
2.11.1.	Auslegung einer Vertragsabrede über die Entschädigungshöhe .....	78
2.11.2.	Abzugsfähige Prämienbefreiungen?.....	78
2.12.	<b>Dienstaltersgeschenk:</b> Anspruch auf Freitage trotz Ausscheidens?.....	79
2.13.	<b>Heimarbeitungsvertrag (Art. 351 ff. OR)</b>	
2.13.1.	Schrifterfordernis für Lohn und Vorgabezeit.....	79
2.13.2.	Ungenügende Arbeitsqualität als Grund zur Arbeitsreduktion? .....	79
2.13.3.	Schadenersatz bzw. Verbesserung bei Arbeitsmängeln? .....	79
<b>3.</b>	<b><u>Gleichstellungsgesetz (GIG)</u></b>	
3.1.	Frist für Entschädigungsklage bei Diskriminierung bzgl. Pensionierungsalter .....	81
3.2.	Zum Fristbeginn für Klage nach Scheitern des Schlichtungsverfahrens.....	81
3.3.	Zwei Monatslöhne als Entschädigung bei diskriminierender Pensionierungsregelung .....	82
3.4.	Benachteiligung wegen des Zivilstands als relevante Diskriminierung? .....	86
<b>E.</b>	<b>Statistiken der Berichtsjahre 2000 bis 2002 .....</b>	<b>88</b>

## **A. Einleitung**

In den Berichtsjahren 2000, 2001 und 2002 wurden 364, 443 bzw. 441 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 135, 167 bzw. 193 durch Urteil. Die durch Vergleich oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2000 42,6 %, im Jahre 2001 25,7 % und im Jahre 2002 36,7 %. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und von diesem erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 88). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO im Jahre 2000 in acht, im Jahre 2001 in dreissig und im Jahre 2002 in sechsundzwanzig Fällen Beschwerde an das Appellationsgericht erhoben, wovon zwei bzw. vier bzw. zwei Beschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen wurden.

## **B. Neuerungen im Verfahren**

### **1. Gerichtsstandsgesetz (GestG)**

Am 1. Januar 2001 ist das neu geschaffene Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG, SR 272) in Kraft getreten. Unter anderem wird darin die örtliche Zuständigkeit der schweizerischen Zivilgerichte bei der Beurteilung von Klagen über Forderungen aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen geregelt. Dadurch wurde die bisher geltende Regelung in Art. 343 Abs. 1 Obligationenrecht (OR, SR 220) abgelöst. Zur Erinnerung: bis dahin galt für alle Streitigkeiten aus einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis wahlweise der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten oder des Ortes des Betriebs oder Haushalts, für den der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin (im Folgenden einfach: Arbeitnehmer) Arbeit leistet bzw. geleistet hat. Auslegungsbedürftig war der Begriff des Betriebs. Dieser setzte feste Einrichtungen voraus, die der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin (im Folgenden einfach: Arbeitgeber) auf längere Zeit und an einem bestimmten Ort angelegt hat (BGE 127/2001 III 203 ff.). Umstritten war dabei etwa die Entscheidung des Gewerblichen Schiedsgerichts, das einem Messestand an der MUBA Betriebsqualität zugestanden hat (BJM 1975 S. 226 f.). Unter dem Gerichtsstandsgesetz ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort zuständig, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 24 Abs. 1 GestG). Daneben gilt für Klagen aus dem Betrieb einer Niederlassung oder Zweigniederlassung auch der Gerichtsstand an deren Ort (Art. 5 GestG; BGE 129/2003 III 31 ff.). Der Gesetzgeber hat damit für Arbeitsverhältnisse,

die einen relevanten Bezug nur zur Schweiz haben (sog. Binnensachverhalte) eine Regelung gewählt, wie sie auch im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Art. 115 Abs. 1 iVm 112 Ab. 2 IPRG, SR 291) und im Lugano-Übereinkommen (Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Nr. 1 iVm Nr. 5 LugÜ, SR 0.275.11) für Arbeitsverhältnisse vorgesehen ist, die relevante Berührungspunkte über die Schweiz hinaus auch zu anderen Ländern haben (sog. internationale Sachverhalte). Der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers wird sich regelmässig dort befinden, wo der Arbeitgeber seinen Betrieb führt. Er verlangt jedoch keine festen Einrichtungen, die der Arbeitgeber zudem auf längere Zeit und an einem bestimmten Ort angelegt hat. Ferner sieht das Gerichtsstandsgesetz vor, dass für Klagen einer stellensuchenden Person oder eines Arbeitnehmers, die sich auf das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG; SR 823.11) stützen – also aus Arbeitsvermittlung oder aus Personalverleih – zusätzlich zu den Gerichtsständen nach Art. 24 Abs. 1 GestG auch das Gericht am Ort der Geschäftsniederlassung der vermittelnden oder verleihenden Person, mit welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, örtlich zuständig ist (Art. 24 Abs. 2 GestG). Allerdings handelt es sich bei einer Klage aus Arbeitsvermittlung, deren rechtliche Grundlage ein Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder ein auftragsähnlicher Vertrag ist, nicht um eine solche, für die das Gewerbliche Schiedsgericht, das lediglich Klagen aus (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnissen beurteilt, sachlich zuständig wäre (§ 4 Abs. 1 Gerichtsorganisationsgesetz, GOG, SG 154.100). Bei Arbeitnehmern, die vorübergehend an einen anderen als ihren gewöhnlichen Arbeitsort entsandt werden, ist zusätzlich zu den Gerichten nach Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 GestG auch jenes am Entsendeort kompetent, soweit mit der Klage Ansprüche aus der Zeit der Entsendung geltend gemacht werden (Art. 24 Abs. 3 GestG). Das Gerichtsstandsgesetz bestimmt weiter, dass die stellensuchende oder arbeitnehmende Person auf die Gerichtsstände nach Art. 24 GestG weder zum voraus noch durch (blosse stillschweigende) Einlassung verzichten kann (Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG). Vorbehalten bleibt hingegen der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung, nachdem die Streitigkeit, die vor Gericht ausgetragen werden soll, entstanden ist (Art. 21 Abs. 2 GestG). Diese Regelung deckt sich übrigens mit jener des LugÜ (Art. 17 Abs. 5). Nach IPRG hingegen ist eine Gerichtsstandsvereinbarung auch für einen erst künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis zulässig (Art. 5 Abs. 1 IPRG). Nur dort, wo einer Partei ein Gerichtsstand nach schweizerischem Recht missbräuchlich entzogen wird, ist sie unwirksam (Art. 5 Abs. 2 IPRG).

## **2. Neue Streitwertgrenze (Art. 343 Abs. 2 OR)**

Seit dem 1. Juni 2001 haben die Kantone für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- (bisher: Fr. 20'000.--) ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vorzusehen (Art. 343 Abs. 2 und 3 OR). Die Erhöhung auf Fr. 30'000.-- wurde damit begründet, dass Arbeitnehmer, die eigentlich höhere Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber als Fr. 20'000.-- hätten, diese bei der gerichtlichen Geltendmachung jedoch oft herabsetzten, um von der garantierten Kostenlosigkeit des Verfahrens profitieren zu können. Zu-

dem sei die Teuerung seit der letzten Anpassung um mehr als 25 % gestiegen. Der diese Teuerung überschreitende Betrag sei im Sinne einer Vorgabe für die nachfolgenden Jahre zu verstehen (Bundesblatt, BBl, 2000 S. 3475 ff. und S. 4859 ff.). Die entsprechende kantonale Vorschrift über die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts bis zu diesem Streitwert ist am 10. Dezember 2001 in Kraft getreten (§ 4 Abs. 1 GOG).

### **3. Zulassung der Advokaten und Advokatinnen vor Gewerblichem Schiedsgericht (§ 216 ZPO)**

Am 10. Dezember 2001 ist auch die revidierte Fassung von § 216 der Zivilprozessordnung (ZPO, SG 221.100) in Kraft getreten. Seither sind die bisherigen Absätze 2 und 3 dieser Vorschrift gestrichen. Bisher durften sich die Parteien vor dem Gewerblichen Schiedsgericht grundsätzlich nur auf begründetes Gesuch hin und, falls bestimmte Umstände vorlagen, vertreten bzw. verbeiständen lassen, namentlich wenn eine Partei nachweisbar infolge besonderer persönlicher Verhältnisse wie etwa Krankheit oder Unerfahrenheit der Vertretung bedurfte (§ 216 Abs. 2 lit. a aZPO). Die bisherige Regelung war vor allem von den Advokaten und Advokatinnen seit vielen Jahren angefochten. Die neue Regelung in § 216 ZPO hat diese Einschränkung nun beseitigt. Weiterhin gilt jedoch, dass die Parteien zu den Gerichtssitzungen in der Regel persönlich zu erscheinen haben (§ 216 Abs. 1 ZPO). Das Gewerbliche Schiedsgericht will sich denn auch aus der Schilderung des Rechtsstreits der daran direkt Beteiligten ein unmittelbares Bild machen können. Aus diesem Grund können sich die Parteien vor Gericht grundsätzlich nicht einfach durch eine Drittperson im eigentlichen Sinne vertreten, sondern lediglich zu ihrer Unterstützung durch eine solche begleiten lassen. Dabei gilt hier wie auch in anderen Verfahren vor Zivilgericht, dass die gewerbsmässige Vertretung und Verbeiständung den Advokaten und Advokatinnen vorbehalten ist. Ihnen gleichgestellt werden praxisgemäss im Sinne des bisherigen § 216 Abs. 2 lit. c ZPO Sekretäre von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden. Falls eine Partei am Erscheinen vor Gericht verhindert ist, hat sie nach wie vor vorgängig zur Verhandlung ein schriftliches Gesuch um Dispensation zu stellen. Für die im Handelsregister eingetragenen Firmen hat weiterhin eine für die Firma einzeln oder kollektiv zeichnungsberechtigte Person zu erscheinen. Der Arbeitgeber kann sich ferner durch einen gehörig bevollmächtigten Angestellten vertreten lassen, der Vorgesetzter der Gegenpartei oder mit der Streitsache aus eigener Wahrnehmung vertraut ist (§ 216 Abs. 1 ZPO).

Im Zuge der Zulassung der Advokaten und Advokatinnen wurde weiter auch die Vorschrift über die Parteientschädigung neu gefasst. Bisher konnten die Kosten einer Vertretung oder Verbeiständung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht der Gegenpartei nicht überbunden werden. Vorbehalten blieb ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen (§ 216 Abs. 4 aZPO). Neu ist, dass nach § 216 Abs. 2 ZPO der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach den Bestimmungen von § 172 ZPO zuzusprechen ist, wobei ebenfalls ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen vorbehalten bleibt. Nach

§ 172 ZPO richtet sich die Verteilung der ausserordentlichen Kosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, das heisst in dem Masse, in dem die Parteien mit ihren Anträgen obsiegen oder unterliegen. Das Gewerbliche Schiedsgericht legt die § 216 Abs. 2 iVm § 172 ZPO allerdings in dem Sinne aus, dass grundsätzlich jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten trägt. Parteientschädigungen werden erst dann zugesprochen, wenn die im Prozess unterliegende Partei trotz hinreichender Kenntnis der Sach- und Rechtslage, wie sie einerseits von der obsiegenden Partei schon vor Klageanhebung ihr gegenüber geltend gemacht wurde und wie sie andererseits schliesslich auch dem Urteil durch das Gericht zugrundegelegt wurde, den Prozess riskiert hat, ohne dass hierfür selbst aus der Sicht eines juristischen Laien achtenswerte Gründe bestanden haben.

Bei seiner Auslegung geht das Gewerbliche Schiedsgericht davon aus, dass alle Personen, die arbeitsrechtliche Forderungen stellen, unabhängig von ihren finanziellen Mitteln den gleichen Zugang zum Recht haben sollten. Die Aussicht, mit Gerichtskosten konfrontiert zu werden, stellt insbesondere für die schwächere Partei ein ernstzunehmendes Hindernis bei der Rechtsdurchsetzung dar (BBl 2000 S. 3478). In Art. 343 Abs. 3 OR hat der Bundesgesetzgeber die Kostenlosigkeit nur für die Gerichtskosten vorgeschrieben. Die Verlegung der Parteikosten in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist hingegen Sache der Kantone ist, solange noch keine eidgenössische Zivilprozessordnung existiert. Die gleichen Überlegungen wie zu den Gerichtskosten gelten jedoch um so mehr für die Parteikosten, weil diese die ersteren regelmässig in ihrer Höhe übersteigen. Härtefälle können dabei zwar über die unentgeltliche Prozessführung gelöst werden. Voraussetzung dafür sind jedoch knappe finanzielle Verhältnisse des Antragstellers, wie sie häufig nicht gegeben sind (vgl. BBl 2000 S. 4861). In diesen Fällen ist ein ungehinderter Zugang zum Gewerblichen Schiedsgericht sowohl für die Arbeitnehmer als auch für die Arbeitgeber am ehesten gewährleistet, wenn jede Partei von vornherein grundsätzlich nur mit der Tragung der eigenen Parteikosten rechnen muss. Zudem zeigt die Statistik, dass von den durch das Gewerbliche Schiedsgericht in den Jahren 2000 bis 2002 durch Urteil erledigten Klagen durchschnittlich 60 % teilweise gutgeheissen und durchschnittlich je 20 % entweder ganz gutgeheissen oder vollständig abgewiesen wurden. Es ergibt sich daraus, dass die Arbeitnehmer (regelmässig als Kläger) und die Arbeitgeber (ebenso regelmässig als Beklagte) mit ihren Rechtsstandpunkten vor Gericht in etwa ausgeglichen erfolgreich sind. Dabei nehmen die teilweise gutgeheissenen bzw. abgewiesenen Klagen die klare Mehrheit ein. In diesen Fällen können in entgeltlichen Verfahren vor Zivilgericht die ausserordentlichen Kosten (ausnahmsweise) ebenfalls wettgeschlagen werden. Das Appellationsgericht hat die vom Gewerblichen Schiedsgericht vertretene Auslegung noch nie als solche aufgrund einer Beschwerde beurteilen müssen. Aus mehreren Entscheiden ergibt sich, dass sich das Appellationsgericht für die Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren zwar mehr am Wortlaut von § 216 Abs. 2 ZPO orientiert, dabei aber ebenfalls den Billigkeitserwägungen einen weiten Anwendungsraum einräumt (AGE vom 19.11.2002 in Sachen S. gegen Gemeindespital R.; AGE vom 16.12.2002 in Sachen B.T. gegen R.T; AGE vom 28.2.2003 in Sachen Z. gegen C. AG; AGE vom 28.2.2003 in Sachen S. gegen C. AG; AGE vom 11.6.2003 in Sachen S. AG gegen S.).

## C. Teilklagen vor Gewerblichem Schiedsgericht

Im Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht werden die meisten Fragen der Parteien zur Möglichkeit der Erhebung von Teilklagen gestellt. Im Unterschied zu den Zivilgerichten, namentlich Arbeitsgerichten, anderer Kantone sind in Basel-Stadt neben den unechten Teilklagen auch echte zugelassen (vgl. Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 343 OR N. 7, S. 474 f.). Bei den ersten handelt es um Klagen über individualisierbare Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis. Individualisierbar sind beispielsweise Forderungen, die zeitlich hintereinander entstehen und fällig werden, wie dies auf die fortlaufenden Monatslöhne im einem Arbeitsverhältnis zutrifft (Peter Goepfert, Die Teilklage nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, in: BJM 1958 S. 139 f.). Bei den echten Teilklagen hingegen fehlt diese Individualisierbarkeit der Ansprüche. Wer als Arbeitnehmer nur einen Teil des Lohnes als Schadenersatzforderung einklagt, der ihm bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zugestanden wäre, durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Arbeitgebers aber genommen wurde, verlangt den Teil eines zusammen gehörenden Ganzen und damit einen echten Teil. Ebenso zu beurteilen sind die Klagen über verschiedene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die zusammengerechnet eine bestimmte Summe, meistens von über Fr. 30'000.--, ergeben. Daraus wird vorerst nur ein Teil, der maximal Fr. 30'000.-- beträgt, unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Mehrforderung eingeklagt. Dabei lässt sich dieser eingeklagte Teil keinem der betreffenden Ansprüche eindeutig zuordnen, weshalb die Teilforderung und die Mehrforderung nicht individualisierbar sind. Während die unechten Teilklagen wie gewöhnliche Klagen behandelt werden (BJM 1987 S. 234 ff.), braucht sich die beklagte Partei auf eine echte Teilklage bei Gesamtansprüchen der Klagpartei von in diesen Fällen in der Regel über Fr. 30'000.-- nicht einzulassen. Sie hat vielmehr Anspruch darauf, dass alles auf einmal beurteilt wird. Andernfalls muss sie damit rechnen, dass sie allenfalls in einen oder mehrere weitere Prozesse durch die Klagpartei verwickelt wird. Andererseits kann es aber auch in ihrem Interesse stehen, dass eine Teilklage über ihres Erachtens ungerechtfertigte Forderungen in einem raschen und kostengünstigen Verfahren beurteilt wird. Falls sich die beklagte Partei auf eine echte Teilklage jedoch nicht einlassen will, hat sie dies dem Gewerblichen Schiedsgericht zur Kenntnis zu bringen, und zwar bevor sie sich auf den Prozess einlässt. Daraufhin wird sich die Klagpartei darüber äussern müssen, ob sie an ihrer Mehrforderung festhält oder aber die eingeklagten Ansprüche definitiv auf maximal Fr. 30'000.-- reduziert, womit die Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts erhalten bleibt. Hält sie an der Mehrforderung fest, so liegt der Ball nun bei der beklagten Partei, die innert einer ihrer vom Instruktionsrichter zu setzenden - regelmässig einmonatigen und nur einmal um die gleiche Dauer erstreckbaren - Frist die sog. negative Feststellungswiderklage beim Zivilgericht zu erheben hat. Da mit dieser Wider-

klage die Feststellung der Nichtexistenz dessen beantragt wird, was in der Klage verlangt und vorbehalten wird, handelt es sich mit jeweils umgekehrten Vorzeichen um ein- und dasselbe. Deshalb folgt hier die Klage in der Frage der Zuständigkeit der Widerklage (§ 218 Abs. 4 ZPO). Art. 343 Abs. 2 OR, wonach sich der Streitwert nach der eingeklagten Forderung ohne Rücksicht auf ein Widerklagebegehren bemisst, findet auf die negative Feststellungswiderklage hingegen keine Anwendung (BJM 1993 S. 152). Der Widerkläger hat zudem vor Zivilgericht die Gerichtskosten für das nunmehr nicht mehr kostenlose Verfahren vorzuschüssen. Falls die Widerklage innert der gesetzten Frist nicht erhoben oder der Kostenvorschuss hierfür nicht geleistet wird, verbleibt die Zuständigkeit bezüglich der angehobenen Teilklage beim Gewerblichen Schiedsgericht.

## **D. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen**

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts werden mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgt nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben worden ist. Im Folgenden werden zu einzelnen bestimmten Rechtsfragen die Urteilsabwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und des Appellationsgerichts sowie in zwei Fällen auch des Bundesgerichts (Ziffern 2.5.2.: S. 27 und 2.10.4.3.4.: S. 72) wiedergegeben.

### **1. Prozessrechtliche Fragen**

#### **1.1. Sachliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts (§ 4 Abs. 1 GOG)**

**Art. 319 OR. Kein Arbeitsvertrag zwischen Ehegatten liegt (mehr) vor, wenn die Ehefrau, obwohl sie über längere Zeit keine Arbeit mehr leistete, gleichwohl Lohnzahlungen erhalten hat, ohne dass hierfür aber für den Arbeitgeber eine besondere arbeitsrechtliche Verpflichtung bestanden hätte.**

Die Ehegatten C. sind seit 1976 verheiratet und haben zwei Kinder. Der Ehemann führte als Inhaber einer Einzelfirma in Basel ein Goldschmiedeatelier. Die Ehefrau hatte, um in seinem Geschäft mithelfen zu können, eine Zweitausbildung als Bijouterieverkäuferin absolviert. Zunächst arbeitete sie regelmässig, später, nachdem die Kinder in den Jahren 1978 und 1980 geboren wurden, hingegen seltener in dessen Atelier mit. Bis 1982 erhielt sie für ihre Arbeit gar keinen Lohn. Von 1983 an erfolgten jedoch regelmässige Lohnzahlungen. Nachdem der

Ehemann im Jahre 1992 eine Goldschmiedin angestellt hatte, war seine Ehegattin kaum mehr im Geschäft anwesend und eröffnete im Jahre 1994 ein eigenes Kosmetikstudio. Anerkannt war, dass die Ehefrau sodann in der Folge überhaupt keine Arbeit für den Betrieb des Ehemannes mehr geleistet hat, obwohl sie für ihn weiterhin zur Verfügung gestanden sein wollte. Dennoch erfolgten bis zur Trennung der Ehegatten im Juni 1998 unverändert die Lohnzahlungen, die danach vom Ehemann eingestellt wurden. Mit Klage vom 10. Oktober 1999 begehrte die Ehefrau beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung ihres Ehegatten zur Zahlung der Löhne für Juli 1998 bis Mai 1999. Auf die Klage wurde mit Urteil vom 30. März 2000 nicht eingetreten. Das Appellationsgericht wies am 6. Juli 2000 die von der Ehefrau hiergegen erhobene Beschwerde vollumfänglich ab. In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde an das Appellationsgericht führte das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt aus:

"[...] Vorweg war festzuhalten, dass es Ehegatten freigestellt ist, untereinander Verträge, insbesondere Arbeitsverträge, abzuschliessen [Art. 168 ZGB]. Schliessen sie keinen Arbeitsvertrag ab und hilft der eine Ehegatte dem anderen in dessen Betrieb, so hat jener nach Art. 164 ZGB Anspruch auf einen regelmässigen und angemessenen Betrag zu seiner eigenen freien Verfügung. Vorliegend hat das Gericht für die Zeit, als die Beschwerdeführerin für den Beklagten effektiv Arbeit verrichtete und dafür einen Lohn erhielt, angenommen, dass die Parteien miteinander in einem Arbeitsverhältnis standen. Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsvertrages ist es denn auch, dass Arbeit im Dienste eines anderen geleistet wird [Art. 319 Abs. 1 OR]. Davon gibt es zwar Ausnahmen. Allerdings handelt es sich dabei um Zustände, die regelmässig nur vorübergehend andauern. Namentlich hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Lohn, obwohl er nicht arbeitet, in Zeiten, in denen der Arbeitgeber ihm während der vertraglichen Arbeitszeit keine Arbeit zur Verfügung stellen kann [Art. 324 OR] oder der Arbeitgeber ihn von der Arbeitsleistung sogar befreit [Freistellung]. Auch hat der Arbeitnehmer in der Zeit, in der er ohne sein eigenes Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, während einer beschränkten Zeit dennoch Anspruch auf Lohnfortzahlung [Art. 324a OR]. Schliesslich ist ein Mitarbeiter, der auf Abruf angestellt ist, über die Bereitschaftszeit aber nicht völlig frei verfügen kann, angemessen zu entlönnen [BGE 124/1998 III 251 f.].

Hier hat die Beschwerdeführerin zweifellos seit mehreren Jahren keinerlei Arbeit mehr für den Beklagten verrichten müssen, aber dennoch ihren Lohn erhalten. Dieser Zustand kann nur vordergründig und teilweise einem der genannten ausserordentlichen Situationen zugeordnet werden, in denen einem Arbeitnehmer ohne Arbeitsleistung trotzdem Lohn auszurichten ist. Auffällig, weil aussergewöhnlich, ist die lange Zeitspanne, in der dieser Zustand im Falle der Parteien Ende Juni 1998 bereits angedauert hatte. Unter normalen Umständen wäre ein unbefristeter Arbeitsvertrag wie der vorliegende bei dieser Situation jedenfalls vom Arbeitgeber längstens durch Kündigung beendet worden. Ist es wie hier jedoch nicht dazugekommen, müssen besondere Umstände dafür vorliegen, dass ein Arbeitsvertrag trotz anhaltender Nichtinanspruchnahme der Arbeitskraft des Mitarbeiters dennoch weitergeführt wird. Das könnte darin liegen, dass der betreffende Arbeitsvertrag auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen ist und nicht vorzeitig aufgelöst werden kann. Ein solcher Umstand liegt hier nicht vor. Beide

Parteien hätten den Arbeitsvertrag durch ordentliche Kündigung beenden können. Dass ein Arbeitsvertrag unter solchen Umständen weitergeführt wird, kann auch darin liegen, dass er bloss simuliert ist und einen anderen Geschäftsvorgang im Hintergrund verdecken soll. Ein solcher Vertrag wäre unwirksam und könnte keine Rechtswirkungen entfalten [Art. 18 OR]. Gültig wäre, soweit vorhanden, der dissimulierte Vertrag. [...] In solchen Fällen tritt das Gewerbliche Schiedsgericht auf Klagen nicht ein, weil kein Arbeitsverhältnis vorliegt [BJM 2001 S. 49 ff.]. Hier ist eine Simulation darin zu erblicken, dass der Beklagte, aber auch die Beschwerdeführerin das einmal begründete Arbeitsverhältnis auch nach seiner faktischen Aufgabe rechtlich aufrecht stehen liessen, woraus sie sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Nutzen haben ziehen können. [...].

Daneben ist aber nicht zuletzt darauf hinzuweisen, dass die Ehe der Parteien als Rechtsgrundlage für die Geldleistungen des Beklagten an die Beschwerdeführerin eher in Frage kommt als ein Arbeitsvertrag, solange die Beschwerdeführerin über längere Zeit keine Arbeit leistet, ohne dass für eine gleichwohl erfolgte Lohnzahlung besondere arbeitsrechtliche Verpflichtungen bestehen. Das ist hier zweifellos der Fall. Aus den ins Recht gelegten Unterlagen, die für sich allein sonst als Indizien für einen Arbeitsvertrag dienen können, kann unter den vorliegenden Umständen daher nicht auf einen Arbeitsvertrag geschlossen werden. [...]"

(GSGE vom 30.3.2000 in Sachen der Ehegatten C., GS 1999/342; AGE vom 6.7.2000 in Sachen der Ehegatten C.)

## **1.2. Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)**

### **1.2.1. Nichtbestreitung einer Prozessbehauptung als Anerkennung?**

Siehe Ziffer 2.1.1.: S. 9

### **1.2.2. Pflicht zur Suche nach Irrtümern in den Rechtsbegehren?**

Siehe Ziffer 2.3.: S. 13

## 2. Materielle rechtliche Fragen nach OR

### 2.1. Geleistete Arbeitszeit (Art. 319 OR)

**2.1.1. Art. 21 Ziff. 3 L-GAV 98 des Gastgewerbes. Zum Nachweis der geleisteten Arbeitszeit bei Vernachlässigung der Buchführungspflichten durch den Arbeitgeber. Eine vom Arbeitnehmer selber geführte Arbeitszeitkontrolle muss glaubwürdig und unverdächtig erscheinen, um Beweis erbringen zu können. Zu den Umständen, die die Monatsblätter eines Nachtportiers als nicht schlüssige Arbeitszeitkontrolle erscheinen liessen.**

**Art. 343 Abs. 4 OR. Aufgrund der Untersuchungsmaxime darf der Richter nicht bestrittene Ausführungen der Gegenpartei zu einer Klagforderung nicht als von der Klagpartei anerkannt ansehen. Er hat die Klagpartei dazu vielmehr speziell zu befragen.**

N. arbeitete vom 1. September 1998 bis Ende Juni 1999 als Nachtportier bei A. im Hotel S.. Der Lohn wurde ihm bis und mit Juli 1999 ausgerichtet. Am 5. August 1999 reichte N. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber auf Zahlung von Fr. 14'297.60 brutto ein. Der eingeklagte Betrag wurde anlässlich des Vorverfahrens durch Bewilligung einer Klagänderung auf Fr. 20'000.-- brutto, Mehrforderung vorbehalten, erhöht. Der Grossteil der eingeklagten Forderung wurde damit begründet, dass der Arbeitnehmer, welcher im Stundenlohn angestellt war, regelmässig mehr gearbeitet habe, als ihm als Lohn ausbezahlt worden sei. Zusätzlich wurde die Leistung einer Ferienentschädigung, des anteilmässigen 13. Monatslohns sowie einer Feiertagsentschädigung verlangt. Anlässlich der zweiten Hauptverhandlung vom 10. April 2000 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage unter dem Titel Feiertagsentschädigung und 13. Monatslohn im Umfang von Fr. 536.50 netto gutgeheissen und die Mehrforderung abgewiesen, soweit es auf die Klage eingetreten ist. Auf Beschwerde von N. hin hat das Appellationsgericht mit Urteil vom 6. November 2000 den Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts teilweise aufgehoben, indem es Folgendes ausführte:

"[...] 2. a) Streitpunkt des Beschwerdeverfahrens bildet die Frage nach dem zeitlichen Umfang der vom Beschwerdeführer [N.] während des Anstellungsverhältnisses erbrachten Arbeitsleistungen. Während dieser geltend macht, er habe wesentlich mehr gearbeitet, als was ihm dann ausbezahlt worden sei, wird von der Gegenseite behauptet, man habe jeweils gemeinsam die vom Arbeitnehmer erstellten Aufstellungen bereinigt und unterschrieben; gestützt hierauf seien die Lohnzahlungen erfolgt. Dem hält der Beschwerdeführer wiederum entgegen, wegen seiner prekären Situation als Ausländer ohne gefestigten Aufenthaltsstatus in der Schweiz habe er sich dem Ansinnen seines Arbeitgebers, den jeweils gemeldeten Stundenaufwand einfach zu kürzen, nicht widersetzen können.

b) In der ersten Verhandlung vom 3. Februar 2000 hat der Vertreter des Beschwerdegegners [A.] zu Protokoll gegeben, man habe von Seiten des Arbeitgebers keine Stundenkontrolle geführt; Ende Monat seien mit dem Angestellten die Stunden durchgegangen und ausgerechnet worden. Gestützt darauf sei dann die Lohnabrechnung erstellt worden. Ergänzt hat der beklagte Vertreter seine Ausführungen in dem Sinne, dass er nicht wisse, ob der Arbeitgeber die Stunden aufgeschrieben habe. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner als Arbeitgeber seinen Pflichten, die ihm der GAV auferlegt, nicht vollständig nachgekommen ist. So hätte er die geleistete Arbeitszeit selbst erfassen und vom Arbeitnehmer unterschreiben lassen müssen (Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 1998). Der Bericht, welchen die Kontrollstelle für den L-GAV im Auftrag des Gerichts am 15. November 1999 erstattet hat, scheint zwar anzunehmen, dass der Arbeitgeber seinen diesbezüglichen Pflichten genügt habe. Andererseits hat der Vertreter des Arbeitgebers, wie dargelegt, vor dem Gewerblichen Schiedsgericht ausgeführt, dass die Aufstellungen über die Arbeitszeit gemeinsam erstellt worden seien, d.h. nicht aufgrund eigener Kontrollen durch den Arbeitgeber. Dieser hätte nach Art. 15 Ziff. 8 L-GAV ausserdem die Lohnabrechnungen und die notwendigen Unterlagen dazu während mindestens 5 Jahren aufbewahren müssen, was er jedoch nicht getan hat: Wie sich aus seinem Schreiben an die Vorinstanz vom 7. Februar 2000 ergibt, ist die Lohnabrechnung nach ihrer "Akzeptanz" durch den Arbeitnehmer jeweils vernichtet worden. Auch hat der Arbeitgeber soweit ersichtlich kein eigentliches Buch über die effektive Arbeits- und Ruhezeit geführt, wie dies Art. 21 Ziff. 2 L-GAV vorschreibt. Nach Ziff. 3 dieser Vorschrift ist für den Fall der Missachtung der Buchführungspflichten durch den Arbeitgeber vorgesehen, dass eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen werde.

c) In der Replik beruft sich der Beschwerdeführer nun vor allem auf diese Bestimmungen des L-GAV. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Zulassung eines Dokumentes als formelles Beweismittel das Gericht nicht von dessen sorgfältiger Würdigung entbinden kann. Sodann ist klarzustellen, dass in Art. 21 Ziff. 3 L-GAV nicht davon die Rede ist, dass im Falle der Vernachlässigung der Buchführungspflichten durch den Arbeitgeber schon allein die bloße Behauptung des Arbeitnehmers über die geleistete Arbeitszeit genügt. Verlangt wird vielmehr eine vom Mitarbeiter geführte Arbeitszeitkontrolle. Soll eine solche den vollen Beweis für die behauptete Arbeitszeit erbringen, so muss sie als glaubwürdig und unverdächtig erscheinen. Den Ausführungen in der Vernehmung des Gewerblichen Schiedsgerichts kann in diesem Zusammenhang gefolgt werden, dass die vom Beschwerdeführer produzierten Listen mit den täglichen Arbeitszeiten im Nachhinein erstellt worden sind. Das ergibt sich einerseits aus der Verwendung von offensichtlich dem gleichen Schreibwerkzeug über längere Dauer, andererseits aber auch daraus, dass der Beschwerdeführer nach dieser Zusammenstellung die Arbeit ausnahmslos zur vollen Stunde begonnen und beendet hätte. Das wirkt in höchstem Masse ungewöhnlich und widerspricht jeglicher Lebenserfahrung. Es kann in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass auch der erwähnte Bericht der Kontrollstelle festhält, die vom Arbeitnehmer erstellte Arbeitszeitkontrolle sei erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses erstellt worden. Die vom Beschwerdeführer verfassten Monatsblätter sind daher nicht bereits per se als schlüssige Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 21 Abs. 3 L-GAV anzusehen. Auch ist es nicht so, dass zusätzliche Indizien für die Richtigkeit der klägerischen Darstellung sprächen. Die drei erstinstanzlich gehörten

Zeuginnen, die in den Morgenstunden jeweils ihren Dienst anzutreten pflegten, konnten jedenfalls nicht bestätigen, den Beschwerdeführer oft im Betrieb gesehen zu haben. [...]

d) Aufgrund der genannten Umstände ist somit festzuhalten, dass kein Fall vorliegt, in welchem entgegen den unterschriebenen Lohnabrechnungen nach Art. 21 Ziff. 3 L-GAV der Beschwerdeführer den Beweis für die behauptete höhere Arbeitszeit erbracht hat. Dies führt dazu, dass die Beschwerde im Hauptpunkt abzuweisen ist.

3. Der Beschwerdeführer hat erstinstanzlich auch eine Ferienentschädigung gefordert. Diese wurde ihm von der Vorinstanz nicht zugesprochen, und zwar offenbar deshalb nicht, weil der Beklagte in der zweiten Verhandlung vom 10. April 2000 erklärt hat, "noch CHF 2'100.-- Ferien" ausbezahlt zu haben. In der Vernehmlassung der Vorinstanz wird hierzu ausgeführt, der Beschwerdeführer habe der entsprechenden Darstellung des Beschwerdegegners nicht widersprochen, obwohl er vom Gericht zur Stellungnahme aufgefordert worden sei. Dieses Argument ist in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime indessen als problematisch anzusehen. Zwar mag es zutreffen, dass der Beschwerdeführer, der in seinem Vortrag zu einer Vielzahl von Behauptungen des Beschwerdegegners Stellung beziehen musste, sich zum Ferienlohn nicht explizit geäußert hat. Das hätte dem Gericht angesichts der Forderung des Beschwerdeführers indessen Anlass geben müssen, ihn zu diesem Punkt speziell zu befragen. Dazu hätte umso mehr Anlass bestanden, als der Beschwerdegegner in seinem Kündigungsschreiben vom 25. Juni 1999 behauptet, man habe dem Beschwerdeführer am letzten Arbeitstag, dem 21. Juni 1999, das restliche Feriengeld von CHF 2'500.-- ausbezahlt. In der Verhandlung war dann jedoch von einem anderen Betrag die Rede. Vor allem aber findet sich in den Akten der Vorinstanz eine Lohnabrechnung, ebenfalls datierend vom 21. Juni 1999. Darin wird unter dem Titel Feriengeld lediglich ein Betrag von CHF 321.55 ausgewiesen. Für einen höheren Betrag hat der Beschwerdegegner keinerlei Belege vorgelegt. Dessen blosser Behauptung, mehr ausbezahlt zu haben, kann unter diesen Umständen nicht genügen. Der Anspruch des Beschwerdeführers unter dem Titel Ferienlohn wird daher im Sinne des Ausgeführten von der Vorinstanz neu zu prüfen sein. [...]"

(AGE vom 6.11.2000 in Sachen von N. gegen A.; GSGE vom 10.4.2000 in Sachen N. gegen A., GS 1999/259)

### **2.1.2. Geleistete Arbeitszeit: Anforderungen an Beweis durch den Arbeitnehmer** Siehe Ziffer 2.3.: S. 13

## 2.2. Vertragsänderung

**Art. 320 OR / Art. 322 OR. Eine Investitionsberaterin, die während mehrerer Monate einen tieferen Lohn als den Bisherigen widerspruchslos entgegennahm, erklärte sich dadurch konkludent mit dieser Vertragsänderung einverstanden, um so mehr sie vorher auch Lohnerhöhungen der Arbeitgeberin auf diese Weise akzeptiert hatte.**

Z. war seit dem 25. Januar 1991 für die C. AG als Investitionsberaterin tätig. Ihr monatliches Salär betrug anfänglich Fr. 2'300.-- brutto zuzüglich Provisionen und wurde mehrmals erhöht. In den Monaten November 2000 bis März 2001 wurden ihr jeweils Fr. 11'650.65 brutto ausbezahlt und danach nur noch monatlich Fr. 5'000.-- brutto. Das Arbeitsverhältnis wurde von der C. AG auf den 31. Juli 2002 gekündigt, nachdem Z. schon seit Anfang September 2001 wegen Krankheit arbeitsunfähig war und seither Krankentaggelder bezog. Am 24. Juli 2002 erhob Z. gegen ihre Arbeitgeberin beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage, mit der sie deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 19'226.-- brutto Lohndifferenzen nebst Zins, Mehrforderung vorbehalten, forderte. In der Verhandlung vom 7. Oktober 2002 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage vollumfänglich ab. Die von Z. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 28. Februar 2003 abgewiesen. In seiner Vernehmlassung an das Appellationsgericht hat das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes ausgeführt:

"[...] In der Hauptverhandlung waren sich die Parteien darüber einig, dass die Beklagte [C. AG] der Beschwerdeführerin [Z.] im Oktober 2000 mit Wirkung ab 1. November 2000 ein höheres Fixgehalt versprochen und dann auch effektiv bezahlt hatte. Hingegen hat die Beschwerdeführerin in Abrede gestellt, dass diese Erhöhung nur für eine vorübergehende Zeit abgemacht gewesen sei. Obwohl die Beklagte Gründe für eine vorübergehende Lohnänderung geltend machen konnte, konnte letztlich dahingestellt bleiben, wie es sich damit verhalten hat. Entscheidend war vielmehr, dass die Beschwerdeführerin von der Lohnreduktion für die Zeit ab April 2001 wusste und den Lohn in der Folge auch Monat für Monat widerspruchslos entgegengenommen hat, bis sie Monate später dann erkrankte. Wie bei der Lohnerhöhung per 1. November 2000 waren damit die Parteien formlos übereingekommen, dass der Lohn reduziert wurde. Mehr kann hier für eine Vertragsänderung nicht verlangt werden. Insbesondere trifft es nicht zu, dass es für eine Vertragsänderung jeweils einer Änderungskündigung bedarf. Vielmehr kann auch ein Arbeitsvertrag von den Parteien im gegenseitigen Einvernehmen per sofort und für die Zukunft geändert werden. Dabei braucht es auch keine ausdrücklichen Willenserklärungen, sondern es genügt, wenn sich der übereinstimmende Wille der Parteien aus den Umständen ergibt [Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 322 OR N. 3c, S. 101; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 320 OR N. 4, S. 50; Art. 322 OR N. 3, S. 97; ZK-Staehelin, Art. 322 OR N. 26, S. A143; vgl. BK-Rehbinder, Art. 322 OR N. 19, S. 223]. Die massgeblichen Umstände waren darin zu erblicken, dass einerseits die Beklagte wie schon früher durch ihren Verwaltungsratspräsidenten die Lohnerhöhung bzw. -senkung gegenüber der Beschwerdeführerin angekündigt hat, und andererseits die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten ihr konkludent

denes Einverständnis mit der Vertragsänderung zum Ausdruck gebracht hat. Namentlich geht es nicht an, an Lohnänderungen, die stillschweigend zwischen den Parteien vorgenommen werden, verschieden hohe Ansprüche stellen, je nachdem, ob es sich dabei um eine Lohnerhöhung oder aber dann um eine Lohnreduktion handelt. Gegen die Lohnreduktion will die Beschwerdeführerin sich deshalb nicht gewehrt haben, weil sie sonst vor die Türe gesetzt worden wäre. Allerdings wurde sie von der Beklagten nie auf derartige Konsequenzen hingewiesen. Zudem fehlt es auch an Anhaltspunkten für ein derartiges Verhalten der Beklagten. Die Beschwerdeführerin stützte ihre Befürchtung auf ihre Ansicht, dass die Beklagte ihren Standort in der Schweiz aufgeben würde, sobald ihr die Rahmenbedingungen dafür nicht mehr günstig erscheinen würden. Aus diesem Grund habe die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit in der Zwischenzeit auch eingestellt. Damit kann die Beschwerdeführerin, sofern ihr Einwand in diese Richtung gehen sollte, jedoch nicht geltend machen, sie habe sich in einem Willensmangel befunden. Ein wesentlicher Irrtum [Art. 23 f. OR] ihrerseits läge nicht vor. Zudem muss die Beklagte frei sein können, ihre Unternehmenstätigkeit den örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Dazu gehört insbesondere auch, dass sie sich über die Arbeitsbedingungen mit ihren Angestellten frei verständigen darf, sofern keine zwingenden Vorschriften verletzt werden. Namentlich kann es nicht als Drohung [Art. 29 OR] angesehen werden, wenn die Beklagte in einem solchen Zusammenhang erwähnen würde, dass sie für den Fall eines Scheiterns der Vertragsänderung eine Verlegung ihres Unternehmens an einen anderen Standort in Erwägung ziehen würde."

(GSGE vom 7.10.2002 in Sachen von Z. gegen C. AG, GS 2002/266; AGE vom 28.2.2003 in Sachen von Z. gegen C. AG)

### 2.3. Überstunden

**Art. 321c Abs. 1 OR / Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 des Gastgewerbes. Die Zeit, die ein Kellner freiwillig über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus im Betrieb verbrachte, um Kaffee zu trinken oder Trinkgeld von den Gästen zu kassieren, ist keine Mehrarbeit, selbst wenn sie vom Arbeitgeber bemerkt und geduldet wurde. Beweispflichtig für geleistete Überstunden ist der Arbeitnehmer. Seine privaten Aufzeichnungen haben nur einen beschränkten Beweiswert. Der Nachweis über die Präsenz im Betrieb ist noch kein solcher für Überstunden.**

**Art. 21 Abs. 2 L-GAV 98. Die Unterschrift eines Arbeitnehmers auf der Arbeitszeitkontrolle des Arbeitgebers ist nach dem Vertrauensprinzip als Bestätigung für deren Richtigkeit anzusehen.**

**Art. 343 Abs. 4 OR. Die Untersuchungsmaxime betrifft die Sachverhaltsfeststellung, nicht die Rechtsbegehren. Es ist nicht Sache des Gerichts, nach allfälligen Irrtümern in den gestellten Rechtsbegehren zu suchen.**

V. arbeitete vom 1. Dezember 1999 bis zum 31. Mai 2000 als Kellner im Ristorante P. in Basel für die F. AG. Mit Klage vom 17. Januar 2001 beantragte er beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Arbeitgeberin zur Zahlung von Fr. 7'174.30 brutto, zuzüglich

Zins zu 5 % seit dem 1. April 2001. Mit Eingabe vom 20. April 2001 wurde der Forderungsbetrag auf Fr. 6'946.75 brutto reduziert. Die Forderung setzte sich zusammen aus Überstundenlohn von Fr. 5'196.75 brutto und einem Ferienlohnanspruch von Fr. 1'750.-- brutto. Das Gewerbliche Schiedsgericht verurteilte die Beklagte mit Entscheid vom 17. September 2001 zur Zahlung von Fr. 1'479.05 netto als Ferienlohn, zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. April 2001. Das weitergehende Klagebegehren wurde abgewiesen. Gegen die Abweisung seiner Überstundenlohnforderung hat der Kläger Beschwerde erhoben, die vom Appellationsgericht am 27. Dezember 2001 aus folgenden Gründen abgewiesen wurde:

"[...] a) Arbeitsverhältnisse im Gastgewerbe unterstehen dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV). Der Beschwerdeführer [V.] und die Beschwerdegegnerin [F. AG] haben einen auf dem L-GAV beruhenden Formularvertrag der GastroSuisse unterzeichnet, der gewisse dispositive Verabredungen zulässt, daneben aber auch zwingende Bestimmungen aufweist. Gemäss Ziff. 5 des Vertrags haben die Vertragspartner - gestützt auf Art. 15/17 L-GAV - in Betrieben wie jenen der Beschwerdegegnerin die Wahl zwischen zwei Arbeitszeitvarianten: 42-Stundenwoche bei 5 Wochen Ferien oder 41-Stundenwoche bei 4 Wochen Ferien. Im vorliegenden Fall wurde von der Beschwerdegegnerin handschriftlich der Vermerk "4 Wochen Ferien, 44 Stundenwoche" eingefügt. Soweit dieser Zusatz die wöchentliche Arbeitszeit betrifft, verstösst er gegen eine unabdingbare Bestimmung des L-GAV und ist somit nichtig (Art. 357 Abs. 2 OR). Da 4 Wochen Ferien vereinbart wurden, ist gemäss Art. 15 Abs. 1 L-GAV von einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41 Stunden auszugehen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer über diese gesamtarbeitsvertragliche Regelung hinaus auf Anordnung der Beschwerdegegnerin Arbeitszeit geleistet hat, das heisst ob Überstundenarbeit im Sinne von Art. 15 Abs. 5 L-GAV und Art. 321c Abs. 1 OR vorliegt.

b) Die Angaben des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geleisteten Arbeitszeit weichen wesentlich voneinander ab. Während die Beschwerdegegnerin die Ansicht vertritt, der Beschwerdeführer habe keine Überstunden geleistet, macht dieser insgesamt 211,25 Überstunden geltend. Die Beweislast für die geleisteten entschädigungspflichtigen Überstunden trägt der Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB; JAR 1984 S. 99; BJM 1976 S. 320; Brühwiler, a.a.O. Art. 321c N 13; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar zu Art. 321c OR N 16). Dies wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten. Er ist jedoch der Ansicht, diesen Beweis mittels seiner von ihm ins Recht gelegten privaten Agenda und einer grossen Anzahl Kassenbons erbracht zu haben.

c) Private Aufzeichnungen einer Partei wie die Agenda des Beschwerdeführers haben naturgemäss nur einen beschränkten Beweiswert. Im vorliegenden Fall werden die Aufzeichnungen des Beschwerdeführers zudem durch die von ihm ins Recht gelegten Kassenbons gestützt; die in der Agenda eingetragenen Arbeitszeiten hat er offenbar von den Kassenbons übernommen. Der Zeitstempel auf den Kassenbons zeigt an, wann die Kasse aktiviert beziehungsweise wieder deaktiviert wird. Die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Beweismittel indizieren somit, dass er sich zu den angegebenen Zeiten im Betrieb aufgehalten hat. Mit einer solchen Präsenz sind jedoch noch keine Überstunden im Sinne des Gesetzes nachgewiesen. Solche liegen nur vor, wenn eine betriebliche Notwendigkeit bzw. eine Weisung des Arbeitgebers vorlag (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N 12b zu

Art. 321c OR m.w.H.; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 6 ff. zu Art. 321c OR). Bezüglich der ausserhalb der normalen Arbeitszeit liegenden Präsenzzeit des Beschwerdeführers ist ein solcher Nachweis nicht erbracht. Aus den glaubhaften Aussagen seines jeweils ebenfalls im Betrieb anwesenden Chefs P. und vor allem der vom Gewerblichen Schiedsgericht als Zeugen einvernommenen zwei Arbeitskollegen des Beschwerdeführers ergibt sich vielmehr, dass dieser immer wieder früher zum Dienst erschienen ist als nötig, sich bei der Kasse angemeldet, in der Folge bis zum Dienstbeginn gemäss Dienstplan aber lediglich Kaffee getrunken hat. Auch ist er abends hin und wieder freiwillig länger geblieben, nur um bei den Gästen, die er bedient hat, noch das Trinkgeld kassieren zu können [...]. Solcherart freiwillig über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus im Betrieb verbrachte Zeit kann nicht als Überstunden geltend gemacht werden. Auch wenn der Vorgesetzte diese freiwillige längere Präsenzzeit des Beschwerdeführers im Betrieb bemerkt und geduldet hat, hat er diese nicht zu entschädigen (Brühwiler, a.a.O., N 3b und c zu Art. 321c OR).

d) Den Aufzeichnungen und Kassenbons des Beschwerdeführers stehen von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegte, mit "Arbeitsplan/Arbeitszeitkontrolle" bezeichnete und vom Beschwerdeführer unterzeichnete Listen gegenüber, in welchen die täglich von den verschiedenen Mitarbeitern zu leistende und geleistete Arbeitszeit eingetragen ist. Solche gemäss Art. 21 Abs. 1 und 2 L-GAV vorgeschriebenen Arbeitszeitkontrollen bezwecken unter anderem, im Streitfall Beweis für die Arbeits- und Ruhezeiten der einzelnen Mitarbeiter zu erbringen (vgl. Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Der Beschwerdeführer behauptet nun, er habe mit seiner Unterschrift nur die bezogenen Frei-Tage, nicht aber die eingetragene Arbeitszeit bestätigt. Diese Behauptung ist unglaubhaft, zumal offenbar auf der Basis dieser Listen jeweils auch der Lohn abgerechnet wurde und der Beschwerdeführer nicht geltend macht, die gemäss seiner Darstellung im Prozess unrichtigen Angaben betreffend die Arbeitszeit jemals moniert zu haben. Die Unterschrift des Beschwerdeführers ist nach dem Vertrauensprinzip vielmehr als Bestätigung der integralen Richtigkeit der Listen zu verstehen. Es könnte sich höchstens fragen, ob seine Unterschrift vor oder nach den in den Listen teilweise vorhandenen - nicht sehr häufigen - Zeitkorrekturen erfolgt ist. Es wäre dem Beschwerdeführer jedoch frei gestanden, substantiiert darzutun, dass an den entsprechenden Tagen die korrigierten Eintragungen nicht stimmen können. Einen solchen Nachweis hat er nicht erbracht. Es ist somit davon auszugehen, dass die Korrekturen, die sich daraus ergaben, dass die effektive Arbeitszeit von den zuvor erstellten Arbeitsplänen gelegentlich abwich, von der Unterschrift des Beschwerdeführers abgedeckt waren. Die vorbehaltlose Unterzeichnung der Arbeitskontrollblätter durch den Beschwerdeführer lässt vermuten, dass auch er selbst die von ihm über die eigentliche Arbeitszeit hinaus im Betrieb verbrachte Zeit ursprünglich nicht als von der Arbeitgeberin angeordnete Überstunden betrachtete. Ein weiteres Indiz dafür ist der Umstand, dass er diese Zeit erstmals in seiner Klage vom 17. Januar 2001, also über 7 1/2 Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, als Überstunden geltend gemacht hat.

e) Es liegt somit keine Willkür vor, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, der Beschwerdeführer habe den Nachweis für das Leisten von Überstunden, welche die in der Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdegegnerin aufgeführte Zeit überschreiten, nicht erbracht. Mit Recht wird in der Beschwerde nicht bestritten, dass aufgrund dieser Arbeitszeitkontrolle keine zu vergütende Über-

zeit existiert. Bei dieser Situation ist die Abweisung der unter dem Titel "Überstundenentschädigung" erhobenen Klagforderung nicht zu beanstanden.

3. Der Beschwerdeführer rügt im weiteren, dass der Verzugszins für den ihm von der Beschwerdegegnerin als Ferienlohn zu bezahlenden Betrag erst mit Wirkung ab 1. April 2001 zugesprochen worden ist. Allerdings hat er im Rechtsbegehren seiner Klage selbst genau dieses Datum genannt. Dass es sich dabei um ein offensichtliches Versehen gehandelt hätte, war für die Vorinstanz, die ihren Entscheid Ende September 2001 fällte, nicht ohne weiteres ersichtlich. Zudem hat der Vertreter des Beschwerdeführers, der die Klage eingereicht hatte, während des ganzen Verfahrens einschliesslich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nie geltend gemacht, sich bei der Jahreszahl verschrieben zu haben. Es ist nicht Sache des Gerichts, nach allfälligen Irrtümern in den gestellten Rechtsbegehren zu suchen. Die vom Beschwerdeführer angerufene Untersuchungsmaxime betrifft gemäss Art. 343 Abs. 4 OR nur die Sachverhaltsfeststellung, nicht die Rechtsbegehren. Auch in dieser Beziehung kann der Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts demnach nicht als willkürlich bezeichnet werden. [...]"

(AGE vom 27.12.2001 in Sachen V. gegen F. AG; GSGE vom 17.9.2001 in Sachen V. gegen F. AG, GS 2001/27)

## 2.4. Haftung des Arbeitnehmers (Art. 321e OR)

### 2.4.1. Art. 321e OR. Einem Arbeitgeber, der den vom Arbeitnehmer (Landschaftsgärtner) verursachten Carrosserieschaden am Geschäftswagen zur Schadensreglierung durch diesen reparieren liess, obwohl er wusste, dass der Angestellte dazu weder Fachkenntnisse noch Erfahrung hatte, stand trotz unsachgemässer Reparatur kein Schadenersatzanspruch mehr zu.

R. war bei der P. GmbH seit 1. April 1997 als Landschaftsgärtner beschäftigt. Beim Manövrieren mit einem Kompaktlader drückte R. am 23. Dezember 1999 die Türe eines Firmenfahrzeuges der Arbeitgeberin ein. Die Parteien kamen überein, dass der Arbeitnehmer den Schaden selber und während der Arbeitszeit reparieren würde, obwohl er dazu, wie auch die P. GmbH wusste, weder Fachkenntnisse noch Erfahrung hatte. Die am 9. Juni 2000 fertig gestellte Reparatur wurde von der Arbeitgeberin in der Folge akzeptiert. Nachdem R. auf den 31. Juli 2000 gekündigt hatte und darauf per 1. Juli 2000 von der Arbeit freigestellt worden war, teilte ihm die P. GmbH nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit, dass es sich dabei nach den Feststellungen des beigezogenen Carrossiers um eine unsachgemässe Reparatur handle. An den Reparaturkosten habe er sich mit 20 % zu beteiligen. Zudem müsse auch die Arbeitszeit, die er zur Reparatur aufgewendet habe, zu seinen Lasten gehen. Beides werde sie von seinen ausstehenden Ansprüchen in Abzug bringen. R. klagte am 10. November 2000 beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Verurteilung der P. GmbH zur vollständigen Zahlung

der Lohnrestanzen. Mit Urteil vom 11. Dezember 2000 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage teilweise gut. Die von der P. GmbH gestellten Gegenforderungen im Zusammenhang mit der Reparatur wurden nicht zur Verrechnung zugelassen. Dass Gewerbliche Schiedsgericht hat dabei was folgt erwogen.

Ein Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen. Fahrzeuge des Arbeitgebers hat er fachgerecht zu bedienen und mit Sorgfalt zu behandeln (Art. 321a OR). Fügt er dem Arbeitgeber Schaden zu, so haftet er ihm für fahrlässiges oder absichtliches Handeln. Das Mass der Sorgfalt, für das er einzustehen hat, bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Arbeitsverhältnisses, namentlich unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zur Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR).

Vorliegend hatte der Arbeitnehmer anerkanntermassen dem Arbeitgeber Schaden zugefügt, für den er nach diesen Regeln grundsätzlich hätte einstehen müssen. Sein Verschulden war allerdings gering, so dass er nur für einen Teil des Schadens hätte aufkommen müssen (Art. 321e Abs. 1 OR; ZK-Staehelin, Art. 321e OR N. 27, S. A125; BK-Rehbinder, Art. 321e OR N. 25, S. 203; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 321e OR N. 2, S. 90; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 321e OR N. 5c, S. 91). Die Parteien haben sich bei dieser Sachlage darauf geeinigt, dass R. die Reparatur selber und während der Arbeitszeit vornehmen würde. Offensichtlich sollte der Arbeitnehmer sich auf diese Weise von seiner Haftung befreien können. Die P. GmbH stimmte einer derartigen Schadensregulierung zu, obwohl sie wusste, dass R. noch nie eine beschädigte Autokarosserie instand gestellt und hierfür auch keine fachspezifischen Kenntnisse hatte. Die Reparatur nahm der Arbeitnehmer in der betriebseigenen Halle der P. GmbH während der üblichen Arbeitszeit vor. Die Arbeitgeberin hatte damit auch die Möglichkeit, den Gang der Reparaturarbeiten im einzelnen zu kontrollieren. Der Kläger hat behauptet, dass sie dies denn auch getan habe, was aber bestritten und nicht erwiesen war. Zugegeben war einzig, dass sie sich das Endresultat angesehen und dieses trotz einer Farbdifferenz akzeptiert hatte. Darauf, ob die P. GmbH die Arbeiten tatsächlich überwacht hatte und daher hätte wissen müssen, wie R. die Reparatur vorgenommen hatte, konnte es letztlich aber nicht ankommen. Sofern und soweit sie auf eine Überwachung der Reparatur verzichtet haben sollte, hat sie unter den gegebenen Umständen jenes Resultat des Arbeitnehmers in Kauf genommen, das er zu leisten überhaupt im Stande war. Anders wäre zu urteilen gewesen, wenn die P. GmbH darauf hätte vertrauen dürfen, dass die Reparatur fachgerecht ausgeführt würde. Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn R. über besondere Kenntnisse und Erfahrung dazu verfügt bzw. beides bloss vorgegeben hätte, ohne dass die P. GmbH daran hätte zweifeln müssen. Ebenso wäre ihr Vertrauen in eine fachgerechte Reparatur zu schützen gewesen, wenn diese überhaupt keine speziellen Anforderungen stellen würde, so dass sie jedenfalls vom betreffenden Arbeitnehmer ohne besondere Vorkenntnisse hätte erbracht werden können. Nichts dergleichen lag hier vor. Namentlich kann nicht behauptet werden, dass das Reparieren einer ein-

gedrückten Autotüre keine besonderen Anforderungen stellt. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall, weil ein Carrossier gewöhnlich eine Berufslehre absolviert hat und seine Arbeit darüber hinaus einiges technisches Wissen und Handfertigkeit verlangt.

Daran konnte nichts ändern, dass schon bald nach Beendigung der Reparatur ein Riss in der Verspachtelung der Autotüre sichtbar geworden war, worauf die Mangelhaftigkeit der Reparatur zum Vorschein kam. Der Arbeitnehmer hatte die Verspachtelung nicht angebracht, um die Mangelhaftigkeit seiner Arbeit zu verdecken, sondern sie gehörte zur Reparatur, wie sie von seiner Arbeitgeberin in Auftrag gegeben wurde, von ihr hätte überwacht werden können und schliesslich für gut befunden wurde. Offensichtlich wollte sich die P. GmbH mit einer Reparatur durch ihren Mitarbeiter die Kosten ersparen, die ihr entstanden wären, wenn sie die Arbeiten durch einen Carrossier hätte vornehmen lassen. Sie hätte nämlich einen grossen Teil dieser Kosten selber tragen müssen. Einmal konnte sie ihrem Arbeitnehmer, wie sie wusste bzw. hätte wissen müssen, seines geringen Verschuldens wegen nicht den vollen Schaden tragen lassen. Zudem hatte für das beschädigte Fahrzeug keine Vollkaskoversicherung (mehr) bestanden, die den Schaden hätte übernehmen können. Andererseits hatte zwar auch der Mitarbeiter von diesem Vorgehen profitiert. Nachdem er aber alles getan hatte, was er nach der Abmachung mit seiner Arbeitgeberin tun musste, damit der Schaden als regliert angesehen werden konnte, konnte die P. GmbH nicht ohne weiteres darauf zurückkommen. Besondere Umstände, die ein Zurückkommen ermöglicht hätten, fehlten. Vielmehr trug die P. GmbH die alleinige Verantwortung dafür, dass sie nicht schon von allem Anfang an einen Spezialisten beigezogen und durch diesen den Schaden hat beheben lassen.

(GSGE vom 11.12.2000 in Sachen R. gegen P. GmbH, GS 2000/313)

**2.4.2. Art. 321e OR. Der Schlüsselverlust einer Angestellten darf nicht zur Folge haben, dass diese ein Schliesssystem von mehreren tausend Franken finanzieren muss. Die Arbeitgeberin muss vielmehr vorausschauend dafür sorgen, dass ein Schlüsselverlust nicht zu derart hohen Kosten führen kann. In casu musste die Arbeitnehmerin von einem Schaden von Fr. 6'000.-- einen Anteil von Fr. 500.-- übernehmen.**

R. S. arbeitete während einiger Jahre im Betrieb ihres Ehemannes, U. S., den dieser in Form von zwei Aktiengesellschaften, der X. AG und der Y. AG, führte. Die Ehefrau war auch Mitglied des Verwaltungsrates in beiden Gesellschaften. Zum Jahreswechsel 2000/2001 kam es zwischen den Ehegatten zum Zerwürfnis, was auch das Ende der Tätigkeit von R. S. im Betrieb ihres Ehemannes bedeutete. Am 2. Januar 2001 fand in den dortigen Geschäftsräumen eine tätliche Auseinandersetzung zwischen U. S. und seiner Ehefrau sowie deren Mutter statt. Am 9. Januar 2001 kam es zu einem weiteren Auftritt am S...weg 20, der damit endete, dass R. S. mit Hilfe zweier Bodyguards aus den Büroräumlichkeiten befördert wurde. In der Folge verlangten die Gesellschaften von R. S. die Rückgabe der Geschäftsschlüssel. Da eine solche

nicht erfolgte, wurden vorerst eine provisorische Schliessanlage angebracht und Offerten für eine definitive Lösung eingeholt.

Mit Klage vom 12. Februar 2002 beim Gewerblichen Schiedsgericht beehrten die X. AG und die Y. AG die Verurteilung von R. S. zur Zahlung von Fr. 7'734.15, entsprechend den Kosten der provisorischen Schliessanlage sowie jener für die noch vorzunehmende definitive Lösung. In der Verhandlung vom 6. Mai 2002 trat das Gewerbliche Schiedsgericht auf die Klage der Y. AG nicht ein. Die Klage der X. AG wurde im Umfang von Fr. 500.-- gutgeheissen, die Mehrforderung abgewiesen. Das Gericht ging von einem nachgewiesenen Schaden von Fr. 6'000.-- und einem Einkommen der Arbeitnehmerin von Fr. 4'000.-- netto aus. Auf Beschwerde der X. AG und der Y. AG hat das Appellationsgericht mit Urteil vom 22. Oktober 2002 den erstinstanzlichen Entscheid bestätigt, wobei es was folgt ausführte:

"[...] 3. Die Beschwerdeführerinnen [X. AG und Y. AG] argumentieren, sie seien aufgrund der fehlenden Rückgabe des Geschäftsschlüssels gezwungen gewesen, die gemeinsamen Geschäftsräumlichkeiten durch das Auswechselln der Zylinder provisorisch vor unerlaubtem Eindringen zu schützen. Da die Beschwerdegegnerin [R. S.] zudem ihre Büroräumlichkeiten nicht geräumt habe, hätten auch die Büromöbel gewaltsam geöffnet und geleert werden müssen. Der Eigentümer der Mietliegenschaft der Beschwerdeführerinnen sei über das Provisorium informiert, verlange aber als definitive Lösung entweder die Beibringung aller Schlüssel oder die Ersetzung des Schliesssystems durch ein gleichwertiges. Damit verbunden wäre die Anschaffung neuer Zylinder und Schlüssel für die gesamte Liegenschaft (Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen sowie neun Privatwohnungen). Die anfallenden Kosten würden sich auf CHF 6'380.10 belaufen.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, einen Geschäftsschlüssel erhalten, diesen jedoch nicht zurückgegeben zu haben. Ihr Rechtsvertreter hat dem Vertreter der Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 17. Oktober 2001 sogar erklärt, nachdem die Schlösser ausgewechselt worden seien, habe die Beschwerdegegnerin "keinen Anlass, den Schlüssel zu behalten und besitzt diesen nicht mehr. Der Schlüssel würde Ihrem Klienten auch nichts mehr nützen". In der Hauptverhandlung hat der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin geltend gemacht, er habe seine Aussage gegenüber dem klägerischen Anwalt bereits früher mündlich dahingehend richtiggestellt, dass es sich um ein Missverständnis zwischen ihm und seiner Mandantin gehandelt habe. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführt, ist dies nicht bestritten worden (Protokollabschrift S. 2 und 3). Von einem schweren Verschulden der Beschwerdegegnerin am Verlust des Schlüssels war somit nicht auszugehen. Steht aber einerseits fest, dass die Beschwerdegegnerin einen Geschäftsschlüssel besessen, diesen aber nicht zurückgegeben hat, und sind andererseits die näheren Umstände des Verlusts nicht mehr feststellbar, durfte die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen, die Beschwerdegegnerin treffe an der Verletzung ihrer Rückgabepflicht ein leichtes Verschulden, was eine Ersatzpflicht im Umfang von CHF 500.-- begründe.

Schlüssel, auch Geschäftsschlüssel, können verloren gehen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht erwogen, der Schlüsselverlust eines Angestellten dürfe nicht zur Folge haben, dass dieser anschliessend

mit einer Schadenersatzforderung in Höhe von mehreren tausend Franken für ein neues Schliesssystem konfrontiert wird. Die Arbeitgeberin hätte vielmehr vorausschauend dafür sorgen müssen, dass ein Schlüsselverlust nicht zu derart hohen Kosten führen kann [...]. Die Beschwerdeführerinnen setzen sich mit diesen (zutreffenden) Argumenten nicht auseinander. Insofern genügt ihre Beschwerde auch den gesetzlichen Anforderungen (Rüge- und Substantiierungslast) nicht. [...]"

(AGE vom 22.10.2002 in Sachen X. AG und Y. AG gegen R.S.; GSGE vom 6.5.2002 in Sachen X. AG und Y. AG gegen R.S., GS 2002/68)

**2.4.3. Art. 321e OR. Eine grössere Arbeitsbelastung ist solange kein Vermögensschaden, als deswegen keine Kunden abgewiesen werden müssen und dadurch kein Gewinn entgeht. Ein Schaden liegt bei Gratisreparaturen vor, die durch das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nötig werden. In casu war eine Reduktion der Haftung eines Automechanikers auf die Hälfte des Schadens angemessen, weil die Arbeitgeberin schon bei dessen Einstellung wusste, dass dieser offensichtlich wenig qualifiziert ist, und ihn deshalb stärker hätte instruieren und überwachen müssen. Zudem hatte sich dieser Umstand denn auch auf den vereinbarten Lohn ausgewirkt.**

B. war seit dem 1. Juni 2000 bei der Z. AG als Automechaniker angestellt. Das Arbeitsverhältnis ist infolge Kündigung durch den Arbeitnehmer per 31. März 2001 zu Ende gegangen. Am 4. Oktober 2001 reichte B. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage gegen seine frühere Arbeitsgeberin ein, womit er deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 6'454.40 brutto beantragte. Anlässlich einer ersten Hauptverhandlung vom 19. Dezember 2001 machte die Z. AG Ersatz für einen durch das Verhalten von B. erlittenen Schaden von über Fr. 10'000.-- geltend. In der zweiten Hauptverhandlung vom 18. April 2002 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die Z. AG zur Zahlung von Fr. 5'253.65 netto an ihren ehemaligen Arbeitnehmer. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus Fr. 3'120.-- netto 13. Monatslohn pro rata und Fr. 2'633.65 netto Überstundenentschädigung. Zudem ist darin ein Abzug von Fr. 500.-- als Schadenersatz berücksichtigt. Die von der Z. AG gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 26. August 2002 abgewiesen, wobei es zu Begründung was folgt ausführte:

"[...] 4. a) Die Beschwerdeführerin [Z. AG] hat in der ersten Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts geltend gemacht, sie habe durch den Beschwerdegegner einen Schaden von mindestens CHF 10'000.-- erlitten, weil Herr Z., der Inhaber der Z. AG, oft vom Beschwerdegegner [B.] fehlerhaft ausgeführte Reparaturen ein zweites Mal habe ausführen müssen. Es habe dadurch immer wieder viel Zeit zusätzlich aufgewendet werden müssen, wodurch der Beschwerdeführerin ein Schaden entstanden sei.

b) Ein Schaden im Rechtssinne liegt vor bei einer unfreiwilligen Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann (vgl. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2.

Auflage, Bern 2000, N 14.03). Es handelt sich um die Differenz zwischen dem im massgebenden Zeitpunkt wirklich vorhandenen Vermögen des Betroffenen und dem rechnermässig zu ermittelnden Betrag, den sein Vermögen aufweisen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (BGE 116 [1990] II 441, E. 2c S. 443 f.). Eine grössere Arbeitsbelastung des Inhabers einer Garage als Folge des Fehlverhaltens seines Angestellten bedeutet noch keinen Vermögensschaden und demnach keinen Schaden im Rechtssinne, solange deswegen nicht andere Kunden aus Zeitmangel abgewiesen werden müssen und der Garage dadurch Gewinn entgeht. Dies war im vorliegenden Fall, wie sich in der Verhandlung der Vorinstanz ergab, nicht der Fall [...].

Ein Schaden im oben erwähnten Sinne ist der Beschwerdeführerin hingegen dadurch entstanden, dass sie für zwei - wegen einer durch den Beschwerdegegner fehlerhaft vorgenommenen Reparatur verärgerte - Kunden als Entschädigung Gratisreparaturen im Wert von CHF 1'000.-- vornehmen muss. Dadurch entgeht ihr ein Gewinn in diesem Umfang. Abgesehen von diesem einen Fall hat die Beschwerdeführerin weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Beschwerde eine konkrete Vermögenseinbusse durch zusätzliche Ausgaben oder entgangenen Gewinn dargetan. Ein solcher ergibt sich auch nicht aus den Aussagen der in der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts befragten Zeugen oder aus dem Schreiben des Autogewerbe-Vereins vom 22. März 2001, welches lediglich auf die nicht beweisbaren Angaben der Beschwerdeführerin abstellt. Die Vorinstanz hat somit den Vermögensschaden, den die Beschwerdeführerin infolge fehlerhafter Reparaturen durch den Beschwerdegegner erlitten hat, zu Recht mit CHF 1'000.-- beziffert.

c) Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR haftet der Arbeitnehmer für den Schaden, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Haftung des Beschwerdegegners gemäss Art. 321e Abs. 2 OR auf die Hälfte des von der Beschwerdeführerin erlittenen Schadens reduziert mit der Begründung, sein Verschulden wiege nicht sehr schwer angesichts des Umstands, dass er erst seit kurzer Zeit in der Autobranche arbeitete und dies der Arbeitgeberin bekannt war. Dass der Beschwerdegegner nicht für den ganzen Schaden der Arbeitnehmerin aufkommen muss, erscheint richtig und sachgerecht. Die Beschwerdeführerin betont in der Replik selbst, dass sie bei der Einstellung des Beschwerdegegners darüber orientiert gewesen sei, dass dieser bei früheren Arbeitgebern immer wieder Probleme gehabt habe und dass er als Automechaniker offensichtlich wenig qualifiziert sei. Sie habe ihn lediglich deshalb nicht schon nach der Probezeit wieder entlassen, weil sie - wie sie der Mutter des Beschwerdegegners seinerzeit versprochen habe - ihm eine Chance habe bieten wollen. Es war ihr demnach schon bei Vertragsabschluss bekannt, dass sie den Beschwerdegegner stärker als einen durchschnittlichen Automechaniker instruieren und kontrollieren muss. Dieser Umstand beeinflusste naturgemäss auch die konkreten Vertragsbedingungen, namentlich den Lohn. Dementsprechend durfte die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner nicht die gleiche Sorgfalt erwarten wie von einem erfahrenen Fach-

mann und muss sich als die Haftung reduzierendes Selbstverschulden anrechnen lassen, dass sie ihn nicht seinen Fähigkeiten und ihr bekannten Eigenschaften (Unzuverlässigkeit) entsprechend angeleitet und überwacht hat (vgl. Staehelin, Zürcher Komm. V 2 c, Zürich 1996, Art. 321e OR N 30; Brühwiler, Komm. zum Einzelarbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. 1996, Art. 321e OR N 10). Die von der Vorinstanz vorgenommene Haftungsreduktion um die Hälfte erscheint deshalb nicht nur nicht willkürlich, sondern den Umständen angemessen. [...]"

(AGE vom 26.8.2002 in Sachen Z. AG gegen B.; GSGE vom 18.4.2002 in Sachen B. gegen Z. AG, GS 2001/365)

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

**2.5.1. Art. 322d Abs. 1 OR. Die Gratifikation als grundsätzlich freiwillige Sondervergütung. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt verliert nicht einfach an Wirkung, weil er über Jahre hinweg angebracht wird. Die Pflicht zur Gleichbehandlung wehrt dem Arbeitgeber nicht, bei der Entrichtung der Gratifikation nach sachgemässen Gründen zu differenzieren, hingegen verbietet sie ihm, willkürliche und diskriminierende Gründe anzuwenden. Die Unterscheidung, ob der Arbeitsvertrag gekündigt ist oder nicht, ist ein sachliches und vernünftiges Kriterium für die Ausrichtung der Gratifikation. Die Mitteilung darüber braucht nicht jährlich wiederholt zu werden, wenn sie sich inhaltlich nicht bloss auf ein Jahr bezieht.**

N. war aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 21. Dezember 1988 seit dem 16. März 1989 Mitarbeiter der Bank X., welche ihn am 1. Februar 1992 zum Prokuristen beförderte. Per 31. Dezember 2000 kündigte er selber das Arbeitsverhältnis. Sein Jahreslohn betrug im ersten Dienstjahr Fr. 75'400.-- brutto inkl. 13. Monatslohn und erhöhte sich auf rund Fr. 132'000.-- brutto im letzten Jahr der Anstellung. Im Arbeitsvertrag war keine Gratifikation vorgesehen. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde N. aber jährlich eine Gratifikation ausbezahlt, die im ersten Dienstjahr (für 9 ½ Monate) Fr. 3'600.-- brutto betrug und sich bis zum Jahr 1999 auf Fr. 30'000.-- brutto erhöhte. Ausser für das Jahr 1998 brachte die Arbeitgeberin bei der Auszahlung der Gratifikation jeweils den Vorbehalt der Freiwilligkeit an. Zudem wies sie auch darauf hin, dass Angestellte in gekündigter Position keine Gratifikation zugut hätten. Dieser letzte Hinweis unterblieb in den Jahren 1992 und 1993 sowie ab 1996. Für das Jahr 2000 erhielt N. keine Gratifikation mehr, und zwar unter Hinweis auf den Freiwilligkeitsvorbehalt sowie darauf, dass Arbeitnehmern im gekündigten Arbeitsverhältnis keine solche Leistung ausbezahlt würde. Dasselbe galt mit Ausnahme von vier Angestellten für alle 145 Mitarbeiter, die im relevanten Zeitraum aus dem Betrieb der Bank X. austraten.

Mit Teilklage vom 26. September 2001 beantragte N. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Bank X. zur Zahlung von Fr. 30'000.-- brutto aus Gratifikation für das Jahr

2000 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Januar 2001. Mit Urteil vom 3. Dezember 2001 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von Fr. 21'333.-- netto nebst 5 % Zins seit dem 26. September 2001 gut. Die Mehrforderung wurde abgewiesen.

Eine gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht durch die Bank X. eingereichte Beschwerde wurde am 7. Juni 2002 aus folgenden Erwägungen gutgeheissen:

"[...] 2. Die Vorinstanz begründet den angefochtenen Entscheid in ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2002 im Wesentlichen wie folgt: Zunächst wird darauf verwiesen, dass die so genannten Gratifikationszahlungen der Beschwerdeführerin [Bank X.] an den Beschwerdegegner [N.] im Laufe der Jahre stetig angestiegen seien. Während der Grundlohn ab 1995 real stagniert habe, habe die Gratifikation im Jahr 1999 drei vollen Monatslöhnen entsprochen. Es sei fraglich, ob hier überhaupt noch eine Gratifikation vorliege oder ob es sich nicht vielmehr um einen Lohnbestandteil handle, da die Zahlung mit der Rechtsnatur der Gratifikation als „Zustupf“ kaum zu vereinbaren sei. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat diese Frage jedoch offen gelassen und erwogen, der Anspruch des Beschwerdegegners sei auch dann zu bejahen, wenn man die eingeklagte Forderung nicht als Bonus, sondern als Gratifikation qualifiziere. Daran vermöge weder die fehlende schriftliche Vereinbarung noch der regelmässige Hinweis auf die Freiwilligkeit der Zahlung etwas zu ändern. Der Freiwilligkeitsvorbehalt sei denn auch nie in Anspruch genommen worden und die Gratifikationszahlungen seien von Jahr zu Jahr erhöht worden. Spätestens seit 1997, als die Gratifikation mehr als 2 ½ Monatslöhne ausgemacht habe, wäre eine Reduktion oder gar Streichung der Zahlungen kaum mehr vorstellbar gewesen. Ob nicht geradezu eine stillschweigende Abrede des Inhalts zustande gekommen sei, dass im Grundsatz Anspruch auf Gratifikation bestehe, hat die Vorinstanz aber ebenfalls offen gelassen. Sie geht jedoch davon aus, der Beschwerdegegner habe das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund des Vertrauensprinzips so verstehen dürfen, dass ein Anspruch auf Gratifikation bestehe, von welchem Angestellte in gekündigter Stellung ab 1996 nicht mehr ausdrücklich ausgenommen worden seien. Eine weitere Rechtsgrundlage für den Gratifikationsanspruch sei das Gleichbehandlungsgebot. Die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern in gekündigter und solchen in ungekündigter Position sei nur teilweise gerechtfertigt. Ersteren könne nur derjenige Teil der Gratifikation, welcher der Motivation zu guten künftigen Leistungen dient (Anspornfunktion), verwehrt werden. Bezüglich der Anerkennung geleisteter Dienste (Abgeltungsfunktion) müsse die Gratifikationszahlung Mitarbeitern in gekündigter Position ebenso zukommen wie den Übrigen. Ausgehend von der Tatsache, dass die Gratifikation im Falle des Beschwerdegegners in den Vorjahren jeweils um CHF 2'000.-- angestiegen sei und zuletzt CHF 30'000.-- betragen habe, sei für das Jahr 2000 bei ungekündigter Stellung von einer Zahlung von CHF 32'000.-- auszugehen. Dieser Betrag sei um einen Drittel zu kürzen, entsprechend der Basler Praxis, die einen Abzug in dieser Höhe bei zugesicherten Gratifikationen zulasse.

3. Die Gratifikation ist ein Entgelt des Arbeitgebers, welches den Arbeitnehmern meist jährlich ausbezahlt wird und an bestimmte Anlässe gebunden ist. Es handelt sich dabei um eine Sondervergütung, die zusätzlich zum Lohn ausbezahlt wird und einerseits geleistete Arbeit honorieren, andererseits zu guten künftigen Arbeitsleistungen motivieren will. Um diese Unterscheidung zu verdeut-

lichen, wird auch von Leistungs- und Motivationsbonus gesprochen (ZR 99 [2000] Nr. 74). Grundsätzlich ist die Gratifikation eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers, weshalb ein Rechtsanspruch auf deren Ausrichtung lediglich dann besteht, wenn dies mit dem Arbeitnehmer entsprechend vereinbart wurde (Art. 322d Abs. 1 OR). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es dem Arbeitgeber allerdings, einzelne Arbeitnehmer ohne sachliche Gründe von der Gratifikationsleistung auszuschliessen oder sie in der Höhe der Zahlung zu benachteiligen. Hingegen ist es zulässig, die Gratifikation an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages kann eine Gratifikationsabrede auch stillschweigend getroffen werden: Es kann hierfür die mehrmalige, regelmässige und vorbehaltlose Zahlung einer Gratifikation genügen, nach einem Teil der Lehre ebenso die jahrzehntelange Ausrichtung einer Gratifikation, trotz regelmässigem - aber nie in Anspruch genommenem - Vorbehalt der Freiwilligkeit (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1992, N 5 zu Art. 322d OR; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. A., Basel 1994, S. 114; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 322d OR).

4. Die Vorinstanz hat die Frage offen gelassen, ob die Gratifikationszahlungen der Beschwerdeführerin als Lohnbestandteil zu qualifizieren sind. Sie hat immerhin festgehalten, die sprunghafte Erhöhung der Gratifikation bei gleichzeitiger Stagnation des Grundlohnes lege den Schluss nahe, jene könne aufgrund ihrer Höhe von bis zu drei Monatslöhnen kaum mehr mit der Rechtsnatur der Gratifikation als "Zustupf" vereinbart werden. Das Verhältnis zwischen Grundlohn und Gratifikation ist für deren rechtliche Einordnung indessen nicht von entscheidender Bedeutung. Es ist nichts Aussergewöhnliches, dass die Gratifikation bei höheren Angestellten in leitender Stellung einen erheblichen Teil des Jahresgehalts ausmacht und gelegentlich sogar ein Jahresgehalt weit übersteigt (so bereits Helmuth Stofer, Die wirtschaftliche Bedeutung der Gratifikation, in: BJM 1960, S. 225). Daraus, dass im vorliegenden Fall die Gratifikation im Verlaufe der Jahre im Verhältnis zum Grundlohn stark angestiegen ist, kann somit nicht geschlossen werden, dass die Gratifikation allmählich den Charakter eines echten Lohnbestandteils erlangt hat.

5. a) Im Arbeitsvertrag vom 21. Dezember 1988 haben die Parteien lediglich das Anfangssalär von CHF 75'400.--, aufgeteilt in 13 Monatslöhne, sowie eine Kinderzulage von CHF 100.-- pro Monat vereinbart. Einen Anspruch auf weitergehende Leistungen enthielt der Arbeitsvertrag nicht. Eine ausdrückliche Vereinbarung einer Gratifikation liegt damit nicht vor.

b) Eine stillschweigende Vereinbarung der Gratifikation bestreitet die Beschwerdeführerin mit der Begründung, sie habe jede Gratifikationszahlung mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehen. Während des fast zwölfjährigen Anstellungsverhältnisses mit dem Beschwerdegegner habe sie einzig für das Jahr 1988 [recte: 1998] den Vorbehalt versehentlich nicht angebracht, was für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung jedoch nicht ausreiche. Die Vorinstanz hat aus dem einmaligen Vergessen des Freiwilligkeitsvorbehalts zu Recht nichts zu Gunsten des Beschwerdegegners abgeleitet. Allerdings ist sie der Meinung, dass selbst der regelmässige Hinweis auf die Freiwilligkeit der Gratifikationsleistung das Entstehen eines Anspruchs nicht in jedem Falle auszuschliessen vermöge. Teilweise wird diese Meinung auch in der Literatur vertreten (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 322d OR; ebenso Staehelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 322d OR; a.M.: Rehbinder, Berner

Kommentar, N 8 zu Art. 322d OR). Dazu ist jedoch zu bemerken, dass STAEHELIN - wie im Übrigen auch die Vorinstanz - von einer *jahrzehntelangen* regelmässigen Ausrichtung einer Gratifikation spricht. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Ohnehin ist die Argumentation mit dem Wirkungsverlust des Freiwilligkeitsvorbehalts aber auch nicht überzeugend: Der Vorbehalt der Freiwilligkeit "verblasst" nicht einfach deshalb, weil er über Jahre hinweg angebracht wird. Was sollte der Arbeitgeber sonst tun, wenn er nicht riskieren will, dass man ihm nach Ablauf einer genügenden Anzahl von Jahren vorhalten kann, mit der regelmässigen Zahlung über Jahre hinweg sei dem Arbeitnehmer ein Anspruch erwachsen? Ist der Arbeitgeber während mehrerer Jahre in der Lage und gewillt, seinen Mitarbeitern eine Gratifikation auszubezahlen, müsste er lediglich deshalb zwischendurch auf die Auszahlung verzichten, um seinem Freiwilligkeitsvorbehalt Nachdruck zu verleihen. Damit wäre den Interessen der Arbeitnehmer kaum gedient. Die Auffassung ist auch deshalb abzulehnen, weil sie in sich widersprüchlich ist: So wird einerseits der Anspruch auf Gratifikation aufgrund langjähriger Ausrichtung trotz Freiwilligkeitsvorbehalts bejaht. Andererseits soll der Arbeitgeber auf deren Zahlung aber verzichten dürfen, wenn die wirtschaftliche Situation des Unternehmens eine Ausgabenkürzung verlangt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 322d OR). Weshalb ein feststehender Anspruch von der momentanen wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens abhängen soll, ist aber nicht einsehbar.

6. a) Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin den in der erstinstanzlichen Verhandlung angehörten Zeugen R. und A. sowie zwei nicht als Zeugen aufgetretenen ehemaligen Angestellten trotz gekündigter Arbeitsverhältnisse eine Gratifikation ausbezahlt hatte (wobei einer der beiden hier nicht namentlich Genannten erst nach Auszahlung der Gratifikation gekündigt hatte), ist vorliegend ohne Bedeutung. Hierfür spricht schon die nicht widerlegte Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die erwähnten vier Mitarbeiter die Einzigen von den insgesamt 145 ausgetretenen Festangestellten gewesen seien, die zwischen Januar 2000 und November 2001 eine Gratifikation ausbezahlt erhalten haben [...]. Eine solche Besserstellung einzelner Mitarbeiter ist zulässig und tangiert den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht (statt vieler: Rehbindler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 322d).

b) Nach Auffassung der Vorinstanz sind austretende und verbleibende Angestellte insofern in der gleichen Lage, als es um den leistungsbezogenen Teil der Gratifikation geht (vgl. E. 3 hiervor). Dieser Abgeltungsbonus sei daher unabhängig vom Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses geschuldet. Er soll zwei Drittel der Gratifikation umfassen, während ein Drittel dem "Motivationsbonus" entspricht (Vernehmlassung S. 9 m.H. auf BJM 2001 S. 67 f., wo sich eine entsprechende Äusserung aber im Rahmen einer blossen Willkürprüfung auf "*zugesicherte* Gratifikationen bei gekündigten Arbeitsverhältnissen" bezog).

Die Ausrichtung einer Gratifikation kann im Rahmen der Vertragsfreiheit an bestimmte Bedingungen geknüpft werden (ZR 99 [2000] Nr. 74; Rehbindler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 322d OR). Der Arbeitgeber hat allerdings eine gewisse Pflicht zur Gleichbehandlung. Diese ist hinsichtlich der Gratifikation indessen kein selbständiges Prinzip und darf in ihrer Bedeutung auch nicht überschätzt werden. Dies hat die Vorinstanz verkannt. Dem Arbeitgeber ist es nicht verwehrt, bei der Entrichtung einer Gratifikation nach sachgemässen Gründen zu differenzieren. Dies darf nur nicht aus willkür-

lichen oder gar diskriminierenden Gründen geschehen (Rehbinder, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 322d OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 322d OR). Die Unterscheidung, ob ein Anstellungsverhältnis gekündigt oder ungekündigt ist, ist für die Ausrichtung einer Gratifikation ein sachliches und vernünftiges Kriterium, welches nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstösst (ZR 99 [2000] Nr. 74).

Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beschwerdeführerin, wie erwähnt, stets auf die Freiwilligkeit ihrer Leistung hingewiesen und zudem generell klargelegt hat, dass eine Ausrichtung der Gratifikation im gekündigten Arbeitsverhältnis nicht erfolge. Unter diesen Umständen bleibt kein Raum für die Zuerkennung eines Anspruchs mit der Begründung, Mitarbeiter im gekündigten Verhältnis hätten den Leistungsbonus ebenso verdient wie diejenigen in ungekündigter Position.

c) Der Beschwerdeführerin gereicht auch nicht zum Nachteil, dass die – mit Ausnahme von 1992 und 1993 [...] – jährlich erfolgte Mitteilung, Angestellte in gekündigter Position erhielten keine Gratifikation ausbezahlt [...], ab 1996 unterblieb. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Schreiben vom 28. Juni 1994 [...] generell und verbindlich ihre Geschäftspolitik in Bezug auf Gratifikationen dargelegt und damit klar kundgetan, dass solche nur an Mitarbeiter in ungekündigtem Arbeitsverhältnis ausgerichtet würden. Dieses Schreiben wurde allen Mitarbeitern zugestellt und bezieht sich inhaltlich nicht nur auf ein einziges Kalenderjahr. Der Mitteilung kam damit generelle Verbindlichkeit zu, ohne dass jedes Jahr neu darauf hingewiesen werden musste. Weshalb der Beschwerdegegner nach Treu und Glauben gleichwohl hätte annehmen dürfen, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses stehe der Auszahlung einer Gratifikation nicht entgegen, ist nicht ersichtlich. Der von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang zitierte Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich ist unbehelflich, betraf dieser doch einen Sachverhalt, bei dem der Bonus gerade nicht an die Bedingung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft war (ZR 99 [2000] Nr. 74).

d) Die Vorinstanz ist schliesslich der Meinung, die Vereinbarung eines Verzichts auf Gratifikationszahlung im Falle des gekündigten Arbeitsverhältnisses hätte wie jede andere Vereinbarung eines entsprechenden Konsenses im Sinne von Art. 1 OR bedurft. Wäre eine Gratifikation im Arbeitsvertrag vorbehaltlos vereinbart worden, würde dies zutreffen. Stellt der Arbeitgeber indessen, wie vorliegend, klar, dass seine Leistungen freiwillig erfolgen und überdies nur unter einer bestimmten Voraussetzung, ist nicht ersichtlich, weshalb es für den Verzicht auf eine freiwillige Leistung einer einvernehmlichen Vereinbarung zwischen den Parteien bedarf. [...]"

(AGE vom 7.6.2002 in Sachen Bank X. gegen N.; GSGE vom 3.12.2001 in Sachen N. gegen Bank X., GS 2001/357)

**2.5.2. Art. 322d OR. Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung handelt oder darauf ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann durch konkludentes Verhalten entstehen, beispielsweise durch vorbehaltlose Ausrichtung während drei aufeinanderfolgender Jahre. Die Entschädigung des Arbeitnehmers für seine Arbeit kann nicht ausschliesslich in einer freiwilligen Gratifikation bestehen. Ob eine freiwillige Gratifikation unter diesem Aspekt Lohncharakter hat, hängt von der Gesamthöhe des Einkommens, von der Höhe von Lohn und Gratifikation sowie von der Regelmässigkeit ab, mit der die Gratifikation bezahlt wird. Eine einmalige versehentliche Unterlassung des Freiwilligkeitsvorbehalts kann nicht zu einer stillschweigenden Vereinbarung eines Anspruchs führen. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird. Dies kann der Fall sein, wenn der Vorbehalt nie in Anspruch genommen wird, obwohl dazu Anlass bestanden hätte. Wenn ein Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besserstellt, liegt darin für die anderen kein Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot (Gleichbehandlungsgrundsatz). Ein solches Verhalten kann zur Folge haben, dass die anderen Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen.**

Eine gegen das Urteil des Appellationsgerichts (siehe Ziffer 2.5.1.: S. 22) beim Bundesgericht erhobene Berufung hat dieses am 17. Dezember 2002 mit folgender Begründung abgewiesen:

"[...] 1. Das Appellationsgericht wies die Klage ab, weil die streitigen Beträge nicht eigentlichen Lohn, sondern eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstellten, deren Ausrichtung auch nicht stillschweigend vereinbart worden sei. Weder ihre Höhe im Verhältnis zum Lohn noch die Regelmässigkeit ihrer Ausrichtung widerspreche dem Charakter einer Gratifikation. Wohl habe die Beklagte über Jahre hinweg eine solche ausgerichtet. Sie habe aber regelmässig ausdrücklich festgehalten, dass es sich um eine freiwillige Leistung handle. Entsprechend habe sie die Ausrichtung im Rahmen der Vertragsfreiheit an bestimmte Bedingungen knüpfen dürfen, namentlich, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt sei. Schliesslich verletze auch der Umstand, dass in der Vergangenheit in einzelnen Fällen auch Mitarbeitenden in gekündigter Stellung eine Gratifikation ausgerichtet worden sei, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht. Der Kläger sieht darin eine falsche Auslegung des Bundesrechts, namentlich von Art. 322d OR. Er rügt damit eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 Abs. 1 und 2 OG. Auf die Berufung ist insoweit einzutreten.

2. Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird (Stahelin, Zürcher Kommentar, N. 2 f. zu Art. 322d OR). Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Ein im voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar (BGE 109 [1983] II 447 E. 5c S. 548; Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 3139 ff.). Umgekehrt darf aber nicht geschlossen werden, dass jede variable Vergütung eine Gratifikation wäre. Je nach dem, was die Parteien konkret vereinbart haben, handelt es sich vielmehr entweder um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR, der gemäss Art. 322a

OR variabel ausgestaltet sein kann, oder um eine Gratifikation (vgl. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 3 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 9 zu Art. 322 OR, N. 4 zu Art. 322d OR; Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 115 f.).

Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages (Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002, E. 4b; Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR; Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel 1997, N. 5 zu Art. 322d OR; Tercier, a.a.O., Rz. 3142; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1 III, Basel 1994, S. 114; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR; vgl. auch Gottlieb Delbrück, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Diss. Basel 1981, S. 57 ff.). Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.359/1995 vom 6. Dezember 1995, E. 2, JAR 1997 S. 124; Staehelin, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Rehbinder, Berner Kommentar, N. 6 f. zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 322d OR; Wyler, a.a.O., S. 120; vgl. auch die kantonalen Urteile in JAR 1999 S. 156, JAR 1998 S. 148 f., JAR 1996 S. 150 ff., JAR 1995 S. 107, JAR 1994 S. 145 f.). Die Einigung kann allerdings auch nur den Grundsatz betreffen haben, dass eine Gratifikation auszurichten ist. Dann kann der Arbeitgeber unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbar Kriterien ausrichten (Staehelin, a.a.O., N. 24 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 16 zu Art. 322d OR).

2.1 Der Kläger macht geltend, zur Unterscheidung zwischen einem Lohnbestandteil und einer Gratifikation komme es nicht bloss auf den Parteiwillen an. Eine Gratifikation könne als zusätzliches Entgelt oder Akzessorium zum Lohn immer nur eine Leistung darstellen, die neben dem Lohn ausgerichtet werde. Übersteige ihr Betrag, wie vorliegend, ein gewisses Mass, liege keine Gratifikation, sondern Lohn vor. Es ist in der Tat mit dem Charakter der ganz oder teilweisen Freiwilligkeit der Gratifikation nicht vereinbar, dass bei einem Arbeitsvertrag die Entschädigung ausschliesslich in einer Gratifikation besteht. Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin muss sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht. Entsprechend ist die Gratifikation eine Sondervergütung, die zum Lohn hinzutritt (Staehelin, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR). Die Lehre folgert richtig, dass es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird (Staehelin, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR). Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Fraglich erscheint allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen ist. Diese kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Es liegt

auf der Hand, dass bei einem niedrigen Einkommen schon ein (auch relativ) kleiner Einkommensunterschied sehr viel mehr Bedeutung haben wird, als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen (Delbrück, a.a.O., S. 76 f.). Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosser Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben ist, hängt überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt. Auch deshalb lässt sich keine allgemeine Schranke für die Höhe der Gratifikation festsetzen. Immerhin erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn.

Wie der Kläger selber festhält, waren die im vorliegenden Fall als Gratifikation ausbezahlten Beträge durchwegs wesentlich geringer. Sie erreichten bis zu einem Viertel des Jahresgehalts. Dieses lag seinerseits ab dem vierten Dienstjahr über Fr. 100'000.-- und kann damit nicht als bescheiden bezeichnet werden. Die Höhe der ausgerichteten Beträge spricht somit nicht gegen eine Gratifikation.

2.2 Weiter hält der Kläger dafür, die Gratifikation sei vorliegend vereinbart, weil sie Jahrzehnte lang ausgerichtet worden sei.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) richtete die Beklagte während der zwölfjährigen Dauer des Arbeitsverhältnisses zwar immer eine Gratifikation aus, wenn auch in unterschiedlicher Höhe. Die Ausrichtung erfolgte indessen nicht vorbehaltlos. Mit Ausnahme des Jahres 1988 [recte: 1998] brachte die Beklagte immer den Vorbehalt an, dass die Ausrichtung freiwillig erfolge. Aus dem einmaligen Unterlassen des Freiwilligkeitsvorbehalts kann der Kläger nichts für seinen Standpunkt ableiten. Wie beide kantonalen Instanzen zu Recht festhalten, kann eine einmalige, versehentliche Unterlassung des Vorbehalts noch nicht zu einer stillschweigenden Vereinbarung führen.

2.3 Der Kläger macht zudem mit Verweis auf eine in der Literatur vertretene Meinung geltend, eine stillschweigende Vereinbarung könne auch trotz Freiwilligkeitsvermerks zustande kommen, wenn die Gratifikation jahrzehntelang ausgerichtet worden sei.

Es trifft zu, dass es für den Inhalt eines Vertrages auf den tatsächlichen oder den objektiv übereinstimmenden Parteiwillen und nicht auf die von den Parteien gewählte unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise ankommt (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 128 [2002] III 265 E. 3a; 127 [2001] III 444 E. 1b S. 445; 126 [2000] III 119 E. 2a). Ein Vorbehalt der Freiwilligkeit ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird (Stahelin, a.a.O., N. 10 zu Art. 322d OR; Vischer, a.a.O., S. 114; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; a.M. Wyler, a.a.O., S. 121; Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, a.a.O., N. 14 zu

Art. 322d OR). Das rechtfertigt sich aber nur, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter (Brunner/Bühler/Waeber, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 322d OR; unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil 4C.284/1996 vom 7. Oktober 1997, E. 2a).

Vorliegend ist zwar nachgewiesen, dass die Gratifikation während des zwölf Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses immer ausgerichtet worden ist. Der Kläger hat aber in keiner Weise dargetan, warum die Arbeitgeberin in dieser Zeit bei einer freiwilligen Leistung einen Grund hätte haben sollen, auf eine Ausrichtung zu verzichten. Auch insofern sind somit die Voraussetzungen für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung nicht gegeben.

2.4 Es ergibt sich somit, dass es sich bei den von der Beklagten ausgerichteten Zusatzleistungen um freiwillige Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR handelte und der Kläger keinen Anspruch auf eine Gratifikation erworben hat.

3. Der Kläger macht schliesslich geltend, es widerspreche dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Beklagte anderen Arbeitnehmern beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eine Gratifikation ausgerichtet habe, ihm dies nun aber verweigere. Er verkennt dabei die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

3.1 Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (vgl. Kramer, Berner Kommentar, N. 20 zu Art. 19 OR). Mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt sind danach beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen (von Kaenel, Arbeitsrecht, St. Gallen/Lachen 1999, S. 57; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR, N. 5 zu Art. 322d OR und N. 12 zu Art. 328 OR; JAR 1985, S. 128).

Soweit es um freiwillige Sozialleistungen und Zulagen geht, finden sich in der Lehre und teilweise auch in der Rechtsprechung Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten des gleichen Arbeitgebers (Stahelin, a.a.O., N. 13 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR und N. 12 zu Art. 328 OR; Wyler, a.a.O., S. 559; Stahelin, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, BJM 1982 S. 66 f. [nachfolgend zit. als Stahelin, Gleichbehandlung]; JAR 1992 S. 287 f.). Solche Einschränkungen lassen sich aber stets nur sehr punktuell rechtfertigen (vgl. dazu Geiser, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Festschrift Rehbinder, Bern/München 2002, S. 39 ff.). Das Argument, der Arbeitgeber habe sich von angeblich "sachfremden Motiven" leiten lassen, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die ungleiche Behandlung als rechtswidrig erscheint (offenbar a.M. Gewerbliches Schiedsgericht Basel, Urteil vom 18. Juni 1990, JAR 1992 S. 287 f.). Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind. Diesen Grundsatz

schränkt die Rechtsordnung allerdings durch gewisse besondere Regelungen ein, wie sie etwa im Gleichstellungsgesetz, im Heimarbeitsgesetz oder in gewissen Staatsverträgen zu finden sind (Geiser, a.a.O., S. 39 ff.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; Staehelin, Gleichbehandlung, a.a.O., S. 62 ff.).

In der Lehre wird aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR), und aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen (Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 328 OR; Duc/Subilia, a.a.O., N. 23 zu Art. 322d OR; Brunner/Bühler/Waerber, a.a.O., N. 6 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR, N. 12 zu Art. 328 OR; Wyler, a.a.O., S. 560; Daniel Meyer, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1976, S. 109 ff., 127 f., 299). Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (Geiser, a.a.O., S. 45; vgl. auch Delbrück, a.a.O., S. 73). Eine solche kann von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (Rehbinder, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Geiser, a.a.O., S. 45; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR). Immerhin kann ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben, dass auch davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. Dann muss die Arbeitgeberin diese nur einzelnen Arbeitnehmern zgedachte begünstigende Behandlung auch den andern zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen ist (Geiser, a.a.O., S. 47 f.; vgl. auch Staehelin, a.a.O., N. 13 zu Art. 322d OR).

3.2 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz haben von weit über hundert in den Jahren 2000 und 2001 durch Kündigung aus den Diensten der Beklagten ausgetretenen Mitarbeitern nur einzelne im gekündigten Arbeitsverhältnis noch eine Gratifikation erhalten. Damit liegt kein Fall einer Benachteiligung eines Mitarbeiters gegenüber den anderen Mitarbeitern der Beklagten vor, sondern eine Begünstigung einzelner Arbeitnehmer, die ohne weiteres zulässig ist. Der Kläger macht nicht geltend und es ist auch nicht zu sehen, dass er aus der Ausrichtung von Gratifikationen oder Abgangsschädigungen an andere Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis auf eine entsprechende Vertragsänderung hätte schliessen dürfen. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Ausrichtung einer Gratifikation an einzelne Arbeitnehmer nach der Kündigung Kenntnis gehabt hätte. Schon insoweit fehlen die Voraussetzungen dafür, dass er nach Treu und Glauben auf eine entsprechende Vertragsänderung hätte vertrauen dürfen. [...]"

(BGE vom 17.12.2002 in Sachen Bank X. gegen N., 4C.269/2002 = BGE 129/2003 III 276)

## 2.6. Arbeitgeberverzug (Art. 324 OR)

**Art. 324 Abs. 1 OR. Da einer Physiotherapeutin, die ohne bestimmte Normalarbeitszeit angestellt war, während der Kündigungsfrist weniger Patienten zugewiesen wurden als zuvor im Monatsdurchschnitt während mehr als einem Jahr, schuldete ihr der Arbeitgeber den Lohn für die ausfallenden Arbeitsstunden.**

**Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Die Kündigung als Reaktion auf die berechtigte Forderung der Arbeitnehmerin nach Ausstellung von Lohnabrechnungen war missbräuchlich.**

**Art. 336a Abs. 2 OR. Bei der Bemessung der Entschädigung wird neu von drei (anstatt wie bisher von zwei) Monatslöhnen ausgegangen, um danach deren Höhe aufgrund der mildernden und erschwerenden Umstände im Verhalten der Parteien noch zu erhöhen bzw. zu senken (Praxisänderung).**

S. war seit dem 27. September 1999 bei Dr. B. als Physiotherapeutin angestellt. Im Arbeitsvertrag war keine bestimmte Normalarbeitszeit vereinbart. Der Lohn wurde mit 28 % des jeweils in einem Monat erbrachten Bruttoumsatzes angegeben und ein Lohnanspruch für Abwesenheiten jeglicher Ursache wegbedungen. Dr. B. überwies S. jeweils den von ihm errechneten Nettolohn, ohne darüber aber schriftlich abzurechnen. Der Vergleich zwischen den von S. selber berechneten Nettolöhnen und den ihr von Dr. B. überwiesenen Zahlungen ergab Lohndifferenzen von mehreren hundert Franken monatlich. Zudem weigerte sich Dr. B. die von S. verlangten detaillierten Lohnabrechnungen auszustellen. Nach Diskussionen unter den Parteien über mögliche Lohndifferenzen kündigte Dr. B. das Arbeitsverhältnis am 18. April 2001 per Ende des nachfolgenden Juni, wogegen S. vor Ende der Kündigungsfrist bei Dr. B. Einsprache erhoben hat. Während der Kündigungsfrist wies Dr. B. seiner Angestellten weniger Patientinnen und Patienten zur Behandlung zu als zuvor. Mit Klage vor dem Gewerblichen Schiedsgericht vom 11. Juli 2001 verlangte S. die Verurteilung von Dr. B. zur Zahlung von Fr. 29'999.-- brutto, wobei sie davon ausging, dass ihr gesamthaft Fr. 48'928.20 brutto zuzustünden. Darin enthalten waren Lohndifferenzen seit Beginn des Arbeitsverhältnisses, Ferienentschädigung für die gesamte Anstellung sowie eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen aus missbräuchlicher Kündigung. Nach Durchführung zweier Vorverfahren und dem nachfolgenden Widerruf zweier Vergleiche durch die Parteien verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht Dr. B. am 22. August 2002 zur Zahlung von Fr. 16'703.05 netto Lohnrestanzen und Fr. 11'148.-- netto, entsprechend drei Bruttomonatslöhnen, als Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung. Das Gericht hat dabei Folgendes erwogen.

Umstritten unter den Parteien waren namentlich der Lohn während der Kündigungsfrist sowie die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung.

Dr. B. wies der Klägerin im letzten Monat ihrer Anstellung keine neuen Patientinnen und Patienten zu, weil es diesen seiner Auffassung nach nicht zumutbar war, zunächst von S. und später von jemandem anderen behandelt zu werden. Es ergab sich daraus für S. eine deutliche

Minderbeschäftigung und -entlohnung. Im Arbeitsvertrag war kein bestimmtes Arbeitspensum zugesichert. S. sollte damit nach Arbeitsanfall eingesetzt werden. Während ihrer über einjährigen Anstellung hatte die Klägerin jedoch jeweils pro Monat mehr oder weniger gleich viele Stunden arbeiten können. Es wurde darin die stillschweigende Vereinbarung unter den Parteien erblickt, dass die Klägerin Anspruch auf eine Beschäftigung im Umfang dieser durchschnittlichen Stundenzahl erworben hatte (vgl. AGE vom 15.10.1999 in Sachen F. gegen D. SA., in Bericht des GS Ger über die Rechtsprechung 1998/1999, S. 55). Darauf konnte sie sich auch während der Kündigungsfrist berufen. Zudem wäre der mit der Kündigungsfrist verbundene Schutz illusorisch, wenn das Arbeitsvolumen auf diese Weise plötzlich und massiv herabgesetzt werden könnte (Pra. 88/1999 S. 607 E. baa). Dr. B. hatte deshalb die Stunden, in denen er sie nicht beschäftigen wollte, gleichwohl zu entschädigen. Die von ihm dazu vorgebrachten Gründe waren dem von einem Arbeitgeber selber zu tragenden Betriebsrisiko zuzurechnen (Art. 324 Abs. 1 OR).

Nach Art. 323b Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber über den verdienten Lohn eine schriftliche Abrechnung zu übergeben. Gleiches gilt, wenn als Lohn eine Provision vereinbart und nicht die Arbeitnehmerin vertraglich zur Aufstellung der Provisionsabrechnung verpflichtet ist (Art. 322c Abs. 1 OR). Zudem hat der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die für die Abrechnung massgebenden Bücher zu gewähren (Art. 322c Abs. 2 OR). Da Dr. B. trotz Aufforderung seitens von S. seiner Abrechnungspflicht nicht nachkam, stattdessen aber das Arbeitsverhältnis kündigte, lag ein Kausalzusammenhang zwischen einem berechtigten (gesetzlichen) Anspruch, den die Klägerin geltend machte, und der Kündigung auf der Hand. Dr. B. behauptete, dass vielmehr andere Umstände im Verhalten von S. zur Kündigung geführt hätten, konnte diese aber nicht beweisen. Damit war klarerweise eine nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR verpönte Rache Kündigung gegeben. Da das Arbeitsverhältnis von den Parteien auf die Einsprache von S. hin nicht fortgeführt wurde, stand S. eine Entschädigung nach Art. 336a Abs. 1 und 2 OR zu. Dabei ist das Gericht von einem Bemessungswert ausgegangen, der im Verlaufe des Rechtsprechungsjahres 2002 von zwei auf drei Monatslöhne erhöht wurde. Diese Erhöhung erklärt sich damit, dass das Gewerbliche Schiedsgericht für die Bemessung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung seit jeher im Grundsatz auf jene für die Entschädigung aus ungerechtfertigt fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR abgestellt hat. Dort wurde in Anlehnung an die Praxis des Zürcher Arbeitsgerichts ebenfalls von zwei Monatslöhnen als Ausgangswert ausgegangen (BJM 1998 S. 301 mit Hinweis). Nachdem diese Rechtsprechung jedoch zu Recht kritisiert worden war (BK-Rehbinder, Art. 337c OR N. 9, S. 166) und auch die Zahl der durch die Arbeitgeber zu Unrecht ausgesprochenen und dem Gericht zur Beurteilung vorgelegten fristlosen Kündigungen nicht abnahm, änderte das Gewerbliche Schiedsgericht seine Praxis (siehe unter Ziffer 2.10.4.3.5: S. 73). Entsprechend passte es auch seine Rechtsprechung bei den missbräuchlichen Kündigungen an. Sodann ist zu prüfen, ob dieser Ausgangswert unter Berücksichtigung mildernder und erschwerender Umstände im Verhalten beider Parteien zu reduzieren bzw. zu erhöhen ist (BK-Rehbinder, a.a.O.). Vorliegend haben sich allerdings diese

Umstände gegenseitig die Waage gehalten, so dass es bei einer Entschädigung von drei Monatslöhnen geblieben ist.

(GSGE vom 22.8.2002 in Sachen S. gegen Dr. B., GS 2001/249)

## 2.7. Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (Art. 324a OR)

### 2.7.1. Art. 324a OR. Der Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht auch bei Arbeitsunfähigkeiten aus vorbestehenden Leiden und parallel zu Ansprüchen gegen eine Drittperson als Unfallverursacher bzw. deren Haftpflichtversicherung. Im Umfang der Lohnfortzahlung besteht ein Rückgriffsrecht des Arbeitgebers auf den Unfallverursacher bzw. dessen Haftpflichtversicherung. Eine Modeberaterin hatte keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung, weil sie sich mit der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers zur Abgeltung aller Schadenersatzansprüche auf eine Per-Saldo-Zahlung geeinigt hatte.

L. trat am 26. März 1994 als Modeberaterin in die Boutique T. ein. Vom 6. Mai bis 23. Juni 1996 war sie zu 100 % arbeitsunfähig aufgrund einer Spätfolge eines im Jahre 1991 erlittenen Verkehrsunfalls. Die Haftpflichtversicherung X. des Unfallverursachers bezahlte ihr in dieser Zeit ein Taggeld basierend auf ihrem damaligen Lohn aus. Am 6. November 1997 schloss L. mit der Haftpflichtversicherung X. eine Vereinbarung über die "Abgeltung aller Schadenersatzansprüche aus den Folgen des vorgenannten Verkehrsunfalles per Saldo" ab. In der Folge war sie aufgrund dieses Unfalls erneut vom 1. Juni bis 31. Juli 1998 zu 100 % arbeitsunfähig. Die Unfallversicherung, welche die Boutique T. für L. abgeschlossen hatte, lehnte Leistungen ab. Nachdem auch die Arbeitgeberin die Lohnfortzahlung verweigerte, klagte L. am 19. Mai 2000 beim Gewerblichen Schiedsgericht auf Lohnzahlung für die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit. Mit Urteil vom 7. September 2000 wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen.

Nach Art. 324a Abs. 1 OR ist die Arbeitgeberin zur Lohnfortzahlung während beschränkter Dauer verpflichtet, wenn ihre Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist. Keine Lohnfortzahlungspflicht besteht damit, falls der Unfall bzw. die Krankheit von der Arbeitnehmerin selber verschuldet ist. Von der Lohnfortzahlungspflicht befreit ist die Arbeitgeberin zudem, falls die Arbeitnehmerin aufgrund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit obligatorisch versichert ist und von der Versicherung für diese Zeit 80 % des Lohnes erhält (Art. 324b Abs. 1 OR). Dies trifft auf die obligatorische Unfallversicherung zu (Art. 1 UVG, SR. 832.20; seit 1.1.2003: Art. 1a UVG). In Art. 324a OR ist hingegen vom Verschulden eines Dritten nicht die Rede (Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 179 Fn. 1). Die Arbeitgeberin ist auch dann zur Lohnfortzahlung ver-

pflichtet, wenn eine Drittperson den Unfall bzw. die Krankheit, die zur Arbeitsunfähigkeit führt, verursacht hat und der Arbeitnehmerin gegenüber daraus haftet (BK-Rehbinder, Art. 324a OR N. 14, S. 336; Zinsli, S. 179; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 324a/b OR N. 33, S. 175; vgl. ZK-Staehelin, Art. 324a OR N. 53, S. A239; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 324a OR N. 13, S. 158). Dies ist als Ausfluss der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin anzusehen. Die Lohnfortzahlungspflicht entfällt in diesem Fall dann, wenn die Arbeitnehmerin für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit vom Dritten bzw. von dessen Haftpflichtversicherung bereits Leistungen bezogen hat. In dem Umfang, als die Arbeitgeberin jedoch Lohnfortzahlung leistet, steht ihr ein Rückgriffsrecht auf den Dritten zu (BK-Rehbinder, a.a.O.; ZK-Staehelin, a.a.O.; Streiff/von Kaenel, a.a.O.; Brühwiler, a.a.O.; Zinsli S. 179 ff.). Ebenfalls ein Rückgriffsrecht hat die Unfallversicherung im Umfang der erbrachten Taggelder (Art. 41 UVG; seit 1.1.2003 Art. 72 Abs. 1 ATSG, SR 830.1).

Vorliegend lehnte die Unfallversicherung Leistungen an L. ab, weil das schädigende Ereignis vor Beginn des Arbeitsverhältnisses stattgefunden hatte (Art. 3 iVm Art. 6 UVG). Es kam somit die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin zum Zuge, die auch auf Arbeitsunfähigkeiten aus gesundheitlichen Leiden anwendbar ist, die bei Abschluss des Arbeitsvertrags bereits bestehen. Art. 324a OR enthält nämlich diesbezüglich keine Einschränkung. Andererseits war zu berücksichtigen, dass L. mit der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers über alle ihre Schadenersatzansprüche eine Per-Saldo-Zahlung vereinbart hatte. Es wurden dadurch sowohl die eingetretenen als auch die damals in Zukunft noch eintretenden Unfallfolgen finanziell abgegolten. Darin enthalten waren auch künftige Arbeitsausfälle, wie sie der Klägerin von der Versicherung in der Vergangenheit entschädigt worden waren. Es war deshalb davon auszugehen, dass die Klägerin für ihre zweimonatige Arbeitsunfähigkeit während der Anstellung bei der Boutique T. bereits Versicherungsleistungen erhalten und daher keinen Anspruch mehr auf Lohnfortzahlung hatte. Dabei konnte es nicht darauf ankommen, wie hoch die von ihr bezogenen Versicherungsleistungen waren. Davon abgesehen hatte die Klägerin von der Haftpflichtversicherung Fr. 400'000.-- erhalten. Zudem kann es nicht angehen, dass eine Arbeitnehmerin einerseits auf Schadenersatzansprüche verzichtet, um andererseits aber von ihrer Arbeitgeberin Lohnfortzahlung geltend zu machen, ohne dass diese aber noch Rückgriff auf den Unfallverursacher bzw. dessen Haftpflichtversicherung nehmen könnte (vgl. Max Keller/Sonja Gabi, Haftpflichtrecht, 2. Auflage 1988, S. 149 f.).

(GSGE vom 7.9.2000 in Sachen L. gegen Boutique T., GS 2000/130)

**2.7.2. Art. 324a OR / Art. 22 Abs. 2 L-GAV 98 des Gastgewerbes. Bei einer Arbeitsunfähigkeit aus einem vorbestehenden Leiden eines Officemitarbeiters infolge Unfalls vor Abschluss des Arbeitsvertrags hatte der Arbeitgeber die Pflicht zur Lohnfortzahlung, weil der Arbeitnehmer weder einen Schadenersatzanspruch gegen einen Unfallverursacher bzw. dessen allfällige Haftpflichtversicherung hatte und im Unfallzeitpunkt auch keine Unfallversicherung bestanden hat.**

S. stellte T. per 21. Oktober 1999 als Officemitarbeiter in seinem Restaurant ein. Am 28. März 2000 wurde T. arbeitsunfähig. Bis am 23. Juni 2000 bestand eine volle Arbeitsunfähigkeit und danach eine solche zu 50 %. Da die Arbeitsunfähigkeit in direktem Zusammenhang mit einem Unfall stand, den T. am 25. Juli 1999 und damit vor Beginn des Arbeitsverhältnisses erlitten hat, erbrachten weder die Krankentaggeldversicherung noch die Unfallversicherung, die S. für T. abgeschlossen hatte, Leistungen. Ebenfalls verweigerte S. die Lohnfortzahlung. Aus diesem Grund verlangte T. mit Klage vom 2. Januar 2001 beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung von S. unter anderem zur Zahlung des Lohnes für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit. Mit Urteil vom 10. Mai 2001 sprach das Gewerbliche Schiedsgericht T. Unfalllohn von Fr. 1'429.25 netto zu und wies das weitergehende, unter diesem Titel geltend gemachte Begehren ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 324a Abs. 1 OR ist der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung während beschränkter Dauer verpflichtet, wenn sein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist dabei auch auf Arbeitsunfähigkeiten aus gesundheitlichen Leiden anwendbar, die bei Abschluss des Arbeitsvertrags bereits bestehen. Art. 324a OR enthält nämlich diesbezüglich keine Einschränkung. Von der Lohnfortzahlungspflicht befreit ist die Arbeitgeberin, falls der Angestellte aufgrund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit obligatorisch versichert ist und von der Versicherung für diese Zeit 80 % des Lohnes erhält (Art. 324b Abs. 1 OR). Dies trifft auf die obligatorische Unfallversicherung zu (Art. 1 UVG, SR 832.20; seit 1.1.2003: Art. 1a UVG).

Vorliegend galt für das Arbeitsverhältnis der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes 98. Art. 22 Abs. 2 L-GAV 98 bestimmt, dass der Arbeitgeber bei unverschuldeter Verhinderung seines Mitarbeiters an der Arbeit, soweit diese nicht in den Art. 23 ff. L-GAV 98 geregelt ist, diesem den Bruttolohn gemäss Art. 324a OR zu bezahlen hat. Nach Art. 23 Abs. 1 L-GAV 98 hat der Arbeitgeber zugunsten seines Mitarbeiters eine Krankentaggeldversicherung und nach Art. 25 Abs. 1 L-GAV 98 eine Unfallversicherung nach den Vorschriften des UVG abzuschliessen. Im Zeitpunkt, als T. im Juli 1999 verunfallte, war er bei keinem Arbeitgeber angestellt und auch sonst bei keiner Unfallversicherung für ein Taggeld versichert. Ebenso wenig war ein Dritter bzw. dessen (allfällige) Haftpflichtversicherung für diesen Unfall haftbar. Aus diesem Grund hatte T. auch keine Leistungen für seine Arbeitsunfähigkeit von dritter Seite bezogen bzw. zu erwarten. Da sich das Unfallereignis vor dem Beginn des Arbeitsverhältnisses ereignet hatte, konnte er ferner keine Leistungen von der jetzi-

gen Unfallversicherung geltend machen (Art. 3 iVm Art. 6 UVG). Unter diesen Umständen blieb die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR als Anspruchsgrundlage übrig. Gegen eine Lohnfortzahlung konnte S. nicht einwenden, dass für T. eine nach Art. 324a Abs. 4 OR gleichwertige Versicherungslösung, die ihn damit von einer Lohnfortzahlung befreite, getreten ist. Art. 22 Abs. 2 L-GAV 98 ordnet ausdrücklich an, dass für Fälle unverschuldeter Arbeitsunfähigkeiten, die nicht durch eine vom Arbeitgeber nach GAV abzuschliessende Versicherung gedeckt werden, die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR zum Zuge kommt. Da die Arbeitsunfähigkeit von T. im ersten Arbeitsjahr nach Ablauf der ersten drei Anstellungsmonate eingetreten war, hatte dieser Anspruch auf eine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR und nach der Basler Skala (BJM 1973 S. 279 f.) von drei Wochen und zu 100 % des vereinbarten Lohnes, entsprechend Fr. 1'429.25 netto.

(GSGE vom 10.5.2001 in Sachen T. gegen S., GS 2001/2)

**2.7.3. Art. 324a Abs. 4 OR / Art. 64 LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe. Falls der Arbeitgeber zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung verpflichtet ist, trägt er das finanzielle Risiko aus einem nicht rechtzeitig vorgenommenen Versicherungsabschluss. In casu trug der Arbeitgeber dieses Risiko, weil der als Maurer tätige Arbeitnehmer kurz nach Arbeitsaufnahme erkrankte. Zwar wurde der erst danach abgeschlossene Versicherungsvertrag durch die Versicherung infolge wahrheitswidriger Gesundheitsdeklaration durch den Arbeitnehmer aufgehoben. Entscheidend war, dass der Vertrag, weil er nicht bei der Arbeitsaufnahme, sondern erst nach der Erkrankung des Arbeitnehmers abgeschlossen wurde, auch bei richtiger Deklaration nicht hätte abgeschlossen werden können.**

B. wurde per 1. November 1999 von der A. GmbH als Maurer angestellt. Der mündlich abgeschlossene Arbeitsvertrag sowie der LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe sahen vor, dass B. bei einer Krankentaggeldversicherung zu versichern war. Die Versicherung wurde per 1. Januar 2000 abgeschlossen. In der Folge liess die A. GmbH dem Versicherer die von ihr ausgefüllte und von B. am 1. Februar 2000 unterschriebene Gesundheitsdeklaration zukommen, wonach dieser sich gesund fühle und nicht in ärztlicher Behandlung stehe. Als die Versicherungsgesellschaft davon Kenntnis erhielt, dass B. vom 9. November 1999 an von Dr. X. behandelt worden war, hob sie den Versicherungsvertrag auf. Vom 19. Mai bis 9. Juli 2000 an war B. zu 100 % und danach bis 24. September 2000 zu 50 % arbeitsunfähig. Mit Klage vom 10. November 2000 beim Gewerblichen Schiedsgericht begehrte er unter anderem die Verurteilung der A. GmbH zur Lohnfortzahlung. Die Klage wurde in diesem Punkt mit Urteil vom 11. Dezember 2000 vollumfänglich gutgeheissen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 324a OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der ohne eigenes Verschulden durch Krankheit an der Arbeit verhindert ist, für eine beschränkte Zeit den Lohn weiterzubezahlen. Nicht von Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang die weiteren dabei vom

Gesetz verlangten Voraussetzungen. Wesentlich ist hingegen, dass von dieser gesetzlich festgelegten Lohnfortzahlungspflicht insbesondere durch schriftliche Abrede oder durch GAV abgewichen werden darf, sofern die dabei getroffene Regelung der gesetzlichen mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR). Nach Art. 64 des hier anwendbaren und allgemeinverbindlichen Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV 2000) sind die Arbeitnehmer kollektiv für ein Taggeld von 80 % des wegen Krankheit ausfallenden Lohnes während 720 innert 900 Tagen zu versichern, wobei die Versicherungsprämie je hälftig unter Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuteilen ist (Abs. 1 und 2 lit. a). Vorgesehen werden darf zudem eine eintägige Wartefrist, die zulasten des Arbeitnehmers geht (Abs. 3 lit. b). Es spielte vorliegend deshalb keine Rolle, dass das von der A. GmbH im Einzelarbeitsvertrag gemachte Versprechen, B. zu versichern, nur mündlich abgegeben wurde. Die Arbeitgeberin war jedenfalls durch den LMV 2000 rechtsgültig zum Abschluss einer Krankentaggeldversicherung für B. verpflichtet. Im übrigen gehen die dort festgelegten Anforderungen an die abzuschliessende Versicherung sogar über das hinaus, was das Gewerbliche Schiedsgericht für die Gleichwertigkeit nach Art. 324a Abs. 4 OR üblicherweise verlangt (80 % des Lohnes während 720 innert 900 Tagen, maximale Wartefrist 3 Tage, max. hälftige Prämientragung durch den Arbeitnehmer). Mit dem Abschluss einer derartigen Versicherung wäre die A. GmbH deshalb von der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht befreit gewesen, was denn auch Art. 64 Abs. 1 LMV 2000 festhält.

Nun wurde diese Versicherung durch die A. GmbH nach VVG zwar abgeschlossen, aber vom Versicherer nachträglich aufgehoben, weil die Gesundheitsdeklaration des Arbeitnehmers anerkanntermassen wahrheitswidrig ausgefüllt war. Die Versicherungsgesellschaft war dazu berechtigt (Art. 6 VVG, SR 221.229.1). Im Falle einer KVG-Versicherung hätte sie in diesem Fall nicht den Vertrag rückgängig machen, aber einen nachträglichen Vorbehalt anbringen dürfen (BGE 110/1984 V 309 f.). Damit wären Leistungen für eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer bestehenden Erkrankung vorübergehend ausgeschlossen gewesen (Art. 69 Abs. 1 und 2 KVG, SR 832.10). Allerdings brauchte nicht untersucht zu werden, wer für die falschen Erklärungen verantwortlich war, der Arbeitnehmer oder die Arbeitgeberin. Der Versicherer hat auf amtliche Erkundigung des Gerichts hin erklärt, er hätte den Versicherungsvertrag gar nicht erst abgeschlossen, wenn er von der ärztlichen Behandlung des Arbeitnehmers gewusst hätte. Für VVG-Versicherer besteht im Gegensatz zu solchen nach KVG denn auch keine Aufnahmepflicht (Art. 67 f. KVG; Kurt Meier/Thomas Fingerhuth, Krankentaggeld statt Lohnfortzahlung, plädoyer 1999/3 S. 29 N. 3.4.). Zudem war die Arbeitgeberin frei, ob sie den Kläger nach VVG oder nach KVG versichert (Art. 64 ff. LMV 2000). Eine Einschränkung bestand nur insofern, als die Versicherungsbedingungen nach Art. 64 Abs. 3 lit. g LMV 2000 "Leistungen nach Art. 324a OR bei Arbeitnehmenden [vorsehen müssen], für welche die Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter Vorbehalt versichert werden können".

Entscheidend war hingegen die Feststellung, dass die A. GmbH ihren Arbeitnehmer bereits für den Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme am 1. November 1999 hätte versichern müssen

(Art. 64 Abs. 3 lit. a LMV 2000). Damals war die ärztliche Behandlung für B. gar noch nicht angelaufen, so dass davon ausgegangen werden durfte, es wäre ohne weiteres zum Abschluss der vorgeschriebenen Taggeldversicherung gekommen. Da die A. GmbH ihrer Pflicht aus dem LMV 2000 in diesem Zeitpunkt nicht nachgekommen war, haftete sie ihrem Arbeitnehmer gegenüber für die entgangenen Versicherungsleistungen, die bei rechtzeitigem Vertragsabschluss ihm zugeflossen wären. Unter Abzug des nach LMV 2000 zulässigen Wartetages, der zulasten des Arbeitnehmers geht, waren dies 80 % des Bruttolohnes als Nettolohn (Art. 64 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. b LMV 2000) aufgrund der ab 20. Mai 2000 zu 100 % bzw. der ab 10. Juli 2000 noch zu 50 % gegebenen Arbeitsunfähigkeit von B.

(GSGE vom 11.12.2000 in Sachen von B. gegen A. GmbH, GS 2000/238)

**2.7.4. Lohnfortzahlungspflicht während Freistellung bei auf den Arbeitsplatz beschränkten Arbeitsunfähigkeit?**

Siehe Ziffer 2.9.2.: S. 43

**2.7.5. Anspruch auf Krankentaggelder über das Kündigungsende hinaus?**

Siehe Ziffer 2.10.1.2.: S. 48

**2.7.6. Vertraglich vereinbarte Lohnfortzahlung über das Kündigungsende hinaus?**

Siehe Ziffer 2.10.3.: S. 52

**2.8. Persönlichkeits- und Datenschutz (Art. 328 / Art. 329b OR)**

**Art. 328/328b OR. Der Arbeitgeber ist ohne Einwilligung des Arbeitnehmers nicht berechtigt, e-mails die als private erkennbar sind, zu öffnen. Andernfalls verletzt er die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Offengelassen wurde, ob das Verlesen privater e-mails des Arbeitnehmers (Speditionskaufmann) durch den Arbeitgeber vor Gericht zu Beweis Zwecken durch dessen Rechtsschutzinteresse gedeckt war.**

**Art. 49 Abs. 1 OR. Wiedergutmachung einer Persönlichkeitsverletzung auf andere Weise, indem der Arbeitnehmer selber die Gelegenheit dazu ergreift, das verletzende Verhalten seiner Arbeitgeberin im Rahmen einer Konsumentensendung des Schweizer Fernsehens darzustellen und kritisch würdigen zu lassen.**

G. war bei der A. AG seit dem 1. November 1999 als Speditionskaufmann angestellt. Noch während der Probezeit wurde er entlassen. In der Folge verlangte er mit Klage vor dem Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der A. AG zur Bezahlung angeblich geleisteter Überstunden. Im Rahmen des darauf durchgeführten mündlichen Vorverfahrens verlas die A.

AG vor Gericht zwei e-mails, die G. vom Büro aus seiner Freundin geschrieben hatte und die teilweise intimen Inhalts waren. Die A. AG wollte damit dartun, dass sich G. an seinem Arbeitsplatz gelangweilt und keineswegs zuviel gearbeitet hatte.

Nachdem die Parteien diesen Rechtsstreit durch Abschluss eines Vergleichs erledigt hatten, klagte G. erneut gegen die A. AG, indem er Schadenersatz und eine Genugtuung von insgesamt Fr. 10'000.-- geltend machte. Zur Begründung berief er sich darauf, dass die A. AG durch das Öffnen und Verlesen der e-mails vor Gericht ihn in seiner Persönlichkeit verletzt habe. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage mit Urteil vom 29. Januar 2001 ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

Gemäss Art. 328 OR hat eine Arbeitgeberin die Persönlichkeit ihres Arbeitnehmers zu achten. Zudem darf sie Daten über ihren Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind (Art. 328b OR). Die A. AG brachte vor, sie habe die e-mails von G. geöffnet, um sicherzustellen, dass nicht allenfalls dringende Geschäfte, die von ihrem Arbeitnehmer betreut worden waren, wie beispielsweise die Abfertigung von Lastwagen am Zoll, blockiert würden. Dieses Argument vermochte nicht zu überzeugen, weil die beiden e-mails den Betreff "Schatzi" trugen und somit erkennbar private Inhalte transportierten. Es war somit für die A. AG ersichtlich, dass die umstrittenen e-mails nicht im Zusammenhang mit der Arbeit standen, so dass durch deren Öffnung ohne Einwilligung das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt wurde (Manfred Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage 2002, S. 117 N. 235).

Ferner stellte sich die Frage, ob es der A. AG gestattet war, private e-mails ihres Arbeitnehmers vor Gericht zu verwenden, um ihren Standpunkt zu untermauern. Die Zulässigkeit der Verwertung unrechtmässig erlangter Beweismittel in einem Zivilprozess ist umstritten (vgl. Walther J. Habscheid, Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln, in SJZ 89/1993 S. 186 ff.). Beim Entscheid darüber sind die Schwere der rechtswidrigen Handlung und das Rechtsschutzinteresse der beweisführenden Partei gegeneinander abzuwägen (vgl. Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Auflage 1999, S. 278; ZR 82/1983 S. 66 f.). Vorliegend hatte die A. AG die umstrittenen e-mails vor Gericht vorgelesen, um nachzuweisen, dass sich G. am Arbeitsplatz gelangweilt habe und deshalb seine Überstundenforderung unberechtigt sei. Es war fraglich, ob dieses Beweisinteresse der Arbeitgeberin die Schwere ihrer die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzenden Handlung überwog. Diese Frage konnte offenbleiben, weil bereits das Öffnen der e-mails eine Persönlichkeitsverletzung darstellte.

Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch setzte einen Schaden voraus, den G. in den Reise- und Anwaltskosten verwirklicht sah. Seinen Anspruch auf Ersatz der Reisekosten wurde mangels entsprechender Belege abgewiesen. Jenen auf Ersatz der Anwaltskosten für Rechtsabklärungen lehnte das Gericht ab, weil das Öffnen der e-mails nicht in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit den geltend gemachten Kosten stand. Was den Anspruch auf

eine Genugtuung anging, so musste diese durch die Schwere der Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt und nicht auf andere Weise wiedergutmacht worden sein (Art. 49 Abs. 1 OR). Ersteres war durch das Öffnen, Lesen und Verlesen vor Gericht noch nicht der Fall. Namentlich scheute sich G. nicht, die umstrittenen e-mails vor laufender Fernsehkamera für eine Konsumentenschutzsendung des Schweizer Fernsehens vorzulesen. Durch die Ausstrahlung dieser Sequenz und die kritische Würdigung des Verhaltens der A. AG in dieser Sendung wurde dabei die Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers auf andere Weise wiedergutmacht, so dass auch aus diesem Grund kein Anlass für die Zusprechung einer Genugtuung mehr bestand.

(GSGE vom 29.1.2001 in Sachen von G. gegen A. AG, GS 2000/291)

## **2.9. Ferienbezug bei Freistellung (Art. 329c / Art. 329d OR)**

### **2.9.1. Art. 329c Abs. 2 OR / 329d Abs. 2 OR. Eine mindestens zweiwöchige Vorbereitungszeit, um ihre Ferien (8,5 Kalendertage) zu planen, war für eine kaufmännische Angestellte unter den gegebenen Umständen ausreichend. Das Arbeitsverhältnis wurde seitens der Arbeitgeberin bei einer einmonatigen Kündigungsfrist dreieinhalb Wochen früher gekündigt und die Mitarbeiterin per sofort freigestellt.**

S. war seit dem 18. September 2000 bei der Firma X. als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Der schriftliche Arbeitsvertrag sah vor, dass S. zur Leistung von Arbeit auch ausserhalb der betriebsüblichen Normalarbeitszeit verpflichtet war. Solche Überstundenarbeit sei mit dem vereinbarten Lohn sowie dem Ferienanspruch jedoch bereits abgegolten. Am 6. März 2001 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist per Ende April und stellte S. per sofort von der Arbeit frei, damit diese sich eine neue Arbeit suchen könne. In einem von den Parteien zwei Tage nach der Kündigung geführten Telefonat wies die Firma X. ihre Mitarbeiterin an, während der Freistellungszeit ihre Ferien von 8,5 Kalendertagen zu beziehen und ihre 45 Gleitstunden zu kompensieren. Mit Klage vom 30. April 2001 verlangte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der Firma X. zur Auszahlung der Ferien und von Überstunden. Mit Urteil vom 9. August 2001 wurde die Klage vollumfänglich abgewiesen, wobei Folgendes erwogen wurde.

Die Arbeitgeberin bestimmt den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der Arbeitnehmerin soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebs zu vereinbaren ist (Art. 329c Abs. 2 OR). Ferien dienen der Erholung der Angestellten. Damit die Erholung gewährleistet ist, sind die Ferien in natura zu beziehen und dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses weder durch Geldleistungen noch durch andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR). Ausnahmen davon gelten am Ende des Arbeitsver-

hältnisses, wenn die Ferien faktisch gar nicht mehr bezogen werden können (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 329d OR N. 4a, S. 223; ZK-Stachelin, Art. 329d OR N. 16, S. A379; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 329d OR N. 8, S. 246; BK-Rehbinder, Art. 329d OR N. 16, S. 490). Konflikte entstehen dann, wenn der Ferienbezug während laufender Kündigungsfrist zwar noch möglich ist, jedoch mit deren Zweck und den Interessen der Arbeitnehmerin kollidiert, in dieser Zeit eine neue Stelle zu suchen. Hier ist das Recht der Arbeitgeberin zur Anordnung der Ferien beschränkt. Das Ausmass dieser Beschränkung hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Zu berücksichtigen ist, ob die Arbeitnehmerin bereits eine Stelle gefunden hat, was meist der Fall ist, wenn die Angestellte selber die Kündigung ausgesprochen hat. Von Bedeutung ist sodann, wie lange die Kündigungsfrist dauert und wieweit im voraus gekündigt worden ist. Zu beachten ist dabei auch, ob und wie lange die Mitarbeiterin während dieser Zeit von der Arbeit freigestellt ist. Wesentlich ist ferner, wie gross das Ferienguthaben der Arbeitnehmerin ist (vgl. Alfred Blesj, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2000, S. 180 ff. mit Hinweisen).

Vorliegend hatte die Klägerin noch einen Ferienanspruch von 8,5 Kalendertagen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis am 6. März auf Ende April 2001 unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist und damit dreieinhalb Wochen früher. Zudem wurde die Klägerin für die gesamte noch verbleibende Zeit von der Arbeit freigestellt. Unter diesen Umständen hatte die Arbeitnehmerin trotz des Ferienbezugs ausreichend Zeit, um eine neue Arbeitsstelle zu suchen. Insbesondere standen ihr vor dem Beginn der eigentlichen Kündigungsfrist am 1. April 2001 fast vier Wochen zum Ferienbezug von etwas mehr als einer Woche zur Verfügung, so dass die eigentliche Kündigungsfrist zur Stellensuche vollständig freibleib. Daran konnte auch nichts ändern, dass eine Arbeitnehmerin ihre Ferien vorbereiten darf und die Arbeitgeberin daher deren Zeitpunkt frühzeitig festlegen muss. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass eine Festlegung drei Monate im voraus der Arbeitnehmerin genügend Zeit belässt, ihre Ferien angemessen zu organisieren (vgl. Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 329c OR N. 7 mit Hinweisen, S. 238). Diese Zeitvorgabe findet Anwendung unter gewöhnlichen Verhältnissen, gilt aber nur beschränkt für Ferien, die infolge einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses angeordnet werden (Alfred Blesj, S. 185 mit Hinweisen in Fn. 188; Eric Cerottini, Le droit aux vacances, 2001, S. 226 ff. mit Hinweisen). Die Lehre geht davon aus, dass eine dreimonatige Frist zur Ferienvorbereitung erforderlich ist, weil gewisse Ferien- und Reisedestinationen anderenfalls bereits ausgebucht wären (Streiff/von Kaenel, a.a.O.). Diese Argumentation bezieht die Überlegung ein, dass die Angestellte ihre Wünsche, wo sie die Ferien verbringen will, möglichst sollte verwirklichen dürfen. Würde an ihr jedoch unter allen Umständen festgehalten, müssten Ferien, die – von der noch zur Verfügung stehenden Zeit im Arbeitsverhältnis betrachtet – nur noch kurzfristiger als drei Monate im voraus festgelegt werden könnten und gegen deren Zeitpunkt sich die Mitarbeiterin wehrt, stets ausbezahlt werden. Dem steht die gesetzliche Pflicht entgegen, die Ferien in natura zu beziehen bzw. beziehen zu lassen (Art. 329d Abs. 2 OR), um die Erholungsmöglichkeit für die Arbeitnehmerin sicherzustellen. Bei der Abwägung der

einander gegenüberstehenden Interessen, ist die Erholung der Arbeitnehmerin zweifellos stärker zu gewichten. Die erforderliche Erholung kann eine Angestellte jedoch auch dann finden, wenn sie in ihrer Freiheit, die Vorzugsdestination ihrer Ferien zu wählen, eingeschränkt ist. Diese Einschränkung hält sich denn auch in Grenzen. Namentlich sind in der heutigen Zeit die Angebote auf dem Ferienmarkt für kurzfristige Ferien zahlreich und breitgefächert. Unter diesen Umständen erweist sich eine mindestens zweiwöchige Vorbereitungszeit grundsätzlich als ausreichend (vgl. Alfred Blesi, S. 185 mit Hinweisen; Eric Cerottini, S. 227). Ausnahmen von diesem Grundsatz können aufgrund besonderer Verhältnisse geboten sein, beispielsweise bei der Rücksichtnahme auf die Ferien schulpflichtiger Kinder. Solche besonderen Umstände waren hier jedoch nicht gegeben.

Was die Forderung der Klägerin aus Überstunden anging, so sah der schriftliche Arbeitsvertrag zwar vor, dass diese besonders entschädigt würden. Erwiesenermassen handelte sich jedoch nicht um solche Mehrarbeit, sondern um Gleitstunden, für die nach Vertrag grundsätzlich nur ein Anspruch auf Kompensation durch Freizeit bestand. Mit der Freistellung ihrer Arbeitnehmerin S. hat die Firma X. deshalb ohne weiteres die Abgeltung dieser Gleitstunden durch Freizeit anordnen dürfen (vgl. BGE 123/1997 III 471 f.).

(GSGE vom 9.8.2001 in Sachen S. gegen Firma X., GS 2001/148)

**2.9.2. Art. 329d Abs. 2 OR / Art. 324a OR. Eine Arbeitsunfähigkeit, die in direktem und ausschliesslichem Zusammenhang mit der Präsenz des Arbeitnehmers bei der bisherigen Arbeitgeberin steht, steht einem Bezug von Ferien und der Kompensation eines Gleitzeitsaldos in der Freistellungszeit nicht entgegen. Ein kaufmännischer Angestellter, der bis zum Ende der Kündigungsfrist der Anordnung des Arbeitgebers zum Ferienbezug nicht widersprochen hat, war mit der Kompensation einverstanden.**

M. war seit dem 15. November 1999 als kaufmännischer Angestellter bei der Firma S. beschäftigt. Im Juli 2000 kündigte er auf Ende des folgenden August. Die Parteien kamen überein, dass der letzte Arbeitstag der 16. August 2000 sei. Bis Ende des Arbeitsverhältnisses sollte M. seine restlichen Ferien beziehen und ein allfälliges Gleitzeitsaldo kompensieren. Am 16. August 2000 begab sich M. zu seinem Hausarzt, der ihn bis am 31. August zu 100 % für arbeitsunfähig schrieb. Am 1. September 2000 trat M. eine neue Arbeitsstelle an. Von der Arbeitgeberin verlangte er am 18. Oktober 2000 schriftlich, dass sie ihm noch Ferien und Überstunden bezahle, die er wegen seiner Krankheit nicht habe beziehen bzw. kompensieren können. Nachdem die Arbeitgeberin seine Forderung abgelehnt hatte, machte er beim Gewerblichen Schiedsgericht mit Klage vom 27. März 2001 deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 4'290.-- brutto geltend. Das Gericht wies die Klage mit Urteil vom 3. Mai 2001 jedoch vollumfänglich ab, wobei es was folgt erwogen hat.

Ferien dienen der Erholung des Arbeitnehmers. Falls die Erholungsfähigkeit durch Krankheit oder Unfall des Mitarbeiters beeinträchtigt ist, zählen die betreffenden Tage nicht als Ferientage (BK-Rehbinder, Art. 329a OR N. 5, S. 459; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 329a OR N. 6, S. 226). Gleichwohl hat der Arbeitnehmer in dieser Zeit Lohn bzw. Versicherungsleistungen zu gut, sofern hierfür nach Art. 324a OR bzw. vertraglicher Abrede ein Anspruch besteht. Ebenso wenig kompensiert sind Überstunden oder Gleitzeitansprüche an Tagen, an denen der Mitarbeiter nicht arbeitsfähig ist. Der Arbeitnehmer trägt für seine Erholungs- und Arbeitsunfähigkeit die Beweislast. Zum Nachweis genügen gewöhnlich Arztezeugnisse, die sich dazu äussern (BK-Rehbinder, Art. 324a OR N. 18, S. 340; Streiff/von Kaenel, Art. 324a OR N. 12, S. 158).

Vorliegend will der Kläger am letzten Arbeitstag, wie es auch schon früher vorgekommen sei, vom Arbeitgeber gemobbt worden sein, worauf er gleichentags zum Arzt gegangen sei. Der Arzt habe psychosomatische Symptome festgestellt, die seine Erholungsfähigkeit eingeschränkt hätten. Die Firma S. hat diese Vorwürfe bestritten. Zudem habe der Mitarbeiter den Betrieb ohne jedes Krankheitszeichen am letzten Arbeitstag verlassen. In der Tat ergaben sich gewisse Zweifel bezüglich der behaupteten Erholungs- bzw. Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Auf nähere Abklärungen konnte allerdings ohne weiteres verzichtet werden. Offensichtlich stand die durch den Hausarzt des Angestellten bestätigte Arbeitsunfähigkeit in direktem und ausschliesslichem Zusammenhang mit dessen Arbeitsplatz bei der Arbeitgeberin. Sie wurde denn auch vom Arzt nur für solange ausgesprochen, als dieses Arbeitsverhältnis noch andauerte. Am 1. September 2000 trat der Kläger eine neue Stelle an und war anerkanntermassen wieder voll arbeitsfähig. Unter diesen Umständen musste davon ausgegangen werden, dass die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit, sofern sie überhaupt vorgelegen hat, allein bei einer Präsenz des Klägers am bisherigen Arbeitsplatz gegeben war. Zudem soll sie lediglich durch Vorgänge am letzten Arbeitstag hervorgerufen worden sein. Es war deshalb anzunehmen, dass die Arbeitsfähigkeit des Klägers wiederhergestellt war, sobald er dorthin nicht mehr zurückkehren musste. Dies war bereits am Tag nach seinem letzten Arbeitstag der Fall. Gleiches musste auch für seine Erholungsfähigkeit gelten, um so mehr auch nicht begründet wurde, inwiefern diese eingeschränkt gewesen sein soll. Damit stand dem Genuss von Ferien und der Kompensation des Gleitzeitsaldos, um das es sich erwiesenermassen handelte, nichts entgegen. Zudem hat der Angestellte erst (lange) nach Ablauf der Kündigungsfrist gegen die Anordnung der Ferien bis zum Kündigungsende Einspruch erhoben. Da der Einspruch zu spät erfolgte, war ohnehin von dessen Einverständnis zur Kompensation auszugehen.

(GSGE vom 3.5.2001 in Sachen M. gegen Firma S., GS 2001/109)

## 2.10. Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)

**2.10.1.1. Art. 335 OR. Eine Kündigung vor Stellenantritt ist zulässig. Die Kündigungsfrist beginnt mit dem ersten Arbeitstag. Falls eine Probezeit gilt, ist die hierfür gültige Kündigungsfrist anwendbar. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, ihren Angestellten von sich aus und möglichst frühzeitig über die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses zu informieren, wenn diese Information dazu geeignet ist, allfälligen Schaden vom Arbeitnehmer fernzuhalten. Ein Projekt Manager aus der IT-Branche, dem vor Stellenantritt gekündigt worden war, konnte nicht nachweisen, dass er im Vertrauen auf den abgeschlossenen Arbeitsvertrag auf andere konkrete Angebote verzichtet und dadurch einen Schaden erlitten hatte.**

R. schloss mit der P. AG, einem Unternehmen aus der IT-Branche, am 24. Oktober 2000 einen Arbeitsvertrag ab, wonach er am 1. Oktober 2001 als "Junior Project Manager" bei einer Probezeit von drei Monaten zu arbeiten beginnen sollte. Als Gehalt war ein Monatslohn von Fr. 5'800.-- brutto zuzüglich 13. Monatslohn sowie ein Sonderbonus nach Ablauf der Probezeit im Umfang von einem Monatslohn vereinbart. Mit Schreiben vom 28. August 2001 teilte die P. AG dem R. mit, dass sie vom Arbeitsvertrag zurücktrete. Seit dem Vertragsabschluss habe sich der Markt und damit auch ihre Situation verändert. Deshalb könne sie zur Zeit keine neuen Stellen schaffen. Sie sei aber bereit, ihm für seine Umtriebe einen halben Monatslohn, entsprechend dem Lohn für die vierzehntägige Kündigungsfrist während der Probezeit, zu vergüten. Mit Klage vom 17. Januar 2002 verlangte R. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der P. AG zur Zahlung von Fr. 21'508.35 brutto, bestehend aus drei Monatslöhnen, 13. Monatslohn für diese Zeit sowie dem Sonderbonus, unter Anrechnung der von der P. AG beim "Rücktritt" vom Vertrag zugesagten und inzwischen geleisteten Zahlung. Mit Urteil vom 24. April 2002 wurde die Klage abgewiesen, wobei das Gericht Folgendes erwogen hat.

Sowohl die P. AG als auch R. verstanden das Rücktrittsschreiben vom 28. August 2002 im Sinne einer Kündigung des Arbeitsvertrags. Es war deshalb zu untersuchen, ob und auf welchen Zeitpunkt hin das Arbeitsverhältnis durch Kündigung aufgelöst worden war. Hinsichtlich einer Kündigung vor Stellenantritt bestehen in der Lehre und Rechtsprechung drei voneinander verschiedene Ansichten (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 335b OR N. 11, S. 329 f.). Nach der früheren sog. Basler Lösung soll eine solche Kündigung überhaupt nichtig sein und daher zu Schadenersatz verpflichten, soweit ein Schaden vorliegt (Streiff/von Kaenel, a.a.O.; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 335 OR N. 5, S. 302; JAR 1980 S. 270). Nach einer zweiten Ansicht hingegen kann die Kündigung jederzeit zwischen Vertragsabschluss und Stellenantritt ausgesprochen werden, wobei die Kündigungsfrist erst vom Stellenantritt zu laufen beginnt (Streiff/von Kaenel, a.a.O.; Brühwiler, a.a.O.). Noch weiter geht eine dritte Meinung, die von Brühwiler (a.a.O.) und durch Streiff/von Kaenel (a.a.O.) vertreten wird.

Danach führt eine Kündigung vor Stellenantritt regelmässig zur Beendigung des Vertrages schon vor diesem Zeitpunkt. Zusammen mit einem Grossteil der Lehre (ZK-Staehelin, Art. 335 OR N. 21 und dortige Hinweise, S. A 498; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage 1994, § 16/I/3, S. 159) folgt das Gewerbliche Schiedsgericht der erwähnten zweiten Ansicht, so dass vorliegend die Kündigung mit Wirkung ab Stellenantritt auf das Ende des 14. Kalendertages gültig ausgesprochen werden konnte. Bis dahin schuldete die P. AG ihrem Arbeitnehmer Lohn, den sie jedoch bereits bezahlt hatte. Keinen Anspruch hatte R. hingegen auf den Sonderbonus, weil er das Ende der Probezeit im Arbeitsverhältnis nicht erreichte.

Ferner war zu prüfen, ob die P. AG gegenüber R. schadenersatzpflichtig wurde, weil sie R. über ihre Absicht, es überhaupt nicht zum Stellenantritt kommen zu lassen, allenfalls nicht rechtzeitig informierte, so dass er daraus Schaden erlitten hatte. Dabei wurde davon ausgegangen, dass allgemein bereits im Stadium von Vertragsverhandlungen die daran Beteiligten gegenseitig zu einem Verhalten nach Treu und Glauben und zur Mitteilung der für die Gegenseite wichtigen und für diese nicht erkennbaren Tatsachen im verkehrüblichen Umfang verpflichtet sind (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, 2000, S. 104 f. mit Hinweisen). Erst recht muss dies gelten, nachdem ein Vertrag zustande gekommen ist, der vereinbarte Vertragsbeginn jedoch noch in der Zukunft liegt. Vertragspartner dürfen in noch stärkerem Masse darauf zählen, von der Gegenseite über alles Notwendige informiert zu werden, was sie nicht erkennen können, von ihnen jedoch Schaden abwenden kann. Besonderes Gewicht erlangt das gegenseitige Vertrauen der Vertragspartner im Arbeitsverhältnis. Hier ist das Vertrauensverhältnis die eigentliche Basis der vertraglichen Beziehung. Darin unterscheidet sich der Arbeitsvertrag von den übrigen Verträgen des Obligationenrechts (vgl. Jürg Brühwiler, Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in SJZ 81/1985 S. 69). Falls dieses Vertrauensverhältnis auf Dauer verloren geht, ist deshalb die sofortige Kündigung zulässig. Grundlage für eine engere gegenseitige Bindung der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis sind zudem die Fürsorge- und Treuepflicht (Art. 328, Art. 321a OR). Aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zukommen zu lassen und dessen berechtigten Interessen in guten Treuen zu wahren. In erster Linie ist diese Fürsorgepflicht eine Unterlassungspflicht, indem die Arbeitgeberin alles zu unterlassen hat, was die berechtigten Interessen ihres Arbeitnehmers schädigen könnte. Zurückhaltung ist bei der Annahme von Handlungspflichten geboten, die nicht gesetzlich oder vertraglich geregelt sind (BK-Rehbinder, Art. 328 OR N. 2, S. 410 f.). Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist in bestimmten Bereichen die Pflicht der Arbeitgeberin, die Vermögensinteressen ihres Angestellten zu wahren (Art. 327-327c, 330 OR). Darüber hinaus werden aber auch weitere Pflichten der Arbeitgeberin zum Schutz des Vermögens des Arbeitnehmers bejaht (BK-Rehbinder, Art. 328 OR N. 3, S. 411). Im Rahmen dieser weitergehenden Pflichten ist die Arbeitgeberin gehalten, ihren Mitarbeiter über die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses möglichst frühzeitig und von sich aus zu informieren, wenn diese Information dazu geeignet ist, allfälligen Schaden vom Angestellten fernzuhalten. Dabei ist auch auf eine damit vergleichbare, aber allgemeine Pflicht der Arbeitgeberin hinzuweisen, die sich aus dem Mitwirkungsgesetz (MwG, SR 822.14) ergibt. Nach Art. 9 Abs. 2 iVm Art. 4 MwG

hat sie ihre Mitarbeiter einmal jährlich über die Auswirkungen des Geschäftsgangs auf die Beschäftigung und die Beschäftigten zu informieren. Diese Information dient ebenfalls den Vermögensinteressen der Arbeitnehmer.

Vorliegend erfolgte der Abschluss des Arbeitsvertrags über einen Stellenantritt nach Ablauf von elf Monaten und damit ungewöhnlich früh, was jedoch mit den konkreten Verhältnissen zu erklären war. Im damaligen Zeitpunkt herrschte auf dem Arbeitsmarkt der IT-Branche ein akuter Mangel an qualifizierten Arbeitskräften. Notgedrungen musste die Planung zur Stellenbesetzung sehr frühzeitig erfolgen. Zudem befand sich R. noch bis im Herbst 2001 in Ausbildung und hatte auf diesen Zeitpunkt hin eine Arbeitsstelle gesucht. Beide Vertragsparteien wollten damit durch einen frühzeitigen Vertragsabschluss dem Risiko Rechnung tragen, dass sie in einem späteren Zeitpunkt möglicherweise keine Gelegenheit mehr zu einem Vertrag erhalten würden. Andererseits nahmen sie beide auch das Risiko auf sich, dass sich die Verhältnisse, unter denen sie den Vertrag geschlossen haben, später entscheidend veränderten. Die Schwierigkeiten des Marktes, auf die sich die P. AG für die Kündigung berufen hat, zeichneten sich bereits im Mai 2001 ab, weil sie sich damals gezwungen sah, diversen Mitarbeitern zu kündigen. Dennoch hat sie noch am 6. August 2001 für R. die Grenzgängerbewilligung eingeholt und diesen auf den 8. August 2001 zu einem Gespräch zu sich geladen, ohne dass damals von einer bevorstehenden Kündigung die Rede gewesen wäre. Bereits am 24. August 2001 kündigte die P. AG dann aber das Arbeitsverhältnis. Unklar blieb, inwiefern sich die wirtschaftliche Situation in dieser Zwischenzeit gewandelt haben soll. Insbesondere konnte auch die P. AG dazu keine Erklärungen abgeben. Als möglicher Faktor kam deshalb lediglich die Firma D. in Frage, die von der P. AG damals erworben wurde. Letztlich konnte jedoch offen bleiben, zu welchem Zeitpunkt R. über die Kündigung hätte informiert werden müssen. Die P. AG konnte nämlich nur schadenersatzpflichtig werden, sofern R. durch zu spätes Handeln der P. AG nachweislich einen Schaden erlitten hat. In dieser Hinsicht war festzustellen, dass R. im Hinblick auf den Stellenantritt keine Arbeitsstelle aufgegeben hatte. Zudem hatte R. zwar Kontakte zu anderen möglichen Arbeitgeberinnen, die allerdings schon abgebrochen wurden, bevor es zu konkreten Angeboten gekommen ist und ohne dass dies mit der damals noch bevorstehenden Anstellung bei der P. AG in Zusammenhang stand. Unter diesen Umständen konnte nicht davon ausgegangen werden, dass R. im Vertrauen auf den Stellenantritt bei der P. AG Vertragsverhandlungen ausgeschlagen hat, die sonst zu einer anderweitigen Anstellung geführt hätten. Zudem hätte es auch an der erforderlichen Substantiierung des Schadens durch R. gefehlt.

(GSGE vom 24.4.2002 in Sachen R. gegen P. AG, GS 2002/48)

- 2.10.1.2. Art. 335b Abs. 1 OR. Bei der Temporärarbeit ist für jeden Einsatz des Arbeitnehmers (Bauarbeiter) bei voneinander verschiedenen Arbeitgebern die Abrede einer Probezeit zulässig. Sofern nicht anderes vereinbart ist, gilt der erste Monat jedes unbefristeten Einsatzes als Probezeit.**  
**Art. 324a OR / Art. 64 LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe. Die Kündigung des Arbeitsvertrags führte nicht zum Untergang der Versicherungsleistungen bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit (Krankentaggelder) des Arbeitnehmers.**

G. schloss mit der Temporärfirma B. AG einen unbefristeten Vertrag über den Einsatz als Bauarbeiter bei der W. AG ab. Der Einsatz begann am 15. August 2001. Am 6. November 2001 teilte die W. AG Herrn G. mit, dass der Einsatz beendet sei. Am 16. November 2001 liess dieser der B. AG ein Arztzeugnis zukommen, wonach er ab dem 8. November 2001 infolge Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig war. Mit Klage vom 31. Januar 2002 verlangte G. die Verurteilung der B. AG zur Zahlung von Krankenlohn für die Zeit ab 8. November 2001. Mit Urteil vom 11. April 2002 stellte das Gewerbliche Schiedsgericht fest, dass G. aufgrund des LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe Anspruch auf eine von Prämien befreite Krankentaggeldversicherung in der Zeit nach dem 8. November 2001 hatte. In der Folge bezahlte der Versicherer, bei dem die B. AG ihren Angestellten versichert hatte, die Taggelder, worauf die Klage zurückgezogen wurde. Bei seinem Feststellungsurteil hat das Gericht Folgendes erwo-

gen.  
 Umstritten war unter den Parteien zunächst, wann das Arbeitsverhältnis infolge Kündigung zu Ende gegangen war. Vereinbart war eine Kündigungsfrist von zwei Tagen bei einer Einsatzdauer von bis zu drei Monaten und von sieben Tagen zwischen dem vierten und sechsten Anstellungsmonat. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung in Art. 19 Abs. 4 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG, SR 823.11). G. akzeptierte die Kündigung vom 6. November 2001 durch die W. AG als eine solche seiner Arbeitgeberin, der B. AG. Hingegen berief er sich auf eine einmonatige Kündigungsfrist, weil er vor dem betreffenden Einsatz bei der W. AG über die B. AG schon bei einer weiteren Bauunternehmung zum Einsatz gekommen war. Hierzu war festzuhalten, dass im Temporärarbeitsverhältnis die Einsätze eines Arbeitnehmers bei voneinander verschiedenen Einsatzbetrieben jeweils voneinander getrennt und nicht als ein einziges durchgehendes oder wiederaufgenommenes Arbeitsverhältnis zu betrachten sind. Zudem ist unter diesen Voraussetzungen für jeden Einsatz eine neue Probezeit zulässig (vgl. BGE 119/1993 V 49). Falls nichts anderes vertraglich vereinbart ist, gilt jeweils der erste Monat jedes unbefristeten Einsatzes als Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR). Da der Einsatz von G. bei der W. AG im Zeitpunkt des Empfangs der Kündigung am 6. November 2001 erst im dritten Monat stand, erfolgte die Kündigung mit einer Frist von zwei Tagen zu Recht auf den 8. November 2001. Zudem war damals die vereinbarte Probezeit von drei Monaten noch nicht beendet, weshalb G. aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht die Einhaltung einer Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geltend machen konnte. In diesem Sinne lässt auch Art. 21 Abs. 1 des LMV 2000 für das Bauhauptgewerbe, der als allgemeinverbindlich erklärter GAV auch bei Temporärarbeitsverhältnissen zur Anwendung gelangt (Art. 20

AVG), zu, dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit gekündigt werden darf (vgl. BGE 127/2001 III 323).

Hingegen weicht der LMV 2000 hinsichtlich der Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit in Art. 64 von der gesetzlichen Regelung in Art. 324a OR ab. Während nach der gesetzlichen Vorschrift der Arbeitnehmer während einer beschränkten Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, schreibt Art. 64 LMV 2000 vor, dass die Arbeitnehmer eines dem GAV unterstellten Betriebs kollektiv für ein Taggeld von 80 % des ausfallenden Lohnes zu versichern sind (Abs. 1). Dabei hat die abzuschliessende Versicherung Mindestbedingungen zu erfüllen. So muss sie vorsehen, dass der einzelne Arbeitnehmer während der Krankheitszeit in den Genuss einer Prämienbefreiung kommt (Art. 64 Abs. 3 lit. f LMV 2000). Zudem hat sie dem Angestellten für den Fall seines Ausscheidens aus der Kollektivversicherung die Möglichkeit zum Übertritt in eine Einzelversicherung zu eröffnen (Abs. 3 lit. h). Es ergibt sich daraus, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Willen des GAV, im Unterschied aber zur Lohnfortzahlung, wie sie allein aufgrund von Art. 324a OR gilt, den Arbeitnehmer nicht um die ihm zustehenden Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit bringen kann (BGE 127/2001 III 323 ff., 326). G. hatte daher auch im Anschluss an das am 8. November 2002 eingetretene Ende des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein 80 % Taggeld aus einer von Prämien befreiten Krankentaggeldversicherung, sofern er in dieser Zeit effektiv krank gewesen sein sollte, was der zuständige Versicherer in der Folge dann auch anerkannte.

(GSGE vom 11.4.2002 in Sachen von G. gegen B. AG, GS 2002/52)

## **2.10.2. Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)**

- 2.10.2.1. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Krankheit als persönliche Eigenschaft. Falls die Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf einer Kündigungssperrfrist weiterhin andauert, ist die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Sofern der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit nicht verschuldet hat, liegt unter solchen Voraussetzungen keine Missbräuchlichkeit der Kündigung vor.**  
**Art. 336b Abs. 1 OR. Die schriftliche Einsprache als Voraussetzung für eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung muss bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei eintreffen. Aus der Einsprache muss hervorgehen, dass die gekündigte Partei mit der Kündigung nicht einverstanden ist.**

B. wurde von der Z. AG per 1. September 1998 als Textilreiniger angestellt. Gemäss dem anwendbaren betriebsinternen Gesamtarbeitsvertrag haben einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach der Probezeit verschiedene Massnahmen voranzugehen. Unter anderem ist dem Arbeitnehmer "die Möglichkeit der Verhaltensänderung gestützt auf die Stand-

ortbestimmung" einzuräumen (Ziffer 9.4.2 lit. b GAV). Am 17. März 1999 wurde B. wegen unkooperativen Verhaltens gerügt. Zudem wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Erwägung gezogen werde, falls sein Verhalten sich nicht ändern sollte. Mit Schreiben vom 26. Juli 1999 kündigte die Z. AG das Arbeitsverhältnis "aufgrund der vielen Absenzen in der erst kurzen Beschäftigungsdauer" auf den 31. August 1999. Am 1. September 1999 erhob B. gegenüber der Z. AG schriftlich Einsprache gegen die Kündigung. In der Folge hielt die Z. AG an ihrer Kündigung fest, worauf B. mit Klage vom 17. November 1999 die Verurteilung der Z. AG hauptsächlich zur Zahlung von Fr. 15'600.--, entsprechend drei Bruttomonatslöhnen, infolge Missbräuchlichkeit der Kündigung verlangte. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat diesen Teil der Klage mit Urteil vom 3. Februar 2000 vollumfänglich abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Die vom Kläger geltend gemachte Entschädigungsforderung scheiterte bereits daran, dass er gegen die Kündigung nicht fristgerecht Einsprache erhoben hatte. Nach Art. 336b Abs. 1 OR muss, falls eine missbräuchliche Kündigung geltend gemacht wird, die Einsprache bis zum Ende der Kündigungsfrist schriftlich bei jener Vertragspartei eintreffen, die gekündigt hat. Andernfalls ist der Anspruch auf die Entschädigung verwirkt (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336b OR N. 1, S. 346 mit Hinweisen). Vorliegend war die Kündigungsfrist am 31. August 1999 abgelaufen, so dass die am 1. September 1999 versandte Einsprache um einige Tage bei der Z. AG verspätet eingetroffen war. Damit hätte es sich eigentlich erübrigt, auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen einzugehen. Das Gericht hat sie der Vollständigkeit halber dennoch geprüft.

Zu prüfen war in formeller Hinsicht zudem, ob das Schreiben vom 1. September 1999 den gesetzlichen Anforderungen in Art. 336b Abs. 1 OR an eine Einsprache genügen konnte. Wesentlich ist, dass aus der Einsprache hervorgeht, dass sich der Einsprecher der Kündigung widersetzt (Brühwiler, a.a.O.). Die Einsprache des Klägers vom 1. September 1999 lag dem Gericht nicht zur Beurteilung vor. Aus dem Antwortschreiben der Z. AG vom 13. September 1999 ergab sich jedoch, dass der Kläger darin moniert hatte, die Massnahmen, die nach Ziffer 9.4.2 GAV einer Kündigung vorzugehen haben, seien nicht eingehalten worden. Es ergab sich daraus, dass der Kläger mit der Kündigung nicht einverstanden war, womit die Voraussetzungen nach Art. 336b Abs. 1 OR erfüllt waren.

Strittig war ferner unter den Parteien, weshalb die Kündigung erfolgt war. Im Kündigungsschreiben gab die Z. AG einzig die krankheitsbedingten Abwesenheiten von B. als Kündigungsgrund an. In der Tat war B. krankheitshalber bereits längere Zeit an der Arbeit verhindert. Bekannt war aber andererseits, dass die Z. AG ihren Mitarbeiter wegen unkooperativen Verhaltens verwarnt hatte. Auf derartige Kündigungen wegen ungenügenden Verhaltens oder wegen mangelnder Leistungen waren denn auch die nach dem Gesamtarbeitsvertrag für eine Kündigung erforderlichen Massnahmen zugeschnitten. Letztlich konnte der wahre Kündigungsgrund offenbleiben. Der Kläger konnte aus keinem der Gründe etwas für den erhobenen Anspruch auf eine Entschädigung aus angeblich missbräuchlicher Kündigung ableiten. Aus

Aus den Aussagen der vor Gericht einvernommenen Zeugen sowie aus der unter den Parteien geführten Korrespondenz hat sich ergeben, dass die Z. AG alle Massnahmen, die im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen sind, eingehalten hatte. Für den Fall, dass die Kündigung hingegen doch auf die Krankheit des Klägers zurückzuführen gewesen wäre, war zunächst festzustellen, dass die gesetzliche Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) abgelaufen war. Es konnte daher das Arbeitsverhältnis gültig gekündigt werden. Andererseits stellt die Krankheit eines Mitarbeiters eine persönliche Eigenschaft dar, die eine Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR grundsätzlich als missbräuchlich erscheinen lässt (vgl. Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 88 ff.). Zu berücksichtigen war allerdings, dass der Kläger durch die Krankheit weiterhin an der Erfüllung seiner Arbeitspflicht verhindert war. Dadurch war die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Unter solchen Umständen kommt es darauf an, ob die Z. AG als Arbeitgeberin für die Krankheit verantwortlich gemacht werden konnte (Thomas Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994 S. 183 N. 3.8.). Dies war nicht der Fall. Damit war das Vorgehen der Z. AG gerechtfertigt, so dass keine Missbräuchlichkeit nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vorlag.

(GSGE vom 3.2.2000 in Sachen B. gegen Z. AG, GS 1999/379)

**2.10.2.2. Missbräuchlichkeit der Kündigung nach berechtigtem Verlangen von Lohnabrechnungen (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)**

Siehe Ziffer 2.6.: S. 32

**2.10.2.3. Drei Monatslöhne als Ausgangswert bei der Bemessung der Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR; Praxisänderung)**

Siehe Ziffer 2.6.: S. 32

**2.10.2.4. Anforderungen an eine gültige Einsprache bei der Geltendmachung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung (Art. 336b Abs. 1 OR)**

Siehe Ziffer 2.10.2.1.: S. 49

### 2.10.3. Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR)

**Art. 336c OR. Jeder der Gründe löst eine eigene Sperrfrist aus, wenn sie nebeneinander auftreten. Dies gilt auch im Verhältnis gleichartiger Gründe, hier mehrerer Krankheiten, aber aus verschiedenen Ursachen untereinander (sog. "cumul intralittéral"). Keine Rolle spielt dabei, ob die von verschiedenen Krankheiten ausgelösten Sperrfristen sich gegenseitig überlagern und deshalb zeitweise parallel zueinander verlaufen.**

**Art. 324a OR. Ein Arbeitnehmer (Bankbote) darf grundsätzlich davon ausgehen, dass die von seiner Arbeitgeberin für den Krankheitsfall vertraglich versprochene Lohnfortzahlung von bestimmter Dauer auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt. Zu untersuchen ist dabei, ob dieser unter den konkreten Umständen darauf vertrauen darf. Dabei stellt das Fehlen einer Vertragsklausel, wonach die Lohnfortzahlung mit dem Arbeitsvertrag ende, ein gewichtiges Indiz dar. Zu weiteren Umständen, die zu berücksichtigen sind.**

**Dienstaltersgeschenk. Auf die im Rahmen eines Dienstaltersgeschenks neben einer Geldzahlung versprochenen freien Tage hat der Arbeitnehmer grundsätzlich nur dann einen Anspruch, wenn er sie noch tatsächlich beziehen kann.**

M. trat am 14. Juni 1982 bei der Bank A. als Bote ein. Der Arbeitsvertrag sah eine dreimonatige Kündigungsfrist vor. Ferner bestimmte er, dass der Arbeitnehmer bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall ab dem 15. Dienstjahr Anspruch auf eine volle Salärzahlung während 12 Monaten hatte. Gleichzeitig wurde M. bei einer Krankentaggeldversicherung zu 80 % des Lohnes während 720 innert 900 Tagen bei hälftiger Prämienteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer versichert und vorbehalten, dass die Arbeitgeberin während der Lohnfortzahlung die Taggelder für sich beanspruche. Zudem bestimmt der Arbeitsvertrag, dass nach 20 Dienstjahren ein Anspruch auf ein Dienstaltersgeschenk im Umfang von einem Monatssalär und fünf freien Tagen besteht.

M. wurde am 13. Juni 2001 von seinem Psychiater wegen einer Depression zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben. Während dieser seither andauernden Arbeitsunfähigkeit wurde bei M. am 27. September 2001 zusätzlich eine Niereninsuffizienz diagnostiziert, die ebenfalls zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führte. Unter den Parteien war unbestritten, dass die beiden gesundheitlichen Leiden miteinander nichts zu tun hatten. In der Folge verbesserte sich die Arbeitsfähigkeit infolge Depression am 22. Dezember 2001 auf 50 % und ab 29. Januar 2001 auf 75 %. Die volle Arbeitsunfähigkeit infolge Niereninsuffizienz dauerte hingegen auch im August 2002, dem Zeitpunkt des Urteils des Gewerblichen Schiedsgerichts, noch unvermindert an. Am 14. Dezember 2001 kündigte die Bank A. das Arbeitsverhältnis per 31. März 2002. In der Folge entstand unter den Parteien darüber Streit, ob diese Kündigung nichtig war und ob M. Anspruch auf das Dienstaltersgeschenk nach 20 Jahren Dienst hatte. Mit Klage vom 30. April 2002 verlangte M. die Verurteilung der Bank A. unter anderem zur Zahlung des Aprillohns unter Anrechnung des für diesen Monat ausbezahlten Krankentaggelds. Später

erhöhte M. die Klagforderung um die Differenz zwischen dem Taggeld und dem Lohn für den Monat Mai sowie um das Dienstaltersgeschenk. Mit Urteil vom 15. August 2002 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die Bank A. zur Zahlung der Lohndifferenzen für April und Mai 2002 sowie eines Monatsgehalts als Dienstaltersgeschenk. Hingegen wies es die Forderung auf Bezahlung von Lohn für fünf freie Tage als weiterem Bestandteil des Dienstaltersgeschenks ab. Dabei hat das Gericht Folgendes erwogen.

Nach Art. 336c Abs. 1 OR darf die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, unter anderem während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen (lit. b). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lösen die in Art. 336c OR aufgeführten Gründe, wenn sie in einem konkreten Fall nebeneinander auftreten, jeder für sich eine eigene Sperrfrist aus. Dies gilt nicht nur im Verhältnis der verschiedenen Gründe zueinander (sog. "cumul interlittéral"), sondern auch im Verhältnis gleichartiger Gründe aus verschiedenen Ursachen untereinander (sog. "cumul intralittéral"), beispielsweise bei Arbeitsunfähigkeiten infolge mehrerer Unfälle, die untereinander keinen Zusammenhang haben (BGE 120/1994 II 126 f.). Ein solcher Fall lag denn auch hier vor, weil nach den Ausführungen des M., die von der Bank A. nicht bestritten wurden, die Depression mit der später diagnostizierten Niereninsuffizienz keinen Zusammenhang hatte. Dabei konnte es keine Rolle spielen, dass die durch die beiden Krankheiten ausgelösten Sperrfristen sich gegenseitig überlagert haben und deshalb zeitweise auch parallel zueinander verlaufen sind. Namentlich traf es entgegen der Behauptung der Bank A. nicht zu, dass die im erwähnten Bundesgerichtsentscheid beurteilten Sperrfristen infolge Unfällen eindeutig zeitlich voneinander getrennt und hintereinander aufgetreten waren. Aus dem dortigen Sachverhalt ergab sich vielmehr: "Dès 1973, dame G., a travaillé [...]. Le 1er novembre 1990, elle fut victime d'un accident et fut empêchée de travailler jusqu'au 28 février 1991. Le 1er mars 1991, elle a repris partiellement son activité professionnelle. Le 9 mars 1991, elle fut à nouveau accidentée, avec pour conséquence une incapacité totale de travailler jusqu'à la fin juin 1991; [...]" (BGE 120/1994 II 125). Zudem ist auch nicht einzusehen, weshalb eine weitere unter mehreren Sperrfristen dann nicht sollte Wirkung entfalten können, wenn sich diese Fristen gegenseitig überschneiden. Wesentlich ist, dass im einen wie im anderen Fall der davon betroffene Arbeitnehmer aus voneinander zu trennenden Ursachen an der Suche nach einer neuen Arbeit gehindert wird. Andererseits bedeutet die Kumulation der Sperrfristen aber nicht, dass sie in jedem Fall zusammenzurechnen wären. Dort, wo sie parallel verlaufen, können sie nicht mehr oder anderes als eine einzige bestehende Sperrfrist bewirken, werden aber dennoch alle gleichzeitig konsumiert. Aus diesem Grund war die Kündigung, welche die Bank A. am 14. Dezember 2001 und damit 185 Tage nach Beginn der durch die Depression des Angestellten M. ausgelösten Sperrfrist ausgesprochen hat, dennoch nichtig. Zwar war im damaligen Zeitpunkt diese Sperrfrist von 180 Tagen bereits abgelaufen. Infolge der am 27. September 2001 zusätzlich aufgetretenen Niereninsuffizienz war damals jedoch bereits die zweite und bis am 25. März 2002 dauernde Sperrfrist von 180 Tagen in Gang gekommen. Damit konnte das Arbeitsverhältnis frühestens am 26. März 2002 und unter Einhaltung der dreimo-

natigen Kündigungsfrist auf Ende Juni 2002 gekündigt werden. Bis zum 12. Juni 2002 hatte M. gemäss der getroffenen vertraglichen Abrede Anspruch auf die volle Lohnfortzahlung, so dass ihm die für die Monate April und Mai geltend gemachte Differenz zwischen Lohn und Krankentaggeld zuzusprechen war.

Zu diesem Ergebnis wäre das Gericht aber selbst dann gekommen, wenn die Kündigung vom 14. Dezember 2001 nach der von der Bank A. vertretenen Auslegung von Art. 336c OR gültig und demzufolge das Arbeitsverhältnis Ende März 2002 zu Ende gegangen wären. Es ergab sich nämlich, dass die Bank A. ihrem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag für die Zeit ab dem 15. Dienstjahr bei einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit die volle Salärzahlung während 12 Monaten ohne weitere zeitliche Einschränkung versprochen hatte. Damit durfte M. davon ausgehen, dass ihm diese Leistungen auch dann zustanden, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf dieser zwölf Monate zu Ende ging, er jedoch weiterhin arbeitsunfähig war. Anderenfalls hätte es die Bank A. in der Hand gehabt, durch Kündigung ihr Versprechen zur Lohnfortzahlung nachträglich einzuschränken (BJM 1976 S. 324; BJM 1977 S. 286). Zwar hat das Bundesgericht in BGE 113/1987 II 263 für eine Lohnfortzahlung über das Ende eines Arbeitsverhältnisses hinaus eine ausdrückliche Vereinbarung verlangt. Indessen ist diese Rechtsprechung zu Recht kritisiert worden (Gabriel Aubert, Die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, AJP 1997 S. 1490 f.). So darf der Arbeitnehmer grundsätzlich von einem derartigen Versprechen ausgehen, wenn nicht das Gegenteil vereinbart worden ist (ebenso: Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000 S. 1073 mit Hinweisen). In diesem Sinne hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Abreden im Arbeitsvertrag über den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung für den Arbeitnehmer entschieden (BGE 124/1998 III 132 f.; 127/2001 III 325; vgl. BJM 1993 S. 294). Jedenfalls muss darauf abgestellt werden, ob der Angestellte unter den konkreten Umständen darauf vertrauen darf, dass das Versprechen des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt, falls er vorher krank und dadurch arbeitsunfähig geworden ist (vgl. Thomas Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003 S. 329 N. 2.38). Hierfür stellt das Fehlen einer Klausel im Arbeitsvertrag, wonach die Lohnfortzahlung mit dem Arbeitsvertrag ende, immerhin ein gewichtiges Indiz dar. Ferner ist zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber lediglich die nach Gesetz (Art. 324a OR) und Rechtsprechung vorgeschriebene Dauer der Lohnfortzahlung im Arbeitsvertrag wiederholt (z.B. "Lohnfortzahlung nach Basler Skala") oder eine längere Leistungsdauer bezüglich Lohn bzw. Taggeldern in Aussicht stellt. Je länger nämlich diese Leistungsdauer beträgt, desto mehr darf der Angestellte darauf zählen, dass die Leistungen auch über ein allfälliges Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus erbracht werden. Ferner spricht auch eine Kombination über zunächst Lohn und später Taggeld für Leistungen, die das Ende des Arbeitsverhältnisses überdauern sollen. Anderenfalls könnte der Fall eintreten, dass die Lohnfortzahlung infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses erlischt und im weiteren Verlauf der Arbeitsunfähigkeit dennoch Taggelder einer Krankenversicherung zur Auszahlung gelangen. Hier wäre nicht einzusehen, weshalb das eine, nicht aber auch das andere gelten sollte. Schliesslich kommt auch die Unklarheitsregel zur Anwendung, weil in den meisten Fällen der Arbeitgeber

den Wortlaut des Arbeitsvertrags bestimmt und dabei eigentliche Standardverträge benützt. Er hätte es daher auch selber zu vertreten, falls die Frage der Wirkung einer Beendigung des Vertrages auf die Lohnfortzahlung nicht ausdrücklich geregelt und deshalb unklar wäre (vgl. Thomas Geiser, N. 2.38 f.). Im vorliegenden Fall waren die genannten Umstände alle vorhanden.

Hinsichtlich des Dienstaltersgeschenks ist das Gericht davon ausgegangen, dass zwischen dem versprochenen Monatslohn als Geldleistung und den fünf freien Tagen zu differenzieren ist. Noch strikter als bei den Ferien (Ferienabgeltungsverbot; Art. 329d Abs. 2 OR) sollen die im Rahmen eines solchen Anspruchs neben einer Geldleistung gewährten freien Tage gewöhnlich dem Arbeitnehmer nur dann zukommen, wenn er diese auch effektiv beziehen kann. Daran fehlt es von vornherein, wenn wie hier der Angestellte infolge Arbeitsunfähigkeit ohnehin gar nicht arbeitet und voraussichtlich nicht mehr arbeiten wird oder wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt, in dem das Dienstaltersgeschenk anfällt, zu Ende geht. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer allein Anspruch auf die zusätzlich versprochene Geldleistung. Vorliegend wurde dem Kläger M. deshalb nur der Monatslohn als einer der beiden Teile des Dienstaltersgeschenks zugesprochen.

(GSGE vom 15.8.2002 in Sachen M. gegen Bank A., GS 2002/171)

#### **2.10.4. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)**

Zahlreich waren in den Berichtsjahren nach wie vor die Fälle, in denen das Gewerbliche Schiedsgericht zu beurteilen hatte, ob fristlose Kündigungen gerechtfertigt waren oder nicht. Dabei handelte es sich meistens um Kündigungen, die von Arbeitgebern ausgesprochen wurden. In rechtlicher Hinsicht ist den nachfolgenden Fällen Folgendes vorzuschicken.

Eine fristlose Kündigung kann nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt, welche einerseits objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 121 III 467 E. 4d., S. 472; 127/2001 III 157 f.). Ob die einem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen die erforderliche Schwere erreichen, entscheidet sich dabei nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, ins-

besondere von der Stellung und Verantwortung der Arbeitnehmerin sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (BGE 4C.346/2002 vom 14.1.2003, E. 2.3.; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 125). Bei Angestellten mit einer im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern verstärkten Vertrauens- und Verantwortungsposition kann das Vorliegen eines wichtigen Grundes schneller erreicht sein als bei den übrigen (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 6, S. A616; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 123; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 337 OR N. 8, S. 372; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 337 OR N. 8, S. 367). Je kürzer die Kündigungsfrist ist, die bei einer ordentlichen Kündigung einzuhalten ist, desto höhere Anforderungen sind an die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung im konkreten Fall zu stellen (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 16, S. 376). Wurde eine ordentliche Kündigung bereits ausgesprochen, so ist die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit Rücksicht lediglich auf die Restdauer der Kündigungsfrist zu bemessen. Zudem kann der gleiche Sachverhalt, der zunächst nur zu einer ordentlichen Kündigung führt, später keine fristlose Kündigung mehr rechtfertigen. Die kündigende Partei ist an ihre erste Reaktion auf das Verhalten des Vertragspartners gebunden (Brühwiler, Art. 337 OR N. 11, S. 369; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 15, S. 376).

Eine fristlose Kündigung muss ferner ohne Verzug erklärt werden, sobald der Grund, der sie rechtfertigen soll, der kündigenden Vertragspartei zur Kenntnis gelangt ist. Es muss sich dabei um eine sichere und möglichst vollständige Kenntnis handeln. Wird die Kündigung nicht unverzüglich ausgesprochen, geht das Recht zur sofortigen Auflösung durch Verwirkung unter. Wer nämlich mit der Kündigungserklärung zuwartet, obwohl er handeln müsste, gibt dadurch zu erkennen, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Beendigungsmöglichkeit eigentlich zumutbar wäre. Auch braucht die Gegenpartei unter solchen Umständen nicht mehr mit einer sofortigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. A632; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 16, S. 141; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17 S. 376; Brühwiler, Art. 337 OR N. 10, S. 368 f.; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. A632; BGE 93/1967 II 18; BGer JAR 1994 S. 223; BGer JAR 1998 S.234, BGer JAR 2002 S. 267). Einig ist man sich auch darüber, dass bei juristischen Personen oder grösseren Betrieben die Willensbildung länger dauern kann, weil dort die Entscheidungsstrukturen gewöhnlich komplizierter sind (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. A632; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17, S. 376; Brühwiler, Art. 337 OR N. 10, S. 369; BGE 93/1967 II 19). Entsprechend länger kann hier daher die Reaktionszeit ausfallen, die aber nur unter besonderen Umständen mehr als eine Woche betragen kann (BGer JAR 1997 S. 208; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17, S. 376).

#### 2.10.4.1. Fälle gerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber

##### 2.10.4.1.1. **Art. 337 OR. Ein tätlicher Angriff eines Möbelpackers gegen einen Arbeitskollegen, der geeignet war, diesem schwere Kopfverletzungen zuzufügen (in casu: sog. Schwedenkuss), berechtigte zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung. Nichts daran änderte, dass der Angegriffene keine (sichtbaren) Verletzungen davon trug.**

P. trat am 1. August 2001 bei der X. AG als Möbelpacker ein. Am 3. Mai 2002 sollte P. als Teamleiter mit anderen Mitarbeitern der X. AG einen Camion mit Umzugsgut beladen. Als P. seinen Arbeitskollegen von der Ladefläche hinab zurief, sie sollten weiteres Material bringen, entgegnete ihm der Packer R. im Scherz: "Halt die Klappe, noch n'en Spruch Kieferbruch". Auf die Frage von P., was er damit meine, wiederholte R. seine Aussage. Darauf sprang P. von der Ladefläche und versetzte R. einen sogenannten Schwedenkuss (Kopfstoss gegen den Kopf eines anderen). R. ging zu Boden, blieb aber, soweit sichtbar, unverletzt. Am 8. Mai 2002 sprach die X. AG gegenüber P. aufgrund dieses Vorfalls die fristlose Kündigung aus. Mit Klage vom 3. Juli 2002 verlangte P. unter anderem Schadenersatz für entgangenen Lohn für die Kündigungsfrist sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR im Umfang von einem Monatslohn. Nachdem ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag durch P. widerrufen wurde, wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage am 14. Oktober 2002 in den genannten Klagpunkten vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwogen hat.

Vorliegend wurde die fristlose Kündigung fünf Tage nach dem Vorfall zwischen P. und R. durch die X. AG ausgesprochen. Zu berücksichtigen war, dass zwischen dem 3. Mai (Vorfall) und dem 8. Mai 2002 (Kündigung) ein Wochenende lag. Bei der Bemessung der zur Überlegung und Entschlussfassung erforderlichen Zeit sind bei einer juristischen Person grundsätzlich nur die eigentlichen Arbeitstage einzubeziehen (BGE 93/1967 II 19; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. 632). Dahinter steht der Gedanke, dass an einem Entscheid über die sofortige Entlassung von Angestellten durch eine juristische Person als Arbeitgeberin in der Regel mehrere Organe beteiligt sind, die sich gewöhnlich an den Arbeitstagen und nicht am Wochenende konsultieren. Hinzu kam, dass die X. AG vor ihrer Entschlussfassung zunächst die beim Vorfall anwesenden Mitarbeiter zu den Ereignissen eingehend befragte. Es ist anerkannt, dass die Reaktionszeit zur Erklärung der fristlosen Kündigung erst zu laufen beginnt, wenn jene Partei, welche die Kündigung ausspricht, hinreichende Kenntnis des Sachverhalts hat (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 35, S. 632 f.; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 16a, S. 142; BGE 93/1967 II 19). Es liegt denn auch im Interesse desjenigen, dem die fristlose Kündigung gilt, dass neben belastenden auch entlastende Umstände bei der Entscheidung, ob und wie gekündigt werden soll, berücksichtigt werden können. Unter all diesen Umständen war vorliegend die fristlose Kündigung am 8. Mai 2002 zweifellos als noch rechtzeitige Reaktion auf das Verhalten von P. anzusehen.

Hinsichtlich der Schwere des Vorfalls wurde davon ausgegangen, dass ein sogenannter Schwedenkuss geeignet ist, demjenigen, der auf diese Weise angegriffen wird, schwere Kopf-

verletzungen zuzufügen. Vorliegend musste das Verhalten von P. als versuchte schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) angesehen werden. Aufgrund der bloss verbalen und durch R. im Scherz ausgesprochenen Provokation bestand keinerlei Rechtfertigung für eine derart übermässige Reaktion. Die Arbeitskollegen von P. und R., die vor Gericht als Zeugen einvernommen wurden, sagten zudem aus, dass es im Betrieb der X. AG zwar zu verbalen, sonst aber nie zu tätlichen Auseinandersetzungen unter den Arbeitnehmern gekommen sei. Ausserdem war das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum Zeitpunkt der Entlassung erst etwas mehr als 9 Monate alt. Entlastend berücksichtigt wurde andererseits, dass P. von der X. AG als guter Mitarbeiter bezeichnet wurde. Zudem war ihm anlässlich des Vorfalls als Teamleiter die Verantwortung für die zeit- und sachgerechte Ausführung des Auftrags übertragen. Ferner ging R. aufgrund des tätlichen Angriffs von P. zwar zu Boden, trug jedoch keine (sichtbaren) Verletzungen davon. Letztlich konnten diese Entlastungstatsachen aber nicht entscheidend etwas daran ändern, dass die X. AG zum Schutze der übrigen Mitarbeiter P. nicht weiter in ihrem Betrieb dulden konnte und musste. Falls sie nur zur ordentlichen Kündigung hätte greifen dürfen, so hätte sie P. in jenem Zeitpunkt aufgrund der zweimonatigen Kündigungsfrist fast drei Monate weiterbeschäftigen müssen. Dabei war es ihr auch nicht zuzumuten, P. während dieser Zeit einfach freizustellen und den Lohn weiterzubezahlen. Namentlich waren keine Überstunden und kein Ferienguthaben mehr vorhanden, deren Kompensation bzw. dessen Bezug sie hätte anordnen können, um ihn während der Restdauer des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitsplatz fernzuhalten.

(GSGE vom 14.10.2002 in Sachen P. gegen X. AG, GS 2002/239)

**2.10.4.1.2. Art. 337 OR. Eine schwere Verletzung der Treuepflicht berechtigt zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung. In casu hatte ein Chauffeur seine Treuepflicht schwer verletzt, weil er sich einen unbezahlten Urlaub mit falschen Angaben gegenüber der Arbeitgeberin erschlich und dabei zeitweise für eine Konkurrenzfirma arbeitete.**

E. wurde von der F. AG mit Vertrag vom 10. Februar 2000 per 1. März als Chauffeur angestellt. Am 9. Mai 2000 vereinbarten die Parteien, dass E. vom 17. bis 24. Mai 2000 Ferien beziehen und danach bis 31. Mai 2000 Überstunden kompensieren werde. Zudem wurde E. für die anschliessende Zeit bis 18. Juni 2000 ein unbezahlter Urlaub gewährt. Die F. AG entsprach dabei dem Wunsch des Arbeitnehmers, der angeblich seinem Vater in Italien bei der Apfelernte helfen wollte. E. nahm seine Arbeit am 19. Juni 2000 wieder auf. Am 7. Juli erfuhr die F. AG jedoch von der R. AG, dass E. aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 27. April 2000 seit dem 29. Mai bei dieser ebenfalls als Chauffeur gearbeitet und seit dem 14. Juni zur Lösung familiärer Probleme einen unbezahlten Urlaub bezogen hatte. Hierauf kündigte die F. AG am 10. Juli 2000 das Arbeitsverhältnis fristlos. Mit Klage vom 15. August 2000 verlangte E. beim Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der F. AG zur Zahlung des Lohnes seit 11. Juli bis Ende August 2000. Mit Urteil vom 2. Oktober 2000 wurde die Klage vollumfänglich abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

Aus der Treuepflicht nach Art. 321a OR ergibt sich, dass der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen kann (BK-Rehbinder, Art. 321a OR N. 3, S. 128). Namentlich darf er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit für einen Dritten gegen Entgelt leisten, welche die Arbeitgeberin konkurrenziert (Schwarzarbeit; Art. 321a Abs. 3 OR). Auch hat er der Arbeitgeberin wahrheitsgemäss Auskunft zu geben, soweit er zur Auskunft verpflichtet ist und keine eigenen schützenswerteren Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 117/1991 II 74). Vorliegend hat der Arbeitnehmer mit falschen Angaben gegenüber seiner Arbeitgeberin einen unbezahlten Urlaub erschlichen, um für eine Konkurrenzfirma (entgeltliche) Arbeit leisten zu können. Dies musste als geradezu verwerfliches Verhalten des Arbeitnehmers und damit schwere Verletzung der Treuepflicht betrachtet werden, bei welchem der Arbeitgeberin die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist klarerweise und ohne vorherige Verwarnung an den Arbeitnehmer nicht mehr zuzumuten war (ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 20, S. A72; Brühwiler, Art. 321a OR N. 5, S. 65 und Art. 337 OR N. 2b, S. 362; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 9, S. 132). Die fristlose Kündigung war deshalb gerechtfertigt.

(GSGE vom 2.10.2000 in Sachen E. gegen F. AG, GS 2000/227)

**2.10.4.1.3. Art. 337 OR. Ein Verkaufsleiter, der seine Arbeitgeberin bei Lieferanten über deren Zahlungsfähigkeit in Misskredit brachte, verletzte seine Treuepflicht schwer und konnte deswegen ohne vorherige Verwarnung fristlos entlassen werden.**

Die Maschinenfabrik T. AG stellte F. per 1. Oktober 1999 für zwei Jahre als Verkaufsleiter ein. Mit Schreiben vom 26. November 1999 reklamierte F. gegenüber der Arbeitgeberin, dass er einen Teil des Oktoberlohnes, den ganzen Lohn für November sowie Spesenersatz und Kinderzulagen nicht erhalten habe. Zudem verlangte er Sicherstellung künftiger Löhne. In weiteren Schreiben vom 9. Dezember 1999 und 7. Januar 2000 monierte F., dass ein Teil dieser Forderungen immer noch nicht erfüllt sei, und drohte der T. AG deswegen mit der Einleitung eines Betreibungsverfahrens. In der Folge stellte das Betreibungsamt Basel-Stadt auf Begehren von F. der T. AG am 24. Januar 2000 einen Zahlungsbefehl über Fr. 642.50 für ausstehende Spesen und Kinderzulagen zu, wogegen kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Mit Schreiben vom 1. Februar 2000 berichtete die Firma A., Lieferantin der T. AG, dieser über ihre Feststellungen bezüglich F. anlässlich der in Basel durchgeführten Messe SWISSBAU 2000. F. habe ihr dort gegenüber spontan und zu ihrem Erstaunen eröffnet, dass die T. AG sehr verschuldet sei und dass er seinen Lohn nicht rechtzeitig erhalte. Auch habe F. ungedeckte Checks ausstellen müssen. Zudem habe er ihr versichert, dass ihre Rechnungen, auf welchen Betrag sie auch immer lauten sollten, von der T. AG nie bezahlt würden. In der Folge kündigte die T. AG das Arbeitsverhältnis am 8. Februar 2000 fristlos. Sie warf F. vor, er habe sich gegenüber zwei ihrer Lieferanten negativ über ihre Zahlungsfähigkeit geäußert und sie auch sonst schlecht gemacht. Am 18. Februar 2000 verlangte F. im Rahmen einer Teilkla-

klage unter anderem Lohn für die Zeit seit seiner Entlassung bis zum Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses sowie eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung. Nachdem das Gewerbliche Schiedsgericht durch die zuständigen Gerichte in Paris und Grenoble verschiedene Personen als Zeugen hatte befragen lassen, hat es diese Ansprüche mit Urteil vom 7. Juni 2001 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Aufgrund der Zeugenaussagen musste davon ausgegangen werden, dass F. seine Arbeitgeberin gegenüber Dritten in schwerer Weise in Misskredit gebracht hatte. Dazu war er selbst dann nicht berechtigt, falls die T. AG sich in der Tat in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden hätte. Die Treuepflicht verlangt von einem Arbeitnehmer, dass er die Interessen seiner Arbeitgeberin auch dann wahrnimmt, wenn Dritte dadurch geschädigt werden könnten. Dies gilt, solange der Angestellte hierfür nicht an Delikten mitwirken oder solche dabei durch sein Verhalten begünstigen müsste. Zudem hat er die finanziellen Verhältnisse der Arbeitgeberin, selbst durch diese begangene Vertragsverletzungen geheimzuhalten, sofern nicht gewichtige Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit entgegenstehen (Art. 321a Abs. 4 OR; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 56 f., S. A83 f.; Brühwiler, Art. 321a OR N. 6 und 10, S. 65 f.; BK-Rehbinder, Art. 321a OR N. 3, S. 128 und N. 13, S. 135). Im übrigen waren die Vorwürfe von F. durch die T. AG auch bestritten und nicht nachgewiesen. Erstellt war einzig, dass Lohn- und Spesenzahlungen jeweils mit wenigen Tagen Verspätung bei F. eingetroffen waren. Aus diesem Grund war F. berechtigt, die Arbeitgeberin an ihre Pflichten zu erinnern und die erforderlichen Sicherungsmassnahmen zum Schutz seiner berechtigten Interessen zu treffen. Seine Äusserungen gegenüber den Lieferanten der Arbeitgeberin gingen jedoch weit darüber hinaus und waren offensichtlich darauf ausgerichtet, die Geschäftstätigkeit der Arbeitgeberin in ernstzunehmender Weise zu gefährden. Dadurch hatte er seine Treuepflicht gegenüber der T. AG schwer verletzt. Diese Verletzung war um so gravierender, als F. für die T. AG in leitender Stellung tätig war und dafür mit Fr. 10'000.-- brutto Monatslohn und bei 13 Löhnen im Jahr angemessen bezahlt wurde. Für Mitarbeiter in höheren Chargen und damit verbundener entsprechender Entlohnung gilt generell eine strengere Treuepflicht als für die übrigen Angestellten (BGE 104/1978 II 29 f.; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 8, S. A69; Brühwiler, Art. 321a OR N. 2, S. 61). Der T. AG war unter diesen Umständen nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrechtzuerhalten. Zu berücksichtigen war namentlich auch, dass das Arbeitsverhältnis, weil es auf eine feste Dauer von zwei Jahren eingegangen war und keine Möglichkeit zur Auflösung auf einen früheren Zeitpunkt vorsah, nur entweder fortgeführt oder mit sofortiger Wirkung beendet werden konnte. Nachdem das Arbeitsverhältnis erst etwas mehr als vier Monate gedauert hatte, hätte die T. AG bei Fortdauer des Arbeitsvertrags F. noch mehr als eineinhalb Jahre beschäftigen müssen. Dies war ihr keinesfalls zumutbar, weil das Vertrauen in ihren Angestellten aufgrund der Geschehnisse zweifellos in nicht wiedergutzumachender Weise zerstört war.

(GSGE vom 7.6.2001 in Sachen F. gegen T. AG, GS 2000/54)

**2.10.4.1.4. Art. 337 OR. Die nicht erlaubte Geldentnahme aus der Kasse eines Schuhgeschäfts durch eine Arbeitnehmerin ist keine leichte Verletzung der Treuepflicht. Ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht liegt vor, wenn die Geldentnahme der Arbeitgeberin verheimlicht wird. Um so gravierender ist die Verletzung, wenn sie durch eine Filialleiterin begangen wird, die zu einer erhöhten Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin verpflichtet ist. Bei einer schwerwiegenden Verletzung der Treuepflicht ist eine fristlose Entlassung ohne vorherige Verwarnung und unabhängig davon gerechtfertigt, ob das Verhalten der Angestellten den Straftatbestand der Veruntreuung erfüllt oder nicht. Erst nach einer fristlosen Kündigung der Arbeitgeberin bekannt gewordene Gründe dürfen zu deren Begründung nachgeschoben werden.**

C. absolvierte vom 2. August 1993 bis 1. August 1995 bei der B. AG die Lehre als Schuhverkäuferin. In der Folge arbeitete sie weiterhin im Verkauf und wurde auf den 1. November 1998 zur Filialleiterin befördert. In den Jahren 1999 und 2000 stellte die B. AG in der betreffenden Filiale Lagerverluste von Fr. 14'877.-- bzw. Fr. 77'740.-- fest. C. hatte für diese Verluste keine Erklärung. Mit Schreiben vom 2. Februar 2001 erinnerte die B. AG ihre Filialleiterin an deren Aufgaben, insbesondere daran, durch restriktiven Umgang mit Kassenummern, Gutscheinen und Schlüsseln das Diebstahlrisiko zu vermindern. Sie hoffe, dass die Resultate künftig im Rahmen des vorgegebenen Budgets lägen. Andernfalls könne sie personelle Konsequenzen auf lange Sicht nicht mehr ausschliessen. Gleichzeitig ordnete sie vermehrte Inventuren an, die aber unverändert hohe Verluste zu Tage förderten. Da im gleichen Zeitraum auch der Umsatz der Filiale zurückging und viele annullierte Kassentransaktionen festgestellt wurden, erstattete die B. AG bei der Staatsanwaltschaft Anzeige gegen Unbekannt wegen Diebstahls. Nach Durchführung von polizeilichen Abklärungen wurde am 19. November 2001 unter anderem C. verhaftet und befragt. In dieser Befragung gab C. zu, dass sie zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes der Kasse wiederholt Geld entnommen, die Bezüge jedoch jeweils auf Zetteln in der Kasse vermerkt habe. Zuletzt habe es sich um einen Bezug von Fr. 174.-- gehandelt. Zudem habe sie die letzten Bezüge nicht mehr unter ihrem Namen vorgenommen, sondern unter "Noten" Fr. 630.-- notiert, die jedoch in Wirklichkeit nicht mehr vorhanden gewesen seien. Als die B. AG von diesen Geldentnahmen erfuhr, kündigte sie C. am 20. November 2001 fristlos. Mit Klage vom 28. Dezember 2001 verlangte C. die Verurteilung der B. AG zur Zahlung von Fr. 7'714.-- brutto Lohn für die Monate November und Dezember 2001 sowie von Fr. 20'709.30 als Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Mit Urteil vom 17. Januar 2002 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab, soweit damit Lohn für die Zeit nach der fristlosen Kündigung und eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend gemacht wurde. Eine von C. dagegen beim Appellationsgericht erhobene Beschwerde hat diese zurückgezogen, nachdem ihr die unentgeltliche Verbeiständung verweigert wurde. In seiner Vernehmlassung zur Beschwerde hat das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes ausgeführt:

"[...] c) Zu beurteilen war, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin [C.] als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR anzusehen war. Aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin war davon auszugehen, dass diese Geld aus der Kasse genommen hatte, um für sich

und ihre Familie den Lebensunterhalt zu finanzieren. Dass sie dazu berechtigt gewesen wäre oder jedenfalls die Beklagte [B. AG] darüber informiert hätte, hat die Beschwerdeführerin nie behauptet. Von ihr unbestritten geblieben waren zudem die Ausführungen der Beklagten, wonach Mitarbeiterinnen bei Geldknappheit von dieser Vorschuss erhielten. Erstellt war ferner aufgrund der Aussagen der Beschwerdeführerin, dass sie bei den letzten Geldentnahmen diese nicht auf ihren Namen eingetragen, sondern nicht vorhandenes Geld einfach als in der Kasse vorhanden deklariert hatte. Das stimmte auch mit den Feststellungen der Beklagten überein, die entsprechende Einträge mit "Kasse" und später auch mit "Noten" im Kassenbuch vorgefunden hatte.

Es ist davon auszugehen, dass eine Arbeitnehmerin auch dann nicht zum Bezug von Geld aus der Kasse ihrer Arbeitgeberin berechtigt ist, wenn sie, wie die Beschwerdeführerin behauptete, dies vor Zeugen tun oder ausdrücklich ins Kassenbuch eintragen sollte. Macht sie es dennoch, so liegt darin bereits eine Verletzung ihrer Treuepflicht, die nicht leicht genommen werden kann. Erschwerend trat vorliegend hinzu, dass die Beschwerdeführerin mit der Zeit dazu übergegangen war, die Geldentnahmen sogar nicht einmal mehr als solche zu kennzeichnen. Das konnte nur zum Sinn haben, dass sie ihr Tun vor der Beklagten verstecken wollte, um nicht entdeckt zu werden. Das ist ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht. Ihr Verhalten war dabei noch um so gravierender, als für sie als Filialleiterin eine erhöhte Treuepflicht zur Anwendung kam [(BGE 104/1978 II 29 f.; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N. 8, S. A69; Brühwiler, Art. 321a OR N. 2, S. 61)]. Hinzu kam, dass die Beschwerdeführerin zwar behauptete, sie hätte das aus der Kasse genommene Geld Ende November 2001 zurückbezahlt. Das war eine Behauptung, die regelmässig in solchen Situationen vorgebracht wird und hier auch nicht bewiesen war. Im übrigen konnte diese Erklärung von vornherein nicht genügen. Von einer tauglichen Ersatzbereitschaft der Beschwerdeführerin wäre überhaupt nur dann auszugehen, wenn sie in der Lage gewesen wäre, das Geld sofort zurückzubezahlen [Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Auflage 1997, Art. 138 StGB N. 17, S. 497]. Dazu war die Beschwerdeführerin selbst nach ihren eigenen Ausführungen im Zeitpunkt der Entdeckung ihrer Geldentnahmen gar noch nicht fähig. Aber auch zu einem späteren Zeitpunkt hätte die Beschwerdeführerin angesichts der in grossem Umfang offenen Rechnungen, der hohen Schuldenlast und den damit verbundenen Verpflichtungen der Rückzahlungspflicht kaum nachkommen können. Damit war der Straftatbestand der Veruntreuung erfüllt. Bei diesem Ergebnis war die Beklagte nach der ständigen Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts bereits und ohne, dass die Beschwerdeführerin vorgängig hätte verwarnt werden müssen, zur fristlosen Kündigung berechtigt [BJM 1983 S. 181]. Klarzustellen ist dabei aber, dass für die Berechtigung zu einer fristlosen Kündigung das der Arbeitnehmerin zum Vorwurf gemachte Verhalten selbstverständlich nicht strafrechtlich relevant sein muss. Die sofortige Entlassung wäre hier nämlich auch am Platz gewesen, wenn der strafrechtliche Tatbestand der Veruntreuung noch nicht erfüllt wäre, weil das Verhalten der Beschwerdeführerin so oder anders eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht darstellt [vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 5, S. 369; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 22, S. A624].

Daneben war weiter zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin unerlaubterweise Geld aus der Kasse genommen hatte in einer Zeit, in der massive und für die Beklagte unerklärliche Lagerverluste aufgetreten waren. Vor dem Hintergrund dieser seit Monaten [und sogar Jahren] in ihrem Verantwortungsbereich vorgekommenen Verluste wäre die Beschwerdeführerin um so mehr verpflichtet gewesen, als Filialleiterin alles zu unternehmen, was den Interessen der Beklagten nach einer einwandfreien und transparenten Führung der Filiale gedient hätte. Die Beklagte hat die Beschwerdeführerin denn auch in ihrem Schreiben vom 2. Februar 2001 [...] aus diesem Grund im einzelnen und nachdrücklich an ihre Pflichten erinnert. Unter diesen Umständen war es völlig unverständlich, dass die Beschwerdeführerin das in sie gesetzte Vertrauen dennoch missbraucht und aufs Spiel gesetzt hat. Bei dieser Sachlage konnte die Beklagte nicht anders, als das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung zu beenden.

Für die Berechtigung zur fristlosen Entlassung [spielte es] keine Rolle, wann und auf welchem Weg die Beklagte vom widerrechtlichen Griff der Beschwerdeführerin in ihre Kasse erfahren hat. Aufgrund des Wortlauts der Kündigung vom 20. November 2001 [...] ist davon auszugehen, dass die Beklagte aufgrund der Einvernahme der Beschwerdeführerin vom 19. November 2001 davon von der Staatsanwaltschaft sofort Kenntnis erlangt hat. Dass die Beklagte schon früher von den Geldentnahmen der Beschwerdeführerin Kenntnis hatte, wurde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die Beklagte wusste lediglich von Kassendifferenzen, die die Beschwerdeführerin ihr gegenüber als gewöhnliche Kassenmankos hingestellt hatte, wie sie im Detailhandel immer wieder auftreten, weil beispielsweise der Kassiererin Fehler unterlaufen oder diese, wie auch im Falle der Beschwerdeführerin, auf einen Trickdieb hereinfällt. Die Beschwerdeführerin wendet denn auch ein, dass die Beklagte erst anlässlich der Befragung ihres Verkaufsleiters am 10. Januar 2002 von ihrem Kassensmissbrauch erfahren habe. Selbst wenn dem so wäre, wäre darauf hinzuweisen, dass auch das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung davon ausgeht, dass diejenige Person, die fristlos kündigt, ihr erst später bekannt gewordene Gründe für ihre Kündigung nachschieben darf, wenn diese im Zeitpunkt der Kündigung bereits bestanden haben (neustes Urteil: BGE 127/2001 III 314 E. 4a).

Demzufolge war die Klage abzuweisen, soweit damit Lohn für die Zeit nach der Kündigung verlangt wurde. Hingegen wurde der Beschwerdeführerin der Lohn für die Zeit davor vollumfänglich zugesprochen, obwohl ihr Anspruch darauf [für den 19. November 2001] davon abgehängt wäre, dass sie aus Gründen verhaftet wurde, die ihr nicht als Verschulden hätten angerechnet werden können (Art. 324a OR), [was eigentlich nicht erfüllt gewesen wäre]. Von ihrem Lohnanspruch bis 20. November 2001 abgezogen wurde das Geld, das sie zugegebenermassen der Beklagten schuldete. [...]"

(GSGE vom 17.1.2002 in Sachen C. gegen B. AG, GS 2002/1)

#### **2.10.4.2. Fälle ungerechtfertigter fristloser Entlassungen durch den Arbeitgeber**

**2.10.4.2.1 Art. 337 OR. Die Drohung eines Raumpfleger mit einer Ohrfeige gegen seine Vorgesetzte berechnigte noch nicht zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung.**

**Art. 337c Abs. 3 OR. Zugesprochen wurde die eingeklagte Entschädigung von einem Monatslohn. Die gegebenen Verhältnisse hätten aber auch eine höhere Entschädigung erlaubt.**

K. aus Sri Lanka trat am 11. Juli 1994 als Raumpfleger bei der I. AG ein. Am 29. Oktober 2001 kündigte die I. AG das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2002. Am 19. November 2001 kam es zwischen den Parteien bezüglich der Frage, wann K. noch seine restlichen Ferien beziehen durfte, zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die I. AG das Arbeitsverhältnis fristlos kündigte. Sie warf K. vor, er habe versucht, ihre Frontmanagerin zu ohrfeigen, und er habe ihrem Geschäftsführer, einem Italiener, gesagt, er solle besser zurück nach Italien gehen. Auf Klage von K. vom 18. Dezember 2001 hin verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die I. AG, nachdem diese den gerichtlichen Vergleichsvorschlag widerrufen hatte, unter anderem zur Zahlung von Fr. 8'780.35 netto Lohn und Fr. 3'900.-- Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR, entsprechend einem Bruttomonatslohn, wobei es Folgendes erwogen hat.

Vorliegend hat K. die ihm zur Last gelegten Verfehlungen bestritten. Zudem konnten sie ihm trotz Befragung verschiedener Zeugen nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden. Nachgewiesen war lediglich eine heftige verbale Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Doch selbst, wenn ein weitergehender Nachweis gelungen wäre, hätten die gegen K. erhobenen Vorwürfe zu einer fristlosen Kündigung nicht ausgereicht. Im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung hätte die Restdauer der bereits laufenden Kündigungsfrist nicht mehr drei, sondern noch etwas mehr als zweieinhalb Monate gedauert. Ferner hatte K. selbst nach den Aussagen der Frontmanagerin gegen sie nur die Hand erhoben, um sie zu ohrfeigen. Tätlichkeiten können Anlass für eine fristlose Kündigung sein (BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 9, S. 131; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 5, S. 369). Dabei wird regelmässig davon ausgegangen, dass die Tätlichkeit auch ausgeführt worden ist. Falls ein Arbeitnehmer seine Absicht zur Tätlichkeit aufgibt, kann dies von vornherein nicht gleich schwer wiegen wie die Tätlichkeit selber (BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 9, S. 131). Ob eine Ohrfeige unter den konkreten Umständen zur Rechtfertigung der sofortigen Entlassung ausgereicht hätte, brauchte nicht untersucht zu werden. Allein die Drohung mit einer Ohrfeige hätte vorliegend noch nicht genügt. K. wäre zudem zugute zu halten gewesen, dass er von sich aus auf die Ausführung der Tätlichkeit verzichtet hätte. Ferner wäre zu berücksichtigen gewesen, dass K., der kaum Deutsch spricht, der Frontmanagerin sprachlich völlig unterlegen war. Unter diesen Umständen hätte die Drohung mit einer Ohrfeige auch in dem Sinne verstanden werden können, dass er sich in der verbalen Auseinandersetzung hat Gehör verschaffen wollen, was die Drohung in einem etwas milderen Licht hätte erscheinen lassen. Weiter wäre auch der dem Arbeitnehmer vorgehaltene, ebenfalls aber nicht bewiesene Ausspruch gegenüber dem Geschäftsführer, dieser solle zurück nach Italien gehen, allein oder zusammen mit der Androhung einer Ohrfeige,

noch kein genügender Anlass zu einer sofortigen Beendigung, aber immerhin zu einer entsprechenden Verwarnung für den Fall gewesen, dass es der Arbeitnehmer in der verbleibenden Kündigungsfrist weiter am nötigen Respekt und Anstand hätte fehlen lassen. Die I. AG schuldete K. daher den Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist, die sich infolge Krankheit des Arbeitnehmers um einen Monat verlängert hatte. Zudem wurde K. die von ihm im Umfang von einem Bruttomonatslohn eingeklagte Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ohne Reduktion zugesprochen. Die gegebenen Verhältnisse hätten sogar eine höhere Entschädigung an K. erlaubt.

(GSGE vom 20.6.2002 in Sachen K. gegen I. AG, GS 2001/457)

**2.10.4.2.2. Art. 337 OR. Ein Betriebsarbeiter, der mutwillig eine Schutzscheibe an der von ihm zu bedienenden Maschine eintrat, durfte nicht ohne vorherige Verwarnung fristlos entlassen werden. Kein ausreichender Grund zur fristlosen Kündigung konnte darin bestehen, dass die Arbeitgeberin dadurch gegenüber den übrigen Mitarbeitern hatte ein Zeichen setzen wollen.**  
**Art. 337c Abs. 3 OR. Da der Arbeitnehmer die fristlose Kündigung durch sein Verhalten provozierte, hatte er nur Anspruch auf eine Entschädigung von einem Bruttomonatslohn.**

T. wurde von der B. AG am 1. August 1999 als Betriebsarbeiter zur Bedienung einer Verpackungsmaschine angestellt. Die B. AG kündigte am 13. März 2001 das Arbeitsverhältnis fristlos, weil T. am Tag zuvor mit seinem Fuss mutwillig eine Scheibe an einer Etikettiermaschine eingetreten habe, und zahlte ihm den Lohn bis zur Kündigung aus. Mit Klage vom 24. April 2001 verlangte T. vor dem Gewerblichen Schiedsgericht die Verurteilung der B. AG zur Lohnzahlung bei Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist von Fr. 8'986.-- brutto sowie eine Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR von Fr. 21'000.--, entsprechend sechs Bruttomonatslöhnen. Mit Urteil vom 30. August 2001 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von Fr. 10'637.65 netto gut, wobei es Folgendes erwogen hat.

Aufgrund einer Bestätigung der Herstellerfirma der Etikettiermaschine war erstellt, dass die betreffende Makrolan-Scheibe nur mit massivem Kraftaufwand zerbrochen werden konnte. Nach Anhörung verschiedener Zeugen war zudem davon auszugehen, dass T. die Scheibe mutwillig zerstört und sich damit einer nicht geringen Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Namentlich bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass T. wie dieser sich rechtfertigen wollte, mit dem Fuss nur deshalb gegen die Scheibe getreten sei, um seinen angeblich in der Maschine eingeklemmten Finger zu befreien. Ferner war davon auszugehen, dass der B. AG durch den Bruch der Scheibe ein Schaden von Fr. 1'000.-- entstanden war. Dennoch wurde die fristlose Kündigung als nicht gerechtfertigt angesehen. Eine solche ist nur zulässig, wenn der B. AG nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Beendigungsmöglichkeit nicht zuzumuten gewesen wäre. Vorliegend hätte die B.

AG das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten auf Ende Mai 2001 kündigen können. Zu berücksichtigen war namentlich, dass die B. AG den Mitarbeiter T. bisher stets als guten Arbeitnehmer angesehen hat. Auch hat sie nicht geltend gemacht, dass bei T. die Gefahr einer Wiederholung bestanden habe. Vielmehr hatte sie nach eigenen Angaben deshalb zur fristlosen Kündigung gegriffen, um gegenüber den übrigen 79 Angestellten ein Zeichen zu setzen, dass mutwillige Beschädigungen mit einer fristlosen Entlassung beantwortet würden. Dies genüge nicht zur Rechtfertigung der gewählten Sanktion gegenüber T. Unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips hätte eine ordentliche Kündigung verbunden mit der Androhung einer fristlosen Entlassung für den Wiederholungsfall im konkreten Fall vollauf genügt. Namentlich hätte sie mit dieser Sanktion auch gegenüber den übrigen Mitarbeitern ein Zeichen setzen können. Im übrigen hat die B. AG nicht behauptet, dass Sachbeschädigungen und andere Disziplinwidrigkeiten unter ihrem Personal ein Problem seien. Es wäre ihr deshalb zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis noch bis Ende Mai 2001 aufrechtzuerhalten, so dass T. Anspruch auf Lohn bis zu diesem Zeitpunkt hatte. Zudem wurde T. eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe eines Bruttomonatslohns zugesprochen. Berücksichtigt wurde dabei einerseits, dass die B. AG unter den gegebenen Umständen unverhältnismässig reagiert hatte. Andererseits war die Schwere der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, die dazu führen musste, dass diesem nur eine relativ geringe Entschädigung zukommen konnte. Von den Ansprüchen des Arbeitnehmers abgezogen wurden Fr. 1'000.-- aus Schadenersatz, die die B. AG den klägerischen Forderungen zur Verrechnung gegenüberstellte. Da T. den Schaden mit Vorsatz herbeigeführt hatte, musste er für den vollen Ersatz gerade stehen und konnte der volle Schadenersatzbetrag ohne weiteres mit seinen Ansprüchen verrechnet werden (Art. 321e, 323b Abs. 2 OR).

(GSGE vom 30.8.2001 in Sachen T. gegen B. AG, GS 2001/144)

**2.10.4.2.3. Art. 337 Abs. 3 OR. Ein Arbeitnehmer, der sich unter Vorlage eines Arztzeugnisses krank meldet, darf nur bei klaren Verhältnissen wegen Arbeitsverweigerung fristlos entlassen werden. Da der Arbeitnehmer (Bauarbeiter) sich mit guten Gründen auf das Arztzeugnis seines Arztes verlassen durfte und deshalb bei der Arbeit fehlte, war die deswegen ausgesprochene fristlose Kündigung ungerechtfertigt. Daran änderte nichts, dass der Kreisarzt der SUVA, auf dessen Zeugnis die Arbeitgeberin ihrerseits vertrauen durfte, zu einem gegenteiligen Schluss kam.**

S. war bei der R. AG als Bauarbeiter angestellt. Er erlitt am 21. April 1997 ein Knie trauma, das von der SUVA als unfallähnliche Körperschädigung anerkannt wurde, die bis am 19. April 1998 zu einer 100 %-Arbeitsunfähigkeit führte. Für die Zeit vom 20. April bis zum 2. Juni 1998 bezifferte der Kreisarzt der SUVA die Arbeitsunfähigkeit mit 50 %, danach mit 25 %. Ab dem 3. Juni 1998 zahlte die SUVA kein Taggeld mehr. Der Hausarzt des Arbeitnehmers, Dr. B., hingegen attestierte S. eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis und mit 20. April 1998 und in der Folge eine solche von 50 % ohne weitere Reduktion. Gestützt auf

dieses ärztliche Attest von Dr. B. ging S. erst wieder am 21. April 1998 zur Arbeit, was ihm eine Verwarnung von Seiten des Arbeitgebers eintrug. Am 8. Juni 1998 verliess er den Arbeitsplatz, nachdem er einen halben Tag lang gearbeitet hatte. Die Arbeitgeberin entliess ihn deswegen gleichentags fristlos.

Am 9. November 1998 reichte S. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine Klage gegen die R. AG ein, mit der er deren Verurteilung zur Zahlung von Fr. 9'996.-- brutto inklusive Zins zu 5 % seit dem 23. August 1998 begehrte. In der zweiten Hauptverhandlung vom 23. März 2000 stellte das Gewerbliche Schiedsgericht förmlich fest, dass die fristlose Entlassung des Klägers ungerechtfertigt sei. Ein Entscheid über die Höhe des dem Arbeitnehmer allfällig zustehenden Schadenersatzes wurde indes nicht getroffen. Die R. AG beschwerte sich gegen das Feststellungsurteil beim Appellationsgericht. In seiner Beschwerdevernehmlassung führte das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes aus:

"[...] Eine fristlose Kündigung kann nach Art. 337 Abs. 1 OR nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden, worunter grundsätzlich nur besonders schwere Verfehlungen der gekündigten Vertragspartei fallen. Nie ein wichtiger Grund kann deshalb die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung sein. Das ist derart grundlegend und selbstverständlich, dass darüber eigentlich gar nicht erst diskutiert werden soll und muss. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber in Art. 337 Abs. 3 OR in einem der seltenen Beispiele einer authentischen Interpretation die Auslegung von Abs. 1 dem Rechtsanwender entsprechend vorweggenommen und vorgeschrieben. An dieser Auslegung kann auch nichts ändern, dass wie hier im konkreten Fall der fristlosen Kündigung eine Verwarnung unter Androhung einer sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorangegangen ist. Die fristlose Kündigung kann immer nur die Reaktion auf ein Fehlverhalten der anderen Vertragspartei sein. Fehlt es daran, ist sie daher ohne weiteres ungerechtfertigt. Eine vorgängige Verwarnung erlaubt lediglich, unter bestimmten Voraussetzungen auch weniger schwerwiegende Verfehlungen zum Anlass einer ausserordentlichen Kündigung zu nehmen. In diesem Sinne ist der eingangs erwähnte Grundsatz zu verstehen.

Vorliegend haben die den Kläger untersuchenden Ärzte die Arbeitsunfähigkeit voneinander abweichend eingeschätzt. Folgt man der Einschätzung von Dr. B., so hat der Kläger am 8. Juni 1998 zu Recht nur den halben Tag gearbeitet und eine darüber hinausgehende Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin verweigert. Bei dieser Sachlage ist danach zu fragen, ob Dr. B. für seine Einschätzung plausible Gründe geltend machen kann und der Kläger darauf vertrauen durfte. Dabei ist vorweg festzuhalten, dass der Gesundheitszustand eines Patienten durch die Ärzte in vielen Fällen nicht mit absoluter Genauigkeit erfasst werden kann. Das liegt vor allem daran, dass die Beeinträchtigung der Gesundheit des Menschen nicht oder nicht immer umfassend durch die zur Verfügung stehenden Untersuchungsmethoden sichtbar oder messbar dargestellt werden kann. Namentlich dort, wo das Schmerzempfinden des Patienten eine massgebende Rolle für das Ausmass der Beeinträchtigung spielt, können daher ärztliche Beurteilungen sogar deutlich voneinander abweichen. Das trifft um so mehr auch auf

die Bemessung des Grades der Arbeitsunfähigkeit zu. Im Falle des Klägers liegen all diese Faktoren vor, die eine Beurteilung durch die Ärzte schwierig und dadurch unsicher machen. Es kann aus diesem Grund nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass entweder nur der Kreisarzt der SUVA oder aber nur Dr. B. die Arbeitsunfähigkeit des Klägers exakt bemessen hat. Jedenfalls durfte der Kläger sich mit gutem Grund auf das Urteil seines Hausarztes verlassen. Da damit keine Verfehlung des Klägers vorliegt, ist die fristlose Kündigung ungerechtfertigt. Andererseits hat aber auch die Beklagte auf die Einschätzung der SUVA vertrauen dürfen. Das kann ihre fristlose Kündigung zwar nicht rechtfertigen, weil keine Verfehlung des Klägers feststellbar ist. [...]"

(GSGE vom 23.3.2000 in Sachen S. gegen R. AG, GS 1998/371)

Die Beschwerde der R. AG gegen dieses Urteil hat das Appellationsgericht am 7. Juni 2000 aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

"[...] 2. In materieller Hinsicht ist Folgendes festzuhalten: Nach Art. 337 Abs. 3 OR darf der Richter in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung anerkennen. Daraus wird deutlich, dass ein Arbeitnehmer, der sich krank meldet und dies mit einem ärztlichen Zeugnis untermauert, nur bei klaren Verhältnissen wegen Arbeitsverweigerung fristlos entlassen werden kann. Das kann etwa zutreffen, wenn der Arbeitnehmer ein ihm Arbeitsunfähigkeit attestierendes Arztzeugnis in missbräuchlicher Weise erschleicht. So hat das Appellationsgericht in einem früheren Entscheid eine fristlose Entlassung für berechtigt erklärt im Falle eines Arbeitnehmers, der während längerer Zeit krank geschrieben und dann sowohl vom Hausarzt als auch vom Vertrauensarzt des Kollektivversicherers wieder als arbeitsfähig bezeichnet worden war und, anstatt die Arbeit wieder aufzunehmen, umgehend einen neuen Arzt aufgesucht hat und von diesem wiederum krank geschrieben worden ist (AGE vom 9. Juni 1995 i.S. R.G. AG). Der vorliegende Fall liegt eindeutig anders: Hier sprach sich der Hausarzt, der den Patienten schon seit über sechs Jahren ärztlich betreut hatte und ihn daher besonders gut kannte, für einen höheren Grad der Arbeitsunfähigkeit aus als der Kreisarzt der SUVA. Er tat dies in Kenntnis der abweichenden Beurteilung von Seiten der SUVA, da seine Erfahrungen mit chronischen Schmerzpatienten es nicht zulassen, die Problematik der Arbeitsfähigkeit auf einer rein objektivierbaren Ebene zu betrachten. Dass diese Einschätzung nicht wirklichkeitsfremd war, zeigt sich darin, dass die IV dem Kläger mit Verfügung vom 16. Oktober 1998 eine 50 %-Rente mit Beginn ab 1. April 1998 zugesprochen hat. Natürlich konnte die Beschwerdeführerin, wie sie in der Beschwerde geltend macht, diese Verfügung der IV bei der fristlosen Entlassung am 8. Juni 1998 nicht antizipieren. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. Denn jedenfalls hatte sie Kenntnis davon, dass der Hausarzt des Klägers dessen Arbeitsfähigkeit anders beurteilt hatte. Der Arbeitnehmer hat nämlich in der ersten Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht erklärt, er habe am 6. Juni 1998 das Arztzeugnis abgegeben, was der Vertreter der Beklagten gemäss Verhandlungsprotokoll nicht bestritten, jedoch als unmassgeblich bezeichnet hatte. Davon abgesehen muss für die Frage der Berechtigung der fristlosen Entlassung auch entscheidend sein, ob sich der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf die Be-

urteilung der Arbeitsfähigkeit durch seinen eigenen Arzt hat verlassen dürfen. Das war in dem aufgezeigten früheren Fall gerade nicht der Fall, weil der dortige Arbeitnehmer, nachdem er auch von seinem bisherigen Hausarzt wieder für arbeitsfähig erklärt worden war, einen völlig neuen Arzt aufgesucht hatte, um doch noch krank geschrieben zu werden. Im Gegensatz dazu ist vorliegend nicht zu erkennen, weshalb sich der Beschwerdegegner auf den medizinischen Rat seines langjährigen Hausarztes nicht hätte verlassen dürfen. Die fristlose Entlassung ist daher zu Unrecht erfolgt. [...]"

(AGE vom 7.6.2000 in Sachen R. AG gegen S.)

### **2.10.4.3. Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR)**

#### **2.10.4.3.1. Zusprechung eines Monatslohnes bei an sich höherem Anspruch**

Siehe Ziffer 2.10.4.2.1.: S. 64

#### **2.10.4.3.2. Zusprechung eines Monatslohnes bei provozierter Kündigung**

Siehe Ziffer 2.10.4.2.2.: S. 65

#### **2.10.4.3.3. Art. 337c Abs. 3 OR. Es handelt sich um eine echte Kann-Vorschrift (Praxis des Appellationsgerichts). Eine Entschädigung ist deshalb nicht regelmässig zuzusprechen, sondern ein Entscheid hat nach freiem richterlichem Ermessen unter Würdigung aller Umstände und damit nach Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB aufgrund objektivierbarer Wertungen zu erfolgen. Kann weder dem Arbeitnehmer noch der Arbeitgeberin ein Fehlverhalten angelastet werden, so entfällt ein Entschädigungsanspruch.**

Siehe für den Sachverhalt vorstehend unter Ziffer 2.10.4.2.3.: S. 66.

Mit Entscheid vom 3. September 2001 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Forderungsklage von S. ab, mit der dieser anstelle von Schadenersatz nunmehr eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR verlangte. Es erwog, die R. AG treffe kein Verschulden an der fristlosen Entlassung. Sie habe den Arbeitnehmer gestützt auf die Einschätzung der SUVA-Ärzte in guten Treuen zu 75 % als arbeitsfähig betrachten dürfen. Es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass, wie sich im Nachhinein herausstellte, die Beurteilung des behandelnden Hausarztes die Richtigere gewesen sei. Die gegen dieses Urteil von S. erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 20. März 2002 abgewiesen, indem es Folgendes ausführte:

"[...] 2. a) Der Beschwerdeführer [S.] begehrt die Verurteilung der Beschwerdegegnerin [R. AG] zur Zahlung von CHF 9'996.-- nebst Zins zu 5 % seit 23. August 1998. Dieser Betrag setzt sich gemäss Klage vom 9. November 1998 zusammen aus dem "Anspruch auf Nachzahlung von drei Monats-

löhnen zu 50 % und von 22 Tagen aus dem Juni 1998 ebenfalls zu 50 %". Im Anschluss an das Urteil des Appellationsgerichts vom 7. Juni 2000 erklärte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Februar 2001, dass er an seiner Klage festhalte. Zwar ständen ihm nach den Leistungen der Arbeitslosenversicherung, der IV, einer Pensionskassenleistung und den Leistungen der Helsana keine Lohnansprüche mehr zu. Wegen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung sei jedoch eine "Entschädigung" zum Ausgleich der Persönlichkeitsverletzung geschuldet. [...]

3. a) In materieller Hinsicht ist zwischen den Parteien umstritten, ob die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers zur Zusprechung einer Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR führt. Jener ist unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Auffassung, bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung komme eine gänzliche Verweigerung der Entschädigung nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht. Zudem setze die Verweigerung der Entschädigung grundsätzlich voraus, dass dem Arbeitgeber kein Fehlverhalten angelastet werden könne.

b) Während die Absätze 1 und 2 von Art. 337c OR den Schadensersatzanspruch des zu Unrecht fristlos Entlassenen regeln, stellt der in Abs. 3 geregelte Anspruch eine auf Gesetz beruhende, präventiv wirkende zivilrechtliche Strafe einerseits, eine genugtuungsähnliche Ausgleichszahlung für die durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung regelmässig zugefügte Persönlichkeitsverletzung, andererseits, dar. Der Anspruch weist damit eine Doppelnatur auf (BGE vom 18. Juli 2001, 4C.109/2001; BGE 123 [1997] V 5 E. 2a S. 7; JAR 2000 S. 235; von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, Bern 1996, S. 28 f.).

Obwohl Art. 337c Abs. 3 OR nach seinem Wortlaut eine "Kann-Vorschrift" ist, gehen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und ein Teil der Lehre davon aus, dass grundsätzlich immer eine Entschädigung geschuldet sei und nur in aussergewöhnlichen Fällen darauf verzichtet werden dürfe (BGE 121 [1995] III 64 E. 3c S. 68, 120 [1994] II 243 E. 3e S. 248, 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301; von Kaenel, a.a.O., S. 67 f.). Das Bundesgericht hält fest, die fristlose Entlassung ohne wichtigen Grund tue dem Arbeitnehmer Unrecht, verletze ihn in seinen persönlichen Verhältnissen, beeinträchtige seinen Ruf und rechtfertige daher eine Entschädigung, ohne dass der Richter im Einzelfall die Persönlichkeitsverletzung und deren Grad abzuklären habe (BGE 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301). Ausnahmen sollen sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben, die sich nicht generell umschreiben liessen (BGE vom 1. Februar 1991, JAR 1995 S. 221). Grundsätzlich wird vorausgesetzt, dass dem Arbeitgeber ein Fehlverhalten nicht angelastet werden kann (BGE 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301 f.; BGE vom 19. März 1999, JAR 2000 S. 235 f.); allenfalls kann ein leichtes Fehlverhalten des Arbeitgebers durch besondere Umstände, die zur fristlosen Kündigung geführt haben, aufgewogen werden (BGE vom 1. Februar 1991, JAR 1995 S. 221).

Das Appellationsgericht vertritt mit einem Teil von Lehre und Rechtsprechung demgegenüber die Auffassung, dass die Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nicht regelmässig zugesprochen werden muss. Der Entscheid hierüber habe vielmehr nach freiem richterlichem Ermessen unter Würdigung aller Umstände und damit nach Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB aufgrund objektivierbarer Wertungen zu erfolgen. Dabei sei neben der Strafwür-

digkeit des Arbeitgeberverhaltens, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung und dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung auch die Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (AGE vom 4. Februar 2000 i.S. H.D.K., vom 23. Dezember 1994 i.S. B.L.; BJM 1993 S. 259 ff.; vgl. auch Staehelin, Zürcher Kommentar, N 15 zu Art. 337c OR; ebenso Streiff/von Kaenel, N 8 zu Art. 337c OR; vgl. auch die Nachweise bei von Kaenel, a.a.O., S. 67 ff.). An der bisherigen Rechtsprechung ist festzuhalten. Die bundesgerichtliche Praxis, die zur Begründung auf die Gesetzesmaterialien verweist, vermag nicht zu überzeugen, zumal sich daraus gerade nicht ergibt, dass es sich bei Art. 337c Abs. 3 OR - entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut - lediglich um eine unechte "Kann-Vorschrift" handelt. Abgesehen davon, dass die subjektiv-historische Auslegungsmethode in Lehre und Rechtsprechung überwiegend abgelehnt wird (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 168 ff. zu Art. 1 ZGB), hat *von Kaenel* nachgewiesen, dass die Mehrheit der Votanten in den eidgenössischen Räten in der gewählten Formulierung von Art. 337c Abs. 3 OR eine echte "Kann-Klausel" mit entsprechenden Freiheiten des Richters gesehen hat (von Kaenel, a.a.O., S. 69 mit zahlr. Nachw.). Auch der Versuch, das "Kann" im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung in ein "Muss" umzudeuten, überzeugt nicht (von Kaenel, a.a.O., S. 70 ff.).

Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Streitfrage für den vorliegenden Entscheid nicht von ausschlaggebender Bedeutung, erweist sich die Entschädigungsforderung doch nach beiden Auffassungen als unbegründet.

4. Anlass zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer bildete dessen Weigerung, am 8. Juni 1998 mehr als einen halben Tag zu arbeiten. Wie bereits erwähnt, hatte ihn sein Hausarzt lediglich zu 50 % arbeitsfähig erklärt, während der kreisärztliche Befund der SUVA von einer Arbeitsfähigkeit im Umfang von 75 % ausgegangen war. Der Hausarzt erklärte in einem ausführlichen Zeugnis vom 9. Juni 1998, dass die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit auf 75 % gemessen an medizinisch objektivierbaren Kriterien aus der Sicht der SUVA korrekt sein möge. Erfahrungen mit chronischen Schmerzpatienten liessen es aber nicht zu, die Problematik auf einer rein objektivierbaren Ebene zu betrachten. Das Appellationsgericht erkannte in seinem Urteil vom 7. Juni 2000, der Beschwerdeführer habe sich nach Treu und Glauben auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch seinen Hausarzt verlassen dürfen. Die fristlose Entlassung sei daher mangels eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers zu Unrecht erfolgt.

Wie die Vorinstanz bereits in ihrer Vernehmlassung vom 11. April 2000 zutreffend bemerkt hat, können ärztliche Beurteilungen namentlich dort voneinander abweichen, wo das Schmerzempfinden des Patienten eine massgebende Rolle für das Ausmass der Beeinträchtigung spielt. Dies trifft dann auch auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit und damit auf den vorliegenden Fall zu. Kann daher einerseits dem Beschwerdeführer kein Vorwurf gemacht werden, dass er sich für seine Arbeitsverweigerung auf die Einschätzung seines Hausarztes verlassen hat, gilt dasselbe andererseits auch für die Beschwerdegegnerin. Auch sie durfte sich in guten Treuen auf die Einschätzung der SUVA-Kreisärzte stützen. Die Veranlassung einer vertrauensärztlichen Untersuchung [...] erübrigte sich bereits deshalb, weil die SUVA in beweisrechtlicher Hinsicht ein zur Objektivität verpflichtetes gesetzessvollziehendes Organ ist (BGE 122 [1996] V 157 E. 1c S. 161). Ihre ärztlichen Beurteilungen stellen keine blossen

Parteigutachten dar. Die Beschwerdegegnerin hat daher mit ihrer Forderung nach einer Arbeitsleistung im Umfang von 75 % nicht gegen ihre Pflicht verstossen, auf die Gesundheit des Beschwerdeführers gebührend Rücksicht zu nehmen [...].

Kann aber (auch) der Arbeitgeberin kein Fehlverhalten angelastet werden, entfällt ein Entschädigungsanspruch selbst nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 116 [1990] II 300 E. 5a S. 301 f.). Zu beachten ist ferner, dass der Kündigung am 21. April 1998 bereits eine Verwarnung des Beschwerdeführers unter Androhung der fristlosen Entlassung vorausgegangen war, weil dieser nach seinem Arbeitsunfall - gestützt auf ein Zeugnis seines Hausarztes Dr. B. - erst an jenem Tag wieder zur Arbeit erschienen war, obwohl das Attest des SUVA-Kreisarztes die (teilweise) Arbeitsfähigkeit bereits ab 20. April 1998 bejaht hatte. Die fristlose Kündigung hat den Beschwerdeführer damit nicht völlig unerwartet getroffen. Von Bedeutung ist sodann, dass der Beschwerdeführer keinen Schaden wegen Lohnausfalls erlitten hat, sind doch seine Ansprüche vollumfänglich durch die beteiligten Sozialversicherungen gedeckt worden. Die Zusprechung einer Entschädigung rechtfertigt sich angesichts der erwähnten Umstände nicht. An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, dass die fristlose Entlassung für den Beschwerdeführer angesichts des bereits mehrjährigen Arbeitsverhältnisses und im Hinblick auf seine angeschlagene Gesundheit persönlich belastend gewesen sein mag. Da er rückwirkend seit April 1998 eine halbe IV-Rente erhält und gemäss Attest seines Hausarztes seit 9. März 1999 sogar vollständig arbeitsunfähig ist, bestehen die damit verbundenen Probleme in den persönlichen und beruflichen Verhältnissen (z.B. allfällige Zukunftsängste und Existenzsorgen, schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt) allerdings unabhängig von der fristlosen Entlassung. [...]"

(AGE vom 20.3.2002 in Sachen S. gegen R. AG; GSGE vom 3.9.2001 in Sachen S. gegen R. AG, GS 1998/371)

**2.10.4.3.4. Art. 337c Abs. 3. Eine Entschädigung ist bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung in aller Regel geschuldet (Praxis des Bundesgerichts). Nur in Ausnahmefällen darf davon abgesehen werden. Ein solcher lag vor, weil ein Bauarbeiter sein Recht, infolge Arbeitsunfähigkeit von der Arbeit fernzubleiben, rücksichtslos durchsetzte, ohne ein Einvernehmen mit der Arbeitgeberin zu suchen, die für die Frage der Arbeitsunfähigkeit auf die widersprechende Beurteilung des SUVA-Arztes abstellte.**

Eine von A. gegen das oben wiedergegebene Urteil des Appellationsgerichts (Ziffer 2.10.4.3.3.: S. 69) beim Bundesgericht erhobene Berufung hat dieses mit Urteil vom 11. September 2002 abgewiesen, wobei es Folgendes ausführte:

"[...] 2. Streitig ist ausschliesslich, ob dem Kläger [A.] eine Pönalentschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zusteht. Die bereits von der ersten Instanz aufgestellten Erwägungen, dass er seinen Lohn von den Sozialversicherungen vollständig erhalten hat und ihm daher aus Art. 337c Abs. 1 und 2 OR nichts mehr zusteht, blieben unangefochten.

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung in aller Regel eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 geschuldet und darf nur in Ausnahmefällen von der Zusprechung einer solchen abgesehen werden (BGE 121 [1995] III 64 E. 3c mit Hinweisen). Ein derartiger Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn ein im Vergleich zum Fehlverhalten des Arbeitgebers erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegt, das zwar für eine fristlose Entlassung gerade noch nicht ausreicht, die Zusprechung einer Entschädigung indessen als stossend erscheinen lässt (Entscheid des Bundesgerichts 4C.326/1990 vom 1. Februar 1991 E. 3, in: JAR 1995, S. 220 ff., Ziff. 2).

Die Vorinstanz erwog unter anderem, die vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen für den Verzicht auf eine Pönalentschädigung seien vorliegend erfüllt. Damit hat sie jedenfalls im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt. Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid hatte die Beklagte [R. AG] den Kläger bereits verwarnet, weil er am 20. April 1998 unter Berufung auf ein Zeugnis des behandelnden Arztes, das von der kreisärztlichen Beurteilung der SUVA abwich, nicht am Arbeitsplatz erschienen war. Der Kläger musste somit wissen, dass die Beklagte auch künftig auf die Beurteilung der SUVA abstellen würde. Unter diesen Umständen wäre von ihm zu erwarten gewesen, dass er am 8. Juni 1998 das Gespräch mit der Beklagten suchte, bevor er seinen Arbeitsplatz erneut aufgrund eines von der SUVA-Beurteilung abweichenden Arztzeugnisses verliess. Dass er dies getan hätte, lässt sich dem angefochtenen Urteil indessen nicht entnehmen und wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Auch wenn die fristlose Entlassung des Klägers nicht gerechtfertigt war, weil er beim Verlassen des Arbeitsplatzes aufgrund des Zeugnisses des behandelnden Arztes in guten Treuen davon ausgehen durfte, er sei nur zu 50 % arbeitsfähig, muss er sich damit vorwerfen lassen, dass er sein Recht rücksichtslos durchgesetzt hat, ohne ein Einvernehmen mit der Beklagten zu suchen. Damit hat er seine fristlose Entlassung provoziert. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich, ausnahmsweise auf eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu verzichten.[...]"

(BGE 4C.231/2002 vom 11.9.2002)

**2.10.4.3.5. Art. 337c Abs. 3 OR. Dem Richter steht bei der Bemessung der Entschädigung ein besonders weites Ermessen zu. Bei der Ausübung des Ermessens ist die vom Gesetzgeber beabsichtigte abschreckende Wirkung im Auge zu behalten. Die Erhöhung des Ausgangswerts durch das Gewerbliche Schiedsgericht von zwei auf drei Monatslöhne (Praxisänderung) ist gerechtfertigt. Die Zusprechung von drei Bruttomonatslöhnen an eine Filialleiterin war unter Berücksichtigung der konkreten Umstände angemessen.**

Nachdem J. bereits früher für die F. AG tätig gewesen war, wurde sie von dieser aufgrund eines am 18. August 1999 abgeschlossenen Arbeitsvertrags per August 1999 als Geschäftsführerin der Filiale A. zu einem Monatslohn von rund Fr. 6'000.-- brutto erneut angestellt. Ab dem 29. September 2000 war sie krank. Während ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit will die F. AG durch andere Mitarbeiter der Filiale von verschiedenen geschäftlichen Unregelmässigkeiten von J. erfahren haben. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2000 konfrontierte sie

deshalb die Arbeitnehmerin mit den entsprechenden Vorwürfen, wozu diese am 23. Oktober 2000 schriftlich Stellung nahm. Am 30. Oktober 2000, während andauernder Krankheit der Arbeitnehmerin, sprach die F. AG die fristlose Kündigung aus. Ausserdem erstattete sie am 26. Februar 2001 bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige wegen Verdachts auf Diebstahl, Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsbesorgung. Mit Beschluss vom 11. Mai 2001 stellte die Staatsanwaltschaft das gegen J. geführte Strafverfahren wegen Fehlens bzw. mangels Beweises des Tatbestands ein. Hiergegen rekurrierte die F. AG an die Rekurskammer des Strafgerichts, deren Präsident den Rekurs mit Entscheid vom 18. September 2001 als offensichtlich unbegründet abwies und den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft bestätigte.

J. akzeptierte die fristlose Kündigung nicht und reichte gegen die Arbeitgeberin Klage zunächst auf Schadenersatz beim Gewerblichen Schiedsgericht ein. Dieses verurteilte die F. AG mit Entscheid vom 10. Dezember 2001 in Anwendung von Art. 337c Abs. 1 OR wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zur Zahlung einer Lohnentschädigung von Fr. 16'297.15 netto (Verfahren GS 2001/12). Das Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Am 15. Februar 2002 reichte J. beim Gewerblichen Schiedsgericht eine zweite Klage ein, in der sie ihre Gesamtforderung gegenüber der F. AG auf Fr. 34'200.-- brutto, nämlich Fr. 10'200.-- brutto Ferien- und Überzeitentschädigung und Fr. 24'000.--, entsprechend vier Bruttomonatslöhnen, als Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR bezifferte. Hievon machte sie klageweise pauschal Fr. 30'000.-- brutto geltend. Mit Urteil vom 2. September 2002 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die F. AG zur Zahlung von Fr. 7'201.75 netto als Lohn und von Fr. 18'000.-- netto, entsprechend drei Bruttomonatslöhnen, als Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Die von der F. AG gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht geführte Beschwerde wurde mit Entscheid vom 18. März 2003 aus folgenden Gründen abgewiesen:

"[...] 3. a) Die Beschwerdeführerin [F. AG] anerkennt, dass die fristlose Entlassung der Beschwerdegegnerin [J.] ungerechtfertigt gewesen ist und dass dieser deshalb ein Anspruch auf Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zusteht. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bilden einzig deren Höhe, namentlich die Kriterien, nach denen das Gewerbliche Schiedsgericht sie festgesetzt hat.

b) Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR hat der Richter die Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung "nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände" festzulegen; sie darf jedoch den sechsfachen Monatslohn des Arbeitnehmers nicht übersteigen. Mit dieser allgemeinen Umschreibung räumt der Gesetzgeber dem Richter ein besonders weites Ermessen ein. Sie stimmt weitgehend mit der Umschreibung überein, wie sie auch für die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR und wegen geschlechterdiskriminierender Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 5 Abs. 2 und 4 des Gleichstellungsgesetzes (SR 151) gilt. Alle diese Entschädigungen bezwecken nicht den Ersatz eines allfälligen materiellen Schadens, sondern stellen eine Vertragsstrafe dar, die einerseits das erlittene Unrecht, namentlich die seelische Unbill, im Sinne einer Genugtuung abgelten und andererseits den dafür verantwortlichen Arbeitgeber bestrafen soll. Bei der Ausübung seines Ermessens hat der Richter daher stets die vom Gesetzgeber beabsichtigte ab-

schreckende Wirkung im Auge zu behalten, denn die Entschädigung soll so hoch ausfallen, dass es sich aus der Sicht des Arbeitgebers nicht lohnt, eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung auszusprechen (vgl. Zürcher Kommentar, Adrian Staehelin, Art. 336a OR, N. 3, und Art. 337c OR, N. 18; Berner Kommentar, Manfred Rehbinder, Art. 337c OR, N. 9; ferner AGE vom 19. November 2002 i.S. G.S.). Um im Einzelfall eine einheitliche und rechtsgleiche Festsetzung derartiger Entschädigungen zu gewährleisten, erscheint es als sinnvoll, ja geradezu als geboten, dass das Gewerbliche Schiedsgericht in seiner Praxis möglichst objektivierbare Bemessungskriterien entwickelt und anwendet.

c) Nach Inkrafttreten von Art. 337c OR auf den 1. Januar 1989 hat sich das Gewerbliche Schiedsgericht bei der Heranbildung seiner Praxis jener des Arbeitsgerichts des Kantons Zürich angeschlossen und ist in der Regel von einem „Grundbetrag“ von zwei Monatslöhnen ausgegangen, den es je nach den konkreten, be- und entlastenden Umständen im Einzelfall erhöht oder ermässigt hat. Unter dem Eindruck der unverändert hohen Zahl ungerechtfertigter fristloser Entlassungen ist es im Jahr 2002 im Sinne einer Praxisänderung dazu übergegangen, den erwähnten Grundbetrag auf drei Monatslöhne zu erhöhen und diesen Ansatz entsprechend den konkreten Umständen nach oben oder nach unten anzupassen. Dieses Vorgehen hat im vorliegenden Fall, in dem das Gewerbliche Schiedsgericht die be- und entlastenden Faktoren als ausgeglichen gewichtet hat, zu einer Entschädigung von CHF 18'000.--, entsprechend drei Monatslöhnen der Beschwerdegegnerin, geführt.

Die von der Beschwerdeführerin an der neuen Praxis des Gewerblichen Schiedsgerichts geübte Kritik ist unbegründet. Eine Praxisänderung ist dann zulässig, wenn sie grundsätzlicher Natur ist, besserer Erkenntnis folgt, sachlich begründet ist und Gewähr für eine künftige rechtsgleiche Behandlung bietet (vgl. statt vieler BGE 127 [2001] I 52, 126 [2000] I 129, 125 [1999] II 162/163, 124 [1998] V 387). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die bessere Erkenntnis des Gewerblichen Schiedsgerichts beruht auf der Erfahrung, dass die Zahl der ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen unter der bisherigen Praxis nicht spürbar abgenommen hat, die beabsichtigte Abschreckung also nicht eingetreten ist. Dies mag damit zusammenhängen, dass eine Vertragsstrafe von lediglich zwei Monatslöhnen den Arbeitgeber nicht genügend hart trifft und für ihn im Ergebnis oftmals nicht schwerer wiegt als eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit anschliessender Freistellung des Arbeitnehmers. Die Erhöhung des Ausgangswertes von bisher zwei auf neu drei Monatslöhne trägt deshalb dem Abschreckungszweck der Entschädigung, dem die Literatur erhebliches Gewicht beimisst, angemessen Rechnung. Ohnehin ist nicht einzusehen, weshalb bei einem gesetzlichen Rahmen von sechs Monatslöhnen der Mittelwert bei zwei Monatslöhnen liegen sollte. Rehbinder (a.a.O.) befürwortet denn auch unter diesem Gesichtspunkt einen Ausgangsbetrag von drei Monatslöhnen. Inwiefern dieser Ansatz eine Ermessensunterschreitung bedeutet, ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich. Im Gegenteil, eine solche wäre, jedenfalls aus der Sicht des betroffenen Arbeitnehmers, eher bei einem Ausgangsbetrag von nur zwei Monatslöhnen, d.h. bei Ausschöpfung lediglich eines Drittels des gesetzlichen Rahmens, anzunehmen. Im übrigen führt jede Fixierung auf einen Grundbetrag, liege dieser nun bei zwei oder bei drei Monatslöhnen, zu einer gewissen Schematisierung und Erstarrung, die indessen mit der Berücksichtigung der besonderen konkreten Umstände wieder auszugleichen sind. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen den Ausgangswert von drei

Monatslöhnen und damit gegen die Praxisänderung des Gewerblichen Schiedsgericht wendet, erweist sich die Beschwerde nach dem Gesagten als unbegründet und ist in diesem Umfang abzuweisen.

d) Bei den konkreten Umständen, die zu einer Erhöhung oder Ermässigung des Ausgangsbetrags führen können, sind zunächst die Vorwürfe zu würdigen, welche die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin erhebt und die sie zum Anlass für die fristlose Entlassung und für die Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft genommen hat. Es handelt sich dabei um drei Vorfälle, die von den Parteien nach wie vor unterschiedlich gewichtet werden und für deren Einzelheiten auf die Akten, namentlich auf jene der Staatsanwaltschaft, verwiesen wird:

- Die Beschwerdegegnerin hat für eine gute Kundin ein Paar bei der Beschwerdeführerin nicht vorrätige Stiefel in einem Konkurrenzgeschäft gekauft und das dafür benötigte Geld vorerst der Kaffeekasse des Personals entnommen. In der Folge ist der Verkauf an die Kundin nicht zustande gekommen und sind die Stiefel im Geschäft der Beschwerdeführerin geblieben. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat der Beschwerdegegnerin ein Handeln im Interesse der Beschwerdeführerin zugebilligt, ihr aber den gewählten, ungewöhnlichen Weg zum Vorwurf gemacht.
- Die Beschwerdegegnerin hat an einem Geschäftsessen ein Paar Schuhe aus dem Sortiment der Beschwerdeführerin getragen, die später nach einer Auffrischung zum regulären Preis an eine Kundin verkauft worden sind. Sie hat sich dabei auf eine im Betrieb geltende Regelung berufen, nach welcher neue Schuhe an Modeschauen u.dgl. haben getragen werden dürfen. Solche Schuhe seien später mit Rabatt verkauft worden. Darüber, ob eine solche Regelung bestanden hat, haben die Angaben der befragten Personen keine restlose Klärung gebracht mit der Folge, dass das Gewerbliche Schiedsgericht einen Regelverstoss der Beschwerdegegnerin nicht als erwiesen betrachtet hat. Zudem hat es festgehalten, dass der Beschwerdeführerin durch das Vorgehen der Beschwerdegegnerin jedenfalls kein Schaden entstanden ist, da der Verkauf der Schuhe nicht mit Rabatt, sondern zum regulären Preis erfolgt ist. Auch dieser Würdigung ist bei der gegebenen unsicheren Beweislage zu folgen.
- Die Beschwerdegegnerin soll gelegentlich Kundinnen unerlaubte Rabatte gewährt und ihnen Schuhe in zu grosser Zahl und für zu lange Zeit zur Anprobe mit nach Hause gegeben haben. Der Vorwurf der unzulässigen Rabattgewährung hat sich weder im Strafverfahren noch im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht erhärten, aber auch nicht gänzlich entkräften lassen. Beweismässig steht lediglich fest, dass die Beschwerdegegnerin einer Kundin mehr Schuhe zur Auswahl mitgegeben hat, als dies nach einer betriebsinternen schriftlichen Weisung zulässig gewesen wäre. Da es sich dabei um eine der besten Kundinnen der Filiale gehandelt hat, hat das Gewerbliche Schiedsgericht den Weisungsverstoss milder gewichtet. Auch dieses Ergebnis überzeugt und ist nicht zu beanstanden.

Bei der Wertung dieser drei Vorfälle ist zu beachten, dass sie für eine fristlose Entlassung nicht ausreichen und sich auch strafrechtlich als nicht relevant erwiesen haben. Allerdings hat sich die Beschwerdegegnerin teilweise weisungswidrig und im übrigen zumindest verdächtig verhalten und damit das Misstrauen der Beschwerdeführerin gefördert. In diesem Umfang trägt sie, wie das Gewerbliche Schiedsgericht zutreffend festgestellt hat, ein gewisses Mitverschulden an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, das die Höhe der Entschädigung im Sinne einer Ermässigung beeinflusst.

Als erhöhend hat das Gewerbliche Schiedsgericht andererseits das Verhalten der Beschwerdeführerin gewichtet und dabei namentlich berücksichtigt, dass sie die Entlassung der Beschwerdegegnerin während deren krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen und ihr zwar eine schriftliche Stellungnahme zu den erhobenen Vorwürfen zugestanden, eine gegenseitige Aussprache aber trotz mehrmaligen Ersuchens verweigert hat. Ungeachtet des Hinweises des Gewerblichen Schiedsgerichts auf die eher geringen Chancen einer Strafanzeige anlässlich des Vorverfahrens hat die Beschwerdeführerin eine solche erstattet und den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft - erfolglos - an die Rekurskammer weitergezogen. Damit hat sie die Beschwerdegegnerin unnötigerweise an den Pranger gestellt und sie insbesondere betriebsintern in Misskredit gezogen. Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin erst nach rund drei Monaten eine neue Anstellung gefunden und dabei eine Lohneinbusse von ca. 17 % in Kauf nehmen müssen. Insgesamt erscheint die Vorgehensweise der Beschwerdeführerin zunächst als überstürzt und später als offensichtlich rechthaberisch, wobei vor allem ihr unangelegentliches Insistieren auf dem Strafverfahren einen belastenden und damit entschädigungserhöhenden Umstand darstellt.

Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die be- und entlastenden Umstände, wie sie im geschilderten Verhalten beider Parteien zum Ausdruck gelangen, und ihre Auswirkungen auf die Höhe der Entschädigung als ungefähr gleichwertig gewichtet und deshalb den Ausgangsbetrag von drei Monatslöhnen als angemessen im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR betrachtet. Diese Beurteilung erscheint als ausgewogen. Sie trägt dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Abschreckungszweck Rechnung und beruht weder auf einer Unter- noch auf einer Überschreitung des richterlichen Ermessens. Das angefochtene Urteil erscheint daher als richtig und ist auch bei freier Kognition nicht als fehlerhaft zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet. [...]"

(AGE vom 18.3.2003 in Sachen F. AG gegen J.; GSGE vom 2.9.2002 in Sachen von J. gegen F. AG, GS 2002/78

## 2.11. Abgangsentschädigung (Art. 339b ff. OR)

2.11.1. Art. 339c OR. Auslegung einer Vertragsabrede ("5 % [des Jahresgehalts] für jedes folgende Jahr") über die Höhe einer Abgangsentschädigung: Massgebend sind nur vollständige Beschäftigungsjahre.

2.11.2. Art. 339d Abs. 1 OR. Prämienbefreiungen, die mit Geldern aus Arbeitgeberbeiträgen finanziert werden, sind abzugsfähig.

S. war vom 4. Januar 1982 bis 31. Juli 2000 als leitender Angestellter bei der W. AG beschäftigt. Artikel 18 des Arbeitsvertrages sah vor, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Abgangsentschädigung hatte, falls das Arbeitsverhältnis nach mindestens 10 Jahren aufgelöst wurde, ohne dass diesen an der Vertragsauflösung ein schweres Verschulden traf. Die Höhe der Abgangsentschädigung betrug 50 % des letzten Jahresgehaltes nach 10 Anstellungsjahren und "weitere 5 % für jedes folgende Jahr". Bei der Berechnung der Abgangsentschädigung war zwischen den Vertragsparteien unter anderem umstritten, ob S. Anspruch auf diese 5 % nur für ein vollständiges Jahr oder aber auch pro rata für ein unvollständiges Jahr hatte. Zudem waren sich die Vertragsparteien darüber nicht einig, ob eine von der Pensionskasse den Angestellten der W. AG während mehrerer Jahren gewährten Beitragsbefreiung als Beiträge der W. AG im Sinne von Art. 339d Abs. 1 OR zu betrachten waren. Die von S. mit Klage vom 6. Juli 2001 beim Gewerblichen Schiedsgericht in diesem Zusammenhang gestellten Ansprüche wurden mit Urteil vom 25. Februar 2002 abgewiesen. Dabei wurde Folgendes erwogen.

Aus dem Wortlaut von Art. 18 des Arbeitsvertrags wurde nicht eindeutig klar, ob die weiteren "5 % für jedes folgende Jahr" nur für ein vollständiges Jahr zu verstehen waren oder nicht. Der Vergleich dieser Vorschrift mit weiteren Bestimmungen im Arbeitsvertrag zeigte jedoch, dass die Vertragsparteien bei der Regelung zeitabhängiger Ansprüche des Arbeitnehmers, wie Ferien, 13. Monatslohn und Gratifikation, allfällige pro rata Ansprüche jeweils ausdrücklich erwähnten. Zudem bemessen die Gerichte, wie ein Blick in die Rechtsprechung zeigt (vgl. die bei ZK-Staehelin, Art. 339c OR N. 8, S. A719 aufgeführten Hinweise), die Höhe der Abgangsentschädigung regelmässig lediglich aufgrund der vom Arbeitnehmer absolvierten vollendeten Beschäftigungsjahre. Beides führte dazu, dass auch vorliegend die Abgangsentschädigung bloss aufgrund von 18 Dienstjahren berechnet wurde, während die 7 Monate Arbeit, die S. im Jahre 2000 noch geleistet hatte, unberücksichtigt blieben.

Nach Art. 339d Abs. 1 OR können Leistungen einer Personalfürsorgeeinrichtung, die der Arbeitnehmer erhält, von der Abgangsentschädigung abgezogen werden, soweit diese vom Arbeitgeber oder auf Grund seiner Zuwendungen von der Personalfürsorgeeinrichtung finanziert worden sind. Vorliegend konnte die W. AG nachweisen, dass die strittige Prämienbefreiung

aus den Arbeitgeberbeiträgen finanziert wurde, welche die W. AG für später ausgeschiedene Angestellte der Pensionskasse einbezahlt hatte. Diese Angestellten durften aufgrund der damals noch gültigen nur teilweisen Freizügigkeit hinsichtlich ihres Pensionskassenguthabens die Arbeitgeberbeiträge der W. AG beim Stellenwechsel nicht für sich beanspruchen. Damit war die betreffende Prämienbefreiung durch die Pensionskasse aus Mitteln ermöglicht worden, die ursprünglich von der W. AG stammten. Aus diesem Grund waren auch diese Beiträge von der Abgangsentschädigung in Abzug zu bringen.

(GSGE vom 25.2.2002 in Sachen S. gegen W. AG, GS 2001/246)

**2.12. Dienstaltersgeschenk: Anspruch auf Freitage trotz Ausscheidens?**

Siehe Ziffer 2.10.3.: S. 52

**2.13. Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR)**

**2.13.1. Art. 351a Abs. 1 OR / Art. 4 Abs. 2 HArG. Sofern sich der Lohn nach der geleisteten Arbeit bemessen soll, so ist auch die Vorgabezeit schriftlich anzugeben. Bei Fehlen einer Vorgabezeit wird der übliche Aufwand durch das Gericht geschätzt.**

**2.13.2. Art. 352 Abs. 2 OR / Art. 321e OR. Kein Verschulden der Arbeitnehmerin für Arbeitsmängel, wenn diese nicht ausreichend instruiert wurde und zudem bekanntermassen keine ausgebildete Schneiderin ist. Kein Anspruch der Arbeitgeberinnen auf Verbesserung und Schadenersatz.**

**2.13.3. Art. 353b OR / Art. 324 OR. Ungenügende Arbeitsqualität berechtigt die Arbeitgeberinnen zur Arbeitsreduktion, soweit dies vertraglich vorgesehen ist.**

L. arbeitete seit dem 16. März 2001 bei H. und J. als Schneiderin in einem Heimarbeitsvertrag. Der am 19. April 2001 unterzeichnete unbefristete Vertrag sah vor, dass L. wöchentlich 2 bis 4 Kleidungsstücke erhalten werde, die zu nähen waren. H. und J. behielten sich vor, "diese Stückzahl (z.B. bei Fehlen von Material, vermindertem Arbeitsanfall, etc.) vorübergehend auf 1 bis 2 Stück wöchentlich zu reduzieren". Weiter wurde bestimmt, dass bei der Übergabe der Arbeit der Stücklohn sowie der für die Arbeit berechnete Zeitaufwand bekanntgegeben werden. Der Berechnung des Stücklohnes werde ein Stundenlohnansatz von Fr. 20.-- inkl. 8,33 % Ferienanteil zugrunde gelegt. Mit Schreiben vom 22. Mai 2001 kündigten H. und J. den Vertrag, weil sie mit den letzten Arbeiten von L. zuviel Verlust und vor al-

lem Umtriebe gehabt hätten. In der Folge teilten sie L. keine Arbeit mehr zu. In der Lohnabrechnung vom 1. Juni 2001 wurde für die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses eine Lohnsumme Fr. 1'844.70 netto ausgewiesen. Ausbezahlt waren an L. bereits Fr. 1'198.-- netto. Das Restguthaben von L. verrechneten H. und J. mit einer Gegenforderung von Fr. 1'036.70 für Wiederherstellungsarbeiten und Materialkosten, die aus fehlerhafter Arbeit von L. entstanden seien. Mit Klage vom 12. Juli 2001 begehrte L. die Verurteilung von H. und J. in solidarischer Verbindung zur Zahlung von Fr. 5'786.-- brutto nebst Zins. Die Forderung setzte sich einerseits aus Lohn für geleistete Arbeit und andererseits aus Lohn für die Kündigungsfrist zusammen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 16. August 2001 im Umfang von Fr. 2'527.60 netto nebst Zins gut, wobei es Folgendes erwogen hat.

Unter den Parteien war zunächst umstritten, wie viele Kleidungsstücke bzw. wie viele Stunden L. seit Beginn des Arbeitsverhältnisses genäht bzw. gearbeitet hatte. Da L. selber aber von weniger fertiggestellten Kleidungsstücken als H. und J. ausging, war letztlich nur über den verrechenbaren Stundenaufwand zu urteilen. L. ging von einem Arbeitsaufwand von total 156 Stunden aus. Nach Ansicht von H. und J. war dieser Aufwand nicht gerechtfertigt. Sie hätten L. teilweise kürzere Zeitvorgaben mitgegeben als der Stundenaufwand, der L. pro Kleidungsstück geltend machte. Einig waren sich die Parteien darüber, dass der Aufwand pro Jacke 4 Stunden betragen durfte. Umstritten war hingegen der Aufwand pro Hose. Die Klägerin setzte 2 Stunden ein. Die Beklagten wollen ihr eine Zeitvorgabe von jeweils 1 Stunde 20 Minuten bis 1 Stunde 30 Minuten mitgegeben haben. Auszugehen war davon, dass nach Art. 351a Abs. 1 OR die Arbeitgeberinnen im Heimarbeitsvertrag vor jeder Ausgabe von Arbeit der Arbeitnehmerin die für deren Ausführung erheblichen Bedingungen bekanntgeben müssen. Die Angabe des Lohnes hat dabei schriftlich zu erfolgen (Art. 351a Abs. 1 OR; Art. 3 Heimarbeitsgesetz, HArG, das auf die gewerbliche und industrielle Heimarbeit Anwendung findet; SR 822.31). Sofern der Lohn nach der geleisteten Arbeit bemessen wird, gehört dazu auch die Vorgabezeit, das heisst der geschätzte Zeitaufwand (Art. 326a Abs. 1 OR; Art. 4 Abs. 2 HArG). Vorliegend ergab sich der Lohnansatz pro Stunde aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag. Hingegen erfolgte die Bekanntgabe der Vorgabezeit nach den Aussagen der beklagten H. und J. jeweils bloss mündlich und war zudem von L. in den meisten Fällen bestritten. Unter diesen Umständen kam Art. 351a Abs. 2 OR zum Zuge, wonach die üblichen Arbeitsbedingungen gelten, wenn die Angaben über den Lohn nicht gesetzeskonform vorgenommen wurden. Das Gericht ging davon aus, dass die von L. geleisteten zwei Stunden pro Hose als üblich anzusehen sind. Aus diesem Grund standen ihr für die geleisteten 156 Arbeitsstunden Fr. 3'120.-- brutto zu. Nicht zu untersuchen war, ob der in den Stundenlohnansatz integrierte Ferienanteil zulässig war oder nicht, weil die Klägerin diesen Punkt nicht beanstandet hat.

Für die Zeit während der Kündigungsfrist, in der L. keine Arbeit mehr zugeteilt wurde, hatte sie dennoch Lohn zugut. Die Klägerin wurde bis 10. Mai 2001 beschäftigt. Die Kündigung erfolgte am 22. Mai 2001. Damit endete das Arbeitsverhältnis am 30. Juni 2001. Berücksichtigt wurde, dass die Arbeitgeberinnen die Stückzahl von wöchentlich 4 vorübergehend auf 1 bis 2

Stück reduzieren durften. Als Gründe, die zur Reduktion berechtigten, wurden im Heimarbeitsvertrag beispielhaft das Fehlen von Material sowie der verminderte Arbeitsanfall angegeben. Solche Gründe fielen jedoch grundsätzlich ins Betriebs- und Wirtschaftsrisiko von H. und J. und widersprachen damit den relativ zwingenden Vorschriften in Art. 324 OR sowie Art. 353b OR, wonach die Arbeitgeberinnen in aller Regel zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleiben, wenn sie ihrer Arbeitnehmerin keine oder weniger Arbeit anbieten können, als vereinbart wurde (ZK-Staehelin, Art. 324 OR N. 12 ff., S. A210 f.; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 324 OR N. 5, S. 141; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 324 OR N. 2, S. 135). Vorliegend haben H. und J. jedoch auf die weitere Beschäftigung von L. verzichtet, weil sie mit ihrer Arbeitsqualität nicht zufrieden waren. Unter diesen Umständen wurde die Zulässigkeit der vertraglich vorbehaltenen Reduktion des Arbeitspensums auf 2 Kleidungsstücke pro Woche bejaht. Damit ergab sich eine gesamte Lohnforderung der Klägerin von Fr. 3'980.70 brutto bzw. von Fr. 3'725.60 netto. Da L. bereits Fr. 1'198.-- netto ausbezahlt erhalten hatte, standen ihr noch Fr. 2'527.60 netto zu.

Zu prüfen war ferner, ob die Beklagten von diesem Lohn Guthaben die Kosten für Wiederherstellungsarbeiten in Abzug bringen durften. L. hat diese Verrechnungsforderung bestritten. Nicht nachgewiesen war insbesondere, dass H. und J. die Arbeitnehmerin bei der Arbeitsausgabe ausreichend instruiert hatten. Wie sie wussten, war L. keine ausgebildete Schneiderin. Es konnte deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die ihr zum Vorwurf gemachten Mängel verschuldet hatte. Aus diesem Grund konnte von ihr weder die Verbesserung allfälliger Mängel (Art. 352 Abs. 2 OR) noch gar Schadenersatz (Art. 321e OR) verlangt werden.

(GSGE vom 16.8.2001 in Sachen L. gegen H. und J., GS 2001/256)

### **3. Gleichstellungsgesetz (GIG)**

**3.1. + 2. Offengelassen, ob in Analogie zu Art. 11 Abs. 3 GIG iVm Art. 8 Abs. 2 sowie Art. 9 GIG für eine Entschädigungsklage eine Klagfrist gilt, wenn die Diskriminierung damit begründet wird, dass Arbeitsverhältnisse mit Männern und Frauen aufgrund eines unterschiedlichen Pensionierungsalters durch den Arbeitgeber entsprechend früher oder später beendet werden. Die Frist zur Einreichung einer Entschädigungsklage beim Gericht nach dem Scheitern des Schlichtungsverfahrens beginnt erst mit der schriftlichen Bestätigung der Schlichtungsstelle nach § 16 Abs. 2 EG GIG darüber, dass ein Vergleich nicht zustande gekommen ist. Art. 10 Abs. 3 GIG bezieht sich nur auf die in Abs. 1 umschriebenen Fälle einer Kündigung "ohne begründeten Anlass", nicht hingegen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Erreichen der Altersgrenze.**

**3.3. § 64b Pensionskassengesetz BS / Art. 5 Abs. 2 GIG. Diskriminierung der Frauen, die im Unterschied zu den Männern nicht zwischen der bisherigen und der neuen Altersgrenze wählen können. In casu konnte eine Spitalchwester nicht weiterarbeiten, um ihre berufliche Vorsorge aufzubessern. Die daraus entstehende finanzielle Schlechterstellung wurde nicht durch andere Vorteile ausgeglichen. Der Entschädigungsanspruch bestimmt sich in Analogie zu Art. 5 Abs. 2 GIG. In casu wurde eine Entschädigung in der Höhe von zwei Nettomonatslöhnen als angemessen angesehen.**

S., geboren am 1. Januar 1941, arbeitete seit dem 26. April 1979 als privatrechtlich angestellte Mitarbeiterin im Patientenwesen im Gemeindespital R. (im Folgenden: Spital). Als solche war sie für die berufliche Vorsorge bei der Pensionskasse des Basler Staatspersonals versichert. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2000 teilte ihr das Spital mit, sie werde wegen Erreichens der Altersgrenze auf den 31. Januar 2001 pensioniert. Das Spital stützte sich hiefür einerseits auf Art. 5 Abs. 2 des Personalreglements, wonach das Arbeitsverhältnis auf den Zeitpunkt der Alterspensionierung ohne weiteres, insbesondere ohne vorgängige Kündigung, erlischt, und andererseits auf die Bestimmungen des Pensionskassengesetzes (PKG; SG 166.100) und auf die Anschlussvereinbarung zwischen dem Spital und der Pensionskasse des Basler Staatspersonals. Nach der Regelung des Pensionskassengesetzes wird die massgebende Altersgrenze frühestens am Monatsende nach Vollendung des 60. Altersjahres und spätestens am Monatsende nach Vollendung des 63. Altersjahres erreicht (§ 30 Abs. 2 PKG). Abweichend davon gilt gemäss der Übergangsbestimmung von § 64b Abs. 1 PKG, in Kraft seit dem 1. Juli 1995, für versicherte Frauen mit Lebensalter 47 oder älter die ordentliche Altersgrenze von 60 Jahren, während versicherte Männer mit Lebensalter 50 oder älter gemäss Absatz 2 der zitierten Bestimmung bis zur Vollendung des 63. Altersjahres weiterarbeiten können.

S. widersetzte sich der Pensionierung und bekundete gegenüber dem Spital ihren Willen, zwecks Verbesserung ihrer Altersvorsorge weiterhin arbeiten zu wollen, was das Spital ablehnte. In der Folge wandte sie sich wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes (GIG; SR 151.1) an die Kantonale Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen. Da eine Einigung mit dem Spital nicht zustande kam, reichte sie beim Gewerblichen Schiedsgericht gestützt auf Art. 11 GIG eine Klage ein mit dem Begehren um Verurteilung des Spitals zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 9'600.-- netto, zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Februar 2001. Mit Urteil vom 3. Juni 2002 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab. Die gegen dieses Urteil von S. erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht mit Entscheid vom 19. November 2002 mit folgender Begründung gutgeheissen:

"[...] 2. Der Beschwerdegegner [Spital] macht geltend, die Entschädigungsklage der Beschwerdeführerin [S.] sei wegen Nichteinhaltung der Klagefrist verwirkt. Hiezu ist zu bemerken, dass gemäss Art. 11 Abs. 3 GIG in den Fällen, in denen das Gesetz eine Klagefrist vorsieht, die Schlichtungsstelle

innerhalb dieser Frist anzurufen und die gerichtliche Klage innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens einzureichen ist. Eine solche gesetzliche Klagfrist sehen Art. 8 Abs. 2 GIG bei diskriminierender Ablehnung einer Anstellung und Art. 336b Abs. 2 OR, in Verbindung mit Art. 9 GIG, bei diskriminierender Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor, wobei die Klagfrist im ersten Fall drei Monate und im zweiten Fall 180 Tage beträgt. Im vorliegenden Fall besteht zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass es weder um die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses noch um die Ablehnung einer Anstellung geht. Gegenstand des Rechtsstreits bildet vielmehr die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien infolge unterschiedlichen Pensionierungsalters für Männer und Frauen. Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass dieser Fall im Hinblick auf die vom Gleichstellungsgesetz bezweckte tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau gleich zu behandeln ist wie die diskriminierende Ablehnung einer Anstellung oder die diskriminierende Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, denn auch hier steht das Interesse der betroffenen Person am Zustandekommen bzw. am Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses im Vordergrund. Ob auch in einem solchen Fall, in analoger Anwendung der erwähnten Gesetzesbestimmungen, eine Klagfrist anzunehmen ist, kann offen bleiben, da die Beschwerdeführerin jedenfalls ihre Entschädigungsklage am 5. Februar 2002 und damit innert drei Monaten nach dem Scheitern des Schlichtungsverfahrens eingereicht hat. Dieses ist nämlich, entgegen der Meinung des Beschwerdegegners, nicht schon mit der erfolglos verlaufenen Schlichtungsverhandlung vom 30. Oktober 2001 abgeschlossen gewesen, sondern erst mit der in § 16 Abs. 2 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Gleichstellungsgesetz (SG 140.100) ausdrücklich vorgeschriebenen schriftlichen Bestätigung des Nichtzustandekommens eines Vergleichs. Diese Zustellung, versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung, ist im vorliegenden Fall am 5. November 2001 erfolgt. Erst in diesem Zeitpunkt hat für die Beschwerdeführerin die Gewissheit bestanden, dass das Schlichtungsverfahren beendet ist, d.h. dass keine weiteren Vergleichsversuche mehr stattfinden würden und sie (die Beschwerdeführerin) zur Wahrung ihrer Rechte innert der Frist von drei Monaten gemäss Art. 11 Abs. 3 GIG das Gericht werde anrufen müssen. Mit ihrer Klage vom 5. Februar 2002 hat sie diese Frist eingehalten.

Ebenfalls eingehalten hat die Beschwerdeführerin die Frist zur Anrufung der Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen. Wohl sieht Art. 10 Abs. 3 GIG vor, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor Ende der Kündigungsfrist beim Gericht angefochten werden muss. Diese Bestimmung gelangt indessen im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung, zum einen, weil das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin, wie erwähnt, nicht mittels Kündigung, sondern wegen Erreichens der Altersgrenze aufgelöst worden ist und zum andern, weil sich die Vorschrift nur auf die in Art. 10 Abs. 1 GIG umschriebenen Fälle von Kündigungen "ohne begründeten Anlass", also auf sog. Rachekündigungen, bezieht. Mit ihrer Eingabe vom 8. Februar 2001 an die Schlichtungsstelle hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 9 GIG und Art. 336b Abs. 2 OR einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht, was nach der zitierten Bestimmung innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geschehen hat. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 31. Januar 2001 geendet und die Beschwerdeführerin sich bereits am 8. Februar 2001 an die Schlichtungsstelle gewandt hat, ist entgegen der Meinung des Beschwerdegegners auch diese Frist gewahrt.

3. Gemäss Art. 5 Abs. 6 des Personalreglements erlischt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdegegner und seinen Mitarbeitern ohne weiteres auf den Zeitpunkt der Alterspensionierung; einer vorangehenden Kündigung bedarf es nicht. Die Vereinbarung einer derartigen Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den jeweiligen Mitarbeiter ist grundsätzlich zulässig (vgl. BGE 114 [1988] II 349/350). Das massgebende Pensionierungsalter bestimmt sich im vorliegenden Fall nach dem Pensionskassengesetz, dem der Beschwerdegegner gemäss Art. 47 des Personalreglements mit entsprechender Anschlussvereinbarung die berufliche Vorsorge seiner Mitarbeiter unterstellt hat. Nach dem revidierten § 30 Abs. 2 PKG gilt für beide Geschlechter die gleiche Altersgrenze. Sie wird nach fünfunddreissig Versicherungsjahren jeweils auf ein Monatsende erreicht, frühestens jedoch am letzten Tag des Monats, in dem die versicherte Person das sechzigste Altersjahr vollendet und spätestens am letzten Tag des Monats, in dem sie das dreiundsechzigste Altersjahr vollendet. Abweichend von dieser allgemeinen Regelung gilt nach der Übergangsbestimmung von § 64b Abs. 1 PKG für bereits in der Pensionskasse versicherte Frauen mit Lebensalter siebenundvierzig oder älter - und damit auch für die im Jahr 1941 geborene Beschwerdeführerin - die Altersgrenze von sechzig Jahren, während gemäss Abs. 2 der zitierten Bestimmung bereits in der Pensionskasse versicherten Männer mit Lebensalter fünfzig oder älter, die gemäss früherer Regelung ihre Altersgrenze nach Vollendung des dreiundsechzigsten Altersjahres erreichen, zwischen der bisherigen (65 Jahre) und der neuen Altersgrenze wählen können. Durch diese Regelung erleidet die Beschwerdeführerin, die lediglich über dreissig Beitragsjahre verfügt, im Vergleich mit einem Mann in der gleichen Situation insofern einen Nachteil, als sie mit Vollendung des sechzigsten Altersjahres ihre Stelle verliert, ohne ihre Dienstjahre verlängern und dadurch ihre Pensionskassenrente aufbessern zu können, dagegen ein Mann gleichen Alters und mit ebenfalls nur dreissig Beitragsjahren sich gemäss § 64b Abs. 2 PKG für die bisherige Altersgrenze von fünfundsechzig Jahren und damit für eine entsprechend höhere Pensionskassenrente entscheiden kann. Die Regelung von § 64b PKG wirkt sich somit für die Beschwerdeführerin geschlechtsbedingt finanziell nachteilig aus.

4. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat nicht verkannt, dass die geschilderte unterschiedliche Regelung des Pensionierungsalters Männer und Frauen ungleich trifft. Gleichwohl hat es das Bestehen einer Diskriminierung für die Beschwerdeführerin verneint, weil die für sie negativen Folgen der Ungleichbehandlung durch verschiedene Vorteile - mehr Freizeit, früherer Rentenbezug, möglicher Antritt einer neuen Stelle - aufgewogen würden. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es ist ihr insbesondere entgegenzuhalten, dass der mit der früheren Pensionierung verbundene Vorteil der freien Lebensgestaltung ohne Arbeit den erlittenen finanziellen Nachteil nicht ohne weiteres ausgleicht. Erwerbsarbeit stellt nicht einfach und in jedem Fall eine Last dar, sondern weist auch zahlreiche positive Aspekte auf, wie etwa berufliche Befriedigung, zwischenmenschliche Kontakte, soziale Anerkennung etc., die nicht ohne weiteres mit einer finanziellen Leistung abgegolten werden können. Jedenfalls liegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht angeführten Vorteile auf einem ganz anderen Gebiet; sie lassen sich im übrigen nicht verallgemeinern, da die individuellen Bedürfnisse, wie der vorliegende Fall deutlich macht, sehr unterschiedlich sein können. So hat denn auch das Verwaltungsgericht in einem vergleichbaren Fall hinsichtlich eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses entschieden, dass die Regelung, wonach das Arbeitsverhältnis einer Frau mit vollendetem sechzigsten Altersjahr erlischt, Männer dagegen länger arbeiten können, gegen die Bundesverfassung verstösst (Art. 4 Abs. 2

aBV) und den Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau verletzt (BJM 1988, S. 67; vgl. ferner JAR 1994, S. 267, und BGE 109 [1983] Ib 89). Die gleiche Rechtsauffassung vertritt offenbar auch das Bundesgericht (Praxis 78/1989, Nr. 114, S. 389/390). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Frage im vorliegenden Fall anders beantwortet werden sollte. Dass die Bundesgesetzgebung bei der Alters- und Hinterlassenenversicherung und bei der beruflichen Vorsorge ebenfalls unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen kennt, ändert an der festgestellten Verletzung des Gleichstellungsgrundsatzes jedenfalls nichts, zumal jene Ungleichheit frühestens mit vollendetem zweiundsechzigsten Altersjahr der weiblichen Versicherten wirksam wird, während es bei der Beschwerdeführerin um die Altersgrenze von sechzig Jahren geht. Die Auffassung des Gewerblichen Schiedsgerichts, wonach sich die Regelung von § 64b Abs. 1 PKG nicht diskriminierend auswirke, erweist sich nach dem Gesagten als unrichtig.

5. Wie das Bundesgericht schon unter der Herrschaft der alten Bundesverfassung (Art. 4 Abs. 2) angenommen hat, richten sich auch nach der neuen (Art. 8 Abs. 3) die Auswirkungen des Gleichstellungsgrundsatzes, anders als bei der Lohndiskriminierung, nicht an Private, sondern an das Gemeinwesen; sie entfalten insofern keine direkte Dritt- oder Horizontalwirkung (Praxis 78/1989, a.a.O.). Massgebend sind ausschliesslich die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes über die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgte geschlechtsbedingte Diskriminierung.

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist der vorliegende Fall unter gleichstellungsrechtlichen Gesichtspunkten gleich zu behandeln wie die diskriminierende Ablehnung der Anstellung oder die diskriminierende Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Da die Beschwerdeführerin durch die Regelung des Pensionierungsalters eine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG erleidet, steht ihr analog zu den erwähnten Fällen gemäss Art. 5 Abs. 2 GIG ein Anspruch auf Entschädigung zu. Der angefochtene Entscheid, mit dem das Gewerbliche Schiedsgericht die entsprechende Entschädigungsklage der Beschwerdeführerin abgewiesen hat, beruht somit auf einer unrichtigen Anwendung des Gleichstellungsgesetzes. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Da die Sache keiner weiteren Abklärungen bedarf und deshalb spruchreif ist, kann von einer Rückweisung an das Gewerbliche Schiedsgericht abgesehen werden und ist der neue Entscheid vom Appellationsgericht zu fällen (§ 244 ZPO).

6. Die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GIG ist "unter Würdigung aller Umstände" festzusetzen und darf im Einzelfall den Betrag, der sechs Monatslöhnen entspricht, nicht übersteigen (Art. 5 Abs. 4 GIG). Die Bemessung ihrer Höhe liegt im richterlichen Ermessen und hat im übrigen nach den Grundsätzen zu erfolgen, wie sie auch bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a Abs. 2 OR) und bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR) zur Anwendung gelangen. Alle diese Entschädigungen bezwecken nicht den Ersatz eines allfälligen materiellen Schadens, sondern stellen eine Vertragsstrafe dar, die das erlittene Unrecht, namentlich die seelische Unbill, abgelden und die dafür verantwortliche Gegenpartei bestrafen soll (vgl. Zürcher Kommentar, A. Staehelin, Art. 336a OR, N. 3). Die von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht und erneut im Beschwerdeverfahren geforderte Entschädigung von CHF 9'600.-- entspricht gemäss ihren unbestritten gebliebenen Angaben in der erstinstanzlichen Verhandlung rund zwei Netto-Monatslöhnen

(vgl. Protokoll der Verhandlung vom 3. Juni 2002). Dieser Betrag erscheint als angemessen, zumal er nur einen Drittel des gesetzlich zulässigen Höchstbetrags ausmacht und die Beschwerdeführerin mehr als zwanzig Jahre im Betrieb des Beschwerdegegners tätig gewesen ist. Dieser ist daher zu entsprechender Zahlung zu verurteilen. Der geforderte Verzugszins ist unbestritten; [...]"

(AGE vom 19.11.2002 in Sachen S. gegen Gemeindespital R.; GSGE vom 3.6.2002 in Sachen S. gegen Gemeindespital R., GS 2002/56)

**3.1.4. § 4 Abs. 3 EG GlG. Offengelassen, ob die Geltendmachung eines höheren Lohns unter Berufung auf eine Diskriminierung infolge Zivilstands nur als Nebenpunkt zu betrachten ist.**

**Art. 3 Abs. 1 iVm Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG. Eine Benachteiligung wegen des Zivilstands ist erst dann eine relevante Diskriminierung, sofern sie gleichzeitig zu einer Benachteiligung wegen des Geschlechts führt. Die Ehefrau des alleinigen Aktionärs ihrer Arbeitgeberin konnte sich für den von ihr geltend gemachten höheren Lohn nicht auf eine Diskriminierung infolge ihrer Ehe berufen, weil sie dabei nicht als Frau benachteiligt wurde.**

R.S. arbeitete einige Jahre im Betrieb ihres Ehemannes U.S., den dieser in Form von zwei Aktiengesellschaften, der X. AG und der Y. AG, führte. R.S. war Verwaltungsrätin in beiden Gesellschaften und einzige Angestellte der X. AG. Alleiniger Aktionär und Verwaltungsratspräsident der X. AG war ihr Ehegatte. Im mündlich abgeschlossenen Arbeitsvertrag vereinbarten R.S. und die X. AG ein Monatsgehalt von Fr. 3'000.-- brutto für ihre Tätigkeit. Nachdem die Ehegatten das Getrenntleben aufgenommen hatten, kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis per 30. April 2001. Mit Klage vom 17. September 2001 verlangte R.S. die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von Fr. 30'000.-- brutto, entsprechend Lohndifferenzen von je Fr. 5'000.-- brutto für die Monate September 1996 bis Februar 1997. Zur Begründung ihrer Klage machte R.S. geltend, der Lohn sei wegen ihrer Ehe mit U.S. lediglich auf Fr. 3'000.-- brutto festgesetzt worden. Aufgrund ihres Aufgabenbereichs wäre vielmehr ein Lohn von Fr. 8'000.-- brutto angemessen gewesen. Der vereinbarte Lohn verstosse gegen das Gleichstellungsgesetz. Mit Urteil vom 29. November 2001 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab, soweit es darauf eintrat.

Gemäss § 45c ZPO obliegt in Streitigkeiten betreffend die Diskriminierung im Erwerbsleben die Aufgabe zu einer Vermittlung unter den Parteien der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen. Für das Verfahren ist das kantonale Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz (EG GlG, SG 140.100) massgebend. Nach § 4 Abs. 1 EG GlG müssen Diskriminierungsstreitigkeiten aus privat- und öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen, die das Geschlecht betreffen, vor der Einleitung eines Gerichts- oder Verwaltungsrekursverfahrens der Schlichtungsstelle unterbreitet werden. Nach § 4 Abs. 3 EG GlG ist die Anrufung der Schlichtungsstelle fakultativ, sofern die Diskriminierung nur als Nebenpunkt geltend gemacht wird. Da sich die Klägerin für ihren Anspruch ausdrücklich und einzig auf eine Verletzung

des Gleichstellungsgesetzes berief, konnte es sich nicht bloss um einen Nebenpunkt handeln. Letztlich konnte die Frage aber offenbleiben, weil die Klage ohnehin unbegründet und deshalb abzuweisen war.

Nach Auffassung der Klägerin wurde sie aufgrund ihres Zivilstands als verheiratete Frau lohnmässig diskriminiert. Auszugehen war davon, dass die Arbeitsvertragsparteien im Rahmen der Privatautonomie bei der Festsetzung des Lohns grundsätzlich frei sind (Art. 322 Abs. 1 OR). Sofern der Lohn nicht durch Einzelarbeitsvertrag, NAV oder GAV bestimmt wird, gilt der übliche Lohn. Zudem wird die Freiheit, den Lohn vertraglich nach Belieben festzulegen, durch das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung eingeschränkt. Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder bei Arbeitnehmerinnen auf eine Schwangerschaft. Wer von einer derartigen Diskriminierung betroffen ist, kann nach Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG die Bezahlung eines vorenthaltenen höheren Lohns verlangen. Art. 3 Abs. 1 GIG setzt nach seinem Wortlaut voraus, dass eine Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts benachteiligt wird. Eine Benachteiligung wegen des Zivilstands ist deshalb erst dann eine relevante Diskriminierung, sofern sie gleichzeitig zu einer Benachteiligung wegen des Geschlechts führt (Olivier Steiner, Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, 1998, S. 99 f.). Dies ist gegeben, wenn ein Arbeitgeber Lohnzulagen an seine unverheirateten Angestellten ausrichtet und dabei zugleich der Männeranteil unter diesen wesentlich höher ist als bei den verheirateten Angestellten. Diese Bevorzugung der Unverheirateten, die auf den ersten Blick mit der Geschlechtszugehörigkeit nichts zu tun hat, würde jedoch im Ergebnis zu einer Privilegierung der Männer führen, indem diese von der Zulage viel häufiger als die Frauen profitieren könnten. Eine solche Konstellation fiel unter den Begriff der indirekten Diskriminierung, bei der trotz einer Unterscheidung nach einem äusserlich neutralen Kriterium (verheiratet/unverheiratet) das eine Geschlecht im Vergleich zum anderen schlechter gestellt würde.

Eine solche Situation machte R.S. nicht geltend. Sie brachte lediglich vor, dass sie wegen ihres Zivilstands eine Lohneinbusse erlitten habe. Inwiefern darin eine Benachteiligung für sie als Frau liegen sollte, führte sie nicht aus. Insbesondere behauptete sie nicht, dass im Betrieb der X. AG oder auch der Y. AG andere Angestellte aufgrund der Tatsache, dass sie verheiratet sind, benachteiligt würden und dass diese Angestellten ganz überwiegend weiblichen Geschlechts seien. Deshalb wurde das Vorliegen einer Diskriminierung verneint. Das Gleichstellungsgesetz untersagt eine Minderentlohnung der Ehefrau im Grundsatz nicht. Im vorliegenden Fall müsste die Klägerin einen Ausgleich für die von ihr als ungerecht empfundene Situation primär über das eheliche Güterrecht und über die Entschädigung für ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt der Familie gemäss Art. 165 ZGB suchen. Für diese Frage war das Gewerbliche Schiedsgericht aber offensichtlich nicht zuständig.

(GSGE vom 29.11.2001 in Sachen R.S. gegen X. AG, GS 2001/346)

## E. Statistiken der Berichtsjahre 2000 - 2002

	2000	2001	2002
Klageingänge	373	476	462
aus dem Vorjahr übernommen	188	197	197
Total hängig	561	673	659
unerledigt übertragen	197	230	218
erledigte Fälle	364	443	441

Die Fälle fanden folgende Erledigung

Sitzungen (inkl. Vorverfahren)	138	138	148
--------------------------------	-----	-----	-----

### 2000

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	2	10	0	12	16	6	5	39
2. Chemie + Spital	2	0	0	2	0	1	0	3
3. Körper + Gesundheitspflege	1	1	0	2	4	3	0	9
4. Handel, Büro + Technik	11	33	7	51	77	28	7	163
5. Transport + Verkehr	4	10	3	17	19	3	0	39
6. Künstlerische Berufe + Werbung	1	1	0	2	3	1	1	7
7. Textilien, Leder + Reinigung	2	5	2	9	4	1	1	15
8. Metall + Kunststoffarbeit	1	4	3	8	14	5	1	28
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Genussmittel	5	21	6	32	17	7	3	59
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	0	0	0	0	1	0	1	2
Total	29	85	21	135	155	55	19	364

**2001**

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	4	6	2	12	3	6	9	30
2. Chemie + Spital	0	0	1	1	0	1	2	4
3. Körper + Gesundheits- pflege	0	2	2	4	5	4	2	15
4. Handel, Büro + Technik	12	27	26	65	57	44	26	192
5. Transport + Verkehr	2	12	4	18	18	4	9	49
6. Künstlerische Berufe + Wer- bung	0	1	0	1	0	0	0	1
7. Textilien, Leder + Reinigung	0	5	2	7	6	2	6	21
8. Metall + Kunst- stoffarbeit	1	6	2	9	6	7	4	26
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Ge- nussmittel	7	36	7	50	15	12	24	101
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	0	0	0	0	4	0	0	4
Total	26	95	46	167	114	80	82	443

**2002**

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerkennung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau + Holz	5	16	1	22	13	10	0	45
2. Chemie + Spital	0	0	0	0	2	0	0	2
3. Körper + Gesundheits- pflege	2	5	1	8	14	7	2	31
4. Handel, Büro + Technik	18	47	19	84	79	29	12	204
5. Transport + Verkehr	5	5	7	17	8	5	0	30
6. Künstlerische Berufe + Wer- bung	0	0	0	0	0	0	0	0
7. Textilien, Leder + Reinigung	5	2	2	9	3	0	2	14
8. Metall + Kunst- stoffarbeit	2	3	2	7	10	1	2	20
9. Gastgewerbe, Nahrungs- + Ge- nussmittel	8	33	5	46	31	12	4	93
10. Papierindustrie + Graf. Gewerbe	0	0	0	0	2	0	0	2
Total	45	111	37	193	162	64	22	441