

BERICHT

DES ARBEITSGERICHTS BASEL-STADT

ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG

IN DEN JAHREN 2014 BIS 2016

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, 2017

Inhaltsübersicht

1.	Zuständigkeit im internationalen Arbeitsverhältnis nach LugÜ	3
1.1.	Klage des Arbeitnehmers	3
1.2.	Klage des Arbeitgebers.....	7
2.	Verfahrensrechtliche Fragen	14
2.1.	Zur Reichweite der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens (Art 205 ZPO) (siehe unter Ziffer 3.2.)	
2.2.	Zur Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen (siehe unter Ziffer 3.5.3.1.)	
2.3.	Kostenpflichtigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bei rechtsmissbräuchlicher Klage? (siehe unter Ziffer 1.1.)	
3.	Materiellrechtliche Fragen nach OR	14
3.1.	Täuschung über Arbeitsfähigkeit beim Vertragsschluss (Art. 28 OR) (siehe unter Ziffer 1.1.)	
3.2.	Rechtsgenügendes Arbeitsangebot? (Art. 324 OR)	14
3.3.	Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bei Konflikten unter den Arbeitnehmern (Art. 328 OR) (siehe unter Ziffer 3.5.2.1.)	
3.4.	Betriebsübernahme (Art. 333 OR): Garantievertrag (Art. 111 OR) der Übernehmerin bezgl. Zusatzrente der Pensionskasse?	20
3.5.	Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)	30
3.5.1.	Kündigung durch E-Mail an Arbeitskollegin?.....	30
3.5.2	Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)	32
3.5.2.1.	Zur Behauptungs- und Substantiierungslast	32
3.5.2.2.	Zur Frage der Schriftform der Einsprache nach Art. 336b Abs. 1 OR	37
3.5.3.	Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)	39
3.5.3.1.	Art. 337 OR. Bei beanstandetem, aber lange geduldetem Verhalten des Arbeitnehmers	39
3.5.3.2.	Art. 337 OR. Anforderungen an eine rechtsgenügende Verwarnung.....	39
3.5.3.3.	Zur Rechtzeitigkeit der Kündigung einer GmbH (Art. 337 OR)	46
3.5.3.4.	Zur Bemessung von Schadenersatz und Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung im Lehrverhältnis (Art. 337c Abs. 3 OR)	46
3.6.	Rückzahlungsvereinbarung bzgl. Weiterbildungskosten (siehe unter Ziffer 1.2.)	
3.7.	Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)	50
3.7.1.	GAV des Gastgewerbes (L-GAV): Zur Abgeltung von Überstunden, Ruhetagen und Ferien	50
3.7.2.	GAV für das Gipsergewerbe BS: Günstigkeitsvergleich	55
4.	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1): Bereitschaftsdienst des Pflegepersonals im Haushalt der betreuten Person	58

1. Zuständigkeit im internationalen Arbeitsverhältnis nach LugÜ

1.1. Klage des Arbeitnehmers

Art. 19 Ziff.1 LugÜ, Art. 115 Abs. 1 IPRG. Zur Bestimmung des Gerichtsstands im internationalen Arbeitsverhältnis.

Art. 28 OR. Täuschung über Arbeitsfähigkeit beim Abschluss des Arbeitsvertrages.

Art. 52, 114 lit. c, 115 ZPO. Kostenpflichtigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bei rechtsmissbräuchlicher Klage.

F. mit Wohnsitz in Sierentz/FR, schloss mit der E. AG, die Personal an Drittfirmen vermittelt und verleiht, am 7.2.2014 einen Rahmenarbeitsvertrag und einen Einsatzvertrag über einen Einsatz ab 10.2.2014 als «Schweisser / Monteur 2a» bei der T. AG in Basel ab. F. bestätigte dabei im Rahmenarbeitsvertrag ausdrücklich, «dass er zum Zeitpunkt der Anstellung voll arbeitsfähig» sei. In der Folge trat er die Arbeit am 10.2.2014 an und arbeitete bis am 12.2.2014, wobei er am 10. und 11.2.2014 je 8 Stunden Arbeit und am 12.2.2014 4 Stunden Arbeit verrichtete. F. verliess die Arbeitsstelle am 12.2.2014, meldete sich gleichentags per E-Mail bei der Beklagten wegen Rücken- und Schulterschmerzen krank und sandte ihr am selben Abend ein Arzzeugnis vom 12.2.2014 zu. Am 17.2.2014 sandte F. der E. AG ein vom 7.2.2014 datiertes Schreiben der IV Basel-Stadt zu, aus dem hervorgeht, dass bezüglich seiner Person eine Meldung zur Früherfassung eingegangen sei.

In der Folge meldete die E. AG die Arbeitsunfähigkeit von F. gemäss Arzzeugnis vom 12.2.2014 bei der X. Krankentaggeldversicherung an, die F. mit Schreiben vom 28.4.2014 zur vertrauensärztlichen Untersuchung am 13.5.2014 aufbot. In der Folge teilte die X. Krankentaggeldversicherung am 27.5.2014 der E. AG mit, dass sie für F. keine Taggelleistungen erbringen werde, weil dieser im Zeitpunkt des Eintritts in die E. AG bei der X. Unfallversicherung bereits arbeitsunfähig gemeldet gewesen und damit nie in den Kreis der versicherten Personen gelangt sei.

Mit Schlichtungsgesuch vom 22.4.2014 machte F. bei der Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts Basel-Stadt von der E. AG die Bezahlung von CHF 11'840.00 brutto Lohn für die Zeit vom 12.2. bis 23.3.2014 nebst Zins geltend. Da die Parteien sich in der Schlichtungsverhandlung nicht einigten, klagte F. vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der E. AG mit dem gleichen Rechtsbegehren. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 11.12.2014 ab und auferlegte F. die Gerichtskosten, wobei es Folgendes ausführte:

«[...] **2.** Der Kläger hat Wohnsitz in Sierentz/FR und macht Forderungen aus seinem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten mit Sitz in Basel geltend. Es handelte sich damit um ein internationales Verhältnis, auf das für die Frage des massgebenden Gerichtsortes

das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zur Anwendung gelangt. Nach LugÜ sind für Klagen eines Arbeitnehmers aus einem individuellen Arbeitsvertrag gegen eine Arbeitgeberin, wenn diese Wohnsitz bzw. Sitz in einem LugÜ-Staat hat, die Gerichte in diesem Wohnsitz- bzw. Sitzstaat örtlich zuständig (Art. 19 Ziff. 1 LugÜ). Zur Bestimmung des Gerichtsorts ist das IPRG heranzuziehen (BGer, JAR 1998, S. 299 E. 3e), das unter anderen die Gerichte am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei für zuständig erklärt (Art. 115 Abs. 1 IPRG). Damit sind die Gerichte in Basel-Stadt örtlich zur Beurteilung der Klage zuständig. Da der Streitwert der Klage CHF 30'000.00 nicht übersteigt, fällt diese in die Kompetenz des Arbeitsgerichts (§ 4 Abs. 1 GOG BS). Anwendbar auf das Verfahren ist die lex fori und dabei mit Rücksicht auf die Streitwerthöhe das vereinfachte Verfahren nach den Art. 243 ff. ZPO (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat vorschriftsgemäss zunächst die örtlich zuständige Schlichtungsbehörde des Zivilgerichts Basel-Stadt angerufen. Die Klage wurde am 20.9.2014 und damit innert der dreimonatigen Klagefrist nach Zustellung der Klagebewilligung am 12.7.2014 an den Kläger beim Arbeitsgericht eingereicht. Nach alledem ist auf die Klage einzutreten.

3. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ein internationales war, bestimmt sich das anwendbare Recht nach IPRG. Ein Arbeitsvertrag untersteht schweizerischem Recht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in der Schweiz verrichtet (Art. 121 Abs. 1 IPRG), was vorliegend beim Kläger der Fall war, der für den Einsatzbetrieb T [...] bei deren Kundin N [...] AG Arbeit verrichtete.

4.1. Vorliegend schlossen die Parteien am 7.2.2014 einen Rahmenarbeitsvertrag [...] und einen Einsatzvertrag ab, wonach der Kläger ab dem 10.2.2014 als «Schweisser / Monteur 2a» bei der T [...] AG in Basel eingesetzt würde [...]. Der Kläger bestätigte dabei im Rahmenarbeitsvertrag ausdrücklich und mit Unterschrift, «dass er zum Zeitpunkt der Anstellung voll arbeitsfähig» sei. Auch ohne entsprechende Frage der Arbeitgeberin hat ein Stellenbewerber von sich aus mitzuteilen, was ihn zur Arbeitsübernahme als ungeeignet erscheinen lässt, was die vertragsgemässe Arbeitsleistung ausschliesst oder erheblich behindert. Insbesondere hat er eine beim vorgesehenen Stellenantritt bestehende Krankheit, die seine Arbeitsfähigkeit in diesem Ausmass beeinträchtigt, der Arbeitgeberin bekanntzugeben.

4.2. Der Kläger teilte der Beklagten bei Vertragsabschluss nicht mit, dass er im Dezember 2013 in einem anderen Arbeitsverhältnis einen Arbeitsunfall erlitten hatte und deswegen noch bis 16.2.2014 arbeitsunfähig geschrieben war. In dieser Zeit hatte der Kläger, wie er in der Hauptverhandlung zugab, von der X. Unfallversicherung weiterhin Taggelder bezogen [...]. Auch teilte er der Beklagten, als er den Einsatzvertrag unterzeichnete, nicht mit, dass ihn seine Ehefrau zur Früherfassung bei der IV-Stelle Basel-Stadt angemeldet hatte. Am selben Tag, als er mit der Beklagten am 7.2.2014 den Arbeitsvertrag abschloss, forderte ihn die IV-Stelle Basel-Stadt aufgrund dieser Anmeldung brieflich dazu auf, sich zum Leistungsbezug anzumelden [...]. Aufgrund ihrer Abklärungen gehe sie davon aus, dass eine solche Anmeldung nötig sei. Die Aufforderung der IV-Stelle zur Anmeldung musste der Kläger dahingehend verstehen, dass die gemeldete Gesundheitsbeeinträchtigung der Zuspreehung von IV-

Leistungen nicht entgegenstand. Sie war damit eine Bestätigung für das mögliche Vorliegen einer relevanten Einschränkung der Erwerbsfähigkeit in seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit als Schweisser. Der Kläger konnte deswegen nicht guten Gewissens annehmen, dass er trotz aller dieser Umstände für die Tätigkeit als Schweisser / Monteur 2a in Frage kam und der Beklagten diese Umstände vorenthalten durfte. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den fraglichen Tätigkeiten bekanntermassen um schwere körperliche Arbeiten handelt, die nur von gesunden Arbeitnehmern erledigt werden können. Der Kläger hätte daher die Pflicht gehabt, der Beklagten die bestehende relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, selbst ohne darauf angesprochen zu werden, bekanntzugeben. Der Kläger unterliess dies nicht nur pflichtwidrig, sondern bestätigte der Beklagten im Gegenteil am 7.2.2014 unterschriftlich, «dass er zum Zeitpunkt der Anstellung voll arbeitsfähig» sei (Rahmenarbeitsvertrag [...]). Darauf durfte die Beklagte sich verlassen.

4.3. Von der bestehenden Arbeitsunfähigkeit erfuhr die Beklagte denn auch erst einige Zeit später. Nachdem der Kläger sich im Verlaufe des dritten Arbeitstages bei der Beklagten arbeitsunfähig gemeldet und ihr ein Arzzeugnis eingereicht hatte, gab er ihr dadurch zu verstehen, er sei eben erst erkrankt. In der Folge meldete die Beklagte diese Arbeitsunfähigkeit des Klägers bei der X. Krankentaggeldversicherung an, die die Beklagte nach Vornahme eigener Abklärungen darauf aufmerksam machte, dass der Kläger bereits bei Vertragsantritt arbeitsunfähig war und daher gar nicht rechtsgültig versichert werden konnte. Der Kläger bezog damals aufgrund eines Arbeitsunfalles im Dezember 2013 Unfalltaggelder der X. [...]. Zudem erfuhr die Beklagte am 17.2.2014 erstmals von der Anmeldung des Klägers zur Früherfassung bei der IV-Stelle Basel-Stadt. Damals sandte er ihr deren Aufforderung vom 7.2.2014 an ihn zu, sich zum Leistungsbezug anzumelden [...].

4.4. Damit steht fest, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der irrigen Ansicht war, der Kläger sei arbeitsfähig. Hervorgerufen wurde der Irrtum offensichtlich durch die absichtliche Täuschung des Klägers, mit der er die Beklagte zum Vertragsabschluss verleitete. Die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers war sowohl nach dem Parteiwillen der Beklagten als auch nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eine wesentliche Voraussetzung für den Abschluss des Arbeitsvertrages. Da der Kläger die Beklagte täuschte, ist die Frage der Wesentlichkeit des Irrtums allerdings nicht entscheidend für das Vorliegen eines Willensmangels (Art. 28 Abs. 1 OR). So oder anders ist der abgeschlossene Arbeitsvertrag für die Beklagte unverbindlich bzw. anfechtbar (Art. 23 und 28 Abs. 1 OR), was sie innert Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums oder Täuschung und sicherer Kenntnis darüber geltend machen konnte und mit ihrer Eingabe vom 20.6.2014 an die Schlichtungsbehörde im Rahmen des vom Kläger eingeleiteten Schlichtungsverfahrens [...] gegen dessen Schlichtungsgesuch einwendete. Damit kann offen bleiben, ob die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 12.2.2014 mündlich gekündigt hatte, weil ein für sie infolge Willensmangel unwirksamer Arbeitsvertrag keiner Auflösung bedarf. Dies führt dazu, dass der Kläger lediglich aus einem faktischen Arbeitsverhältnis im Umfang der vom 10. bis 12.2.2014 geleisteten Arbeit Anspruch auf Lohn hatte. Dieser Anspruch wurde

offensichtlich durch die Beklagte erfüllt. Hingegen hat der Kläger keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung gegenüber der Beklagten für die Zeit danach. Da kein gültiger Arbeitsvertrag bestand, entfallen jegliche Pflichten der Beklagten als Arbeitgeberin. Davon abgesehen müsste der Kläger sich ohnehin zunächst an die Krankentaggeldversicherung wenden, um Krankentaggelder geltend zu machen. Allerdings würde der Abschluss einer Krankentaggeldversicherung den Bestand eines rechtsgültig begründeten Arbeitsverhältnisses voraussetzen, woran es vorliegend jedoch fehlt. Zudem enthalten Krankentaggeldversicherungsverträge Vorbehalte bezüglich bereits arbeitsunfähiger Personen, sodass der Kläger gar nicht versichert werden konnte und wurde. Darin liegt sowohl bezüglich des unwirksamen Arbeitsvertrages als auch des nicht entstandenen Versicherungsvertrages entgegen der Ansicht des Klägers keine verpönte Diskriminierung. Sofern und soweit ein Arbeitnehmer bezüglich einer bestimmten Arbeit gar nicht in der Lage ist, diese verrichten zu können, räumt die Vertragsfreiheit der Arbeitgeberin das (stärkere) Recht ein, auf eine Anstellung des betreffenden Arbeitnehmers zu verzichten.

4.5. Nach alledem erweist sich die Klage als unbegründet und ist abzuweisen. Der vom Kläger im Verfahren vertretene Rechtsstandpunkt erweist sich als stossend und rechtmisbräuchlich, weil er offensichtlich das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten abgeschlossen hatte, um aufgrund einer bereits bestehenden, aber verschwiegenen Arbeitsunfähigkeit, die angeblich von einer weiteren Arbeitsunfähigkeit überlagert bzw. abgelöst wurde, Ansprüche auf Lohnfortzahlung bzw. Taggelder aus einem Versicherungsvertrag geltend machen zu können. Zudem wurde der Kläger bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung darauf hingewiesen, dass die Beklagte auch unter der vom Kläger vertretenen Ansicht des Bestandes eines rechtsgültigen Arbeitsvertrages und eines damit verbundenen Taggeldvertrages, aus dem der Kläger seiner Ansicht nach Taggelder zu gut hatte, nicht zu Leistungen hätte verpflichtet werden können. Diese dem Kläger vermittelte Rechtslage hat ihn jedoch nicht daran hindern können, das vorliegende Verfahren wider besseres Wissens einzuleiten und durchführen zu lassen. Dies ist bei den Verfahrenskosten zu berücksichtigen.

5. Das Verfahren vor Arbeitsgericht ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Die Kostenlosigkeit des Verfahrens steht unter dem Vorbehalt des Verbots des Rechtsmissbrauchs (Art. 52 ZPO), das der Kläger vorliegend durch Mutwilligkeit verletzt hat. Der Kläger hat sich trotz offenkundiger und jedenfalls nach der Schlichtungsverhandlung auch ihm bewusster Aussichtslosigkeit zur Anhebung der Klage vor Arbeitsgericht entschlossen, weshalb ihm die Gerichtskosten von CHF 1'000.00 aufzuerlegen sind (Art. 115 ZPO). [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 11.12.2014 i.S.v. F. gegen E. AG, GS 2014.27)

1.2. Klage des Arbeitgebers

Art. 20, 24 LugÜ. Gerichtsstand für Klagen des Arbeitgebers im internationalen Verhältnis, Einlassung des Arbeitnehmers auf Verfahren vor örtlich unzuständigem Gericht.

Weiterbildungskosten: Anforderungen an eine gültige Rückzahlungsvereinbarung. Begründeter Anlass für Kündigung des Arbeitnehmers (Art. 340c Abs. 2 OR)?

S., mit Wohnsitz in Freiburg i. Br., trat per 1.6.2009 bei der Stiftung E. als Pflegefachmann (Gesundheits- und Krankenpfleger) ein. Vereinbart wurde ein Beschäftigungsgrad von 100% bei einem Monatslohn von CHF 4'400.00 brutto zzgl. 13. Monatslohn. Der Arbeitsvertrag konnte mit einer Frist von drei Monaten auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Nach etwas mehr als zwei Jahren einigten sich die Parteien darauf, dass S. die Funktion als Stationsleiter übernehmen könne und wurde entsprechend seit November 2011 eingesetzt. Da diese Tätigkeit gemäss beidseitiger Darstellung eine spezielle Ausbildung voraussetzte, über welche S. nicht verfügte, einigten sich die Parteien darauf, dass er diese nachhole. Unter dem Titel «Ausbildung Teamleitung in Gesundheitsorganisationen» schlossen die Parteien am 11.7.2012 eine Ausbildungsvereinbarung, die primär die Übernahme bzw. Aufteilung der in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten regelte. Für den Fall einer Kündigung durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitgeberin nach Beendigung des Kurses einigten die Parteien sich darauf, dass die Ausbildungskosten von gesamthaft CHF 9'800.00 (Kurskosten von CHF 9'500.00 zzgl. CHF 300.00 Anmeldegebühr) und die Kosten für die Kurstage von S. wie folgt zurückzuerstatten seien: 90% im Verlauf des 1. Halbjahres, 80% im Verlauf des 2. Halbjahres, 50% bei Kündigung innerhalb des 2. Jahres, 30% bei Kündigung innerhalb des 3. Jahres, keine Rückerstattung mehr nach dem 3. Jahr nach Beendigung des Kurses.

Noch bevor S. die besagte Ausbildung abgeschlossen hatte, kündigte er im September 2014 das Arbeitsverhältnis per Ende Dezember 2014. Am 7.5.2015 forderte die Stiftung E. von S. im Zusammenhang mit der nicht abgeschlossenen Ausbildung CHF 12'830.00 zurück. Die Rückforderung setzte sich aus den Kurskosten von CHF 9'500.00, der Anmeldegebühr von CHF 300.00 sowie Kosten von CHF 3'030.00 für zwölf dem Arbeitnehmer für die Ausbildung zur Verfügung gestellte Arbeitstage zusammen.

Da S. die Forderung nicht beglich, klagte die Stiftung E. am 12.10.2015 vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung von S. zur Zahlung von CHF 12'830.00 nebst Zins, das die Klage am 25.1.2016 vollumfänglich guthiess und dies wie folgt begründete:

«1. Da die Klägerin Sitz in der Schweiz und der Beklagte Wohnsitz in Deutschland haben, liegt ein internationales Verhältnis vor. Die örtliche Zuständigkeit bei internationalen Streitigkeiten richtet sich primär nach den staatsvertraglichen

Bestimmungen des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12; Lugano-Übereinkommen, LugÜ), welches für die Schweiz in seiner revidierten Fassung am 1.1.2011 in Kraft getreten ist. Das LugÜ sieht unter Abschnitt 5 in Art. 20 Abs. 1 im Grundsatz vor, dass in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Klagen des Arbeitgebers vor den Gerichten desjenigen Vertragsstaats zu erheben sind, in welchem der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat. Da der beklagte Arbeitnehmer seinen Wohnsitz in Deutschland hat, wären demzufolge die deutschen Gerichte zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich bei der Zuständigkeit nach Art. 20 LugÜ nicht um eine sog. ausschliessliche handelt, sondern die Möglichkeit besteht, dass sich der Arbeitnehmer auf die Streitigkeit einlässt (vgl. zur Einlassung: BSK LugÜ-BERNHARD BERGER, Art. 24 N 25). Vorliegend ist der Beklagte zur Hauptverhandlung vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt erschienen, ohne die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts zu erheben. Im Gegenteil, der Beklagte hat zu Beginn der Verhandlung eine schriftliche Stellungnahme seines Anwalts eingereicht, mit dem Antrag, die Klage sei abzuweisen. Der Antrag auf Klageabweisung wurde sodann auch materiell begründet. Insofern hat sich der Beklagte inhaltlich zur Sache geäußert und sich auf die Streitigkeit eingelassen, womit die Schweizer Gerichte gestützt auf Art. 24 LugÜ nachträglich zuständig wurden. Innerstaatlich ergibt sich die Zuständigkeit in Basel aus Art. 115 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (SR 291, IPRG). Hierzu sei bloss der Vollständigkeit halber kurz angemerkt, dass eine örtliche Zuständigkeit in Basel, und damit am ehemaligen Arbeitsort des Beklagten, unabhängig der staatsvertraglichen Verpflichtungen ohnehin sachgerecht scheint, da auf die Streitigkeit Schweizer Arbeitsrecht Anwendung findet (vgl. Art. 121 Abs. 1 IPRG). Die sachliche und funktionale Zuständigkeit des Arbeitsgerichts, als Teil des Zivilgerichts Basel-Stadt, ergibt sich angesichts des unter CHF 30'000.00 liegenden Streitwerts aus § 9 Abs. 2 Ziff. 4 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt (SG 221.100; EG ZPO BS).

Nach Art. 197 ZPO hat dem Entscheidverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsversuch voranzugehen. In Fällen, in denen die beklagte Partei ihren Wohnsitz im Ausland hat, kann die klagende Partei jedoch gestützt auf Art. 199 Abs. 2 ZPO einseitig auf die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verzichten. Da der Beklagte Wohnsitz in Deutschland hat, kann daher vorliegend auf die Klage eingetreten werden, obschon keine Klagebewilligung vorliegt. Da die Forderung der Klägerin weniger als CHF 30'000.00 beträgt, gelangt das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zur Anwendung. Dementsprechend und weil die Klägerin keine schriftliche Klagebegründung eingereicht hat, wurden die Parteien ohne Durchführung eines Schriftenwechsels direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen (vgl. Art. 245 Abs. 1 ZPO).

2. In der Sache fordert die Klägerin als Arbeitgeberin vom Beklagten, ihrem ehemaligen Arbeitnehmer, dass dieser ihr die Kosten im Zusammenhang mit einer Ausbildung zurückerstattet, die er während seiner Anstellung begonnen und welche die Klägerin bezahlt hat. Wie bereits angetönt, untersteht die vorliegende Streitigkeit mangels einer

anderen Rechtswahl nach Art. 121 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet hat. In der vorliegenden Streitigkeit gelangt somit Schweizer Recht zur Anwendung.

Im schweizerischen Arbeitsrecht ist sodann anerkannt, dass die Arbeitgeberin Weiterbildungskosten, die sie für ihren Arbeitnehmer aufgewendet hat, zurückfordern kann, sofern die Arbeitsvertragsparteien diese Rückzahlung vereinbart haben. Vorausgesetzt wird dabei allerdings, dass es sich bei der Weiterbildung nicht um eine blosser Einarbeitung in die vom Arbeitnehmer zu erfüllende Tätigkeit handelt, da solche Kosten grundsätzlich zu den durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen gehören (Art. 327a Abs. 1 OR). Damit es sich nicht um blosser Auslagen in diesem Sinne handelt und die Kosten vom Arbeitgeber zurückgefordert werden können, muss der Arbeitnehmer aus einer Weiterbildung vielmehr einen dauerhaften Nutzen erlangen können, der losgelöst vom konkreten Arbeitsverhältnis besteht. Dies ist nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichtes Basel-Stadt jeweils dann erfüllt, wenn der Arbeitnehmer ein Ausbildungsziel erreichen kann, welches er auf dem Arbeitsmarkt entsprechend verwerten kann (Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt [GSG; heute: Arbeitsgericht Basel-Stadt] der Jahre 2008 bis 2010, S. 58 ff.).

Vorliegend hat der Beklagte in seiner dem Gericht vorgelegten schriftlichen Stellungnahme [...] durch seinen Anwalt ausführen lassen, dass die von ihm angetretenen Ausbildung betriebsnotwendig gewesen sei, womit es sich um notwendige Auslagen im Sinne von Art. 327a OR handle, welche nicht zurückgefordert werden können. Weiter liess der Beklagte ausführen, dass ihm die Ausbildung weder einen abstrakten, noch einen konkreten Vorteil gebracht habe [...]. Diese Argumentation des Beklagten hat sich anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung insofern bestätigt, als dass beide Parteien übereinstimmend angegeben haben, dass die vom Beklagten wahrgenommene Ausbildung Voraussetzung dafür war, dass der Beklagte im Betrieb der Klägerin dauerhaft als Stationsleiter tätig sein konnte bzw. hätte sein können. Es trifft somit zu, dass die Weiterbildung für die vom Beklagten wahrgenommene Funktion betriebsnotwendig war. Allerdings waren sich die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung ebenso einig, dass sich die Notwendigkeit dieser Ausbildung nicht auf den Betrieb der Klägerin beschränkt. Der Beklagte selbst führte auf Nachfrage hierzu aus, dass besagte Ausbildung in der Schweiz jeweils Bedingung dafür bilde, dass man als Stationsleiter tätig sein könne, was die Klägerin bestätigte [...]. Der Beklagte räumte zudem ein, dass ihm der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung auf dem Schweizer Arbeitsmarkt einen Vorteil gebracht hätte [...]. Gestützt auf die übereinstimmenden Parteiaussagen ist somit festzuhalten, dass die vom Beklagten begonnene Ausbildung ihm auch losgelöst vom konkreten Arbeitsverhältnis einen Nutzen hätte bringen können, womit eine Rückerstattungspflicht grundsätzlich zulässig ist. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass dem Beklagten die Ausbildung an seinem Wohnort in Deutschland allenfalls weniger oder gar keine Vorteile gebracht hätte. Denn unabhängig davon, dass darüber ohnehin keine Gewissheit besteht, ist vorliegend darauf abzustellen, dass der Beklagte mit einer

abgeschlossenen Ausbildung die Möglichkeit gehabt hätte, sich in der Region Basel an seinem angestammten Arbeitsort um Anstellungen als Stationsleiter zu bewerben. Die vom Beklagten wahrgenommene Ausbildung lag somit massgeblich auch in dessen Interesse, weswegen eine entsprechende Kostenrückerstattungspflicht ohne Weiteres zulässig ist. Aus demselben Grund, nämlich dass die Ausbildung nicht bloss im Interesse der Klägerin, sondern auch in demjenigen des Beklagten steht, wurde mit dem Abschluss einer entsprechenden Rückzahlungsvereinbarung nicht gegen das Truck-Verbot gemäss Art. 323b Abs. 3 OR verstossen, wie dies vom Beklagten zusätzlich eingewendet wurde (vgl. CHK-FRANK EMMEL, Art. 323b OR N 4, wonach das Truck-Verbot bei Geschäften von beidseitigem Interesse nur greift, wenn dasjenige des Arbeitgebers überwiegt).

3. Wenn es sich – wie vorliegend – bei der durch die Arbeitgeberin finanzierten Aus- oder Weiterbildung um eine solche handelt, welche der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt verwerten kann, bedarf es zur Begründung einer entsprechenden Rückzahlungsverpflichtung zudem einer ausdrücklichen Vereinbarung, welche in aller Regel schriftlich ausgestaltet sein wird. In einer solchen Rückzahlungsvereinbarung muss einerseits der durch den Arbeitnehmer zurückzubezahlende Betrag genau festgelegt sein. Andererseits ist der Zeitraum festzuhalten, in dem eine Kündigung die Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmer auslöst, wobei dieser Zeitraum in analoger Anwendung von Art. 340a Abs. 1 OR auf maximal drei Jahre zu begrenzen ist (KUKO OR-THOMAS PIETRUSZAK, Art. 327a N6). Diese Beschränkung der Zeitdauer der Rückzahlungspflicht analog den Bestimmungen zum Konkurrenzverbot gelangen deswegen zur Anwendung, weil die Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht der Aus- oder Weiterbildungskosten nicht dazu führen darf, dass die Kündigungsfreiheit und insbesondere auch die Kündigungsparität übermässig eingeschränkt wird (vgl. BSK OR-WOLFGANG PORTMANN, Art. 327a N 4). Um dies zu gewährleisten sind Rückzahlungsverpflichtungen betreffend Ausbildungskosten nach der Rechtsprechung des Arbeitsgerichtes Basel-Stadt degressiv zu gestalten und auf drei Jahre zu begrenzen (Bericht über die Rechtsprechung des GSG der Jahre 2008 bis 2010, S. 58 ff.).

Diesem Begrenzungserfordernis sind die Parteien vorliegend nachgekommen, indem sie am 11.7.2012 eine schriftliche Ausbildungsvereinbarung geschlossen haben, wonach der Arbeitnehmer bei einer Kündigung innerhalb von drei Jahren nach Beendigung des Kurses die Ausbildungskosten zurückzuerstatten habe. Ausgegangen wurde dabei von Kurskosten in der Gesamthöhe von CHF 9'800.00 sowie den Kosten für die Kurstage, wobei die Rückzahlungspflicht degressiv ausgestaltet wurde, d.h. sich der vom Arbeitnehmer zurückzuzahlende Betrag mit fortschreitender Dauer verringern sollte, bis nach Ablauf von drei Jahren gar nichts mehr zurückzuerstatten gewesen wäre. Diese schriftliche Abmachung vom 11.7.2012 vermag den formellen Anforderungen an eine Vereinbarung betreffend Rückzahlungspflicht von Aus- bzw. Weiterbildungskosten ohne Weiteres zu genügen.

4. Allerdings wendet der Beklagte in seiner schriftlichen Stellungnahme im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 11.7.2012 ein, dass diese lediglich für den Fall einer

Kündigung nach Beendigung des Kurses eine Rückerstattungspflicht vorsehe. Da der Beklagte den Kurs jedoch vorzeitig abgebrochen habe und dieser Fall in der Vereinbarung vom 11.7.2012 nicht geregelt sei, verfüge die Klägerin für ihre Rückforderung über keine Anspruchsgrundlage.

Es trifft zweifellos zu, dass die Parteien im Rahmen der Vereinbarung vom 11.7.2012 die Formulierung «bei einer Kündigung nach Beendigung des Kurses» verwendet haben. Daraus allerdings schliessen zu wollen, dass die Parteien für den Fall, dass die Ausbildung gar nicht erst beendet wird, keine Rückzahlungspflicht vorsehen wollten, würde Sinn und Zweck einer solchen Ausbildungsvereinbarung diametral entgegenstehen. Schliesslich werden Ausbildungsvereinbarungen primär deswegen geschlossen, weil bei Ausbildungen die Interessenlagen der Arbeitsvertragsparteien unterschiedlich sein können. Der Arbeitnehmer auf der einen Seite erhält die Möglichkeit, eine Ausbildung anzutreten, von welcher er auch bei einer anderen Arbeitgeberin oder allgemein auf dem Arbeitsmarkt profitieren kann. Die Arbeitgeberin, welche die Ausbildung finanziert bzw. vorschiesst, hat auf der anderen Seite das Interesse, für die Zukunft und möglichst langfristig über einen besser ausgebildeten Arbeitnehmer zu verfügen. Ausbildungsvereinbarungen dienen insofern primär dem Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen. Dies, indem sich der Arbeitnehmer faktisch – zumindest für eine gewisse Zeit – verpflichtet, in den Diensten der Arbeitgeberin zu verbleiben, widrigenfalls er die Ausbildungskosten ganz oder teilweise zurückerstatten muss. So kann sich eine Arbeitgeberin mit einer Rückzahlungsvereinbarung davor schützen, dem Arbeitnehmer eine Ausbildung zu finanzieren, welche ihr keinen oder nur einen verringerten Nutzen bringt, weil der Arbeitnehmer die Anstellung frühzeitig bzw. innerhalb von drei Jahren verlässt, ehe sich die vorfinanzierten Ausbildungskosten für die Arbeitgeberin überhaupt bezahlt gemacht haben, d.h. durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vollständig amortisiert wurden. Angesichts dessen wäre es mehr als sinnwidrig, wenn derjenige Arbeitnehmer, welcher eine Ausbildung vor deren Beendigung abbricht, die von der Arbeitgeberin hierfür aufgewendeten Kosten nicht zurückzahlen müsste und somit besser gestellt wäre als derjenige Arbeitnehmer, welcher die Ausbildung ordnungsgemäss beendet, jedoch innerhalb von drei Jahren die Stelle wechselt und die Ausbildungskosten deswegen zurückerstatten muss. In der Lehre ist denn auch anerkannt, dass es bei vorzeitigem Ausbildungsabbruch oder Nichtbestehen der Prüfung ohne weiteres zulässig ist, eine volle Kostenrückerstattungspflicht des Arbeitnehmers vorzusehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art. 327a N7). Entsprechend kann die Vereinbarung vom 11.7.2012 mit Blick auf das Vertrauensprinzip nur dahingehend verstanden bzw. ausgelegt werden, dass sich «nach der Beendigung des Kurses» lediglich darauf bezieht, wann die 3-jährige Dauer zu laufen beginnt. Nicht aber, dass dadurch eine Rückerstattungspflicht ausgeschlossen sein sollte, wenn der Beklagte die Ausbildung gar nicht erst beendet. Somit ist festzuhalten, dass die Klägerin mit der Vereinbarung vom 11.7.2012 über einen Titel verfügt, welcher es ihr erlaubt die – vergebens aufgewendeten – Ausbildungskosten vom Beklagten zurückzufordern.

5. Wie bereits unter Erwägung 3 ausgeführt, gelangen auf Vereinbarungen betreffend Pflicht zur Rückzahlung von Aus- oder Weiterbildungskosten gemäss der Rechtsprechung des Arbeitsgerichts Basel-Stadt die Bestimmungen zum Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR) analog zur Anwendung. Neben der Beschränkung der Zeitdauer (Art. 340a Abs. 1 OR) trifft dies insbesondere auch auf Art. 340c Abs. 2 OR zu, wonach analog zum Konkurrenzverbot auch die Pflicht zur Rückzahlung der Ausbildungskosten wegfallen muss, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst (zur anlogenen Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR: Bericht über die Rechtsprechung des GSG der Jahre 2008 bis 2010, S. 58 ff.).

In diesem Zusammenhang liess der Beklagte im Rahmen seiner schriftlichen Stellungnahme ausführen, dass ihn die Klägerin im Glauben, sie hätte den Beklagten für eine Mehrzahl von Jahren «in der Hand» über Monate hinweg schikaniert und demotiviert habe. Als man ihm die Stelle des Stationsleiters, welche er zuvor seit zweieinhalb Jahren besetzt habe, kurzerhand weggenommen habe, habe sich der Beklagte schliesslich zur Kündigung veranlasst gesehen. Anlässlich der Befragung während der Verhandlung wich der Beklagte allerdings auch bezüglich der Umstände, welche zur Kündigung führten, nachträglich massgeblich von der schriftlichen Stellungnahme des Anwalts ab. Der Beklagte wiederholte zwar, dass er nach seiner Zurückstufung von der Klägerin bzw. seiner nunmehr vorgesetzten Nachfolgerin über Monate schikaniert und demotiviert worden sei [...]. Gleichzeitig räumte er allerdings ein, dass die Beschäftigung als Stationsleiter sehr anstrengend gewesen sei und die Klägerin berechtigterweise geltend gemacht habe, dass er zum damaligen Zeitpunkt aufgrund seiner privaten Situation (Geburt eines Kindes, Vater von zwei Kindern) den Anforderungen an die Funktion des Stationsleiters nicht mehr gewachsen gewesen sei [...]. Dies deckt sich auch mit den Angaben der Klägerin, welche glaubhaft versichert hat, dass man den Beklagten mit der Zurückstufung habe entlasten wollen, damit er trotz seiner persönlichen Situation die Ausbildung zu Ende bringen könne. Dies habe man erreicht, indem man zwei Abteilungen temporär zusammengelegt und die Stationsleiterin der anderen Abteilung, Frau W [...], die Leitung der Station des Beklagten zusätzlich übernommen habe. Entsprechend sei der Plan auch gewesen, dass der Beklagte nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung die Stationsleitung wieder antrete (Aussage Frau K [...]). Hierauf erwiderte der Beklagte zwar, dass er das damals nicht so wahrgenommen habe, widerholte aber, dass er aufgrund seiner privaten Umstände in der Leistung eingeschränkt gewesen sei. Weiter gab der Beklagte auf Frage des Gerichts an, dass auch der Umstand, dass er die Ausbildung nicht bestanden habe, auf seine private Situation zurückzuführen sei. Wegen der Ausbildung hätte er vieles Zuhause machen und vorbereiten müssen. Hierzu habe er neben der Arbeit, der Familie und dem Hin- und Herfahren keine Zeit mehr gehabt [...].

Unter Berücksichtigung der Parteiaussagen anlässlich der Hauptverhandlung kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin dem Beklagten im Sinne von Art. 340c OR begründeten Anlass zu Kündigung gegeben habe. Vielmehr muss in

Anbetracht aller Umstände davon ausgegangen werden, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis insbesondere deswegen aufgekündigt hat, weil sich seine private Lebenssituation verändert hat und er aufgrund dessen seiner Aufgabe als Stationsleiter nicht mehr gewachsen war. Zudem muss davon ausgegangen werden, dass der Beklagte die Anstellung gerade auch gekündigt hat, weil er die Ausbildung vorzeitig abgebrochen bzw. nicht bestanden hat. Hierfür spricht insbesondere auch, dass der Beklagte die Klägerin nicht über das Nichtbestehen informiert hat und diese demzufolge erst nach dessen Ausscheiden hiervon erfuhr [...]. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass kein analoger Anwendungsfall von Art. 340c OR gegeben ist, womit die Rückzahlungspflicht trotz der diesbezüglichen Einwendung des Beklagten bejaht werden muss.

6. Unter Hinweis auf die vorstehenden Erwägungen kann somit gestützt auf die Ausbildungsvereinbarung vom 11.7.2012 festgehalten werden, dass der Beklagte aufgrund seines Abbruchs der Ausbildung verpflichtet ist, der Klägerin die hierfür aufgewendeten Kosten zu ersetzen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang einzig noch, in welchem Umfang diese Rückerstattung zu erfolgen hat. Die Klägerin fordert, dass der Beklagte sämtliche Kosten, d.h. CHF 300.00 Anmeldegebühr, CHF 9'500.00 Kurskosten und CHF 3'030.00 für die fehlenden 12 Arbeitstage, zurückzuerstatten habe.

Die Ausbildungsvereinbarung vom 11.7.2012 sieht vor, dass bei einer Kündigung im Verlaufe des 1. Halbjahres nach Beendigung des Kurses 90% der Kosten zurückzuerstatten seien. Der Fall, in welchem die Kündigung noch vor Beendigung des Kurses erfolgt, wurde indes nicht geregelt (vgl. diesbezüglich auch Erw. 3). Diese Lücke ist demnach dem hypothetischen Willen der Parteien bei Abschluss entsprechend zu schliessen. Wie bereits ausgeführt (vgl. wiederum Erw. 3) sieht die Ausbildungsvereinbarung eine Rückerstattungspflicht vor, welche sich laufend verringert, je länger die Klägerin die Ausbildung des Beklagten für sich nutzen kann, bis sie nach Ablauf von drei Jahren schliesslich gar nicht mehr besteht. Mit anderen Worten ausgedrückt, haben die Parteien in der Ausbildungsvereinbarung vorgesehen, dass der Beklagte die Ausbildungskosten im Laufe von drei Jahren «abarbeiten» kann. Angesichts dieser hinter der Vereinbarung vom 11.7.2012 stehenden Systematik, ist es nicht zu beanstanden, wenn bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Abbruch der Ausbildung, noch bevor diese überhaupt beendet wurde, sämtliche Kosten zurückgefordert werden können. Schliesslich vermochte die Klägerin bei dieser Ausgangslage aus der dem Beklagten finanzierten Ausbildung noch überhaupt keine Vorteile zu ziehen, weswegen es Sinn und Zweck der Ausbildungsvereinbarung folgend nicht sachgerecht wäre, wenn lediglich 90% der Kosten zurückbezahlt werden müssten. Vielmehr hat der Beklagte für die vollen Kosten, d.h. für die CHF 9'800.00, welche die Klägerin unbestrittenermassen an das Weiterbildungsinstitut C [...] bezahlt hat, sowie für die Kosten der für die Ausbildung aufgewendeten zwölf Arbeitstage aufzukommen. Der von der Klägerin für die zwölf Arbeitstage eingesetzte Lohn von gerundet CHF 3'030.00 (Berechnungsgrundlage: 12 Tage x 8.4 Std. x CHF 30.00; [...]) ist

angesichts des zuletzt bezahlten Monatslohns des Beklagten von CHF 5'050.00 brutto [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 25.1.2016 i.S.v. Stiftung E. gegen S., GS 2015.38)

2. Verfahrensrechtliche Fragen

2.1. Zur Reichweite der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens (Art 205 ZPO)

(siehe unter Ziffer 3.2, S. 14)

2.2. Zur Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen

(siehe unter Ziffer 3.5.3.1 f., S. 50)

2.3. Kostenpflichtigkeit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bei rechtsmissbräuchlicher Klage?

(siehe unter Ziffer 1.1, S. 3)

3. Materiellrechtliche Fragen nach OR

3.1. Täuschung über Arbeitsfähigkeit beim Vertragsschluss (Art. 28 OR)

(siehe unter Ziffer 1.1, S. 3)

3.2. Rechtsgenügendes Arbeitsangebot? (Art. 324 OR)

Zu den Anforderungen an ein rechtsgenügendes Arbeitsangebot der Arbeitnehmerin und einer Freistellung durch die Arbeitgeberin.

Art. 205 ZPO. Zur Reichweite der Vertraulichkeit im Schlichtungsverfahren.

Die Arbeitnehmerin I. arbeitete seit dem 1.9.2009 als Verkäuferin bei der S. GmbH. Mit Schreiben vom 31.10.2012 kündigte die S. GmbH das Arbeitsverhältnis. Ab November 2012 erhielt die Arbeitnehmerin von der X. Arbeitslosenkasse Arbeitslosentaggelder.

Bereits vor der Kündigung hatte die Arbeitnehmerin am 25.7.2012 ein Schlichtungsgesuch betreffend Krankenlohn gegen die S. GmbH eingereicht, dessen

Rechtsbegehren sie im späteren Verlauf des Verfahrens ausdehnte, insbesondere auch auf Zahlung von Lohn während der ordentlichen Kündigungsfrist. Nach dem erfolglosen Ausgang der Schlichtungsverhandlung wurde der Arbeitnehmerin am 14.2.2013 die Klagebewilligung erteilt. Sie klagte daraufhin am 25.4.2013 beim Arbeitsgericht Basel-Stadt gegen die S. GmbH diese sei zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses sowie zur Zahlung von CHF 2'562.40 Krankenlohn und von CHF 8'515.00 Lohn zu verpflichten. Zuzugabe teilweiser Klageanerkennung und teilweisem Klagerückzug schrieb das Arbeitsgericht die Klage der Arbeitnehmerin am 16.8.2013 ab.

Am 26.4.2013 klagte die X. Arbeitslosenkasse beim Arbeitsgericht auf Verurteilung der S. GmbH zur Zahlung von CHF 7'676.95 zuzüglich 5% Zins. Am 7.11.2013 wurde die S. GmbH zur Zahlung von CHF 3'382.70 zuzüglich 5% Zins an die X. Arbeitslosenkasse verurteilt.

Eine dagegen von der S. GmbH am 21.2.2014 geführte Beschwerde hiess das Appellationsgericht Basel-Stadt am 1.7.2014 vollumfänglich gut und wies die Klage der X. Arbeitslosenkasse ab, wobei es was folgt ausführte:

«[...] **2.1.** Im vorliegenden Fall steht die Frage im Zentrum, ob die Arbeitnehmerin gegenüber der Beschwerdeführerin einen Lohnanspruch ab dem 1.11.2012 hat [...]. Die Arbeitnehmerin war ab dem 30.5.2012 zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 12.10.2012 teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit, dass die Arbeitnehmerin ab dem 15.10.2012 wieder arbeitsfähig sei; angesichts der Mitteilung, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeit angeboten habe, gehe man davon aus, dass die Arbeitnehmerin von der Beschwerdeführerin freigestellt worden sei. Am 31.10.2012 kündigte die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31.10.2012, ohne die Arbeitnehmerin darauf hinzuweisen, dass sie nicht von ihrer Arbeitspflicht befreit sei und daher unverzüglich wieder zur Arbeit erscheinen müsse. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, es habe sich ein Tippfehler in das Kündigungsschreiben eingeschlichen und es sei die Kündigung auf den 31.12.2012 ausgesprochen worden, was dann wegen Zustellung der Kündigung erst anfangs November 2012 zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende Januar 2013 geführt habe. Das Zivilgericht hält in seinen Erwägungen fest, es könne der Arbeitnehmerin nicht vorgeworfen werden, ihre Arbeitskraft nicht genügend angeboten zu haben, weshalb sie einen Lohnanspruch ab dem 1.11.2012 habe. Anders verhalte es sich ab Mitte Dezember 2012, da die Beschwerdeführerin die Arbeitnehmerin mit Schreiben vom 13.12.2012 klar darauf aufmerksam gemacht habe, dass sie ihre Arbeit anbieten müsse [...]. An diesem Ergebnis ändere die angebliche Aussage der Arbeitnehmerin an der Schlichtungsverhandlung vom 13.9.2012, wonach sie nicht mehr für die Beschwerdeführerin arbeiten wolle, nichts. Aussagen der Parteien an der Schlichtungsverhandlung dürften nämlich vor Gericht nicht verwendet werden [...]. Da die Beschwerdegegnerin der Arbeitnehmerin vom 1.11. bis 15.12.2012 Arbeitslosentaggelder von CHF 3'382.70 ausgerichtet habe und die Ansprüche der Arbeitnehmerin von Gesetzes wegen in diesem Umfang auf die Beschwerdegegnerin

übergangen, habe diese gegenüber der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf CHF 3'382.70 zuzüglich 5% seit dem 1.2.2013 [...].

2.2. Kommt ein Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrags in Verzug (Art. 102 ff. OR). Der Arbeitgeber kann in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern (Art. 82 OR). Kann der Arbeitnehmer die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht leisten oder kommt Letzterer aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Arbeitgeberverzug liegt grundsätzlich erst vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit eindeutig angeboten hat (BGE 115 V 437 E. 5a S. 444; BGer C 218/04 vom 15.4.2005 E. 5.2; BGer 4A_332/2007 vom 15.11.2007 E. 2.1). Das Arbeitsangebot muss nicht in einer bestimmten Form erfolgen; vorausgesetzt ist aber, dass der Arbeitgeber unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben annehmen darf und muss, dass der Arbeitnehmer die Absicht hat, die Arbeit auszuführen (BGer 4A_332/2007 vom 15.11.2007, E. 2.1). Das Angebot muss konkret sein, insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht, d.h. der Arbeitnehmer muss im Zeitpunkt des Angebots in der Lage sein, die geschuldete Leistung zu erbringen (vgl. Wyler, *Droit du travail*, 2. Auflage, Bern 2008, S. 193). Verzichtet der Arbeitgeber – wie bei der Freistellung – ausdrücklich auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, muss dieser seine Leistung nicht mehr anbieten (BGE 135 III 349 E. 4.2 S. 357; BGE 118 II 139 E. 1a S. 140; BGer C 218/04 vom 15.4.2005 E. 5.2). Eine Freistellung kann zum einen einseitig vom Arbeitgeber angeordnet werden. Die Freistellung bzw. der Verzicht auf die Arbeitsleistung muss dabei ausdrücklich erfolgen (Wyler, a.a.O., S. 198: «Si l'employeur renonce expréssément à ce que le travailleur fournisse un travail, ce dernier n'est plus tenu d'offrir sa prestation ...»). Zum anderen kann eine Freistellung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden, wobei eine solche Vereinbarung den allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss unterliegt (Art. 1 ff. OR).

2.3.1. Die Beschwerdeführerin stimmt dem Zivilgericht zunächst insofern zu, als das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 kein rechtsgenügendes Angebot der Arbeitskraft darstelle und das Schweigen der Beschwerdeführerin auf dieses Schreiben, das sich auf eine angebliche Freistellungserklärung bezieht, nicht als Einwilligung in die Freistellung zu werten sei [...]. Willkürlich und aktenwidrig sei dagegen der Schluss des Zivilgerichts, dass das Kündigungsschreiben vom 31.10.2012 Anlass zu Missverständnissen habe geben können. In der ersten Reaktion vom 6.11.2012 habe die Arbeitnehmerin das Kündigungsschreiben nämlich eindeutig als ordentliche Kündigung aufgefasst [...]. Das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 6.11.2012 lag dem Zivilgericht indes nicht vor. Das erst mit der Beschwerde eingereichte Schreiben stellt somit ein Novum dar, das angesichts des Novenverbots im Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO) nicht berücksichtigt werden kann.

2.3.2. Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann gegen die Annahme des Zivilgerichts, die Beschwerdeführerin sei angesichts der Missverständlichkeit des Kündigungsschreibens vom 31.10.2012 und des Umstands, dass es als Antwort auf das

Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 zu verstehen sei, gehalten gewesen, die Arbeitnehmerin darauf hinzuweisen, dass sie nicht von ihrer Arbeitspflicht befreit sei und unverzüglich wieder zur Arbeit zu erscheinen habe. Dabei kritisiert die Beschwerdeführerin zunächst, dass das Zivilgericht das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 überhaupt berücksichtigt hat. Da das Schreiben an die Schlichtungsbehörde gerichtet sei und die Vertraulichkeit gemäss Art. 205 ZPO für das gesamte Schlichtungsverfahren gelte, dürfe es im Entscheidungsverfahren nicht verwertet werden [...].

Diese Auffassung trifft nicht zu: Die Art. 202 bis 206 ZPO regeln das Schlichtungsverfahren, namentlich die Einleitung des Schlichtungsverfahrens (Art. 202 ZPO), die Verhandlung (Art. 203 ZPO), das persönliche Erscheinen an der Verhandlung (Art. 204 ZPO), die Vertraulichkeit des Verfahrens (Art. 205 ZPO) und die Säumnis an der Verhandlung (Art. 206 ZPO). Die systematische Stellung von Art. 205 ZPO im Gesetz legt es nahe, dass sich die Vertraulichkeit gemäss Art. 205 ZPO auf die Schlichtungsverhandlung und nicht auf das gesamte Schlichtungsverfahren bezieht. Diese Annahme wird durch den Wortlaut von Art. 205 Abs. 1 ZPO bestätigt, wonach «Aussagen der Parteien weder protokolliert noch später im Entscheidungsverfahren verwendet werden» dürfen. Es geht mit anderen Worten um Aussagen, die an der Schlichtungsverhandlung gemacht werden. In der Lehre wird denn auch festgehalten, dass unter Aussagen Ausführungen der Parteien anlässlich der Verhandlung zu verstehen sind und dass sich das Verwertungsverbot einzig darauf bezieht (Infanger, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 205 ZPO N 3). Äusserungen ausserhalb der Schlichtungsverhandlung dürfen dagegen verwendet werden (Infanger, a.a.O., Art. 205 ZPO N 5; vgl. auch HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 205 ZPO N 1; ALVAREZ/PETER, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 205 ZPO N 1 und 5). Im Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 12.10.2012 teilt diese der Schlichtungsbehörde (und gemäss Wortlaut auch der Gegenseite) mit, dass die Arbeitnehmerin ab dem 15.10.2012 wieder arbeitsfähig sei. Die Beschwerdegegnerin hat dieses Schreiben ihrer Klage vom 26.4.2013 beigelegt. Damit handelt es sich nicht um eine Aussage, die in der Schlichtungsverhandlung gemacht wurde und der Vertraulichkeit unterstehen würde. Es ist jeder Partei unbenommen, von ihr selbst verfasste Schreiben als Klagbeilagen in den Prozess einzuführen. Die Aussage im Schreiben, wonach die Arbeitnehmerin ab dem 15.10.2012 wieder voll arbeitsfähig sei, ist auch vom Inhalt her nicht Teil eines Vergleichsgesprächs bzw. von Vergleichskorrespondenz. Bei der im gleichen Schreiben wiedergegebenen Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Schlichtungsverhandlung mitgeteilt, kein Interesse daran zu haben, die Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen, handelt es sich nur um eine Behauptung der Beschwerdegegnerin über eine angeblich von der Beschwerdeführerin in der Schlichtungsverhandlung gemachte Aussage und nicht um die Aussage selbst, weshalb auch diesbezüglich von der Verwertbarkeit des Schreibens vom 12.10.2012 auszugehen ist. Das Zivilgericht durfte somit darauf abstellen.

2.3.3. Das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 12.10.2012 wurde für die Arbeitnehmerin verfasst und hat folgenden Wortlaut:

«In obiger Sache [...]

Teilen wir der Schlichtungsbehörde und der Gegenseite mit, dass die Gesuchstellerin ab dem 15.10.2012 wieder arbeitsfähig ist.

Die Gesuchstellerin [richtig wohl: Gesuchgegnerin] teilte anlässlich der vollzogenen Schlichtungsverhandlung mit, dass sie kein Interesse mehr daran hat die Gesuchstellerin weiter zu beschäftigen. Eine Kündigung ist bisher nicht ausgesprochen worden. Angesichts der Mitteilung, dass die Gesuchstellerin ihre Arbeit angeboten hat, gehen wir davon aus, dass diese von der Arbeitgeberin frei gestellt worden ist. Arbeitspläne wurden der Gesuchstellerin nicht eröffnet.»

Mit Schreiben vom 31.10.2012, das den Titel «Ordentliche Kündigung» trägt, kündigte die Beschwerdeführerin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin:

«Wir sehen uns leider gezwungen, den mit Ihnen am 01.09.2009 abgeschlossenen Arbeitsvertrag auf den 31.10.2012 ordentlich aufzulösen.

[...]

Wir werden Ihnen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis zustellen.»

Eine einseitige, ausdrückliche Anordnung einer Freistellung durch die Beschwerdeführerin liegt nicht vor. Im ersten Schreiben stellt die Beschwerdegegnerin die Vermutung auf, die Arbeitnehmerin sei freigestellt worden. Das zweite Schreiben nimmt auf diese Vermutung nicht Bezug. Das Zivilgericht lässt die Frage letztlich offen, ob es sich beim zitierten Kündigungsschreiben um eine Einwilligung zur von der Arbeitnehmerin vermuteten Freistellung handelt [...]. Die Frage ist zu verneinen, und zwar aus folgenden Gründen: Die Beschwerdeführerin nimmt zunächst in ihrem Kündigungsschreiben auf das Schreiben der Arbeitnehmerin vom 12.10.2012 insgesamt keinen Bezug. Sodann besteht zwischen den beiden Schreiben auch insofern nur ein loser Zusammenhang, als das Schreiben der Arbeitnehmerin primär an die Schlichtungsbehörde – und nicht an die Beschwerdeführerin – adressiert ist und das Kündigungsschreiben der Beschwerdeführerin erst knapp drei Wochen nach dem Schreiben der Arbeitnehmerin verfasst worden ist. Schliesslich äussert sich das Kündigungsschreiben auch in inhaltlicher Hinsicht nicht zur von der Arbeitnehmerin vermuteten Freistellung. Eine Freistellung kann nicht leichthin angenommen werden. Das Schweigen der Beschwerdeführerin auf die geäusserte Vermutung der Freistellung kann nach Treu und Glauben nicht als Zustimmung interpretiert werden ([...] AGE BE.2010.16 vom 2.9.2010). Es wäre somit an der Arbeitnehmerin gewesen, spätestens nach dem Erhalt des Kündigungsschreibens, das sich zur vermuteten Freistellung nicht äussert, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen, wie es sich mit der Kündigung – ordentliche oder fristlose – und mit der vermuteten Freistellung verhält. Das Kündigungsschreiben enthält in der Überschrift und im Text den Begriff der ordentlichen Kündigung und den Hinweis, dass die Arbeitnehmerin nach der Beendigung des

Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis erhalten werde, doch nennt es als Termin der Auflösung des Arbeitsvertrages mit dem 31.10.2012 das Datum des Schreibens selbst. Insoweit ist das Schreiben zwar widersprüchlich und kann durchaus zu Fragen Anlass geben, nicht aber zu einem Missverständnis, aufgrund dessen die Arbeitnehmerin auf eine Freistellung (oder fristlose Kündigung) hätte vertrauen dürfen, bei der ihre Arbeitspflicht und die Obliegenheit, die Arbeit anzubieten, entfallen wären.

Wurde eine Freistellung weder vereinbart noch einseitig angeordnet, bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Arbeitnehmerin auf die Obliegenheit, die Arbeit anzubieten, hätte hinweisen müssen. Die Arbeitnehmerin war im Zeitpunkt der Kündigung vom 31.10.2012 von der beschwerdebeklagten Arbeitslosenkasse beraten und vertreten und vermutete selbst, dass die Kündigungsfrist möglicherweise nicht gewahrt sei. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Klage vom 26.4.2013 nämlich aus, die Arbeitnehmerin sei bis zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 13.12.2012 von einer Freistellung oder von einer Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist ausgegangen [...]. Vermutete die durch die Beschwerdegegnerin beratene Arbeitnehmerin aber, dass die Kündigungsfrist möglicherweise nicht eingehalten sei, fehlt es an einem Rechtsirrtum, der allenfalls eine Aufklärungspflicht der Beschwerdeführerin begründen würde bzw. die Pflicht der Arbeitnehmerin entfallen liesse, ihre Arbeitskraft anzubieten. Die Arbeitnehmerin bzw. die Beschwerdegegnerin hat die Unkenntnis in Kauf genommen und kann daher nicht geltend machen, sie habe sich geirrt. Wer an der Richtigkeit seiner Vorstellung zweifelt, irrt sich nicht, sondern lässt die entsprechende Situation in der Schwebe (vgl. SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 2013, Art. 23/24 OR N 14 f.). Es lag demnach nicht an der Beschwerdeführerin, die Arbeitnehmerin aufzuklären; vielmehr hätte die Arbeitnehmerin nach dem Kündigungsschreiben vom 31.10.2012 von sich aus nachfragen müssen. Im Zweifelsfall ist die Arbeit anzubieten – in gleicher Weise, wie wenn über die Art einer ausgesprochenen Kündigung (fristlose oder ordentliche) und damit über das Weiterbestehen der Arbeitspflicht Zweifel bestehen.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Arbeitnehmerin ab dem 1.11.2012 nicht freigestellt war. In dieser Situation hätte sie ihre Arbeitskraft klar und konkret anbieten müssen, um ihren Lohnanspruch zu behalten. Die Beschwerdeführerin war nicht verpflichtet, die Arbeitnehmerin auf diese Obliegenheit hinzuweisen. Da die Arbeitnehmerin die Arbeit nicht rechtsgenüßlich angeboten hat, hat sie bzw. die subrogierende Beschwerdegegnerin ab dem 1.11.2012 keinen Lohnanspruch gegen die Beschwerdeführerin. [...]»

(Entscheid des Appellationsgerichts vom 1.7.2014 i.S.v. S. GmbH gegen X. Arbeitslosenkasse, BEZ.2014.18; GS 2013.14)

3.3. Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bei Konflikten unter den Arbeitnehmern (Art. 328 OR)

(siehe unter Ziffer 3.5.2.1., S. 35)

3.4. Betriebsübernahme (Art. 333 OR): Garantievertrag (Art. 111 OR) der Übernehmerin bezgl. Zusatzrente der Pensionskasse?

K. war ursprünglich Mitarbeiter der V. AG. Im Zuge der Fusion seiner Arbeitgeberin mit der W. AG wechselte er zur Z. AG. Im Rahmen einer Abspaltung einer Geschäftseinheit der Z. AG trat er per 1.1.2001 in die neu gegründete Y. AG ein, die heute als X. AG firmiert. Per dieses Datum wechselte er auch von der Pensionskasse der Z. AG zur Pensionskasse der X. AG.

K. wurde auf den 1.2.2011 frühpensioniert. Mit Schreiben vom 10.6.2010 hatte die Pensionskasse der X. AG ihm mitgeteilt, dass er neben seiner Altersrente bis zur Vollendung des 65. Altersjahres eine Zusatzrente von jährlich CHF 12'000.00 erhalten werde – dies gemäss Fassung ihres Reglementes von 2010, welches aufgrund eines Sanierungsbedarfs neu erlassen worden war. In der Folge machte K. gegenüber der Pensionskasse der X. AG eine Erhöhung der Zusatzrente auf jährlich CHF 18'000.00 geltend, welcher Betrag der Höhe der bei der Pensionskasse der Z. AG vorgesehenen Zusatzrente entsprach. Das Bundesgericht wies diese auch auf dem Rechtsweg geltend gemachte Forderung letztinstanzlich mit Urteil vom 31.7.2012 ab (BGE 138 V 366).

Mit Klage vom 21.6.2013 gegen die X. AG gelangte K. an das Arbeitsgericht Basel-Stadt und verlangte deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 30'000.00. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 13.4.2015 ab. Eine dagegen am 16.6.2016 erhobene Berufung von K. wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 22.4.2016 ab, wobei es was folgt ausführte:

«[...]. **2.1.** Der Berufungskläger macht mit der vorliegenden Klage geltend, die Berufungsbeklagte habe ihm im Zuge des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses von der Z. AG auf sie per 1.1. 2001 zugesichert, dass er wie nach dem Reglement der Pensionskasse seiner früheren Arbeitgeberin bei einer Frühpensionierung eine jährliche Zusatzrente von CHF 18'000.00 erhalte. Nachdem er im Gefolge seiner Frühpensionierung ab Februar 2011 von der Pensionskasse der Berufungsbeklagten bloss eine Zusatzrente von jährlich CHF 12'000.00 erhalte, habe ihm die Berufungsbeklagte die Differenz von jährlich CHF 6'000.00 auszugleichen, was in den fünf Jahren bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionsalters einen Betrag von CHF 30'000.00 ergebe. Der Berufungskläger hat sich zur Begründung seiner Forderung einerseits auf die gesetzlichen Vorschriften des Obligationenrechts zum Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen einer Betriebsübernahme berufen, andererseits auf verschiedene Dokumente, aus denen sich eine entsprechende Zusicherung der Berufungsbeklagten ergeben soll.

2.2. Gemäss Art. 333 Abs. 1 OR geht bei einer Übertragung eines Betriebs auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tag der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebs haften diesfalls solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig

geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR). Das Zivilgericht hat unter diesem Titel die Frage geprüft, ob unter die im Arbeitsverhältnis begründeten Rechte und Pflichten auch Versicherungs- und Vorsorgezusagen fallen. Es hat diese – in der Lehre umstrittene – Frage näher analysiert und namentlich unter Hinweis auf einen vom Appellationsgericht gefällten Entscheid verneint [...]. Das Zivilgericht hat indessen den Übergang von Vorsorgezusagen als möglich erachtet, wenn sie zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht werden oder allein darin enthalten sind. Im vorliegenden Fall vermochte es aber weder im Arbeitsvertrag des Berufungsklägers mit der früheren Arbeitgeberin, der Z. AG, noch im demjenigen mit der übernehmenden Arbeitgeberin, der Berufungsbeklagten, derartige Zusagen zu erkennen [...].

Der Berufungskläger führt hierzu lediglich aus, er halte daran fest, dass mittels Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR alle Rechte und Pflichten auf den Übernehmer übergangen. Dabei gingen sämtliche Arbeitsbedingungen über, so auch Versicherungszusagen des alten Arbeitgebers. Die Berufungsbeklagte habe die entsprechenden Garantien bezüglich der vorzeitigen Pensionierung übernommen und hafte somit für die Differenz zwischen den erhaltenen und versprochenen Leistungen [...]. Diese Ausführungen vermögen den Anforderungen an die Begründung einer Berufung nicht zu genügen. [...]

2.3. Der Berufungskläger leitet seinen Anspruch auf eine Zusatzrente sodann aus dem Garantievertrag (Art. 111 OR) ab. Die Berufungsbeklagte habe ihm beim Betriebsübergang mehrfach schriftlich wie mündlich zugesichert, dass ihm ihre Pensionskasse bei Eintritt der Frühpensionierung für die Dauer von fünf Jahren eine Zusatzrente von CHF 18'000.00 pro Jahr leisten werde. Indem ihm nunmehr jährlich eine Zusatzrente von lediglich CHF 12'000.00 gewährt werde, habe die Berufungsbeklagte für den dadurch entstandenen Schaden in Höhe von insgesamt CHF 30'000.00 (5 x CHF 6'000.00) einzustehen [...]. Das Zivilgericht hat in diesem Zusammenhang verschiedene vom Berufungskläger eingereichte Dokumente geprüft, jedoch in keinem von ihnen ein rechtlich verbindliches Garantieverprechen feststellen können [...]. Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, einerseits die eingereichten Beweismittel falsch eingeschätzt und unrichtige Schlüsse daraus gezogen zu haben, andererseits wichtige Beweismittel ohne Begründung nicht gewürdigt zu haben [...].

2.3.1. Der in Art. 111 OR geregelte Vertrag zu Lasten eines Dritten (Marginalie) wird gemeinhin als Garantievertrag bezeichnet. Darin verspricht die eine Vertragspartei (Promittent, Garant, Schuldner) einer anderen Partei (Promissar, Begünstigter, Gläubiger) die Leistung eines Dritten in dem Sinne, dass sie mittels eigener Ersatzleistung für die Erbringung dieser fremden Leistung einsteht, falls diese ausbleibt (REETZ/GRABER, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 111 OR N 1). Nur der Promittent und der Promissar sind Parteien des Garantievertrags, nicht auch der Dritte. Dieser wird entsprechend weder zu einer bestimmten Leistung verpflichtet noch hierzu ermächtigt (REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 2 und 11; PESTALOZZI, in: Honsell/Vogt/ Wiegand

[Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 111 N 1 f.). Das Garantieverprechen kann als eigenständiger Vertrag in Erscheinung treten oder als Garantieklausel in einem umfassenderen Vertrag enthalten sein (PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 9; REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 3). Es ist in jedem Fall formlos gültig (PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 7; REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 13). Der Garantievertrag ist ein zweiseitiges, wenn auch regelmässig nur einseitig (den Promittenten) verpflichtendes Rechtsgeschäft und setzt dementsprechend einen übereinstimmenden Parteiwillen der Kontrahenten voraus (REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 9 f.; PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 7). Entscheidend für das Zustandekommen eines Garantievertrags ist, dass der Promittent einen festen Verpflichtungswillen hat. Neben dem Wortlaut ist insbesondere das persönliche Interesse des Promittenten an der Leistungserbringung Indiz für dessen Vorliegen (WEBER, in: Berner Kommentar. Art. 110-113 OR, Bern 2002, Art. 111 N 131; REETZ/GRABER, a.a.O., Art. 111 OR N 12; PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111 N 8).

2.3.2. Der Berufungskläger hat sich zunächst auf ein Informationsschreiben berufen, welches die frühere Arbeitgeberin, die Z. AG, und die neue Arbeitgeberin, die Y. AG (heute X. AG), den übertretenden Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem per 1.1.2001 vorgesehenen Betriebsübergang unter dem 27.11.2000 hatten zukommen lassen [...]. Diesem Informationsschreiben waren eine «Übersicht des neuen Reglements der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG)» sowie eine «Zusammenfassung der Anstellungsbedingungen und Sozialleistungen» beigefügt [...]. Das Zivilgericht hat verneint, dass sich aus diesen Dokumenten eine Garantiezusage der Berufungsbeklagten hinsichtlich der Zusatzrente im Falle der Frühpensionierung ergebe, bzw. dass wenn man eine solche annehmen würde, diese auf die Dauer von zwei Jahren beschränkt gewesen wäre [...].

2.3.2.1. Der Berufungskläger sieht ein Garantieverprechen vor allem im folgenden, am Ende der zweiseitigen «Übersicht des neuen Reglementes der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG)» enthaltenen Abschnitt mit der Überschrift «Garantien für Übertretende Mitarbeiter»:

«Die folgenden Garantien werden den übertretenden Mitarbeitern zugestanden:

1. *Pensionierung und frühzeitige Pensionierung – Den übertretenden Mitarbeitern wird die lebenslange Altersrente, die Zusatzrente und temporäre Überbrückungsrente garantiert, im selben Umfang wie sie im Z. AG Reglement per 1.1.2001 vorgesehen sind.*
2. *...»*

Der Berufungskläger hält dafür, dass die von der Z. AG übertretenden Mitarbeiter aufgrund des Informationsschreibens vom 27.11.2000 und dieses Passus in guten Treuen hätten davon ausgehen müssen und können, dass sich an der garantierten Zusatzrente durch den Betriebsübergang nichts ändere [...]. Er bestreitet, dass die

Berufungsbeklagte die Garantie zur Beibehaltung der garantierten Vorsorgeleistungen lediglich für die Dauer von zwei Jahren seit Betriebsübergang abgegeben habe. Die generelle Zweijahresklausel, wie sie im Informationsschreiben vom 27.11.2000 enthalten gewesen sei, gelte für die allgemeinen Anstellungsbedingungen. Für die garantierten Vorsorgeleistungen sei diese Zweijahresfrist nicht anwendbar. Dem Vorsorgeversprechen lasse sich nach seinem klaren Wortlaut keine befristete Garantiedauer entnehmen [...]. Nach Auffassung des Berufungsklägers würde eine Befristung des Garantieverprechens auch seinem Zweck widersprechen. Eine Garantie könne nicht ablaufen, bevor der Erfolg der fremden Leistung überhaupt erst eintreten könne. Als Sicherungsgeschäft müsse sich die Dauer der Garantie mindestens bis zur Erfüllung respektive bis zum Zeitpunkt, in dem die Drittleistung erfolge bzw. nicht erfolge, erstrecken. Anderenfalls sei der Sicherungszweck der Garantie von Anfang an verfehlt [...]. Den Mitarbeitern sei vorliegend im Falle einer Frühpensionierung für die Dauer von fünf Jahren eine Zusatzrente gewährt worden. Sichergestellt worden sei damit einerseits eine künftige Leistung, deren Erfolg erst bei Erreichen der frühzeitigen Pensionierung habe eintreten können, und andererseits eine dauerhafte Leistung. Der Sicherungszweck der Garantie sei klarerweise verfehlt, wenn sich die Dauer der Garantie gar nicht auf die Zeitspanne der Entstehung des Anspruchs bis zur Erfüllung erstrecke [...]. Er, so der Berufungskläger weiter, sei bei der Betriebsübernahme 49 Jahre alt gewesen. Der ihm garantierte Anspruch auf eine Drittleistung habe erst im Alter 60 und somit erst zehn Jahre nach Betriebsübernahme entstehen können. Mit einer Garantie, die zwei Jahre gültig sei, könne unmöglich eine künftige Drittleistung garantiert werden, die erst in zehn Jahren fällig werde und für fünf Jahre geschuldet sei [...]. Dass das Garantieverprechen bereits acht Jahre vor seiner Pensionierung ablaufen könnte, damit habe er nicht rechnen können und müssen [...].

2.3.2.2. Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob sich aus dem Informationsschreiben vom 27.11.2000 und seinen beiden Anhängen der Wille der Berufungsbeklagten ergibt, die Leistungen ihrer Pensionskasse bei vorzeitiger Pensionierung abzusichern, und dementsprechend ein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zustande gekommen ist. Falls dies zu bejahen ist, ist in einem zweiten Schritt der Inhalt des Garantieverprechens zu prüfen, namentlich welche Leistungen der Pensionskasse in Umfang und Dauer abgesichert werden sollten. Zunächst fällt auf, dass das fragliche Schreiben vom 27.11.2000 [...] dem alten sowie dem neuen Arbeitgeber gemäss expliziter Verweise dazu diene, den bei einem Betriebsübergang gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflichten gemäss Art. 333a OR nachzukommen. Nach ihrem Zweck sollen die arbeitgeberischen Informationen dem einzelnen Arbeitnehmer ermöglichen, seinen Entscheid über die Ausübung seines Ablehnungsrechts (Art. 333 Abs. 1 und 3) sachkundig fällen zu können (PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], a.a.O., Art. 333a N 1). Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass ein solches Informationsschreiben auch Garantiezusagen im Sinne von Art. 111 OR enthält, wenn der Erwerber eines Betriebs ein besonderes Interesse hat, die Mitarbeiter des Veräusserers zum Übertritt zu bewegen. Wenn der neue Arbeitgeber aber, wie es vorliegend der Berufungskläger behauptet, über Jahre hinweg unveränderliche Leistungen seiner Pensionskasse garantieren soll, so darf und muss

angesichts der Ungewöhnlichkeit solcher Zusagen erwartet werden, dass ein solches Informationsschreiben nach Art. 333a OR einen entsprechenden Verpflichtungswillen unmissverständlich zum Ausdruck bringt, damit ein Garantievertrag zustande kommen kann. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Das von der Berufungsbeklagten mitunterzeichnete Informationsschreiben vom 27.11.2000 [...] hält lediglich in sehr allgemeiner Weise fest, dass die Übernehmerin, die Y. AG [heute X. AG], für die Dauer von 2 Jahren «gleichwertige Anstellungsbedingungen» garantiere. Dass die neue Arbeitgeberin damit gleich auch die Leistungen ihrer Pensionskasse garantieren sollte, geht daraus nicht hervor. Der betreffende Passus im Informationsschreiben verweist zwar in Klammern noch auf die betreffende Übersicht im Anhang dazu («siehe Übersicht»). Dieses Dokument [...] stellt gemäss seiner Überschrift («Übersicht des neuen Reglements der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG)») indessen bloss eine Übersicht über die künftigen Leistungen der Pensionskasse selbst dar. Die am Ende dieses Papiers erwähnten Garantien (s. oben E. 2.3.2.1) enthalten dementsprechend lediglich Aussagen über Leistungen, wie sie die übertretenden Mitarbeiter von der neuen Vorsorgeeinrichtung erwarten konnten. Sie können indessen ohne explizite Bezugnahme im Informationsschreiben selbst nicht als Zusage der neuen Arbeitgeberin interpretiert werden, diese Leistungen im Sinne eines Garantievertrags nach Art. 111 OR absichern zu wollen. Schon gar nicht kann entgegen den Vorbringen des Berufungsklägers darin irgendeine Absicht der Erwerberin erkannt werden, weitergehende Leistungen als die neue Pensionskasse zu garantieren. Wie oben zitiert, wurde in der Übersicht über das neue Pensionskassenreglement den übertretenden Mitarbeitern «*die lebenslange Altersrente, die Zusatzrente und temporäre Überbrückungsrente garantiert, im selben Umfang wie sie im [Z. AG] Reglement per 1.1.2001 vorgesehen gewesen wäre*». Das Reglement der Pensionskasse der Z. AG [...] sah in Art. 32 ausdrücklich die Abänderbarkeit dieser Leistungen, mithin auch der Renten, vor. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung bestand für den Fall eines Fehlbetrags der versicherungstechnischen Bilanz unter anderem auch die Möglichkeit, «*die Versicherungsleistungen einschliesslich der laufenden Renten ... anzupassen*». Selbst wenn man also im letzten Abschnitt der Übersicht des neuen Reglements der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG) ein die neue Arbeitgeberin bindendes Garantieverprechen erkennen wollte, hätte daraus kein Anspruch der übertretenden Mitarbeiter auf fortwährende Unabänderlichkeit der erwähnten Pensionskassenleistungen abgeleitet werden können. Standen schon die reglementarischen Leistungen der Pensionskasse der Z. AG unter dem ausdrücklichen Vorbehalt ihrer Abänderbarkeit, so gilt dies aufgrund des integralen Verweises in der Übersicht der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG) auf das Reglement der Pensionskasse der Z. AG a fortiori auch für die reglementarischen Leistungen der Pensionskasse der Y. AG (heute X. AG). Hätte die neue Arbeitgeberin demgegenüber unabänderliche Versicherungsleistungen garantieren sollen und wollen, hätte sie dies entsprechend auch explizit tun müssen. Aus dem Informationsschreiben vom 27.11.2000 und seinen beiden Anhängen ergibt sich indessen keine entsprechende Zusage, so dass das Vorliegen eines Garantieverprechens im Sinne von Art. 111 OR zu verneinen ist. Die übertretenden Mitarbeiter konnten und durften somit nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen,

dass ihnen entgegen der Regelung bei der früheren Arbeitgeberin bei der neuen Arbeitgeberin Leistungen zugesichert würden, die auch im Sanierungsfall unverändert bleiben. Eine Garantie liegt somit nicht vor.

Selbst wenn man ein Garantieverprechen seitens der Berufungsbeklagten bejahen würde, wäre diese Zusicherung wie die anderen Garantien lediglich für längstens zwei Jahre gewährt worden. Das Informationsschreiben vom 27.11.2000 garantierte die gleichwertigen Anstellungsbedingungen für die Dauer von 2 Jahren. Ebenso versprach die Berufungsbeklagte, während 2 Jahren ab Datum der Betriebsnachfolge keine Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen auszusprechen. Im identischen Sinne wurde in der Präambel des Abschlussprotokolls über die Gespräche mit den Internen Personalvertretungen betreffend die Anstellungsbedingungen ([...] dazu auch nachfolgend E. 2.3.3) darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Abspaltung des Agribusiness von der Z. AG geschaffenen Joint-Ventures für die ersten 2 Jahre gleichwertige Anstellungs- und Vorsorgeleistungen für die übertretenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vereinbart worden seien. Soweit die Berufungsbeklagte überhaupt bestimmte Leistungen ihrer neuen Pensionskasse hätte absichern wollen, wäre diese Garantie gemäss dieser einleitenden Worte deshalb auf zwei Jahre, d.h. bis zum 31.12.2002, begrenzt gewesen. Der Berufungsbeklagte, der erst auf den 1.2.2011 frühpensioniert wurde, könnte auch in diesem Fall keine Ansprüche gegenüber der Berufungsbeklagten geltend machen.

2.3.3. Der Berufungskläger hat sodann eine Garantie der Berufungsbeklagten aus dem «*Abschlussprotokoll über die Gespräche mit den Internen Personalvertretungen betreffend die Anstellungsbedingungen der Y. AG (heute X. AG)*» vom 27.11.2000 [...] abgeleitet. Das Zivilgericht hat in diesem Dokument und in dessen beiden Anhängen lediglich Anweisungen für die Ausgestaltung der einschlägigen Reglemente der neuen Pensionskasse, nicht jedoch Zusicherungen der Berufungsbeklagten in dem Sinne erkennen können, dass diese für allfällige Nicht- oder Schlechterleistungen eintreten würde [...]. Der Berufungskläger rügt mit der Berufung, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einer Beschränkung der Geltungsfrist für die Garantie betreffend Vorsorgeleistungen ausgegangen sei [...]. Zu Unrecht sei auch ein Informationsschreiben der Z. AG vom 28.11.2000 nicht gewürdigt worden, worin ausdrücklich festgehalten worden sei, dass die Garantie für die Pensionskassenleistungen unbefristet gelten würden. Solche Garantien würden nicht ohne Absprache mit der neuen Arbeitgeberin zugesichert [...]. Der Berufungskläger bestreitet schliesslich auch, dass das fragliche Abschlussprotokoll sich ausschliesslich an die Pensionskasse der neuen Arbeitgeberin richten würde. Das Protokoll sei vielmehr ein gewichtiger Hinweis dafür, dass die Berufungsbeklagte den übertretenden Mitarbeitenden gleichwertige Vorsorgeleistungen zugesichert und ihnen dies auch so kommuniziert habe [...].

Wie schon das Informationsschreiben vom 27.11.2000 (s. oben E. 2.3.2) ist das vom gleichen Tag datierende Abschlussprotokoll [...], wie die Berufungsbeklagte zur Recht vermerkt [...], im Zusammenhang mit Art. 333a OR zu sehen, wonach bei einem Betriebsübergang die Arbeitnehmervertretungen zu konsultieren sind. Entsprechend können Garantieverprechen der übernehmenden Arbeitgeberin zu Gunsten der

übertretenden Mitarbeiter aus einem Dokument, das nach seiner Überschrift («*Abschlussprotokoll über die Gespräche mit den Internen Personalvertretungen betreffend die Anstellungsbedingungen der Y. AG (heute X. AG)*») die Ergebnisse der Verhandlungen zwischen den beiden involvierten Arbeitgebern mit den Arbeitnehmervertretungen festhält, nur angenommen werden, wenn sie sich explizit daraus ergeben. Dies muss insbesondere dann auch gelten, wenn der Promissar, wie vorliegend der Berufungskläger, die Garantie unveränderlicher Pensionskassenleistungen geltend macht (vorstehend E. 2.3.2.2).

In der Präambel des genannten Abschlussprotokolls wird ausgeführt, dass im Rahmen des geschaffenen Joint-Ventures der Y. AG (heute X. AG) für die übertretenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gleichwertige Anstellungs- und Vorsorgeleistungen vereinbart worden seien. Unter Ziff. 2 der nachfolgenden Ausführungen wird unter dem Titel "*Pensionskasse*" festgehalten, dass die übertretenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Pensionskasse der neuen Arbeitgeberin versichert würden. Für die Details wird auf Anhang 2 zu diesem Abschlussprotokoll verwiesen, wobei ergänzt wird, dass die Übergangsbedingungen gemäss diesem Anhang keine Verschlechterung der Situation der Versicherten zur Folge haben dürften. Anhang 2 enthält eine Gegenüberstellung von «*Items*», zu verstehen als Plan- und Übergangsbedingungen der Versicherungs- und Vorsorgeleistungen der alten und neuen Pensionskasse. Unter «*Altersrente bei frühzeitiger Pensionierung*» liest man in der Spalte der neuen Pensionskasse «*Besitzstandswahrung, Leistung entspricht im Minimum jener aus dem aktuellen Z. AG Plan*». Am Ende findet sich die identische Garantie für die übertretenden Mitarbeiter wie im Informationsschreiben vom 27.11.2000:

«Die folgenden Garantien werden den übertretenden Mitarbeitern zugestanden:

1. *Pensionierung und frühzeitige Pensionierung – Den übertretenden Mitarbeitern wird die lebenslange Altersrente, die Zusatzrente und temporäre Überbrückungsrente garantiert, im selben Umfang wie sie im Z. AG Reglement per 1.1.2001 vorgesehen sind.*
2. *...»*

Soweit man aus dem Abschlussprotokoll und seinen Anhängen überhaupt eine Zusicherung der neuen Arbeitgeberin erkennen will, für die Leistungen ihrer Pensionskasse eintreten zu wollen, könnte wie schon oben unter E. 2.3.2.2 dargelegt aufgrund des integralen Bezugs auf die Leistungen der früheren Pensionskasse, welche gemäss Art. 32 deren Reglements unter dem Vorbehalt ihrer Abänderlichkeit standen, kein Anspruch auf in der Höhe unabänderliche Zusatzrenten abgeleitet werden. Etwas anderes lässt sich auch aus dem [...] aufgelegten Schreiben der Internen Personalvertretungen von der Z. AG vom 28.11.2000 nicht herauslesen. Abgesehen davon, dass es gar nicht von der Berufungsklägerin selbst verfasst und unterzeichnet worden ist und ihr somit auch nicht als eigene Willensäusserung zugerechnet werden kann, hält es bezüglich der Pensionskassenleistungen lediglich fest, dass «*der Y. AG (heute X. AG) die bisherigen Leistungen gemäss Der Z. AG-Leistungsplan garantiert*». Auch wenn das Schreiben weiter ausführt, dass diese Garantie insbesondere auch die

gleichen Leistungen bei vorzeitiger Pensionierung umfasse, kann somit auch ihm keine Zusicherung von Leistungen entnommen werden, die über die Zeit hinweg unveränderlich wären und somit über das hinausgingen, was die Pensionskasse der Z. AG ihren Mitarbeitern in ihrem Reglement zugesichert hatte.

2.3.4. Der Berufungskläger hat sich ferner auf ein Schreiben der Berufungsbeklagten an die Mitarbeitenden vom 9.4.2001 [...] berufen. Darin hat die Berufungsbeklagte ihren Mitarbeitern verschiedene Informationen zukommen lassen, unter anderem auch zu ihrer Pensionskasse. Im betreffenden Abschnitt zum Thema Beitragsreduktionen heisst es einleitend:

«Die Pensionskasse der X. AG hat sich verpflichtet mindestens die Leistungen der PK der Z. AG zu übernehmen.»

Hierzu hat das Zivilgericht ausgeführt, dass die Berufungsbeklagte damit lediglich die Verpflichtung der Pensionskasse wiedergegeben habe, mindestens die Leistungen der Pensionskasse der Z. AG weiterzuführen. Nicht enthalten sei darin eine Zusicherung der Berufungsbeklagte selber [...]. Der Berufungskläger wendet hiergegen ein, dass die Berufungsbeklagte die genannte Garantie der Pensionskasse der X. AG auch gegen sich selbst gelten lassen müsse. Wenn sie die Leistung eines Dritten verspreche, müsse sie dafür auch einstehen, wenn die garantierte Leistung nicht erfolge [...].

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Der vorstehend zitierte Passus enthält lediglich eine Information der Berufungsbeklagten zu Verpflichtungen, welche ihre Pensionskasse bei der Übernahme der Versicherten von der Pensionskasse der früheren Arbeitgeberin eingegangen ist. Diese Information bekundet jedoch in keiner Weise eine Absicht der Berufungsbeklagten, für deren Leistungen einstehen zu wollen. Mangels eines eigenen Verpflichtungswillens kann deshalb im Schreiben der Berufungsbeklagten vom 9.4.2001 kein Garantieverprechen erblickt werden.

2.3.5. Das Zivilgericht hat sodann den Übernahmevertrag zwischen der Pensionskasse der Z. AG und der Pensionskasse der Berufungsbeklagten vom 5.3. bzw. 3.7.2002 daraufhin untersucht, ob darin eine Garantie der Berufungsbeklagten bezüglich der Wahrung der Rechte durch ihre Pensionskasse enthalten sei, was es aber verneint hat [...]. Der Berufungskläger rügt eine falsche Sachverhaltsfeststellung, weil nicht er, wie die Vorinstanz festgestellt habe, auf diesen Übernahmevertrag verwiesen habe. Es sei vielmehr die Berufungsbeklagte gewesen, die den Übernahmevertrag mit der Klageantwort eingereicht gehabt habe [...]. Da der Berufungskläger nicht weiter ausführt, was bei korrekter Sachverhaltsdarstellung zu seinen Gunsten sprechen würde, ist auf diese Rüge nicht weiter einzugehen.

2.3.6. Das Zivilgericht hat schliesslich ein Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3.7.2001 geprüft, mit welchem sie ihren Mitarbeitern neben der Vorsorgebescheinigung eine Zusammenstellung der zuvor an Informationsveranstaltungen gestellten Fragen und erteilten Antworten zugesandt hatte [...]. Darin heisst es unter anderem:

«Wer garantiert, dass bei meiner Pensionierung genügend Geld vorhanden ist, um den versprochenen Besitzstand gewährleisten zu können?»

Einerseits ist dieser Punkt reglementarisch geregelt und andererseits wird dafür eine Spezialreserve gebildet. Sollten der Pensionskasse jedoch nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen, muss die Firma bezahlen.

Erhalte ich bei frühzeitiger Pensionierung eine Zusatzrente?

Die von der Z. AG übernommenen Mitarbeiter erhalten eine Zusatzrente. Es werden zur Zeit Gespräche über die Höhe dieser Zusatzrente geführt.»

Das Zivilgericht hat es abgelehnt, aus dem Hinweis, dass bei ungenügenden Mitteln der Pensionskasse zur Bezahlung des versprochenen Besitzstands die Firma, mithin die Berufungsbeklagte, die Differenz bezahlen müsse, eine Zusicherung an den Berufungskläger abzuleiten. Diese Aussage sei am 28.7.(recte: 6.) 2001 gemacht worden, als der Berufungskläger noch nicht frühpensioniert gewesen sei. Zudem sei sie in einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die gemäss Abschlussprotokoll zweijährige Frist seit Betriebsübergang gelaufen sei, während der gleichwertige Anstellungs- und Vorsorgeleistungen für die zur Berufungsbeklagten übergetretenen Mitarbeitenden vereinbart gewesen seien. Dass dieser von der Pensionskasse der Berufungsbeklagten garantierte Besitzstand unter besonderen Voraussetzungen habe geändert werden dürfen, habe das Bundesgerichtsurteil über die Klage des Berufungsklägers gegen die Pensionskasse gezeigt. Sofern und soweit die Pensionskasse der Berufungsbeklagten nicht an die Bestandesgarantie gebunden gewesen sei, müsse dies auch für die Berufungsbeklagte für den Fall einer Zusicherung gelten. Die Antwort auf die Frage bezüglich ungenügender Mittel zur Finanzierung der Bestandesgarantie gehe davon aus, dass dieser Besitzstand unangetastet geblieben sei. Davon abgesehen ergebe sich aus der Antwort nicht, ob die Berufungsbeklagte eine allfällige Differenz in die Pensionskasse einschiessen müsste oder die betroffenen Mitarbeiter direkte Ansprüche gegen sie geltend machen könnten [...].

Der Berufungskläger wendet hiergegen ein, dass das Zivilgericht das Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3.7.2001 samt Fragekatalog unrichtig festgestellt und daraus falsche Schlüsse gezogen habe. Die zitierte Antwort richte sich an die übertretenden Mitarbeitenden und garantiere klar und deutlich, dass die Berufungsbeklagte für den Fall, dass die Pensionskasse nicht genügend Mittel zur Ausrichtung einer Zusatzrente habe, dafür einstehen werde [...]. Die Zusicherung richte sich an die betroffenen Mitarbeitenden, womit diese auch einen direkten Anspruch aus der Zusicherung ableiten könnten [...]. Diesen Vorbringen kann nicht gefolgt werden.

Der Berufungskläger bezieht sich mit seinen Ausführungen alleine auf die erste der beiden eingangs zitierten Fragen [...] und zieht nachfolgend seine Schlüsse ausschliesslich aus der dazugehörigen Antwort. Die Frage bezog sich nur in allgemeiner Weise auf die Finanzierung der Leistungen bei Eintritt der Pensionierung («Wer garantiert, dass bei meiner Pensionierung genügend Geld vorhanden ist, um den versprochenen Besitzstand zu gewährleisten zu können?»). Gemeint waren damit

offensichtlich die Rentenleistungen der Pensionskasse bei Erreichen des ordentlichen Pensionsalters, nicht die Überbrückungsrenten bei vorzeitiger Pensionierung. Davon war erst in der nachfolgenden Frage die Rede: *«Erhalte ich bei frühzeitiger Pensionierung eine Zusatzrente?»*. Hierzu lautete die Antwort: *«Die von der Z. AG übernommenen Mitarbeiter erhalten eine Zusatzrente. Es werden zur Zeit Gespräche über die Höhe dieser Zusatzrente geführt.»* Aus dieser Antwort wird unmissverständlich deutlich, dass den übergetretenen Mitarbeitern bei einer vorzeitigen Pensionierung zwar eine Zusatzrente zustand, dass deren Höhe aber noch gar nicht feststand, weil hierüber noch Gespräche geführt wurden. Damit war aber auch eine Garantie der Berufungsbeklagten bezüglich der Höhe der den Mitarbeitern zustehenden Überbrückungsrente ausgeschlossen. Auf jeden Fall kann sich der Berufungskläger zur Begründung seiner Forderung nicht auf den ihm mit Schreiben vom 3.7.2001 zugestellten Fragekatalog und die darin enthaltenen Antworten abstützen. Dies gilt auch hinsichtlich der Auskunft, dass *«die Firma die Differenz bezahlen»* müsse, wenn die Pensionskasse nicht über genügend Mittel zur Finanzierung ihrer Leistungen verfügen würde. Abgesehen davon, dass sich diese Antwort wie ausgeführt ausschliesslich auf die ordentlichen Altersleistungen bezog, ist sie viel zu allgemein gehalten, als dass aus ihr der Schluss gezogen werden könnte, die Berufungsbeklagte habe sich mit dieser – notabene im Rahmen einer gewöhnlichen Informationsveranstaltung vor grösserem Publikum abgegebenen – Auskunft gegenüber den übernommenen Mitarbeitern verpflichten wollen, jedem von ihnen im Falle, dass bei einer frühzeitigen Pensionierung ihre Pensionskasse eine Zusatzrente von weniger als jährlich CHF 18'000.00 ausgerichtet wird, gegenüber der Berufungsbeklagten einen Rechtsanspruch auf Deckung der Differenz zuzugestehen. Mangels eines konkreten Verpflichtungswillens der Berufungsbeklagten dem Berufungskläger gegenüber ist kein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zustande gekommen, in welchem die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger versprochen hätte, für den infolge der Betriebsübernahme bei der Zusatzrente entstehenden Ausfall einzustehen. Auf jeden Fall wurde ihm seitens der Berufungsbeklagten keine bestimmte Höhe garantiert.

2.3.7. Der Berufungskläger rügt abschliessend, dass zwei von ihm in den Prozess eingeführte Dokumente vom Zivilgericht unberücksichtigt geblieben seien.

Zum einen bezieht sich der Berufungskläger auf ein Informationsschreiben der Z. AG, genauer der Internen Personalvertretungen, vom 28.11.2000 [...]. Darin sei unter anderem ausdrücklich festgehalten, dass die Garantie für die übernommenen Pensionskassenleistungen unbefristet gelte. Solche Garantien würden nicht ohne Absprache mit der neuen Arbeitgeberin zugesichert [...]. Dieses Informationsschreiben wurde von der Berufungsbeklagten weder verfasst noch unterschrieben. Die darin enthaltenen Aussagen können ihr deshalb nicht zugerechnet werden. Dass die Internen Personalvertretungen anlässlich der Konsultationen von der Betriebserwerberin ermächtigt worden wäre, in ihrem Namen entsprechende Garantien abzugeben, ist weder behauptet, geschweige nachgewiesen worden. Abgesehen davon hätte die Berufungsbeklagte, wie vorstehend unter E. 2.3.3 näher dargelegt, ohnehin nur *«die bisherigen Leistungen gemäss Z. AG-Leistungsplan garantiert»* gehabt, woraus eben

gerade nicht auf über die Zeit hinweg unabänderliche Leistungen hätte geschlossen werden können.

Zum anderen beruft sich der Berufungskläger auf eine Vereinbarung, welche ihm unter dem 10.6.2010 seitens der Pensionskasse der Berufungsbeklagten zur Unterzeichnung vorgelegt wurde und mit welcher die Ansprüche der Versicherten im Rahmen der vorgesehenen Sanierung in allseitiger Einvernehmlichkeit geregelt werden sollten [...]. Darin war unter anderem festgehalten, dass die im Jahr 1951 geborenen Ex- Z. AG-Versicherten eine Zusatzrente von nunmehr monatlich CHF 1'000.00 erhalten würden [...]. Im Gegenzug wurde den unterzeichnenden Mitarbeitern eine Einmalzahlung von CHF 6'000.00 versprochen [...]. Der Berufungskläger macht nun berufungsweise eine Forderung in dieser Höhe geltend, falls das Vorliegen eines Garantieversprechens der Berufungsbeklagten verneint würde [...]. Der Berufungskläger erhebt diese Eventualforderung mit der Berufung zum ersten Mal. Er hat das betreffende Dokument vor erster Instanz zwar als Klagebeilage 15 ins Recht gelegt, seine Forderung aber nicht auf dieses Dokument gestützt. Er kann deshalb der Vorinstanz nicht vorhalten, sie habe es nicht berücksichtigt. Abgesehen davon begründet er mit keinem Wort, inwiefern die Berufungsbeklagte zur Zahlung eines Betrags von CHF 6'000.00 aufgrund eines dreiseitigen Vertrags verpflichtet sein soll, den er selber nie akzeptiert und unterzeichnet hat. Hatte die Berufungsbeklagte (und mit ihr ihre Pensionskasse) die den Versicherten gesetzte Frist zur Annahme der Vereinbarung nach ihren – mit der Berufungsreplik unwidersprochen gebliebenen – Angaben bis Ende 2012 erstreckt [...], ist ein nachträgliches Akzept jedenfalls nicht mehr möglich. [...]

(Entscheid des Appellationsgerichts vom 22.4.2016 i.S.v. K. gegen X. AG, ZB 2015.32; GS 2013.29)

3.5. Kündigungsrecht (Art. 335 ff. OR)

3.5.1. Kündigung durch E-Mail an Arbeitskollegin?

N. trat am 1.7.2014 eine Arbeitsstelle bei der P. AG als Sachbearbeiterin in der Buchhaltung im Stundenlohn an. Nachdem es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vertrages gekommen war, bat die P. AG die Arbeitnehmerin mit E-Mail vom 1.9.2014, zu Hause zu bleiben. In der Folge gelangte N. am 1.10.2014 zunächst an die Schlichtungsbehörde, wo es zu keiner Einigung kam, [...] und danach 7.1.2015 an das Arbeitsgericht Basel-Stadt, womit sie unter anderem die Verurteilung der P. AG zur Zahlung der Löhne für September und Oktober geltend machte. Das Arbeitsgericht hiess am 1.10.2015 die Klage bezüglich Lohnfortzahlung bis am 14.9.2014 gut, wozu es Folgendes ausführte:

«**3.** [...] Unbestritten ist sodann, dass die Klägerin mit E-Mail vom 1.9.2014 von der Beklagten gebeten wurde, zu Hause zu bleiben, bis die offenen Fragen abgeklärt sind. Die Beklagte hat ab diesem Zeitpunkt auf die Arbeitsleistung der Klägerin verzichtet und diese freigestellt.

Die Klägerin ist der Meinung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nach wie vor bestehe. Die Beklagte ist hingegen der Meinung, die Klägerin habe durch ihr Verhalten im September 2014 gezeigt, dass sie nicht mehr zur Beklagten zurückkehren würde. Die Beklagte stützt sich dabei auf eine E-Mail der Klägerin vom 2.9. 2014 sowie auf ein Schreiben der Beklagten vom 9.9.2014. Die besagte E-Mail vom 2.9.2014 ist an M [...], eine Arbeitskollegin der Klägerin, gerichtet. Im neunten Absatz dieser E-Mail bittet die Klägerin M [...], ihr bei einem noch zu vereinbarenden Mittagessen die Hauschuhe, die pinkfarbenen Fächer, den Schuhlöffel, den Schirm, Biskuits und zwei Tupperware mitzubringen. Weiter schreibt sie: «Schade, dass alles so enden musste. Für mich ist Herr W [...] ein Gauner und Hochstapler. Ich denke nicht, dass ich jemals wieder werde einen Fuss in W [...] Büro setzen.» Mit Schreiben vom 9.9.2014 hält W [...] gegenüber der Klägerin unter anderem folgendes fest: «Da uns zu Ohren gekommen ist, dass Sie ehrverletzende Äusserungen von sich geben, möchten wir Sie informieren, sobald dies in schriftlicher Form vorliegt, wir eine Klage gegen Sie einreichen werden. Sollten Sie an einem klärenden Gespräch interessiert sein, so bitten wir Sie um Rückmeldung in den nächsten sieben Tagen.» Die Klägerin hat sich gemäss eigenen Angaben innert Frist nicht bei der Beklagten zu einem klärenden Gespräch gemeldet. Sie begründet dies damit, dass sie nur mit einem Juristen bei der Beklagten habe erscheinen möchten und sich diesbezüglich an ihre Rechtsschutzversicherung gewendet habe. Dass sie nur im Beisein eines Juristen an einem Gespräch teilnehmen würde, hat sie der Beklagten indes nicht mitgeteilt.

Es stellt sich die Frage, ob die Beklagte aufgrund der mit E-Mail vom 2.9.2014 geäusserten Absicht der Klägerin und der Tatsache, dass sich die Klägerin nicht bei ihr zu einem klärenden Gespräch gemeldet hat, davon ausgehen durfte, dass die Klägerin die Arbeit nicht mehr aufnehmen würde. Liegt keine eindeutige Äusserung des Arbeitnehmers vor, ist darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen durfte, die Arbeitnehmerin wolle das Arbeitsverhältnis nicht mehr weiterführen (BGer 4C.339/2006 zum definitivem Verlassen der Arbeitsstelle). Die E-Mail vom 2.9.2014 war zwar nicht direkt an W [...] gerichtet. Aufgrund des Schreibens vom 9. 9.2014 war der Klägerin indes bekannt, dass W [...] davon Kenntnis erlangt hatte, dass sie ihn gegenüber seiner Angestellten M [...] als Gauner und Hochstapler bezeichnet hat. W [...] ist Verwaltungsrat der Beklagten mit Einzelunterschrift und war der Vorgesetzte der Klägerin. Jemanden als Gauner und Hochstapler zu bezeichnen, stellt eine grobe Verletzung der gegenseitigen Achtung, der Höflichkeit und des Anstandes dar. Eine weitere Zusammenarbeit ohne klärendes Gespräch nach derartigen Anschuldigungen ist grundsätzlich schwer vorstellbar, insbesondere wenn diese Anschuldigungen den Vorgesetzten betreffen. Vorliegend kommt erschwerend hinzu, dass bei der Beklagten ein kleines Team von lediglich 6 Mitarbeitern tätig ist, welches gemeinsam mit W [...] in einem Grossraumbüro arbeitet. Indem die Klägerin das Angebot zu einem klärenden Gespräch nicht wahrgenommen hat und sich bei der Beklagten diesbezüglich innert Frist nicht gemeldet hat, signalisierte sie, dass sie an einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr interessiert ist. Dies muss umso mehr gelten, als dass sie bereits am 2.9.2014 die Absicht geäussert hat, sie denke nicht, dass sie jemals

wieder einen Fuss in das Büro von W [...] setzen werde und ihre Arbeitskollegin gebeten hat, ihr die sich noch bei der Beklagten befindlichen persönlichen Gegenstände zu überbringen. Daran vermag auch das Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 9.9.2014, in welchem sie der Beklagten ihre Arbeit anbietet, nichts zu ändern. Das Schreiben der Klägerin und dasjenige der Beklagten haben sich nämlich offensichtlich gekreuzt. Es ist daher davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis mit unbenutztem Ablauf der siebentägigen Frist am 16.9.2014 beendet ist.

Zufolge Freistellung per 2.9.2014 hat die Beklagte der Klägerin, obschon diese nicht mehr gearbeitet hat, bis zum 16.9.2014 den Lohn zu entrichten. Die Klägerin verlangt für den Zeitraum der Freistellung den Lohn, welcher einem 50% Pensum entspricht, da vereinbart gewesen sei, dass sie ab dem 25.8.2014 nur noch 50% arbeiten würde. Die Beklagte wendet dagegen ein, man habe der Klägerin am 25.8.2014 mitgeteilt, dass sie ab sofort nur noch vormittags zu erscheinen hätte. Zwar hält auch die Klägerin in ihrer E-Mail vom 1.9.2014 fest, dass man besprochen habe, dass sie nur noch halbtags zur Arbeit erscheinen solle. Nach dem allgemeinen Verständnis und der Umgangssprache ist darunter aber ein 50% Pensum zu verstehen, zumal die Stelle im Inserat als 50-80% Stelle ausgeschrieben war.

[...] Vom 1. bis 16.9.2014 steht der Klägerin der Lohn zu, den sie verdient hätte, wenn sie gearbeitet hätte. Während der Freistellung hätte die Klägerin nur noch 50% gearbeitet. [...]

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 1.10.2015 i.S.v. N. gegen P. AG, GS 2015.2)

3.5.2 Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)

3.5.2.1. Zur Behauptungs- und Substantiierungslast

Zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (Art. 328 OR) bei Konflikten unter den Arbeitnehmern.

S. arbeitete seit 15.12.1997 als Billing Clerk, später als Pricing Analyst und zuletzt wieder in der Buchhaltung der X. AG. Am 23.9.2013 kündigte die X. AG das Arbeitsverhältnis und stellte S. von der Arbeit frei. Auf Begehren von S. begründete die X. AG die Kündigung mit den vielen krankheitsbedingten Absenzen, die bei den Teammitgliedern zu einer erheblichen Mehrbelastung geführt hätten. Man habe auch auf die familiären Verpflichtungen von S. ausreichend Rücksicht genommen. Der Gesundheitsschutz sei jederzeit im Rahmen der Möglichkeiten eines Arbeitgebers und unter Berücksichtigung der betrieblichen Organisation gewährleistet gewesen. Mobbingvorwürfe habe S. weder geäußert noch seien solche bekannt geworden. S. klagte hierauf zunächst bei der Schlichtungsbehörde und danach beim Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 20'648.00 als Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung, entsprechend vier Bruttomonatslöhnen. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 21.9.2016 vollumfänglich ab, wobei es was folgt ausführte:

«**2.7.** Die vorliegende Klage ist im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zu prüfen. Das Verfahren ist mündlich, es kann jedoch ein Schriftenwechsel angeordnet werden (Art. 246 Abs. 2 ZPO). In arbeitsrechtlichen Prozessen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Falls eine Partei namentlich von Prozessanfang an anwaltlich vertreten oder verbeiständet ist, «darf das Gericht in aller Regel auf die Sachkunde des Rechtsvertreters vertrauen und sich darauf verlassen, dass ihm der Prozessstoff sowohl behauptungs- als auch beweismässig vollständig vorliegt» (BGer 4C.143/2002 E. 3; s auch BGer 4A_519/2010 E. 2.2; 4C.340/2004 E. 4.2). Dies gilt insbesondere nach einem doppelten Schriftenwechsel. «Für den Entscheid des Gerichts kommt es [zudem] nicht darauf an, von welcher Partei eine Tatsache in den Prozess eingeführt worden ist. Die Regeln über die Behauptungslast kommen nur zur Anwendung, wenn eine Tatsache von keiner Partei angeführt worden ist (so schon GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 166 f.; C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, Kapitel 2 II D, S. 37 f. mit weiteren Hinweisen). Das gilt auch für rechtshindernde, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen. Sie können zu Gunsten des Beklagten auch dann berücksichtigt werden, wenn nur der Kläger sie vorgebracht hat, vorausgesetzt dass der Beklagte die entsprechende Tatsache nicht ausdrücklich bestreitet [...]» (BGer 4C.36/2006 E. 3.1.).

2.7.1. Die Klägerin zieht den Kündigungsgrund, den die Beklagte angibt, in Zweifel, sagt jedoch nicht, was ihres Erachtens stattdessen den Ausschlag zur Kündigung gegeben hat. Sie hält eine Kündigung vor dem Hintergrund einer Fürsorgepflichtverletzung, wie sie sie der Beklagten vorwirft, jedoch nicht nachweist, als missbräuchlich. Zudem stellt sie den Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Fürsorgepflichtverletzung und der Kündigung nicht her. Es fehlt damit namentlich an der massgeblichen Behauptung und Substantiierung des Kausalzusammenhanges zwischen einer angeblichen Pflichtverletzung und der erfolgten Kündigung. Die erforderliche Substantiierung steht für eine detaillierte Art und Weise der Behauptung, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO-Komm, 3. Auflage, 2016, Art. 55 Rz. 23, S. 469). Die Parteien haben in ihren Rechtsschriften den Ablauf ihres Arbeitsverhältnisses geschildert. Von wem eine dabei entscheidende Sachverhaltsbehauptung stammt, spielt keine Rolle, solange diejenige Partei, der die Behauptung zur Begründung oder Abwehr eines Anspruches dienen würde, diese nicht in Abrede stellt. Da beide Parteien anwaltlich vertreten sind, darf davon ausgegangen werden, dass diese Sachverhaltsschilderung behauptungs- und beweismässig vollständig ist. Es ist daher nicht Sache des Gerichts, den Sachverhalt und die Beweise von sich aus zu ergänzen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der beschränkten Untersuchungsmaxime, wie das Bundesgericht im erwähnten Entscheid beschied (BGer 4C.143/2002 E. 3.). Aufgabe des Gerichts ist es hingegen, einen ihm unterbreiteten Sachverhalt zu werten und Gesetzesvorschriften darauf anzuwenden, aus denen sich die geltend gemachten Ansprüche ergeben.

2.8. Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft ausspricht, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR).

2.8.1. Vorliegend war die Klägerin vom 27.3.2013 an arbeitsunfähig, wobei sie ab 1.7.2013 ihre Arbeit zu 70% wieder aufnehmen konnte, aber zum Zeitpunkt der Kündigung am 24.9.2013 weiterhin noch nicht voll arbeitsfähig war. Die Klägerin befand sich im Jahre 2013 im 15. Dienstjahr. Dieser Sachverhalt führt zur Frage, ob eine Kündigung vor diesem Hintergrund als missbräuchlich anzusehen ist.

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR gilt ab dem 6. Dienstjahr, wenn die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden mindestens teilweise arbeitsunfähig ist, eine Sperrfrist von 180 Tagen, während der die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf. Eine Kündigung, die in einer Sperrfrist erfolgt, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten war die 180tägige Sperrfrist bereits abgelaufen, sodass diese gültig erfolgte. Eine Krankheit der Arbeitnehmerin zählt zwar zu den Eigenschaften, die ihr kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Eine Kündigung ist trotz Bezug auf eine solche Eigenschaft jedoch gerechtfertigt, wenn dadurch die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt wird. Nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ist auch eine Kündigung, die aufgrund einer Krankheit erfolgte, welche zur Arbeitsunfähigkeit führte, nicht missbräuchlich (BGer 4C.174/2004 E. 2.2.2).

2.8.2. Nach Art. 328 OR hat die Arbeitgeberin die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin zu achten und zu schützen (Fürsorgepflicht). Damit eine Kündigung aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin missbräuchlich sein kann, muss die Verletzung kausal für die Kündigung gewesen sein. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin nicht zu verletzen und vor Verletzungen zu schützen. Falls eine Arbeitnehmerin aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht krank wird oder verunfallt und die Arbeitgeberin die dadurch eingetretene Arbeitsunfähigkeit zum Anlass nimmt, die Kündigung auszusprechen, so besteht ein kausaler Zusammenhang zwischen der Fürsorgepflichtverletzung und der Kündigung.

Aus der Fürsorgepflicht «hat das Bundesgericht abgeleitet, dass eine Kündigung rechtmässig ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist.» (BGer 4A_384/2014 E. 4.2.1; BGE 132 III 115 E. 2.2). Die Rechtsprechung gilt generell bei Konflikten unter Arbeitnehmern (BGer 4A_309/2010 E. 2.5).

«Als geeignete Massnahmen in diesem Sinne wurden etwa die Durchführung von Einzel- und Gruppengesprächen mit den Konfliktbeteiligten, das Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen, der Beizug einer Vertrauensstelle oder einer externen

Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching sowie das Unterbreiten von Vorschlägen zur endgültigen Beilegung des Streits qualifiziert (BGer 1C_245/2008 E. 4.3). Ebenso sind Befragungen, Aussprachen, Teamsitzungen, der Beizug von Coaches und Mediatoren, die Umorganisation der Arbeitsabläufe, das Vorsehen von Zielvorgaben, Verwarnungen und interne Versetzungen vorstellbar» (BGer 4A_384/2014 E. 4.2.2).

2.8.3. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass sie im Jahre 2011 von den anderen Mitarbeitern bloss gestellt und herabwürdigend behandelt worden sei, woraus sich schon damals eine Depression entwickelt habe, was sich eindrücklich aus einem Fragebogen, den sie auf Aufforderung der sie behandelnden Ärztin Dr. med. C [...] im Mai 2013 ausgefüllt habe, ergebe. Zudem habe sie deswegen mehrfach das Gespräch mit dem Personalverantwortlichen B [...] gesucht, um ihm mitzuteilen, dass sie schikaniert werde, was sich aus der Checkliste Rückkehrergespräch vom 15.5.2012 sowie einer E-Mail an den Personalverantwortlichen vom 2.7.2013 ergebe. Die Beklagte räumt ein, dass es zwischen der Klägerin und ihren Arbeitskollegen zu Konflikten kam. Die Klägerin und das Team hätten auch nach deren Rückkehr von der Tochterfirma der Beklagten, Ende August 2011 nicht harmoniert. Die Chemie zwischen der Klägerin und dem Team habe nicht gestimmt. Es seien Konflikte im Team vorgelegen.

Gleichzeitig weist die Beklagte darauf hin, dass die Klägerin in der Checkliste angegeben habe, sie führe ihre Krankheit nicht auf die Situation am Arbeitsplatz zurück. Zudem habe B [...] mit der Klägerin verschiedene Gespräche geführt, wie sich aus der E-Mail ergebe, auf die sich die Klägerin berufe.

2.8.4. Bei Konflikten am Arbeitsplatz ist die Fürsorgepflicht verletzt, wenn die Arbeitgeberin anstatt zumutbare Massnahmen zu ergreifen, die Kündigung ausspricht. Art und Ausmass der zumutbaren Massnahmen, die die Arbeitgeberin zu ergreifen hat, hängt von der Dauer und der Intensität eines Konflikts unter den Arbeitnehmern und den Auswirkungen auf die Beteiligten ab. Die Klägerin beruft sich auf den Fragebogen, den sie auf Aufforderung ihrer Ärztin ausgefüllt habe. Ihre Ärztin habe aus ihren Antworten geschlossen, dass eine Mobbing-situation vorliegen müsse. Unter Mobbing werden Verhaltensweisen verstanden, die meist von einer Gruppe ausgehen, über längere Zeit andauern oder sich wiederholen (BGer 4A_245/2009 E. 4.2) und darauf ausgerichtet sind, eine andere Person an ihrem Arbeitsplatz systematisch zu isolieren, auszugrenzen und von dort gar zu verdrängen (z.B. ständige Kritik an der Arbeit, Kontaktverweigerung, üble Nachrede; BGer 4A_32/2010 E. 3.2). Damit die Arbeitgeberin gegen Mobbing vorgehen kann, muss sie davon Kenntnis haben bzw. bei zumutbarer Aufmerksamkeit haben können. Die Arbeitnehmerin trifft eine nach den konkreten Umständen zu bemessende Informationsobliegenheit. Wer Mobbing behauptet, ist dafür beweispflichtig. Zu bedenken ist stets die Möglichkeit, dass eine Person sich Mobbing bloss einbildet oder missbräuchlich darauf beruft, um sich vor gerechtfertigten Weisungen oder Ermahnungen zu schützen (BGer 4A_32/2010 E. 3.2; 8C_826/2009 E. 4.2). Noch nicht auf Mobbing kann aus einem Arbeitskonflikt, schlechter Arbeitsatmosphäre, eindringlichen, wiederholten und selbst unter Kündigungsandrohung erfolgten Ermahnungen zur Arbeitspflicht oder wenn ein

Vorgesetzter seine Pflichten gegenüber den Mitarbeitern nicht immer und vollständig erfüllt, geschlossen werden (BGer 4A_32/2010 E. 3.2).

2.8.5. Aufgrund des Fragebogens, den die Klägerin gemäss handschriftlicher Datierung am 22.5.2013 ausfüllte, kann nicht rechtsgenügend angenommen werden, dass die Klägerin unter Mobbing litt. Es handelt sich dabei nicht um einen Nachweis, sondern lediglich um eine schriftliche Parteibehauptung der Klägerin. Selbst Dr. C [...] stellt in ihrem Arztzeugnis vom 12.5.2014 für das Mobbing wesentlich auf die Angaben der Klägerin ihr gegenüber ab. Zudem führt sie die depressive Störung der Klägerin auch auf eine schwierige Familiensituation zurück, die darin bestehe, dass die Klägerin allein erziehende Mutter sei, ein 100% Arbeitspensum erfülle und ihre Tochter tagsüber im Tagesheim betreuen lassen müsse. Hinzu kommt, dass die Klägerin weder behauptet noch nachweist, dass sie die Beklagte darüber unterrichtete, sodass diese die Situation sowie entsprechende Massnahmen hätte prüfen und einleiten können. Allerdings geht auch die Beklagte von Konflikten zwischen der Klägerin und anderen Angestellten aus, ohne dass jedoch eine Mobbing-situation gegeben war.

2.8.6. Vorweg ist festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin seit Beginn ihrer Anstellung in verschiedenen Abteilungen bzw. in ihrer Tochterfirma beschäftigt hat. Anlass zu diesen diversen Veränderungen des Arbeitsverhältnisses waren betriebliche oder personenbezogene Gründe. Es ergibt sich daraus, dass die Beklagte am Arbeitsverhältnis mit der Klägerin über viele Jahre trotz erforderlicher Veränderungen stets festgehalten und diese fortgeführt hat. Sie hätte das Arbeitsverhältnis stattdessen schon damals kündigen können. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte angesichts der Konflikte, die sie während des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und anderen Mitarbeitern feststellte, untätig geblieben wäre. Vielmehr führte sie mit der Klägerin Gespräche und ergriff auch Massnahmen, um die Konfliktsituationen zu entschärfen und zu lösen. Insbesondere versetzte sie die Klägerin per 1.8.2013 in die Abteilung Lohnbuchhaltung, in der sich die Klägerin mit angemessenem Respekt behandelt fühlte. Offensichtlich waren nach dieser Versetzung keine Konflikte mehr vorhanden, in die die Klägerin involviert war. Dieser Sachverhalt wird von der Klägerin nicht bestritten und damit anerkannt. Sie gibt an, damals habe sie sich gesundheitlich fast vollständig erholt gehabt. Es kann daher nicht behauptet werden, die später erfolgte Kündigung durch die Beklagte sei auf eine Fürsorgepflichtverletzung durch diese zurückzuführen. Zudem wurde bereits darauf hingewiesen, dass der pauschale Hinweis auf eine irgendwie geartete Fürsorgepflichtverletzung nicht genügt, um den Anspruch auf Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung zu begründen. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 21.9.2016 i.S.v. S. gegen X. AG, GS 2014.35)

3.5.2.2. Zur Frage der Schriftform der Einsprache nach Art. 336b Abs. 1 OR

Genügt eine E-Mail dem Schriftformerfordernis?

K. wurde von der C. per 1.3.2015 als technischer Angestellter eingestellt. Noch während der vereinbarten dreimonatigen Probezeit kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis am 21.5.2015 auf den 31.5.2015. C. begründete die Kündigung damit, dass nach mehreren Besprechungen betreffend Verhalten, Arbeitsleistung sowie interner und externer Kommunikation keine Verbesserung beobachtet werden konnte.

Nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, das nicht zur Einigung der Parteien führte, klagte K. am 11.1.2016 vor Arbeitsgericht auf Verurteilung der C. zur Zahlung von CHF 20'400.00, entsprechend vier Bruttomonatslöhnen, nebst Zins zu 5% seit dem 1.6.2015, infolge Missbräuchlichkeit der Kündigung.

Das Arbeitsgericht wies die Klage am 9.5.2016 vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwog:

«1. Nach Art. 336b Abs. 1 OR hat, wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache zu erheben. Trifft die Einsprache nicht bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der Partei, die gekündigt hat, ein, ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 336b OR N 3, S. 1062, m.w.H.).

Das Erfordernis der Einsprache längstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gilt auch bei Kündigungen während der Probezeit, soweit dies möglich und zumutbar ist, wobei das Bundesgericht die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Einspracheerhebung innert einer dreitägigen Kündigungsfrist noch als gewährleistet erachtete (BGE 136 III 96 E. 2 und 3).

2. Der Kläger macht geltend, er habe mittels E-Mail vom 29.5.2015 Einsprache bei der Beklagten erhoben. Vorgelegt wurde besagte E-Mail dem Gericht erst auf entsprechende Aufforderung hin. Die Beklagte bestreitet einerseits den Zugang einer solchen E-Mail vom 29.5.2015, andererseits genüge eine einfache E-Mail dem Schriftformerfordernis nicht.

Wo das Gesetz nichts anderes vorsieht, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Beweislast für den Zugang der Einsprache liegt damit beim Gekündigten, vorliegend beim Kläger. Der Kläger hat den Nachweis, dass die fragliche E-Mail vom 29.5.2015 bei der Beklagten eingegangen ist, etwa durch das Beibringen einer entsprechenden Übermittlungsbestätigung, nicht erbracht. Bereits dies musste zur Abweisung der Klage führen.

3. Doch selbst wenn der Kläger die Zustellung der E-Mail erfolgreich hätte nachweisen können, wäre die Klage abzuweisen, da die fragliche E-Mail nicht den gesetzlichen Erfordernissen genügt.

3.1. Die Einsprache hat gemäss Art. 336b Abs. 1 OR schriftlich zu erfolgen. Bei Art. 336b OR handelt es sich um eine absolut zwingende Bestimmung. Zudem bezeichnet Art. 11 Abs. 2 OR die gesetzlich vorgeschriebene Form allgemein als Gültigkeitserfordernis. Der Gekündigte hat die Einsprache somit in Schriftform zu verfassen und zu unterzeichnen (PHILIPPE NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss., 1998, S. 308; Art. 13 OR). Art. 14 Abs. 1 OR verlangt eine eigenhändige Unterschrift. Gemäss Art. 14 Abs. 2bis OR ist der eigenhändigen Unterschrift die qualifizierte elektronische Signatur gleichgestellt, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes vom 19.12.2003 über die elektronische Signatur beruht. Eine E-Mail kann damit dem Schriftformerfordernis nur genügen, wenn es entweder eine eigenhändige Unterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur enthält (AGer ZH, Entscheide 2012, Nr. 15; AGer ZH, Entscheide 2010, Nr. 16; CHK-FRANK EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 336b OR N 1, S. 203; ZK-ADRIAN STAEHELIN, 3. Aufl. 2014, Art. 336b OR N 3, S.196; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 336b OR N 1c, S. 446).

3.2. Der Kläger behauptet zu Recht nicht, er habe eine Einsprache im vorhin genannten Sinn erhoben. Er beruft sich indes auf den Basler Kommentar, der eine Einsprache mittels E-Mail als ausreichend betrachtet, sofern der betroffene Urheber der Mitteilung identifizierbar ist (BSK-PORTMANN/RUDOLPH, OR I, 6. Aufl. 2015, Art. 336b N 1a, S. 2109). Begründet wird dies unter anderem damit, dass die Erfordernisse der Schriftlichkeit i.S.v. Art. 12 ff. OR auf Verträge zugeschnitten seien und es hier lediglich um eine Mitteilung gehe. Dem ist zu entgegen, dass auch eine per E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur ausgesprochene Kündigung dem Schriftformerfordernis des Art. 13 OR nicht genügt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 N 8, S. 903.), soweit die Kündigung nach Vertrag schriftlich zu erfolgen hat und es sich bei der vereinbarten Schriftform um eine Gültigkeitsform und nicht um eine blosse Beweisform handelt (Art. 16 OR).

Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die Einsprache nicht nur den Erhalt einer Entschädigung bezweckt, sondern in erster Linie eine Einigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen soll (BGer 4A_571/2008 E. 4.1.2; BGE 134 III 67 E. 5 = Pra 2008 Nr. 91). Dem Hinweis, wonach eine formalistische Betrachtungsweise mit Blick auf die alltägliche Kommunikation nicht angemessen sei, ist entgegen zu halten, dass der Gesetzgeber der Wichtigkeit dieser Kommunikationsform mit der Einfügung von Art. 14 Abs. 2bis OR per 1.12005 Rechnung getragen hat, aber eben eine zertifizierte elektronische Signatur voraussetzt.

Die Einsprache mittels gewöhnlicher E-Mail vermag daher im Einklang mit der überwiegenden Lehre dem Schriftformerfordernis nach Art. 336b Abs. 1 OR nicht zu

genügen, weshalb der Anspruch auf Entschädigung vorliegend verwirkt und die Klage abzuweisen ist.»

(Urteil des Arbeitsgerichts vom 9.5.2016 in Sachen K. gegen C., GS.2016.1)

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

3.5.3.1. Art. 337 OR. Bei beanstandetem, aber lange geduldetem Verhalten des Arbeitnehmers

3.5.3.2. Art. 337 OR. Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Verwarnung.

Art. 169 ZPO. Zur Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen nach vorgängig unterzeichneter schriftlicher Aufzeichnungen und Kontakten mit einer Partei.

H. war seit 5.11.1999 bei W. AG als Chauffeur angestellt. Am 28.6.2011 mahnte diese den Arbeitnehmer wegen seines Verhaltens anderen Angestellten gegenüber und seinen Unmutsäusserungen über die Disposition und Fahrzeugzuteilung ab und äusserte ihr Bedauern darüber, sollte es deswegen zur Vertragsauflösung kommen. Am 24.10.2012 kündigte sie das Arbeitsverhältnis fristlos, weil H. um 9.00 Uhr den Arbeitsort ohne Angabe von Gründen in ungerechtfertigter Weise verlassen habe. H. klagte hierauf zunächst bei der Schlichtungsbehörde, wo es zu keiner Einigung kam, und danach beim Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der W. AG zur Zahlung von CHF 16'290.00 brutto Schadenersatz und CHF 10'860.00 als Entschädigung infolge ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 24.8.2015 bezüglich der Schadenersatzforderung gut, während sie diese bezüglich der Entschädigungsforderung abwies. Auf die von der W. AG dagegen erhobene Berufung trat das Appellationsgericht Basel-Stadt am 16.1.2017 nicht ein und wies daraufhin, dass die Berufung ohnehin abzuweisen wäre (ZB.2016.14). Das Arbeitsgericht begründete seinen Entscheid wie folgt:

«[...] **2.** Der Kläger macht in seiner Klage im Wesentlichen ausstehenden Lohn bzw. Schadenersatz vor und nach der fristlosen Kündigung vom 24.10.2012 geltend, weil diese ungerechtfertigterweise ausgesprochen worden sei. Die Beklagte beruft sich auf eine gerechtfertigte fristlose Entlassung und beantragt die Abweisung der Klageanträge.

2.1. Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der ständigen Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen der gekündigten Partei gerechtfertigt. Diese müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis

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

[...]

2.3. Nach der ständigen Rechtsprechung genügen unentschuldigte Absenzen des Arbeitnehmers bei der Arbeit zur Begründung einer fristlosen Kündigung im Allgemeinen erst dann, wenn der Arbeitnehmer trotz rechtsgenügend erfolgter Verwarnung erneut unentschuldigt der Arbeit fernbleibt (AGE vom 30.06.2006 i.S. v. Dres. Z. vs Y., Verf. Nr. 946/2006 mit Hinweisen, in Rechtsprechungsbericht des GSGer 2005-2007, S. 86 E. 2.1). Im Kündigungsschreiben vom 24.10.2012 nimmt die Beklagte auf eine gleichentags um 10.00 Uhr mündlich ausgesprochene fristlose Vertragsauflösung Bezug. Der Kläger habe um 09.00 Uhr den Arbeitsort ohne Angabe von Gründen in ungerechtfertigter Weise verlassen. Sie weise ihn auf die schriftliche Abmahnung vom 28.6.2011 hin. Es ergibt sich daraus und den Ausführungen der Beklagten in ihren Rechtsschriften, dass der fristlosen Kündigung keine rechtsgenügende Verwarnung vorausgegangen war. Die Abmahnung vom 28.6.2011 kommt als Grundlage für eine fristlose Kündigung aufgrund des Verlassens des Arbeitsplatzes, das der Kläger am 24.10.2012 begangen habe, nicht in Frage. Die Abmahnung erfüllt nicht die von der Rechtsprechung an Verwarnungen gestellten Voraussetzungen und liegt zeitlich zu lange zurück, um noch eine Rechtswirkung entfalten zu können.

2.4. Eine Verwarnung muss einerseits den Vorwurf der Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer (Rügefunktion) und andererseits die Androhung einer Sanktion (Warnfunktion) enthalten, sollte sich dieser inskünftig entgegen der Verwarnung verhalten (BGE 127 III 153 E. 1b). Aus einer Verwarnung muss dabei klar zu entnehmen sein, welche Verhaltensweisen die Arbeitgeberin nicht toleriert und wie sich der Arbeitnehmer in Zukunft zu verhalten hat (BGer 4C.370/2004 E. 2.2.3). Damit eine Verwarnung als Grundlage für eine fristlose Kündigung dienen kann, muss das Verhalten des Arbeitnehmers, das Anlass zur fristlosen Kündigung sein soll, ihr thematisch zugeordnet werden können (BGer 4C.364/2005 E. 3.1; BGE 127 III 153 E. 1c). Aufgrund des

Klarheitsgebots hat die Arbeitgeberin zudem die fristlose Kündigung als Sanktion im Falle einer Widerhandlung gegen die Verwarnung ausdrücklich anzudrohen (BGer 4C.247/2006 E. 2.4; AGer BS, JAR 2011, 435 E. 1g = BJM 2014, S. 71). Eine Verwarnung verliert nach ständiger Rechtsprechung nach Ablauf von sechs Monaten ihre Wirksamkeit und müsste im Falle einer erst danach eintretenden, erneuten Pflichtverletzung erneuert werden (AGer BS, JAR 2011, 435 E. 1g = BJM 2014, S. 71).

2.5. Die schriftliche Abmahnung vom 28.6.2011 der beklagten Partei bezeichnet das Verhalten und die Äusserungen gegenüber anderen Mitarbeitern, die dem Kläger damals zum Vorwurf gemacht wurden, lediglich in pauschaler Weise. Er soll damals seinen Unmut über Disposition und Fahrzeugzuteilung geäussert haben. Das dem Kläger für den 24.10.2012 vorgeworfene Verlassen des Arbeitsplatzes und vorübergehende Fernbleiben von der Arbeit lässt sich nicht darunter subsumieren, sondern ist von anderer Art. Zudem hat die Beklagte in ihrer Abmahnung vom 28.6.2011 dem Kläger bloss in Aussicht gestellt, dass es bei einer Widerhandlung gegen die Abmahnung zu einer Vertragsauflösung kommen würde. Es ergibt sich daraus nicht die Androhung einer fristlosen Entlassung für diesen Fall. Hinzu kommt, dass die Abmahnung im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 24.10.2012 fast 16 Monate zurücklag, sodass sie in diesem Zeitpunkt über keine Rechtswirksamkeit mehr verfügte, um im Verbund mit dem Verhalten des Klägers an diesem Tag eine fristlose Kündigung rechtfertigen zu können. Ausserdem hätte die Beklagte wie sich aus der nachfolgenden Würdigung der Zeugenaussagen ergibt, schon längst Anlass und Gelegenheit dazu gehabt, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger im Rahmen einer ordentlichen Kündigung zu beenden, nachdem sie seit längerer Zeit festgestellt hatte, dass das Verhalten des Klägers nicht ihren Vorstellungen und Anforderungen an einen Chauffeur entsprach. Damit wäre eine fristlose Kündigung, selbst wenn uneingeschränkt vom Sachverhalt, wie ihn die beklagte Partei vortragen lässt, ausgegangen würde, nicht gerechtfertigt.

2.6. Über den Sachverhalt, den die Beklagte dem Kläger zum Vorwurf macht, sind sich die Parteien nicht einig. Da die beklagte Partei daraus die Rechtfertigung zur fristlosen Kündigung ableitet, ist sie dafür beweispflichtig, dass der Sachverhalt sich auf diese Weise zugetragen hatte. Die beklagte Partei hat diverse Personen als Zeugen zum Beweis angerufen. Das Gericht hat in zwei Hauptverhandlungen sowohl beide Parteien als auch zehn Zeugen einvernommen, um sich ein möglichst umfassendes Bild von der Sachlage machen zu können. Dabei ist zunächst auf die Zeugenqualität der einvernommenen Personen einzugehen.

2.6.1. Nach Art. 169 ZPO kann, wer nicht Partei ist, über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er oder sie unmittelbar wahrgenommen hat. Kein Zeugenbeweis liegt daher vor, wenn ein Zeuge über Wahrnehmungen von weiteren Drittpersonen berichtet, wenn auch solchen Aussagen im Rahmen der Beweismwürdigung Rechnung getragen werden kann (WEIBEL/NAEGELI, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasenböhler, ZPO-Kommentar, 2. Auflage 2013, Art. 169 N 7, S. 1160). Kontakte der Parteien oder ihrer Rechtsvertreter zu Zeugen vor deren Einvernahme können heikel sein. Zeugen dürfen jedenfalls nicht beeinflusst werden. Kontakte von Rechtsvertretern zu ihrer eigenen

Instruktion sind erlaubt. Unzulässig sind hingegen Kontaktnahmen zur Auffrischung des Gedächtnisses des Zeugen (WEIBEL/NAEGELI, Art. 169 N 12, S. 1161 f.).

2.6.1.1. Die Beklagte legte sechs Schreiben ins Recht, die sie alle im März 2013 verfasste, nachdem die Parteien sich in der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde am 12.2.2013 nicht hatten einigen können. Die Schreiben sind von sechs der im vorliegenden Prozess einvernommenen Zeugen unterzeichnet. Nach Angaben der Beklagten seien diese Zeugen an sie gelangt und hätten vom Verhalten des Klägers gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden berichtet. Sie habe deren Aussagen schriftlich festgehalten und ihnen zur Unterschrift vorgelegt. Sämtliche Schreiben enthalten gemäss Betreffzeile Aussagen zuhanden des Zivilgerichts Basel-Stadt für die vorliegende Prozesssache. Es handelt sich um die als Zeugen einvernommenen M., J., K., Sch., L. und W.

Zu den Einvernahmen vor Gericht erschienen die Zeugen J., L., und W. mit Kopien dieser Schreiben, um sie zur Beantwortung der Fragen des Gerichts konsultieren zu können. Sie wurden vom Gericht dazu aufgefordert, die Fragen aus ihrer Erinnerung zu beantworten. Gleichwohl konsultierten sie, insbesondere der Zeuge J., die Schreiben während der Einvernahmen. Auch bestätigten die Zeugen K., Sch. und L., dass sie mit dem Inhaber der Beklagten, vor der Hauptverhandlung wegen der bevorstehenden Einvernahmen in Kontakt standen. K. gab dabei unumwunden zu, dass dabei das, was schon drei Jahre zuvor zwischen ihnen besprochen worden sei, nochmals aufgefrischt worden sei. Auch L., der nach eigenen Angaben mit dem Inhaber der Beklagten befreundet ist, erklärte, er habe mit ihm im Vorfeld zum Prozess über die Zeugenaussagen diskutiert. Sonst hätte er nicht mehr gewusst, was er zur Antwort geben solle. Mit Notizen, die er vom Inhaber der Beklagten erhalten habe und die er während der Einvernahme konsultierte, erschien ferner auch der Zeuge D..

2.6.1.2. Die Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit von Zeugen ist daran zu messen, ob und inwieweit sie sich an Geschehenes, über das sie Auskunft zu geben in der Lage sein sollen, ohne äussere Einflüsse erinnern und darüber noch Aussagen machen können. Im Allgemeinen schwächt sich das Erinnerungsvermögen mit fortlaufender Zeit ab, sodass die Erinnerung an Vorfälle und Begebenheiten ungenauer wird. Insbesondere besteht die Gefahr, dass Sachverhalte sich in der Erinnerung von Zeugen verändern, wandeln und verzerren. Verantwortlich sind dafür häufig äussere Einflüsse. Dazu gehören namentlich Gespräche mit anderen Personen, die bei Vorfällen und Begebenheiten selber dabei waren oder ein Interesse daran haben, dass Geschehnisse auf die eine oder andere Weise wiedergegeben und interpretiert werden.

Der Umstand, dass ein Zeuge sich von Begebenheiten, die er erlebte, schriftliche Aufzeichnungen macht, spricht nicht gegen seine Glaubwürdigkeit. Entscheidend kann hingegen sein, wann, auf wessen Initiative und durch wen solche Aufzeichnungen erfolgen. Vorliegend erfolgten die Aufzeichnungen weder unmittelbar noch in zeitlicher Nähe zu den Erlebnissen der Zeugen, noch überhaupt vor der fristlosen Kündigung. Die Geschehnisse wurden erst einige Monate später niedergeschrieben, nachdem die Schlichtungsverhandlung vor der Schlichtungsbehörde stattgefunden hatte. Auch haben nicht die Zeugen selber, sondern die Beklagte die Briefe verfasst, in

denen die Erinnerungen der Zeugen zusammengefasst worden seien. Dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt diese Erinnerungen der Zeugen niederschrieb, kann nicht überraschen. In den Schlichtungsverhandlungen werden die Parteien eingehend zum Sachverhalt befragt, umfassend über die Rechtslage aufgeklärt und ihnen die Stärken und Schwächen der jeweiligen Rechtsposition der Parteien aufgezeigt. Dies war auch vorliegend der Fall. Offensichtlich wollte die Beklagte die ihr erforderlich erscheinenden Beweismittel und Beweisergebnisse sichern, um im späteren Gerichtsverfahren aus ihrer Sicht intakte Aussichten für ein ihr günstiges Prozessergebnis zu haben. Sie hätte sich bewusst sein müssen, dass ihre Vorgehensweise geeignet war, die Zeugen zu beeinflussen und die Qualität der Zeugenaussagen zu beeinträchtigen. Aufzeichnungen, die die Zeugen in ihren eigenen Worten abfassen, sind regelmässig authentischer als solche, die von Drittpersonen verfasst werden, selbst wenn die Zeugen sie danach unterzeichnen. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die Aussagen im Interesse einer Partei abgeschwächt oder verstärkt werden. Eine Partei, die Kontakt zu mehreren Zeugen desselben Vorfalles hat, kennt verschieden klare, detaillierte und präzise Wahrnehmungen der Zeugen. Es besteht naturgemäss die Gefahr, dass sie die Aussagen eines Zeugen, der sich weniger gut erinnert, aufgrund der Angaben anderer Zeugen ergänzt oder verdeutlicht, ohne dass ihr dies in jedem Fall bewusst sein oder werden muss. Zudem schafft sie dadurch die Gefahr, dass der Zeuge sich vor Gericht nicht mehr an das erinnert, was er erlebte, sondern dass er sich zur Wiedergabe von Erlebtem auf diese fremden Aufzeichnungen abstützt. Ausserdem kann der Zeuge versucht sein, mit der Partei, die ihre Aussagen aufzeichnete, vor der Einvernahme vor Gericht, Kontakt aufzunehmen, um zu erfahren, was sie dort zu erwarten hat. Dabei kann es leicht zu Besprechungen darüber kommen, die einer Auffrischung des Gedächtnisses des Zeugen dienen. Dies bestätigen denn auch die Aussagen der Zeugen K. und L..

2.6.1.3. Aus alledem ergibt sich, dass die Zeugenqualität der als Zeugen einvernommenen M., J., D., K., Sch., L. und W. in unterschiedlichem Masse beeinträchtigt ist. [...] Bei J. fällt zusätzlich ins Gewicht, dass er mittlerweile seit über 30 Jahren bei der Beklagten angestellt ist. Es wird davon ausgegangen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern nach langer Dauer des Arbeitsverhältnisses besonders stark ist, was sich entsprechend auch auf die Treuepflicht der Arbeitnehmer auswirkt. Dies kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer eher zugunsten der Arbeitgeberin aussagt. Hinzu kommt, dass J. selber der Beklagten vorgeschlagen hatte, den Kläger fristlos zu entlassen. Der Zeuge J. war damit an der Entscheidung, die zur fristlosen Kündigung führte, nicht unmassgeblich beteiligt bzw. hatte darauf Einfluss genommen.

[...]

2.6.2.2.1. Ferner wirft die Beklagte dem Kläger dessen Verhalten und Äusserungen gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden vor. Er habe über die Arbeit mit Kraftausdrücken geschimpft und die betreffenden Personen beleidigt.

Ein Arbeitnehmer hat aufgrund der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) alles zu unterlassen, was die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin beeinträchtigen kann

und von ihr wirtschaftlichen Schaden fernzuhalten. Dazu gehört unter anderem, dass der Arbeitnehmer sich im Arbeitsverhältnis anständig und respektvoll verhält und die Persönlichkeit anderer Personen nicht verletzt. Unanständiges und persönlichkeitsverletzendes Verhalten des Arbeitnehmers können eine fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin rechtfertigen, wobei es auf die Umstände ankommt. Zu diesen Umständen zählen insbesondere das Arbeitsumfeld und dessen Gepflogenheiten. Massgebend ist zudem, bei welchen Begebenheiten und gegenüber welchen Personen sich der Arbeitnehmer derart verhält und welche Ereignisse dem Verhalten des Arbeitnehmers vorausgegangen sind. Generell werden Verunglimpfungen und Beleidigungen, die vor oder gegenüber Kunden stattfinden, als schwerwiegender gewertet, weshalb sie eher zu einer fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung berechtigen.

[...]

2.6.2.2.3. Aufgrund dieser Zeugenaussagen ist trotz der Vorbehalte, die bezüglich der Qualität diverser Zeugen bestehen, davon auszugehen, dass der Kläger im Arbeitsverhältnis durch schimpfendes und beleidigendes Verhalten aufgefallen war und dabei seine Treuepflicht schwer verletzt hatte. Schwere Verletzungen der Treuepflicht berechtigen grundsätzlich zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Verwarnung. Als ultima ratio untersteht eine fristlose Kündigung allerdings dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie ist nicht gerechtfertigt, wenn mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beseitigen (BGer 8C_146/2014 E. 5.4). Zudem muss sie sofort ausgesprochen werden, wenn die Arbeitgeberin ausreichende Kenntnis des Verhaltens des Arbeitnehmers hat. Wer nicht rechtzeitig reagiert oder längere Zeit vertragswidrige Zustände hinnimmt, ohne die Kündigung auszusprechen, obwohl er dazu berechtigt wäre, kann sich nicht darauf berufen, dass ihm mildere Massnahmen als eine fristlose Kündigung nicht zumutbar sind. Durch untätiges Zuwarten beweist eine Arbeitgeberin vielmehr das Gegenteil, sodass ihr zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis anstatt fristlos unter Einhaltung der anwendbaren Kündigungsfrist und damit ordentlich zu kündigen.

[...]

2.6.2.2.5. Der Beklagten ist vorzuhalten, dass sie über lange Zeit das Verhalten des Klägers nicht angemessen sanktioniert hatte, obwohl sie dazu ausreichend Anlass und Gelegenheit hatte. Anstatt dass die Beklagte nach diversen bezeugten Gesprächen und blossen Ermahnungen des Klägers, auf diese sie keine Verbesserung seines Verhaltens feststellen konnte, das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise gekündigt hätte, begnügte sie sich damit, den Kläger immer wieder auf sein Verhalten anzusprechen und zu ermahnen. Erst am 24.10.2012 entschloss sie sich dazu, das Arbeitsverhältnis zu kündigen und sprach dabei auf Vorschlag des Disponenten J. die fristlose Kündigung aus. Dabei verhielt sich der Kläger am besagten Tag nicht besonders ausfällig, sondern im Vergleich mit früheren Vorfällen eher zurückhaltender. Beleidigend soll sich der Kläger gegenüber dem Inhaber am 24.10.2012 nach den Feststellungen des Zeugen J. erst nach der fristlosen Entlassung geäussert haben. Daher kann darauf für die Frage der Rechtfertigung der fristlosen Kündigung nicht abgestellt werden. Unter diesen

Umständen war die fristlose Kündigung nicht das mildeste Mittel, das der Beklagten zur Wiederherstellung der Ordnung im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zur Verfügung stand. Es hätte vielmehr dazu genügt, wenn die Beklagte am 24.10.2012 die ordentliche Kündigung auf Ende Januar 2013 verbunden mit der klaren und unmissverständlichen Verwarnung an den Kläger ausgesprochen hätte, dass sie das Arbeitsverhältnis, sollte sich der Kläger auch während der dreimonatigen Kündigungsfrist ihren berechtigten Anordnungen zur Arbeitsleistung und zum Verhalten ihr, den anderen Mitarbeitern und Kunden gegenüber widersetzen, mit sofortiger Wirkung auflösen werde. Die fristlose Kündigung war daher ungerechtfertigt.

3.3. Der Kläger macht ferner eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR von CHF 10'860.00, entsprechend zwei Bruttomonatslöhnen, geltend.

Der Kläger hat, wie sich gezeigt hat, seine Treuepflicht wiederholt schwerwiegend verletzt. Dennoch war die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt, weil die Beklagte früher ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise zu beenden. Da sie über längere Zeit das Verhalten des Klägers toleriert hatte, ohne angemessene Massnahmen zu ergreifen, wäre es ihr zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist und verbunden mit der Androhung einer fristlosen Kündigung zu beenden. Unter diesen besonderen Umständen sieht die Rechtsprechung aufgrund des vom Arbeitnehmer verschuldeten Fehlverhaltens regelmässig davon ab, dem Arbeitnehmer neben dem Schadenersatz eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR im Sinne einer Strafzahlung der Arbeitgeberin und Genugtuungsleistung an den Arbeitnehmer für eine durch die fristlose Entlassung erlittene Persönlichkeitsverletzung zuzusprechen. Daran ändern auch die übrigen zu berücksichtigenden Umstände nichts. Der Kläger, geboren am 23.2.1956, war im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 24.10.2012 mehr als 56 Jahre alt. Die Kündigung erfolgte damit in einem Lebensalter, in dem es auch für einen Chauffeur nicht einfach ist, eine neue Tätigkeit zu finden. Dennoch ist es dem Kläger gelungen, auf den 2.5.2013 bei der H. AG, Transporte und Reisen, eine neue Anstellung als Chauffeur, wenn auch zu einem tieferen Gehalt als bisher, zu erlangen, die er inne hatte, bis er dieses Arbeitsverhältnis per 31.8.2014 selber kündigte. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger bei einer ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einen früheren Zeitpunkt hin und zu einem höheren Lohn eine Anstellung gefunden hätte. Damit scheidet die fristlose Kündigung als Ursache für eine erschwerte Arbeitssuche aus. Das Arbeitsverhältnis hat ferner fast 13 Jahre gedauert. Nach dieser Dauer darf von einer engeren und gefestigten Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien ausgegangen werden, was sich auf ihre Fürsorge- und die Treuepflichten auswirkt. Der Arbeitnehmer, der einer verstärkten Treuepflicht unterliegt, verletzt diese umso schwerer, wenn er sich durch schimpfendes und beleidigendes Verhalten bei der Arbeit auszeichnet. Hinzu kommt die Arbeitsabsenz am Kündigungstag, die zwar keinen Grund zu einer fristlosen Kündigung darstellte, aber ebenfalls eine Treuepflichtverletzung darstellt. Unter diesen Umständen kann der Arbeitnehmer keine Persönlichkeitsverletzung geltend machen, die nach einem

Ausgleich durch eine Genugtuung verlangt. Dasselbe gilt für die wirtschaftliche Situation der Parteien. Zwar dürfte die Beklagte über mehr Mittel als der Kläger verfügen. Als kleines Transportunternehmen operiert es in einem bekanntermassen seit Jahren wirtschaftlich schwierigen Umfeld unter grossem Konkurrenzdruck, steigenden Kosten und dadurch stetig kleiner werdenden Margen. Entsprechend gering ist bei Kleinunternehmen des Transportgewerbes regelmässig die Kapitaldecke ausgestattet. Aus allen diesen Gründen ist der Anspruch des Klägers auf Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR unbegründet und daher abzuweisen.

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 24.8.2015 i.S von H. gegen W. AG, GS 2013.23)

3.5.3.3. Zur Rechtzeitigkeit der Kündigung einer GmbH (Art. 337 OR)

3.5.3.4. Zur Bemessung von Schadenersatz und Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung im Lehrverhältnis (Art. 337c Abs. 3 OR)

V. war seit anfangs April 2011 für die F. GmbH, die den Betrieb eines Fitness-Centers und den Vertrieb von Sportartikeln bezweckt, als Praktikantin tätig. Am 31.8.2011 schlossen die Parteien einen Ausbildungsvertrag für die Dauer vom 15.9.2011 bis 31.8.2014 ab. V. war vom 9.7. bis 21.8.2012 arbeitsunfähig. Am 22. 8.2012 ging sie zusammen mit einer Kollegin und ihrem Partner bei der F. GmbH vorbei, wo es zu Auseinandersetzungen kam. Diese kündigte daraufhin am 29.8.2012 das Arbeitsverhältnis fristlos. Am 3.1.2013 gebar V. einen Sohn. Am 7.11.2012 gelangte V. zunächst an die Schlichtungsbehörde, wo es zu keiner Einigung kam, und danach am 30.5.2013 an das Arbeitsgericht Basel-Stadt, wo sie die Verurteilung der F. GmbH zur Zahlung von CHF 25'200.00 Schadenersatz und CHF 4'800.00 Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend machte. Das Arbeitsgericht hiess am 27.1.2014 die Klage im Umfang von CHF 12'340.25 netto gut, wobei es unter anderem was folgt ausführte:

«[...] **3.8.** In einem ersten Schritt ist [...] zu fragen, ob die Aussprechung der fristlosen Entlassung nicht bereits in zeitlicher Hinsicht zu beanstanden ist. Aus dem Wesen des wichtigen Grundes hat die zu Art. 337 OR ergangene Rechtsprechung abgeleitet, dass der Kündigungsberechtigte sich mit der Aussprechung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungebührlich lange Zeit lassen darf. Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt. Dabei ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrages Gebrauch machen will. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne ist nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt

erscheint. Eine Verlängerung von etwa einer Woche ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist (BGer 4A_477/2011 E. 2.1). Bei einem klaren Sachverhalt muss zudem anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder Verfehlungen erst langsam an den Tag treten (4A_238/2007 E 4.1).

3.9. Bei der Beklagten handelt es sich zwar um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Beklagte hat drei Gesellschafter, welche gemäss Handelsregisterauszug alle einzelunterschriftberechtigt sind. Es handelt sich dabei um Sch [...], H [...] und T [...]. H [...], der am 22.8.2012 präsent und persönlich betroffen war, ist zudem Vorsitzender der Geschäftsführung. Aufgrund der Anwesen- und Betroffenheit von H [...] waren auch keine weiteren Abklärungen nötig. Auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Beklagte sieben Tage benötigt hat, um die fristlose Kündigung auszusprechen. Aufgrund der gesamten Umstände ist eine Verlängerung der Überlegungsfrist nicht angebracht, weshalb die fristlose Kündigung zu spät ausgesprochen wurde.

3.10. Die fristlose Kündigung erweist sich daher bereits aus diesem Grund als ungerechtfertigt, weshalb nicht weiter abzuklären ist, was sich am 22.8.2012 genau zugetragen hat bzw. ob ein allfälliges Fehlverhalten des Lebenspartners der Klägerin dieser vorzuhalten ist und die Beklagte zur fristlosen Auflösung des Ausbildungsverhältnisses berechtigt.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Kündigung indes nicht nichtig. Die fristlose Kündigung bewirkt auch bei einer während einer Schwangerschaft ausgesprochenen Kündigung die faktische und rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

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

4.3. Vorliegend hätte das Lehrverhältnis bis am 31.8.2014 gedauert. Als monatliche Vergütung wurden CHF 900.00 für das erste Lehrjahr, CHF 1'000.00 für das zweite Lehrjahr und CHF 1'100.00 für das dritte Lehrjahr vereinbart.

Ausgehend von der letzten Lohnzahlung im August 2012 hätte die Klägerin bis zum Ende des Lehrverhältnisses im August 2014 noch insgesamt CHF 25'200.00 brutto Lohn erhalten.

4.4. Vom Verdienst der Arbeitnehmerin nach Art. 337c Abs. 1 kommt nach Absatz 2 in Abzug, was diese durch den Wegfall der Arbeitspflicht einspart, was sie anderweitig verdient oder was sie zu verdienen absichtlich unterlässt.

4.4.1. Den von der Klägerin zum Gesuch um Kostenerlass eingereichten Unterlagen lässt sich zunächst entnehmen, dass die Klägerin von der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau für den Monat September 2012 CHF 643.05, für den Monat Oktober 2012 CHF 135.40, für den Monat November 2012 CHF 744.55 sowie für den Monat Dezember 2012 CHF 710.75, insgesamt also CHF 2'233.75, erhalten hat. Nach der Geburt ihres Kindes hat die Klägerin sodann ab dem 3.1.2013 Mutterschaftsentschädigung erhalten. Den eingereichten Unterlagen zufolge wurden ihr bis zum 31.3.2013 insgesamt Taggelder in der Höhe von CHF 2'244.00 netto ausgerichtet. Gemäss ihren eigenen Angaben hat die Klägerin bis zum 14.4.2013 Taggelder erhalten. Laut der Anzeige Mutterschaftsentschädigung beläuft sich der Tagesansatz auf CHF 27.20. Nach Abzug der AHV/IV/EO/ALV kommen somit nochmals Taggelder in der Höhe von CHF 357.00 netto (14 x CHF 27.20 – 6.25%) hinzu. Insgesamt hat die Klägerin unter dem Titel Mutterschaftsentschädigung sowie Arbeitslosengeld somit CHF 4'834.75 erhalten. Diese Taggelder sind von der Forderung der Klägerin in Abzug zu bringen.

4.4.2. Weiter ist zu prüfen, ob sich die Klägerin darüber hinaus noch weiteren Verdienst oder absichtlich unterlassenen Verdienst anrechnen lassen muss.

Wenn der entlassene Arbeitnehmer eine neue Stelle angetreten hat, ist sein Anspruch meist einfach zu berechnen. Er setzt sich aus dem Lohn und den Nebenleistungen in der Zeit zwischen Entlassung und neuem Stellenantritt zusammen, zuzüglich aus dem Minderlohn ab neuem Stellenantritt bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beim alten Arbeitgeber. Probleme kann es bei langen Kündigungsfristen oder befristeten Verträgen geben, die im Urteilszeitpunkt noch gar nicht abgelaufen wären. Das Gericht kommt in dieser Situation nicht umhin, dass anzurechnende Ersatz-einkommen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Art. 337c N 5; BGer 4C.321/2005 E.8.3). Besonders heikel ist zudem die Entscheidung, ob ein Arbeitnehmer es in Verletzung seiner Schadenminderungspflicht versäumt habe, durch anderweitige Stellenannahme den Schaden herabzusetzen. Es ist eine der Fragen, bei denen das Ermessen des Richters besonders gross ist, der auch ein hypothetisches Ersatz-einkommen festzulegen hat (BGE 125 III 14 E.2b).

Beim absichtlichen Unterlassen anderweitigen Verdienstes ist zunächst zu klären, ob die Möglichkeit besteht, anderen Verdienst zu erzielen, das heisst, ob im betreffenden

Beruf eine allgemeine Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, sodass der Entlassene bei gutem Willen mit grosser Wahrscheinlichkeit eine andere, ungefähr gleichwertige Stelle hätte finden können. Ob der Arbeitnehmer eine Gelegenheit zum Erzielen von Ersatzverdienst absichtlich ausgelassen hat, hängt weiter davon ab, ob ihm die Ausübung einer konkreten Ersatztätigkeit überhaupt zumutbar gewesen wäre (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, S. 138 f.).

Gemäss Art. 35a Abs. 3 Arbeitsgesetz dürfen Wöchnerinnen während acht Wochen nach der Niederkunft nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden. Ab Ende April 2013 hätte die Klägerin somit wieder eine Beschäftigung antreten können. Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass die Klägerin vor der fristlosen Kündigung nicht in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis, sondern in einem Lehrverhältnis stand. Da Lehrverhältnisse bekanntermassen nach den Sommerferien beginnen und für die Lehre zur Fachfrau Bewegung und Gesundheitsförderung EFZ eine grosse Nachfrage besteht, ist der Klägerin nicht vorzuhalten, dass sie nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes keine Lehrstelle beginnend im Sommer 2013 gefunden hat. Es stellt sich indes die Frage, ob die Klägerin ab einem gewissen Zeitpunkt nicht gehalten gewesen wäre, anstelle eines Ausbildungsplatzes nochmals ein Praktikum oder eine andere Anstellung zur Überbrückung zu suchen. Hierbei ist zunächst zu beachten, dass ab Ende April 2012 beiden Parteien bewusst gewesen sein muss, dass die ursprünglich begonnene Ausbildung in Deutschland nicht fortgeführt werden kann. Ein neuer Lehrvertrag nach schweizerischem Recht war zudem im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch nicht zustande gekommen. Unter diesen Umständen wäre es der Klägerin zuzumuten gewesen, bis zum allfälligen Antritt eines neuen Ausbildungsplatzes per Sommer 2014 ein Praktikum oder eine andere Stelle im Bereich Fitness und Gesundheit zu suchen. Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin bei entsprechenden Bemühungen ab Januar 2014 ein Praktikum oder eine Stelle in einem Fitness- oder Gesundheitszentrum hätte finden können und dabei einen monatlichen Verdienst von mindestens CHF 1'100.00 hätte erzielen können. Das Verhalten der Klägerin erweckt indes eher den Eindruck, dass aufgrund ihrer familiären Situation zurzeit der Beginn einer neuen Ausbildung bzw. das Antreten einer neuen Stelle nicht im Vordergrund stehen. So hat die Klägerin nach der Geburt ihres Kindes und dem Bezug der Mutterschaftsentschädigung keine Taggelder der Arbeitslosenversicherung mehr bezogen, weil sie zuviel Stress gehabt habe und erschöpft gewesen sei. Auch lassen ihre Äusserungen in ihrem der Post zuhänden des Gerichts am 26.11.2013 übergebenen Schreiben diesen Schluss zu.

Aus diesem Grund erscheint es angemessen, ihr lediglich den Lohn von September 2012 bis Ende 2013 zu ersetzen.

4.4.3. Der ihr zustehende Schadenersatz errechnet sich daher wie folgt: vom 1.9.2012 bis 31.8.2013 12 Monate à CHF 1'000.00 sowie vom 1.9.2013 bis 31.12.2013 4 Monate à CHF 1'100.00 ergibt einen Betrag von CHF 16'400.00 brutto bzw. nach Abzug der AHV/IV/EO/ALV einen Betrag von CHF 15'375.00 netto. Daran hat sich die Klägerin anrechnen zu lassen, was sie von der Arbeitslosenkasse und der

Mutterschaftsversicherung erhalten hat. Nach Anrechnung des Betrages von CHF 4'834.35 resultiert ein Betrag von CHF 10'540.25 netto.

4.5. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR dient sowohl der Bestrafung der Arbeitgeberin als auch der Wiedergutmachung für die Arbeitnehmerin (BGer 4C.351/2004 E. 7.2.1, BGE 123 III 391 E. 3c). Zudem wird die Entschädigung zur generalpräventiven Abschreckung eingesetzt, um die Zahl der im Berufsalltag vorkommenden ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zu vermindern (AppGer BS, BJM 2004, S. 39 E. 3c). Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist vorbehältlich ausserordentlicher Umstände bei allen ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen zuzuerkennen. Von einer Entschädigung kann Umgang genommen werden, bei Umständen, die ein Fehlverhalten der Arbeitgeberin ausschliessen oder ihr aus anderen Gründen nicht anzulasten sind (BGer 4C.155/2005 E. 5.2.1). Solche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar. Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung, die gegenüber einer lernenden Person ausgesprochen wird, trifft diese im Allgemeinen stärker in ihrer Persönlichkeit als eine ausgelernte Person, die einige Jahre Erfahrung im Berufsleben aufweist. So sind die Chancen auf dem Lehrstellen- und Arbeitsmarkt durch den Makel einer fristlosen Kündigung belastet. Erhöhend wirkt sich auch das im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch junge Alter der Klägerin sowie deren Schwangerschaft aus. Auch wenn der Klägerin das Verhalten ihres Lebenspartners wohl nur bedingt anzurechnen ist, trifft sie insofern eine Verantwortung für dessen ungeschickte Intervention und die Eskalation vom 22.8. 2012, als dass sie trotz der Vorgeschichte und in Kenntnis des nicht unbelasteten Verhältnisses zwischen ihrem Partner und den Vertretern ihrer Arbeitgeberin die Beklagte in dessen Begleitung aufgesucht hat. Dessen Begleitung war nicht erforderlich. Es hätte ohne weiteres genügt, sich von einer Freundin begleiten zu lassen. Für eine gewisse Minderung der Entschädigung spricht auch der Umstand, dass die nachteiligen Folgen der Kündigung durch Lohn- bzw. Schadenersatz während 16 Monaten ausgeglichen werden. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erscheint eine Pönale in der Höhe von zwei Monatslöhnen bzw. von CHF 1'800.00 als angemessen. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 27.1.2014 i.S.v. V. gegen F. GmbH, GS 2013.24)

3.6. Rückzahlungsvereinbarung bzg. Weiterbildungskosten (siehe unter Ziffer 1.2., S. 7)

3.7. Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR)

3.7.1. GAV des Gastgewerbes (L-GAV): Zur Abgeltung von Überstunden, Ruhetagen und Ferien

Die X. AG und K. schlossen einen Arbeitsvertrag ab, wonach der Arbeitnehmer ab dem 1.9.2011 als Bankett- und Cateringmanager zu einem Monatslohn von CHF 6'200.00

brutto angestellt wurde. Vereinbart wurde, dass mit dem Gehalt Überstunden und Überzeitarbeit abgegolten sind. Am 20.3.2012 kündigte K. das Arbeitsverhältnis auf den 31.5.2012. Mit Schlichtungsgesuch vom 13.7.2012 beehrte K. die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 30'204.35 brutto Überstundenlohn und zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Nachdem sich die Parteien im Schlichtungsverfahren nicht einigen konnten, verlangte K. am 25.3.2013 vor dem Arbeitsgericht Basel-Stadt die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 30'000.00 brutto. Am 17.9.2015 verurteilte das Arbeitsgericht die X. AG zur Zahlung von CHF 23'000.00 netto. Eine dagegen von der X. AG am 30.3.2016 erhobene Berufung wies das Appellationsgericht Basel-Stadt am 27.1.2017 ab, hingegen die Anschlussberufung gut, wobei es das Verfahren im Umfang von CHF 10'000.00 infolge Klageanerkennung abschrieb und die X. AG zur Zahlung von CHF 17'995.97 netto an K. verurteilte. Zur Begründung führte es was folgt aus:

«[...] **2.1.** Der Berufungsbeklagte macht mit seiner Klage unter anderem eine Entschädigung für geleistete Überstunden geltend. Überstunden sind Arbeitsstunden, die über die im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet werden (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6. Aufl., 2015, Art. 321c OR N 1; vgl. Art. 321c Abs. 1 Obligationenrecht [OR; SR 220] und Art. 15 Abs. 4 Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes [L-GAV]). Für die Leistung von Überstunden trägt der Arbeitnehmer die Beweislast (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.2; 4A_419/2011 vom 23.11.2011 E. 3.3.1). Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.1; 4C.307/2006 vom 26.3.2007 E. 2.1; vgl. BGer 4C.142/2005 vom 15.6.2006 E. 5). Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als unerheblich erscheinen (vgl. BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.1 und 4C.142/2005 vom 15.6.2006 E. 5).

2.2. Insbesondere aufgrund der Zeugenaussagen [...] besteht kein ernsthafter Zweifel und ist damit erstellt, dass der Berufungsbeklagte in grossem Umfang betrieblich notwendige Überstunden geleistet hat, die nicht kompensiert worden sind. Auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid kann verwiesen werden [...]. Im Übrigen trägt die Berufungsklägerin die Beweislast für eine allfällige Kompensation von Überstunden (BGer 4C.142/2005 vom 15.6.2006 E. 4.1). Dafür hat sie jedoch keinen Beweis geliefert. Näher zu prüfen ist im Folgenden, ob auch der Umfang der vom Berufungsbeklagten geleisteten Arbeitsstunden erstellt ist.

2.3.1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) Anwendung. Der Arbeitgeber ist für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit (Arbeitszeiterfassung) verantwortlich. Die Arbeitszeiterfassung ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Überträgt der Arbeitgeber die Erfassung der Arbeitszeit dem Mitarbeiter, ist sie mindestens einmal monatlich vom Arbeitgeber zu unterzeichnen (Art. 21 Abs. 2 L-GAV).

Der Arbeitgeber führt Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle) (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). In den von beiden Parteien unterzeichneten Stundennachweisen ist nicht die tatsächlich geleistete Arbeitszeit des Berufungsbeklagten erfasst worden. Damit ist die Berufungsklägerin ihrer Pflicht zur Arbeitszeiterfassung und -kontrolle nicht nachgekommen (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters gemäss Art. 21 Abs. 4 L-GAV im Streitfall als Beweismittel zugelassen. Die vom Kläger erstellten und nur von ihm unterzeichneten Stundennachweise sind deshalb als Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. BGer 4C.141/2006 vom 24.8.2006 E. 4.2.3). Art. 21 Abs. 4 L-GAV gewährt der Arbeitszeiterfassung bzw. -kontrolle des Arbeitnehmers einen über eine Parteibehauptung hinausgehenden Beweiswert («valenza probatoria») (BGer 4A_86/2008 vom 23.9.2008 E. 4.2). Die Rechtsprechung, nach der eigene Aufzeichnungen oder Stundenkontrollen des Arbeitnehmers den vollen Beweis der Überstunden typischerweise nicht zu erbringen vermögen, weil es sich dabei letztlich um Parteibehauptungen handle (BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.3), ist deshalb im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

2.3.2. Der Berufungsbeklagte hat von September 2011 bis März 2012 für jeden Monat einen Stundennachweis ausgefüllt und am ersten Tag des Folgemonats bzw. am letzten Tag des Monats datiert und unterzeichnet. Darin sind für jeden Arbeitstag Beginn und Ende der Arbeitszeit und einer allfälligen Pause sowie die Dauer der Arbeitszeit und der allfälligen Pause verzeichnet [...]. Die Berufungsklägerin hat diese detaillierten Aufstellungen nur pauschal bestritten [...]. Soweit die Zeuginnen und Zeugen dazu Aussagen machen können, haben sie die vom Berufungsbeklagten behauptete Anwesenheit an Veranstaltungen bestätigt, wobei sie keine genaueren Angaben zu deren zeitlichen Umfang machen können. [...]

2.3.3. Unter den gegebenen Umständen besteht kein ernsthafter Zweifel, dass der Berufungsbeklagte die in den von ihm ausgefüllten Stundennachweisen ausgewiesene Arbeitszeit geleistet hat und dass dies betrieblich notwendig gewesen ist. Damit sind unter Berücksichtigung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV auch die zur Feststellung des Umfangs der geleisteten Überstunden erforderlichen Tatsachen nachgewiesen. Wie die Zahl der Überstunden anhand der durch die Stundennachweise bewiesenen betrieblich notwendigen Arbeitsstunden und der im Einzel- und Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit zu berechnen ist, wird im Anschluss an die Erwägungen zur Beweislage erörtert (vgl. unten E. 3.1).

2.4.1. Die Vorinstanz hat die dem Berufungsbeklagten geschuldete Entschädigung für noch nicht abgeleitete Überstundenarbeit sowie noch offene Ruhe- und Feiertage in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR auf CHF 23'000.00 netto geschätzt (angefochtener Entscheid E. 2.5 f.). Soweit es die Entschädigung für nicht bezogene Ruhe- und Feiertage betrifft, ist dieses Vorgehen zweifellos unzulässig, weil dafür eindeutige Beweise vorliegen. Die Berufungsklägerin hat eine Tages- und Stundenkontrolle eingereicht und sich auf deren Saldo für März 2012 berufen. Diese Aufzeichnungen stimmen für September 2011 bis März 2012 hinsichtlich der

bezogenen bzw. nicht bezogenen Ruhe- und Feiertage sowie Ferien mit den Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten überein. Richtigerweise ist aber auch die Überstundenentschädigung nicht zu schätzen, weil auch die zur Feststellung des Umfangs der Überstunden erforderlichen Tatsachen nachgewiesen sind (vgl. oben E. 2.3). Im Übrigen müsste aus den folgenden Gründen im Falle der Schätzung von der gleichen Anzahl Überstunden ausgegangen werden, wie wenn diese gestützt auf die Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten als bewiesen erachtet werden.

2.4.2. Sofern der Nachweis erbracht ist, dass der Arbeitnehmer Überstunden geleistet hat, ohne dass deren genaues Ausmass bewiesen werden kann, und ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, hat das Gericht den Umfang in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen (vgl. BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.2; 4A_42/2011, 4A_68/2011 vom 15.7.2011 E. 6; 4A_543/2011 vom 17.10.2011 E. 3.1.1; 4A_419/2011 vom 23.11.2011 E. 3.3.1). Im Rahmen dieser Schätzung genügt es zum Nachweis der geltend gemachten Überstunden, dass diese aufgrund der vom Kläger vorgebrachten Umstände als überwiegend wahrscheinlich erscheinen (vgl. BGer 4A_338/2011 vom 14.12.2011 E. 2.3 sowie 4C.307/2006 vom 26.3.2007 E. 3.2 und 4A_68/2008 vom 10.7.2008 E. 4.2). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720). Ein anderer als der behauptete Geschehensablauf ist zwar denkbar, fällt aber realistisch gesehen ausser Betracht (HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Zürich 2016, Art. 157 N 23). Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass der Berufungsbeklagte seine Arbeitszeit falsch aufgezeichnet haben könnte, und werden dessen Aufzeichnungen teilweise durch Zeugenaussagen bestätigt. Unter diesen Umständen fällt die Möglichkeit, dass der Berufungsbeklagte zu viele Arbeitsstunden aufgeschrieben haben könnte, vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht. Auch im Falle einer Schätzung müsste deshalb von den Aufzeichnungen des Berufungsbeklagten ausgegangen werden und bestünde kein Anlass, von der sich daraus ergebenden Stundenzahl einen nicht näher begründeten Abzug zu machen.

3.1. Gemäss Art. 15 Abs. 1 L-GAV beträgt die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit mit Einschluss der Präsenzzeit für alle gastgewerblichen Mitarbeiter in Betrieben von der Art desjenigen der Berufungsklägerin höchstens 42 Stunden pro Woche. Gemäss Ziff. 5 des Arbeitsvertrags ist die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit mit Einschluss der Präsenzzeit in Betrieben von der Art desjenigen der Berufungsklägerin 42 Stunden. Überstunden sind Arbeitsstunden, welche über die vereinbarte durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit hinaus geleistet werden. Sie sind innert nützlicher Frist durch Freizeit gleicher Dauer zu kompensieren oder zu bezahlen (Art. 15 Abs. 4 L GAV). Weiter müssen Überstunden zwingend zu 125 % des Bruttolohnes vergütet werden, wenn der Betrieb die Arbeitszeit nicht gemäss Art. 21 L-GAV erfasst, oder dem Mitarbeiter nicht monatlich schriftlich seinen Überstundensaldo

kommuniziert, oder wenn die Auszahlung der Überstunden erst mit der letzten Lohnzahlung erfolgt (Art. 15 Abs. 6 L-GAV).

Der Berufungsbeklagte führt in seiner Klage aus, dass gemäss Art. 16 Abs. 1 L-GAV ein Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche besteht. Die tägliche Arbeitszeit betrage somit 8.4 Stunden (42 Stunden / 5 Arbeitstage) [...]. Der Berufungsbeklagte berechnet die Normalarbeitszeit aufgrund der Sollarbeitstage (Kalendertage ohne Samstage und Sonntage). Die Berufungsklägerin berechnet die Normalarbeitszeit aufgrund der effektiv geleisteten Arbeitstage [...]. Beide Berechnungsarten sind unrichtig. Die Sollarbeitszeit berechnet sich aufgrund der effektiven Kalendertage (Februar: 28 Tage, März: 31 Tage, April: 30 Tage usw.) und unabhängig von den bezogenen Ruhetagen (Kommentar zu Art. 15 L-GAV [<http://l-gav.ch>, besucht am 4.1.2017]). Dies entspricht der Berechnungsmethode, die der Berufungsbeklagte seiner Abrechnung Austritt vom 30.3.2012 zugrunde gelegt hat. Wie die nachfolgende Aufstellung zeigt, resultieren nach dieser Berechnungsmethode für einzelne Monate mehr Überstunden als vom Berufungsbeklagten in seiner Klage geltend gemacht. Insgesamt ergibt die korrekte Berechnungsmethode aber eine geringere als die vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Anzahl Überstunden. Damit ist die Anwendung dieser Methode mit der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) vereinbar. Im Einzelnen ergeben sich folgende Überstunden: [...]

3.2. Gemäss Art. 16 Abs. 1 L-GAV hat der Mitarbeiter Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche. Nicht bezogene Ruhetage sind innert vier Wochen zu kompensieren. Ist eine Kompensation nicht möglich, sind nicht bezogene Ruhetage am Ende des Arbeitsverhältnisses mit je 1/22 des monatlichen Bruttolohns zu bezahlen (Art. 16 Abs. 5 L-GAV). Der Ruhetageanspruch berechnet sich aufgrund der effektiven Kalendertage (Kommentar zu Art. 16 L-GAV [<http://l-gav.ch>, besucht am 4.1.2017]) [...]

3.3. Die Fragen der Überstundenentschädigung und der Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage dürfen nicht vermengt werden. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage hat, kommt es nicht darauf an, ob sich die vertragliche Sollarbeitszeit und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden die Waage halten, sondern einzig darauf, ob die dem Arbeitnehmer zustehenden Ruhetage bezogen worden sind oder nicht. Ein Anspruch auf Entschädigung nicht bezogener Ruhetage besteht deshalb auch dann, wenn aus dem Arbeitsverhältnis keine Überstunden resultieren. Die Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage ist kein Entgelt für geleistete Arbeit, sondern gilt als Ausgleich des Nachteils, der Unbill, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehende Ruhezeit, die seiner Erholung dient, verlustig geht, weil wegen der Vertragsauflösung ein Nachbezug dieser Tage nicht mehr möglich ist. Wenn sich aus einem Vergleich der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit der Sollarbeitszeit ein Überschuss von Arbeitsstunden ergibt, sind diese, wenn eine Kompensation nicht mehr möglich ist, zu entschädigen. Wann die zusätzlichen Arbeitsstunden erbracht worden sind, ist für die Frage der Überstundenentschädigung irrelevant. Insbesondere kann nicht eingewendet werden, diese Stunden resultierten aus nicht bezogenen Ruhetagen. Es braucht deshalb auch nicht geprüft zu werden,

wann die Überstunden geleistet worden sind. Aufgrund des unterschiedlichen Charakters der beiden Entschädigungen erhält der Arbeitnehmer keine doppelte Entschädigung für die geleisteten Überstunden, wenn ihm bei gegebenen Voraussetzungen sowohl eine Überstundenentschädigung als auch eine Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage zugesprochen wird (Obergericht Obwalden, Urteil vom 9.7.1986 E. 2, in: JAR 1988 S. 190 ff., 191 f.; vgl. Brühwiler, Kommentar Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 321c OR N 12).

3.4. Gemäss Art. 18 Abs. 1 L-GAV hat der Mitarbeiter Anspruch auf 6 (0.5 Tage pro Monat) bezahlte Feiertage pro Kalenderjahr. Diese Feiertageregelung ist unabhängig von den kantonalen Feiertagen (Kommentar zu Art. 18 L-GAV [<http://l-gav.ch>, besucht am 5.1.2017]). Für ein unvollständiges Kalenderjahr sind die Feiertage entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu gewähren (Art. 18 Abs. 1 L GAV). Werden Feiertage nicht gewährt und auch nicht durch einen zusätzlichen Ruhetag kompensiert, sind sie spätestens am Ende des Arbeitsverhältnisses mit je 1/22 des monatlichen Bruttolohns zu bezahlen (Art. 18 Abs. 3 L-GAV). [...]»

(Entscheid des Appellationsgerichts vom 27.1.2017 i.S.v. X. AG gegen K., ZB.2016.12; GS 2013.8)

3.7.2. GAV für das Gipsergewerbe BS: Günstigkeitsvergleich

Art. 357 Abs. 2 OR. Zum Günstigkeitsvergleich zwischen Einzelarbeitsvertrag und AVE GAV für das Gipsergewerbe im Kanton Basel-Stadt 2010-2013. Welche Regelungen können im Rahmen eines Gruppenvergleichs mit einem vereinbarten übertariflichen Lohn verglichen werden?

Die S. AG (Beklagte) liefert und montiert Decken- und Wandsysteme. Sie stellte J. (Kläger) als Monteur ab 1.4.2012 zu einem Bruttojahresgehalt von CHF 60'000.00 zusätzlich einem 13. Monatsgehalt bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42,5 Stunden und vier Wochen Ferien pro Jahr an. Es galt der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für das Gipsergewerbe im Kanton Basel-Stadt 2010-2013. Das Arbeitsverhältnis endete nach Kündigung von J. am 31.5.2013. Am 3.6.2014 klagte J. nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens beim Arbeitsgericht Basel-Stadt gegen die S. AG unter anderem auf Zahlung von Überstunden, Feier- und Ferientagen, Mittagzulagen und Km-Entschädigungen. Die S. AG anerkannte diese Forderungen jeweils teilweise, machte jedoch geltend, dass J. in den Genuss eines übertariflichen Lohnes gekommen sei, sodass die anerkannten Ansprüche im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs aufgrund von Art. 357 OR als abgegolten zu betrachten seien. Das Arbeitsgericht verwarf mit Entscheid vom 16.4.2015 die Einrede der S. AG und verurteilte sie zur Zahlung der anerkannten Forderungen, wobei es was folgt ausführte:

«[...] **7.2.** Nach Art. 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag, die gegen zwingende Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages verstossen, nichtig und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Andererseits können zu Gunsten eines Arbeitnehmers Vereinbarungen getroffen werden, die vom Gesamtarbeitsvertrag abweichen. Falls die Parteien eine vom Gesamtarbeitsvertrag abweichende Regelung getroffen haben, ist im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs in Bezug auf das einzelne Arbeitsverhältnis zu prüfen, ob die Vereinbarung im Einzelarbeitsvertrag für den Arbeitnehmer günstiger ist als die im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehene Regelung. Dabei sind mit einem sogenannten Gruppenvergleich eng miteinander zusammenhängende Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag zu vergleichen. Dieser Vergleich kann nur innerhalb eines zusammenhängenden Regelwerkes erfolgen, wobei das Erfordernis des inneren Zusammenhangs eng zu verstehen ist (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3). Ein enger innerer Zusammenhang besteht zwischen Bestimmungen zu Arbeitszeit, Überzeit und Mindestmonatslohn (BGer 4C.67/2005 E. 4.3).

7.3. Der Kläger hat in Deutschland die Abschlussprüfung zum Ausbildungsberuf als Trockenbaumonteur im Jahre 2000 bestanden. Der Einzelarbeitsvertrag sah ein Bruttojahresgehalt von CHF 60'000.00, entsprechend einem Monatsgehalt von CHF 5'000.00 brutto, zuzüglich einem 13. Monatslohn bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42,5 Stunden vor. Demgegenüber legte der Gesamtarbeitsvertrag Berufsarbeitern einen Monatslohn von CHF 4'700.00 brutto bei 13 Monatslöhnen und einer täglichen Arbeitszeit von 8 Stunden 15 Minuten, was einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41,25 Stunden entspricht, fest (Art. 23.1.1 lit. f, 23.2.1 und 30.1.1 GAV). Arbeitszeit und Lohn stehen in Arbeitsverhältnissen in einem direkten Zusammenhang zueinander und hängen voneinander ab. Sie sind daher geeignet, im Rahmen eines Gruppenvergleichs zwischen einzelarbeitsvertraglichen- und gesamtarbeitsvertraglichen Abreden bzw. Regelungen darauf untersucht zu werden, ob die einzelarbeitsvertragliche Abrede gegenüber der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung für den Arbeitnehmer die günstigere ist. Vorliegend musste der Kläger aufgrund des Einzelarbeitsvertrages in der Woche 1,25 Stunden mehr arbeiten als nach Gesamtarbeitsvertrag, erhielt jedoch aufgrund des Einzelarbeitsvertrages im Monat CHF 300.00 mehr Lohn, als er aufgrund der gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohnbestimmung erhalten hätte. Die nach Einzelarbeitsvertrag zu leistende längere Arbeitszeit ist durch den im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen höheren Lohn überproportional entschädigt und der Kläger dadurch insgesamt besser gestellt. Damit erweist sich der Einzelarbeitsvertrag bezüglich Lohn und Arbeitszeit als für den Kläger günstiger als der Gesamtarbeitsvertrag. Da die von der Beklagten anerkannte Mehrarbeit der Differenz zwischen der im Gesamtarbeitsvertrag geringeren und der gemäss Einzelarbeitsvertrag höheren Arbeitszeit entspricht, ist die von der Beklagten anerkannte Überstundenlohnforderung, die auch der Kläger als richtig anerkannte, durch die günstigere Regelung im Einzelarbeitsvertrag als abgegolten zu betrachten. Darüber hinausgehende Überstunden macht der Kläger, wie er sowohl in der Replik als auch in der Hauptverhandlung erklärte, nicht geltend. [...]

7.4. Die Forderung des Klägers von CHF 985.40 für im Mai 2013 abgezogene Feiertage anerkennt die Beklagte, weil sie die Feiertage in Anwendung von Art. 32.6 Gesamtarbeitsvertrag zu Unrecht abgezogen hatte. Nach dieser Vorschrift sind im Falle einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die in die folgenden 30 Tage fallenden Feiertage zu vergüten, nicht hingegen bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer selber ausspricht. Zwar hatte der Kläger das Arbeitsverhältnis auf den 30.4.2013 gekündigt. Da die Beklagte die Kündigung jedoch erst auf den 31.5.2013 akzeptierte, weil der Kläger statt mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist im Falle eines überjährigen, wie des vorliegenden, Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 41.1 lit. c Gesamtarbeitsvertrag, bloss mit einer Kündigungsfrist von einem Monat gekündigt hatte, endete das Arbeitsverhältnis am 31.5.2013. Damit zog die Beklagte die in den Monat Mai fallenden Feiertage dem Kläger zu Unrecht ab und anerkennt daher in der Klageantwort zu Recht die Rückforderung des Klägers.

Eine Rückforderung des Arbeitnehmers, die entsteht, weil die Arbeitgeberin den Gesamtarbeitsvertrag nicht richtig anwendet, kann von vornherein nicht Gegenstand eines Günstigkeitsvergleichs sein. Grundlage einer solchen Prüfung sind stets die Abreden des Einzelarbeitsvertrages im Vergleich zu den Regelungen des Gesamtarbeitsvertrages bei richtiger Anwendung beider Verträge. Vorliegend stand zudem nicht die Bezahlung von Feiertagen, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.5.2013, sondern vor diesem Datum und damit während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses anfielen, zur Diskussion. Sowohl der Einzelarbeitsvertrag als auch der Gesamtarbeitsvertrag gehen übereinstimmend davon aus, dass der Arbeitnehmer an diesen Feiertagen Anspruch auf Lohn hat.

7.5. Weiter anerkennt die Beklagte die Forderungen des Klägers aus Mittagzulagen von CHF 182.00 sowie für die Km-Entschädigung von CHF 389.50. Nach Art. 327a OR hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die Auslagen zu ersetzen, die bei Ausführung der Arbeit und bei auswärtigen Arbeitsorten für seinen Unterhalt notwendigerweise entstehen. Sowohl der Einzelarbeitsvertrag als auch der Gesamtarbeitsvertrag sehen bei auswärtigen Arbeitsorten von mehr als 15 km Distanz gemessen von Geschäfts- oder Wohndomizil Mittagzulagen für die Verpflegung des Arbeitnehmers als auch Km-Entschädigungen für die Benützung des eigenen Personenwagens durch den Arbeitnehmer vor (Art. 27.1.1 und 27.1.2 Gesamtarbeitsvertrag). Sie unterscheiden sich geringfügig in den jeweiligen Ansätzen. Lohn und Auslagenersatz sind jedoch Entschädigungen, die verschiedene Grundlagen aufweisen und Bedürfnisse befriedigen. Während am Austausch von Lohnzahlung gegen Arbeitsleistung beide Arbeitsvertragsparteien interessiert sind, liegen die Aufwendungen, die dem Arbeitnehmer durch Auslagenersatz zu vergüten sind, lediglich im Interesse der Arbeitgeberin und ihrer Geschäftstätigkeit. Zwischen Lohn- und Auslagenabreden bzw. -regelungen fehlt deshalb der enge innere Zusammenhang, um sie als Gruppe im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs zu verstehen und zu behandeln. Damit fällt eine Kompensation dieser beiden anerkannten Forderungen

durch die Gewährung eines übertariflichen Lohnes an den Kläger ohne weiteres ausser Betracht.

7.6. Ferner schuldet die Beklagte dem Kläger Ferienlohn von CHF 1'917.28 brutto. Der Einzelarbeitsvertrag sieht einen Ferienanspruch von vier Wochen pro Jahr vor, was bei einer Fünftagewoche, 20 Arbeitstagen entspricht. Demgegenüber legt der Gesamtarbeitsvertrag den Ferienanspruch für Arbeitnehmer der Altersklasse des Klägers von mehr als 20, aber weniger als 50 Jahren auf 22 Arbeitstage fest. Daraus ergibt sich gegenüber dem Einzelarbeitsvertrag eine Besserstellung des Klägers, die sich auf die Berechnung des Ferienguthabens des Klägers auswirkte. Das Bundesgericht lehnt in seiner Rechtsprechung den engen inneren Zusammenhang zwischen Abreden bzw. Regelungen über das Salär des Arbeitnehmers und über dessen Ferien- bzw. Ferienlohnanspruch ab (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3). Damit scheidet ein Gruppenvergleich aus, auf dessen Grundlage die Frage, ob eine für den Arbeitnehmer günstigere Lösung zwischen einem übertariflichen Lohn, aber geringeren Ferienanspruch einerseits gegenüber einem geringeren Tariflohn, aber gleichzeitig grösseren Ferienanspruch vorliegt, beantwortet werden könnte. Hinzuweisen ist auch darauf, dass Art. 329d Abs. 2 OR die Abgeltung von Ferien während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses verbietet. Die Gewährung eines höheren Lohnes bei gleichzeitig geringerem Ferienanspruch würde diesem Verbot zuwiderlaufen und den Zweck der Ferien, die Erholung des Arbeitnehmers von der Arbeit, entscheidend untergraben und dadurch schwächen. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 16.4.2015 i.S.v. J. gegen S. AG, GS 2014.15).

4. Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1): Bereitschaftsdienst des Pflegepersonals im Haushalt der betreuten Person

Die polnische Staatsangehörige J. trat per 1.11.2007 bei R. bzw. nachfolgend bei der R. GmbH, einer privaten Spitexorganisation, eine Stelle als Betreuerin an. Im Oktober 2011 übernahm sie die Betreuung von S.. Die Verträge mit R. bzw. der R. GmbH sahen vor, dass die Arbeitszeit der Klägerin ca. 42 Stunden pro Woche beträgt und sich nach den Bedürfnissen des Klienten und dessen Familie richtet sowie dass die Klägerin in einem ihr vom Klienten zur Verfügung gestellten Zimmer wohnt. Sie übernahm Einsätze in der Grössenordnung von einem Monat. Sie verrichtete dabei einfache Pflegeleistungen und Putzarbeiten, besorgte Einkäufe und bereitete Mahlzeiten zu. Nach der Beendigung eines Einsatzes begab sie sich für einen Monat zurück nach Polen. Während ihrer Abwesenheit wurde S. von P., ebenfalls polnische Staatsangehörige, betreut. Am 9.1.2012 unterzeichnete J. einen Einsatzvertrag mit der K. AG, einer Personalvermittlungs- und -verleihfirma und erbrachte ab diesem Zeitpunkt ihre Einsätze bei S., der im Einsatzvertrag als Einsatzfirma bezeichnet wurde. Als Arbeitszeit waren darin 42 Wochenstunden angegeben. Der Tagesbasislohn betrug CHF 149.04 nebst Zuschlägen von 8,33% für Ferien, 3,20% Feiertage und 8,33% 13.

Lohn, insgesamt CHF 180.50. In der Folge leistete J. vom 9.1.2012 – 6.2.2012, vom 12.3.2012 – 15.4.2012 und vom 14.5. – 10.6.2012 drei Einsätze bei S.. Mit Schreiben vom 24.6. 2012 kündigte sie den Arbeitsvertrag mit der K. AG auf den 2.7. 2012. S. verstarb am 26.7.2013.

Nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, das zu keiner Einigung der Parteien führte, klagte J. am 26.6.2013 beim Arbeitsgericht Basel-Stadt auf Verurteilung der K. AG zur Zahlung von CHF 23 373.75 netto nebst Zins. Sie sei während 24 Stunden pro Tag und während sieben Tage die Woche für die Betreuung von S. zuständig gewesen. Tagsüber habe sie einfache Pflegeleistungen und Putzarbeiten verrichtet, Einkäufe besorgt und Mahlzeiten zubereitet. Ein ordentlicher Arbeitstag habe 9 Stunden gedauert und sei um 20:00 Uhr beendet gewesen. Aufgrund der Pflegebedürftigkeit von S. sei sie auch während dessen Ruhezeit für ihn verantwortlich gewesen. Um 07:00 Uhr habe sodann wieder der neue Arbeitstag begonnen. Obwohl sie S. auch am Wochenende betreut habe, sei sie von der K. AG angewiesen worden, lediglich eine Arbeitswoche von 5 Tagen zu rapportieren. Mit ihrer Klage machte J. die nicht abgegoltenen Stunden, Überstunden-, Nacht- und Sonntagszuschläge sowie eine Entschädigung für die Arbeitsbereitschaft während der Zeit zwischen 20:00 und 07:00 Uhr geltend.

Die K. AG bestritt im Wesentlichen, dass J. im Rahmen einer 24h-Betreuung Einsätze geleistet habe. Stattdessen hätten die Einsätze jeweils werktags von Montag bis Freitag 8 Stunden pro Tag gedauert. Sie habe J. nie angewiesen, anders zu rapportieren, als sie wirklich gearbeitet habe. Gemäss Einsatzvertrag habe sich J. zu einer wöchentlichen Arbeitsleistung von 42 Stunden verpflichtet. Gemäss den von ihr unterzeichneten wöchentlichen Arbeitsrapporten habe J. werktags jeweils 8 Stunden gearbeitet. Da sie somit statt der 42 lediglich 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe, habe J. CHF 613.70 zuviel Lohn erhalten. Diesen Betrag machte die K. AG verrechnungsweise geltend.

Das Arbeitsgericht hiess die Klage 27.10.2014 im Umfang von CHF 15'311.10 netto nebst Zins gut, wobei es unter anderem was folgt ausführte:

«[...] **3.7.2** Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 gilt als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Arbeitszeit ist dabei diejenige Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer inner- und ausserhalb des Betriebes für die Bedürfnisse des Arbeitgebers zur Verfügung zu stehen hat und auch tatsächlich steht und damit über seine Zeit nicht frei verfügen kann. Daraus folgt, dass auch Bereitschaftsdienst, bei dem sich der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers zur Verfügung hält, aber keine aktive Arbeit erbringt, werde er innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet, zur Arbeitszeit gehört (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362, Zürich 2012, Art. 321 N 9 m. w. H.). Arbeitsbereitschaft im Sinne der Präsenzzeit, die der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers aus verschiedenen Gründen (Warten auf Arbeit in Dienstleistungsbetrieben, innerbetrieblicher Pikettdienst, arbeitsablaufbedingte Wartezeiten) verbringen muss, zählt dabei nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch privatrechtlich zur Arbeitszeit (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetz-

buch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 11). Pikettdienst ist eine in Art. 14 f. ArGV 1 geregelte Form des Bereitschaftsdienstes, bei der sich der Arbeitnehmer für allfällige Arbeitseinsätze bei besonderen Ereignissen bereithält. Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 nennt als Beispiele für «Sonderereignisse» die Behebung von Störungen, die Hilfeleistungen in Notsituationen und Kontrollgänge. Die Anrechnung von Pikett als Arbeitszeit hängt davon ab, ob er im Betrieb geleistet werden muss und ob ein Arbeitseinsatz erfolgt. Im Betrieb geleisteter Pikettdienst (sog. Arbeitsbereitschaft) ist immer Arbeitszeit. Dem im Betrieb geleisteten Pikettdienst wäre gleichzustellen, wenn der Arbeitnehmer in der freien Verfügung über seine Zeit in ähnlicher Weise eingeschränkt ist, wie wenn er im Betrieb geleistet würde (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 11). Eine weitere Form des Bereitschaftsdienstes stellt die Arbeit auf Abruf dar. Die blossere Bereitschaft zum Abruf stellt kein Pikett und keine Arbeitszeit im öffentlich-rechtlichen Sinn dar (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 12). Mit der Arbeit auf Abruf wird ein erhöhter Arbeitsanfall aufgefangen, mit dem Pikett ein Sonderereignis im vorerwähnten Sinn. Kein Pikettdienst liegt vor, wenn während eines Arbeitsaufgebotes keine Sonderereignisse bearbeitet werden, sondern normale Arbeit geleistet wird. Ebenso wenn ausschliesslich in Bereitschaft gearbeitet wird, da es in diesem Fall an der von Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 vorausgesetzten normalen Arbeit, neben der Pikett geleistet wird, fehlt (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 12).

3.7.3 Weiter stellt sich die Frage, wie Bereitschaftsdienst zu entschädigen ist. Die Frage der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes wird im Arbeitsgesetz nicht behandelt. In BGE 124 III 251 hält das Bundesgericht zunächst fest, dass Arbeitsbereitschaft im Betrieb und die einzelnen Arbeitseinsätze auch privatrechtlich Arbeitszeit darstellen und zu entlönnen sind. Das Bundesgericht hat allerdings eingeräumt, dass die Bereitschaftszeit, d. h. die Zeit, zu der sich der Arbeitnehmer für allfällige Arbeitseinsätze bereithalten muss, nicht zum selben Ansatz zu entschädigen ist wie die normale Arbeitstätigkeit (BGE 124 III 251). Die Lohnfrage für blossere Rufbereitschaft entscheidet sich primär aufgrund der einzel- oder gesamtarbeitsvertraglichen Abrede. Besteht keine Abrede, ist die Rufbereitschaft zu entlönnen, allerdings nicht zum gleichen Ansatz wie die normale Arbeitstätigkeit, da einerseits der Arbeitnehmer die Zeit noch anders nutzen kann, andererseits die betriebswirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers an der Tätigkeit oft geringer sind. Massgebend ist in erster Linie die Üblichkeit und in zweiter Linie das billige Ermessen des Richters (BGE 124 III 251; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). Dies gilt auch für den Pikett-dienst (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 13).

Fehlt es an einer Parteivereinbarung für die Lohnfestsetzung, wären die in die Ermessensausübung einflussenden Kriterien nach der Argumentation des Bundesgerichts wohl vor allem das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität, in welcher der Arbeitnehmer die Zeit für

arbeitsfremde Verrichtungen nutzen konnte (BGE 124 III 249 E. 3b). Da die Wartezeit von der Intensität her gesehen zwischen der eigentlichen Arbeitszeit und der Ruhezeit einzuordnen ist und keine vollkommene Freizeit darstellt, ist ein im Vergleich zum Arbeitseinsatz reduzierter Lohn gerechtfertigt (BGE 124 III 249). Die Angemessenheit hat sich an der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers zu orientieren, d.h. je grösser sie in Bezug auf die Nutzung der Wartezeiten für die individuellen Bedürfnisse ist, desto höher hat die Entschädigung zu sein, damit sie als angemessen betrachtet werden kann. Das Bundesgericht hält fest, dass die Entschädigung der Wartezeiten in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden kann. In einem Entscheid des Tribunale d' appello del Cantone Ticino vom 1.12.2000 (JAR 2001, S. 188 ff.) erachtete das Gericht bei einem Arbeitnehmer, der jeweils innert kurzer Frist aufgrund eines Anrufes zur Arbeit erscheinen musste, einen Stundenlohn von 50 % desjenigen für die effektiven Arbeitseinsätze für angemessen. Es berücksichtigte dabei, dass der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes grundsätzlich über einen grossen Spielraum verfügt, weil er nicht im Betrieb sein muss und deshalb frei über seine Zeit verfügen kann. Allerdings wird auch erkannt, dass der Arbeitnehmer die ständige Pflicht hat, erreichbar und innerhalb kürzester Zeit verfügbar zu sein und keiner typischen Freizeitbeschäftigung nachgehen kann, ohne die Gewissheit zu haben, nicht plötzlich abgerufen zu werden. Dadurch wird die Qualität der Freizeit deutlich vermindert, was bei der Bemessung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen ist. Auch besteht eine unvermeidbare psychologische Belastung, weil immer damit gerechnet werden muss, dass ein Abruf erfolgt. Seine persönliche Freiheit wird dadurch schwerwiegend eingeschränkt, da er sich nicht allzu weit vom Arbeitsplatz entfernen kann.

Das Arbeitsgericht Zürich hatte den Fall einer Arbeitnehmerin, die die Betreuung einer pflegebedürftigen Person in deren Haus übernommen und da selber auch ein Zimmer hatte, zu beurteilen. Sie machte eine wöchentliche Arbeitszeit von rund 112 Stunden geltend, wobei aber lediglich 50 Stunden auf die eigentliche berufliche Tätigkeit entfielen, der Rest hingegen «Schlaf/Erholungspikett» darstellte. Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass dieser Schlaf/Erholungspikett nicht zusätzlich zu entschädigen sei und dass der Vertrag angesichts eines Monatslohnes von CHF 6'380.20 zuzüglich 13. Monatslohn auch nicht unsittlich sei (Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich 2010, Nr. 22). Bei einer Coiffeuse, die ihre Einsatzzeiten in der Regel am Vortrag per Fax erhielt und einen monatlichen Mindestlohn von CHF 2'800.00 garantiert hatte, was je nach Einsatzhäufigkeit für den Bereitschafts-dienst CHF 3.50 bis CHF 5.05 pro Stunde ergab, wurde die Entschädigung angesichts der hohen Disponibilität über die Bereitschaftszeit als genügend angesehen (TC FR in JAR 2003, S. 160). Die Chambre d'appel GE hielt eine Entlohnung der Rufbereitschaft zu einem Viertel des vertraglichen Stundenlohnes für angemessen (JAR 2007, S. 435). In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 zu Pikettdienst hatte das Bundesgericht allerdings keine Einwendungen gegen den Entscheid der Vorinstanz gehabt, dass bei nur sehr geringfügiger Beschränkung der persönlichen Gestaltungs-freiheit eine Entschädigung der Rufbereitschaft auch entfallen könne (BGer 4A_523/2010).

In der Lehre werden folgende Bemessungskriterien herangezogen. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH berücksichtigen das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität des Arbeitnehmers, in welcher dieser in den Wartezeiten die Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen kann (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). Letzteres hängt vor allem von der Abrufzeit ab, d.h. innert welcher Frist sich der Arbeitnehmer zur Arbeit einzufinden hat (so EGLI, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, S. 210; ähnlich ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 59; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, S. 46). Seltene Abrufe sind als die Intensität der Rufbereitschaft reduzierende Faktoren zu berücksichtigen (vgl. EGLI, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, S. 210). Senti sieht als absolutes Bemessungskriterium das Ausmass der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers an. Diese hängt von der Ankündigungsfrist und den Schwankungen des effektiven Einsatzes ab (SENTI, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pickettdienst, ZBJV 2006, S. 671). Andere Autoren wie Schürer und Byrne-Sutton gehen davon aus, dass der Bereitschafts-dienst mit mindestens ca. 25% des Lohnes für die effektive Arbeitszeit entgolten werden muss, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (SCHÜRER, Arbeit und Recht, S. 127; BYRNE-SUTTON, Le contrat de travail à temps partiel, S. 101). Henneberger und Rieder nehmen zunächst den Lohn des effektiven Arbeitseinsatzes als Ausgangspunkt und setzen die Entschädigung in Prozenten von diesem fest. Als erste Determinante nehmen sie die Ankündigungsfrist, als zweite die Relation zwischen effektiven Arbeitseinsätzen und Bereitschaftsdienst (HENNEBERGER/RIEDER, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011, S. 8 ff.).

3.7.4 Der Klägerin stand während ihrer jeweiligen Einsätze ein eigenes Zimmer in der Wohnung des von ihr zu betreuenden S [...] zur Verfügung. Während ihrer Abwesenheit wurde dieses Zimmer von P [...] bewohnt. Der Antwort des Arztes lässt sich entnehmen, dass S [...] aufgrund seiner schweren Erkrankung und der damit verbundenen Hilflosigkeit rund um die Uhr betreut werden musste und auch während der Nacht nicht alleine gelassen werden konnte. Man habe ihn indes alleine im Bett liegen lassen können und es sei keine Sitzwache nötig gewesen. Er habe aber Hilfe gebraucht, wenn er während der Nacht zum Beispiel auf das WC [habe gehen müssen]. Auch die Klägerin selber hat anlässlich ihrer Befragung u.a. dieses Beispiel angeführt. Die Zeugin P [...] nannte das Beispiel Fenster öffnen. Was die Häufigkeit derartiger Hilfeleistungen anbelangt, hat die Klägerin angeführt, diese seien etwa 3 – 4 Mal pro Woche vorgekommen.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Klägerin zwischen 20:00 und 07:00 Uhr in ihrem Zimmer in der Wohnung des zu betreuenden S [...] aufhielt und sich für allfällige Abrufe bereithielt. Zu effektiven Einsätzen kam es lediglich 3 – 4 Mal pro Woche, wobei diese Einsätze von kurzer Dauer gewesen sein dürften. Da der von der Klägerin erbrachte Bereitschaftsdienst in der Wohnung der zu betreuenden Person und damit am Arbeitsort selber erfolgte, zählt die Präsenzzeit zwischen 20:00 und 7:00 Uhr im

Umfang von 11 Stunden ohne weiteres sowohl im öffentlich-rechtlichen als auch im privatrechtlichen Sinn zur Arbeitszeit.

Bezüglich der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes haben die Parteien keine Regelung getroffen. Auch der GAV Personalverleih regelt die Entschädigung von Bereitschaftsdienst nicht.

Die Klägerin setzt für den Bereitschaftsdienst einen Stundenlohn von CHF 10.01 (55 % des Grundlohnes) ein. Sie verweist unter anderem auf die Entschädigung von Sitzwachen sowie von Betreuerinnen einer privaten Spitexorganisation.

Die von der Klägerin angeführte Entschädigung bei Sitzwachen betrifft einen durchgehenden Nachtdienst. Die Sitzwache zeichnet sich zudem dadurch aus, dass die Sitzwache bei einer Person, die schwer krank ist oder im Sterben liegt, am Bett sitzt, um diese Person zu begleiten und menschliche Nähe zu vermitteln. Eine derartige Tätigkeit steht aber vorliegend nicht zur Beurteilung. Zudem war eine Sitzwache laut Dr. B [...] bei S [...] auch gar nicht nötig. Auch auf die Ansätze für Nachtbereitschaft einer Betreuerin bei einer privaten Spitexorganisation kann nicht ohne weiteres abgestellt werden, da Angaben zum genauen Tätigkeitsbereich, zur massgebenden Stufe der Dienstleistung sowie zur Intensität der Bereitschaft sowie zur Einsatzhäufigkeit fehlen.

Massgebend für die Bemessung ist daher das billige Ermessen des Gerichts. Bei der Bemessung der Entschädigung für den Bereitschaftsdienst ist zunächst vom für effektive Einsätze vereinbarten Stundenlohn auszugehen. Dieser betrug CHF 17.74. Zieht man die einzelnen in der Lehre und Rechtsprechung genannten Kriterien zur Bemessung der Entschädigung heran, ergibt sich folgendes Bild:

Das Interesse der zu betreuenden Person an der Bereitschaft der Klägerin ist aufgrund seiner Hilflosigkeit und Pflegebedürftigkeit als hoch einzustufen. Da der Bereitschaftsdienst vor Ort geleistet wurde und ein effektiver Einsatz damit möglichst zeitnah zum Abruf zu erfolgen hatte, ist das Ausmass der persönlichen Einschränkung ebenfalls hoch. Die Klägerin kann über die Wartezeit nur sehr eingeschränkt verfügen. Auch besteht keine Disponibilität, weil die Klägerin nie weiss, ob sie nochmals abgerufen wird. Dies schränkt nicht nur das soziale Leben ein, sondern die Arbeitnehmerin wird auch permanent mit einem psychologischen Stress belastet, weil sie jederzeit mit einem Abruf rechnen muss. Die Qualität der Zeit, welche die Klägerin für sich hat und für persönliche Angelegenheiten einsetzen kann, ist als gering einzustufen. Als reduzierender Faktor ist indes zu berücksichtigen, dass die Abrufe verglichen mit der Präsenzzeit äusserst selten waren und dass die einzelnen Einsätze eher von kurzer Dauer gewesen sein dürften. So konnte die Klägerin die Wartezeit, wenngleich aufgrund der Ortsgebundenheit in eingeschränkter Weise, für persönliche und arbeitsfremde Zwecke nutzen. Auch ist nicht völlig undenkbar, dass sie die Wohnung für kurze Zeit verlassen konnte. Wie von der Zeugin gehört und aus der Verrichtungsliste ersichtlich, konnte S [...] alleine gelassen werden, wenn die Betreuerinnen Einkäufe erledigen mussten. Die Klägerin benötigte dafür gemäss Verrichtungsliste eine Stunde. Dies lässt den Schluss zu, dass man S [...] auch während der Nacht mindestens eine Stunde hätte alleine lassen können, um eine

Bekannte zu treffen oder einen Spaziergang zu unternehmen. Die heutige Technik erlaubt es überdies, dass der Arbeitnehmer mittels Mobiltelefon oder ähnlichem während des Bereitschaftsdienstes jederzeit erreichbar ist, sodass der Arbeitgeber ihn bei Bedarf abrufen kann. Die Klägerin musste die Wartezeit damit nicht zwingend in ihrem Zimmer in der Wohnung des von ihr zu betreuenden S [...] verbringen. Da die Klägerin über ein Zimmer am Arbeitsort verfügte, lässt sich der von ihr geleistete Bereitschaftsdienst auch nicht ohne weiteres mit dem normalerweise im Betrieb, bspw. einer Fabrik, geleisteten Bereitschaftsdienst vergleichen. Die Klägerin konnte sich ab 20:00 Uhr in ihr Zimmer zurückziehen. Sie hatte dort die Möglichkeit, die Wartezeit zumindest in einem gewissen Umfang für persönliche Angelegenheiten einzusetzen, sich zu erholen und vor allem während der Nacht auch zu schlafen. Aufgrund all dieser Umstände erscheint eine Entschädigung in der Höhe von rund 50 % des Stundenlohns für die effektive Arbeitszeit als angemessen. Dies ergibt einen Stundenlohn von CHF 8.87 für den Bereitschaftsdienst.

3.8 Nebst der Entschädigung der geleisteten Stunden sowie des Bereitschaftsdienstes verlangt die Klägerin diverse Zuschläge.

3.8.1 Sie macht geltend, sie habe wöchentlich 140 Stunden geleistet. Da die vertragliche Wochenarbeitszeit 42 Stunden betrage, seien 98 Überstunden angefallen. Gemäss Art. 12 Abs. 2 GAV seien die 43. - 45. Wochenstunde zuschlagsfrei, weshalb nur die 77 geleisteten Wochenstunden Arbeitsbereitschaft zuschlagsberechtigt seien. Diese Überstunden seien gestützt auf Art. 321c OR bzw. Art. 12 Abs. 2 GAV Personalverleih mit einem Zuschlag von 25 % zu vergüten. Zudem sei gemäss Art. 12 Abs. 2 GAV ein Sonntagszuschlag von 50 % zu den jeweils unterschiedlichen Lohnansätzen von Normaldienst und Bereitschaftsdienst für die am Sonntag erbrachten 9 Stunden Normaldienst und 11 Stunden Bereitschaftsdienst zu entrichten.

Gemäss Art. 12 GAV Personalverleih beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 42 Stunden. Die 43. – 45. Wochenstunde gelten als zuschlagsfrei zu bezahlende oder 1:1 zu kompensierende Überstunden. Die 46. bis maximal 50. Wochenarbeitsstunde gilt als Überzeit und wird an Wochentagen mit 25 % Lohnzuschlag, an Sonntagen mit 50 % Lohnzuschlag ausbezahlt. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz. Nach Art. 24 werden Zuschläge für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit nicht kumuliert. Es gilt der jeweils höhere Ansatz.

Das Arbeitsgesetz sieht in Art. 13 ebenfalls die Ausrichtung eines Lohnzuschlages von wenigstens 25 % für Überzeitarbeit vor, soweit diese nicht durch Freizeit angemessen kompensiert werden kann. Für vorübergehende Sonntagsarbeit ist dem Arbeitnehmer ein Lohnzuschlag von 50 % zu bezahlen (Art. 19 Abs. 3 ArG). Als vorübergehend gemäss Art. 40 Abs. 3 ArGV 1 ist Sonntagsarbeit zu verstehen, die an nicht mehr als 6 Sonntagen geleistet wurde. Art. 33 ArGV 1 sieht ebenfalls vor, dass wenn für die gleiche Zeitspanne verschiedene Vorschriften des Gesetzes über die Ausrichtung von Lohnzuschlägen anwendbar sind, der für den Arbeitnehmer günstigere Zuschlag zu entrichten ist.

Gemäss Einsatzvertrag haben die Parteien eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug indes 136 Stunden (7 AT x 20 Stunden – 4 Stunden). Es resultieren somit pro Woche 94 Überstunden. Gemäss GAV Personalverleih ist ab der 46. Wochenstunde ein Zuschlag von 25 % zu gewähren.

Die Klägerin verlangt den Zuschlag von 25 % für die Überstunden lediglich auf 77 Stunden der Arbeitsbereitschaft. Die wöchentlich 77 Stunden der Arbeitsbereitschaft sind daher mit einem Zuschlag von CHF 2.2175 (CHF 8.87/4) pro Stunde zu vergüten.

Bei der von der Klägerin geleisteten Sonntagsarbeit handelt es sich indes nicht um vorübergehende Sonntagsarbeit, weshalb auf diese Stunden kein Zuschlag von 50% zu entrichten ist. Da es sich bei den tagsüber im Normaldienst am Sonntag geleisteten 9 Stunden jedoch um Überzeit handelt, ist der Klägerin immerhin auf diese Stunden der Überzeitzuschlag von 25 % zu gewähren.

3.8.2 Die Klägerin begehrt ferner gestützt auf Art. 17b Abs. 2 ArG einen Zuschlag von 10 % auf den Lohn für die Zeit während der sie Nachtarbeit geleistet hat.

Nachtarbeit von längerer Dauer kann für den Arbeitnehmer gesundheitliche Beeinträchtigungen oder Schäden mit sich bringen. Da der Erholungswert des Schlafes am Tag nicht derselbe ist wie in der Nacht, ist es wichtig, Arbeitnehmern, die regelmässig nachts arbeiten, zusätzliche Ruhezeiten zu gewähren, damit sie sich von den mit der Nachtarbeit verbundenen Anstrengungen erholen können (vgl. seco, Merkblatt Zeitzuschlag vom 10 % für regelmässige Nachtarbeit, S. 1).

Art. 17b Abs. 2 ArG sieht deshalb vor, dass Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, Anspruch auf Kompensation von 10 % der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben, haben. Nachtarbeit umfasst den Zeitraum zwischen 23:00 Uhr und 06:00 Uhr. Dauernde oder wiederkehrende Nachtarbeit leistet ein Arbeitnehmer, wenn er in 25 oder mehr Nächten pro Kalenderjahr zum Einsatz gelangt (Art. 31 Abs. 1 ArGV 1). Der Zeitzuschlag berechnet sich gemäss Art. 31 Abs. 2 ArGV 1 auf Grund der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit.

Der Zeitzuschlag soll somit einen Ausgleich ermöglichen, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich während der Nacht Arbeit leistet. So sind etwa beim Pikettdienst die gesetzlich vorgesehenen Lohn- und Zeitzuschläge dann zu gewähren, wenn die Arbeitnehmenden in der Nacht zu einem Einsatz gerufen werden (vgl. seco, Merkblatt zum Pikettdienst, S. 1).

Die Klägerin hat zwar während ihrer Befragung ausgeführt, dass es während ihres Bereitschaftsdienstes pro Woche zu 3 – 4 Einsätzen gekommen sei. Zu welchem Zeitpunkt und in welchem zeitlichen Umfang diese Einsätze erfolgt sind, wurde allerdings nicht genauer dargelegt. Die Klägerin hat sich darauf beschränkt, lediglich die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes als solchen und nicht die Abgeltung effektiver Einsätze einzuklagen. Auf den Bereitschaftsdienst als solchen ist aber kein Zeitzuschlag zu gewähren. [...]»

(Entscheid des Arbeitsgerichts vom 27.10.2014 i.S.v. J. gegen K. AG, GS 2013.32)