

**GEWERBLICHES SCHIEDSGERICHT  
BASEL-STADT**

**BERICHT**

**ÜBER DIE RECHTSPRECHUNG IN DEN JAHREN 2003 UND 2004**

Vorsitz im Jahre 2003: Dr. H. Wohlfart, Zivilgerichtspräsident

Vorsitz im Jahre 2004: Dr. M. Stein-Wigger, Zivilgerichtspräsident

Redaktion: lic. iur. F. Emmel, Gerichtsschreiber

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

Nachdruck unter Quellenangabe gestattet

Basel, Mai 2005

# Inhaltsübersicht

Seite

<b>A.</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>B.</b>	<b>Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen</b> .....	<b>2</b>
<b>1.</b>	<b><u>Prozessrechtliche Fragen</u></b>	
<b>1.1.</b>	<b>Örtliche Zuständigkeit</b>	
1.1.1.	Internationalrechtlich (Art. 3 Abs. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ) (siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)	
1.1.2.	Binnenrechtlich (Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 GestG) (siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)	
<b>1.2.</b>	<b>Rasches Verfahren ( Art. 343 Abs. 2 OR)</b> Zur Mitwirkungspflicht der Parteien zur Vermeidung von Prozessverzögerungen, (siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)	
<b>1.3.</b>	<b>Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)</b>	
1.3.1.	Geringere Anforderungen bei anwaltlicher Vertretung? (siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)	
1.3.2.	Amtliche Abklärung der Arbeitgeberidentität? (siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)	
<b>1.4.</b>	<b>Vorladung: Anforderungen</b> (siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)	
<b>1.5.</b>	<b>Urkundenbeweis (§ 99 ff. ZPO)</b> Folgen der Verweigerung der Urkundenedition (§ 109, 111 ZPO) (siehe unter Ziffer 2.5., S. 24)	
<b>1.6.</b>	<b>Zeugen (§ 113 ff. ZPO)</b>	
1.6.1.	Zur Zeugenqualität von Angestellten (§ 115 ff. ZPO) (siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)	
1.6.2.	Anhörung nur auf amtliche Ladung (§ 121 ZPO)? (siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)	

1.7.	<b>Parteientschädigung vor Gewerblichem Schiedsgericht</b> (§ 216 Abs. 2 ZPO) .....	3
2.	<b><u>Materiellrechtliche Fragen nach OR</u></b>	
2.1.	<b>Arbeitsvertrag Art. 319 OR</b> Einsatz auf Baustelle: Zu welcher von zwei möglichen Arbeitgeberinnen besteht ein Arbeitsvertrag? .....	6
2.2.	<b>Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)</b>	
2.2.1.	Überlassung der Betriebsführung an Dritten als Duldungsvollmacht zum Abschluss von Arbeitsverträgen nach Art. 32 Abs. 2 OR? .....	9
2.2.2.	Keine Anwendung der Gleichgültigkeitsregel in Art. 32 Abs. 2 OR auf Arbeitsverträge? .....	11
2.3.	<b>Überstunden (Art. 321c OR)</b>	
2.3.1.	Auslegung einer Überstundenklausel ("angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert werden") .....	16
2.3.2.	Auslegung einer Überstundenklausel (Überstunden "müssen innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung anerkannt werden") .....	20
2.4.	<b>Lohnhöhe (Art. 322 Abs. 1 OR)</b> Auslegung einer Lohnabrede als eine solche über Mindestlohn .....	23
2.5.	<b>Provision (Art. 322b f. OR)</b> Einsichtsrecht des Arbeitnehmers contra Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers (Art. 322c Abs. 2 OR) .....	24
2.6.	<b>Freistellung</b>	
2.6.1.	Pflicht zur Kompensation von Überstunden? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)	
2.6.2.	Pflicht zum Ferienbezug? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)	
2.6.3.	Geltung des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c OR)? (siehe unter Ziffer 2.12.1., S. 79)	

<b>2.7.</b>	<b>Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)</b>	
2.7.1.	Pflicht des Arbeitnehmers zur Untersuchung durch Vertrauensarzt? .....	29
2.7.2.	Fristlose Kündigung bei verweigerter vertrauensärztlicher Untersuchung? .....	29
2.7.3.	Lohnverlust bei verweigerter vertrauensärztlicher Untersuchung? .....	29
2.7.4.	Lohnanspruch bzw. Anspruch auf Krankentaggelder über Kündigungsende hinaus? .....	32
<b>2.8.</b>	<b>Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)</b>	
	Kostenbeteiligung der Arbeitnehmerin an vorgeschriebenen Arbeitskleidern? .....	34
2.8.1.	Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts .....	36
2.8.2.	Urteil des Appellationsgerichts .....	39
<b>2.9.</b>	<b>Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)</b>	
2.9.1.	Anforderungen an einen Betriebsübergang (Art. 333 OR).....	42
2.9.2.	Voraussetzungen zur Annahme einer Umgehung von Art. 333 OR.....	43
2.9.3.	Anwendung von Art. 333 OR bei nachträglichem Wegfall eines Betriebsübergangs?.....	45
<b>2.10.</b>	<b>Kündigung (Art. 335 ff. OR)</b>	
2.10.1.	Anforderungen an die Begründung einer Kündigung während der Probezeit (siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)	
2.10.2.	Anhörungspflicht vor Kündigung? (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)	
<b>2.11.</b>	<b>Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR)</b>	
2.11.1.	Kündigungsschutz während der Probezeit? (siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)	
2.11.2.	Verhaftung und Untersuchungshaft als persönliche Eigenschaften (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)? Arbeitsverhinderung als Rechtfertigung?.....	51

2.11.3.	Häusliche Gewalt als persönliche Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)? Auswirkung auf Zusammenarbeit im Betrieb? Fehlende Rechtfertigung mangels Auswirkung auf Zusammenarbeit im Betrieb? .....	51
2.11.4.	Krankheit als persönliche Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)?	
2.11.4.1.	Zur Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit auf die Rechtfertigung der Kündigung (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)	
2.11.4.2.	Zur Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit und der Verschuldensfrage auf Rechtfertigung .....	53
2.11.5.	Unzulässige Vereitelung des Anspruchs auf eine vereinbarte Stelle (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR)? .....	56
2.11.6.	Differenzen zwischen Arbeitsvertragsparteien als Missbrauchstatbestand? Voraussetzungen (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR)? .....	57
2.11.7.	Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung als Missbrauchstatbestand. Voraussetzungen? .....	61
2.11.8.	Kündigung wegen bevorstehender Rekrutenschule (Art. 336 Abs. 1 lit. e OR)? .....	66
2.11.9.	Missbräuchliche Änderungskündigung: Voraussetzungen .....	67
2.11.10.	Entschädigung (Art. 336a OR): Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)	
2.11.11.	Nachweis der Missbräuchlichkeit. (siehe unter Ziffer 2.11.4.2., S. 53)	
<b>2.12.</b>	<b>Kündigung zur Unzeit (Art. 336c ff. OR)</b>	
2.12.1.	Während Freistellung (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)? .....	79
2.12.2.	Welche Sperrfrist bei Arbeitsunfähigkeit am Übergang von Dienstjahr mit kürzerer Sperrfrist zu Dienstjahr mit längerer Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR)? .....	81
2.12.3.	Sperrfrist bei ärztlichem Eingriff: Voraussetzungen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) .....	91
2.12.4.	Sperrfrist bei Arbeitsunfähigkeit während Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)	

<b>2.13.</b>	<b>Fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)</b>	
2.13.1.	Gerechtfertigte Kündigung bei schwerer Treuepflichtverletzung durch Bezug von Leistungen des Arbeitgebers .....	95
2.13.2.	Nicht gerechtfertigte Kündigung bei nicht genehmigter Nebentätigkeit .....	100
2.13.3.	Nachweisproblematik bei Kassenfehlbeträgen .....	103
2.13.4.	Wiederherstellung verlorener Unzumutbarkeit für Arbeitgeber? .....	103
2.13.5.	Entschädigung (Art. 337c Abs. 3 OR): Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)	
<b>2.14.</b>	<b>Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)</b>	
	Zur massgebenden Kundenbeziehung (Art. 340 Abs. 2 OR) .....	106
<b>2.15.</b>	<b>Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)</b>	
	Bedeutung einer Per-Saldo-Klausel auf Lohnabrechnung. (siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)	
<b>3.</b>	<b><u>Weitere Erlasse</u></b>	
<b>3.1.</b>	<b>Gleichstellungsgesetz (GIG)</b>	
	Diskriminierende Kleidervorschriften (Art. 3 GIG) (siehe unter Ziffer 2.8., S. 34)	
<b>3.2.</b>	<b>Berufsbildungsverordnung (BVV)</b>	
	Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise: Voraussetzungen (Art. 69 BVV) .....	109
<b>3.3.</b>	<b>Römer-Übereinkommen</b>	
	Zur Rechtswahl in Arbeitsverträgen (Art. 6 Abs. 1 RömÜ). (siehe unter Ziffer 2.11.9., S. 67)	
<b>C.</b>	<b>Statistiken der Berichtsjahre 2003 und 2004 .....</b>	<b>115</b>

## A. Einleitung

In den Berichtsjahren 2003 und 2004 wurden 506 bzw. 457 Gerichtsverfahren abgeschlossen, wovon 167 bzw. 193 durch Urteil. Die durch Vergleich, Rückzug der Klage oder durch Klaganerkennung erledigten Fälle betragen im Jahre 2003 59,1% und im Jahre 2004 60,4%. Die genaue Statistik über die in den Berichtsjahren beim Gewerblichen Schiedsgericht eingegangenen und von diesem erledigten Fälle sind dem Bericht am Ende angefügt (S. 115). Gegen die vom Gewerblichen Schiedsgericht in den Berichtsjahren mit Urteil abgeschlossenen Fälle wurde gemäss § 242 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO in 19 (2003) und in 14 Fällen (2004) Beschwerde an das Appellationsgericht erhoben, wovon jeweils vier Beschwerden ganz oder teilweise gutgeheissen wurden. In drei Fällen wurde danach noch das Bundesgericht angerufen, das jedoch die Berufung bzw. die zwei staatsrechtlichen Beschwerden abgewiesen hat (siehe unter B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen Ziffer 2.11.7., S. 61, Ziffer 2.14., S. 106 und Ziffer 2.9.1. f., S. 42). Eine Beschwerde gegen ein Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts aus dem Jahre 2004 ist zur Zeit noch beim Appellationsgericht hängig.

Im Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts in den Jahren 2003 und 2004 wurde darauf hingewiesen, dass per 6. Dezember 2001 die Änderung der baselstädtischen Zivilprozessordnung in Kraft getreten ist, welche die Zulassung der Advokatinnen und Advokaten vor dem Gewerblichen Schiedsgericht nicht mehr von einem besonderen Interesse der anwaltlich vertretenen Prozesspartei abhängig macht. Während vor dieser Gesetzesrevision kaum je Advokatinnen und Advokaten vor den Schranken aufgetreten sind, ist dies im Jahre 2004 bereits in 37,75% aller vor dem Gewerblichen Schiedsgericht verhandelten Streitigkeiten der Fall gewesen. Mit der erwähnten Revision der Zivilprozessordnung wurde zudem die Vorschrift (§ 216 Abs. 2 ZPO) aufgenommen, dass der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, worauf ebenfalls im letzten Rechtsprechungsbericht hingewiesen wurde. Vorbehalten bleibt ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen. Um die Abkehr von der bisherigen, gegenteiligen Regelung für die Parteien zu mildern, hat das Gewerbliche Schiedsgericht in der Folge den Billigkeitsgründen weiten Raum eingeräumt (siehe Rechtsprechungsbericht 2000-2002, S. 4). Im letzten Jahr hat nun jedoch das Appellationsgericht in einem Urteil klargestellt, dass in aller Regel Parteientschädigungen zuzusprechen sind (siehe Urteil unter B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen Ziffer 1.7., S. 3).

Auf den 1. Juli 2003 sind die Berufsgruppen, aus denen die Richterinnen und Richter beim Gewerblichen Schiedsgericht bestellt werden, von zehn auf sechs reduziert worden. Neu gelten folgende Gruppen:

Gruppe 1: Bau, Immobilien, Reinigung, Gewerbe und Industrie (soweit nicht anderweitig speziell eingeteilt)

Gruppe 2: Gastgewerbe

Gruppe 3: Handel, Verwaltung, Verkauf, Elektronische Datenverarbeitung (EDV), Chemische Industrie

Gruppe 4: Transport, Autogewerbe

Gruppe 5: Gesundheit und Erziehung

Gruppe 6: Medien, Theater, Druck und Papier

Gleichzeitig wurde auch die Anzahl der Richterinnen und Richter von bisher je zehn (Gruppen 1 bis 3) bzw. je sechs (übrige Gruppen) Arbeitgeberinnen bzw. Arbeitgebern sowie Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern auf jeweils die Hälfte reduziert. Die Anzahl der Berufsgruppen und jene der Gerichtsmitglieder wurden vermindert, weil es für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände schwieriger geworden ist, interessierte und geeignete Personen für das Richteramt vorzuschlagen. Zudem bestand bei den Richterinnen und Richtern das Bedürfnis, vermehrt zum Einsatz zu gelangen.

## **B. Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen**

Die Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichts werden gewöhnlich mündlich eröffnet. Eine schriftliche Begründung erfolgt in der Regel nur im Rahmen einer Vernehmlassung an das Appellationsgericht, wenn gegen das Urteil Beschwerde erhoben worden ist. Im Folgenden werden zu einzelnen bestimmten Rechtsfragen die Urteilerwägungen des Gewerblichen Schiedsgerichts und des Appellationsgerichts sowie in einem Fall auch des Bundesgerichts (Ziffer 2.11.7., S. 61) wiedergegeben.

### **1. Prozessrechtliche Fragen**

#### **1.1. Örtliche Zuständigkeit**

1.1.1. Internationalrechtlich (Art. 3 Abs. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ)  
(siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)

1.1.2. Binnenrechtlich (Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 GestG)  
(siehe unter Ziffer 2.11.9, S. 67)

- 1.2. **Rasches Verfahren ( Art. 343 Abs. 2 OR)**  
Zur Mitwirkungspflicht der Parteien zur Vermeidung von Prozessverzögerungen,  
(siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)
- 1.3. **Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR)**
- 1.3.1. Geringere Anforderungen bei anwaltlicher Vertretung?  
(siehe unter Ziffer 2.2.2., S. 11)
- 1.3.2. Amtliche Abklärung der Arbeitgeberidentität?  
(siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)
- 1.4. **Vorladung: Anforderungen** (siehe unter Ziffer 2.9.3., S. 45)
- 1.5. **Urkundenbeweis (§ 99 ff. ZPO)**  
Folgen der Verweigerung der Urkundenedition (§ 109, 111 ZPO)  
(siehe unter Ziffer 2.5., S. 24)
- 1.6. **Zeugen (§ 113 ff. ZPO)**
- 1.6.1. Zur Zeugenqualität von Angestellten (§ 115 ff. ZPO)  
(siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)
- 1.6.2. Anhörung nur auf amtliche Ladung (§ 121 ZPO)?  
(siehe unter Ziffer 2.13.1., S. 95)
- 1.7. **§ 216 Abs. 2 ZPO. Der obsiegenden Partei im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht muss eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn nicht Billigkeitsgründe einen anderen Entscheid rechtfertigen. Billigkeitsgründe für den Verzicht auf die Parteientschädigung sind regelmässig nur im Verhältnis und Verhalten der Parteien, allenfalls auch in ihren finanziellen Verhältnissen zu finden.**

M. und fünf weitere ehemalige Verkäuferinnen der F. AG haben am 19. März 2003 vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Klagen erhoben, mit welchen sie die Rückerstattung von Abzügen für Berufskleider forderten. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat am 8. September 2003 alle Klagen gutgeheissen und die ausserordentlichen Kosten in allen Fällen wettgeschlagen (siehe unter Ziffer

2.8.1., S. 36). Auf Beschwerde von M. & Consorten hat das Appellationsgericht am 24. Februar 2004 den Kostenentscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts aufgehoben und den mit ihren Klagen obsiegenden Klägerinnen Parteientschädigungen zulasten der F. AG zugesprochen. Dabei hat es Folgendes erwogen:

„ [...] 2. Die Vorinstanz hat bei grundsätzlicher Gutheissung der Klagen die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen und damit den obsiegenden Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung verweigert. Diese berufen sich darauf, dass nach § 216 Abs. 2 ZPO in der heute geltenden Fassung in Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Parteientschädigungen zuzusprechen seien, wenn nicht Billigkeitsgründe dagegen sprächen. Das Gewerbliche Schiedsgericht verweist in seiner Vernehmlassung demgegenüber auf den weiten Spielraum, der ihm nach seiner Rechtsprechung zu § 216 Abs. 2 ZPO bei den Billigkeitserwägungen zustehe (vgl. auch Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts über die Rechtsprechung der Jahre 2000 bis 2002, S. 4). In den beurteilten Fällen sei es der Überlegung gefolgt, dass es sich unter den Parteien um eine strittige Angelegenheit gehandelt habe, deren Beurteilung durch das Gericht die Beklagte trotz der objektiven Rechtslage aufgrund der Urteile aus dem Jahr 1997 habe abwarten dürfen.

3. a) Das Appellationsgericht hatte sich bisher noch nie mit der Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts zur Frage der Verteilung der ausserordentlichen Kosten nach neuem Recht zu befassen. Hingegen ist es im Zusammenhang mit der Kostenverlegung in eigenen Beschwerdeverfahren wiederholt davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber die Regelung der Parteientschädigung mit der Revision grundsätzlich umgekehrt habe und dass dieser Wille des Gesetzgebers, der in der heutigen Formulierung von § 216 Abs. 2 ZPO klar zum Ausdruck komme, beachtet werden müsse (zuletzt: AGE vom 15. Dezember 2003 i.S. K.S.; vgl. auch den zit. Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts, S. 4 in fine).

b) In der alten Fassung lautete § 216 Abs. 4 ZPO wie folgt: *„Die Kosten einer Vertretung oder einer Verbeiständung im Sinne von § 13 Abs. 1 können der Gegenpartei nicht überbunden werden; vorbehalten bleibt ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen.“*

In der Fassung gemäss Grossratsbeschluss vom 25. Oktober 2001, wirksam seit dem 9. Dezember 2001, ist Abs. 4 zu Abs. 2 geworden und lautet nun: *„Der obsiegenden Partei*

*ist eine Parteientschädigung nach den Bestimmungen von § 172 ZPO zuzusprechen. Vorbehalten bleibt ein anderslautender Entscheid des Gerichts aus Billigkeitsgründen.“*

Die Vorinstanz hat sich im bereits erwähnten Rechtsprechungsbericht mit der Änderung von § 216 ZPO und ihrer praktischen Auswirkung eingehend befasst (Bericht S. 3 f.). Zu seiner eigenen Praxis hat es erklärt, § 216 Abs. 2 i. V. m. § 172 ZPO werde in dem Sinne ausgelegt, dass grundsätzlich jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten trage. Parteientschädigungen würden erst dann zugesprochen, wenn die im Prozess unterliegende Partei trotz hinreichender Kenntnis der Sach- und Rechtslage, „wie sie einerseits von der obsiegenden Partei schon vor Klaganhebung ihr gegenüber geltend gemacht wurde und wie sie andererseits schliesslich auch dem Urteil durch das Gericht zugrundegelegt wurde,“ den Prozess riskiert habe, ohne dass hierfür selbst aus der Sicht eines juristischen Laien achtenswerte Gründe bestanden hätten. Zur Begründung seiner Auslegung führt das Gericht das Interesse der Parteien an einem ungehinderten Zugang zum Gewerblichen Schiedsgericht an, was auch dem Sinn von Art. 343 Abs. 3 OR entspreche. Aus der bisher bekannten Kostenverteilungs-Praxis des Appellationsgerichts wird geschlossen, dass dieses sich zwar „mehr am Wortlaut von § 216 Abs. 2 ZPO orientiert, dabei aber ebenfalls den Billigkeitserwägungen einen weiten Anwendungsraum einräumt.“

c) Der Praxis des Gewerblichen Schiedsgerichts steht der eindeutige Wortlaut von § 216 Abs. 2 ZPO entgegen, welcher der obsiegenden Partei *in der Regel* eine Parteientschädigung zuspricht. Davon darf nur aus Billigkeitsgründen abgewichen werden. Indem das Gewerbliche Schiedsgericht Parteientschädigungen nur ausnahmsweise zuspricht, verkehrt es den gesetzlichen Grundsatz in sein Gegenteil. Der Text des Gesetzes ist aber weder unklar noch lässt er verschiedene Deutungen zu. Es muss daher auch nicht erst mittels weiterer Auslegungselemente nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden (BGE 125 II 177 E. 3 S. 179, 124 II 372 E. 5 S. 376). Ungeachtet der nachvollziehbaren Gründe, welche das Gewerbliche Schiedsgericht für seine Praxis anführt, legt es das Gesetz aus, wo Auslegungsbedarf nicht besteht, weil der Wortlaut des Gesetzes klar ist. Seine Praxis erfolgt daher nicht in Auslegung des Gesetzes, sondern gegen das Gesetz. Das ist willkürlich. Vielmehr muss in Anwendung von § 216 Abs. 2 ZPO der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn nicht Billigkeitsgründe einen anderen Entscheid rechtfertigen. Ein Billigkeitsentscheid ist ein dem Einzelfall möglichst angemessener Entscheid, der alle erheblichen Umstände des Falls berücksichtigt und dabei die individuell-konkrete Interessenlage zum Gegenstand hat (Meier-Hayoz, Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, 3. A., Zürich 1979, S. 74). Nach dem Duden ist billig, was als gerecht und angemessen empfunden wird; unbillig, was als ungerecht und stossend, als „unangemessene Härte“ erscheint. Auch wenn dem Richter bei der Beurteilung der Billigkeit ein weites Ermessen zusteht, hat der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 216 Abs. 2 ZPO den Vor- bzw. Grundsatzentscheid getroffen, wonach die Zusprechung einer Parteientschädigung an die obsiegende Partei nicht per se

unbillig ist. Daran hat der Richter sich zu halten. In den vorliegenden Fällen ist daher zu prüfen, ob besondere Gründe die Zusprechung von Parteientschädigungen als unbillig erscheinen lassen.

d) Die Vorinstanz führt zur konkreten Begründung ihres Kostenentscheides in der Vernehmlassung aus, es habe *„sich unter den Parteien um eine strittige Angelegenheit gehandelt, deren Beurteilung durch das Gericht die Beklagte trotz der objektiven Rechtslage auf Grund der Urteile aus dem Jahr 1997 abwarten durfte.“* Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Nachdem Angelegenheiten, die vor dem Gewerblichen Schiedsgericht ausgetragen werden, regelmässig strittig sind, darin mithin kein Billigkeitsgrund zu finden ist, war für das Schiedsgericht offenbar entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin auf die Präjudizien aus dem Jahr 1997 vertraut hat. Dies hätte aber zur Folge, dass der Partei, die eine gesetzwidrige Praxis zu Fall bringt, aus Billigkeitsgründen die Parteientschädigung verweigert wird. Sie würde damit dafür bestraft, dass ein Richter zu besserer und richtiger Erkenntnis gelangt. Dies wäre offensichtlich unbillig. Ohnehin sind Billigkeitsgründe für den Verzicht auf die Parteientschädigung regelmässig nur im Verhältnis und im Verhalten der Parteien, allenfalls auch in ihren finanziellen Verhältnissen, kaum je aber im Verhalten des Richters zu finden.

Die vom Gewerblichen Schiedsgericht und von der Beschwerdegegnerin angeführten Gründe für die Wettschlagung der ausserordentlichen Kosten sind folglich klar gesetzwidrig und damit willkürlich, weshalb die angefochtenen Kostenentscheide aufzuheben und durch die Zusprechung von Parteientschädigungen zu ersetzen sind. Diese entstammen der Tabelle des Einzelrichters in Zivilsachen für die jeweiligen Streitwerte.

4. Das Beschwerdeverfahren ist gemäss Art. 343 Abs. 3 OR kostenlos. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist den Beschwerdeführerinnen zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 216 Abs. 2 ZPO). Billigkeitsgründe im Sinne der genannten Bestimmung, aus welchen auf die Zusprechung einer Parteientschädigung verzichtet werden könnte, liegen nicht vor. Da die Beschwerden gegen sechs Urteile in einem Verfahren zusammengefasst sind, erscheint es sachgerecht, für das Beschwerdeverfahren lediglich eine Parteientschädigung festzusetzen. Die Rechnung des Vertreters der Beschwerdeführerinnen lautet auf CHF 500.-- Honorar, CHF 42.10 Auslagenersatz sowie CHF 41.20 MwSt und ist tarifkonform. [...]“

(GSGE vom 8.9.2003 in Sachen M. & Konsorten gegen F. AG, GS 2003/113-118; AGE vom 24.2.2004, Verf. Nr. 997/2003)

## 2. Materielle rechtliche Fragen nach OR

- 2.1. **Art. 319, Art. 320 Abs. 2, Art. 321d OR. Für die Frage, zu welcher von zwei möglichen Arbeitgeberinnen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist vor allem auf die persönliche und organisatorische Abhängigkeit des Arbeitnehmers sowie darauf abzustellen, wem der Nutzen der geleisteten Arbeit zugute gekommen ist.**

Die E. AG hat die Planung und Ausführung von Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlageanlagen zum Zweck. Sie erhielt bei verschiedenen Projekten Aufträge für diverse Umbauarbeiten, unter anderem für Sanitärinstallationen. Für diese Installationen zog sie die darauf spezialisierte S. GmbH als Unterakkordantin bei. Da die S. GmbH als Zweimannunternehmen die Arbeiten nicht allein bewältigen konnte, schlug sie nach kurzer Zeit der E. AG den Beizug des Sanitärmeisters C. vor. C. war zu dieser Zeit arbeitslos. Nachdem C. der E. AG vorgeschlagen und vorgestellt worden war, wurde er ab dem 13. Juli 2002 auf deren Baustellen, auf denen jeweils auch die S. GmbH tätig war, eingesetzt. Am 28. Oktober 2002 wies die E. AG C. von der Baustelle, weil dieser dort Drogen konsumiert habe. Während der ganzen Dauer seines Einsatzes auf den Baustellen der E. AG erhielt C. weder von der S. GmbH noch von der E. AG Lohn und Lohnabrechnungen. Beide Unternehmen stellten sich auf den Standpunkt, dass C. bei der jeweils anderen Firma angestellt gewesen sei und von dieser Lohn zu erwarten habe. Da C. der Ansicht war, dass er mit der E. AG in einem Arbeitsverhältnis gestanden und mit dieser einen Stundenlohn von CHF 30.-- vereinbart hatte, verlangte er mit Klage vom 23. Januar 2004 deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 16'705.-- brutto zuzüglich Zins. Nach Durchführung eines Vorverfahrens hat das Gewerbliche Schiedsgericht am 1. April 2004 die Klage gegen die E. AG vollumfänglich gutgeheissen. Es ging von einem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten aus, wobei es Folgendes erwogen hat.

- a) Kennzeichnend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist ein Subordinationsverhältnis. Massgebend ist danach, dass ein Arbeitnehmer in persönlicher, betrieblicher sowie in wirtschaftlicher Hinsicht vom Arbeitgeber abhängig ist (statt vieler: ZK-Staehelin, 1984, Art. 319 OR N. 27 ff., S. A24 f.).

Vorliegend konnte C. die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages mit der E. AG nicht nachweisen, weil bei ihrer gemeinsamen Unterredung niemand anders zugegen war. Allerdings gilt nach Art. 320 Abs. 2 OR ein Arbeitsvertrag „auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist“. Damit entsteht von Gesetzes wegen ein Arbeitsvertrag unabhängig

davon, ob die Parteien einen Vertrag gewollt haben oder nicht (BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 320 OR N., 14 S. 1679).

b) Von der E. AG anerkannt war, dass die S. GmbH ihr C. für einen Einsatz auf deren Baustellen vorgeschlagen und vorgestellt hatte. Unklar war, was dieser Vorschlag und diese Vorstellung zu bedeuten hatten. Sowohl die S. GmbH, deren Gesellschafter und Geschäftsführer als Auskunftsperson befragt wurde, als auch die E. AG hatten je ein eigenes Interesse daran, beides vor Gericht in einem jeweils für sie günstigen Licht erscheinen zu lassen. Es konnte deshalb nicht entscheidend auf ihre Aussagen abgestellt werden. Vielmehr musste aufgrund der gesamten Umstände geprüft werden, ob und zu wem C. in einem Arbeitsverhältnis gestanden war.

ba) Auszugehen war davon, dass eine Unternehmerin im Werkvertrag, die ihr dabei zur Verrichtung übertragenen Arbeiten gewöhnlich mit dem eigenen Personal leistet, das sie hierfür einsetzen kann und selber für geeignet hält. Allenfalls vereinbart sie mit der Bestellerin, wie viele Angestellte und in welcher Funktion diese zum Einsatz gelangen. Andererseits will die Bestellerin hingegen dann in die Auswahl des eingesetzten Personals einbezogen werden, wenn der Werkvertrag mit Rücksicht auf die Person der Unternehmerin und ihre Angestellten abgeschlossen wird (vgl. ZK-Bühler, 3. Auflage 1998, Art. 364 OR N. 56 ff., S. 112 ff.). Die hier gegebenen Verhältnisse liessen keine eindeutigen Schlüsse zu, ob zwischen C. und der S. GmbH oder der E. AG ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der Umstand, dass die E. AG das Zweimannunternehmen S. GmbH als Unterakkordantin auswählte, konnte einerseits dafür sprechen, dass der Werkvertrag mit Rücksicht auf die zum Einsatz gelangenden Personen abgeschlossen wurde. Dabei wäre es verständlich, wenn der E. AG der Sanitärmeister C. vorgeschlagen und vorgestellt würde, weil er als Angestellter der S. GmbH eingesetzt werden soll. Andererseits konnte der Vorschlag und die Vorstellung von C. bei der E. AG aber auch bedeutet haben, dass diese C. selber angestellt hätte.

bb) Aufschlussreicher waren vorliegend zunächst die Aussagen des Zeugen B., der über eine Temporärfirma an die E. AG ausgeliehen war und zusammen mit C. auf deren Baustellen arbeitete. B. gab zu Protokoll, die E. AG habe ihm und C. täglich jeweils bei Arbeitsbeginn Weisungen über die zu verrichtenden Arbeiten erteilt. Zudem sei auch noch ein weiterer Mitarbeiter dieser Temporärfirma bei der E. AG im Einsatz gestanden. Es ergab sich daraus, dass die E. AG die Sanitärarbeiten nicht allein durch die S. GmbH ausführen liess, sondern dass sie einen Teil dieser Arbeiten mit zugezogenen und von ihr selber angeleiteten Arbeitnehmern erledigte. Unter diesen Umständen war es naheliegend, dass sie C. direkt angestellt hatte. Anderenfalls hätte C. enger mit der S. GmbH zusammen gearbeitet und von dieser die täglichen

Arbeitsanweisungen empfangen. Das von der E. AG ausgeübte Weisungsrecht (Art. 321d OR) ist typisch für die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Daneben ergaben sich auch Hinweise darauf, dass C. in die Arbeitsorganisation der E. AG und nicht in jene der S. GmbH integriert war. Offensichtlich begab sich C. täglich direkt zur Arbeit auf die Baustellen der E. AG und nicht zunächst in die Räumlichkeiten der S. GmbH. Auch wurde auf ihren Baustellen, wie die E. AG ausdrücklich betonte, ausschliesslich mit ihrem Werkzeug gearbeitet. Ferner berücksichtigte das Gericht, dass der Nutzen der Arbeit, die C. geleistet hatte, der E. AG zugekommen war. Die Behauptung der E. AG, dass die S. GmbH ihr die vom Kläger geleisteten Arbeitsstunden verrechnet habe, konnte sie nicht belegen. Für weniger massgebend angesehen wurde hingegen der Umstand, dass C. augenscheinlich nie Arbeitsrapporte ausgefüllt hatte, weil er dies weder für die S. GmbH noch für die E. AG getan hatte. Auch kann es als gerichtsnotorisch bezeichnet werden, dass nicht alle Bauunternehmer über die auf ihren Baustellen geleisteten Arbeitsstunden regelmässig Rapport führen bzw. führen lassen.

Da die E. AG vor Gericht ausdrücklich auf die Bestreitung des Quantitativen der Klage verzichtet hatte, wurde für die Berechnung der Lohnforderung auf die Angaben von C. zur geleisteten Stundenzahl sowie zur vereinbarten Höhe des Stundenlohnes abgestellt.

(GSGE vom 1.4.2004 in Sachen C. gegen E. AG, GS 2004/27)

## **2.2. Abschluss des Arbeitsvertrages (Art. 320 OR)**

### **2.2.1. Art. 320, Art. 32 Abs. 2 OR. Mit der vollständigen Überlassung der Betriebsführung eines Restaurants an den Geschäftsführer ist automatisch eine Vollmachtserteilung – zumindest im Sinne einer Duldungsvollmacht – zum Abschluss von Arbeitsverträgen verbunden.**

K. reichte am 18. Juli 2003 beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage gegen das "Restaurant Heuwaage, Hr. X." ein, mit welcher er dessen Verurteilung zur Zahlung von CHF 22'100.-- brutto (Lohn und Kinderzulagen für 7 Monate) nebst 5% Zins seit dem 1. November 2002 beantragte. Der Klage lag unter anderem die Kopie eines unbefristeten Arbeitsvertrages zwischen dem Restaurant Heuwaage und K. vom 1. April 2002 bei, gemäss welchem K. als Chauffeur

angestellt wurde und einen Monatslohn von CHF 3'000.-- brutto sowie Kinderzulagen von monatlich CHF 300.-- erhalten sollte. Der Arbeitsvertrag war nicht von X., sondern von dessen Geschäftsführer Y. unterschrieben. Das Gewerbliche Schiedsgericht stellte in seinem Urteil vom 4. August 2003 fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vom 1. April bis zum 28. Oktober 2002 gedauert hatte, und verurteilte X. zur Zahlung von CHF 16'699.50 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 22. Juli 2003 an den Kläger. Auf die Mehrforderung trat es nicht ein. Eine von X. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 11. März 2004 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 4. a) Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass ein Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner zustande gekommen ist. Er macht jedoch geltend, dieser Vertrag sei auf Arbeitgeberseite nicht von ihm, sondern von Y. unterzeichnet worden. Dieser - damals Geschäftsführer im Restaurant Heuwaage - habe den Beschwerdegegner angestellt und beschäftigt und sei dessen eigentlicher "Ansprechpartner" gewesen. Er - der Beschwerdeführer - selbst habe mit dieser Anstellung nichts zu tun [...]. Damit bestreitet der Beschwerdeführer sinngemäss seine Passivlegitimation in diesem Verfahren.

b) Eine Erkundigung des Gewerblichen Schiedsgerichts beim Bewilligungsbüro des Polizeidepartements vom 9. September 2003 hat ergeben, dass in der hier interessierenden Zeitspanne von April bis Oktober 2002 die Befugnis zur Führung des Restaurants Heuwaage ausschliesslich dem Beschwerdeführer zustand. Ihm war die Bewilligung zur Führung dieses Betriebs erteilt worden, bei welcher es sich laut § 5 Abs. 1 des Wirtschaftsgesetzes (SG 563.100) um eine "Polizeierlaubnis, die den Inhaber zur Führung des in ihr genannten Betriebes berechtigt", handelt. Gemäss § 7 des Wirtschaftsgesetzes lautet die Bewilligung auf den verantwortlichen Betriebsleiter des Restaurants und ist nicht auf Dritte übertragbar (Abs. 1). Muss der Betriebsleiter aus besonderen Gründen vorübergehend aussetzen, so hat er der Bewilligungsbehörde einen geeigneten Stellvertreter zu melden, bleibt aber weiterhin für die Betriebsführung verantwortlich (Abs. 2). Y. war in den Akten des Bewilligungsbüros nicht als Stellvertreter registriert. Der Beschwerdeführer war somit für die Betriebsführung selbst zuständig.

5. a) Da der Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner nicht vom Beschwerdeführer, sondern von Y. unterzeichnet wurde, wird der Beschwerdeführer daraus nur dann verpflichtet, wenn Y. als sein Vertreter gehandelt hat und handeln durfte. Gemäss Art. 32 ff. OR tritt eine Vertretungswirkung grundsätzlich nur ein, wenn der Vertreter über eine entsprechende Vollmacht des Vertretenen verfügt. Fehlt es an einer Vollmacht, wird der Vertretene weder berechtigt noch verpflichtet, ausser bei nachträglicher Genehmigung durch den Vertretenen, oder wenn der Dritte in berechtigtem gutem Glauben auf das Bestehen der Vollmacht vertraut hat. Die Bindung des ungewollt Vertretenen beruht auf dem Vertrauensprinzip. Er ist nicht gebunden, weil

er einen bestimmt gearteten Willen hat, sondern weil er ein Verhalten an den Tag legt, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf einen bestimmt gearteten Willen schliessen darf. Der Vertretene ist auf der Äusserung des vollmachtlosen Vertreters zu behaften, wenn der gutgläubige Dritte, gegenüber dem der vollmachtlose Vertreter handelt, diese Äusserung in guten Treuen als Vollmachtenkundgabe verstehen darf und auf diese vertraut. Wer auf einen Rechtsschein vertraut, darf nach Treu und Glauben verlangen, dass dieses Vertrauen gegenüber demjenigen geschützt wird, der diesen Rechtsschein hervorgerufen oder mitveranlasst und somit auch zu vertreten hat (BGE vom 14. Mai 2002, 4C.12/2002; 120 II 197 E. 2a S. 199 mit Hinweisen).

b) Der Beschwerdeführer bestreitet sinngemäss eine Vollmachtenerteilung an Y.. Allerdings hat er durch seinen Vertreter vor dem Gewerblichen Schiedsgericht ausführen lassen, Herr Y. sei Geschäftsführer im Restaurant Heuwaage gewesen; dieser sei "zuständig" gewesen und habe "das Restaurant geführt" [...]. In der Beschwerde vom 11. August 2003 wird dazu erläuternd ausgeführt, der Beschwerdeführer sei "erst Anfang dieses Jahres, also erst nachdem der Beschwerdebeklagte bereits nicht mehr im Restaurant Heuwaage arbeitete, näher in Kontakt" gekommen - "nämlich als Herr Y. definitiv als Geschäftsführer des Restaurants Heuwaage ausschied und ihm gewisse Unterlagen übergab". Mit diesen Ausführungen gesteht der Beschwerdeführer ein, dass er sich während der Zeit, für die der Beschwerdegegner Lohn von ihm fordert, praktisch nicht um das Restaurant Heuwaage gekümmert und die Betriebsführung - welche eigentlich ihm oblag - vollständig seinem Geschäftsführer überlassen hat. Mit einer solchen Überlassung ist aber automatisch eine Vollmachtenerteilung - zumindest im Sinne einer sog. "Duldungsvollmacht" - verbunden (vgl. Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 8. Auflage, Zürich 2003, Nr. 1411; BGE 118 II 313, E. 2a S. 316).

c) Y. hat den Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner zwar nicht ausdrücklich im Namen des Beschwerdeführers, sondern in der Rubrik "Arbeitgeber" ausschliesslich mit seinem Namen, ohne den Zusatz "i.V." oder "namens des Restaurants Heuwaage", unterzeichnet. Dies war indessen auch gar nicht notwendig. Da im Vertragstext das Restaurant Heuwaage als Arbeitgeber genannt wird und der Beschwerdeführer als verantwortlicher Betriebsleiter des Restaurants registriert war, durfte der Beschwerdegegner im Sinne von Art. 32 Abs. 2 OR "aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen".

d) Die Vorinstanz ist nach dem Gesagten zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer aus dem von seinem Geschäftsführer mit dem Beschwerdegegner am 1. April 2002 eingegangenen Arbeitsvertrag verpflichtet ist. Dass der Beschwerdegegner offenbar auf den Lohnlisten des Restaurants nicht aufgeführt und auch der AHV nicht gemeldet worden war, steht dem - angesichts der notorischen Häufigkeit von Schwarzarbeit - nicht entgegen. Die Passivlegitimation des Beschwerdeführers ist zu bejahen. [...]"

(GSGE vom 4.8.2003 in Sachen K. gegen X., GS 2003/276; AGE vom 11.3.2004, Verf. Nr. 978/2003)

**2.2.2. Art. 32 Abs. 2 OR. Es ist nicht willkürlich, die Gleichgültigkeitsregel mit Zurückhaltung anzuwenden. Die "Gleichgültigkeit", von der Art. 32 Abs. 2 OR spricht, ist namentlich bei den schuldrechtlichen Handgeschäften des täglichen Lebens, also etwa beim Barkauf in einem Ladengeschäft, von Bedeutung. Es kann mit guten Gründen vertreten werden, dass Verträge über Dauerschuldverhältnisse von der Gleichgültigkeitsbestimmung ausscheiden.**

**Art. 343 Abs. 2 und 4 OR. Eine Verlängerung des Gerichtsverfahrens um mehrerer Monate aufgrund einer dritten Gerichtsverhandlung wäre kaum mit dem Erfordernis nach einem raschen Verfahren vereinbar. Zur Vermeidung von Prozessverzögerungen darf verlangt werden, dass die Parteien ihrer Mitwirkung bei der Stoffsammlung bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt nachkommen, in Basel-Stadt z.B. bis zum Schluss der ersten Verhandlung im mündlichen Verfahren. An die Handhabung der Untersuchungsmaxime sind sodann geringere Anforderungen zu stellen, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind.**

Verschiedene Staatsangehörige aus der Ukraine, Marokko und Tschechien hatten für den Monat November 2002 ein Engagement als Tänzerinnen in der X. Bar in Basel. Die einzelnen Verträge wurden zwischen November 2001 und September 2002 abgeschlossen, in einer Zeit, als die X. Bar von der R. GmbH betrieben wurde, deren Geschäftsführer und Gesellschafter P. F. war. Mit Vertrag vom 23. Oktober 2002 vereinbarten die R. GmbH und R. v. D., dass letzterer den Betrieb der X. Bar per 1. November 2002 übernehme. Auf diesen Termin traten die sechs Tänzerinnen ihre Stelle vertragsgemäss an. Am 5. November 2002 schloss der neue Betreiber das Lokal wieder. Die sechs Frauen blieben ohne Bezahlung, weshalb sie am 13. November 2002 beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage auf Bezahlung der vereinbarten Gagen erhoben. Als beklagte Partei wurde in allen Klagbegehren das "Rest. X. Bar" angegeben. In der Folge gingen Vorladungen ausser an die jeweiligen Klägerinnen auch an die R. GmbH und an P. F.. In der ersten Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 26. November 2002 verkündeten die beiden Beklagten R. v. D. den Streit und stellten eine Regressforderung in Aussicht. Aus diesem Grunde wurde das Verfahren ausgestellt und der Litisdenunziat eingeladen, sich zur Angelegenheit und namentlich zu seiner Haltung gegenüber der Regressforderung zu äussern. Nachdem sich R. v. D. der Beurteilung der Regressforderung widersetzt hatte,

fand am 8. Mai 2003 die zweite Hauptverhandlung statt. Dabei wurden die beiden Beklagten in solidarischer Verbindung verurteilt, den Klägerinnen A. und B. die Nettobeträge von je CHF 2'314.80 und den Klägerinnen C., D. und E. je CHF 2'399.40 zu bezahlen. Die Klage von F. wurde ebenfalls im Umfang von CHF 2'399.40 netto gegenüber der R. GmbH gutgeheissen, gegenüber P. F. jedoch abgewiesen.

Gegen diese Entscheide hat P. F. Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht mit Urteil vom 20. August 2003 abgewiesen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] b) Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz. Obwohl er in der zweiten Verhandlung darauf hingewiesen habe, dass die Klägerin E. bereits einmal für die R. GmbH gearbeitet und dieser damals den Empfang des Lohnes quittiert habe, was den Standpunkt des Fehlens seiner eigenen Passivlegitimation unterstreiche, habe man ihm keine Möglichkeit geboten, die entsprechende Quittung nachzureichen. In der Replik führt er dazu noch aus, das Verfahren habe seit Einreichung der Klage bis zum Urteil am 8. Mai 2003 schon fast ein halbes Jahr gedauert. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb dem Beschwerdeführer nicht eine kurze Frist von fünf Tagen habe gesetzt werden können, um dieses Dokument nachzureichen. Hierzu ist festzuhalten, dass eine dritte Verhandlung, auch wenn eine noch so kurze Frist gesetzt worden wäre, das Verfahren erfahrungsgemäss um mehrere Monate verlängert hätte, was mit dem in Art. 343 Abs. 2 OR statuierten Erfordernis eines **raschen** Verfahrens kaum vereinbar gewesen wäre. Im Übrigen bedeutet der Untersuchungsgrundsatz nicht, dass die Parteien zu jeder Zeit noch Beweismittel nachschieben dürfen, und es besteht namentlich kein Anspruch auf Durchführung beliebig vieler Verhandlungen, nur weil es den Parteien im letzten Augenblick in den Sinn kommt, ein zusätzliches Beweismittel nachzureichen. Auch im Bereich der Untersuchungsmaxime tragen die Parteien zumindest Mitverantwortung für die Sachverhaltsermittlung und sind verpflichtet, sich nach Möglichkeit an der Sammlung des Prozessstoffes und an der Beschaffung der erforderlichen Beweise zu beteiligen, da sie über den Sachverhalt am besten orientiert sind und das Gericht regelmässig über keinen umfassenden Ermittlungsapparat verfügt. Zur Vermeidung von Prozessverzögerungen darf verlangt werden, dass die Parteien ihrer Mitwirkung bei der Stoffsammlung bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt nachkommen, in Basel-Stadt z.B. bis zum Schluss der ersten Verhandlung im mündlichen Verfahren (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, § 11 Rz 25; Zürcher Kommentar/Stahelin, N. 31 zu Art. 343 OR; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage 2001, S. 329 f.; BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f. mit Hinweisen). An die Handhabung der Untersuchungsmaxime sind sodann geringere Anforderungen zu stellen, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind (Zürcher Kommentar/Stahelin, a.a.O.). Das war hier der Fall. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nahm schon an der ersten Ver-

handlung vom 26. November 2002 teil. Bereits damals bestritt er die Passivlegitimation seines Mandanten. Er hätte daher allen Grund gehabt, spätestens zur zweiten Verhandlung vom 8. Mai 2003 die aus seiner Sicht zum Beweis seines Standpunktes erforderlichen Dokumente mitzubringen. Wenn er das nicht getan hat, so kann er nicht hinterher dem Gewerblichen Schiedsgericht Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorwerfen, zumal er in der zweiten Verhandlung nicht einmal den Antrag gestellt hat, den Fall abermals auszustellen, damit er die besagte Quittung nachreichen könne.

3. a) Es steht fest und ist unbestritten, dass sämtliche der im vorliegenden Beschwerdeverfahren noch im Streit liegenden Anstellungsverträge auf der Arbeitgeberseite vom Beschwerdeführer unterschrieben worden sind. Er macht jedoch geltend, er habe sie lediglich als Vertreter der R. GmbH unterzeichnet. Dies ist aus den Verträgen allerdings nicht ersichtlich. Als Arbeitgeber wird dort entweder der "X. Bar Night Club" [...] oder das "Cabaret X. Bar" [...] genannt. Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR wird der Vertretene, wenn der Vertreter sich beim Vertragsabschluss nicht als solcher zu erkennen gegeben hat, nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der Vertragspartner aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, die Frauen bzw. ihre Agenten hätten gewusst, dass sie von der R. GmbH und nicht von ihm persönlich angestellt gewesen seien. Ausserdem sei es den Frauen gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag abschliessen würden.

b) Dass den Beteiligten, namentlich L., dem Geschäftsführer der Agentur Y. GmbH, der die Verträge der Beschwerdegegnerinnen B. A. und E. vermittelt hatte, klar gewesen wäre, dass der Beschwerdeführer die Verträge lediglich als Geschäftsführer der R. GmbH in deren Namen und für deren Rechnung unterzeichnet habe, ist bestritten. Es mag stimmen, dass die diesbezüglichen Aussagen von L., der ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, nicht zuverlässig sind. Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat jedoch derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Rechtserzeugende Tatsachen sind demnach von der Partei, die eine Berechtigung behauptet, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen vom Anspruchsgegner zu beweisen (vgl. Basler Kommentar/Schmid, N 38 zu Art. 8 ZGB). Beweispflichtig für die rechtshindernde Tatsache, dass er die Arbeitsverträge ausschliesslich als Vertreter der R. GmbH unterschrieben habe, ist somit der Beschwerdeführer. Wenn er dies nicht beweisen kann, so hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe ohne nachvollziehbaren Grund und damit willkürlich auf die Aussagen [von] L. abgestellt, ist deshalb verfehlt. Dass die Klägerinnen, soweit sie an der ersten Verhandlung überhaupt teilgenommen haben [...], über die Passivlegitimation des Beschwerdeführers nicht befragt worden sind, stellt keinen Mangel dar, zumal die Ukrainerinnen unter ihnen - worauf der Beschwerdeführer an anderer Stelle selbst hingewiesen hat - in lateinischer Schrift gehaltene Dokumente

ohnehin nur schwer verstehen dürften. An der zweiten Verhandlung hat laut Protokoll von den Klägerinnen einzig E. teilgenommen. Sie hat hier bestätigt, dass sie bei einem früheren Einsatz in der X. Bar eine Quittung erhalten (recte wohl: unterschrieben) habe, doch wisse sie nicht mehr, auf wen diese gelautet habe. Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, die vom ihm im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht eingereichten Bankbelege würden belegen, dass die Y. GmbH die Vermittlungsprovisionen immer von der R. GmbH erhalten habe. Daraus hätte die Vorinstanz schliessen müssen, dass L. wusste, dass diese und nicht der Beschwerdeführer persönlich Vertragspartner der Tänzerinnen war. Aus den eingereichten Bankbelegen ist jedoch lediglich eine einzige Zahlung der R. GmbH zugunsten der Y. GmbH im Umfang von CHF 430.-- ersichtlich. Es ergibt sich daraus weder der Zahlungsgrund, noch ist dies ein Beweis dafür, dass der Y. GmbH oder L. hätte klar sein müssen, dass der Beschwerdeführer als Vertragspartner ausscheide. Immerhin hätte dieser die R. GmbH aus irgend welchen Gründen als Zahlstelle einsetzen können. Dasselbe gilt im Übrigen auch hinsichtlich der Quittung der Klägerin E., so sie denn tatsächlich auf die R. GmbH lautete. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Beschwerdeführer noch im August 2001 Inhaber der Einzelfirma war, welche die X. Bar betrieben hat. Wenn er also früher durchaus in eigenem Namen mit Tänzerinnen und andern Personen Verträge für ein Engagement in der X. Bar abgeschlossen hat, so darf es ihn nicht wundern, dass er, wenn er als Geschäftsführer der R. GmbH in Anstellungsverträgen jeden Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis vermissen lässt, auch weiterhin als direkter Vertragspartner angesehen wird. Lediglich am Rand ist zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer den Vertrag mit F. ausdrücklich für die R. GmbH abgeschlossen hat, was denn auch dazu geführt hat, dass das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage dieser Tänzerin nur gegen die Gesellschaft gutgeheissen, gegen den Beschwerdeführer persönlich aber abgewiesen hat.

c) Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, es sei den Tänzerinnen gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag schliessen. Dies ergebe sich schon daraus, dass sie die Verträge nicht selbst, sondern über Agenten abgeschlossen hätten. Es ist zwar durchaus möglich, dass die Beschwerdegegnerinnen die Verträge auch dann abgeschlossen hätten, wenn auf ihnen als Arbeitgeber ausdrücklich die R. GmbH aufgeführt gewesen wäre. Das Gewerbliche Schiedsgericht stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die Gleichgültigkeitsregel nach Art. 32 Abs. 2 OR sei mit Zurückhaltung anzuwenden. Dies ist zumindest nicht willkürlich. Diese Regel ist nicht ohne Weiteres so zu verstehen, dass Vertretungswirkungen auch bei Handeln des Vertreters in eigenem Namen eintreten, falls es nur dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag abschliesse (so aber BGE 117 II 387). In der Rechtslehre wird auch die Auffassung vertreten, es könne nicht sein, dass ein Dritter, der keinerlei Kenntnis vom Vertretungsverhältnis hat, riskieren müsse, im Prozess gegen den ihm allein bekannten Vertreter, den er für seinen Vertragspartner hält, wegen fehlender Passivlegitimation zu unterliegen. Der Dritte dürfe daher nach wie vor immer dann, wenn er nicht fest mit einem Vertretungsverhältnis habe rechnen müssen, sich an seinen Vertragspartner

halten und müsse sich nicht entgegenhalten lassen, es fehle ihm an einem legitimen Interesse, den Vertreter und nicht den Vertretenen in Anspruch zu nehmen (Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979, S. 567/568). Auch wenn man den Anwendungsbereich der genannten Regel weniger eng eingrenzen wollte, so ist jedenfalls zu beachten, dass die "Gleichgültigkeit", von der Art. 32 Abs. 2 OR spricht, namentlich bei den schuldrechtlichen Handgeschäften des täglichen Lebens, also etwa beim Barkauf in einem Ladengeschäft, von Bedeutung ist (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1998, Rz 1333a; ebenso Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, Rz 41.05). Demgegenüber kann man mit guten Gründen vertreten, dass Verträge über Dauerschuldverhältnisse von der Gleichgültigkeitsbestimmung ausscheiden. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass es durchaus nicht gleichgültig ist, mit wem man einen Arbeitsvertrag abschliesst. Während die R. GmbH offenbar in den letzten Zügen liegt (vgl. die Verfügung des erstinstanzlichen Gerichtsschreibers an die Adresse des Handelsregisteramtes) und das gegen sie ergangene Urteil ein Nonvaleur darstellen dürfte, ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die den Beschwerdegegnerinnen zugesprochenen Beträge beim Beschwerdeführer erhältlich gemacht werden können. [...]"

(GSGE vom 8.5.2003 in Sachen A. und Kons. gegen R. GmbH und P. F., GS 2002/397 ff., 400 - 402; AGE vom 20.8.2003, Verf. Nr. 941/2003)

### 2.3. Überstunden (Art. 321c OR)

**2.3.1. Art. 321c Abs. 3, Art. 329c / 329d, 336c Abs. 3 OR. Auslegung einer Überstundenklausel ("Angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert werden, sofern es der Arbeitsablauf erlaubt") dahingehend, dass der Arbeitnehmer eine Kompensation beanspruchen und der Arbeitgeber eine solche anordnen durfte. Bei einer derartigen Regelung kann der Einspruch des Arbeitnehmers gegen die Anordnung zur Kompensation während der Freistellungszeit nichts bewirken. Während der Freistellung ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht zum Bezug von Ferien nach Möglichkeit und unabhängig davon verpflichtet, ob der Arbeitgeber den Ferienbezug angeordnet hat oder nicht. Während einer Erstreckung der Kündigungsfrist zur Einhaltung eines Endtermins nach Art. 336c Abs. 3 OR kann eine neuerliche Arbeitsunfähigkeit keine Sperrfrist bzw. erneute Verlängerung der Kündigungsfrist bewirken.**

M. war als kaufmännischer Sachbearbeiter/Administrator und Mitglied der Geschäftsleitung beim Verein S. angestellt. Zwischen den Parteien wurden zwei Arbeitsverträge abgeschlossen, einer am 19. Juli 2001, ein zweiter am 26. Februar 2002. Im ersten Arbeitsvertrag wurde bestimmt, dass angeordnete Überstunden mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen sind. Der zweite Arbeitsvertrag hielt in Bezug auf Überstundenarbeit folgende Regelung fest: "Angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert werden, sofern es der Arbeitsablauf erlaubt. Ansonsten gelten sie grundsätzlich als mit dem vereinbarten Jahressalar bzw. Anspruch auf die 6. Ferienwoche abgegolten. Entschädigt können sie nur aufgrund besonderer Umstände und auf Beschluss des Vorstandes werden. Die Abgeltung von evtl. anfallender Überzeit richtet sich nach dem Arbeitsgesetz."

Am 7. November 2002 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 28. Februar 2003 und stellte M. per sofort von der Arbeit frei. In der Kündigung wurde unter anderem Folgendes festgehalten: "Allfällig noch offene Ferien- oder Mehrarbeitsansprüche gelten mit der Freistellung als kompensiert." Da M. vom 11. November 2002 bis zum 20. Januar 2003 krank war, verlängerte sich die Kündigungsfrist bis Ende April 2003. Vom 28. April bis 12. Mai 2003 war der Beschwerdeführer erneut arbeitsunfähig. Die Parteien schlossen aus diesem Umstand, dass sich die Kündigungsfrist nochmals verlängere, weshalb M. Lohn bis Ende Mai 2003 erhalten hat.

Mit Klage vom 27. Juni 2003 hat M. Ferienlohn und Überstundenentschädigung im Gesamtbetrag von CHF 16'592.85 brutto verlangt. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Entscheid vom 18. August 2003 den Verein S. dazu verurteilt, für die bis Ende Februar 2002 nachgewiesenen Überstunden CHF 1'893.80 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 27. Juni 2003 zu vergüten. Die Mehrforderung hat es abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat M. am 28. August 2003 Beschwerde eingereicht, die das Appellationsgericht am 12. März 2004 in freier Kognition abgewiesen hat. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat in seiner Vernehmlassung vom 14. Oktober 2003 Folgendes ausgeführt:

„[...] Mit seiner Klage machte [der Beschwerdeführer] Lohn für angeblich geleistete Mehrarbeit im Jahre 2001 von 158,33 Stunden und im Jahre 2002 von 143,58 Stunden unter Anrechnung, was er unter dem Titel Überstunden bereits erhalten hat, geltend. Zugesprochen wurden dem Beschwerdeführer alle Überstunden bis und mit Februar 2002, soweit diese nicht bereits bezahlt waren. Der Beklagte hat dem Beschwerdeführer gegenüber 100 Stunden anerkannt und diese vergütet. Gegenstand der Beschwerde ist die Mehrarbeit in der Zeit danach, das heisst ab März 2003. Abgestellt wurde im Urteil auf den jeweils gültigen Arbeitsvertrag. Der erste, am 19. Juli 2001 abgeschlossene

Arbeitsvertrag sah vor, dass angeordnete Überstunden mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen sind (Ziffer 2.2.). Der zweite, am 26. Februar 2002 unterzeichnete Arbeitsvertrag bestimmte, dass angeordnete oder nachträglich genehmigte Überstunden mit gleich langer Freizeit kompensiert werden können, sofern es der Arbeitsablauf erlaubt. Ansonsten seien sie grundsätzlich mit dem vereinbarten Jahressalär bzw. dem Anspruch auf die sechste Ferienwoche als abgegolten zu betrachten. Entschädigt werden könnten sie nur aufgrund besonderer Umstände und auf Beschluss des Vorstands. Die Abgeltung allenfalls anfallender Überzeit richte sich nach dem Arbeitsgesetz (Ziffer 2).

Die beiden Arbeitsverträge halten sich an die Vorgaben in Art. 34 Abs. 2 des GAV für den Dienstleistungsbereich in der Region Basel, der im zweiten Vertrag subsidiär für anwendbar erklärt wurde. Obwohl aus diesem zweiten Arbeitsvertrag hervorgeht, dass er bereits ab dem 1. Januar 2002 gegolten hat, hat ihn das Gericht erst für die Zeit ab Ende Februar 2002, dem Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung (vgl. Art. 321c Abs. 3 OR), zur Anwendung gebracht. Es ist dabei der Überlegung gefolgt, dass die gegenüber dem ersten Arbeitsvertrag einschränkendere Vorschrift bezüglich der Überstunden nur auf noch nicht geleistete Mehrarbeit Anwendung finden konnte. Ferner stellte sich die Frage, ob es sich bei der geltend gemachten Mehrarbeit um Überstunden oder allenfalls um Überzeit handelte. Die Normalarbeitszeit betrug 41 Wochenstunden, die zulässige Höchstarbeitszeit nach Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG 45 Wochenstunden. Die Höchstarbeitszeit wurde lediglich im Mai 2002, für den der Beschwerdeführer insgesamt 23,22 Überstunden geltend machte, im Umfang von 7,22 Stunden überschritten. Dass die Überstunden angeordnet, nachträglich genehmigt oder sonst notwendig gewesen wären, hat der Beklagte in Abrede gestellt und war nicht erwiesen. Insbesondere sind die Stempelkarten des Beschwerdeführers seit Januar 2002 durch den Präsidenten des Beklagten nicht mehr visiert worden. Soweit es sich um reine Überstunden und noch keine Überzeit handelte, war eine Entschädigung von den Parteien in nach Art. 321c Abs. 3 OR gültiger Weise und in grundsätzlicher Hinsicht ausgeschlossen. Ausnahmen davon verlangten besondere Umstände, die für das Jahr 2002 nicht erkennbar waren. Zudem waren sie ins Ermessen des Vorstands gestellt, der sich gegen eine Entschädigung ausgesprochen hatte. Soweit es hingegen um Überzeit ging, wäre noch zu prüfen gewesen, ob der Beschwerdeführer als Mitglied der Geschäftsführung mit entsprechenden Kompetenzen und Verantwortung nicht eine höhere leitende Tätigkeit nach Art. 3 lit. d ArG ausgeübt hatte und damit vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes grundsätzlich ausgenommen war. Auf diese Prüfung wurde verzichtet, weil der Beschwerdeführer so oder anders keinen Anspruch auf Vergütung der geltend gemachten Mehrarbeit hatte.

Hinzu kam nämlich vor allem, dass das Arbeitsverhältnis am 7. November 2002 durch den Beklagten unter Einhaltung der vertraglichen dreimonatigen

Kündigungsfrist auf Ende Februar 2003 gekündigt und der Beschwerdeführer dabei freigestellt wurde. Gleichzeitig ordnete der Beklagte an, dass der Beschwerdeführer allfällige Überstunden- und Ferienguthaben zu kompensieren habe. Aufgrund einer ersten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers vom 11. November 2002 bis 20. Januar 2003 begann die eigentliche Kündigungsfrist (1. Dezember 2002 bis 28. Februar 2003 = 90 Tage) erst am 21. Januar 2003 zu laufen, war nach 90 Tagen, das heisst am 20. April 2003, konsumiert und endete eigentlich Ende April 2003, dem nächstfolgenden Monatsende als gewöhnlichem Kündigungsendetermin. Die Parteien hingegen gingen davon aus, dass eine zweite, vom 28. April bis 12. Mai 2003 dauernde Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers zu einer neuerlichen Verlängerung der Kündigungsfrist bis Ende Mai 2003 führte. Sie übersahen dabei, dass nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, die in eine blosser Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 3 OR fällt, nicht eine erneute Verschiebung des Kündigungsendes zur Folge haben kann [BGE 124/1998 III 475 ff. mit Hinweisen auf die Lehre]. Unter dieser irrigen Vorstellung hat der Beklagte dem Beschwerdeführer den Lohn für einen weiteren Monat gewährt, ohne dass dieser dafür arbeiten musste und ohne dass er darauf Anspruch hatte.

Gegen die Anordnung der Kompensation von Überstunden und Ferien will der Beschwerdeführer bei der Übergabe der Kündigung am 7. November 2002 Einspruch erhoben haben, was jedoch bestritten war und von ihm nicht mehr hätte bewiesen werden können. Darin war deshalb sein Einverständnis mit dieser Kompensation zu sehen. Letztlich brauchte aber nicht darauf abgestellt zu werden. In Abweichung von Art. 321c Abs. 3 OR machte der zweite Arbeitsvertrag eine Überstundenkompensation nicht vom Einverständnis des Arbeitnehmers abhängig. Die dortige Kann-Formulierung weist vielmehr darauf hin, dass beide Parteien eine Kompensation beanspruchen bzw. anordnen durften. Unter diesen Umständen hätte ein Einspruch des Beschwerdeführers nichts bewirken können. Durch eine Kompensation von Überstunden mit Freizeit war dieser auch nicht an der Arbeitssuche gehindert. Doch selbst, wenn der Beschwerdeführer einer Kompensation der Mehrarbeit hätte zustimmen müssen, so hätte dies jedenfalls nicht für den Monat Mai 2003 gelten können, weil das Arbeitsverhältnis bei richtiger Anwendung des Art. 336c OR Ende April 2003 beendet gewesen wäre und es deshalb im Monat Mai nichts zu kompensieren gab.

All dies gilt auch für [den Bezug] des Ferienguthabens, das der Beschwerdeführer mit 22 Arbeitstagen angegeben hat. Zudem ist auf das Ferienabgeltungsverbot und die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen. In BGE 128/2002 III 282 f. hat das Bundesgericht klar gemacht, dass ein freigestellter Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht zum Bezug von Ferien nach Möglichkeit und

unabhängig davon verpflichtet ist, ob der Arbeitgeber den Ferienbezug angeordnet hat oder nicht. Zudem sind 22 Ferientage bei einer Freistellungszeit von 67 Arbeitstagen (21. Januar bis 27. April 2003) mit jenen Verhältnissen vergleichbar, die das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung zu beurteilen hatte. Hier wie dort war deshalb - selbst unter Ausklammerung des Monats Mai 2003 - davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer der volle Bezug der noch offenen Ferientage während der Kündigungszeit zuzumuten war. Mit oder ohne Berücksichtigung des Monats Mai 2003 kamen sich zudem die Kompensation der Mehrarbeit von rund 124 Stunden (143,58 Stunden - [20,44 - 1,01]) bzw. von rund 15 Arbeitstagen, sofern und soweit sie überhaupt bestanden hat, einerseits und der Bezug von 22 Arbeitstagen Ferien andererseits einander nicht in die Quere.“

(GSGE vom 18.8.2003 in Sachen M. gegen Verein S., GS 2003/244; AGE vom 12.3.2004, Verf. Nr. 986/2003)

**2.3.2. Art. 321c Abs. 3 OR, Art. 341 Abs. 1 OR. Eine Per-Saldo-Klausel auf einer Lohnabrechnung bezieht sich im Zweifel nur auf das, worüber dort abgerechnet wird. Der Arbeitnehmer kann während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach auf die Abgeltung von Überstunden nicht gültig verzichten. Auslegung einer Vertragsklausel betreffend Überstunden („müssen innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung schriftlich anerkannt werden“) dahingehend, dass die Meldung der Überstunden und nicht deren Genehmigung innert Monatsfrist erfolgen musste. Unzulässig wäre eine Genehmigung, mit der sich die Arbeitgeberin vertraglich vorbehalten hätte, auch notwendigerweise geleistete Überstunden nach Belieben nicht zu vergüten, es sei denn, der Angestellte würde sich dabei über ein klares Verbot hinwegsetzen, überhaupt Mehrarbeit zu leisten. Bei einer solchen Regelung könnte der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Überstunden erbringt, nicht voraussehen, ob sie vergütet werden, was gegen Art. 341 Abs. 1 OR verstiesse.**

K. kündigte sein per 1. November 2001 angetretenes Arbeitsverhältnis mit der S. AG auf den 29. Februar 2004. Der schriftliche Arbeitsvertrag sah vor, dass Überstunden „innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung schriftlich anerkannt“ werden müssen. Am letzten Arbeitstag machte K. erstmals bei der Arbeitgeberin die Bezahlung von Überstunden geltend, was diese ablehnte. Beim Austritt aus dem Betrieb hat K. zudem die letzte Lohnabrechnung, auf welcher die S. AG eine Per-Saldo-Klausel angebracht hatte, unterschrieben. Mit Klage vom 6. April 2004 verlangte K. die Verurteilung seiner Arbeitgeberin zur Entschädigung von Überstunden im Betrag von CHF 1'624.25 brutto. Mit Urteil vom 3. Mai 2004

hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von CHF 368.15 netto gut, unter Abweisung der Mehrforderung. K. hat gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht Beschwerde erhoben, die am 27. Juli 2004 abgewiesen wurde. Das Gewerbliche Schiedsgericht führte in seiner Vernehmlassung vom 18. Juni 2004 zur Beschwerde was folgt aus:

„[...] Zunächst war die Frage zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer überhaupt noch Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis hatte, weil er am 26. Februar 2004 eine Per-Saldo-Klausel unterschrieben hat. Die Klausel („Per Saldo aller Ansprüche erhalten“) hat der Beschwerdeführer auf einer Lohnabrechnung, in der über den 13. Monatslohn für die Monate Januar und Februar 2004 abgerechnet wurde, unterschrieben. Abgesehen davon, dass sich die Klausel im Zweifel nur auf das bezog, worüber dort abgerechnet wurde, konnte der Beschwerdeführer damals – noch vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses - nicht auf zwingende Ansprüche (Art. 341 OR) verzichten. Mit seiner Klage machte er die Bezahlung von Überstunden geltend. Die Abgeltung von Mehrarbeit gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als zwingender Anspruch [BGE 124/1998 III 471 = Pra. 88/1999 Nr. 37 S. 223]. Deshalb war von keinem gültigen Verzicht auszugehen und hatte sich das Gericht somit mit der Frage zu befassen, ob dem Beschwerdeführer Überstundenlohn zustand. Die Parteien haben in ihrem schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbart, dass Überstunden innert Monatsfrist von der Geschäftsleitung schriftlich anerkannt werden müssen. Augenscheinlich sollte der Beschwerdeführer nur dann Anspruch auf Abgeltung der Mehrarbeit haben. Die Parteien haben damit Gebrauch vom Recht in Art. 321c Abs. 3 OR gemacht, durch schriftliche Abrede von der gesetzlichen Überstundenregelung abzuweichen. Zu prüfen war deshalb, was damit vereinbart war und ob diese Vereinbarung auch inhaltlich zulässig war.

Fraglich war, was mit einer Genehmigung innert Monatsfrist gemeint war. Einer solchen Genehmigung geht regelmässig eine Meldung über geleistete Überstunden voraus. Es stellte sich daher die Frage: Soll die Monatsfrist zu laufen beginnen, sobald die Überstunden geleistet oder erst nachdem sie gemeldet wurden? Im ersten Fall muss sinnvollerweise auch die Meldung innert Monatsfrist seit der Leistung der Mehrarbeit erfolgen. Eine Meldung hat offensichtlich zum Zweck, dass die Geschäftsleitung von der Leistung von Überstunden Kenntnis erhält, deren Notwendigkeit und Wünschbarkeit überprüfen sowie allenfalls Massnahmen zur Vermeidung von Mehrarbeit einleiten kann. Je näher die Leistung von Mehrarbeit und deren Meldung zeitlich beieinander liegen, desto eher vermag ein Arbeitnehmer die Notwendigkeit nachzuweisen und kann die Geschäftsleitung diese auch nachprüfen. Aus diesem Grund lag ein Genehmigungsvorbehalt innert Monatsfrist seit Leistung der Überstunden näher als ein solcher erst binnen Monatsfrist seit der Überstundenmeldung. Bei der Genehmigung, die sich die Beklagte vorbehalten

hatte, konnte und durfte es ferner nur darum gehen, dass die Notwendigkeit der Mehrarbeit von der Geschäftsleitung der Beklagten entweder bejaht oder aber verneint und entsprechend die Abgeltung, insbesondere Lohnzahlung, bewilligt oder dann verweigert wurde. Unzulässig wäre eine Genehmigung, mit der sich die Beklagte vorbehalten hätte, auch notwendigerweise geleistete Überstunden nach [Belieben] nicht zu vergüten, es sei denn, ein Angestellter würde sich dabei über ein klares Verbot der Arbeitgeberin hinwegsetzen, überhaupt Mehrarbeit zu leisten. Bei einer solchen Regelung würde es nämlich für den Arbeitnehmer an der Voraussehbarkeit der Vergütung für Überstunden im Zeitpunkt, in dem er sie erbringt, fehlen. Dies liefe darauf hinaus, dass der Angestellte auf den Überstundenlohn verzichten müsste, obwohl er bei der Leistung der Mehrarbeit (noch) mit deren Bezahlung rechnen durfte. Darin läge ein Verstoss gegen Art. 341 OR, wonach ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach auf zwingende Ansprüche nicht verzichten darf. [...]

Vorliegend hat der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung zugegeben, dass er beim Einstellungsgespräch darauf hingewiesen wurde, der Beklagten Meldung zu erstatten, falls die Arbeitszeit zur Verrichtung der Arbeit nicht ausreichen sollte. Ebenfalls anerkannt hat er, dass er dies nicht getan hat. Nicht belegt war sein Einwand, dass die Beklagte ihm sonst gekündigt hätte. Im übrigen hätte er sich dann auf die Missbräuchlichkeit einer solchen Kündigung berufen können. Der Beschwerdeführer räumte weiter ein, dass er die Beklagte mit seiner Überstundenforderung erstmals am letzten Tag des Arbeitsverhältnisses konfrontiert hatte. Dies war aufgrund der getroffenen Überstundenvereinbarung zu spät, weil der letzte Arbeitstag der 27. Februar 2004 war, während die letzten Überstunden laut der Liste des Beschwerdeführers bereits am 20. November 2003 angefallen sein sollen. Eine Genehmigung innert Monatsfrist seit Leistung der Mehrarbeit war damit ausgeschlossen, sofern die Überstunden von der Beklagten nicht bereits als genehmigt gelten konnten oder von ihr – bei ausreichender früherer Kenntnis – hätten rechtzeitig genehmigt werden können.

Der vom Beschwerdeführer eingeklagte Lohn betraf sodann Überstunden, die ausschliesslich ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten geleistet worden sein sollen. Einerseits handelte es sich um von der Beklagten angeordnete Weiterbildungen und andererseits um Arbeiten, die der Beschwerdeführer bei den Kunden der Beklagten verrichtet haben wollte. Zugesprochen wurde dem Beschwerdeführer der Überstundenlohn für die Weiterbildungen im Umfang von insgesamt 12 Stunden, weil diese Stunden von der Beklagten ausdrücklich angeordnet waren (Schreiben vom 7. Februar 2002: „Teilnahme unerlässlich“) und von ihr als Überstunden in der Hauptverhandlung bestätigt wurden. Bei der übrigen Mehrarbeit war dies nicht der Fall. Hier stellte sich die Frage, ob die Beklagte davon dennoch rechtzeitig und ausreichend Kenntnis erlangte, so dass sie über deren Notwendigkeit hätte befinden können.

Der Beschwerdeführer hatte die von ihm geleistete Arbeitszeit, die den Kunden verrechnet werden konnte, jenem Sachbearbeiter zu melden, dessen Aufgabe es war, mit den Kunden abzurechnen. Obwohl es sich bei der Beklagten um eine kleine Firma handelte, konnte darin noch keine Meldung von Überstunden erblickt werden. Wer Mehrarbeit leistet und dafür entschädigt werden möchte, hat diese Stunden sowohl als Überstunden als auch umfangmässig klar zu deklarieren, damit sie als solche erkannt, geprüft und zur Abgeltung genehmigt werden können. Dies hat der Beschwerdeführer zugegebenermassen unterlassen. Auch kann aus dem Umstand, dass eine Arbeitgeberin jene Stunden, die ihr Angestellter als Überstunden geltend macht, dem Kunden weiterverrechnet hat, nicht geschlossen werden, dass es sich dabei effektiv um entschädigungspflichtige Mehrarbeit gehandelt hat. Die Kontrolle darüber, ob Überstunden vorhanden sind, setzt mehr voraus, nämlich erstens die Übersicht über alle vom betreffenden Arbeitnehmer geleisteten - den Kunden sowohl verrechenbaren als auch nicht verrechenbaren - Arbeitsstunden, zweitens die Kontrolle darüber, ob damit die Normalarbeitszeit effektiv erreicht sowie allenfalls und in welchem Umfang sie übertroffen wurde, und drittens die Kontrolle, ob diese Überstunden notwendig waren.“

(GSGE vom 3.5.2004 in Sachen K. gegen S. AG, GS 2004/135; AGE vom 27.7.2004, Verf. Nr. 942/2004)

#### **2.4. Lohnhöhe (Art. 322 Abs. 1 OR)**

##### **Auslegung einer Lohnabrede als Mindestlohn. Berechnung eines pro-rata-Anspruches auf einen 13. und einen 14. Lohn.**

P. war vom 1. Juni bis und mit 31. August 2002 als Vermögensverwalter bei der B. AG angestellt. Bezüglich des Lohnes vereinbarten die Parteien was folgt:

##### " 9.1 Gehalt

Das Bruttogehalt des Arbeitnehmers setzt sich wie folgt zusammen:

1. Der Arbeitnehmer erhält auf sein Depotvolumen von Kunden, die er während des Arbeitsverhältnisses akquiriert hat, 50% der durch die Arbeitgeberin von diesen Kunden vereinnahmten Vermögensverwaltungshonorare.
2. Das im zwischen der Arbeitgeberin und diesen Kunden des Arbeitnehmers abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag geregelte Erfolgshonorar erhält der Arbeitnehmer zu 100%.
3. Ausserdem erhält der Arbeitnehmer 50% der von der Bank für diese Kunden des Arbeitnehmers ausbezahlten Retrozessionen auf Wertpapiertransaktionskosten abzüglich der bezahlten Mehrwertsteuer.

Der Arbeitnehmer erhält in Anrechnung auf sein in den Ziffern 1 – 3 von Art. 9.1 gerechnetes Salär ein monatliches Gehalt von CHF 8'000.--, zahlbar spätestens am Ende eines jeden Monats. Zusätzlich erhält der Arbeitnehmer ein dreizehntes und vierzehntes Monatsgehalt, jeweils zahlbar im Mai und im November jeden Jahres. Je nach Arbeitsbeginn oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses stehen diese Zusatzgehälter dem Arbeitnehmer pro rata zu. Die eigentliche Abrechnung über das Gehalt des Arbeitnehmers gemäss den vorstehenden Ziffern 1 – 3 von Artikel 9 werden per Ende des Geschäftsjahres, d.h. per 31. Dezember erstellt. Diese Abrechnung wird jeweils von beiden Vertragsparteien zum Zeichen ihres Einverständnisses unterzeichnet. Von dem aus dieser Abrechnung resultierenden Salär werden bereits geleistete Gehaltszahlungen in Abzug gebracht. Der Arbeitnehmer erhält eine sich aus dieser Abrechnung ergebende Restzahlung jeweils spätestens bis Ende Januar eines Jahres ausbezahlt. Vom gesamten Bruttosalär kommen die gesetzlich vorgeschriebenen Sozialbeiträge in Abzug. [...]"

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2002 verlangte P. die Auszahlung des 14. Monatslohnes in Höhe von CHF 4'000.-- brutto, wovon er CHF 2'000.-- brutto bereits erhalten habe. Die B. AG hingegen stellte sich mit Schreiben vom 9. Januar 2003 auf den Standpunkt, P. habe Anspruch auf einen 13. Lohn von CHF 2'000.--, den er bereits erhalten habe. Der 13. Lohn berechne sich pro rata auf 12 Monate. Auf Klage von P. vom 28. Februar 2003 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die B. AG zur Zahlung von CHF 2'000.-- brutto bzw. von CHF 1'853.70 netto, wobei es Folgendes erwogen hat.

In Ziffer 9 Abs. 1 des Arbeitsvertrages legten die Parteien fest, wie sich das Gehalt von P. berechnet. In Absatz 2 wurde bestimmt, dass P. in Anrechnung auf dieses Gehalt monatlich CHF 8'000.-- brutto erhalten sollte. Abzurechnen war per 31. Dezember. Sollte sich dabei ergeben, dass der Arbeitnehmer nach Abzug der bisherigen monatlichen Auszahlung noch weitere Lohnansprüche hatte, so musste die Restzahlung bis Ende Januar erfolgen. Hingegen wurde nichts über eine Rückzahlung oder eine Verrechnung zuviel bezahlten Lohnes bestimmt. Daraus wurde geschlossen, dass die monatlichen Zahlungen von CHF 8'000.-- brutto einen Mindestlohn darstellten. Allfällige Unklarheiten bezüglich des Arbeitsvertrages gingen in Anwendung der Unklarheitsregel zulasten der B. AG, die den Arbeitsvertrag selber formuliert hatte. P. durfte und musste die Lohnabrede im Sinne eines garantierten Mindestlohnes verstehen. Zudem hatte P. Anspruch auf einen 13. und 14. Lohn in Höhe eines Monatsgehalts von je CHF 8'000.-- brutto, die nicht auf das Gesamtgehalt anzurechnen waren. Da P. vom 1. Juni bis 31. August 2002 angestellt war, kam er in den Genuss einer pro-rata-Zahlung für drei Monate. Diese berechnete sich entweder auf CHF 8'000.-- brutto eines 14. Lohnes (Juni bis November) oder auf CHF 16'000.-- brutto eines 13. und 14. Lohnes (Januar bis Dezember), was jeweils einen Anspruch von CHF

4'000.-- brutto ergab. Davon hatte P. anerkanntermassen bereits CHF 2'000.-- brutto erhalten.

(GSGE vom 15.5.2003 in Sachen P. gegen B. AG, GS 2003/93)

## 2.5. Provision (Art. 322b f. OR)

**Art. 322c OR.** Das Einsichtsrecht des Arbeitnehmers hat sich an den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeberin zu orientieren. Auf den zur Verfügung zu stellenden Unterlagen dürfen durch die Arbeitgeberin jene Daten abgedeckt werden, die für die vorzunehmende Kontrolle nicht erforderlich sind. Sofern gewisse Daten für eine Kontrolle unabdingbar sind, an denen andererseits die Arbeitgeberin ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, ist durch die Art und Weise, wie die Kontrolle durchgeführt wird, sicherzustellen, dass die beidseitigen Interessen angemessen gewahrt werden können. Dazu dient in solchen Fällen der Beizug eines von den Parteien unabhängigen Sachverständigen, der an der Stelle des Arbeitnehmers Einsicht nimmt und die Kontrolle durchführt.

**§ 109, § 111 ZPO.** Urkundenedition. Handgelübde, welche die Parteien abzulegen haben, sind in der Gerichtspraxis nicht mehr in Gebrauch. Vielmehr wird einfach vermutet, dass sich die Tatsachen, welche die Gegenpartei als in den vorenthaltenen Urkunden enthalten behauptet, tatsächlich zugetragen haben.

X. trat am 25. Juli 2002 bei der Weinhandlung Y. GmbH als Handelsvertreter ein. Als Lohn waren ausschliesslich Abschlussprovisionen auf den von X. getätigten Weinverkäufen vereinbart. Insgesamt wurden X. Provisionen im Umfang von CHF 22'709.65 ausbezahlt. Mit Schreiben vom 11. März 2003 erteilte die Y. GmbH ihrem Angestellten X. mit sofortiger Wirkung ein Hausverbot mit und stellte fest, dass dieser das Arbeitsverhältnis nach mündlicher Aussprache aufgelöst habe. Sie warf X. vor, er habe sie konkurrenziert, indem er Kunden auf eigene Rechnung beliefert habe. Mit Klage vom 15. Juli 2003 verlangte X. die Verurteilung der Y. GmbH zur Zahlung von CHF 30'000.--. An Ansprüchen führte er CHF 24'832.55 Provisionen bis zum Hausverbot sowie CHF 9'956.35 Provisionen in der Zeit danach bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist Ende April 2003 auf. Der Klage war eine eigene detaillierte Berechnung der Provisionsansprüche beigelegt. Gleichzeitig stellte X. den Antrag um Einsichtnahme in die Geschäftsbelege der Y. GmbH, damit er seine Provisionsansprüche exakt berechnen könne. Er habe auch

Provisionen aus Geschäften mit Kunden, die anderen Angestellten zugeteilt worden seien, zu gut. Die Y. GmbH hingegen bestritt, X. noch Provisionen zu schulden. Nach Durchführung einer 1. Hauptverhandlung am 15. September 2003 wurde die Y. GmbH verpflichtet, dem Gericht unter anderem detaillierte Bank- und Postkontoauszüge für die Zeit vom 25. Juli 2002 bis 31. Juli 2003 sowie sämtliche Lieferscheine vom 25. Juli 2002 bis 11. März 2003 bezüglich der durch X. vermittelten Geschäfte einzureichen. In der Folge legte die Y. GmbH die verlangten Unterlagen unter Abdeckung der Kundennamen und teilweise auch der Liefer- oder Rechnungsbeträge ins Recht. Sie erklärte hierzu, X. versuche mittels unrechtmässig kopierter und mitgenommener Kundenlisten und unter Verwendung ihres Firmennamens Geschäfte zu tätigen. Er habe daher offensichtlich sämtliche, ihn betreffenden Verkaufsunterlagen einsehen können. Andere ihn betreffende Unterlagen bestünden nicht. In keinem Fall dürfe X. Verkaufsunterlagen anderer Verkäufer einsehen. In einer 2. Hauptverhandlung am 29. März 2004 wurden auf Antrag der Y. GmbH zwei Zeugen einvernommen. Z., ein früherer Angestellter der Y. GmbH, gab zu Protokoll, dass er und X. auf Anweisung der Y. GmbH die eigenen Kundenkarteien unter sich ausgetauscht und eine Zeit lang bearbeitet hätten. S. ein Kunde der Y. GmbH, bezeugte vor Gericht, dass X. ihn im September 2003 unter dem Namen der Y. GmbH kontaktiert und Wein zum Verkauf angeboten habe. Hierauf stellte das Gericht das Verfahren erneut aus und verpflichtete die Y. GmbH zur nochmaligen Einreichung der bereits ins Recht gelegten Belege jeweils im Original und ohne Abdeckung. Die Y. GmbH kam dieser Aufforderung in der Folge nicht nach und erklärte, das Gericht leiste mit dieser Anordnung weiteren Wettbewerbsverstössen durch X. Vorschub. Mit Urteil vom 19. August 2004 wurde sie zur Zahlung von CHF 17'940.60 netto an X. verurteilt. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat dabei Folgendes erwogen:

Art. 322c Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer oder an dessen Stelle einem gemeinsam bestimmten oder vom Richter bezeichneten Sachverständigen die nötigen Aufschlüsse zu geben und Einsicht in die für die Provisionsabrechnung massgebenden Bücher und Belege zu gewähren, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist. Ein entsprechendes Recht steht dem Arbeitnehmer auch nach Art. 322a Abs. 2 OR mit Bezug auf einen ihm versprochenen Anteil am Geschäftsergebnis zu. In der Rechtslehre wird deshalb für den Umfang des Einsichtsrechts regelmässig auf jene Vorschrift verwiesen (statt vieler: BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 322c OR N. 1, S. 1712). Beide Einsichtsrechte sind in zweifacher Hinsicht beschränkt.

Sie gehen nur soweit, als sie zur Nachprüfung der Richtigkeit der Angaben der Arbeitgeberin nötig sind (ZK-Staehelin, 1984, Art. 322a OR N. 13, S. A155). Das Einsichtsrecht nach Art. 322c Abs. 2 OR bezieht sich damit auf all jene

Unterlagen, die als Grundlage der Berechnung der Provisionsansprüche dienen (ZK-Staehelin, Art. 322c OR N. 2, S. A164). Vorliegend waren dies nicht nur die Unterlagen bezüglich der Kunden, die X. zugeteilt waren, sondern auch die Unterlagen derjenigen Kunden, die von seinen Arbeitskollegen bearbeitet wurden. Es ergab sich klar aus den Aussagen des Zeugen Z., dass X. auf Geheiss der Y. GmbH während einer gewissen Zeit mit dessen Kundenkartei arbeiten musste und daraus Anspruch auf Provisionen hatte. Zu den fraglichen Unterlagen gehörten namentlich die Bestellungen, Lieferscheine, Rechnungen sowie Bank- und Postbelege. Um festzustellen, ob die Y. GmbH der Kontrolle keine Unterlagen vorenthielt, wurde sie verpflichtet, sämtliche bei ihr vorhandenen Belege dem Gericht einzureichen.

Ferner sind die Einsichtsrechte des Arbeitnehmers nach Art. 322a und c OR auch darin beschränkt, als ihnen höher zu gewichtende Interessen der Arbeitgeberin entgegenstehen. Die Einsichtnahme durch den Angestellten muss sich namentlich an den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeberin orientieren (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, vor § 183 N. 11, S. 530; Spühler/Vock, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, in SJZ 95/1999, S. 43 mit Hinweisen). Auf den durch die Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellenden Unterlagen dürfen deshalb jene Daten abgedeckt werden, die für die vorzunehmende Kontrolle nicht erforderlich sind (z. B. Bankkontonummern und Saldi auf Bankbelegen). Sofern gewisse Daten für eine Kontrolle hingegen unabdingbar sind, an denen andererseits jedoch die Arbeitgeberin ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, ist durch die Art und Weise, wie die Kontrolle durchgeführt wird, sicherzustellen, dass die beidseitigen Interessen angemessen gewahrt werden können. Dazu dient in solchen Fällen der Beizug eines von den Parteien unabhängigen Sachverständigen, der an der Stelle des Arbeitnehmers Einsicht nimmt und die Kontrolle durchführt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, vor § 183 N. 11a, S. 530). Der Sachverständige wird entweder von den Arbeitsvertragsparteien gemeinsam oder bei Uneinigkeit durch den Richter bestimmt (Art. 322c Abs. 2 OR, ZK-Staehelin, Art. 322a OR N. 12 f., S. A154 f.). Vorliegend ergab sich aus der Einvernahme des Zeugen S., dass die Y. GmbH zu Recht befürchtete, X. könne die Daten auf den einzureichenden Belegen zur Konkurrenzierung missbrauchen. Da über die Provisionsansprüche des Arbeitnehmers X. ein Prozess hängig war, musste es Aufgabe des Gerichts sein, zu prüfen und darüber zu bestimmen, welche Belege für eine Kontrolle der Provisionsberechnung erforderlich waren. Zudem war es Sache des Gericht darüber zu befinden, wie die Interessen der beiden Parteien bestmöglich gewährleistet werden konnten. Dies setzt jedoch die uneingeschränkte Kenntnis der fraglichen Unterlagen durch das Gericht voraus (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, vor § 183 N. 11a, S. 530).

Nach § 109 Abs. 1 ZPO ist eine Prozesspartei verpflichtet, auf Begehren und zu Gunsten der Gegenpartei Urkunden ins Recht zu legen, „die mit dem ausgesprochenen oder selbstverständlichen Zwecke unter den Parteien als Beweisstück zu dienen verfertigt worden sind“ (Ziffer 1). Ebenso unterliegen der Urkundenedition die „Handlungs-, Geschäfts- und Rechnungsbücher“ der anderen Partei (Ziffer 3). Die Y. GmbH war sowohl aus Art. 322c Abs. 2 OR als auch aus § 109 Ziff. 1 und 3 ZPO zur Einreichung der Unterlagen verpflichtet, die für die Kontrolle der Provisionsberechnung durch die Y. GmbH erforderlich waren. Dabei war die Y. GmbH nicht von sich aus berechtigt, auf diesen Unterlagen nach ihrem Gutdünken Daten abzudecken. Vielmehr hätte sie stattdessen die eingeforderten Unterlagen gemäss den gerichtlichen Vorgaben vollumfänglich und ohne Einschränkung einreichen müssen. In ihrer Eingabe an das Gericht hätte sie jedoch bezüglich der Einsichtnahme Anträge stellen sowie die aus ihrer Sicht nötigen Einschränkungen der Einsichtnahme begründen dürfen. Auch wäre sie dazu berechtigt gewesen, die verlangten Unterlagen ausschliesslich unter dem Vorbehalt einzureichen, dass das Gericht ihren Anträgen stattgeben würde. Mit der angeordneten Einreichung der Unterlagen ans Gericht wären die Interessen der Y. GmbH nicht gefährdet gewesen. Der Angestellte X. wäre noch nicht berechtigt gewesen, über den Weg einer einfachen Akteneinsicht Einsicht in die Unterlagen zu nehmen. Ihre Interessen wären solange, als das Gericht über die Einsichtnahme nicht rechtskräftig entschieden hätte, keiner Gefahr ausgesetzt gewesen. Wäre das Gericht bei seiner Prüfung der beiseitigen Interessen zur Auffassung gelangt, dass der Standpunkt der Y. GmbH berechtigt gewesen wäre, hätte das Gericht die Auswertung der Unterlagen durch einen Sachverständigen und unter Beschränkung des Einsichtsrechts von X. vornehmen lassen. Hätte hingegen die Einsichtnahme durch X. der unter einem Vorbehalt eingereichten Unterlagen nicht entsprechend den Anträgen der Y. GmbH beschränkt werden können, so wären dieser die Unterlagen ohne weiteres retourniert worden. In diesem Fall wäre sie gleich behandelt worden, wie wenn sie die Unterlagen überhaupt nicht eingereicht hätte. Die Y. GmbH hatte sich zu Letzterem entschlossen und hat damit eine Überprüfung der Ansprüche des Klägers von vornherein verunmöglicht. Aus diesem Grund kam § 111 ZPO zur Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist der von den Gegenpartei angegebene und mit Handgelübde als wahr erklärte Inhalt der Urkunden als bewiesen anzunehmen, wenn sich die zur Edition angehaltene Partei weigert, die verlangten Urkunden ins Recht zu legen. Handgelübde, welche die Parteien abzulegen haben, sind in der Gerichtspraxis nicht mehr in Gebrauch (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, 1992, S. 173, 166 f.). Vielmehr wird einfach vermutet, dass sich die Tatsachen, welche die Gegenpartei als in den vorenthaltenen Urkunden enthalten behauptet, tatsächlich zugetragen haben (Stahelin/Sutter, S. 166). Vorliegend hatte der Arbeitnehmer X. nach der Editionsverweigerung durch die Y. GmbH erklärt, dass sich aus den ihm

vorenthaltenen Unterlagen die von ihm errechneten Provisionsansprüche ergeben würden. Gestützt darauf berechnete das Gericht die Provisionsansprüche von X..

(GSGE vom 19.8.2004 in Sachen X. gegen Y. GmbH, GS 2003/266)

## **2.6. Freistellung**

**2.6.1. Pflicht zur Kompensation von Überstunden?  
(siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)**

**2.6.2. Pflicht zum Ferienbezug?  
(siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)**

**2.6.3. Geltung des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c OR)?  
(siehe unter Ziffer 2.12.1., S. 79)**

## 2.7. Lohnfortzahlung (Art. 324a/b OR)

- 2.7.1. **Art. 324a OR.** Der Arbeitnehmer ist zur Untersuchung durch den Vertrauensarzt der Arbeitgeberin verpflichtet, wenn er sich dazu vertraglich bereit erklärt hat oder objektive Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bzw. am Arzzeugnis, das diese belegen soll, bestehen.
- 2.7.2. Die Weigerung des Angestellten, sich von einem Vertrauensarzt der Arbeitgeberin untersuchen zu lassen, kann, wenn er dazu verpflichtet wäre, unter Umständen, insbesondere nach vorgängiger rechtsgenügender Verwarnung, zur fristlosen Kündigung berechtigen.
- 2.7.3. Als Alternative zur fristlosen Kündigung kann die Arbeitgeberin die Lohnfortzahlung einstweilen stoppen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Arbeitnehmer für diese Zeit definitiv keinen Lohnfortzahlungsanspruch mehr hat. Dies ist die Frage nach dem Nachweis der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit, auf die Art. 324a OR abstellt. Trotz anfänglich berechtigter Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit bzw. an einem Arzzeugnis kann dem Angestellten der Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit doch noch gelingen, falls diese Zweifel durch weitere oder nähere Informationen beseitigt oder entscheidend relativiert werden können. Unter solchen Voraussetzungen kann die Weigerung, sich vom Vertrauensarzt der Arbeitgeberin untersuchen zu lassen, nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnfortzahlungsanspruch verliert.

D. war seit dem 1. Oktober 2001 bei der Baufirma X. AG als Schaler beschäftigt. Am 21. Februar 2003 verliess D. die Arbeit und meldete sich in der Folge krank. Der Arbeitgeberin reichte er ein am 28. Februar 2003 ausgestelltes Arzzeugnis ein, das ihm eine volle Arbeitsunfähigkeit vom 21. Februar bis 1. März 2003 bescheinigte. Er weigerte sich jedoch, sich vom Vertrauensarzt der X. AG untersuchen zu lassen. Da die Arbeitgeberin in der Woche nach dem 1. März 2003 für D. keine Arbeit hatte, wies sie ihn an, Ferien zu beziehen. Danach meldete sich D. weiterhin krank und reichte Arzzeugnisse über eine bis 31. März 2003 fortdauernde volle Arbeitsunfähigkeit ein. Daraufhin wurde D. der Lohn für den Monat März nicht bezahlt. Mit Klage vom 12. Januar 2004 verlangte D. die Verurteilung der X. AG zur Zahlung von CHF 4'540.-- netto nebst Zins zu 5% seit 1. April 2003 (Krankenlohn für den Monat März 2003 nebst Kinderzulagen). Mit Urteil vom 18. März 2004 hiess das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage im Umfang von CHF 3'956.05 netto sowie CHF 150.-- Kinderzulagen gut. Eine von

der Arbeitgeberin gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 3. September 2004 abgewiesen. In seiner Vernehmlassung vom 28. April 2004 zu dieser Beschwerde führte das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes aus:

„[...] Im weiteren beanstandet die Beklagte, dass das Gericht die Weigerung des Klägers, sich von ihrem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, nicht zum Anlass genommen habe, ihm den Lohnanspruch abzusprechen. Auszugehen ist davon, dass der Angestellte zur Untersuchung durch den Vertrauensarzt verpflichtet ist, wenn er sich dazu vertraglich verpflichtet hat oder objektive Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bzw. am Arzzeugnis, das diese belegen soll, bestehen (ZK-Staehelin, 1984, Art. 324a OR N. 10, S. A226 f.; Christoph Schönenberger, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, 2001, S. 158 ff.; Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP 2000, S. 1069; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, S. 154; Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 47; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, S. 159; Manfred Rehbinder, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Festschrift Vogel, 1991, S. 197). Vorliegend räumen weder der LMV für das Bauhauptgewerbe noch der zugehörige Regiovertrag der Arbeitgeberin ein derartiges Recht ein. Hingegen wurde das vom Kläger der Beklagten vorgelegte Arzzeugnis von Dr. M., in welchem eine Arbeitsunfähigkeit vom 21. Februar bis 1. März 2003 ausgewiesen wird, erst am 28. Februar 2003 und damit rückwirkend ausgestellt. Unter diesen Umständen ergaben sich für die Beklagte im Zeitpunkt, als ihr dieses Zeugnis vorgelegt wurde, berechnete Zweifel an dessen Genauigkeit bzw. Richtigkeit, so dass sie vom Kläger verlangen durfte, sich von ihrem Vertrauensarzt begutachten zu lassen. Bei diesem Ergebnis konnte es nicht mehr darauf ankommen, ob der Kläger sich zunächst zu dieser Untersuchung bereit erklärt hatte oder nicht, was er jedoch bestritten hat und was von der Beklagten auch nicht hätte nachgewiesen werden können, weil beim Gespräch zwischen ihrem Herrn H. und dem Kläger niemand anders anwesend war.

Vom Kläger anerkannt war jedoch, dass er auf Anraten der Gewerkschaft der Aufforderung der Beklagten nicht nachkam. Die Beklagte zieht daraus den Schluss, dass der Angestellte seines Lohnfortzahlungsanspruches verlustig gehe. Sie stützt sich für ihre Ansicht auf Streiff/von Kaenel (S. 159 mit Hinweis auf den Entscheid Nr. 118 in Gabriel Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984) und spricht dabei von einer "Rechtsfolge", die durch zwei vom Gerichtsvorsitzenden zitierte Lehrmeinungen nicht ausser Kraft gesetzt werden könne. Sie scheint dabei zu übersehen, dass jene Rechtsfolge sich nicht im Gesetz findet, sondern dass es sich um eine Meinung in Lehre und Rechtsprechung handelt (Egli, AJP 2000, S. 1069 mit Hinweis auf JAR 1993 S.

144; Brühwiler, S. 154 mit Hinweis auf Entscheid Nr. 118 bei Aubert), die zudem umstritten ist (Schönenberger S. 162). Zu unterscheiden ist zweierlei: Die Weigerung des Angestellten, sich von einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, kann, wenn er dazu verpflichtet wäre, unter Umständen, insbesondere nach vorgängiger rechtsgenügender Verwarnung, zur fristlosen Kündigung berechtigen (ebenso: Schönenberger S. 163 mit Hinweisen; JAR 1992 S. 119 f.). Als Alternative dazu kann er die Lohnfortzahlung einstweilen stoppen (BGE 125/1999 III 76; Schönenberger S. 163). Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Arbeitnehmer für diese Zeit definitiv keinen Lohnfortzahlungsanspruch mehr hat. Dies ist die Frage nach dem Nachweis der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit, auf die Art. 324a OR abstellt. Trotz anfänglich berechtigter Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit bzw. an einem Arzteugnis kann dem Angestellten der Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit dennoch gelingen, falls diese Zweifel durch weitere oder nähere Informationen beseitigt oder entscheidend relativiert werden können. Unter solchen Voraussetzungen kann die Weigerung, zum Vertrauensarzt zu gehen, nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnfortzahlungsanspruch verliert (Schönenberger S. 163; vgl. Zinsli S. 47; Rehbinder S. 198; JAR 1993 S. 144 ff.).

Vorliegend hat das Gericht anlässlich der Hauptverhandlung per Fax und Telefon bei Dr. M., dem behandelnden Arzt des Klägers, sich darüber erkundigt, ob dieser die Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 21. Februar 2003 erst am 28. Februar 2003 beurteilt hat. Dr. M. hat dabei angegeben, dass der Kläger am 21. Februar, 28. Februar, 3. März, 7. März, 17. März, 21. März und am 31. März in seine Sprechstunde gekommen ist. Es war deshalb davon auszugehen, dass Dr. M. von Beginn der Arbeitsunfähigkeit weg und regelmässig den Kläger in seiner Praxis gesehen und damit dessen Gesundheitszustand hat beurteilen können. Daran nichts ändern konnte, dass der Kläger behauptete, er habe bereits am 21. Februar 2003 ein Arzteugnis auf der Baustelle der B. vorgewiesen und danach auch der Beklagten vorbeigebracht, was diese bestritten hat und heute auch nicht mehr unter Beweis gestellt werden könnte. Dies kann nämlich nicht gegen die Glaubwürdigkeit von Dr. M. sprechen, der dem Gericht auch nicht dafür bekannt ist, dass er Gefälligkeitszeugnisse ausstellt. Ferner kann der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit durch die ärztlichen Zeugnisse nicht dadurch erschüttert werden, dass der Kläger nach den Angaben von Dr. M. eine Angina und danach Rückenschmerzen hatte. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Aussage des Rechtsvertreters des Klägers im Schreiben vom 17. Juni 2003, wonach dieser sich immer noch sehr schlecht gefühlt habe, konnte dem Kläger nicht als widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden. Wesentlich ist, dass der Kläger damals arbeitsunfähig war, sei es wegen einer Angina, sei es wegen Rückenschmerzen. Im übrigen war die Beklagte damals, wäre der Kläger gesund gewesen bzw. geblieben, nicht berechtigt, derart kurzfristig Ferien anzuordnen.

Aufgrund der vorliegenden Arztzeugnisse war der Kläger vom 21. Februar bis 1. März (Samstag) 2003 und vom 3. März (Montag) bis 31. März 2003 arbeitsunfähig. Im Rahmen der amtlichen Erkundigung gab Dr. M. an, dass die Arbeitsunfähigkeit infolge Rückenschmerzen sich nahtlos an jene aufgrund der Angina angeschlossen habe. Da es sich beim 2. März 2003 um einen Sonntag handelte, an dem der Kläger ohnehin nicht gearbeitet hätte, ist dieser Tag in den Zeugnissen nicht aufgeführt worden. Dennoch war von einer durchgehenden Arbeitsunfähigkeit auszugehen.“

(GSGE vom 18.3.2004 in Sachen D. gegen X. AG, GS 2004/16; AGE vom 3.9.2004, Verf. Nr. 929/930/2004)

**2.7.4. Art. 324a Abs. 2 und 4 OR. Ein Arbeitnehmer, dem für den Fall einer Arbeitsunfähigkeit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer ein Anspruch auf Versicherungsleistungen zuerkannt worden ist, darf guten Glaubens darauf vertrauen, dass er diesem Schutz auch dann noch untersteht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Anspruches auf Taggelder endet. Gleiches muss gelten für Lohnfortzahlungen, zu welchen sich der Arbeitgeber für die Phase vor den Taggeldzahlungen verpflichtet hat. Ob der Ersatz vom Arbeitgeber selbst oder von einer Versicherung geleistet wird, oder ob die Versicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits Leistungen erbracht hat, ändert nichts daran, dass Ersatz versprochen ist und im versprochenen Umfang geleistet werden muss.**

B. arbeitete seit dem 20. August 2001 bei der X. Versicherung als Verkaufsleiter. Am 11. Juni 2002 kündigte die X. Versicherung seinen Arbeitsvertrag per 31. Juli 2002. B. wurde in der Folge für mehrere Monate krank. Deswegen verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 31. August 2002. Bis dahin bezahlte die X. Versicherung seinen Lohn. B. erhob daraufhin Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht und forderte Lohn für die Monate September und Oktober 2002. Mit Urteil vom 24. Februar 2003 sprach das Gewerbliche Schiedsgericht B. für September und Oktober 2002 Lohn von CHF 14'098.-- netto nebst Zins zu 5 % seit dem 8. Oktober 2002 zu.

Gegen dieses Urteil hat die X. Versicherung Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht mit Urteil vom 7. August 2003 in freier Kognition abgewiesen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 2. a) Während einer Krankheit schuldet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer im ersten Dienstjahr für mindestens drei Wochen den Lohn (Art. 324a

Abs. 1 und 2 OR). Abweichende Regelungen können getroffen werden, sofern sie für den Arbeitnehmer zumindest gleichwertig sind (Art. 324a Abs. 4 OR; Art. 362 OR). Gemäss Art. 6 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 7. August 2001 wird dieser durch das Personalreglement ergänzt (Arbeitsvertrag und Personalreglement [...]). Art. 6 Ziff. 1 des Reglements lautet wie folgt:

„1. Gehaltszahlung im Krankheitsfall

Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entrichtet der Arbeitgeber das gesamte Gehalt während den ersten 180 Tagen. Ab dem 181. Tag ist der Arbeitnehmer für den Einkommensverlust zu 100 % während 720 Tagen auf eine Dauer von 900 aufeinanderfolgenden Tagen versichert.“

b) Das Gewerbliche Schiedsgericht entnimmt dieser Bestimmung das Versprechen, bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit während 180 Tagen das volle Salär zu zahlen. Gestützt auf seine langjährige Praxis (Vernehmlassung S. 2 mit Verweis auf BJM 1993 S. 293 f.), nach der ein vertraglich zugesicherter Lohnfortzahlungsanspruch nicht durch Kündigung abgekürzt werden könne, habe es den Beschwerdegegner in seinem Vertrauen auf die Lohnfortzahlung während 180 Tagen im Krankheitsfall geschützt und ihm deshalb den Lohn für die Monate September und Oktober 2002 zugesprochen. Die Beschwerdeführerin hingegen beruft sich auf BGE 113 II 259 ff., wonach der Arbeitgeber zu Lohnzahlungen über das Ende des Arbeitsvertrags hinaus nur verpflichtet sei, wenn er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

c) Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wurde auf Ende August 2002 aufgelöst, womit gemäss Art. 324a OR grundsätzlich die Lohnzahlungspflicht endet. Da Art. 324a OR nur einseitig zwingender Natur ist, können die Parteien indessen eine für den Arbeitnehmer günstigere Absprache treffen. Strittig ist im vorliegenden Fall die Frage, ob aufgrund von Art. 6 des Personalreglements die Lohnfortzahlung auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet ist. Von einer solchen Absprache ist namentlich auszugehen, wenn sich der Arbeitgeber ohne Vorbehalt verpflichtet hat, während einer längeren Dauer den Lohnbetrag bzw. einen Teil davon weiterzubezahlen oder eine Versicherung mit einem solchen Inhalt abzuschliessen. Die vom Bundesgericht in BGE 113 II 263 begründete Rechtsprechung, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, ist durch BGE 124 III 126 modifiziert worden. Danach darf ein Arbeitnehmer, dem für den Fall einer Arbeitsunfähigkeit ohne irgendwelche Einschränkungen für eine lange Dauer ein Anspruch auf Versicherungsleistungen zuerkannt worden ist, guten Glaubens darauf vertrauen, dass er diesem Schutz auch dann noch untersteht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Erlöschen des Anspruches auf Taggelder endet (BGE 124 III 126 E. 2b, S. 132 f.; BGE 127 III 318 E. 4b, S. 325 f.; so auch Thomas Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 329). Gleiches muss gelten für Lohnfortzahlungen, zu welchen

sich der Arbeitgeber für die Phase vor den Taggeldzahlungen verpflichtet hat. Ob der Ersatz vom Arbeitgeber selbst oder von einer Versicherung geleistet wird, oder ob die Versicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits Leistungen erbracht hat [...], ändert nichts daran, dass Ersatz versprochen ist und im versprochenen Umfang geleistet werden muss. Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer sich auf die für den Krankheitsfall versprochenen Leistungen auch nach Beendigung des Arbeitsvertrages verlassen darf, wenn nicht der Arbeitgeber sie ausdrücklich auf die Dauer des Arbeitsvertrages beschränkt hat. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat demnach Art. 6 des Personalreglements nicht falsch ausgelegt, weil es richtig zwischen Lohnzahlung während der Dauer des Arbeitsvertrages und Lohnfortzahlung während der Dauer der Krankheit unterschieden hat. Im vorliegenden Fall gilt das dem Arbeitnehmer Versprochene über das Ende des Arbeitsvertrages hinaus; denn es geht hier nicht um eine direkte Gegenleistung für Arbeit (um Lohn), sondern um den Schutz vor krankheitsbedingtem Erwerbsausfall (um Lohnfortzahlung resp. Lohnersatz).

d) Aus der gesetzlichen Regelung zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle kann die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten, da sie diese durch eine einzelvertragliche Abrede ersetzt hat.

e) Ob der Beschwerdegegner nach relativ kurzer Vertragsdauer von einer unverhältnismässig günstigen Regelung profitiert, entzieht sich der gerichtlichen Beurteilung, da die Regelung von den Parteien vereinbart ist. Nach dem Parteiwillen wäre er auch im ersten Vertragsjahr, sogar nach sehr kurzer Vertragsdauer, in den Genuss der grosszügigen Krankheitsregelung gekommen, wenn nicht gekündigt worden wäre. Dass die Beschwerdeführerin als Versicherungsgesellschaft die Regelung nicht so gemeint haben könnte, wie sie sie formuliert hat, hat der Beschwerdegegner nicht erkennen müssen und ist ihm nicht anzulasten. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin beweist das Schreiben des Beschwerdegegners vom 18. September 2002 [...] nichts anderes, als dass dieser darin ausführt, sein Kollektiv - Krankenversicherungsvertrag bleibe bestehen, solange er arbeitsunfähig sei. Irrelevant für die Phase der ersten 180 Tage ist die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob der Beschwerdegegner in die Einzel-Krankentaggeld-Versicherung übergetreten ist. [...]"

(GSGE vom 24.2.2003 in Sachen B. gegen X. Versicherung, GS 2002/349; AGE vom 7.8.2003, Verf. Nr. 917/2003)

## **2.8.           Arbeitsgeräte, Material, Auslagen (Art. 327 ff. OR)**

**Art. 327 Abs. 1 / 327a OR, Art. 3 GIG.** Grundsätzlich gehören Kleider nicht zum Material, das die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin zur Verfügung stellen und finanzieren muss. Dies gilt nicht für spezielle Arbeitskleidung, wenn der Arbeitnehmerin nicht zugemutet werden kann, in normalem Gewand zu arbeiten, wenn die Arbeitgeberin solche anordnet oder wenn diese üblich ist. Die Arbeitnehmerin hat sich an den Kosten für solche Berufskleidung nur zu beteiligen, wenn sie diese auch ausserhalb der Arbeitszeit trägt. Das Gewerbliche Schiedsgericht stellt für die Frage, ob die Arbeitgeberin oder aber die Arbeitnehmerin für die Kosten von Arbeitskleidern aufzukommen hat, auf die Interessenlage und die Wahlfreiheit ab: Je grösser einerseits das Interesse der Arbeitgeberin an bestimmten Kleidern ihrer Arbeitnehmerin und je kleiner andererseits die Freiheit der Arbeitnehmerin, diese nach eigenem Gutdünken auszuwählen, desto eher ist die Arbeitskleidung von der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen oder zu finanzieren. Eine einheitliche Kleidung hat Kennzeichnungscharakter und liegt wesentlich im Interesse der Arbeitgeberin. Daran ändert nichts, dass Arbeitnehmervertreterinnen im Betrieb der Arbeitgeberin bei der jeweiligen Auswahl der Kleider mitreden dürfen. Das Gericht ist nicht an eigene frühere Urteile gebunden, in denen sie das gleiche Kleiderreglement noch für zulässig erklärt hatte. Ein Kleiderreglement, das auf weibliche Angestellte im Unterschied zu den männlichen Arbeitskollegen strikt angewendet wird, verstösst gegen das Diskriminierungsverbot im Gleichstellungsgesetz.

M. und fünf weitere ehemalige Verkäuferinnen haben bei der F. AG gearbeitet. Bezüglich der Arbeitskleider war in einem speziellen Kleiderreglement zu den Arbeitsverträgen vorgesehen, dass allen im Verkauf tätigen Mitarbeiterinnen für jede Saison, das heisst zweimal im Jahr, eine Bekleidungseinheit abgegeben werde, die diese während der Arbeitszeit zu tragen hätten. Andererseits mussten sich die Verkäuferinnen mit 50% an den Gestehungskosten dieser Kleider beteiligen. Im Reglement wurde zudem darauf hingewiesen, dass dieser Personalanteil zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen CHF 200.-- und CHF 300.-- pro Person und Saison betrage. Nach Empfang der Kleider für die nächstfolgende Saison gingen laut Reglement die bis dahin getragenen Bekleidungseinheiten ins Eigentum der Verkäuferinnen über. M. und fünf ihrer Arbeitskolleginnen klagten am 19. März 2003 auf Rückerstattung der Lohnabzüge für ihre Kleider. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat am 8. September 2003 alle Klagen gutgeheissen. Eine von der F. AG gegen diese Urteile erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 24. Februar 2004 abgewiesen.



### 2.8.1. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts

In seiner Vernehmlassung vom 23. Dezember 2003 zur Beschwerde der F. AG hat das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt ausgeführt:

„[...] Hinsichtlich Arbeitskleider sind die Art. 327 und 327a OR zu beachten. Nach Art. 327 OR hat die Arbeitgeberin, wenn nichts anderes verabredet oder üblich ist, die Arbeitnehmerin mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die diese zur Arbeit benötigt. Ferner hat nach Art. 327a OR die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen (Abs. 1). Abreden, dass die Arbeitnehmerin die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen habe, sind nichtig.

Grundsätzlich gilt, dass die Kleider, die eine Arbeitnehmerin zur Arbeit trägt, nicht zum Material gehören, die ihr die Arbeitgeberin zur Verfügung stellen und finanzieren muss. Vielmehr zählen sie zu den persönlichen, von der Arbeitnehmerin selber zu tragenden Auslagen (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 327a OR N. 2, S. 189; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 327a OR N. 1, S. 183; ZK-Staehelin, 1984, Art. 327a OR N. 3, S. A 281; BK-Rehbinder, 1985, Art. 327a OR N. 4, S. 397; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage 1994, S. 116). Die Arbeitnehmerin trägt in der Regel die gleichen Kleider unabhängig davon, ob sie arbeitet oder nicht. Hingegen hat die Arbeitgeberin ihrer Angestellten spezielle Arbeitskleider wie Uniformen und insbesondere Schutzkleider nach Art. 327 OR bereitzuhalten oder nach Art. 327a OR die Kosten dafür zu übernehmen (Brühwiler, Art. 327a OR N. 1, S. 183; Streiff/von Kaenel, Art. 327a OR N. 2, S. 189; BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 327a OR N. 2, S. 1737; Daniel Brand et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, 1991, Art. 327a OR N. 2, S. 210). Es wird dabei darauf abgestellt, ob es der Arbeitnehmerin zuzumuten ist, in ihren gewöhnlichen Kleidern zu arbeiten (BSK-Rehbinder/Portmann, Art. 327a OR N. 2, S. 1737). Zudem kann eine bestimmte Arbeitskleidung angeordnet oder zwecks Kennzeichnung oder zum Schutz vor Unfällen und Krankheiten durch die Arbeitgeberin vorgeschrieben bzw. geboten sein (BSK-Rehbinder/Portmann, Art. 327a OR N. 2, S. 1737; Daniel Brand et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, 1991, Art. 327a OR N. 2, S. 211). Nur wenn die verlangte Arbeitskleidung auch ausserhalb der Arbeitszeit getragen wird, trifft die Arbeitnehmerin eine anteilige Kostentragungspflicht (Streiff/von Kaenel, Art. 327a OR N. 2, S. 189). Es ergibt sich aus alledem, dass für die Frage, ob die Arbeitgeberin oder aber die Arbeitnehmerin für die Kosten von Arbeitskleidern aufzukommen hat, auf die Interessenlage und die Wahlfreiheit abzustellen ist. Je

grösser einerseits das Interesse der Arbeitgeberin an bestimmten Kleidern ihrer Arbeitnehmerin und je kleiner andererseits die Freiheit der Arbeitnehmerin, diese nach eigenem Gutdünken auszuwählen, desto eher ist die Arbeitskleidung von der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen oder zu finanzieren.

Hintergrund des Kleiderreglements im Betrieb der Beklagten ist nach ihren eigenen Ausführungen der Umstand, dass das Verkaufspersonal in der Konfektionsbranche elegant gekleidet sein müsse und entsprechend eine korrekte Kleidung ohne weiteres erwartet werden dürfe [...]. Hierzu ist zu bemerken, dass dieser Zweck eindeutig und hauptsächlich im Betriebsinteresse der Beklagten als Arbeitgeberin steht. Die Beklagte will verständlicherweise ihren Betrieb gegenüber ihren Kunden und Konkurrenten als modisch und zeitgemäss präsentieren. Sie verspricht sich davon offensichtlich ein ordentliches Erscheinungsbild, Reklame und vor allem Geschäftserfolg für ihr Unternehmen. Ein vergleichbares Interesse daran besteht für ihre Angestellten nicht. Zwar sind auch sie daran interessiert, dass die den Kunden angebotenen Waren gut verkauft werden können, damit ihnen Beschäftigung und Entlohnung gesichert sind. Die Verkäuferinnen sind jedoch am Unternehmen der Beklagten selber nicht beteiligt. Ebenso wenig hängt ihr Lohn massgeblich vom getätigten Umsatz oder Geschäftserfolg ab. Vereinbart waren eine Umsatzbeteiligung und Prämien, die zusammen zwischen 10% und - und bei wenigen Verkäuferinnen und gleichzeitig vereinzelt sehr guten Monaten - bis maximal ein Drittel des Monatsgehalts ausmachen konnten. Wesentlicher als diese Zahlen und entscheidend ist jedoch die Feststellung, dass das Kleiderreglement von den Verkäuferinnen weit mehr verlangt, als was erforderlich wäre, damit diese elegant und korrekt angezogen in den Verkaufslokalitäten erscheinen. Dazu genügte es vollauf, wenn die Beklagte den Verkäuferinnen vorschreiben würde, dass sie sich in bestimmter Weise - beispielsweise helle Bluse und dunkler Jupe - für die Arbeit zu bekleiden hätten, wie dies auch in vielen anderen Modegeschäften und Boutiquen gehandhabt wird. Auf diese Weise verbliebe den Verkäuferinnen bei der Auswahl der Kleider eine weitgehende Freiheit. Stattdessen schreibt das Kleiderreglement vor, dass die Verkäuferinnen jede Saison sich am Kauf einer bestimmten Garderobe zur Hälfte des Kaufpreises beteiligen müssen. Auch wenn die Beklagte diese Saisonbekleidung jeweilen nicht allein, sondern unter Beizug von vier bis fünf Angestellten aussucht, so können weder diese beteiligten Verkäuferinnen, aber noch viel weniger das Gros des weiblichen Verkaufspersonals, das dazu nichts beitragen darf, über die Kleider, die sie zur Arbeit tragen müssen, frei bestimmen. Vielmehr sind sie darin dermassen eingeschränkt, dass die Arbeitskleidung nicht mehr zu den persönlichen, von einer Arbeitnehmerin selber zu tragenden Auslagen gerechnet werden kann.

Überhaupt ist bei Kleidern, die eine Arbeitgeberin ihrem Personal nach Marke, Modell, Schnitt und Farben vorschreibt, von einer eigentlichen Uniformierung zu

sprechen. Unter solchen Umständen ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Arbeitskleider von den Angestellten auch noch in ihrer Freizeit getragen werden, sehr gering. Auch die Klägerinnen haben bestätigt, dass sie die Kleider nicht in der Freizeit getragen und am Ende der Saison entsorgt haben. Dies erscheint glaubwürdig und das Gegenteil ist von der Beklagten nicht nachgewiesen. Es ist darauf hinzuweisen, dass in der heutigen Gesellschaft viel stärker als noch in vergangenen Jahrzehnten Frauen und Männer grossen Wert auf Individualität in Fragen legen, wie sie sich in der Öffentlichkeit präsentieren. Es wird allgemein als völlig selbstverständlich angesehen, dass jedermann seinen eigenen Bekleidungsstil entwickelt und pflegt. Eigentliche Kleidervorschriften und -gewohnheiten haben deshalb zunehmend an Bedeutung verloren. Diese gesellschaftliche Entwicklung wird übrigens gerade von den Modeunternehmen wie der Beklagten gefördert und mitgetragen. Aus diesen Gründen verstösst das Kleiderreglement gegen Art. 327a Abs. 3 OR und ist damit nichtig. Bei diesem Resultat durften die Klägerinnen auch erst nachträglich gegen die Kleiderabzüge in den Lohnabrechnungen vorgehen (Art. 341 OR). Dabei ist nicht davon auszugehen, dass sie darauf nach Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse und bis zu ihrer Klageeinreichung beim Gewerblichen Schiedsgericht stillschweigend verzichtet haben.

Hinzu kommt, dass das Kleiderreglement und seine Handhabung durch die Beklagte auch gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes verstossen. Auf Vorhalt der Klägerinnen hat die Beklagte zugegeben, dass die männlichen Angestellten nicht der strengen Kleidervorschrift gemäss dem Kleiderreglement unterstehen. Bei ihnen bestehe lediglich die Weisung, das sie in einem Anzug, den sie in einem beliebigen Geschäft gekauft haben oder noch kaufen können, oder dann in Kleidern, die die Beklagte in ihrem Verkaufsangebot habe, zur Arbeit zu erscheinen hätten [...]. Dahin gestellt bleiben konnte, ob die männlichen Angestellten darüber hinaus noch weitere Erleichterungen erhalten. Nach Aussagen der Klägerinnen dürfen diese sogar in T-Shirts und Jeans ihre Arbeit verrichten [...]. Entscheidend ins Gewicht gefallen ist nämlich, dass die Beklagte ihren Arbeitnehmern bei der Auswahl ihrer Arbeitskleider eine Wahlfreiheit belässt, die sie andererseits aber ihren Arbeitnehmerinnen vorenthält. Die Männer dürfen anders als die Frauen jene Anzüge tragen, die sie nach Marke, Modell, Schnitt und Farbe in ihrem Privatleben selber aussuchen und kaufen. Dies entspricht einer in Modegeschäften und Bürobetrieben weit verbreiteten Erwartung der Arbeitgeber an ihre Angestellten hinsichtlich deren Bekleidung bei der Arbeit und ist nicht zu beanstanden. Auf diese Weise werden jedoch die Frauen im Betrieb der Beklagten gegenüber den Männern in diskriminierender Weise zurückgesetzt. Aus diesem Grund können die Klägerinnen den ihnen belasteten Anteil an den Kleiderkosten zurückfordern.

An diesem Ergebnis nichts ändern konnte, dass das Gewerbliche Schiedsgericht im Jahre 1997 mehrere Klagen von Verkäuferinnen, mit denen diese ebenfalls die Zulässigkeit desselben Kleiderreglements der Beklagten bestritten haben, abgewiesen hatte. Es handelt sich dabei um Urteile vom 19. Juni 1997, die das Gewerbliche Schiedsgericht über vier gleiche Klagen gleichzeitig gefasst hatte [...]. Zudem hatte es zwei weitere gleiche Klagen [...] vier Monate später am 30. Oktober 1997 wiederum abgewiesen. Seither hat das Gewerbliche Schiedsgericht nie mehr über das Kleiderreglement der Beklagten urteilen müssen. Die heutigen Klägerinnen sind mit jenen sechs aus dem Jahre 1997 nicht identisch. Ausserdem war schon damals trotz Abweisung der Klagen in der Urteilsbegründung zum Ausdruck gekommen, dass das Gericht das Kleiderreglement nicht für unproblematisch angesehen hatte. Bei diesen beiden letzteren Fällen gab nämlich der Umstand, dass das Gericht nach der kurzen Zeit keine widersprechenden Urteile erlassen wollte, den Ausschlag für die Abweisung. Auch darauf war die Beklagte in der Urteilsbegründung hingewiesen worden. Die Beklagte musste sich deshalb über die Gefahr einer abweichenden Beurteilung des gleichen Sachverhalts in Zukunft bewusst sein. Zudem ist das heutige Gewerbliche Schiedsgericht personell völlig anders zusammengesetzt als jenes, das vor sechs Jahren entschieden hatte. So wenig das Zivilgericht in der Beurteilung arbeitsrechtlicher Fragen an die Praxis des Gewerblichen Schiedsgerichts gebunden ist und umgekehrt, so wenig gilt dies für die unterschiedlichen Zusammensetzungen des Gewerblichen Schiedsgerichts. Nicht ohne Grund spricht deshalb das Gerichtsorganisationsgesetz von den „Gewerblichen Schiedsgerichten“ (§ 4 ff. GOG). Dies gilt um so mehr, nachdem die letzten Urteile sechs Jahre zurückliegen. In der Zwischenzeit haben 1997 und dieses Jahr jeweils Neuwahlen ins Gewerbliche Schiedsgericht stattgefunden. Auch hat sich seither der gesellschaftliche Wandel weiter fortgesetzt. Noch stärker als damals wird heute Wert auf Individualität in der Bekleidung gelegt. Gleichzeitig haben sich die Kleiderzwänge im Berufsalltag noch mehr gelockert. Diesen Änderungen kann und will sich das Gericht nicht verschliessen. Es ist nicht zuletzt deshalb zum Schluss gekommen, dass das Kleiderreglement der Beklagten nicht nur problematisch, sondern klar unzulässig ist. Hinzu kam, dass vor sechs Jahren die unterschiedlichen Weisungen hinsichtlich Bekleidung bei weiblichen und männlichen Angestellten im Betrieb der Beklagten von keiner der damaligen Parteien thematisiert worden und dem Gericht daher auch nicht bekannt war, so dass es damals darüber nicht geurteilt hatte.“

(GSGE vom 8.9.2003 in Sachen M. & Konsorten gegen F. AG, GS 2003/113-118)

### **2.8.2. Urteil des Appellationsgerichts**

Das Appellationsgericht hat in seinem Urteil über die Beschwerde der F. AG was folgt erwogen:

„[...] 2. Die Beschwerdeführerin gibt ihren Verkäuferinnen pro Saison (2 mal jährlich) eine „Bekleidungseinheit“ ab, welche während der Arbeitszeit zu tragen ist. Die Verkäuferin übernimmt 50% der Gestehungskosten. Nach Empfang der Kleider für die nächste Saison gehen die bisher getragenen „Bekleidungseinheiten“ in den Privatbesitz der Verkäuferin über. Der Kostenanteil der Verkäuferin macht CHF 200.-- bis 300.-- pro Saison aus. Geregelt ist diese Kleiderabgabe in einem „Kleider-Reglement“, das alle Verkäuferinnen erhalten und zum Zeichen ihres Einverständnisses unterzeichnen [...].

Die Beschwerdegegnerinnen sind der Auffassung, es handle sich um uniform-ähnliche Berufskleidung ohne privaten Nutzen, deren Kosten die Arbeitgeberin gemäss OR Art. 327 und 327a zwingend zu tragen habe. Demgegenüber verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass ihre Verkäuferinnen elegant gekleidet sein müssten. Sie erhielten die saisonale Bekleidungseinheit für 50% der Gestehungskosten; letztere lägen ihrerseits wegen des En-Gros-Einkaufs bei ca. 50% des Detailhandelspreises. Damit bezahle die Verkäuferin nur gerade rund 25% des effektiven Wertes. Es handle sich um normale Kleidungsstücke von guter Qualität, die auch ausserhalb der Arbeitszeit getragen werden könnten. Ohne die im Kleider-Reglement vereinbarte Lösung hätten die Verkäuferinnen die erforderliche Kleidung auf eigene Rechnung zu höheren Kosten beschaffen müssen. Schliesslich habe das Gewerbliche Schiedsgericht bereits im Jahre 1997 vier Klagen ehemaliger Mitarbeiterinnen abgewiesen und damit die Kleiderordnung der Beschwerdeführerin als zulässig beurteilt. Darauf habe sie vertrauen dürfen und müssen.

3. a) Gemäss Art. 327 Abs. 1 OR hat bei Fehlen einer anderen Vereinbarung oder Übung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die dieser zur Arbeit benötigt. Darunter fällt auch eine für die Ausführung der Arbeit notwendige besondere Berufsbekleidung. Grundsätzlich gehören aber Kleider, welche ein Arbeitnehmer zur Arbeit trägt, nicht zum Material, das ihm der Arbeitgeber zur Verfügung stellen und finanzieren muss. Spezielle Arbeitskleidung ist nur erforderlich, wenn dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, in normalem Gewand zu arbeiten, wenn der Arbeitgeber solche anordnet oder wenn sie üblich ist (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 327 OR). Der Obliegenheit des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer solche Berufskleidung zur Verfügung zu stellen, entspricht das Verbot, diese vom Arbeitnehmer - sei es auch nur anteilmässig - finanzieren zu lassen. Der Arbeitgeber hat die Kosten hierfür vielmehr selbst zu tragen (Art. 327a OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. A., Zürich 1992, N 2 zu Art. 327a OR; Rehbindler/Portmann, Basler Kommentar, Art. 327a OR N 2; Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, Rz 255; ähnlich auch Brand/Dürr/Gutknecht/Platzer/Schnyder/Stampfli/Wanner, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht,

Bern 1991, N 2 zu Art. 327a OR). Aus welchen Gründen der Arbeitgeber die Berufskleidung anordnet, ist nicht massgeblich. Die Kleidung kann der Verhütung von Unfällen und Krankheiten dienen, üblich sein (Bäcker, Garagist) oder - wie etwa beim Verkaufspersonal - zum Zweck der Kennzeichnung der Mitarbeiter erfolgen (Rehbinder, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 327a OR). Wie namentlich STREIFF/VON KAENEL betonen, ist ein Arbeitnehmer dabei nur dann an den Kosten der Berufskleidung zu beteiligen, wenn er diese auch ausserhalb der Arbeitszeit trägt (a.a.O., wo das Uniformenreglement der Swissair als unzulässig bezeichnet wird). Das Gewerbliche Schiedsgericht stellt für die Frage, ob die Arbeitgeberin oder der Arbeitnehmer für die Kosten von Arbeitskleidern aufzukommen hat, auf die Interessenlage und die Wahlfreiheit ab: „Je grösser einerseits das Interesse der Arbeitgeberin an bestimmten Kleidern ihrer Arbeitnehmerin und je kleiner andererseits die Freiheit der Arbeitnehmerin, diese nach eigenem Gutdünken auszuwählen, desto eher ist die Arbeitskleidung von der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen oder zu finanzieren“ [...].

b) Die Vorinstanz erachtet die Kleidung der Verkäuferinnen der Beschwerdeführerin als im Interesse der Arbeitgeberin geforderte uniform-ähnliche Einheitskleidung, die von den Verkäuferinnen nicht individuell bestimmt werden könne, ausserhalb der Arbeitszeit nicht getragen und nach Saisonende entsorgt werde. Daraus hat sie geschlossen, die Regelung des Kleider-Reglements, welche eine Kostenbeteiligung der Arbeitnehmerinnen vorsieht, sei unzulässig.

Gegen diese Auffassung spricht zwar, dass die Berufskleider nicht den Charakter von eigentlichen Uniformen haben, sondern wie Zivilkleider zusammengestellt sind. Die Verkäuferinnen, die zunächst eine entsprechende Kostenbeteiligung anerkannt haben, dürfen die Berufskleider denn auch privat tragen und sie gehen nach dem Saisonende in ihr Eigentum über. Andererseits ist zu beachten, dass alle Verkäuferinnen die gleichen Kleider tragen *müssen*. Das Kleider-Reglement bestimmt in Ziff. 1 zur abzugebenen „Bekleidungsinheit“: „Diese ist während der Arbeitszeit zu tragen“. Dadurch wird ein einheitliches Erscheinungsbild erzeugt, welches die Kleider, auch wenn sie von gehobener Qualität und nach objektiven Massstäben geeignet sein mögen, auch im privaten Umfeld getragen zu werden [...], in die Nähe von Uniformen rückt. Die einheitliche oder eben „uniforme“ Kleidung hat Kennzeichnungscharakter und dient der „corporate identity“; sie liegt wesentlich im Interesse der Arbeitgeberin. Im Übrigen sind heutzutage auch „eigentliche“ Uniformen tendenziell so gestaltet, dass sie weniger streng erscheinen und sich den Privatkleidern annähern (vgl. etwa jene von Mitarbeitern der Post oder der BVB). Als Uniformen erscheinen sie weniger wegen des Stoffs, der Farbe und des Schnitts, als wegen der Tatsache, dass alle Mitarbeiter die gleiche Kleidung tragen. Wenn zwanzig Frauen die gleiche Bluse und die gleichen Hosen tragen, wirken sie uniformiert und wird deren Trägerin in der Öffentlichkeit dadurch gekennzeichnet. Daran ändert nichts, dass Vertreterinnen des Verkaufspersonals bei der jeweiligen Auswahl mitreden dürfen. Entscheidend ist schliesslich auch, dass die Arbeitskleidung nach Aussage der Beschwerdegegnerinnen ausserhalb der Arbeitszeit

nicht getragen und am Saisonende entsorgt wird. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, die Arbeitskleidung *dürfe* auch privat getragen werden. Entscheidend ist aber, ob sie effektiv privat genutzt wird. Hierfür ist die Beschwerdeführerin nach Art. 8 ZGB beweispflichtig, will sie doch die Zulässigkeit der Kostenbeteiligung u. a. mit dem privaten Nutzen der Beschwerdegegnerinnen begründen. Von einer unzulässigen Umkehrung der Beweislast kann nicht die Rede sein [...]. Da sie diesen Beweis nicht erbracht hat, ist davon auszugehen, dass jedenfalls die Beschwerdegegnerinnen ihre „Bekleidungseinheiten“ nicht privat getragen haben. Fehl geht auch der Vorwurf, die Beschwerdegegnerinnen hätten ihre Kleider entsorgt und nunmehr die „Chuzpe“ [...], hierfür noch eine Entschädigung zu verlangen. Die Arbeitnehmerinnen verlangen nicht eine Entschädigung, sondern die Rückerstattung einer unzulässigen Kostenbeteiligung. Daraus, dass sie die früher verteilten Arbeitskleider nicht mehr vorlegen können, ist nichts gegen sie abzuleiten; gestützt wird damit höchstens die - nachvollziehbare - Behauptung, die täglich im Geschäft getragenen Kleider seien nicht auch noch privat genutzt worden. Inwiefern schliesslich eine Gehörsverletzung der Beschwerdeführerin vorliegen soll, ist nicht ersichtlich.

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdegegnerinnen nicht an den Kosten für die Berufskleidung beteiligt werden dürfen, ist nach dem Gesagten in keiner Weise willkürlich.

c) Unbehelflich ist schliesslich der Hinweis darauf, das Gewerbliche Schiedsgericht habe in früheren Urteilen aus dem Jahr 1997 gegenteilig entschieden. Selbst wenn die vom Gericht in seiner Vernehmlassung im Einzelnen aufgeführten Präjudizien eine feste Praxis gebildet hätten, ist dieses frei, heute besserer Erkenntnis zu folgen und anders zu entscheiden. Wohl mag die Beschwerdeführerin auf jene Präjudizien vertraut haben. Das vermittelt ihr aber keinen Anspruch darauf, dass auch sämtliche künftigen Streitfälle gleich entschieden werden. Auch die wirtschaftlichen Folgen, welche die Beschwerdeführerin in fast schon drohender Weise darstellt, haben keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren. Die Situation der Beschwerdeführerin ist derjenigen einer Arbeitgeberin vergleichbar, die jahrelang eine unzulässige Ferienregelung praktiziert hat und sich deswegen mit unangenehmen, gleichwohl aber unvermeidlichen Nachforderungen konfrontiert sieht.

4. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten in allen Teilen als unbegründet und ist daher abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob das Kleider-Reglement auch gegen das Diskriminierungsverbot verstösst (Vernehmlassung der Vorinstanz S. 3 f.). [...]"

(AGE vom 24.2.2004, Verf. Nr. 1000/2003)

## 2.9. Übergang des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 ff. OR)

- 2.9.1. **Art. 333 OR. Ein Betriebsübergang wurde bejaht bei einer Übernahme von Ware, Material, Rüsttischen, einem geleasteten Kühlwagen sowie der letzten fünf Kunden einer danach inaktiv gewordenen Fruchtehandelsfirma durch eine Konkurrentin.**
- 2.9.2. **Offengelassen wurde, ob eine ausschliesslich im Hinblick auf eine Betriebsübernahme ausgesprochene Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im schweizerischen Recht und entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Recht ungültig ist. Die Betriebsüberträgerin kündigte das Arbeitsverhältnis in einem Zeitpunkt, der nicht auf eine Umgehung von Art. 333 OR schliessen liess, sowie aus wirtschaftlichen und organisatorischen Gründen, die zu Änderungen bei der Anstellung ihrer Angestellten Anlass gaben. Damit war die Kündigung auch im Lichte der europäischen Rechtsprechung gültig. Eine Kündigung, die hingegen darauf angelegt wäre, den Rechtsschutz nach Art. 333 OR auszuhebeln, müsste im Wissen darum erfolgen, dass die Betriebsübernehmerin den Betrieb übernehmen wird. Gleiches läge vor, wenn die Betriebsübernehmerin gleichzeitig mit der Kündigung durch die Betriebsüberträgerin den Angestellten ein Angebot zur Weiterbeschäftigung unterbreiten würde.**

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2003 hat die Einzelfirma X. ihren Kunden, Partnern, Konkurrenten und Freunden mitgeteilt, dass aus Arbeitnehmern der bisherigen Firmen Y. AG und X. die neue Mannschaft der Firma X. geformt worden sei. Unter diesen Arbeitnehmern befand sich auch Z.. Z. war bei der Y. AG seit dem 5. Oktober 1992 angestellt. Die Y. AG kündigte das Arbeitsverhältnis am 29. Oktober 2003 per 30. November 2003 unter Einhaltung der vertraglichen einmonatigen Kündigungsfrist. Die Firma X. hat mit Z. am 22. November 2003 per 1. Dezember 2003 einen neuen Arbeitsvertrag mit einer dreimonatigen Probezeit abgeschlossen. Der Arbeitsvertrag konnte während der Probezeit mit einer Frist von sieben Tagen gekündigt werden. Danach galt im ersten Dienstjahr eine Kündigungsfrist von einem Monat und vom zweiten bis neunten Dienstjahr eine solche von zwei Monaten. Die Firma X. kündigte das Arbeitsverhältnis am 8. Januar per 17. Januar 2004. Mit Klage vom 2. Februar 2004 verlangte Z. die Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist und entsprechend die Lohnzahlung zunächst für die Zeit bis Ende Januar 2004. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. April 2004 wurde sein Klagänderungsgesuch, mit dem er auch Lohn für die Monate Februar und März 2004 geltend machte, bewilligt. Gleichentags hat das Gewerbliche

Schiedsgericht die Zulässigkeit der Kündigung des alten Vertrages durch die Y. AG und des Abschlusses eines neuen Vertrages mit einer Probezeit bei der Firma X. bejaht und die Klage von Z. abgewiesen. Eine von Z. am 15. April 2004 gegen dieses Urteil erhobene Willkürbeschwerde hat das Appellationsgericht am 26. August 2004 abgewiesen, wobei es betonte, dass die Beschwerde auch bei freier Kognition abgewiesen worden wäre. Ebenfalls abgewiesen hat das Bundesgericht am 14. April 2005 eine gegen das Urteil des Appellationsgerichts erhobene staatsrechtliche Beschwerde. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat in seiner Vernehmlassung vom 14. Mai 2004 zur Beschwerde ans Appellationsgericht was folgt ausgeführt:

„[...] Das Gericht ist davon ausgegangen, dass die Y. AG ihren Betrieb per 1. Dezember 2003 auf den Beklagten übertragen hat. Wesentlich für einen Betriebsübergang ist, dass der Betrieb oder Betriebsteil - verstanden als eine in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig bzw. unselbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt – durch den Übergang auf einen Dritten ihre Identität, das heisst den Betriebszweck, die Organisation und den individuellen Charakter, im wesentlichen beibehält, was aufgrund sämtlicher den Vorgang kennzeichnender Tatsachen und Umstände zu beurteilen ist. Entscheidend ist dabei, ob dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Für die Wahrung der Identität spricht namentlich der Übergang von Infrastruktur, Betriebsmitteln und der Kundschaft (BGE 4C.37/1999 in JAR 2002 S. 229 f.). Für einen Betriebsübergang wurde vorliegend auf folgende Umstände abgestellt: Der Beklagte hat von der Y. AG Ware, Material, Rüsttische, einen geleasteten Kühlwagen und deren letzte fünf Kunden übernommen. Zudem ist die Y. AG seither inaktiv und hat keine Angestellten mehr.

Dem Beschwerdeführer wurde am 29. Oktober 2003 auf den 30. November 2003 gekündigt. Während der Kündigungsfrist hat er gearbeitet, so dass die Kündigungsfrist Ende November wie vorgesehen zu Ende gegangen ist. Das Gericht ist ferner davon ausgegangen, dass der Betriebsübergang per 1. Dezember 2003 erfolgt ist. Zwar hat der Beschwerdeführer drei Tage vor Kündigungsende bereits in den Räumlichkeiten des Beklagten gearbeitet. Es blieb aber unbestritten, dass die Y. AG damals noch aktiv war und ihre Kunden, weil die Markthalle geschlossen war, vom Domizil des Beklagten aus belieferte. Auch hat der Beschwerdeführer den Lohn bis Ende November 2003 von der Y. AG erhalten.

Bei dieser Situation war weiter zu prüfen, ob die Y. AG das Arbeitsverhältnis überhaupt im Hinblick auf diese Betriebsübernahme kündigen konnte. Im schweizerischen Recht ist diese Frage umstritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes ist eine ausschliesslich im

Hinblick auf einen Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung nicht gültig, wobei das Bundesgericht die Konsequenzen einer Kündigung mit dem Zweck, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen, offengelassen hat (BGE 127/2001 V 194; BGE 4C.333/1998; AGE i.S.v. A. P. gegen R. v. D. vom 14.5.2003, S. 6; ablehnend statt vieler: Thomas Geiser, Die Auswirkungen der Unternehmensstrukturierung auf Arbeitsverträge, S. 14 N. 2.36). Nach der Europäischen Richtlinie, an die sich Art. 333 OR anlehnt, dürfen Kündigungen im Hinblick auf einen Betriebsübergang aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, ausgesprochen werden (Art. 4 RL 77/187, 98/50, 01/23; zustimmend für das CH-Recht z. B: Jürg Brühwiler; Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, S. 280). Vorliegend brauchte die in Lehre und Rechtsprechung strittige Frage nicht entschieden zu werden. Es ergab sich nämlich, dass die Y. AG das Arbeitsverhältnis sowohl aus Gründen als auch in einem Zeitpunkt gekündigt hat, die nicht auf eine Umgehung des Rechtsschutzes hindeuteten.

Aufgrund der Schliessung der [Basler] Markthalle beabsichtigte die Y. AG ihre Geschäftstätigkeit aufzugeben und kündigte im Hinblick darauf ihrem Personal. Darin sind wirtschaftliche und organisatorische Gründe zu erblicken, die zu Änderungen bei der Beschäftigung der Angestellten der Y. AG Anlass gaben. Erst danach ergab sich offensichtlich die Lösung einer Weiterführung des Betriebs durch den Beklagten. Aus diesem Grund luden der Beklagte und die Y. AG die Angestellten Mitte November 2003 zu einer Sitzung ein. Dort wurden diese darüber informiert, dass der Beklagte bereit sei, die Kunden der Y. AG weiterzubedienen und auch die Angestellten anzustellen, wozu es in der Folge gekommen ist. Dieser Gang der Geschehnisse wurde dadurch bestätigt, dass der Beklagte zusammen mit Herrn Y., der ebenfalls bei diesem eine Anstellung fand, erst mit Schreiben vom 2. Dezember 2003 die „Kunden, Partner, Konkurrenten und [...] Freunde“ darüber orientierte, dass „aus den zwei Teams [...] die neue verstärkte Mannschaft geformt“ worden sei. Unter diesen Umständen war davon auszugehen, dass die Kündigung nicht zum Zweck der Umgehung der Rechtsfolgen von Art. 333 OR erfolgte. Der Beklagte durfte sich deshalb darauf berufen, dass er mit dem Kläger eine dreimonatige Probezeit vereinbart hat, während der er das Arbeitsverhältnis binnen Wochenfrist kündigen konnte. Wäre die Kündigung hingegen darauf angelegt gewesen, den Rechtsschutz nach Art. 333 OR auszuhebeln, hätte die Y. AG im Wissen darum kündigen müssen, dass der Beklagte den Betrieb übernehmen würde. Ebenso zu entscheiden wäre gewesen, wenn der Beklagte gleichzeitig mit der Kündigung durch die Y. AG den Angestellten ein Angebot zur Weiterbeschäftigung unterbreitet hätte (vgl. Thomas Brändli, Outsourcing, 2001, S. 171 N. 360; Urs Wickihalder, Arbeitsrechtliche Aspekte des Outsourcing, in: Weber/Berger/Auf der Maur, IT-Outsourcing, 2003, S. 179). Beides war nicht erstellt.“

(GSGE vom 5.4.2004 in Sachen Z. gegen Firma X., GS 2004/37; AGE vom 26.8.2004, Verf. Nr. 934/2004; BGE vom 14.4.2005, 4P.299/2004)

**2.9.3. Art. 333 OR.** Für die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift kann es nicht darauf ankommen, dass eine zunächst vereinbarte Betriebsübernahme nachträglich wieder wegfällt.

**Art. 343 Abs. 4 OR; § 242 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO.** Da in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 343 Abs. 4 OR die Untersuchungsmaxime gilt, ist bei Klagen gegen Gastgewerbebetriebe nicht zu beanstanden, dass das Gericht abklärt, wer als Arbeitgeber in Frage kommt, und diese Person als beklagte Partei vorlädt. Aus der Vorladung sollte klar ersichtlich sein, wer auf Klägerseite und wer auf Beklagtenseite auftritt und in welcher Funktion jemand vorgeladen wird. Kein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor, nachdem das Gericht präzisiert hat, in welcher Funktion jemand vor Gericht vorgeladen ist.

Anita P. arbeitete seit dem 1. April 2001 als Bardame in der X. Bar in Basel. Angestellt war sie zunächst von P. F. und D. Sch., später von der R. GmbH, deren Geschäftsführer P. F. war und welche nach ihrer Gründung am 16. August 2001 den Betrieb der X. Bar und damit die Arbeitsverträge mit den Angestellten rückwirkend per 1. April 2001 übernahm. Mit Vertrag vom 23. Oktober 2002 vereinbarten die R. GmbH und R. v. D., dass letzterer den Betrieb der X. Bar per 1. November 2002 übernehme. In Bezug auf die Arbeitsverträge wurde vereinbart, dass die R. GmbH diese per 31. Oktober 2002 kündige. Dies tat sie auch gegenüber Anita P. mit Schreiben vom 24. Oktober 2002, worin sie unter anderem festhielt, sie habe "andeutungsweise gehört", dass "unter Umständen die Möglichkeit" bestehe, dass der neue Betreiber der X. Bar sie übernehmen werde. Anita P. war mit der Kündigung per 31. Oktober 2002 nicht einverstanden und bot schriftlich ihre Arbeit bis zum 30. November 2002 - dem Ende der ordentlichen Kündigungsfrist - an. Sie erschien in der Folge am 1. November 2002 an ihrer Arbeitsstelle und verrichtete an jenem und dem folgenden Tag im gewohnten Umfang ihre Arbeit. An den folgenden vier Tagen hatte sie frei. Als sie am 7. November 2002 erneut zur Arbeit erschien, fand sie sich vor verschlossener Türe, weil der Barbetrieb eingestellt worden war. Anita P. hat in der Folge für den Nachtclub X. Bar nicht mehr gearbeitet.

Am 27. Dezember 2002 erhob Anita P. beim Gewerblichen Schiedsgericht Klage, mit der sie den Lohn für November 2002 sowie den 13. Monatslohn per 2002 verlangte. Als beklagte Partei nannte sie die "X. Bar". In der Folge gingen Vorladungen ausser an die Klägerin auch an die R. GmbH, P. F. und D. Sch. sowie an R. v. D.. Da die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt der Klägerin im November 2002 Arbeitslosenentschädigung bezahlt hatte, wurde sie im entsprechenden Umfang als Klägerin 2 zum Verfahren zugelassen.

In der Verhandlung des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 13. Februar 2003 wurden die R. GmbH und R. v. D. in solidarischer Verbindung zur Zahlung von CHF 7'496.30 netto zuzüglich 5% Zins seit dem 30. Dezember verurteilt, wovon CHF 6'423.25 an die Klägerin und CHF 1'073.05 an die Öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Stadt. Die Klagen gegen D. Sch. und P. F. wurden abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat R. v. D., Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht am 14. Mai 2003 aus folgenden Erwägungen abgewiesen hat:

„[...] 1. a) Gegen das inappellable Endurteil des Gewerblichen Schiedsgerichts ist die Beschwerde an das Appellationsgericht gemäss § 242 Abs. 1 ZPO zulässig. Da der Nachteil, den der Beschwerdeführer durch das angefochtene Urteil erlitten hat, weniger als CHF 8'000.-- beträgt, ist dieses ausschliesslich unter den Gesichtspunkten des Verfahrensmangels und der Willkür zu überprüfen (§ 242a Ziff. 4 in Verbindung mit § 220 Abs. 1 ZPO).

b) Willkürlich ist ein Entscheid nicht bereits dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt sodann nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 124 I 247 E. 5, 123 I 1 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 21 Rz 87).

2. a) Der Beschwerdeführer rügt als Verfahrensmangel, dass er vom Gewerblichen Schiedsgericht vorgeladen wurde, obwohl ihn die Klägerin in ihrer Klage gar nicht erwähnt habe. Zudem sei in der Vorladung nicht vermerkt gewesen, in welcher Funktion er vor Gericht zu erscheinen habe.

b) Die Beschwerdegegnerin hatte im Klageformular in der Rubrik "Beklagte/r" die "X. Bar" eingesetzt. Diese besitzt als solche keine Rechtspersönlichkeit und ist damit auch nicht parteifähig. Wie das Gewerbliche Schiedsgericht in seiner

Vernehmlassung ausführt, werden im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen im Gastgewerbe des öfteren Klagen angehoben, in denen einfach die jeweilige Bezeichnung des Betriebes, in dem die klägerische Partei Arbeit geleistet hat, als beklagte Partei angeführt wird. Da die klagenden Arbeitnehmer in diesen Fällen regelmässig nicht wissen, wer ihr eigentlicher Arbeitgeber ist, klärt das Gewerbliche Schiedsgericht dies jeweils ab und lädt die eruierten Vertragspartner als beklagte Parteien vor. Da in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 343 Abs. 4 OR die Untersuchungsmaxime gilt, ist dieses Vorgehen des Gewerblichen Schiedsgerichts nicht zu beanstanden. Es entspricht einer alten Erfahrung, dass es gerade in dem hier zur Diskussion stehenden Gewerbe häufig zu Wechseln auf der Arbeitgeberseite kommt und dass es für die Arbeitnehmerschaft gelegentlich schwierig ist, hierüber den Überblick zu bewahren. Auch im Falle der Beschwerdegegnerin gab es verschiedene Wechsel: Ihre ersten Arbeitgeber Sch. und F. wurden von der R. GmbH abgelöst, und per Ende Oktober 2002 stand wieder ein Wechsel an, welcher der Grund für die Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses unter Missachtung der Kündigungsfrist war. Dass es in solchen Situationen für eine Arbeitnehmerin schwierig ist zu wissen, gegen wen sie klagen soll, leuchtet ein. Zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse durch das Gewerbliche Schiedsgericht gehört in derartigen Fällen auch die Prüfung, wer als Arbeitgeber in Frage kommt. Dabei darf das Gericht auch Wissen nutzen, das ihm aus andern Verfahren im Zusammenhang mit demselben Betrieb zugekommen ist. Vorliegend war dem Gericht aus andern Fällen bekannt, dass als Arbeitgeber verschiedene natürliche und juristische Personen in Frage kommen, darunter auch der heutige Beschwerdeführer. Es war deshalb richtig, dass es alle in Frage kommenden Arbeitgeber, also auch den Beschwerdeführer, als Beklagte vorlud. Ein Verfahrensmangel kann darin nicht erblickt werden.

c) Es trifft zu, dass auf der Vorladung nicht ausdrücklich vermerkt war, dass der Beschwerdeführer *als Beklagter* geladen wurde. Tatsächlich sollte aus einer Vorladung klar ersichtlich sein, wer auf Klägerseite und wer auf Beklagtenseite auftritt und in welcher Funktion jemand vorgeladen wird. Insofern ist die vorliegend gewählte Formulierung "In Sachen P. Anita ./ R. GmbH X. Bar Night Club et al." nicht unproblematisch, auch wenn sich aus dem Zusatz "et al." auf Beklagtenseite ergibt, dass es neben der R. GmbH noch weitere Beklagte gibt, und sich aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer nicht ausdrücklich als Zeuge, Auskunftsperson oder Streitberufener bezeichnet wird, indirekt schliessen lässt, dass er einer der Beklagten sei. Indessen ist nicht alles, was in einem Verfahren nicht ganz perfekt abläuft, ein Verfahrensmangel im Sinne von § 242 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. Die erfolgreiche Verfahrensbeschwerde setzt einen *wesentlichen* Mangel im Verfahren voraus, der zudem "für den Beschwerdeführer einen Rechtsnachteil herbeigeführt hat". Hier liegt weder das Eine noch das Andere vor. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat mit Eingabe vom 5. Februar 2003 das Gewerbliche Schiedsgericht auf die genannte Problematik hingewiesen und darum ersucht, die Vorladung "aufzuheben oder allenfalls

näher zu präzisieren". Mit Verfügung vom 7. Februar hat der Verfahrensleiter daraufhin klargestellt, "dass R. von D. als Beklagter (als allfälliger Käufer der X. Bar)" geladen sei.

3. a) Art. 333 OR bestimmt für den Fall, dass der Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten überträgt, dass das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Seit der am 1. Mai 1994 in Kraft getretenen neuen Fassung des Gesetzesartikels spielt es dabei keine Rolle mehr, ob die Übernahme des Arbeitsverhältnisses zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Erwerber des Betriebs vereinbart wurde oder nicht. Eine Vereinbarung zwischen bisherigem Arbeitgeber und Erwerber über einen Ausschluss der Übernahme des Personals hat dem Personal gegenüber keine Wirkung. Wesentlich ist einzig, ob im Zeitpunkt des Betriebsübergangs das betreffende Arbeitsverhältnis bereits beendet ist oder nicht. Nach der Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichts als auch des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften ist zudem eine ausschliesslich im Hinblick auf einen Betriebübergang ausgesprochene Kündigung nicht gültig (BGE 127 V 183 E. 7 S. 194; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 1999, 4C.333/1998). Offen gelassen hat das Bundesgericht allerdings die Konsequenzen einer Kündigung mit dem Zweck, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen. Vorliegend wird indessen nicht die Kündigung an sich angefochten, sondern lediglich der Lohn für die vertragliche Kündigungsfrist geltend gemacht.

b) Gemäss Arbeitsvertrag der Beschwerdegegnerin betrug ihre Kündigungsfrist einen Monat auf Ende eines Monats. Ihr Arbeitsverhältnis konnte am 24. Oktober 2002 demnach frühestens per Ende November 2002 gültig aufgelöst werden. Wenn der Betrieb am 1. November 2002 auf den Beschwerdeführer überging, ging somit auch das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin auf ihn über. Nach Art. 333 Abs. 3 OR haften in diesem Fall der bisherige Arbeitgeber und der Beschwerdeführer solidarisch für die Forderungen der Beschwerdegegnerin bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. November 2002. Von dieser Bestimmung darf gemäss Art. 362 Abs. 1 OR nicht zuungunsten der Arbeitnehmerin abgewichen werden.

c) Der Beschwerdeführer macht nun allerdings geltend, die Betriebsübernahme sei gar nicht zustande gekommen. In der Verhandlung vor dem Gewerblichen Schiedsgericht hat er diese Behauptung jedoch in keiner Weise begründet. Die R. GmbH hat demgegenüber in jener Verhandlung erklärt, sie gehe von der Gültigkeit der Vereinbarung aus und es sei über diese Frage kein Zivilprozess hängig. Dem hat der Beschwerdeführer nicht widersprochen. Das Gewerbliche Schiedsgericht ist deshalb gemäss dem dem Gericht vorliegenden beidseitig unterzeichneten Übernahmevertrag davon ausgegangen, dass die Betriebsübernahme gültig zustande gekommen ist. Dies erachtet der Beschwerdeführer als willkürlich. Er ist der Meinung, die Vorinstanz hätte nicht einfach von der Gültigkeit des Vertrags ausgehen dürfen, sondern wäre aufgrund

der in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten geltenden Untersuchungsmaxime verpflichtet gewesen, die Frage der Gültigkeit des Vertrags von Amtes wegen zu prüfen. In der Beschwerde begründet er das behauptete Nichtzustandekommen des Vertrags damit, dass einerseits die als notwendig vorausgesetzte Zustimmung des Vermieters zur Übertragung der Mietverträge nicht erteilt worden und andererseits die Frage des Rückkaufs des Inventars zum Zeitpunkt der geplanten Übernahme immer noch ungeklärt gewesen sei [...]. Auch im Bereich der Untersuchungsmaxime tragen indessen die Parteien zumindest Mitverantwortung für die Sachverhaltsermittlung und sind verpflichtet, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f. mit Hinweisen; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2001, S. 329 f.). Dies hat der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Gewerblichen Schiedsgericht unterlassen. Zudem kann es im Licht von Art. 333 OR nicht darauf ankommen, dass eine zunächst vereinbarte Betriebsübernahme nachträglich wieder wegfällt. Diese Bestimmung bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer, und es würde dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen, wollte man sie dann nicht anwenden, wenn aufgrund einer missglückten Übernahme der Betrieb geschlossen wird und der Arbeitnehmer dadurch seine Arbeit verliert. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat demnach nicht willkürlich entschieden, wenn es die unsubstantiierte Behauptung des Beschwerdeführers, die Betriebsübertragung sei nicht zustande gekommen, als unbeachtlich erklärt hat.

4. Im Übrigen könnte die Beschwerde auch dann nicht gutgeheissen werden, wenn davon auszugehen wäre, dass die Übertragung des Betriebs auf den 1. November 2002 nicht gültig zustande gekommen ist. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer vereinbarungsgemäss den Betrieb der X. Bar am 1. November 2002 aufgenommen hat und die Beschwerdegegnerin - froh darüber, dass sie trotz erfolgter Kündigung am Arbeitsplatz erschienen ist - für sich hat arbeiten lassen, ohne ihr etwas über seine angeblichen Zweifel am Zustandekommen der Übernahme zu sagen. Die Beschwerdegegnerin hat in der Verhandlung vor der Vorinstanz erklärt, es sei ihr in der Kündigung in Aussicht gestellt worden, dass der Betriebsnachfolger sie allenfalls übernehmen werde. Als sie am 1. November 2002 in der X. Bar erschienen sei, sei der Beschwerdeführer dort gewesen und habe sie gefragt, ob sie weiterhin käme, was sie bejaht habe. Sie habe dann am 1. und 2. November 2002 normal gearbeitet, habe dann vier Tage frei gehabt, und als sie am 7. November 2002 ihre Arbeit wieder aufnehmen wollen, sei sie überraschend vor verschlossenen Türen gestanden. Der Beschwerdeführer hat dieser Darstellung nicht widersprochen. Namentlich hat er nicht geltend gemacht, er habe der Beschwerdegegnerin bei ihrer Arbeitsaufnahme am 1. November 2002 erklärt, dass es sich nur um einen provisorischen Einsatz oder dergleichen handle, sondern er hat sie offensichtlich im Glauben gelassen, sie könne ihre Arbeit am 7. November 2002 fortsetzen. Unter diesen Umständen durfte das Gewerbliche Schiedsgericht willkürfrei annehmen, zwischen den Parteien sei ein neuer

Arbeitsvertrag zustande gekommen, den der Beschwerdeführer nicht - jedenfalls nicht vor Ende November 2002 - beendet hatte. [...]“

(GSGE vom 14.2.2003 in Sachen Anita P. und Öffentliche Arbeitslosenkasse BS gegen P. F., D. Sch. und R. v. D., GS 2002/462; AGE vom 14.5.2003, Verf. Nr. 913/2003, veröffentlicht in: BJM 2004 S. 196)

## **2.10. Kündigung (Art. 335 ff. OR)**

**2.10.1. Anforderungen an die Begründung einer Kündigung während der Probezeit (siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)**

**2.10.2. Anhörungspflicht vor Kündigung? (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)**

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

**2.11.1. Kündigungsschutz während der Probezeit?  
(siehe unter Ziffern 2.11.5., S. 56 und 2.11.8., S. 66)**

**2.11.2. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Offen gelassen, ob eine Verhaftung am Arbeitsort und eine zwölf-tägige Untersuchungshaft unter den Begriff persönliche Eigenschaften fallen können. Wesentlich für die Beurteilung, dass keine missbräuchliche Kündigung vorlag, war, dass die Verhaftung und die Untersuchungshaft den Arbeitnehmer an der Arbeit gehindert haben und damit in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis standen.**

**2.11.3. Der Arbeitnehmer, der massive häusliche Gewalt gegen seine Ehefrau verübt hatte, konnte sich nicht auf Eigenschaften berufen, die ihm kraft seiner Persönlichkeit zustanden. Sein Verhalten zeugte von einer Grundhaltung Frauen gegenüber, die als intolerabel gilt und die eine Arbeitgeberin selbst dann nicht hinnehmen muss, wenn sich diese Haltung bisher nicht auf die Zusammenarbeit im Betrieb auswirkte. Jedenfalls ist die Kündigung wegen solchen Verhaltens oder auch nur des dringenden Verdachts darauf dann nicht missbräuchlich, wenn**

**die Arbeitgeberin vorwiegend Frauen beschäftigt und wenn insbesondere die direkte Vorgesetzte des Gekündigten eine Frau ist.**

A. war bei der Stiftung S. als Mitarbeiter im technischen Dienst angestellt. Am 16. Januar 2003 wurde er von zwei Beamten des Kriminalkommissariats an seinem Arbeitsort verhaftet, nachdem gegen ihn ein Verfahren wegen häuslicher Gewalt (einfache Körperverletzung und Morddrohung) gegen seine Ehefrau eröffnet worden war. Der zuständige Haftrichter verfügte eine Untersuchungshaft, aus welcher A. am 28. Januar 2003 entlassen wurde. Am 21. Januar 2003 kündigte die Stiftung S. das Arbeitsverhältnis mit A. per 31. März 2003 und stellte ihn per sofort frei.

Mit Klage vom 9. Juli 2003 verlangte A. die Verurteilung der Stiftung S. zur Zahlung von CHF 18'000.-- brutto zuzüglich Zins als Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies die Klage am 11. August 2003 ab. Eine gegen dieses Urteil von A. eingereichte Beschwerde wurde am 13. Februar 2004 vom Appellationsgericht aus folgenden Gründen abgewiesen:

„[...] b) Der Beschwerdeführer anerkennt zwar, dass es sich vorliegend nicht um eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern um eine ordentliche Kündigung handelt. Trotzdem läuft seine Argumentation darauf hinaus, dass keine wichtigen Gründe vorgelegen hätten, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses hätten führen können. Der Beschwerdeführer verkennt hierbei, dass nur eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 337 OR eines wichtigen Grundes bedarf, den der das Arbeitsverhältnis auflösende Arbeitgeber nachzuweisen hat. Die ordentliche Kündigung gemäss Art. 335 OR bedarf dagegen keines besonderen Grundes (Stahelin, Zürcher Kommentar, OR Art. 335, N. 3; BGE 125 III 72 E. 2a). Verpönt und mit Sanktionen belegt ist hingegen die missbräuchliche Kündigung gemäss Art. 336 OR. Der Begründungszwang gemäss Art. 335 Abs. 2 OR bezweckt lediglich, dem für die Missbräuchlichkeit beweispflichtigen Gekündigten den Nachweis der Missbräuchlichkeit zu ermöglichen (Stahelin a. a. O. N. 31; Rehbindler/Portmann, BSK, OR I Art. 335, N. 12). Zu diskutieren ist also nicht, ob die Beschwerdegegnerin über wichtige Gründe zur Kündigung verfügt hat, sondern ob sie missbräuchlich gekündigt hat.

c) Von den in Art. 336 OR aufgezählten Missbrauchstatbeständen, die nicht abschliessend sind (Stahelin a. a. O. Art. 336 N. 7; Rehbindler, Schweiz. Arbeitsrecht, Rz. 144), kann hier nur derjenige von Abs. 1 lit. a in Frage kommen. Es handelt sich hierbei um die Kündigung „wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem

Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb.“

Als persönliche Eigenschaften in diesem Sinne werden genannt: Familienstand, Herkunft, Rasse, Nationalität, Alter, Religion, Weltanschauung, individuelle Verhaltensmuster und Charakterzüge, aber auch Homosexualität, Vorstrafen und Krankheit (Stahelin a. a. O. Art. 336 N. 9; Rehbindler a. a. O., Rz. 142). Ob auch eine Verhaftung am Arbeitsort und eine zwölf-tägige Untersuchungshaft unter den Begriff der persönlichen Eigenschaften fallen können, kann offen bleiben, denn es steht fest, dass die Verhaftung und die Untersuchungshaft den Beschwerdeführer an der Arbeit gehindert haben, somit in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen. Um eine unverschuldete Arbeitsverhinderung handelt es sich nicht, hat sich doch der Beschwerdeführer dem dringenden Verdacht ausgesetzt, gegen seine Ehefrau gewalttätig gewesen zu sein.

d) Gemäss den vom Gewerblichen Schiedsgericht beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt ist der Beschwerdeführer gegen seine Ehefrau massiv gewalttätig geworden. Dieser Vorhalt wird von ihm nicht bestritten. Auch wenn das Opfer keine bleibenden physischen Schäden davonträgt, sind die geschilderten andauernden Schläge mit einer Gürtelschnalle an den Kopf, die gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin die festgestellten Verletzungen verursacht haben können, als eine massive Form der häuslichen Gewalt zu qualifizieren. Diese Gewaltakte können nicht als „Eifersüchteleien“ verharmlost werden, wie der Vertreter des Beschwerdeführers dies in völlig unzulässiger Weise tut. Unabhängig von den strafrechtlichen Folgen liegt hier nicht ein „individuelles Verhaltensmuster“, ein „Charakterzug“ oder ähnliches vor, das dem Beschwerdeführer als Eigenschaft kraft seiner Persönlichkeit zustünde. Das Verhalten zeugt vielmehr von einer Grundhaltung Frauen gegenüber, die als intolerabel gilt und die der Arbeitgeber wohl selbst dann nicht hinnehmen muss, wenn sie sich bisher nicht auf die Zusammenarbeit im Betrieb ausgewirkt hat. Jedenfalls ist die Kündigung wegen solchen Verhaltens oder auch nur des dringenden Verdachts darauf dann nicht missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber vorwiegend Frauen beschäftigt und wenn insbesondere die direkte Vorgesetzte des Gekündigten eine Frau ist. Dass alle anderen Angestellten oder mindestens eine Mehrheit von ihnen den Beschwerdeführer ablehnen, ist nicht erforderlich, weshalb sich die vom Beschwerdeführer beantragte Meinungsumfrage unter den weiblichen Beschäftigten erübrigt. Es genügt, dass die Arbeitgeberin oder im Falle einer juristischen Person deren Organe mit einem der häuslichen Gewalt beschuldigten Arbeitnehmer nicht mehr zusammenarbeiten wollen. Wann die Beschwerdegegnerin von den dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Straftaten Kenntnis erhalten hat, spielt keine Rolle, weil auf alle Fälle keine missbräuchliche Kündigung vorliegt. [...]“

(GSGE vom 11.8.2003 in Sachen A. gegen Stiftung S., GS 2003/258; AGE vom 13.2.2004, Verf. Nr. 979/2003)

#### **2.11.4. Krankheit als persönliche Eigenschaft (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)?**

##### **2.11.4.1. Zur Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit auf die Rechtfertigung der Kündigung (siehe unter Ziffer 2.11.7., S. 61)**

**2.11.4.2. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Krankheit gilt als Eigenschaft. Die Kündigung aufgrund einer Krankheit ist nicht missbräuchlich, wenn die Krankheit zu teilweiser oder voller Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers geführt hat. Diese Rechtfertigung entfällt, wenn die Arbeitgeberin für den Ausbruch oder die entscheidende Verschlimmerung der Krankheit ihres Angestellten die Verantwortung trägt. Zudem muss die Arbeitgeberin vor der Kündigung alle zumutbaren Massnahmen zur Verbesserung der Verhältnisse unter den betroffenen Angestellten vorgenommen haben. Dazu gehören je nach den Umständen namentlich Ermahnungen, Gespräche und interne Versetzungen. Wer Missbräuchlichkeit einer Kündigung behauptet, hat diese nachzuweisen. Der zu führende Nachweis umfasst neben dem Missbrauchstatbestand auch den ursächlichen Zusammenhang zur Kündigung.**

L. arbeitete vom 1. Dezember 2001 an bei der E. AG als Einkäufer zu einem Lohn von CHF 4'800.-- bei 13 Monatslöhnen. Am 26. August 2002 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2002 und stellte L. per sofort von der Arbeit frei. Als Kündigungsgründe führte sie organisatorische Umstrukturierungen in der Einkaufsabteilung an. Zudem verwies sie darauf, dass nach Äusserungen von L. selber das Arbeitsklima in der Abteilung sich markant verschlechtert habe. Der Arbeitnehmer habe gesagt, er könne sich kaum vorstellen, mit den gleichen Personen weiterzuarbeiten. Gegen die Kündigung hat L. am 27. September 2002 bei der E. AG schriftlich Einsprache erhoben. Mit Klage vom 7. November 2002 verlangte er die Verurteilung der Arbeitgeberin unter anderem zur Zahlung einer Entschädigung von CHF 15'000.-- nach Art. 336a OR sowie zu einer Genugtuung von CHF 5'000.--. L. machte vor Gericht geltend, dass die Arbeitskollegin B., die seine Bestellungseingänge hätte verbuchen müssen, die Zusammenarbeit mit ihm verweigert und ihn auf diese Weise gemobbt habe. Die Arbeitgeberin habe gegen das Verhalten von B. zu wenig unternommen. Als er wegen B. eine Erschöpfungsdepression erlitten habe,

die zur Arbeitsunfähigkeit geführt habe, sei ihm gekündigt worden. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat mit Urteil vom 31. März 2003 die Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche von L. abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, ausspricht, es sei denn, dass die Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Es ist anerkannt, dass eine Krankheit unter den Begriff der Eigenschaft fällt (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 90 mit Hinweisen). Die Zusammenarbeit im Betrieb ist aufgrund einer Krankheit wesentlich beeinträchtigt, sofern diese zu teilweiser oder ganzer Arbeitsunfähigkeit führt (Nordmann S. 90 mit Hinweisen). Allerdings kann die wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb dann nicht als Rechtfertigungsgrund für die Kündigung herangezogen werden, wenn die Arbeitgeberin für den Ausbruch oder entscheidende Verschlimmerung der Krankheit ihres Angestellten die Verantwortung trägt (vgl. Thomas Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994 S. 183). Zudem muss die Arbeitgeberin vor der Kündigung alle zumutbaren Massnahmen zur Verbesserung der Verhältnisse unter den betroffenen Angestellten vorgenommen haben. Dazu gehören je nach den Umständen namentlich Ermahnungen, Gespräche und interne Versetzungen (ZK-Staehelin, 1996, Art. 336 OR N. 17, S. A 559 mit Hinweisen).

Wer Missbräuchlichkeit einer Kündigung behauptet, hat diese nachzuweisen. Der zu führende Nachweis umfasst neben dem Missbrauchstatbestand auch den ursächlichen Zusammenhang zur Kündigung (Nordmann S. 279). Vorliegend war zunächst zu prüfen, ob die Vorwürfe von L. gegen seine Arbeitskollegin B. und die Arbeitgeberin zutrafen. Zudem war zu untersuchen, ob die Erschöpfungsdepression durch ein allfälliges Fehlverhalten dieser Personen hervorgerufen wurde.

Die Arbeitnehmerin B. gab in der Befragung vor Gericht zu, dass sie die Arbeit liegen gelassen habe, die sie für L. hätte machen müssen, weil sie diese nicht habe erledigen wollen. Sie habe sich als Handlangerin von L. ausgenützt gefühlt. Fraglich war ferner, welche Massnahmen die E. AG zur Verbesserung des Verhaltens von B. getroffen hatte und ob diese genügen konnten. Als die Arbeitgeberin von deren Fehlverhalten erfahren hatte, führte sie mit B. verschiedene Gespräche, verwarnte sie und wies sie an, mit L. zusammenzuarbeiten. Diese Massnahmen führten dazu, dass B. mit L. zwar wieder zusammenarbeitete, dessen Aufträge, wie sie vor Gericht einräumte,

jedoch nicht sofort erledigte. Ob die getroffenen Massnahmen ausreichend waren, konnte dahin gestellt bleiben.

Entscheidend war nämlich, dass L. sich daneben auch durch die zu leistende Arbeit als solche überfordert fühlte. Dass er überfordert war, bestätigte die Arbeitnehmerin P.. Für die Überforderung konnte der E. AG kein Vorwurf gemacht werden. Hinzu kam, dass nach den Feststellungen von L. nicht nur er, sondern auch die übrigen Angestellten seiner Abteilung die gleichen Schwierigkeiten mit B. hatten. Es konnte deshalb nicht von einem allein gegen ihn gerichteten Verhalten gesprochen werden. Ferner empfand L. auch selber Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mit diesen Arbeitskollegen, weshalb er den Wunsch äusserte, in einer anderen Abteilung arbeiten zu dürfen. Ein Fehlverhalten dieser Angestellten war von L. weder behauptet noch nachgewiesen.

Unter all diesen Umständen wurde davon ausgegangen, dass die E. AG für die Erschöpfungsdepression und die damit zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit von L. nicht verantwortlich gemacht werden konnte. Damit konnte offen bleiben, ob die Krankheit von L. der entscheidende Anlass zur Kündigung gewesen ist, weil so oder anders kein Missbrauch des Kündigungsrechts durch die E. AG erblickt werden konnte.

(GSGE vom 31.3.2003 in Sachen von L. gegen E. AG, GS 2002/388)

**2.11.5. Art. 336, Art. 336 Abs. 1 lit. c OR. Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung gilt auch während der Probezeit. In der Probezeit, die dem gegenseitigen Kennenlernen und Ausprobieren dient, darf erleichtert gekündigt werden. Als Kündigungsgrund genügt es, wenn eine Vertragspartei befürchtet, dass ihre Erwartungen im Bereich der anfallenden Arbeiten oder im zwischenmenschlichen Bereich nicht erfüllt werden. Die kündigende Partei schuldet der anderen nicht detailliert Rechenschaft über alle ihre Erwägungen. Bei den Ansprüchen, die in Art. 336 Abs. 1 lit. c OR angesprochen werden, handelt es sich um solche, die unter Umständen erst nach Ablauf einer gewissen Zeit entstehen und mit einer Kündigung zweckwidrig verhindert werden können. Der Anspruch auf eine vereinbarte Stelle entfällt dagegen immer und zwingend mit der Kündigung.**

D. wurde von der K. AG mit Vertrag vom 25. September 2002 per 1. November 2002 auf unbestimmte Zeit als Umzugskordinatorin Übersee angestellt. Die Parteien kamen überein, dass D. vom 1. November 2002 bis Ende Mai 2003 in

der Europa-Abteilung aushelfen und erst danach ihre eigentliche Arbeit in der Übersee-Abteilung aufnehmen würde. Ferner vereinbarten sie eine Probezeit von 3 Monaten, während welcher eine Kündigungsfrist von 7 Tagen gelten sollte. Am 29. November 2002 kündigte die K. AG ihrer Arbeitnehmerin D. per 6. Dezember 2002 und stellte sie für die verbleibende Arbeitszeit frei. Die Kündigung wurde mit „gegenseitigen Verständigungsproblemen und zwischenmenschlichen Problemen“ begründet. Den Lohn bezahlte die K. AG der Angestellten vertragsgemäss bis zum 6. Dezember. D. klagte daraufhin am 28. Januar 2003 auf Verurteilung der K. AG unter anderem zu fünf Monatslöhnen von insgesamt CHF 26'500.-- als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Die Kündigung sei missbräuchlich, weil diese für sie beruflich und menschlich eine unberechtigte Härte darstelle. Zudem sei sie erfolgt, um ihren Anspruch auf eine Anstellung in der Überseeabteilung zu vereiteln. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Entschädigungsklage mit Urteil vom 7. April 2003 abgewiesen. Eine von D. in der Folge dagegen erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht 12. Juni 2003 abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 6. [...] Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung wirkt grundsätzlich auch in der Probezeit (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 8). Missbräuchlich ist aber nicht jede Kündigung, mit welcher die Arbeitnehmerin nicht einverstanden ist. Insbesondere in der Probezeit, die dem gegenseitigen Kennenlernen und Ausprobieren dient, darf erleichtert gekündigt werden. Als Kündigungsgrund genügt es denn auch, wenn eine Vertragspartei befürchtet, dass ihre Erwartungen im Bereich der anfallenden Arbeiten oder im zwischenmenschlichen Bereich nicht erfüllt werden. Nicht notwendig ist es, dass die Partei, welcher gekündigt wird, die Einschätzung durch die kündigende Partei teilt. Ebenso wenig ist vorausgesetzt, dass ihr ein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt wird. Die kündigende Partei schuldet der anderen denn auch nicht detailliert Rechenschaft über alle ihre Erwägungen. Als missbräuchlich anerkannt sind nur die Kündigungsgründe, welche der Gesetzgeber in Art. 336 OR zwar nicht abschliessend (Stahelin/Vischer, a.a.O., N 7), aber immerhin exemplarisch aufführt. Beweispflichtig für das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung ist diejenige Partei, die sich darauf beruft, vorliegend somit die Beschwerdeführerin. Ihre diesbezüglichen Ausführungen gehen jedoch ins Leere und vermögen die Missbräuchlichkeit der Kündigung in keiner Weise zu belegen. Einzig mit der Behauptung, die Kündigung habe bezweckt, ihren Anspruch auf die Stelle in der Abteilung Übersee zu vereiteln, nähert sich die Beschwerdeführerin dem missbräuchlichen Kündigungsgrund von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass auch ein solcher hier nicht gegeben ist. Als Beispiele von Ansprüchen, deren Entstehung vereitelt werden kann, nennt die Literatur etwa Abgangsentschädigungen, Gratifikationen, 13. Monatslöhne oder Teuerungsnachzahlungen (Stahelin/Vischer, a.a.O., Art. 336 OR, N 22). Es handelt sich somit um Ansprüche, die unter Umständen erst nach Ablauf einer gewissen Zeit entstehen und mit einer Kündigung zweckwidrig verhindert werden können. Der Anspruch auf eine vereinbarte Stelle entfällt dagegen immer und zwingend mit der

Kündigung. Die Kündigung kann demnach auch diesbezüglich nicht zweckwidrig und daher missbräuchlich sein. Die Missbräuchlichkeit der Kündigung ist vom Gewerblichen Schiedsgericht folglich zu Recht verneint worden. [...]"

(GSGE vom 7.4.2003 in Sachen D. gegen K. AG, GS 2003/38; AGE vom 12.6.2003, Verf. Nr. 930/2003)

**2.11.6. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Differenzen zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeberin, die zum Anlass für eine Kündigung genommen werden, sind grundsätzlich kein missbräuchlicher Kündigungsgrund. Damit auf Missbräuchlichkeit erkannt werden könnte, müssten die Differenzen ihre Ursache beispielsweise in Ansprüchen haben, welche die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht. Derartige Ansprüche liegen vor, wenn eine Angestellte am Betrieb zulässige Kritik übt, um sich für ihre oder die Rechte anderer Mitarbeiter einzusetzen.**

**Art. 336a OR. Die Klagpartei hat bezifferte Begehren zu stellen (§ 37 ZPO). Unbezifferte Forderungsklagen sind dort zuzulassen, wo dies das Bundesrecht ausdrücklich vorsieht oder den Richter auf sein Ermessen verweist. Letzteres gilt bei Klagen auf Zusprechung von Entschädigungen aus missbräuchlicher bzw. ungerechtfertigter fristloser Kündigung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzulegen sind (Art. 336a, Art. 337c Abs. 3 OR). Aber auch in diesen Fällen hat die Klagpartei im Rechtsbegehren einen bezifferten Höchstbetrag für die Entschädigung anzugeben.**

X. arbeitete seit dem 1. März 2000 als diplomierte Krankenpflegerin und Stationsleiterin im Alters- und Pflegeheim der Stiftung Y.. Im Verlaufe ihrer Tätigkeit hatte sie mit ihren Vorgesetzten diverse Meinungsverschiedenheiten über die Organisation der Station. Die Arbeitgeberin attestierte X. in ihren regelmässigen Mitarbeiterbeurteilungen, dass sie weitgehend gute Arbeit leistete. Hingegen machte sie Vorbehalte zu deren Verhalten gegenüber dem Abteilungsleiter und ihren Arbeitskollegen und -kolleginnen. Die Stiftung Y. kündigte das Arbeitsverhältnis am 28. Februar 2003 auf den 31. Mai 2003. Die Kündigungsfrist erstreckte sich in der Folge bis Ende August 2003 weil X. krankheitsbedingt arbeitsunfähig wurde. X. protestierte gegen die Kündigung und stellte, vertreten durch den Advokaten Dr. Z., mit Klage vom 2. Dezember 2003 beim Gewerblichen Schiedsgericht unter anderem folgendes Rechtsbegehren: „ 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine vom Gericht festzusetzende Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR von wenigstens vier Monatsgehältern nebst 5% Zins seit dem 1.9.2003 zu zahlen. [...]"

erblickte X. in den ihres Erachtens rein fachbezogenen Auseinandersetzungen mit den Vorgesetzten. Mit Urteil vom 8. März 2004 wurde das Begehren um Zusprechung einer Entschädigung, soweit darauf eingetreten wurde, abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht Folgendes erwogen hat.

a) Nach § 37 ZPO hat eine Klagpartei bezifferte Begehren zu stellen. Eine Klage auf Zusprechung einer Geldsumme nach Ermessen des Richters ist dem baselstädtischen Recht fremd (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, 1992, S. 136). Im Grundsatz ist es den Kantonen nicht verwehrt, in Forderungsstreitigkeiten die Bezifferung des geforderten Betrages zu verlangen. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht schrankenlos. Unbezifferte Forderungsklagen sind dort zuzulassen, wo dies das Bundesrecht ausdrücklich vorsieht oder den Richter auf sein Ermessen verweist (BGE 116/1990 II 219; Stahelin/Sutter, S. 136). Nach Art. 336a Abs. 2 OR ist die Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen. Eine damit vergleichbare Vorschrift enthält Art. 337c Abs. 3 OR. Danach hat der Richter die Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände festzusetzen. In der Lehre wird überwiegend darauf hingewiesen, dass die Klagpartei nicht in der Lage sei, die Höhe dieser Entschädigungen abzuschätzen. Es sei ihr deshalb nicht zumutbar, diese zu beziffern und das damit verbundene Prozessrisiko zu tragen (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. S. 313 mit zahlreichen Hinweisen in Fn. 1424; ablehnend hingegen Obergericht ZH in JAR 1991 S. 397 ff. und in plädoyer 1993/6 S. 63 sowie Bezirksgericht Steckborn in JAR 1994 S. 319 f.).

Hinzuweisen ist darauf, dass das Gewerbliche Schiedsgericht bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 336a OR wie auch jener bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR von einem „Grundbetrag“ von drei Monatslöhnen ausgeht, der unter Berücksichtigung mildernder und erschwerender Umstände im Verhalten beider Vertragsparteien reduziert bzw. erhöht wird (JAR 2004 S. 452 ff.; BJM 2004 S. 43 ff.). Zudem sind seit Inkrafttreten beider Vorschriften zahlreiche, publizierte Urteile ergangen, in denen bei missbräuchlichen bzw. ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen über Entschädigungsansprüche entschieden wurde. Beides hilft, dieses Prozessrisiko zu begrenzen. Zudem darf das kantonale Recht selbst in jenen Fällen, in denen von Bundesrechts wegen sogenannte unbezifferte Klagen zuzulassen sind, aus formellen Gründen gleichwohl eine rahmenmässige Bezifferung der Klagforderung verlangen (BGE 116/1990 II 219; Stahelin/Sutter, S. 136). Die Klagpartei hat deshalb in ihrem Rechtsbegehren einen Höchstbetrag, den sie als Entschädigung geltend macht, einzusetzen (Nordmann S. 314 mit Hinweisen). Dies entspricht

der vom Gewerblichen Schiedsgericht geübten Praxis. Vorliegend erfüllte das Entschädigungsbegehren der Klägerin X., das von ihrem Advokaten formuliert war, diese Anforderung jedoch nicht. Sie hatte zwar einen Höchstbetrag von vier Monatslöhnen, aber ohne jede Bezifferung angegeben. Es ist nicht Sache des Gerichts, die geforderte Entschädigung ziffernmässig zu bestimmen. Da die Klage aus anderen Gründen abzuweisen war, konnte offen bleiben, welche Folgen an diese Unterlassung zu knüpfen waren, insbesondere, ob auf das Rechtsbegehren einzutreten war.

b) Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat, „wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, [...] derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet“. Das Obligationenrecht sieht in den Vorschriften zur missbräuchlichen Kündigung (Art. 336 ff. OR) keine Ausnahme von dieser Regel vor. Wer behauptet, dass eine Kündigung missbräuchlich ist, hat deshalb den Beweis der Missbräuchlichkeit zu erbringen. Dieser Beweis umfasst sowohl den Missbrauchstatbestand als auch dessen Kausalität für die Kündigung. Andererseits hat die kündigende Vertragspartei jene Gründe nachzuweisen, die die Kündigung rechtfertigen sollen (Nordmann S. 279 mit Hinweisen). Falls mehrere Gründe zu einer Kündigung geführt haben, ist diese dann missbräuchlich, wenn sie ohne den verpönten Grund nicht ausgesprochen worden wäre (Nordmann S. 285; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336 OR VI, S. 333; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 336 OR N. 20, S. 348). Dem Nachweis der Kündigungsgründe dienen in erster Linie soweit vorhanden das Kündigungsschreiben sowie die schriftliche Begründung der Kündigung nach Art. 335 Abs. 2 OR. Weitere Gründe für die Kündigung können nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nachgeschoben werden, wenn diese im Zeitpunkt der Kündigung bestanden haben, ohne dass die kündigende Partei davon Kenntnis hatte oder hätte haben müssen (BGE 121/1995 III 472 f. zur gleichgelagerten Problematik bei der fristlosen Entlassung nach Art. 337 OR; vgl. Nordmann S. 292 ff.). Art. 336 OR zählt verschiedene Tatbestände auf, unter denen eine Kündigung als missbräuchlich anzusehen ist. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend (Nordmann S. 143 mit zahlreichen Hinweisen). Es ist Sache des Richters, im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Rechtsanwendung einen als missbräuchlich behaupteten Kündigungsgrund unter die gesetzlichen Tatbestände zu subsumieren sowie die Tatbestandsliste, soweit erforderlich, zu ergänzen (Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts in den Jahren 1998 und 1999 S. 61).

Vorliegend machte die Klägerin fachliche Auseinandersetzungen zwischen ihr und ihren Vorgesetzten als missbräuchlichen Grund für die Kündigung geltend. Im Kündigungsschreiben vom 28. Februar 2003 verwies die Stiftung Y. auf die verschiedenen persönlichen Unterredungen mit X. hin. Auf Verlangen begründete

die Arbeitgeberin am 14. März 2003 die Kündigung schriftlich wie folgt:“ [...] Ihr Führungsverhalten in Ihrem Pflorgeteam und die Zusammenarbeit mit anderen internen Dienstbereichen gaben immer wieder Anlass zu Beanstandungen. In diesem Zusammenhang erhielten wir verschiedene Reklamationen von Mitarbeiterseite und von Verantwortlichen anderer Dienstbereiche. Auf die Umstände haben wir Sie sowohl in den Mitarbeitergesprächen wie in persönlichen Unterredungen aufmerksam gemacht und können heute leider keine Veränderungen in ihrem Verhalten feststellen. [...]“. Aus den Unterlagen zu den durchgeführten Mitarbeitergesprächen, die von den Parteien eingereicht wurden, ergab sich, dass die Arbeitnehmerin weitgehend positiv beurteilt wurde. Andererseits waren darin aber auch Vorbehalte der Arbeitgeberin zur Arbeitsweise von X. sowie divergierende Ansichten der Parteien festgehalten. Derartige Differenzen in einem Arbeitsverhältnis können, falls sie zum Anlass für eine Kündigung genommen werden, diese grundsätzlich nicht als missbräuchlich erscheinen lassen (JAR 2000 S. 193 ff.; JAR 1990 S. 240 f.). Damit von einer missbräuchlichen Kündigung gesprochen werden könnte, müssten beispielsweise die Divergenzen ihre Ursache in Ansprüchen haben, welche die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Solche Ansprüche liegen vor, wenn eine Angestellte am Betrieb zulässige Kritik übt, um sich für ihre oder die Rechte anderer Mitarbeiter einzusetzen (vgl. Nordmann S. 117 mit Hinweisen). Insofern ergab sich aus einer Mitarbeiterbeurteilung, dass die Klägerin nicht mit der Kündigung einverstanden war, welche die Stiftung Y. gegen eine Mitarbeiterin aus ihrem Pflorgeteam ausgesprochen hatte. Dass gerade dieser Umstand zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit ihr geführt haben soll, hat die Klägerin jedoch nie behauptet und war auch nicht ersichtlich. Vielmehr waren weitere Punkte vorhanden, die im Verhältnis zwischen X. und ihrer Arbeitgeberin, strittig waren und als Grund für die Kündigung in Frage kamen.

(GSGE vom 8.3.2004 in Sachen X. gegen Stiftung Y., GS 2003/461)

**2.11.7. Art. 336 OR, Art. 2 Abs. 2 ZGB. Eine Kündigung, die nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit ausgesprochen wird, ist nicht missbräuchlich. Der Missbrauch einer Kündigung kann sich aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer**

**Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht. Einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr entspricht es grundsätzlich, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht eine Anhörungspflicht vor der Kündigung jedoch nicht vor.**

A. war seit dem 1. Januar 1993 als Filialleiter der B. AG im C.-Shopping angestellt, wo Videos, DVDs und Computerspiele zum Kauf angeboten wurden. Er wurde an seinen freien Tagen durch D. vertreten, die in der Filiale als Aushilfsverkäuferin tätig war. Anfangs Dezember 2001 meldete D. der Verkaufsleitung der B. AG verschiedene von ihr festgestellte Ungereimtheiten. Diese erweckten den Verdacht, A. habe Artikel aus dem Sortiment gestohlen bzw. veruntreut. Die B. AG erstattete deshalb am 10. Dezember 2001 Strafanzeige gegen A.. Nachdem die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt die Vorgesetzten von A. sowie D. einvernommen hatte, liess sie A. am 22. Januar 2002 polizeilich zur Einvernahme vorführen und durchsuchte gleichzeitig seine Wohnung. Dort wurde allerdings nichts beschlagnahmt.

Am 23. Januar 2002 kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis mit A. per 30. April 2002. Da A. indessen seit diesem Tag krank geschrieben war, erwies sich diese Kündigung als nichtig. Nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist von 180 Tagen kündigte die B. AG ihrem Angestellten A. mit Schreiben vom 25. Juli 2002 erneut auf den 31. Oktober 2002. Das Strafverfahren gegen A. wurde nach weiteren Ermittlungen mit Beschluss der Staatsanwaltschaft vom 27. August 2002 eingestellt, da kein hinreichender Beweis des Tatbestandes bzw. keine rechtsgültigen Strafanträge für allfällige geringfügige Vermögensdelikte vorlagen.

Am 11. Februar 2003 klagte A. beim Gewerblichen Schiedsgericht gegen die B. AG auf Zahlung von sechs Bruttomonatslöhnen, d.h. CHF 27'618.--, zuzüglich Zins als Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung. Mit Urteil vom 18. August 2003 wies das Gewerbliche Schiedsgericht die Klage ab. Eine gegen dieses Urteil gerichtete Beschwerde des Klägers wies das Appellationsgericht am 13. Januar 2004 ab. Ebenfalls abgewiesen hat das Bundesgericht am 5. August 2004 eine von A. dagegen eingereichte Berufung, wobei es Folgendes ausgeführt hat:

„[...] 1.

Die kantonalen Instanzen sind zum Schluss gekommen, es liege keine missbräuchliche Kündigung vor. Es sei keiner der in Art. 336 OR aufgeführten Tatbestände erfüllt. Die

Gründe, die zur Kündigung geführt hätten, könnten auch nicht den vom Gesetz ausdrücklich missbilligten gleichgesetzt werden. Für die Kündigung sei der objektive Vertrauensverlust entscheidend gewesen, nicht die Krankheit des Arbeitnehmers. Mit Blick auf die langjährige Dauer des Arbeitsverhältnisses wäre zwar ein etwas schonenderes Vorgehen der Beklagten denkbar gewesen; insbesondere wäre es durchaus nicht abwegig gewesen, wenn sie den Kläger nach dessen Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft angehört hätte, bevor sie die Kündigung aussprach. Es könne ihr aber nicht vorgeworfen werden, das Gebot der schonenden Rechtsausübung in krasser Weise verletzt zu haben, so dass ihr Verhalten als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden müsste.

Der Kläger sieht darin eine falsche Anwendung von Art. 336 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB. Er macht somit eine Bundesrechtsverletzung geltend (Art. 43 Abs. 1 OG), und auf die Berufung ist, da auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, grundsätzlich einzutreten.

2.

2.1 Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht auch nach der Revision von 1988 vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht (vgl. BGE 127 III 86 E. 2a). Missbräuchlich ist eine Kündigung grundsätzlich nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist allerdings nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (vgl. zum Ganzen BGE 125 III 70 E. 2a S. 72 mit zahlreichen Hinweisen; ferner BGE 123 III 246 E. 3b S. 251; 121 III 60 E. 3b S. 61 f.). Diese müssen aber eine vergleichbare Schwere aufweisen, wie die in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten.

Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt (BGE 118 II 157 E. 4b/bb S. 166; bestätigt in BGE 125 III 70 E. 2b). Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 125 III 70 E. 2b; 118 II 157 E. 4b/cc S. 167). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren.

2.2 Der Kläger macht zunächst geltend, die Kündigung sei missbräuchlich, weil sie wegen seiner Erkrankung erfolgt sei.

2.2.1 Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht verbindlich (Art. 63 Abs. 2 OG) festgehalten, dass die Kündigung in keinem kausalen Verhältnis zur Krankheit stand. Diese sei bei der wirksamen, zweiten Kündigung nur deshalb erwähnt worden, um festzuhalten, dass der krankheitsbedingte zeitliche Kündigungsschutz nun abgelaufen sei. Soweit der Kläger seinen Vorwurf der Missbräuchlichkeit mit der Kündigung wegen Krankheit begründet, geht er somit von einem Sachverhalt aus, der im angefochtenen Urteil keine Stütze findet. Da er in diesem Zusammenhang bloss frei gehaltene Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz übt, jedoch keine Ausnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG anruft, die dem Bundesgericht eine Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen des Sachgerichts erlaubt, kann auf die Berufung insoweit nicht eingetreten werden (vgl. BGE 130 III 102 E. 2.2; 127 III 248 E. 2c; 125 III 193 E. 1e S. 205).

2.2.2 Auch bei materieller Beurteilung wäre dem Standpunkt des Klägers nicht zu folgen, selbst wenn seine Krankheit die Arbeitsfähigkeit vermindert hat, wovon nach dem angefochtenen Urteil auszugehen ist. Eine Krankheit ist eine persönliche Eigenschaft, die gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR für den Kündigungsschutz relevant sein kann. Zu beachten ist indessen, dass der sachliche Kündigungsschutz entfällt, wenn die persönliche Eigenschaft die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Insofern schränkt Art. 336 Abs. 1 lit. a OR den Persönlichkeitsschutz ein. Die Kündigung wegen Krankheit hat zur Folge, dass für die Zukunft die Lohnfortzahlungspflicht entfällt, wenn die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt. Insofern könnte es sich bei einer Kündigung wegen einer Krankheit um eine Vereitelungskündigung im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR handeln. Aufgrund der Systematik des gesamten Kündigungsschutzes ist indessen anzunehmen, dass der Gesetzgeber nicht soweit gehen wollte. Daher scheint es zulässig, nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes jemandem wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen (BGE 123 III 246 E. 5 mit Hinweisen).

2.3 Der Kläger hält weiter dafür, die von der Beklagten gegen ihn eingereichte Strafanzeige, die polizeiliche Vorführung und die Hausdurchsuchung seien ein unverhältnismässiges und unnötig verletzendes Vorgehen gewesen. Die Beklagte habe es an einer schonenden Rechtsausübung missen lassen. Ihr Vorgehen stelle ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar, was zur Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne von Art. 336 OR führe.

2.3.1 Der Kläger widerspricht in diesem Zusammenhang der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beobachtungen der Aushilfsverkäuferin und weitere Indizien bei der Beklagten den schwerwiegenden Verdacht erweckt hätten, dass der Kläger deliktische Handlungen zu ihrem Nachteil begangen haben könnte. Ferner macht er in

Erweiterung des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts geltend, die Beklagte habe mit ihrem Vorgehen wider besseres Wissen gehandelt, und er habe allen Grund zur Annahme, dass die Beklagte ihn im Hinblick auf die Schliessung ihrer Filialen in Basel unter irgend einem Vorwand habe los werden wollen. Da er sich auch in diesem Zusammenhang nicht auf eine Ausnahme von der Bindung an die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nach Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG beruft, kann er insoweit nicht gehört werden (vgl. Erwägung 2.2.1 vorne).

2.3.2 Der Kläger sieht sich in seinem Standpunkt, die Beklagte habe das Gebot einer schonenden Rechtsausübung krass verletzt, durch BGE 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f. bestätigt. Er übersieht indessen, dass sich der Sachverhalt im zitierten Entscheid von dem hier zu beurteilenden in wesentlichen Punkten unterscheidet. Im zitierten Entscheid hatte die Franchisegeberin in der Folge von gewissen Meinungsverschiedenheiten mit der Franchisenehmerin über die Erhöhung der Nutzungsgebühren bereits einen Vertrag mit einer anderen Person für die Übernahme des Geschäftes geschlossen, ohne dass die Franchisenehmerin davon etwas zu wissen bekam. Über zwei Monate später beruhigte sie die Franchisenehmerin noch mit dem Hinweis, sie habe bezüglich der Nutzungsgebühren noch nichts entschieden. Sie täuschte somit während mehreren Monaten vor, das Vertragsverhältnis fortführen zu wollen, obgleich sie sich bereits entschieden hatte, dieses zu beenden. Erst kurzfristig vor dem Zeitpunkt, auf den die neue Arbeitskraft angestellt worden war, hatte sie sodann ihren Standpunkt der bisherigen Franchisenehmerin bekannt gegeben, um dann deren Weigerung, die Gebührenerhöhung zu akzeptieren, zur kurzfristigen Auflösung des Vertragsverhältnisses zu verwenden. Das Bundesgericht hat bei diesem Sachverhalt die Ansicht der Vorinstanz geteilt, die Franchisegeberin habe ein falsches und verstecktes Spiel getrieben und krass gegen Treu und Glauben verstossen. Sie hatte in krasser Weise dem Gebot der schonenden Rechtsausübung zuwidergehandelt und sich widersprüchlich verhalten (BGE 118 II 157 E. 4b/cc S. 167).

Vorliegend lässt sich der Beklagten hingegen keinerlei widersprüchliches Verhalten vorhalten. Sie hat gegenüber dem Kläger nie zum Ausdruck gebracht, sie wolle das Arbeitsverhältnis mit ihm weiterführen, nachdem sie sich zur Kündigung bereits entschlossen hatte. Dass sie dem Kläger die Verdächtigungen nicht sofort mitteilte, ergab sich - wie die kantonalen Instanzen feststellten - zwingend aus den Bedürfnissen der polizeilichen Abklärungen. Dem von der Vorinstanz festgestellten, massgeblichen Sachverhalt, ist überdies in keiner Weise zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin sich bereits vor den polizeilichen Massnahmen zu einer Kündigung entschlossen hätte.

Das konkrete Vorgehen der staatlichen Behörden lag zudem nicht im Einflussbereich der Arbeitgeberin. Dieses haben vielmehr die Behörden selber zu verantworten. Ob dieses Vorgehen mit Blick auf die vorgebrachten Vorwürfe und den damaligen Wissensstand der Arbeitgeberin und der Untersuchungsbehörden verhältnismässig war oder nicht, braucht deshalb vorliegend nicht beurteilt zu werden. Angesichts der erhobenen

Vorwürfe kann die Strafanzeige selber nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Ob auch andere Wege, wie beispielsweise eine private Überwachung möglich und der Arbeitgeberin zumutbar gewesen wären, ist nicht dargetan. Von einer rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung kann somit nicht gesprochen werden.

2.4 Schliesslich sieht der Kläger eine Rechtsmissbräuchlichkeit auch darin, dass die Beklagte die Kündigung aussprach, ohne vorgängig mit ihm das Gespräch zu suchen.

Es ist ihm zuzugestehen, dass dieses Vorgehen wenig verständlich ist. Einem gesitteten Vorgehen im Geschäftsverkehr entspricht es grundsätzlich, das Gespräch mit der Gegenpartei zu suchen, bevor Schritte ergriffen werden, die für die andere Partei dramatische Folgen haben können. Es ist aber zwischen einem unanständigen und einem rechtswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung jedes Fehlverhalten zu sanktionieren. Nur Verstösse gegen gesellschaftliche Verhaltensnormen, die so krass sind, dass sie von der Gesellschaft nicht toleriert werden können, muss die Rechtsordnung durch geeignete Massnahmen unterbinden. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht sieht eine Anhörungspflicht vor der Kündigung nun aber gerade nicht vor. Wohl besteht ein Anspruch auf Begründung einer Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR). Diese muss aber erst im Nachhinein erfolgen. Wäre eine vorhergehende Anhörung zwingend, müssten sinnvoller Weise bereits bei einer solchen auch die Kündigungsgründe offen gelegt werden. Soweit wollte der Gesetzgeber indessen nicht gehen (vgl. dazu BGE 121 III 60 E. 3b; vgl. ferner Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, N. 8 zu Art. 335 OR und Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 13 zu Art. 335 OR, die gar nur einen Anspruch auf schriftliche, nicht aber auf mündliche Begründung der Kündigung anerkennen; insoweit a.M. Rehbinder, Berner Kommentar, N. 9 zu Art. 335 OR; Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel 1997, N. 20 zu Art. 335 OR; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 18 zu Art. 335 OR). Es geht nicht an, diesen gesetzgeberischen Entscheid über den Umweg von Art. 2 Abs. 2 ZGB umzustossen und einen rechtlichen Anspruch auf vorgängige Anhörung einzuführen. Auch insoweit ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie das Vorliegen einer Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint.

2.5 Es ginge nun allerdings fehl, alle Vorwürfe nur einzeln zu betrachten. Die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, setzt richtiger Weise eine Gesamtwürdigung voraus.

Die Beklagte muss sich vorwerfen lassen, dass es kaum als anständig bezeichnet werden kann, das Gespräch mit dem Kläger nicht einmal gesucht zu haben. Ob es nicht schonendere Möglichkeiten gegeben hätte, die erhobenen Vorwürfe abzuklären, ist offen. Die Kündigung traf den Kläger sicher in einer mit Blick auf seinen Gesundheitszustand schwierigen Situation. Von daher ist seine Verletzung und damit auch seine Verärgerung über das Vorgehen der Beklagten verständlich. Das reicht aber

mit Blick auf das in der Schweiz geltende Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht, um eine Missbräuchlichkeit der Kündigung anzunehmen. Der Berufung des Klägers kann deshalb kein Erfolg beschieden sein. [...]“

(GSGE vom 18.8.2003 in Sachen A. gegen B. AG, GS 2003/63; AGE vom 13.1.2004, Verf. Nr. 987/2003; BGE vom 5.8.2004, 4C.174/2004)

**2.11.8. Art. 336 OR. Im Gegensatz zum zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR besteht der sachliche Kündigungsschutz auch während der Probezeit. Vorliegend bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die bevorstehende Rekrutenschule des Arbeitnehmers und nicht seine Leistungen ausschlaggebend für die Kündigung der Arbeitgeberin waren.**

**Art. 335b OR. Die Probezeit dient dem gegenseitigen Kennenlernen der Parteien und vor allem der Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin. Es dürfen an die Begründung einer Kündigung während der Probezeit keine hohen Anforderungen gestellt werden, um so mehr, als auch nach Ablauf der Probezeit aus jedem noch so geringen Anlass gekündigt werden kann, sofern keine missbräuchliche Kündigung vorliegt.**

O. wurde von der J. AG am 22. Juli 2002 als Verkäufer mit einer Probezeit von drei Monaten angestellt. Am 21. Oktober 2002 kündigte die J. AG das Arbeitsverhältnis auf den 26. Oktober 2002 wegen ungenügender Leistungen und stellte ihn von der Arbeit frei. Am 22. Oktober 2002 erhob O. Einsprache gegen die Kündigung und verlangte mit Klage vom 10. Januar 2003 die Verurteilung der J. AG zur Zahlung von CHF 4'597.25 brutto, worunter ein Monatslohn als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. O. machte geltend, ihm sei gekündigt worden, weil er ab Februar 2003 die Rekrutenschule habe absolvieren müssen, worauf er die Arbeitgeberin schon bei der Anstellung hingewiesen habe. Mit Urteil vom 31. März 2003 wurden O. CHF 188.-- netto zugesprochen und die Klage im übrigen abgewiesen, wobei das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt erwogen hat.

Nach Art. 336 OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aus einem der dort genannten Gründe, deren Aufzählung nicht abschliessend ist, ausgesprochen wird. Im Unterschied zum zeitlichen Kündigungsschutz nach Art. 336c OR kommt der sachliche Kündigungsschutz nach Art. 336 OR auch bei Kündigungen, die noch in der Probezeit erfolgen, zur Anwendung (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des

Gleichstellungsgesetzes, 1998, S. 82 f.). Die Probezeit dient dem gegenseitigen Kennenlernen der Parteien und vor allem der Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin. Die Kündigungsfrist während der Probezeit beträgt von Gesetzes wegen lediglich 7 Tage und kann durch schriftliche Abrede sogar noch verkürzt werden (Art. 335b Abs. 1 und 2 OR). Es ergibt sich daraus, dass keine hohen Anforderungen an eine Kündigung während der Probezeit sowie an deren Begründung durch die kündigende Partei nach Art. 335 Abs. 2 OR gestellt werden dürfen. Davon abgesehen darf nach schweizerischem Arbeitsvertragsrecht auch nach Ablauf der Probezeit aus jedem noch so geringen Anlass gekündigt werden, solange keine missbräuchliche Kündigung gegeben ist. Vorliegend hatte die Arbeitgeberin in ihrer Kündigungsbegründung angegeben, dass O. unaufmerksam und unkonzentriert bei der Arbeit gewesen sei, woraus sich verhältnismässig viele Fehler ergeben hätten. Obwohl O. dies bestritten hat, war es an ihm nachzuweisen, dass anstelle dieser Gründe die bevorstehende Rekrutenschule Anlass für die Kündigung war, was missbräuchlich wäre (Art. 336 Abs. 1 lit. e OR). Diesbezüglich ergaben sich keine Anhaltspunkte, weil der Arbeitsvertrag bereits in Kenntnis davon, dass O. im Februar 2003 mit einiger Sicherheit in den Militärdienst einrücken musste, abgeschlossen wurde. Unter diesen Umständen wäre zu erwarten gewesen, dass die J. AG den Arbeitsvertrag gar nicht abgeschlossen hätte. Es war deshalb naheliegend, dass die Kündigung aufgrund der Beurteilung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin während der Probezeit ausgesprochen wurde. Gegenteiliges konnte O. nicht nachweisen. Zugesprochen wurde ihm deshalb lediglich der Lohn für zwei Tage, weil die Kündigungsfrist von 7 Tagen durch die J. AG nicht eingehalten worden war.

(GSGE vom 31.3.2003 in Sachen von O. gegen J. AG, GS 2003/13)

**2.11.9. Art. 3 Abs. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ; .Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 GestG. Gerichtsstand am Sitz der Beklagten. Zur Frage der Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach LugÜ und nach GestG. Nach der Bejahung der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte in Konkurrenz zu französischen Gerichten in Anwendung des Lugano-Übereinkommens ist aufgrund des Gerichtsstandsgesetzes das örtlich zuständige Gericht innerhalb der Schweiz zu bestimmen.**

**Art. 6 Französisch-schweizerischer Staatsvertrag über Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mülhausen. Die Anwendbarerklärung französischen Gesetzes- und Ordnungsrechts für das Flughafengebiet ist eine Gesamtverweisung. Damit bestimmt sich das auf die Arbeitsverhältnisse anwendbare Recht nach französischen Kollisionsregeln, zu denen das sog. Römer Übereinkommen zählt.**

**Art. 6 Abs. 1 RömÜ.** Die Rechtswahl in Arbeitsverträgen ist unter Vorbehalt zwingender Vorschriften des ohne Rechtswahl anwendbaren französischen Rechts zulässig.

**Art. 336 OR.** Zu den Voraussetzungen einer missbräuchlichen Änderungskündigung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Vorliegend handelte sich um eine suspensivbedingte Änderungskündigung. Die Reduktion des Grundlohnes um 5% ist eine lediglich geringfügige Änderung. Je geringer die Vertragsänderung ist, desto geringere Anforderungen gelten auch für die betrieblichen oder marktbedingten Rechtfertigungsgründe. Zur Frage, inwiefern bei der Beurteilung des Ausmasses einer Vertragsänderung die Abweichung von Ansprüchen aus zwingenden gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Vorschriften ins Gewicht fällt: Auszugehen ist davon, dass zwingende Ansprüche trotz einer Vertragsänderung vom Arbeitnehmer weiterhin geltend gemacht und durchgesetzt werden können. Andererseits kann die entscheidende Verschlechterung darin zu erblicken sein, dass die Geltendmachung und Durchsetzung dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Dabei kommt es auf das Ausmass der Verschlechterung an. Zudem muss die Verschlechterung in Zusammenhang mit der Vertragsänderung stehen und sich nicht bereits unter dem geltenden Arbeitsvertrag in gleichem Masse gezeigt haben. Bei der Frage der Unbilligkeit einer Verschlechterung ist auf die individuellen Verhältnisse des betreffenden Arbeitnehmers abzustellen.

Die X. AG und die Y. AG sind beides Gesellschaften, die sich im Bereich der Flugzeugabfertigung auf den Flughafen Basel-Mulhouse betätigen bzw. betätigt haben. Die Arbeitnehmer der X. AG wurden von dieser mit Schreiben vom 8. September 2003 darüber informiert, dass ihre Arbeitsverhältnisse aufgrund einer Betriebsübertragung per 26. Oktober 2003 auf die Y. AG übertragen würden. Die Y. AG unterbreitete ihnen gleichentags eine Vertragsofferte und ersuchte um Rücksendung des unterschriebenen Vertrages bis 7. Dezember 2003. Ferner hiess es darin: „Dans le cas où vous n’accepteriez pas notre offre dans le délai mentionné ci-dessus, nous allons résilier votre contrat de travail avec l’entreprise Y. SA en observant le délai de préavis de deux mois, au 31 décembre 2003.“ Elf Arbeitnehmer nahmen das Vertragsangebot nicht an, worauf ihnen die Y. AG mit Schreiben vom 18. Dezember 2003 mitteilte: „Pour cette raison vous quitterez la maison Y. SA pour le 31.01.2004“. In der Folge erhoben die betreffenden Arbeitnehmer Einsprache gegen die Kündigung ihrer Arbeitsverträge und verlangten mit Klagen vom 10. Februar 2004 die Verurteilung der Y. AG unter anderem zur Lohnzahlung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sowie zu einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Änderungskündigung. Mit Urteilen vom 9. September 2004 hiess das

Gewerbliche Schiedsgericht die Lohnansprüche teilweise gut und wies die Entschädigungsforderungen ab, wobei es Folgendes erwogen hat:

1.1. Zunächst hat sich das Gericht die Frage nach seiner Zuständigkeit zu stellen. Die Arbeitsverhältnisse haben internationale Bezüge, weil sie nicht nur auf die Schweiz oder nur auf Frankreich beschränkt sind, sondern Verknüpfungen darüber hinaus bestehen. Die internationalen Bezüge ergeben sich aus dem Wohnsitz der Kläger in Frankreich, während die Beklagte mit Sitz in Basel im Handelsregister eingetragen ist, und zudem auch daraus, dass die Arbeit auf dem Flughafen Basel-Mulhouse angeboten und geleistet wurde. Damit kommt hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage das zwischen der Schweiz und Frankreich gültige Lugano-Abkommen zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG, SR 291).

1.2. Das Lugano-Übereinkommen (SR 0.275.11) sieht in Art. 3 Abs. 1 vor, dass Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen sind. Für den Gerichtsstand in der Schweiz kann hingegen nicht auf Art. 5 Abs. 1 LugÜ abgestellt werden. Diese Bestimmung knüpft an den gewöhnlichen Arbeitsort an und beschränkt den Gerichtsstand auf Fälle, in denen die beklagte Partei mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt wird. Das ist vorliegend nicht der Fall, weil die Y. AG ihren Sitz in der Schweiz hat und auch ein schweizerisches Gericht angerufen wurde. Zudem lag der gewöhnliche Arbeitsort der Kläger auf dem Flughafengebiet und damit in Frankreich. Zur Anwendung gelangen vorliegend ebenfalls nicht die Gerichtsstandsvereinbarungen, die die Kläger mit der X. AG seinerzeit getroffen haben und die infolge der Betriebsübernahme auch zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits zum Inhalt ihrer Arbeitsverhältnisse geworden sind. Obwohl die Parteien den Gerichtsstand in Basel und damit die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte vorgesehen haben, hat diese Gerichtsstandsvereinbarung nur Gültigkeit, wenn sie vor dem Lugano-Übereinkommen bestehen kann. Dies ist nicht der Fall, weil Art. 17 Abs. 5 LugÜ im Bereich individueller Arbeitsverträge Gerichtsstandsvereinbarungen nur zulässt, wenn sie nach Entstehung der Streitigkeit getroffen werden, was hier nicht gegeben ist (vgl. aber Art. 5 IPRG).

1.3. Nach dieser internationalrechtlichen Betrachtung der Zuständigkeitsfrage, muss die örtliche Zuständigkeit des Gewerblichen Schiedsgerichts in Konkurrenz zu allfälligen weiteren zuständigen Gerichten in der Schweiz geprüft werden (vgl. Eric Johner, Die direkte Zuständigkeit der Schweiz bei internationalen Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Lugano-Übereinkommens, 1995, S. 6, 64).

1.4. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Gerichte im Binnenbereich der Schweiz ist das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG, SR 272) zu beachten. Gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Nach Art. 21 Abs. 1 GestG kann die arbeitnehmende Partei auf diese Gerichtsstände weder zum voraus noch durch Einlassung auf ein Verfahren vor einem unzuständigen Gericht verzichten. Vorbehalten bleibt allerdings der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit (Art. 21 Abs. 2 GestG). Vorliegend haben die Kläger mit der X. AG im Arbeitsvertrag den Gerichtsstand in Basel vorgesehen. Ob diese Gerichtsstandsvereinbarung gültig ist, kann offen bleiben, weil sie das Gleiche vorsieht, was nach Gerichtsstandsgesetz gilt. Gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG sind die Gerichte am Sitz der Beklagten in Basel zuständig, weshalb auf die Klagen einzutreten und diese damit zu behandeln sind.

1.5. Die Frage nach dem auf die Arbeitsverhältnisse zwischen den Parteien anwendbaren Recht ist nach den Kollisionsregeln des am Gerichtsstand gültigen internationalen Privatrechts zu beantworten. Hier gilt das am Gerichtsstand in Basel gültige schweizerische IPRG, dem aber allfällige völkerrechtliche Verträge, die die Schweiz abgeschlossen hat, vorgehen (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Vorliegend stehen Arbeitsverhältnisse auf dem Gebiet des Flughafens Basel-Mulhouse zur Diskussion, der auf französischem Staatsgebiet liegt. Der Französisch-schweizerische Staatsvertrag über den Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mülhausen in Blotzheim vom 4. Juli 1949 (SR 0.748.131.934.92 bzw. SG BS 956.200) regelt in Art. 6 die Frage des anwendbaren Rechts: „Für das ganze Gebiet des Flughafens gilt französisches Gesetzes- und Verordnungsrecht, soweit nicht durch diesen Staatsvertrag und seine Anhänge ausdrücklich eine abweichende Regelung getroffen ist.“ Der Staatsvertrag sieht nur wenige ausdrückliche Vorbehalte vor. Diese haben hauptsächlich zum Zweck, den schweizerischen Flugverkehr sowie das Zollrecht zu regeln, beziehen sich jedoch nicht auf Arbeitsverhältnisse. Der Verweis auf das französische Recht ist damit grundsätzlich umfassend und schliesst insbesondere sowohl das Verwaltungsrecht als auch das Privatrecht ein. Demzufolge ist aus der Sicht des Staatsvertrages in erster Linie auf die arbeitsrechtlichen Verhältnisse zwischen den Unternehmungen des Flughafengebiets und deren Personal französisches Recht anzuwenden. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Staatsvertrag mit dem anwendbaren Recht lediglich das materielle französische Recht meint (sog. Sachnormverweisung) oder ob er auch die Kollisionsregeln nach französischem IPR anspricht (sog. Gesamtverweisung). Dies ist die Frage danach, ob der Staatsvertrag eine Rückverweisung (sog. Renvoi) französischer Kollisionsregeln auf schweizerisches Recht zulassen würde. Es wird davon ausgegangen, dass mit internationalen Übereinkommen vereinheitlichte Kollisionsregeln regelmässig

als Sachnormverweisungen zu verstehen sind (Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Auflage 2000, S. 156 N. 335; Peter A. Reichert, Der Renvoi im schweizerischen IPR, 1996, S. 183; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 2. Auflage 1994, S. 155 f.). Insbesondere ältere Staatsverträge enthalten jedoch vereinzelt anderslautende bzw. als Gesamtverweisungen zu interpretierende Klauseln (Kropholler, a.a.O.) Für eine Gesamtverweisung in Art. 6 des Staatsvertrages spricht, dass die vertragsschliessenden Parteien mit Rücksicht auf den binationalen Status des Flughafens kaum zwingend französisches Privatrecht zur Anwendung bringen wollten und wollen. Insbesondere gibt es auf dem Flughafen je einen schweizerischen und einen französischen Sektor. Diese Zweiteilung deutet darauf hin, dass in den beiden Sektoren unterschiedliche Vorschriften gelten sollen. So sieht Art. 14bis des Anhangs II zum Staatsvertrag bezüglich der im schweizerischen Sektor beschäftigten Arbeitskräfte vor, dass die beiden Regierungen gemeinsam die Bedingungen festlegen können, unter denen gewisse Abweichungen von den französischen Rechtsvorschriften über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Ausländer sowie über die soziale Sicherheit erfolgen können. Eine reine Sachnormverweisung des Flughafenvertrages auf französisches Recht könnte zudem zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, etwa wenn auf einen Arbeitsvertrag zwischen Vertragsparteien, beide mit Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz, über Arbeit am Flughafen zwingend französisches Sachrecht anzuwenden wäre.

1.6. Mit der Bejahung einer Gesamtverweisung kommt bei der Anwendung französischer Kollisionsregeln das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (zum Wortlaut des Übereinkommens: Paolo Michele Patocchi/Eliott Geisinger, Internationales Privatrecht, 2000, S. 1374 ff.), kurz Römer-Übereinkommen (RömÜ), zur Anwendung. Das RömÜ hat universellen Charakter, indem das von ihm als anwendbar bezeichnete Recht auch dann anzuwenden ist, wenn es das Recht eines Nichtvertragsstaates, beispielsweise die Schweiz, ist (Art. 2 RömÜ). Daraus ergibt sich für die Vertragsparteien die Möglichkeit, nicht nur das Recht eines Staates, der am RömÜ beteiligt ist, sondern auch das Recht eines Drittstaates, beispielsweise der Schweiz, zu wählen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 RömÜ ist das Übereinkommen anwendbar auf „vertragliche Schuldverhältnisse bei Sachverhalten, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist“. Art. 1 Abs. 2 RömÜ zählt sodann die Gebiete auf, die aus seinem Anwendungsbereich fallen. Es handelt sich um Bereiche ohne vermögensrechtlichen Charakter oder die durch eine andere Konvention geregelt werden oder für die nur schwer die Grundsätze der freien Rechtswahl angewendet werden können. All dies trifft nicht auf Arbeitsverhältnisse zu.

1.7. Art. 3 RömÜ bestimmt ferner in einer allgemeinen Vorschrift, dass die Parteien für den ganzen oder nur für einen Teil ihres Vertrages das anzuwendende Recht frei wählen können. Die Rechtswahl wird aber auch noch speziell für den Einzelarbeitsvertrag in Art. 6 Abs. 1 RömÜ geregelt: „Ungeachtet des Artikels 3 darf in Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Absatz 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre.“ Bei diesen zwingenden Bestimmungen handelt es sich nicht nur um Bestimmungen des eigentlichen Arbeitsvertrages, sondern auch um solche hinsichtlich der Arbeitshygiene und der Arbeitssicherheit sowie der kollektiven Arbeitsverträge, sofern diese durch das ohne Rechtswahl anwendbare Recht als obligatorisch erklärt werden (Richard Plender, *The European Contract Convention, The Rome Convention on the Choice of Law of Contracts*, 1991, S. 141 N. 8.14). Art. 6 Abs. 2 RömÜ bestimmt das bei fehlender Rechtswahl durch die Parteien auf deren Arbeitsverhältnis anwendbare Recht: „a) das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist oder b) das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, sofern dieser seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, es sei denn, dass sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.“

1.8. Die Kläger hatten in den Verträgen mit der X. AG schweizerisches Recht für anwendbar erklärt. Diese Rechtswahl in den Arbeitsverträgen gilt auf Grund der Betriebsübernahme auch im Verhältnis zur Y. AG, was von allen Parteien anerkannt ist. Sie ist nach Art. 3 und 6 Abs. 1 RömÜ und unter Vorbehalt des nach Art. 6 Abs. 1 RömÜ zwingenden französischen Rechts rechtsgültig. Denn ohne die getroffene Rechtswahl käme nicht schweizerisches, sondern französisches Recht zur Anwendung. Engere Verbindungen des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses zur Schweiz als zu Frankreich wären dann vorhanden, wenn ein schweizerischer Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz von einem Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz auf dem Flughafen beschäftigt würde und wenn das französische Recht den Vertragsparteien völlig unvertraut wäre (vgl. BJM 2001 S. 92 ff.). Der Vorbehalt zwingenden Rechts gilt abgesehen von Art. 6 Abs. 1 RömÜ aufgrund der lois d'application immédiate, wie sie von den Klägern bezüglich französischer zwingender Vorschriften geltend gemacht wird (Art. 7 RömÜ; vgl. für das schweizerische Recht Art. 18 IPRG). Immerhin ist jedoch zu bemerken, dass es unzulässig ist, wenn die Kläger sowohl französische als auch schweizerische öffentlichrechtliche Vorschriften zur Anwendung bringen wollen, und zudem je nachdem, welche ihnen jeweils

günstiger erscheinen. Die Frage der Verletzung französischer öffentlichrechtlicher Vorschriften wird von den Klägern im Zusammenhang mit der Frage der Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Änderungskündigungen vorgebracht. Darauf ist nachfolgend kurz einzugehen.

1.9. Änderungskündigungen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann missbräuchlich, wenn sie auf eine Verschlechterung der vertraglichen Stellung der Gegenpartei abzielen, die für diese unbillig ist, und sofern es für die Änderung der Arbeitsverhältnisse weder betriebliche noch marktbedingte Gründe gibt (BGE 123/1997 III 250 f.). Es kann sich dabei die Frage stellen, ob darunter auch Ansprüche aus zwingenden Vorschriften fallen können. Bekanntlich können solche Vorschriften – sei es aus Gesetz, sei es aus einem GAV – nicht durch widersprechende Abreden unter den Parteien auf die Seite gestossen werden können. Das gilt bei absolut zwingenden Vorschriften sowohl für die Arbeitgeberin als auch für die Arbeitnehmer (vgl. Art. 361 OR). Relativ zwingende Vorschriften hingegen lassen immerhin vertragliche Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer zu (vgl. Art. 362 OR). Letzteres deckt sich mit dem im Wirkungsfeld eines GAV gültigen Günstigkeitsprinzips. Danach darf zum Vorteil der Angestellten von den zwingenden normativen GAV- Bestimmungen abgewichen werden (vgl. Art. 357 Abs. 2 OR). Es darf angenommen werden, dass vergleichbare Regeln auch im französischem Recht bestehen. Selbst wenn die Kläger ihre Zustimmung zu einem Arbeitsvertrag gegeben hätten, der französische zwingende Arbeitsnormen verletzen würde, so könnten sie demzufolge unbesehen ihrer Zustimmung diese Verletzung jederzeit geltend machen. Es kann daher argumentiert werden, dass sich die Arbeitnehmer in solchen Fällen durch Annahme einer Vertragsofferte nicht wirklich auf eine Verschlechterung des Arbeitsvertrages einlassen (vgl. Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 64 Ziff. 5.4).

1.10. Andererseits fragt sich, ob die entscheidende Verschlechterung nicht vielmehr darin zu sehen wäre, dass die Angestellten unter einem solchen Vertrag mit Sicherheit um ihre Rechte kämpfen müssten, was ihnen nicht zuzumuten wäre. Dabei dürfte eine Rolle spielen, in welchem Ausmass der offerierte Vertrag von zwingenden Vorschriften und zum Nachteil der Arbeitnehmer abweichen würde. Allerdings kann darin, dass ein Vertrag gewisse Rechte der Arbeitnehmer nicht mehr ausdrücklich regelt, noch kein Widerspruch zu zwingenden Vorschriften erblickt werden. Vielmehr muss aus dem Vertrag hervorgehen, dass sich die Arbeitgeberin über solche Bestimmungen hinwegsetzen möchte. Vorliegend sehen die Arbeitsverträge, die die Beklagte den Klägern offeriert hat, keine ausdrücklichen Abweichungen von öffentlichrechtlichen Vorschriften vor. Zudem machen die Kläger geltend, dass die Y. AG bereits unmittelbar nach der Betriebsübernahme und damit noch vor dem Angebot zu einer Vertragsänderung

die betreffenden öffentlichrechtlichen Vorschriften verletzt habe. Diese Verletzung wäre damit nicht Folge der Vertragsänderung, sondern des Verhaltens der Beklagten im Rahmen der Arbeitsverhältnisse als solchem. Unter diesen Umständen hat die Frage, welches öffentliche Recht, schweizerisches oder französisches, zur Anwendung gelangt, vorliegend eigentlich keine entscheidende Bedeutung.

2.1. Strittig unter den Parteien ist, wann die Y. AG die Arbeitsverhältnisse gekündigt hat. Ausgangspunkt ist das Schreiben der Beklagten vom 26. Oktober 2003. Es ist überschrieben mit « préavis de modification par la maison Y. SA ». Es wird darin zunächst auf eine Offerte zu einem Vertrag mit Beginn ab 1. Januar 2004 Bezug genommen. Damit dieser Vertrag gültig sei, wird der Empfänger des Schreibens gebeten, ein Exemplar unterzeichnet bis spätestens am 7. Dezember 2003 der Beklagten zurückzusenden. Danach kommt die Y. AG darauf zu sprechen, was passieren werde, wenn dies nicht geschehen sollte. Die entscheidende Passage heisst wie folgt: "Dans le cas où vous n'accepteriez pas notre offre dans le délai mentionné ci-dessus, nous allons résilier votre contrat de travail avec l'entreprise Y. SA en observant le délai de préavis de deux mois, au 31 décembre 2003. [...]"

2.2. Aus dem zitierten Satz des Schreibens vom 26. Oktober 2003 ergibt sich damit, dass die Beklagte für den Fall, dass die Kläger ihre Vertragsofferte in der Zeit bis zum 7. Dezember nicht akzeptieren sollten, den Vertrag unter Einhaltung einer 2-monatigen Kündigungsfrist auf den 31. Dezember 2003 kündigen werde. Es ergibt sich daraus, dass die Y. AG mit "nous allons résilier" das Futurum verwendet und damit eine Kündigung im Zeitpunkt des Schreibens vom 26. Oktober 2003 noch nicht ausspricht. Hinzu kommt, dass sie die zukünftige Kündigung von der Bedingung abhängig macht, dass die Kläger die Vertragsofferte nicht bis zum 7. Dezember akzeptieren sollten. Andererseits nennt die Beklagte im gleichen Satz eine Kündigungsfrist von 2 Monaten, die am Kündigungstermin vom 31. Dezember 2003 enden solle, falls die Kündigung ausgesprochen werde. Dies ist ein offensichtlicher Widerspruch und es stellt sich die Frage, wie die Kläger diesen Satz verstehen durften und mussten.

2.3. Es wird in diesem Zusammenhang von der Y. AG geltend gemacht, die Kläger hätten aufgrund von vorgängig durchgeführten Personalinformationen sowie durch die Gespräche zwischen der Beklagten und Herrn J. von Gewerkschaftsseite, der zur Wahrung ihrer Interessen eingesetzt war, von den Kündigungen auf den 31. Dezember gewusst. Die Y. AG beruft sich dabei auf ein E-Mail, das sie Herrn J. am 25. Oktober 2003 zugesandt habe und woraus sich ergibt, dass die Beklagte die Kündigungen aushändigen würde. Die Kläger wenden hiegegen ein, dass Herr J. dieses E-Mail nicht erhalten habe und dass

dieser im damaligen Zeitpunkt von den Klägern gar nicht mehr mandatiert gewesen sei.

Auszugehen ist davon, dass für die Frage, ob ein Schreiben als Kündigung seitens einer Vertragspartei verstanden werden darf und muss, es nicht nur auf den Wortlaut dieses Schreibens ankommt, sondern dass dazu sämtliche weiteren Umstände, insbesondere Verlautbarungen und Verhandlungen unter den Parteien, heranzuziehen sind. Sollte der Inhalt eines Schreibens dennoch unklar bleiben, so hat nach der Unklarheitsregel die Verfasserin des betreffenden Schreibens den unklaren Inhalt des Schreibens sich entgegenhalten zu lassen (BK-Rehbinder, 1992, Art. 335 OR N. 6, S. 53; Geiser, S. 67 Ziff. 5.6). Vorliegend kann offen bleiben, ob Herr J. das betreffende E-Mail erhalten und ob er damals die Kläger noch gültig vertreten hatte. Es ergibt sich aus dem fraglichen E-Mail nicht klar, in welcher Art die Y. AG Kündigungen auszusprechen beabsichtigte. Offensichtlich haben die Parteien noch kurz vor dem Schreiben vom 26. Oktober 2003 miteinander verhandelt und dieses Schreiben war das Resultat davon, dass sie sich dabei nicht einigen konnten.

Im Zusammenhang mit Änderungskündigungen werden eigentliche von uneigentlichen Kündigungen unterschieden. Eine eigentliche Änderungskündigung liegt vor, wenn der Änderungswunsch mit der Kündigung aufs engste verknüpft wird. Die uneigentliche Änderungskündigung erfolgt, nachdem die Gegenpartei die Änderungsangebote nicht annimmt (Geiser, S. 61 Ziff. 2.2. ff.). Bei den eigentlichen Änderungskündigungen wird eine weitere Unterscheidung in unbedingte und bedingte Kündigungen vorgenommen. Eine bedingte Kündigung ist dadurch gekennzeichnet, dass deren Wirkung vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht wird. Dabei ist weiter zu unterscheiden, ob es sich um eine resolutiv bedingte oder um eine suspensiv bedingte Kündigung handelt. Geht eine Kündigung dahin, dass sie dahinfällt, falls ein Änderungsvertrag zustande kommt, ist die Folge die gleiche wie bei einer unbedingten eigentlichen Änderungskündigung. Handelte es sich demgegenüber um eine Suspensivbedingung, beginnt die Kündigungsfrist erst dann zu laufen, wenn feststeht, dass kein Änderungsvertrag zustande gekommen ist. Hier beginnt die Kündigungsfrist so lange nicht zu laufen, wie eine Annahme der Änderungsangebote noch möglich ist (Geiser S. 61, 63 f., 68).

2.4. Vorliegend handelt es sich eindeutig um eine Suspensivbedingung und nicht um eine Resolutivbedingung. Davon zeugt, dass die Y. AG die Bedingung negativ umschrieben hat. Hinzu kommt, dass die Beklagte, wie erwähnt, das Futurum für die Frage der Kündigung verwendet und damit diese für die Zukunft in Aussicht gestellt hat. Beides erlaubt den Schluss, dass die Kündigungsfrist erst mit von den Klägern unbenützten Ablauf der Frist bis 7. Dezember 2003 zu laufen beginnen sollte. Zudem hat die Y. AG am 18. Dezember 2003 den Klägern

mitgeteilt, dass sie ihren Betrieb per 31. Januar 2004 verlassen würden. Darin kann die von der Y. AG in Aussicht gestellte Kündigung erblickt werden, mit der sie die Arbeitsverhältnisse jedoch erst auf Ende Februar beenden konnte. Unter diesen Umständen kann es letztlich keine Rolle spielen, ob es sich vorwiegend um eine eigentliche oder aber um eine uneigentliche Änderungskündigung, wie sie die Kläger beurteilen, handelt. Die Kündigungsfrist begann erst im Dezember zu laufen, nach der vorliegenden Interpretation mit dem unbenützten Ablauf der bis 7. Dezember 2003 durch die Beklagte gesetzten Annahmefrist. Damit endete die Kündigungsfrist unter Einhaltung einer 2-monatigen Dauer so oder anders Ende Februar 2004.

3. Die Kläger, die von der Y. AG nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Umfang eingesetzt wurden, haben demnach Anspruch auf den Lohn unter den bisherigen Vertragsbedingungen und unter Beizug der durchschnittlichen Arbeitsstunden in früheren Monaten, die mit dem vorliegenden Monaten von November 2003 bis und mit Februar 2004 verglichen werden können. Diese Lohnbetreffnisse sind für jeden einzelnen Angestellten aufgrund der besonderen individuellen Verhältnisse auszurechnen. Dabei wird in einem ersten Schritt aufgrund der Lohnunterlagen jeder Klagpartei einzeln ermittelt, ob bezüglich der Monate, für die Lohn verlangt wird, auf Durchschnittswerte der letzten 12 Monate oder auf die entsprechenden Monate früherer Jahre abzustellen ist. Dort, wo sich aufgrund der Beschäftigungskurve betreffend der jeweiligen Klagpartei feststellen lässt, dass diese in den betreffenden Monaten jeweils deutlich mehr oder aber deutlich weniger gearbeitet hat als in den übrigen Monaten unter dem Jahr, sind deren Arbeitsstunden anhand dieser Referenzmonate und aufgrund der Beschäftigungstendenz im laufenden Jahr zu bestimmen. In einem zweiten Schritt sind für jene Monate, in denen die jeweilige Klagpartei noch gearbeitet hat, die ihr bereits bezahlten Stunden festzustellen und vom Anspruch in Abzug zu bringen.

4.1. Die Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung mit Bezug auf die Vertragsofferte hängt wie bereits erwähnt von drei Punkten ab: erstens Verschlechterung für die Gegenpartei, zweitens unbillige Verschlechterung sowie drittens keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe für die Änderung des Arbeitsvertrages.

4.2. Vorliegend ergibt sich aus den Verträgen der Kläger mit der X. AG, dass sie damals Fr. 17.50 inkl. Ferien und Feiertagen verdienten und nach Ziff. 5.1.1 des Gesamtarbeitsvertrages Anspruch auf eine Jahreszulage in Höhe eines Zwölftels des Jahressalärs hatten. Hinzu kamen diverse, differenzierte Zuschläge insbesondere für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit. Nach dem neuen von der Y. AG den Klägern vorgeschlagenen Arbeitsvertrag sollten diese Fr. 16.05 zuzüglich Ferien von Fr. 1.95, insgesamt Fr. 18.--, zuzüglich 10% Zuschlag für

Nacht- und Sonntagsarbeit verdienen. Hinsichtlich der Arbeitszeit war im Arbeitsvertrag, den die Kläger mit der X. AG abgeschlossen hatten, vermerkt, dass diese sich nach dem Dienstplan richte und dass die wöchentliche Arbeitszeit höchstens 20 Stunden betrage. In der Vertragsofferte der Y. AG wird festgehalten, dass die wöchentliche Arbeitszeit unregelmässig sei und dass die Arbeitszeiten im Arbeitsplan individuell festgelegt würden. In diesem Fall ist kein Maximum der Arbeitszeit genannt.

4.3. Die Vertragsofferte brachte damit gegenüber dem bisherigen Arbeitsvertrag hinsichtlich des Lohnes und der Zulagen gewisse Verschlechterungen mit sich. Es ist anerkannt, dass bei einer Verschlechterung im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung verlangt wird, dass es sich dabei um eine nicht geringfügige Verschlechterung handelt (vgl. Geiser, S. 64, Ziff. 3.13, der diese Frage unter dem Titel der Unbilligkeit behandelt). Vorliegend geht es um eine Abweichung hinsichtlich des Grundlohnes von 5%, was eine geringfügige Abweichung vom bisherigen Arbeitsvertrag darstellt. Weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung sind Merkmale genannt, welche eine geringfügige Verschlechterung kennzeichnen. Die Frage der Geringfügigkeit einer Verschlechterung steht in wechselseitigem Verhältnis zu den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe für eine derartige Verschlechterung. Je geringer eine Änderung ausfällt, desto geringere Anforderungen sind an die betrieblichen oder marktbedingten Gründe zu stellen, die sie rechtfertigen sollten.

4.4. Was den GAV, der unter der X. AG gegolten hatte, angeht, so ist dieser von der Änderungskündigung bezüglich der Einzelarbeitsverträge nicht betroffen. Der GAV kann nur von den vertragsschliessenden Parteien, das heisst vorliegend X. AG einerseits und der Gewerkschaft Z. andererseits mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt werden (GAV Ziff. 13.1.). Sofern und solange er nicht gekündigt wurde, galt er aufgrund von Art. 333 Abs. 2 OR während eines Jahres seit der Betriebsübernahme im September 2003 weiter.

4.5. Bei der Frage der Unbilligkeit einer Verschlechterung ist auf die individuellen Verhältnisse des betreffenden Arbeitnehmers, hier der einzelnen Kläger, abzustellen (vgl. Meier-Hayoz, Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage 1979, S. 74: „[...] Billigkeit ist die dem Einzelfall möglichst angemessene Entscheidung; sie berücksichtigt alle erheblichen Umstände des Falles; sie hat die individuell-konkrete Interessenlage zum Gegenstand [...].“ Diesbezüglich fehlen Angaben der Kläger, inwiefern sie durch diese Vertragsofferte individuell betroffen worden wären. Hinsichtlich der Frage nach betrieblichen oder marktbedingten Gründe ist allgemein bekannt, dass unter den Fluggesellschaften, den Flughäfen sowie unter den Zulieferbetrieben seit Jahren ein ruinöser Preiskampf im Gange ist. Bezeichnend ist auch, dass die X. AG das der Beklagten übertragene Reinigungsgeschäft nicht mehr weiterführen

wollte, wofür wohl zumindest auch finanzielle Gründe eine Rolle gespielt haben dürften. Bekannt ist zudem, dass die französischen Firmen auf dem Flughafen Basel-Mulhouse ihren Angestellten tiefere Löhne bezahlen als die schweizerischen. Das mag auch mit den wohl tieferen Lebenshaltungskosten in Frankreich zusammenhängen. Vorliegend sind die Kläger selber auch in Frankreich ansässig. Unter diesen Umständen ist vom Vorliegen marktbedingter Gründe hinsichtlich der Anpassung der Gehälter der Kläger auszugehen.

4.6. Betriebliche Gründe sind darin zu sehen, dass die Y. AG, wie sie sich rechtfertigt, die Löhne der übernommenen Mitarbeitern an jene tieferen Löhne ihrer bisherigen Mitarbeiter aus Gründen der Gleichbehandlung anpassen musste. Theoretisch hätte hier zwar auch die Möglichkeit bestanden, die Gehälter der bisherigen Mitarbeitern auf das Niveau der übernommenen Angestellten anzuheben. Es sind aber die erwähnten marktbedingten Gründe, die hier die Richtung der Anpassung vorgegeben haben. Die Missbräuchlichkeit kann deshalb nicht damit begründet werden, dass die Kläger eine ungerechtfertigte Verschlechterung ihrer Verhältnisse aufgrund der Vertragsofferte hätten hinnehmen müssen.

4.7. Was die von den Klägern hinsichtlich der Verletzung französischer öffentlichrechtlicher Arbeitsvorschriften vorgebrachte Verschlechterung ihrer Arbeitsverhältnisse angeht, ist zu sagen, dass die Y. AG auch nach Aussagen der Kläger die Arbeitsverhältnisse in der Weise bereits unmittelbar nach der Betriebsübernahme geführt hat. Es ist bereits ausgeführt worden, dass Arbeitnehmer die Verschlechterung von öffentlichrechtlichen Vorschriften unbesehen davon, ob sie sich darauf in einem Arbeitsvertrag eingelassen haben oder nicht, geltend machen können, weil die Verletzung zwingender Vorschriften jederzeit vorgebracht werden kann und von Amtes wegen zu beachten ist. Entgegenstehende vertragliche Abreden sind nichtig. Sofern die Verschlechterungen für die Arbeitnehmer darin zu sehen wären, dass es ihnen nicht zuzumuten wäre, der Arbeitgeberin gegenüber die sich jeweils aus zwingenden Vorschriften ergebenden Ansprüche gerichtlich einzufordern, so käme es auf das Ausmass der Verletzung zwingender Vorschriften an. Die von den Klägern aufgezählten Verschlechterungen stehen zudem offensichtlich nicht in einem Zusammenhang mit der Vertragsofferte, weil diese solche ausdrücklich gar nicht enthält, sondern die Verschlechterungen von der Beklagten bereits nach erfolgter Betriebsübernahme vorgenommen worden sein sollen. Die von den Klägern beanstandeten Verschlechterungen sind damit keine Vorwirkungen des neuen Vertrages. Anderenfalls könnte argumentiert werden, dass die Y. AG die Verschlechterungen, die der offerierte Vertrag enthalten habe, faktisch sofort umgesetzt und die Kläger dadurch unter Druck gesetzt habe.

4.8. Hinsichtlich der Verschlechterungen mit Bezug auf schweizerisches Recht sind die Vorbringen der Kläger mit „Unzumutbaren Arbeitsbedingungen“ überschrieben. Es wird dabei weder angegeben noch daraus klar, welche zwingenden gesetzlichen Normen verletzt sein könnten.

(GSGE vom 9.9.2044 in Sachen S. und Kons. gegen Y. AG; GS 2004/59 ff.)

**2.11.10. Entschädigung (Art. 336a OR): Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)**

**2.11.11. Nachweis der Missbräuchlichkeit. (siehe unter Ziffer 2.11.4.2., S. 53)**

**2.12. Kündigung zur Unzeit (Art. 336c ff. OR)**

**2.12.1. Art. 336c OR. Der zeitliche Kündigungsschutz gilt auch während einer Freistellung von der Arbeit. Ebenso hat der freigestellte Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und nachzuweisen. Die Anzeige und der Nachweis der Krankheit durch den Arbeitnehmer erlaubt der Arbeitgeberin festzustellen, wie lange sich die Kündigungsfrist dadurch verlängert sowie ob und wie lange sie zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Zudem darf der Arbeitnehmer durch eine zu späte Mitteilung der Krankheit eine allfällige Überprüfung durch einen Vertrauensarzt nicht vereiteln. Der Beweiswert eines Arztzeugnisses hängt unter anderem davon ab, ob der Arzt den Arbeitnehmer untersucht und sich dadurch ein eigenes Bild von der Krankheit und der damit verbundenen Arbeitsunfähigkeit gemacht hat. Anderenfalls wird dem Zeugnis der Beweiswert abgesprochen.**

L. war seit dem 15. Oktober 2001 bei der V. AG als Buchhalter angestellt. Der Arbeitsvertrag sah vor, dass ergänzend der „GAV für die kaufmännischen Angestellten in Basel“ zur Anwendung gelangte. Am 23. Dezember 2002 kündigte die V. AG das Arbeitsverhältnis per 31. März 2003 und stellte L. per sofort von der Arbeit frei. Am 7. März 2003 suchte L. Dr. N., den Praxiskollegen seines Hausarztes, auf, der ihm für die Zeit vom 3. bis 9. März 2003 eine 100%

Arbeitsunfähigkeit bescheinigte. In der Folge verlangte L. mit Klage vom 21. Juli 2003 die Verurteilung der V. AG zur Bezahlung des Aprillohnes. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat die Klage mit Urteil vom 28. August 2003 vollumfänglich abgewiesen, wobei es Folgendes erwogen hat.

Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf die Arbeitgeberin nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist und zwar im zweiten Dienstjahr während 90 Tagen. Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Sperrfrist ausgesprochen worden, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit, längstens nach Ablauf der Sperrfrist, fortgesetzt (Abs. 2). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (Abs. 3). Der Schutz von Art. 336c OR gilt auch während einer Freistellung von der Arbeit (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2000, S. 53 f.). Der Arbeitnehmer, der sich auf die Verlängerung der Kündigungsfrist beruft, hat dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und nachzuweisen (Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 172 ff., 244). Die Anzeige und der Nachweis der Krankheit durch den Arbeitnehmer erlaubt der Arbeitgeberin festzustellen, wie lange sich die Kündigungsfrist dadurch verlängert (JAR 1990 S. 247) sowie ob und wie lange sie zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist (Blesi S. 140). Zudem hat die Arbeitgeberin Anspruch auf Beizug eines Vertrauensarztes, sofern der Arbeitnehmer sich dazu verpflichtet hat oder objektive Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bzw. am Arzteugnis bestehen (Christoph Schönenberger, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, 2001, S. 158 ff.). Gewöhnlich erfüllt der Arbeitnehmer seine Nachweispflicht mit einem Arzteugnis. Der Beweiswert des Arzteugnisses hängt unter anderem davon ab, ob der Arzt den Arbeitnehmer untersucht und sich dadurch ein eigenes Bild von der Krankheit und der damit verbundenen Arbeitsunfähigkeit gemacht hat (vgl. Schönenberger S. 115 f.). Daneben kann der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit auch durch andere geeignete Beweismittel erbracht werden (Zinsli S. 174 f.).

Zusammen mit dem Arbeitsvertrag hat L. am 1. Arbeitstag ein Merkblatt zu seinen Pflichten im Krankheitsfall erhalten. Danach sind Krankheiten am 1. Tag der V. AG zu melden und ist ihr nach drei Tagen ein Arzteugnis vorzulegen. Dieses Merkblatt war als Inhalt des Arbeitsvertrages zu betrachten. Zudem hat nach Art. 43 Ziff. 2 des anwendbaren „GAV für den Dienstleistungsbereich in der Region Basel, insbesondere für kaufmännische Angestellte“ die Arbeitgeberin bei Krankheit das Recht, ein Arzteugnis zu verlangen. Ausserdem kann sie auf ihre Kosten die Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch einen von ihr bezeichneten Vertrauensarzt geltend machen. Da weder das Merkblatt für den

Krankheitsfall noch Art. 43 Ziff. GAV eine Einschränkung enthalten, sind sie auch auf die Zeit einer Freistellung des Arbeitnehmers anwendbar. Es ergibt sich daraus, dass L. zu sofortigen Anzeige seiner Krankheit der Arbeitgeberin verpflichtet war, wie wenn er nicht freigestellt gewesen wäre. Er hätte daher die Krankheit bereits am Montag, dem 3. März 2003, und nicht erst am Freitag, dem 7. März 2003, der V. AG mitteilen müssen. Auf Erkundigung des Gerichts hat Dr. N. am 18. August 2003 erklärt, dass L. ihn am Freitag, dem 7. März 2003, aufgesucht habe. Damals sei es L. gesundheitlich bereits besser gegangen, weshalb er sich für die Diagnose allein auf dessen Schilderungen abgestützt habe. Es hätten keine objektiven Befunde mehr erhoben werden können, so dass er auch keine Behandlung mehr angeordnet und den Patienten auf den nächsten Arbeitstag, Montag, den 10. März 2003, wieder für arbeitsfähig geschrieben habe. Unter diesen Umständen wurde dem Arztzeugnis der Beweiswert abgesprochen. Auch hatte die V. AG keine Möglichkeit mehr, die Krankheitsangaben ihres Angestellten zu überprüfen. Ferner hat sich L. zum Nachweis der Krankheit auf die mit ihm befreundete B. berufen, die ihn am 5. und 6. März 2003 gepflegt und dabei 39° C Fieber festgestellt habe, was diese in der Hauptverhandlung vor Gericht als Auskunftsperson tatsächlich bestätigt hat. Allerdings wurden die Aussagen der Auskunftsperson nicht als hinreichend zum Nachweis angesehen, um so mehr, als diese auf das Gericht keinen glaubwürdigen Eindruck hinterliess. In grundsätzlicher Hinsicht wurden die Aussagen der Auskunftsperson als nicht zum Nachweis ausreichend angesehen, weil es L. möglich und zumutbar gewesen wäre, bereits am Montag einen Arzt aufzusuchen. Es konnte ihn nicht entlasten, dass sein Hausarzt in den Ferien und er an dessen Praxiskollegen verwiesen wurde. Er hätte sich stattdessen ins Spital begeben können und müssen.

(GSGE vom 28.8.2003 in Sachen L. gegen I. AG, GS 2003/273)

**2.12.2. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Bei einer Arbeitsunfähigkeit am Übergang von einem Dienstjahr, in dem eine kürzere Sperrfrist gilt, zu einem Dienstjahr, das eine längere Sperrfrist kennt, kommt dann die längere Sperrfrist zur Anwendung, wenn die nach Abs. 1 und nicht die nach Abs. 3 verlängerte Kündigungsfrist im neuen Dienstjahr andauert und der Arbeitnehmer in dieser Zeit noch oder erneut aus dem gleichen Grund ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist.**

Z. trat am 1. Februar 1999 als Jurist in die Rechtsabteilung der L. AG ein. Mit Anstellungsvertrag vom 10. September 2002 übernahm Z. ab 1. September 2002 die Funktion als „Manager Leadership Development“ im Bereich Human-Resource. Der Arbeitsvertrag sah eine Kündigungsfrist von drei Monaten auf das

Ende eines Monats vor. Am 30. Juni 2003 kündigte die L. AG das Arbeitsverhältnis auf den 30. November 2003 und stellte ihn mit sofortiger Wirkung von der Arbeit frei. Z. erlitt am 13. September 2003 durch einen Unfall einen Kreuzbandriss am Knie und war in der Folge arbeitsunfähig. Mit Klage vom 30. Juni 2004 verlangte Z. die Verurteilung der L. AG unter anderem zur Zahlung der Löhne für April und Mai 2004 zuzüglich des anteiligen 13. Lohnes für diese Monate. Die L. AG hatte Z. die Auszahlung dieser Löhne mit der Begründung verweigert, dass sich die Kündigungsfrist nur bis Ende März 2004 verlängert habe. Nach Ansicht von Z. hingegen lief die Kündigungsfrist erst Ende Mai 2004 aus. Die L. AG stellte sich für ihre Ansicht auf den Standpunkt, dass die anwendbare Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 90 Tage betrage. Zudem bezweifelte sie die Arbeitsunfähigkeit von Z. mit Rücksicht auf seine bisherige Tätigkeit. Auf amtliche Erkundigung des Gerichts bei Dr. W., leitender Arzt des Bruderholzspitals, wo Z. operiert wurde, bescheinigte dieser, dass eine Wiederaufnahme der Tätigkeit durch Z. erst Ende März 2004 zumutbar geworden sei. Mit Urteil vom 16. September 2004 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht die L. AG zur Zahlung der Löhne für April und Mai 2004 zuzüglich des anteiligen 13. Lohnes von insgesamt CHF 17'339.20 netto, wobei es Folgendes ausgeführt hat:

„[...] 2. Der Kläger befand sich zum Zeitpunkt des Unfalles am 13. September 2003 im 5. Anstellungsjahr, das am 31. Januar 2004 zu Ende ging. Demzufolge begann am 1. Februar 2004 das 6. Dienstjahr. Unter den Parteien strittig ist, welche Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b des Obligationenrechts zur Anwendung gelangt. Diese Vorschrift sieht vor, dass nach Ablauf der Probezeit der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im 1. Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem 2. bis und mit 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, die während einer dieser Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig. Ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach der Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR).

3. Obwohl an einer 100% Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit Blick auf seine Arbeitstätigkeit gewisse Zweifel bestehen, die von Dr. W. in seiner Antwort nicht völlig ausgeräumt werden konnten, ist jedenfalls als erwiesen anzunehmen, dass der Kläger bis am 28. März 2004 wenigstens eine Restarbeitsunfähigkeit in geringem Mass aufgewiesen hat. Art. 336c OR lässt die Sperrfristen auch bei bloss teilweiser Arbeitsunfähigkeit eintreten, ohne einen Mindestgrad hierfür zu verlangen. Deshalb kann die Frage, in welchem Umfang der Kläger aufgrund seiner Verletzung nicht hätte arbeiten können, offengelassen werden. Zudem

brauchte der Kläger, weil er seit der Kündigung freigestellt war, seine (teilweise) Arbeitskraft auch nach einer durch Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist nicht mehr anzubieten. Es wird davon ausgegangen, dass ein Arbeitgeber, der seinen Angestellten vorbehaltlos für die Zeit der Kündigungsfrist freistellt, damit rechnen muss, dass dieser arbeitsunfähig werden könnte. Nur bei einer während einer Freistellung eingetretenen Schwangerschaft darf der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die lange Dauer der Sperrfrist (ganze Schwangerschaft und 16 Wochen nach Niederkunft), auch wenn er keinen Vorbehalt angebracht hatte, auf seinen Entscheid zurückkommen.

4. In der Rechtslehre und Rechtsprechung wird die Frage, welche Sperrfrist beim Wechsel eines Arbeitsverhältnisses von einem Dienstjahr in ein neues Dienstjahr gilt, für das Art. 336 c Abs. 1 lit. b OR eine längere Sperrfrist vorsieht, unterschiedlich beantwortet:

4.1. Zwei Lehrmeinungen stellen auf das Dienstjahr im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Adressaten ab:

JÖRG MATHIAS **ZINSLI**, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 236: „Gemäss Art. 336c I lit. b OR dauert die Sperrfrist im ersten Dienstjahr 30 Tage, ab dem zweiten Dienstjahr jedoch 90 Tage. Es stellt sich die Frage, wie lange die Sperrfrist nun bei einem Arbeitsverhältnis dauert, welches am 1. August 1991 begann, seitens des Arbeitgebers am 16. Juni 1992 per Ende Juli 1992 gekündigt wird und der Arbeitnehmer am 15. Juli 1992 erkrankt und deshalb arbeitsunfähig wird. In diesem Falle findet m. E. – entgegen einer mehrfach geäusserten Meinung – bloss die dreissigtägige Sperrfrist Anwendung, befand sich doch das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung im ersten Dienstjahr; weiter ist klar beabsichtigt, das Arbeitsverhältnis nicht überjährig werden zu lassen, weshalb nur die für das erste Dienstjahr vorgesehenen Sperrfristen zur Anwendung gelangen dürfen.“

Die gleiche Meinung vertreten **RENÉ KUHN**, **GERHARD L. KOLLER** (Hrsg), Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Stand 1990/2004, Teil 7, Kapitel 2.4.1., S. 16: „Welche Sperrfrist zur Anwendung kommt, ist gleich wie bei den Kündigungsfristen davon abhängig, wann die Kündigung erfolgt und der Gegenpartei zur Kenntnis gelangt ist. Auch wenn die daran anschliessende Kündigungsfrist in die Zeit danach fällt, d.h. z.B. in die Zeit nach der Probezeit bzw. ins zweite Dienstjahr, gilt die Sperrfrist überhaupt nicht oder aber diejenige des ersten Dienstjahres. Vorbehalten bleiben missbräuchliche Kündigungen. Im Gegensatz zu den Sperrfristen kumulieren sich die Ansprüche bei der Lohnfortzahlungspflicht, wenn das Dienstjahr wechselt.“

4.2. ADRIAN **STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 1996, Art. 336c OR, N. 10, S. A595 f. stellt auf das Dienstjahr ab, in dem die Sperrfrist endet: „Die Sperrfrist beginnt mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Zieht sich dieselbe in das 2. Dienstjahr hinüber, so dauert die Kündigungsbeschränkung 90 Tage [...]. Läuft indessen die Sperrfrist noch im ersten Dienstjahr ab, so beträgt sie nur 30 Tage, auch wenn der Kündigungstermin [...] im zweiten Dienstjahr liegt.“

4.3. Die meisten Lehrmeinungen sowie das Zürcher Arbeitsgericht stellen auf die Arbeitsunfähigkeit als entscheidendes Kriterium ab, das im neuen Dienstjahr gegeben sein muss, damit die längere Sperrfrist zur Anwendung gelangt. Im weiteren verlangt ein Teil dieser Meinungen, dass das Kündigungsende (Ziffer 4.3.1.), ein anderer Teil dieser Meinungen hingegen, dass der Kündigungstermin (Ziffer 4.3.2.) in das neue Dienstjahr zu liegen kommt. Ein dritter Teil der Meinungen äussert sich gar nicht zu diesem zweiten Element (Ziffer 4.3.3.). Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese letzten Meinungen zumindest ebenfalls verlangen, dass der Kündigungstermin im neuen Dienstjahr liegt. Zur Unterscheidung zwischen Kündigungsende und Kündigungstermin sei darauf hingewiesen, dass unter ersterem der Ablauf der Kündigungsfrist nach Tagen und unter letzterem die Verlängerung der Kündigungsfrist bis zum anvisierten Endzeitpunkt nach Art. 336c Abs. 3 OR gemeint ist.

4.3.1. ULLIN **STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 336c OR N. 8, S. 362: „Streitig ist, ob die längere Sperrfrist ab 2. bzw. 6. Dienstjahr zur Anwendung kommt, wenn die Kündigung vor Ablauf des 1. bzw. 5. Dienstjahres ausgesprochen wurde, die Kündigungsfrist ordnungsgemäss aber im 2. bzw. 6. Dienstjahr endet. Fällt die effektive Erkrankung ins 2. bzw. 6. Dienstjahr, gilt m. E. die längere Sperrfrist [...].“

MANFRED **REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Auflage 2003, Art. 336c OR, N. 6, S. 1826: „Das massgebende Dienstjahr bestimmt sich nach dem Ende der regulären Kündigungsfrist (nicht des Kündigungstermins), sofern die Verhinderung an der Arbeitsleistung in das nächste Dienstjahr hinüberreicht.“

4.3.2. JÜRIG **BRÜHWILER**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 336c OR N. 3, S. 351: „Erstreckt sich eine Erkrankung während der Kündigungsfrist in ein nächstes Dienstjahr hinüber, für das eine verlängerte Sperrfrist gilt (z.B. vom ersten zum zweiten Dienstjahr), so ist die längere Sperrfrist massgebend. Endet die Arbeitsunfähigkeit während des früheren Dienstjahres, gilt die kürzere Sperrfrist, auch wenn der Endtermin im nächsten Dienstjahr liegt [...].“

MANFRED **REHBINDER**, Berner Kommentar, 1992, Art. 336c OR, N. 3, S. 111: „Zieht sich eine Erkrankung während der Kündigungsfrist in ein nächstes Dienstjahr hinüber, für das eine verlängerte Sperrfrist gelten würde (wie beim Übergang vom ersten zum zweiten Dienstjahr), gilt die längere Sperrfrist. Endet die Erkrankung während des früheren Dienstjahres, bleibt es bei der kürzeren Sperrfrist, auch wenn der Auflösungsstermin im nächsten Dienstjahr liegt [...].“

4.3.3. CHRISTIANE **BRUNNER**/JEAN-MICHEL **BÜHLER**/JEAN-BERNARD **WAEBER**, Commentaire du contrat du travail, 2. Auflage 1996, Art. 336c OR, N. 8, S. 216: « Si une incapacité de travail due à la maladie ou à l'accident survient en empiétant sur la première et la deuxième année de service ou sur la cinquième et la sixième année de service, c'est la période de protection prévue dès la deuxième année, respectivement dès la sixième année de service, qui est applicable à l'incapacité de travail en cause.“

Urteil des **ARBEITSGERICHTS ZÜRICH** vom 25. November 1991 (Ziffer 4.4.1.)

THOMAS **GEISER**, Kündigungsschutz bei Krankheit (Ziffer 4.4.2.)

4.4. Zwei weitere Meinungen befassen sich sodann noch mit der zusätzlichen Frage, in welchem Zeitpunkt die längere Sperrfrist beginnt:

4.4.1. Das **Arbeitsgericht Zürich** ist der Ansicht, dass die längere Sperrfrist ausgehend vom Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen anfängt (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 25. November 1991, in Zürcher Rechtsprechung, ZR, 93/1994, Nr. 55, S. 169, Regesten): „Dauert die Krankheit vom ersten ins zweite Dienstjahr, kommt zwar die längere Sperrfrist zur Anwendung, sie beginnt aber mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen.“

4.4.2. Thomas **Geiser** vertritt hingegen die Meinung, dass die längere Sperrfrist am Anfang des neuen Dienstjahres zu laufen beginnt und dass daran die im zu Ende gegangenen Dienstjahr abgelaufene Sperrfrist anzurechnen ist (THOMAS **GEISER**, Kündigungsschutz bei Krankheit, in Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1996, S. 555, Rz. 2.19.): „Für die *Dauer* [der Sperrfrist] ist das jeweils entsprechende Dienstjahr massgebend. Zieht sich die Arbeitsunfähigkeit in ein Dienstjahr hinüber, für welches eine längere Sperrfrist vorgesehen ist, gilt diese. Eine Sperrfrist kann somit bereits abgelaufen sein und später neu beginnen.“

- Ist der Arbeitnehmer beispielsweise am 200. Tag des fünften Dienstjahres aufgrund einer Krankheit arbeitsunfähig geworden, so kann der Arbeitgeber nach Ablauf von 90 Tagen, d.h. ab dem 291. Tag bis zum 365. Tag dieses Dienstjahres kündigen. Vom 1. Tag bis zum 90. Tag des sechsten Dienstjahres

besteht sodann wieder der Kündigungsschutz, sofern eine Arbeitsunfähigkeit besteht, und die Kündigung ist erst wieder ab dem 91. Tag des sechsten Dienstjahres zulässig.

- Wurde im vorstehenden Beispiel die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist ausgesprochen, ruht die Kündigungsfrist zwischen dem 200. und dem 290. Tag des fünften Dienstjahrs. Sie läuft dann vom 291. bis zum 365. Tag weiter, um vom 1. Tag des sechsten Dienstjahrs an bis zu dessen 90. Tag wiederum zu ruhen, falls sie noch nicht vorher abgelaufen und der Arbeitnehmer noch immer arbeitsunfähig ist.“

5. Die Parteien vertreten hinsichtlich der strittigen Frage zu Art. 336c OR unterschiedliche Standpunkte:

5.1. Der Kläger schliesst sich der mehrheitlichen Ansicht in der Rechtslehre und des Zürcher Arbeitsgerichts an, wonach es darauf ankommen soll, ob die Arbeitsunfähigkeit im neuen Dienstjahr noch andauert oder nicht. Die Beklagte hingegen, die auf jeden Fall die kürzere und im abgelaufenen 5. Dienstjahr des Klägers geltende Sperrfrist angewendet sehen will, beruft sich für ihren Standpunkt auf die Autoren Zinsli, Rehbinden/Portmann und Staehelin, die jedoch unterschiedliche Ansichten vertreten, aber alle für das von ihr angestrebte Prozessergebnis scheinbar günstig sind. Dabei unterliegt sie einem Missverständnis.

5.2. Die Beklagte versteht **Rehbinden/Portmann** dahingehend, dass diese Autoren jenes Dienstjahr für massgebend halten, in dem die ursprüngliche Kündigungsfrist, falls diese nicht verlängert worden wäre, geendet hätte. Indem Rehbinden/Portmann von der „regulären Kündigungsfrist“ sprechen, meinen sie jedoch den Ablauf der Kündigungsfrist nach einer Verlängerung infolge Sperrfrist und wollen diesen von einem Ablauf aufgrund einer Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR abgegrenzt haben. Unter regulärer Kündigungsfrist ist deshalb das Ende der Kündigungsfrist nach Ablauf aller Kündigungstage zu verstehen. Im Gegensatz dazu steht - und insofern irregulär ist - die Kündigungsfrist, wenn diese nach Ablauf aller Kündigungstage auf einen dem ursprünglichen Kündigungstermin entsprechenden Kündigungsendpunkt, meistens das Monatsende, verlängert wird. Das Ende der regulären Kündigungsfrist ist nämlich nach Rehbinden/Portmann nur massgebend, falls die Verhinderung der Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung ins neue Dienstjahr hinüberreicht. Die beiden Autoren gehen damit davon aus, dass die Kündigungsfrist durch eine Arbeitsunfähigkeit unterbrochen wird und unterscheiden sodann danach, ob die Arbeitsunfähigkeit im abgelaufenen Dienstjahr endet oder der Arbeitnehmer auch im neuen Dienstjahr noch arbeitsunfähig ist. In beiden diesen Fällen kann die reguläre Kündigungsfrist entweder im abgelaufenen Dienstjahr oder erst im neuen Dienstjahr zu Ende gehen.

Allein die Kombination von einer Beendigung der regulären Kündigungsfrist im neuen Dienstjahr und von einer im neuen Dienstjahr andauernden Arbeitsunfähigkeit begründen nach Meinung von Rehbindler/Portmann die Gültigkeit der im neuen Dienstjahr anwendbaren Sperrfrist. Diese Sperrfrist kommt jedoch dann nicht zum Zug, falls die reguläre Kündigungsfrist im bisherigen Dienstjahr endet und nur jener Teil der Kündigungsfrist in das neue Dienstjahr hineinragt, der eine blossse Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR darstellt. Damit stimmt überein, dass nach Meinung des Bundesgerichts nur jene Arbeitsunfähigkeit, die während der regulären Kündigungsfrist, nicht aber während einer blossen Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR auftritt, zur Unterbrechung der Kündigungsfrist führen kann (BGE 124/1998 III 475 ff.).

6. Art. 336c OR hält auf die vorliegend unter den Parteien strittige Frage, welche Sperrfrist anwendbar ist, keine ausdrückliche Antwort bereit. Das Gesetz bestimmt einzig die Voraussetzungen eines Sperrfristeintritts und dass die Länge der Sperrfrist von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt sowie im 5. Dienstjahr 90 Tage bzw. im 6. Dienstjahr 180 Tage beträgt. Die richtige Lösung dieser Rechtsfrage ist damit durch Auslegung von Art. 336c OR zu ermitteln.

6.1. Es fällt auf, dass die meisten in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinungen nicht begründet werden. Einzig **Zinsli** sowie **Kuhn/Koller** führen zwei Gründe an, weshalb auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs abzustellen sei. Einmal wird darauf hingewiesen, dass auch für die Kündigungsfristen der Zeitpunkt, in dem die Kündigung erfolge, massgebend sei. Zudem bestehe bei einer Kündigung, deren Kündigungstermin auf das Ende des laufenden Dienstjahres gestellt werde, der Wille, das Arbeitsverhältnis nicht über dieses Dienstjahr hinaus weiterzuführen. Diese Autoren rücken damit den Willen der kündigenden Partei, das Arbeitsverhältnis auf einen bestimmten Zeitpunkt zu beenden und dies dem Adressaten der Kündigung vorher mitzuteilen, sowie die Transparenz über das Kündigungsende für die Vertragsparteien als massgebende Elemente in den Vordergrund. Letzteres vertritt auch die Beklagte im vorliegenden Prozess.

6.2. Was bei der Frage nach der anwendbaren Kündigungsfrist seine Berechtigung hat, kann jedoch nicht ohne weiteres auf alle Fragen im Zusammenhang mit einer Kündigung übertragen werden. Das Kündigungsrecht ist teilweise nachgiebiges, teilweise zwingendes Recht. Die Parteien können, sofern sie für die Zeit nach Ablauf der Probezeit die Minimalfrist von einem Monat einhalten, die Länge der Kündigungsfrist frei vereinbaren (Art. 335b Abs. 2 und 335c Abs. 2 OR). Auch entscheidet, ob und wann eine Kündigung ausgesprochen wird, der Kündigende grundsätzlich selber. Die Kündigung als Gestaltungsrecht gibt ihm das Recht, durch einseitige empfangsbedürftige

Willenserklärung die Rechtsstellung seines Vertragspartners ohne dessen Mitwirkung zu verändern. Der Kündigungsadressat wirkt dabei nur insoweit mit, als er in der Lage sein muss, von der Kündigungserklärung Kenntnis zu nehmen. Mit dem Zugang der Kündigung wird dem Adressaten klar, welche Kündigungsfrist gilt. Damit ist die Transparenz hergestellt.

6.2.1. Der zeitliche Kündigungsschutz in Art. 336c OR hingegen sind Schutzvorschriften im Interesse des Arbeitnehmers und können deshalb nicht zu seinen Ungunsten vertraglich abgeändert werden (Art. 362 OR). Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber deshalb nicht zu, diesen Schutz durch die Wahl des Zeitpunktes, wann er die Kündigung ausspricht, festzulegen bzw. zu verkürzen. Vielmehr hängt die Frage nach dem zeitlichen Kündigungsschutz massgebend von der Person des Arbeitnehmers und dessen Gesundheit ab. Ausnahmen von dem genannten Grundsatz bestehen mit Rücksicht auf die Kürze eines erst begonnenen Arbeitsverhältnisses während laufender Probezeit. So wird für die Frage, ob der zeitliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR nach Ablauf der Probezeit zur Anwendung gelangt, auf den Zugang der Kündigung beim Adressaten abgestellt. Gelangt die Kündigung noch während der Probezeit in den Herrschaftsbereich des Angestellten und ist dieser in der Lage, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, so kommt der zeitliche Kündigungsschutz nicht zur Anwendung, selbst wenn die Kündigungsfrist erst nach Ablauf der Probezeit endet (BK-Rehbinder, 1992, Art. 335b OR N. 6, S. 73).

6.2.2. Andererseits erschöpft sich der zeitliche Kündigungsschutz in der Vorschrift von Art. 336c OR. Die Unterbrechung und Verlängerung einer laufenden Kündigungsfrist nach Art. 336c OR kann, falls deswegen eine neues Dienstjahr mit längerer Kündigungsfrist anbricht, nicht zur Geltung dieser längeren Kündigungsfrist führen. Auch hier wird vielmehr für die Länge der Kündigungsfrist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Adressaten abgestellt.

6.3.1. Die Antwort auf die vorliegend strittige und zu entscheidende Frage ist nicht einfach durch Anwendung anderer im Kündigungsrecht massgebender Prinzipien, sondern durch Auslegung von Art. 336c OR zu suchen, wobei der Wortlaut der Vorschrift und vor allem deren Schutzrichtung im Vordergrund stehen sollten (vgl. Andreas Abegg, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, 2004, S. 277). Art. 336c OR macht den Eintritt der Sperrfristen von verschiedenen Voraussetzungen abhängig. Vorausgesetzt wird in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ein Arbeitsverhältnis im Stadium nach Ablauf der Probezeit sowie die teilweise oder volle Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Zudem ist Art. 336c OR darauf ausgerichtet, den Arbeitnehmer im Verhältnis zur bisherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses besser, das heisst länger, zu schützen. Ein Arbeitsverhältnis am Übergang von einem Dienstjahr mit einer kürzeren

Sperrfrist zu einem Dienstjahr mit einer längeren Sperrfrist ist nicht bloss ein solches im Stadium des einen oder des anderen Dienstjahres, sondern beider betroffenen Dienstjahre zusammen. Damit kann nicht ohne weiteres die Sperrfrist, die für das eine oder andere Dienstjahr gilt, für die richtige erklärt werden. Vielmehr sind die verschiedensten Sachverhalte hinsichtlich des Zeitpunktes der Kündigung, des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit sowie des Zeitpunktes des Dienstjahreswechsels denkbar, die jedoch nicht alle zum selben Ergebnis führen müssen. Dabei ist zu differenzieren. Soweit herrscht unter den dargestellten unterschiedlichen Ansichten Einigkeit. Die auseinandergehenden Ansichten knüpfen für die Beantwortung der strittigen Frage dann jeweils aber an unterschiedlichen Elementen in den Sachverhalten an.

6.3.2. Die von der Mehrheit der Lehrmeinungen favorisierte Ansicht verlangt, dass die *Arbeitsunfähigkeit* im neuen Dienstjahr noch vorhanden ist. Damit hält sie sich ausdrücklich an die Voraussetzungen in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Die *Sperrfrist*, auf die **Stahelin** als massgebendes Kriterium abstellen will, ist hingegen keine Voraussetzung nach Art. 336c OR, sondern gehört bereits zu dessen Rechtsfolgen. Allein schon deshalb erweist sich dieser Ansatzpunkt als der nicht richtige. Man mag zwar mit der Ansicht von Stahelin als solche durchaus Sympathie empfinden, weil sie darauf ausgerichtet ist, die Sperrfrist aus dem bisherigen Dienstjahr zumindest nahtlos in jene des neuen Dienstjahres übergehen zu lassen. Allein, das findet keine Stütze im Gesetz und würde zu einer zu weitgehenden Einschränkung des zeitlichen Kündigungsschutzes führen. Selbst für den Fall, dass die Kriterien der Arbeitsunfähigkeit einerseits und der Sperrfrist andererseits sich als gleichwertig einander gegenüberstehen würden, müsste eine Auslegung mit Rücksicht auf den Schutzgedanken von Art. 336c OR sowie auf den relativ zwingenden Charakter dieser Vorschrift den Ausschlag für die dem Arbeitnehmer günstigere Variante geben.

6.3.3. Weiter entspricht das von **Streff/von Kaenel** und **Rehbinder/Portmann** verlangte zweite Element, dass nämlich zusätzlich zur Arbeitsunfähigkeit auch das Kündigungsende und nicht aber der Kündigungstermin im neuen Dienstjahr liegen muss, gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezüglich der Tragweite einer Kündigungsverlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR. Es ist bereits erwähnt worden, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Arbeitsunfähigkeit, die erst dann auftritt, wenn die Kündigungsfrist als solche zwar abgelaufen ist, aber um den Kündigungstermin zu wahren, bis zum nächsten solchen Endzeitpunkt aufgrund von Art. 336c Abs. 3 OR doch noch weiterläuft, keine erneute Sperrfrist auslösen kann (BGE 124/1998 III 475 ff.). Diese Rechtsprechung ist zwar kritisiert worden (vgl. BGE 124/1998 III 476). Sie entspricht jedoch dem Grundgedanken von Art. 336c Abs. 2 OR, nämlich dem Arbeitnehmer eine ungekürzte - weil weder durch Arbeitsunfähigkeit noch durch weitere alternative Umstände beeinträchtigte - Kündigungsfrist zur Stellensuche

zur Verfügung zu stellen. Die Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR andererseits zielt darauf ab, namentlich den Arbeitnehmer möglichst in den Genuss eines unterbruchsfreien Übergangs vom bisherigen Arbeitsverhältnis in ein neues kommen zu lassen (BGE 124/1998 III 475, 476/477 Erw. 2baa).

Diese Unterscheidung zwischen den Absätzen 2 und 3 von Art. 336c OR muss auch bei der vorliegenden Frage eine mitentscheidende Rolle spielen. Ist im bisherigen Dienstjahr die Kündigungsfrist berechnet nach Tagen abgelaufen und läuft sie im neuen Dienstjahr nur noch weiter, weil der Kündigungstermin in dieses Dienstjahr hinein zu liegen kommt, so könnte selbst eine völlig neue Ursache, die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, nicht zu einer Sperrfrist führen. Ebenso wenig kann dies deshalb bei einer Arbeitsunfähigkeit der Fall sein, die aus der gleichen Ursache schon im bisherigen Dienstjahr bestanden hat.

6.3.4. An dieser Stelle könnte noch fraglich sein, nach welcher Variante der mehrheitlichen Ansicht der Lauf der längeren Sperrfrist zu berechnen wäre, vom Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit (Zürcher Arbeitsgericht) oder vom Beginn des neuen Dienstjahres (Geiser) an. Wie sich jedoch im folgenden ergibt, ist die Kündigungsfrist nach Tagen nach Ablauf der Sperrfrist jeweils exakt am gleichen Tag im Mai ausgelaufen und hat sich aufgrund von Art. 336c Abs. 3 OR unter beiden Varianten übereinstimmend bis Ende Mai 2004 erstreckt, weshalb sich ein weiteres Befassen mit den Varianten erübrigt.

Für die Frage, ob eine Arbeitsunfähigkeit den Lauf einer Kündigungsfrist unterbrechen kann, ist auf die eigentliche Kündigungsfrist abzustellen. Diese wird durch Rückrechnung vom Kündigungsendtermin aus und unter Beachtung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist bestimmt (BGE 115/1989 V S. 440 ff., BGE 119/1993 II 450). Vorliegend hat die vertragliche Kündigungsfrist drei Monate betragen. Ausgehend vom 30. November 2003 begann sie damit am 1. September 2003 zu laufen. Die Kündigungsfrist ist demzufolge während 79 Tagen stillgestanden. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sieht vor, dass im 5. Dienstjahr die Sperrfrist 90 Tage beträgt, so dass diese am 11. Dezember 2003 abgelaufen ist. Vom 12. Dezember 2003 an lief die Kündigungsfrist danach weiter, und zwar während 79 Tagen. Das waren 20 Tage im Dezember 2003, 31 Tage im Januar 2004 und 28 Tage im Februar 2004. Nun hatte aber am 1. Februar 2004 das 6. Dienstjahr für den Kläger und die Beklagte begonnen. Unter Berücksichtigung der im 6. Dienstjahr gültigen 180tägigen Sperrfrist wäre die Kündigungsfrist – ausgehend vom 13. September 2003 – bis zum 10. März 2004 (Variante Arbeitsgericht Zürich) bzw. – ausgehend vom 1. Februar 2004 und unter Anrechnung der im Jahre 2003 abgelaufenen 90tägigen Sperrfrist – bis zum 30. April 2004 (Variante Geiser) stillgestanden. Vom 10. März bzw. 30. April 2004 an begann daher der Rest der Kündigungsfrist von 79 Tagen (Variante Zürcher Arbeitsgericht) bzw. 28 Tagen

(79 Tage – [20 Tage im Dezember + 31 Tage im Januar]; Variante Geiser) zu laufen und endete jeweils nach beiden Varianten am 28. Mai 2004. Nach Art. 336c Abs. 3 OR ist dann die Kündigungsfrist nach beiden Varianten noch bis 31. Mai 2004 verlängert worden. [...]“

(GSGE vom 16.9.2004 in Sachen Z. gegen L. AG, GS 2004/246)

**2.12.3. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Die Arbeitsunfähigkeit infolge eines ärztlichen Eingriffs ist dann unverschuldet, wenn dieser medizinisch indiziert und keine eigentliche Schönheitsoperation ist. Auf die Frage der Aufschiebbarkeit kommt es hingegen grundsätzlich nicht an.**

X. war seit dem 2. Februar 2001 bei der Y. AG angestellt. Diese kündigte ihr erstmals am 28. November 2002. Bei der Zustellung der Kündigung war X. wegen Rückenproblemen krankgeschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte bis 14. Dezember 2002. Die Y. AG anerkannte die Kündigung für nichtig an. Am 12. Dezember 2002 erkrankte X. zusätzlich an einer Bronchitis, die bis am 29. Dezember 2002 dauerte. Eine zweite von der Y. AG am 27. Dezember 2002 ausgesprochene Kündigung war deshalb ebenfalls nichtig. Am 2. Januar 2003 hatte sich X. einem operativen Eingriff unterzogen und wurde bis 15. Februar 2003 krankgeschrieben. Am 10. Januar 2003 kündigte die Y. AG das Arbeitsverhältnis ein drittes Mal. In der Folge erhielt X. den Lohn bis Ende Februar 2003. Mit Klage vom 7. April 2003 verlangte sie die Verurteilung der Y. AG zur Zahlung der Löhne für März und April 2003 nebst weiteren Forderungen. Am 6. November 2003 wurde die Klage im Umfang der Löhne für die Monate März und April gutgeheissen und im übrigen abgewiesen. Auf Beschwerde der Y. AG hob das Appellationsgericht am 8. Januar 2004 dieses Urteil auf und wies die Angelegenheit zur Neuurteilung zurück. Das Gewerbliche Schiedsgericht wurde verpflichtet, beim Arzt, der die Operation durchführte, noch genauere Angaben darüber einzuholen, ob es sich um einen medizinisch indizierten Eingriff oder um eine Schönheitsoperation gehandelt hatte. In seiner Stellungnahme vom 21. Mai 2004 erläuterte Dr. Z., dass die Schwangerschaft von X. mit Geburt im Jahre 2003 bei ihr eine Muskelschwäche im Bauchbereich und einen Überbauch zurückgelassen habe. Die Operation sei medizinisch indiziert gewesen. Hingegen hätte die Operation auch zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt werden können. Mit Urteil vom 26. August 2004 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die Y. AG erneut zur Zahlung des März- und des Aprillohnes verurteilt, wobei es Folgendes erwogen hat:

"1. Zu beurteilen ist, ob die Kündigung der Y. AG vom 10. Januar 2003 infolge des operativen Eingriffs, dem sich die Arbeitnehmerin unterzogen hat, und aufgrund der in diesem Zusammenhang ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit nichtig war oder nicht.

2. Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf die Arbeitgeberin nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Bei medizinischen Eingriffen, denen sich die

Angestellte unterzieht, ist daher zunächst entscheidend, dass diese aufgrund einer solchen Operation der Arbeitgeberin zur Arbeitsleistung nicht zur Verfügung steht und stehen kann. Im weiteren ist zu prüfen, ob die betreffende medizinische Operation als Auslöser der Arbeitsunfähigkeit durch die Arbeitnehmerin verschuldet ist oder nicht. Der Begriff des Verschuldens ist derselbe wie in Art. 324a OR, wo die Lohnfortzahlung der Arbeitgeberin bei unverschuldeten Verhinderungen der Arbeitnehmerin an der Arbeit geregelt ist. Ein Verschulden darf generell nur zurückhaltend angenommen werden. Im Zusammenhang mit Unfällen und Krankheiten, die eine Angestellte erleidet, wird verlangt, dass sich diese eine schwere Pflichtverletzung hat zu Schulde kommen lassen. Als Massstab dient grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz (Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage 1994, S. 174 und S. 129: „grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz“; Thomas Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, in AJP 1996, S. 554 N. 2.14: „grobe Fahrlässigkeit und grober Vorsatz“). Sowohl unter Art. 324a OR als auch unter Art. 336c OR werden in Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich des Verschuldens der Arbeitnehmerin bezüglich ärztlicher Eingriffe zwei Merkmale als wesentlich aufgeführt: die Fragen nach der Notwendigkeit und der Aufschiebbarkeit des Eingriffs.

2.1. Als allgemein anerkannt gelten kann die Notwendigkeit der medizinischen Operation als erforderliches Element, damit von einer unverschuldeten Absenz der Angestellten gesprochen werden kann (Jörg Mathias Zinsli, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1992, S. 67: „notwendig“; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 324a OR N. 10, S. 157: „notwendig“; BSK-Rehbinder/Portmann, 3. Auflage 2003, Art. 336c OR N. 6, S. 1827: „aus medizinischen Gründen angezeigt“; vgl. ZK-Staehelin, 1984, Art. 324a OR N. 25, S. A230 f.; BK-Rehbinder, 1985, Art. 324a OR N. 3, S. 327). Es wird damit eine Grenze zu jenen Eingriffen gezogen, die medizinisch nicht indiziert sind (vgl. BSK-Rehbinder/Portmann, a.a.O.). Darunter fallen regelmässig Schönheitsoperationen, soweit sich deren Notwendigkeit nicht aus psychischen Gründen ergibt (Zinsli, S. 71 f.; BK-Rehbinder, Art. 324a OR N. 3, S. 327).

2.2.1. Die Frage danach, ob ein ärztlicher Eingriff im betreffenden Zeitpunkt, in welchem sich die Angestellte diesem unterzieht oder unterziehen will, stattfinden muss oder aber aufschiebbar wäre, wird weniger einheitlich dargestellt.

**STREIFF/VON KAENEL** halten bei der Kommentierung von Art. 324a OR kurz und ohne Begründung fest, dass die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet sei, aufschiebbare notwendige medizinische Eingriffe hinauszuschieben (Streiff/von Kaenel, Art. 324a OR N. 10, S. 157, Beilage 4). **ZINSLI** weist darauf hin, dass die Angestellte nicht verpflichtet sei, eine notwendige Operation im Interesse des Dienstes aufzuschieben. Das gelte selbst dann, nachdem die Angestellte gekündigt habe. In diesem Fall könne von der Arbeitnehmerin vielmehr bloss

erwartet werden, dass sie eine aufschiebbare Operation möglichst auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist verschiebe. Zur Begründung führt Zinsli aus, dass es der Angestellten aufgrund der Treuepflicht untersagt sei, der Arbeitgeberin in schikanöser Weise Lohnfortzahlungspflichten gemäss Art. 324a OR aufzubürden (Zinsli, S. 67). Andere Autoren beziehen sich auf Fälle in der Rechtsprechung, die sie wiedergeben. Es handelt sich dabei um ein Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts aus dem Jahr 1979 und um ein Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts aus dem Jahr 1998. Das **ZÜRCHER ARBEITSGERICHT** hält fest, dass eine Arbeitsunfähigkeit, die auf eine zwar nicht notfallmässige, aber unaufschiebbare Knieoperation zurückzuführen sei, nicht als selbstverschuldet im Sinne von Art. 324a OR gelten könne (JAR 1981 S. 260 f. = ZR 80/1981 Nr. 77, S. 200). Auf dieses Urteil verweisen ohne weiteren Kommentar STAEHELIN und KUHN/KOLLER (ZK-Staehelin, Art. 324a OR N. 25, S. A230 f.; Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 1988/2004, 9/A.3.4). REHBINDER, der dieses Urteil im Rahmen von Art. 324a OR ebenfalls erwähnt, stellt darauf ab, ob eine Operation aus medizinischen Gründen erforderlich ist. Die Fortsetzung der Arbeit sei unter diesen Umständen der Arbeitnehmerin auch dann unzumutbar, wenn der gegenwärtige Zustand ihr die Arbeitsleistung an sich noch erlaube (BK-Rehbinder, 1985, Art. 324a OR N. 3, S. 327). Das **ZÜRCHER VERWALTUNGSGERICHT** verweist zunächst – stillschweigend zustimmend – auf Staehelin und damit auf das Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts sowie auf BK-Rehbinder. Danach lehnt es die Ansicht von Zinsli, wonach von einer Angestellten erwartet werden könne, dass sie eine aufschiebbare Operation möglichst auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist verschiebe, ab. Zur Begründung führt das Verwaltungsgericht aus, die Arbeitnehmerin erleide nämlich durch die Operation während der Kündigungsfrist insofern einen Nachteil, als ihr nicht mehr die ganze Kündigungsfrist zur Stellensuche zur Verfügung stehe. Zudem sei es weder ihr noch dem neuen Arbeitgeber zuzumuten, dass sie kurz nach Antritt einer neuen Arbeitsstelle sich einer mit Rücksicht auf die bisherige Arbeitgeberin aufgeschobenen Operation unterziehe (JAR 2001 S. 279 ff., 282 = ZBI 2000 S. 148 ff., 151 f.). Auf dieses Urteil verweisen **REHBINDER/PORTMANN** (BSK-Rehbinder/Portmann, Art. 336c OR N. 6, S. 1827).

2.2.2. Zusammenfassend kann damit gesagt werden, dass die Mehrheit der Ansichten in Lehre und Rechtsprechung die Frage, ob sich ein Eingriff aufschieben lässt oder nicht, bei der Verschuldensfrage - sei es nach Art. 324a OR oder sei es nach Art. 336c OR - nicht für relevant halten. Dem kann mit der Begründung des Zürcher Verwaltungsgerichts, wonach es weder der Arbeitnehmerin noch ihrem neuen Arbeitgeber zuzumuten ist, dass die Operation zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses stattfindet, zugestimmt werden. Der Gesundheitsschaden, der die Operation der Angestellten nötig macht, ist in solchen Fällen regelmässig während der Dauer des bisherigen

Arbeitsverhältnisses oder sogar noch früher entstanden, so dass das sich daraus ergebende Risiko wenn schon die bisherige Arbeitgeberin, jedenfalls aber nicht den künftigen Arbeitgeber treffen sollte.

Daran nichts ändern könnte die Überlegung, dass der künftige Arbeitgeber, sollte die Operation während der ersten drei Monate nach Arbeitsbeginn vorgenommen werden, möglicherweise und im Gegensatz zur bisherigen Arbeitgeberin keine Lohnfortzahlung leisten müsste, weil die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR regelmässig erst mit dem vierten Anstellungsmonat beginnt. Einmal müssen die Fragen des Kündigungsschutzes und der Lohnfortzahlung grundsätzlich auseinandergelassen werden. Davon abgesehen wäre allein schon der Ausfall der Angestellten als Arbeitskraft für den künftigen Arbeitgeber bereits ein Risiko, das ihm nicht zugemutet werden kann. Zudem wird in vielen Fällen das ganze mit einer aufgeschobenen Operation verbundene Risiko in Wirklichkeit ohnehin ein solches der Arbeitnehmerin allein sein, weil diese beim Abschluss eines Arbeitsvertrages den künftigen Arbeitgeber über eine bevorstehende Operation informieren müsste (Roger Rudolph, Stellenbewerbung und Datenschutz, 1997, S. 63) und unter solchen Umständen kaum eine Anstellung finden dürfte. Damit würde das Aufschieben eines aus medizinischen Gründen indizierten Eingriffs auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist gerade zu dem führen, was auch Art. 336c OR verhindern möchte, nämlich, dass die Arbeitnehmerin letztlich keine Arbeitsstelle findet. Unter diesen Umständen kann der Angestellten nicht als schweres Verschulden vorgeworfen werden, dass sie eine aus medizinischen Gründen aufschiebbare Operation nicht auf einen Zeitpunkt nach Ende der Kündigungsfrist verschieben will. Von einem Verschulden der Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 336c OR kann erst dann die Rede sein, wenn dieser durch die Verschiebung der Operation nach Ende der Kündigungsfrist überhaupt keine oder im Vergleich zum Arbeitgeber sehr geringe Nachteile entstehen würden. Darauf ist im folgenden einzugehen.

2.2.3. Obwohl im wesentlichen der Begründung des Zürcher Verwaltungsgerichts zu folgen ist, hat doch auch Zinsli einen wichtigen Aspekt angesprochen. Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB darf der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz finden. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, es lasse sich in Fällen, in denen die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ganz unbedeutend sei und dadurch die Interessen der Arbeitnehmerin, die Art. 336c OR schützen wolle, praktisch nicht berührt würden, fragen, ob die Angestellte in den Genuss dieses Schutzes kommen solle. Dies sei unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu prüfen (BGE 115/1989 V 437 ff., 442). Art. 336c OR hat zum Zweck, der Arbeitnehmerin eine ungekürzte Kündigungsfrist zu garantieren, damit sie in der Lage ist, eine neue Stelle zu suchen (BGE 115/1989 V 441; BGE 124/1998 III 475). Sie soll dabei vor den Nachteilen bewahrt werden, die ihr für eine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über die Dauer

und das Mass der Arbeitsunfähigkeit erwachsen (Geiser, S. 553 N. 2.10 mit Hinweisen).

Bei einer Konstellation wie der vorliegenden könnte bei einer Arbeitnehmerin, die ihre Erwerbstätigkeit definitiv einstellt und auf ein Arbeitseinkommen nicht mehr angewiesen ist, weil sie etwa in Pension geht, erwogen werden, dass es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sie sich auf den Unterbruch der Kündigungsfrist infolge eines notwendigen, jedoch aufschiebbaren ärztlichen Eingriffs berufen würde. Noch nicht genügen könnte hingegen der Umstand allein, dass die Arbeitnehmerin keine neue Stelle suchen will (Geiser, S. 553 N. 2.10).

2.4. Vorliegend ist aufgrund der ärztlichen Auskunft, an der keine Zweifel bestehen, davon auszugehen, dass die Operation, zu der sich X. am 2. Januar 2003 begeben hatte, medizinisch indiziert und keine eigentliche Schönheitsoperation war. Zwar hätte X. den Eingriff auch zu einem späteren Zeitpunkt durchführen lassen können. Ihr kann jedoch nicht als Verschulden angerechnet werden, dass sie sich während der Kündigungsfrist operieren liess und deswegen arbeitsunfähig wurde. X. war zum Zeitpunkt der Kündigung fast 36 Jahre alt. Sie hatte, wie sich auch aus ihren Arbeitsbemühungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergibt, nicht vor, ihr Berufsleben aufzugeben. Unter diesen Umständen konnte von ihr nicht erwartet werden, dass sie den Eingriff erst nach ihrem Austritt bei der Y. AG vornehmen liess. Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ergibt sich ferner auch nicht daraus, dass die Y. AG schon zweimal vorgängig zur Arbeitsunfähigkeit infolge der Operation vergeblich versucht hatte, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, weil X. auch damals aus jeweils verschiedenen Gründen arbeitsunfähig war. Alle Arbeitsunfähigkeiten, die eine Arbeitnehmerin erleidet, vermögen nämlich stets eigene Sperrfristen auszulösen, solange sie nicht eine identische Ursache haben (BGE 120/1994 II 126; ZK-Staehelin, 1996, Art. 336c OR N. 24, S. A 602 f.; Vischer S. 175 f.). Letzteres ist hier nicht der Fall."

(GSGE vom 26.8.2004 in Sachen X. gegen Y. AG, GS 2003/145)

**2.12.4. Sperrfrist bei Arbeitsunfähigkeit während Verlängerung nach Art. 336c Abs. 3 OR? (siehe unter Ziffer 2.3.1., S. 16)**

## 2.13. Fristlose Kündigung (Art. 337 ff OR)

2.13.1. **Art. 337 OR.** Ein Fotoverkäufer verletzte seine Treuepflicht schwer, weil er Sachleistungen von der Arbeitgeberin bezog, ohne dafür zu bezahlen, und auf Nachfragen der Arbeitgeberin ausweichende Antworten gab sowie Quittungen vorzuspiegeln versuchte. Unter diesen Umständen war die Arbeitgeberin zur fristlosen Entlassung ohne vorherige Verwarnung berechtigt.

**§ 121, § 115/117 ZPO.** Besonders im mündlichen Verfahren ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Partei Zeugen ohne amtliche Verfügung zur Verhandlung mitbringt oder anbietet. Eine „gewöhnliche“ Angestellte ist grundsätzlich nicht vom Zeugnis ausgeschlossen. Dazu müsste eine sonstige Abhängigkeit vorliegen, die ihre Befangenheit begründet.

X. war bei der Y. GmbH seit 1. Januar 2001 als Fotoverkäufer zu einem Lohn von CHF 5'100.-- brutto pro Monat, zuzüglich Umsatzprovision, angestellt. X. wurde am 27. November 2002 vom Geschäftsführer seiner Arbeitgeberin mündlich fristlos entlassen, nachdem er - ohne dafür zu bezahlen - zu privaten Zwecken verwendete Filme zunächst im Labor der Arbeitgeberin entwickelt und von ihnen Archivkopien angefertigt hat sowie später die Filme dort auch hat digitalisieren und auf CD brennen lassen. Am 28. November erhielt er die fristlose Kündigung noch schriftlich zugestellt.

Am 5. Februar 2003 klagte X. gegen die Y. GmbH auf Verurteilung zur Zahlung von CHF 28'097.80 brutto zuzüglich Zins sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Mit Urteil vom 5. Mai 2003 hat das Gewerbliche Schiedsgericht die fristlose Kündigung geschützt, die Y. GmbH bei ihrer Bereitschaft zur Zahlung von CHF 5'302.20 netto (Lohn) und CHF 40.-- netto (Spesen) sowie zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses an X. behaftet und zur Zahlung von 5% Zins seit dem 4. Februar 2003 auf diesen beiden Beträgen verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage von X. abgewiesen. Eine von X. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hat das Appellationsgericht am 22. Oktober 2003 abgewiesen, wobei es Folgendes ausgeführt hat:

„[...] 3. a) Der Beschwerdeführer [X.] rügt weiter, dass Z., Angestellte der Beschwerdegegnerin [Y. GmbH], nicht als Auskunftsperson, sondern als Zeugin und erst noch von der Advokatin der Beschwerdegegnerin befragt worden sei. Sodann sei die Zeugin Z. nicht, wie in § 121 ZPO vorgeschrieben, vom Gericht amtlich vorgeladen, sondern von der Beschwerdegegnerin direkt an die Verhandlung mitgebracht worden.

Der Beschwerdeführer rügt somit zum einen mögliche Verfahrensmängel und zum anderen die inhaltliche Würdigung der Aussage. Letztere gehört als materielle Frage zur Beurteilung der fristlosen Entlassung (hinten E. 4).

b) § 121 ZPO bestimmt, dass die Zeugen normalerweise amtlich zu laden sind. Dies schliesst aber nicht aus, dass eine Partei Zeugen besonders im mündlichen Verfahren ohne richterliche Verfügung mitbringt und anbietet. Wenn der Richter bzw. das Gericht die Einvernahme dieser Zeugen beschliessen, können diese im Anschluss an die Parteivorbringen – unter Wahrung der §§ 117 und 119 ZPO – sofort einvernommen werden. Darin liegt kein Verfahrensmangel, auch wenn dem gesetzlichen Aufbau des Prozessverfahrens eher eine formelle Ladung dieser Zeugen zu einer weiteren Verhandlung entsprechen würde. Hierfür spricht einerseits die Prozessökonomie. Andernfalls müsste das Gericht vor der Verhandlung Zeugen laden, deren Befragung sich als unnötig erweisen könnte, oder es müsste den Fall ausstellen und die notwendigen Zeugen zu einer zweiten Verhandlung laden. Zu beachten ist andererseits, dass die Möglichkeit einer Zeugenbeeinflussung durch die Parteien nicht grösser ist, wenn eine Partei „ihre“ Zeugen ohne Vorladung zur Verhandlung mitbringt, als wenn sie diese Zeugen zwecks Ladung zu einer späteren Einvernahme in der Hauptverhandlung anruft und sie dann zur zweiten Verhandlung gemeinsam mit den Zeugen vor Gericht erscheint (Haberthür, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, Basel 1964, § 121, S. 581). Entscheidend ist schliesslich, dass stets das Gericht über die Befragung der Zeugen befindet.

c) Ob Z. als Zeugin befragt werden durfte, ist eine Frage ihrer relativen Zeugnisunfähigkeit. Gemäss § 115 Abs. 1 ZPO gelten Verwandte in auf- und absteigender Linie, Ehegatten sowie Geschwister und deren Ehegatten als relativ zeugnisunfähig. Die Praxis hat die relative Zeugnisunfähigkeit u. a. auch auf Organe von juristischen Personen ausgedehnt (Haberthür, a.a.O., § 115 ZPO, S. 568; Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 14 Rz 26). Die Einvernahme von relativ zeugnisunfähigen Personen als Zeugen ist selbst dann nicht zulässig, wenn beide Parteien einverstanden sind (Staehelin/Sutter, a.a.O., § 14 Rz 27). Der Richter kann ausserdem bestimmte Personen wegen Befangenheit als Zeugen ausschliessen. Als Gründe, die für eine solche sprechen, erwähnt das Gesetz, Freundschaft, Feindschaft, Abhängigkeit oder zu erwartende Vor- oder Nachteile (§ 117 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann zudem in Bezug auf verdächtige Zeugen auch ohne Antrag der Parteien nach § 117 ZPO vorgehen (Haberthür, a.a.O., § 117 ZPO, S. 577). Fragwürdig ist die verbreitete Praxis, Zeugen, die befangen sein könnten, ohne Strafdrohung für falsches Zeugnis als Auskunftspersonen zu befragen. Sie sind vielmehr mit allen Konsequenzen als Zeugen zu befragen, wobei das Gericht bzw. der Richter dann unter Berücksichtigung der allfälligen Befangenheit ihre Aussage zu würdigen hat (AGE vom 10. Mai 1989 i.S. R. H., S. 9, vgl. Staehelin/Sutter, a.a.O., § 14 Rz 28). In jedem Falle steht dem Gericht die freie

Würdigung sowohl der Einwendungen gegen den Zeugen als auch des Zeugnisses (Aussage) selbst zu (Haberthür, a. a. O., § 117 ZPO, S. 577). Z. ist nicht Organ der Beschwerdegegnerin. Als „gewöhnliche“ Angestellte ist sie grundsätzlich nicht vom Zeugnis ausgeschlossen. Eine sonstige Abhängigkeit, die ihre Befangenheit und somit ihre relative Zeugnisunfähigkeit begründet hätte, ist vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht und vom Gewerblichen Schiedsgericht nicht festgestellt worden [..]. Ihrer Befragung als Zeugin ist daher nichts entgegengestanden.

d) Zeugen sind gemäss § 125 ZPO vom Gericht zu befragen. Den Parteien und ihren Vertretern steht das Recht zu, Zeugenfragen zu beantragen (§ 125 Abs. 3 ZPO). Dabei entspricht es gängiger und zulässiger Praxis, dass das Gericht beantragte Fragen direkt beantworten lässt, ohne sie dem Zeugen oder der Zeugin nochmals zu wiederholen. Aus dem Verhandlungsprotokoll ergibt sich nichts, was auf eine Abweichung von dieser Praxis oder eine Verletzung dieser Vorschrift schliessen liesse. Insbesondere eine Befragung durch die Vertreterin der Beschwerdegegnerin im Sinne eines „Kreuzverhörs“ ist nicht ersichtlich. Auch in Bezug auf die Durchführung der Befragung ist daher nichts zu beanstanden.

4. a) Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe vierzehn für private Zwecke verwendete Filme zunächst im Labor der Beschwerdegegnerin entwickelt und von ihnen Archivkopien angefertigt, ohne dafür zu bezahlen. Später habe er die Filme digitalisieren und auf CD brennen lassen, wiederum ohne zu bezahlen oder die für eine Zahlung nötigen Belege auszufertigen.

Der Beschwerdeführer hat im ganzen Verfahren nie behauptet, er hätte die bezogenen Leistungen nicht vergüten müssen. Er hat auch nicht geltend gemacht, er habe dafür bezahlt oder die für eine Bezahlung notwendigen Belege erstellt. Damit ist der Vorwurf, er habe sich unrechtmässig zu Lasten der Beschwerdegegnerin bereichert, unbestritten. An diesem Kern der Sache ändern die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift und in der Replik zu Nebensächlichkeiten nichts. Dazu kommt, dass die Zeugin Z. die Zahlungspflicht der Angestellten für Privatbezüge, die Pflicht zur Erstellung von Belegen dafür und das Fehlen von Zahlungsvorbereitungen des Beschwerdeführers bestätigt hat. Dass das Gewerbliche Schiedsgericht die Zeugin diesbezüglich als unbefangen und daher glaubwürdig beurteilt hat, ist nicht zu beanstanden. Die Zeugin hat über ihre zunächst gute und später getrübte Beziehung zum Beschwerdeführer offen und in nachvollziehbarer Weise Auskunft gegeben (Protokoll), so dass kein Grund zu erkennen ist, aus welchem das Gewerbliche Schiedsgericht ihre Aussage anders hätte würdigen müssen. [...] Das Gewerbliche Schiedsgericht hat insgesamt die Vorwürfe der Beschwerdegegnerin zu Recht als erwiesen bezeichnet und in seiner Vernehmlassung zutreffend zusammengefasst: „Das Verhalten des Beschwerdeführers war darauf angelegt, die bezogenen Leistungen nicht bezahlen zu müssen“ [...].

b) Nach Art. 337 OR können sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Die dafür geltend gemachten Vorkommnisse müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382; 127 III 153 E. 1a, 310 E. 3, 351 E. 4a S. 353 f.; 117 II 560 E. 3b S. 562; 116 II 145 E. 6a S. 150, je mit Hinweisen).

Der vorliegende Fall ist vom Gewerblichen Schiedsgericht als schwerwiegende Treuepflichtverletzung eingestuft worden, wobei die Vorinstanz noch auf den erschwerenden Umstand hinweist, dass der Beschwerdeführer, einmal zur Rede gestellt, auch noch ausweichende Antworten gegeben und getan habe, als gäbe es entlastende Quittungen betreffend der bezogenen Leistungen [...]. Dieser Auffassung ist zu folgen. Zwar kann der Bezug von Leistungen des Arbeitgebers, ohne hierfür zu bezahlen, nicht ohne weiteres dem berüchtigten „Griff in die Kasse“ gleichgesetzt werden. Oftmals üben Arbeitgeber z.B. bei privaten Telefonaten, vereinzelt Fotokopien oder der Verwendung von Kleinmaterial für den eigenen Gebrauch eine gewisse Toleranz. Auch bei der Entwicklung von vierzehn Filmen, der anschliessenden Herstellung von Archivkopien zu privaten Zwecken sowie dem Digitalisieren handelt es sich für sich allein betrachtet wohl kaum um eine derart schwere Verfehlung, die eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Verwarnung gerechtfertigt hätte. Erschwerend und entscheidend kommt jedoch hinzu, dass der Beschwerdeführer, einmal zur Rede gestellt, mit seinem unredlichen Verhalten dazu beigetragen hat, dass das Vertrauensverhältnis endgültig zerstört wurde. Es war der Beschwerdegegnerin unter diesen Umständen nicht zumutbar, den Beschwerdeführer lediglich zu verwarnen bzw. die Frist für eine ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzuwarten. Es lag vielmehr ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR vor, der zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigte.

c) Der Beschwerdeführer beruft sich als Eventualstandpunkt auf die Verwirkung des Rechts zur fristlosen Entlassung durch Zeitablauf. Es stellt sich somit die Frage, ob das Zuwarten mit der Entlassung unter Umständen erfolgt ist, die als Indiz

für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist angesehen werden könnten. Im vorliegenden Fall wurde die fristlose Entlassung ausgesprochen am Tag, an dem die Beschwerdegegnerin Gewissheit über das Verhalten des Beschwerdeführers erhalten hatte. Das ist rechtzeitig. Ob und wann genau schon früher ein Gespräch stattgefunden hat, ändert daran nichts, da die Beschwerdegegnerin nicht auf blossen Verdacht hin entlassen musste. Im Ergebnis ist somit das Urteil des Gewerblichen Schiedsgericht zu bestätigen und die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen. [...]“

(GSGE vom 5.5.2003 in Sachen X. gegen Y. GmbH, GS 2003/55; AGE vom 22.10.2003, Verf. Nr. 938/2003)

**2.13.2. Art. 337, Art. 337c Abs. 3 OR. Ein Betriebsleiter eines Restaurants durfte nicht ohne vorherige Verwarnung fristlos entlassen werden, weil er nebenbei einen Weinhandel betrieb, ohne die hierfür erforderliche Einwilligung der Arbeitgeberin für eine Nebentätigkeit eingeholt zu haben. Ohne Verwarnung hätte die Arbeitgeberin fristlos kündigen dürfen, wenn sie durch die Nebentätigkeit konkurrenziert worden wäre oder wenn der Betriebsleiter aufgrund seiner Nebentätigkeit seine Arbeit vernachlässigt hätte. Hingegen wurde dem Betriebsleiter keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen.**

G. trat am 1. Juli 2003 bei der C. AG als Betriebsleiter eines Restaurants ein. Die Vertragsparteien vereinbarten eine Arbeitszeit von 42 Wochenstunden, wobei G. seine Arbeit frei organisieren könne. Zudem wurde festgehalten, dass der Arbeitnehmer keiner anderen als der in diesem Vertrag vorgesehenen, bezahlten oder unbezahlten Beschäftigung nachgehen dürfe. Dabei gelte die Mitwirkung in einem Betrieb der Branche oder dessen Beratung ebenfalls als berufliche Beschäftigung. Ein Gesuch um Erlaubnis einer Nebentätigkeit müsse schriftlich gestellt werden. Der Monatslohn wurde auf CHF 7'000.-- brutto bei dreizehn Löhnen festgelegt. Nach Ablauf einer dreimonatigen Probezeit konnte das Arbeitsverhältnis mit einer dreimonatigen Frist auf das Ende eines Monats gekündigt werden.

Am 25. Juni 2004 kündigte die C. AG ihrem Angestellten G. fristlos. Als Kündigungsgründe gab sie später an, G. habe ohne ihre Erlaubnis eine Nebentätigkeit ausgeübt, indem er einen Weinhandel aufgezogen und betrieben habe. Zudem ergebe sich aus den Arbeitsplänen, dass er nicht immer im Betrieb anwesend gewesen sei. Am 23. Juni 2004 etwa habe ihn sein Vorgesetzter um 11.20 Uhr anstatt an der Arbeit zu Hause in Privatkleidung angetroffen. Zudem habe G. das Betriebstelefon zur Ausübung seiner Nebentätigkeit benützt. Mit

Teilklage vom 7. Juli 2004 verlangte G. bei einer Gesamtforderung von CHF 49'000.-- brutto die teilklageweise Verurteilung der C. AG zur Zahlung von CHF 30'000.-- brutto. Die Gesamtforderung setzte sich aus Lohn von CHF 21'000.-- brutto für die Monate Juli bis und mit September 2004 sowie aus einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR von CHF 28'000.-- brutto, entsprechend vier Monatslöhnen, zusammen. Nachdem sich die C. AG anlässlich des Vorverfahrens vom 7. September 2004 auf die Teilklage eingelassen hatte, wurde sie am 28. Oktober 2004 zur geltend gemachten Lohnzahlung verurteilt. Hingegen hat das Gewerbliches Schiedsgericht die Entschädigungsforderung vollumfänglich abgewiesen. Es hat dabei Folgendes erwogen.

Eine fristlose Kündigung kann nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Kündigung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt, welche einerseits objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertragsgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie - in der Regel trotz Verwarnung - wiederholt vorgekommen sein (BGE 127/2001 III 153 f.; 121/1995 III 472). Ob die einem Arbeitnehmer vorgeworfenen Pflichtverletzungen die erforderliche Schwere erreichen, entscheidet sich dabei nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (BGE 4C.346/2002 E. 2.3.; BK-Rehbinder, 1992, Art. 337 OR N. 2, S. 125). Bei Angestellten mit einer im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern verstärkten Vertrauens- und Verantwortungsposition kann das Vorliegen eines wichtigen Grundes schneller erreicht sein als bei den übrigen (ZK-Staehelin, 1996, Art. 337 OR N. 6, S. A616; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 123; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage 1992, Art. 337 OR N. 8, S. 372; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage 1996, Art. 337 OR N. 8, S. 367). Als ultima ratio untersteht die fristlose Kündigung ferner dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie ist daher ausgeschlossen, wenn mildere Massnahmen (z.B. Verwarnung, ordentliche Kündigung, Freistellung) zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N. 4, S. A614 f.; BK-Rehbinder, Art. 337 OR N. 2, S. 123; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 14, S. 375 f.; BGE 117/1991 II 562). Je kürzer die Kündigungsfrist ist, die bei einer

ordentlichen Kündigung einzuhalten ist, desto höhere Anforderungen sind an die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung im konkreten Fall zu stellen (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 16, S. 376).

Von den drei Kündigungsgründen hatte die C. AG im Verlaufes des Verfahrens den Vorwurf fallengelassen, G. habe ihren Telefonanschluss zur Ausübung seiner Nebentätigkeit benützt. Zu beurteilen waren deshalb noch die Vorwürfe, G. habe, ohne um Erlaubnis nachzufragen, eine Nebentätigkeit ausgeübt und die Arbeitszeitkontrolle bezüglich seiner Präsenzzeit im Betrieb gefälscht. Zum zweiten Vorwurf war darauf abzustellen, dass G. vertraglich zur freien Arbeitszeitgestaltung berechtigt war. Die anlässlich der Hauptverhandlung als Zeugen befragten beiden nächsten Mitarbeiter von G. konnten nur bestätigen, dass dieser zeitweise nicht an seinem Arbeitsplatz im Betrieb war, ohne aber zu wissen, ob G. entweder in einem anderen Bereich des Betriebes oder auswärts für die C. AG tätig war, was beides möglich war. Ferner konnte G. durch ein Arzzeugnis nachweisen, dass er am 23. Juni 2004 sich zu Hause auf einen Arztbesuch am frühen Nachmittag vorbereitete. Insbesondere musste er auf Anordnung seines Hausarztes vorher ein Medikament einnehmen. Deshalb konnten G. weder Fehlzeiten noch eine Fälschung der Arbeitszeitkontrolle vorgeworfen werden.

Anders sah hingegen die Sachlage bezüglich des Vorwurfes der Ausübung einer nicht bewilligten Nebentätigkeit aus. Nach Ziffer 9 des Arbeitsvertrages durfte G. eine andere Tätigkeit nur im Einverständnis mit der C. AG verrichten. Es war anerkannt, dass G. aus Frankreich Wein importierte und in der Schweiz an Dritte veräusserte, wofür er die C. AG jedoch nie um ihre Zustimmung nachgefragt hatte. G. argumentierte, er habe nur für seine Freude Wein eingeführt und an diese verkauft. Dafür habe er nicht um Erlaubnis nachfragen müssen. In Wirklichkeit ging dieser Weinhandel jedoch weit über einen solchen Freundschaftsdienst hinaus. Nach eigenen Aussagen schrieb G. jeweils 180 Interessenten an, die nicht mehr nur einfach als seine Freunde angesehen werden konnten. Zudem wandte er sich an seine Kundschaft mit professionell gestalteten Schreiben. Im Briefkopf bezeichnete er sich als „L’Ambassadeur des Côtes de Bourg“ und trat als „Importeur des grands vins de Bordeaux“ auf. Zu diesem Zweck war er auch im Handelsregister eingetragen. Hinzu kam, dass G., wiederum ohne die C. AG zu fragen, die Räumlichkeiten des Restaurants ausserhalb der Öffnungszeiten zur Durchführung von Degustationen benützte. Alle diese Bemühungen waren darauf angelegt, neben der Tätigkeit für die C. AG einen schwunghaften Weinhandel zu betreiben. Unter solchen Voraussetzungen konnte er nicht mit der Zustimmung der C. AG rechnen. Sie durfte befürchten, dass die Nebentätigkeit sich auf die Tätigkeit von G. in ihrem Betrieb negativ auswirken konnte.

Das Bundesgericht betrachtet die Schwarzarbeit während der Dauer des Arbeitsvertrages im Grundsatz als eine für eine fristlose Kündigung hinreichend schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht, insbesondere wenn sie die Arbeitgeberin konkurrenziert (Kathrin Klett, Fristlose Kündigung, S. 14 in „Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts“, Tagung vom 14.11.2003 mit Hinweis auf BGE 4C.216/1995, 4C.210/1996 in: Pra 1997 S. 670, 4C.85/1996 und 4C.246/1994 in: SJ 1995 S. 809). Vorliegend wurde deshalb für die Frage, ob das Arbeitsverhältnis ohne vorhergehende Verwarnung fristlos gekündigt werden durfte, darauf abgestellt, ob G. die C. AG durch seine Nebentätigkeit konkurrenzierte. Es war offenkundig, dass G. sich mit seinem Angebot an einen anderen Kreis von Kunden wandte als jene, die im Restaurant der C. AG verkehrten, so dass keine Konkurrenzierung vorlag. Andere Umstände, die gleichwohl eine sofortige Kündigung gerechtfertigt hätten, waren nicht gegeben. Insbesondere hatte G. seinen Weinhandel erst seit kurzer Zeit betrieben. Zudem konnte ihm nicht nachgewiesen werden, dass er deswegen seine Arbeit vernachlässigt hatte. Bei diesem Ergebnis konnte die fristlose Kündigung nicht als das mildeste Mittel angesehen werden. Es wäre der C. AG zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigung und verbunden mit der Androhung einer fristlosen Kündigung im Wiederholungsfall aufzulösen. Es durfte davon ausgegangen werden, dass G. sich in der verbleibenden dreimonatigen Dauer des Arbeitsverhältnisses an das Verbot der Nebentätigkeit gehalten hätte. Damit stand G. Schadenersatz in Höhe von drei Monatslöhnen zu. Hingegen wurde die Forderung bezüglich einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR abgewiesen, weil G. als Betriebsleiter eine nicht geringe Treuepflichtverletzung vorzuwerfen war, während der C. AG keinerlei Vorwürfe zu machen waren.

(GSGE vom 28.10.2004 in Sachen G. gegen C. AG, GS 2004/251)

**2.13.3. Art. 337 OR. Wer dem Arbeitnehmer vorwirft, er habe Kassenfehlbeträge an sich genommen, muss dies nachweisen können. Damit eine Kassenkontrolle aussagekräftig ist, muss sie den detaillierten Bestand von Geld und Waren, die dem Angestellten mitgegeben werden, festhalten. Dieser Bestand ist am Ende des Verkaufstages dem detaillierten Bestand an Geld und Waren, die zurückgebracht werden, gegenüberzustellen. Zudem muss die Arbeitgeberin für Transparenz dem Angestellten gegenüber sorgen. Erforderlich ist dazu, dass sie diesem den ausgelieferten Bestand an Waren und Geld bei Dienstantritt mitteilt und zu Beweis Zwecken quittieren lässt. Zudem muss sie die Kontrollen der Retouren an Waren und Geld unter Beizug des Arbeitnehmers durchführen. Verzichtet sie darauf, können andere**

**Ursachen für die behaupteten Fehlbeträge nicht ausgeschlossen werden.**

- 2.13.4. Von einer juristischen Person wird erwartet, dass diese sich in der Regel innert einer Woche seit ausreichender Kenntnis der Verfehlungen ihres Mitarbeiters darüber klar wird, ob sie ihn weiterbeschäftigen oder sich von ihm per sofort trennen will, und im letzteren Fall die Kündigung spätestens am Ende dieser Woche ausspricht. Eine Arbeitgeberin, die bei umfassender Kenntnis des Verhaltens ihres Arbeitnehmers diesen während längerer Zeit weiterarbeiten lässt, muss sich entgegenhalten zu lassen, dass für sie offensichtlich eine Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar ist. Diesem Nachteil, dass ihr die eigene Nachsicht gegenüber dem Angestellten nachteilig ausgelegt werden kann, kann die Arbeitgeberin dadurch entgehen, dass sie den Arbeitnehmer wegen dessen Verhaltens ausdrücklich verwarnt und für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung androht. Unter diesen Umständen ist eine sofortige Entlassung wieder zulässig.**

D. arbeitete seit 1. Oktober 2003 als Verkaufsfahrer für die P. GmbH in Riehen. Am 20. Februar 2004 wurde das Vertragsverhältnis von Seiten der Arbeitgeberin wegen behaupteter Fehlbeträge bei den täglichen Abrechnungen fristlos aufgelöst. Am 27. Februar 2004 erhob D. gegen seine ehemalige Arbeitgeberin Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht, mit der er deren Verurteilung zur Zahlung von CHF 5'875.80 für fehlenden Lohn bis zur fristlosen Kündigung sowie für Schadenersatz begehrte. In der Hauptverhandlung vom 19. Juli 2004 bewilligte das Gericht dem Kläger eine Klagänderung für Ansprüche aus Lohndifferenzen und verurteilte alsdann die Beklagte, ihm CHF 7'697.30 netto, zuzüglich 5% Zins seit dem 1. März 2004, zu bezahlen. Gegen diesen Entscheid hat die P. GmbH Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht am 21. Oktober 2004 abgewiesen hat. In seiner Vernehmlassung vom 24. September 2004 zur Beschwerde hat das Gewerbliche Schiedsgericht was folgt ausgeführt:

„[...] Zu beurteilen war [...] eine fristlose Entlassung, die die Beschwerdeführerin gegenüber dem Kläger ausgesprochen hat. Sie warf ihm Kassensfehlbeträge vor. Dazu führte sie aus, sie habe, als sie im Dezember Kassendifferenzen entdeckt habe, mit der regelmässigen Kontrolle der Kasse des Klägers begonnen. Sobald der Kläger, der als Verkaufsfahrer gearbeitet hat, am Feierabend die Kasse abgeliefert und den Betrieb verlassen habe, habe sie zusammen mit anderen Angestellten die vom Kläger zurückgebrachten Waren sowie dessen Einnahmen kontrolliert, ohne diesen jedoch darüber zu informieren und ihn mit den angeblich festgestellten Fehlbeträgen zu konfrontieren. Da der Kläger bestritten hat, ausser seinem Trinkgeld Geld aus der Kasse an sich genommen zu haben, war es an der

Beschwerdeführerin, die behaupteten Fehlbeträge sowie das ihm sinngemäss vorgeworfene unredliche Verhalten nachzuweisen.

Die Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass pro Verkaufswoche in der Kasse des Klägers Fr. 200.-- bis Fr. 250.-- gefehlt hätten. Zudem reichte sie eine Liste über die durchgeführten Kontrollen und die dabei festgestellten Fehlbeträge ein. Auf diese Weise konnte jedoch von vornherein der erforderliche Nachweis nicht gelingen. Damit eine derartige Kontrolle aussagekräftig ist, muss sie den detaillierten Bestand von Geld und Waren, die dem Angestellten mitgegeben worden sind, festhalten. Dieser Bestand ist am Ende des Verkaufstages dem detaillierten Bestand an Geld und Waren, die zurückgebracht werden, gegenüberzustellen. Eine derartige Kontrolle war der ins Recht gelegten Liste nicht zu entnehmen. Zudem hätte die Beschwerdeführerin für Transparenz dem Angestellten gegenüber sorgen müssen. Erforderlich ist dazu, dass sie diesem den ausgelieferten Bestand an Waren und Geld bei Dienstantritt mitteilt und zu Beweis Zwecken quittieren lässt. Zudem hätte sie ebenfalls die Kontrollen der Retouren an Waren und Geld unter Beizug des Klägers durchführen müssen. Da sie darauf verzichtet hatte, können andere Ursachen für die behaupteten Fehlbeträge nicht ausgeschlossen werden. Denkbar wäre beispielsweise, dass in einer solchen Situation wie der vorliegenden ein Arbeitgeber oder einer seiner übrigen Angestellten, die bei der Kontrolle mitwirken, selber das Geld für sich abzweigt, um einem missliebigen Mitarbeiter Fehlbeträge unterschieben zu können. Es stand und steht dem Gericht selbstverständlich fern, der Beschwerdeführerin oder ihren übrigen Angestellten etwas derartiges vorzuwerfen. Unter all diesen Umständen konnte jedoch nicht von einem hinreichenden Nachweis der Fehlbeträge ausgegangen werden. Im übrigen hätten solche Fehlbeträge für sich allein nicht eine fristlose Kündigung rechtfertigen können. Erforderlich wäre vielmehr zusätzlich ein dem Angestellten vorwerfbares schweres Fehlverhalten gewesen.

Fehlbeträge in der Grössenordnung, wie sie die Beschwerdeführerin festgestellt haben wollte, brauchen nicht zwingend auf eine unerlaubte Wegnahme durch den Kläger hinzuweisen. Möglich sind derartige Differenzen auch bei einem mit der Bedienung einer Kasse dauerhaft überforderten Angestellten, der sich versehentlich von den Kunden zu wenig bezahlen lässt oder diesen zuviel Wechselgeld zurückgibt. Unter solchen Umständen wäre eine fristlose Kündigung noch nicht zulässig. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin, bevor und nachdem sie am 20. Februar 2004 die fristlose Kündigung ausgesprochen hatte, es bis zur Hauptverhandlung am 19. Juli 2004 nicht für nötig hielt, bei der Staatsanwaltschaft Anzeige gegen den Kläger zu erstatten. Ob sie dies, wie sie nun in der Beschwerde angibt, in der Zwischenzeit nachgeholt hat, entzieht sich [der] Kenntnis [des Gerichts]. Die Beschwerdeführerin wäre auf jeden Fall besser beraten gewesen, schon zu

Beginn der angeblich festgestellten Unregelmässigkeiten sich an die Staatsanwaltschaft zu wenden. Dies hätte ihr erlaubt, sich hinsichtlich einer Beweissicherung beraten zu lassen. Insbesondere hätte die Aussicht darauf bestanden, dem Kläger ein allfälliges deliktisches Verhalten direkt nachzuweisen. Nachdem sie jedoch auf den Beizug der Staatsanwaltschaft verzichtet hatte, konnte unter der Voraussetzung, dass die Fehlbeträge erstellt waren, lediglich daraus - und damit nur indirekt - auf die Schwere des Fehlverhaltens des Klägers geschlossen werden. Um eine fristlose Kündigung rechtfertigen zu können, hätte das Gericht dabei zur Überzeugung gelangen müssen, dass ein Angestellter bei derartigen Fehlbeträgen das fehlende Geld an sich genommen hat. Das wurde vom Gericht in Frage gestellt.

Fraglich war ferner, ob die fristlose Kündigung vom 20. Februar 2004 durch die Beschwerdeführerin nicht als verspätet anzusehen war, nachdem sie bereits seit Dezember 2003 regelmässig Fehlbeträge in der Kasse des Klägers festgestellt haben wollte, diesen jedoch während einigen Wochen bis zum 20. Februar 2004 gleichwohl weiterbeschäftigte. Dabei ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin schon lange Zeit vor diesem Datum hinreichende Kenntnis über das angebliche Fehlverhalten des Klägers hatte. Von einer juristischen Person wird erwartet, dass diese sich in der Regel innert einer Woche seit ausreichender Kenntnis der Verfehlungen ihres Mitarbeiters darüber klar wird, ob sie ihn weiterbeschäftigen oder sich von ihm per sofort trennen will, und im letzteren Fall die Kündigung spätestens am Ende dieser Woche ausspricht. Nur dann kann von einer rechtzeitig erklärten fristlosen Entlassung ausgegangen werden. Man mag diese Praxis bei fortgesetzten deliktischem Verhalten eines Angestellten in Frage stellen. Dennoch hat sich ein Arbeitgeber, der bei umfassender Kenntnis des Verhaltens seines Arbeitnehmers diesen während längerer Zeit weiterarbeiten lässt, sich entgegenhalten zu lassen, dass für ihn offensichtlich eine Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar ist. Diesem Nachteil, dass ihm die eigene Nachsicht gegenüber dem Angestellten nachteilig ausgelegt werden kann, kann der Arbeitgeber dann dadurch entgehen, [dass] er den Arbeitnehmer wegen dessen Verhaltens ausdrücklich verwarnt und für den Wiederholungsfall die fristlose Kündigung androht. Unter diesen Umständen ist eine sofortige Entlassung wieder zulässig. Neu ist die Situation für den Arbeitgeber ausserdem, falls zum bisherigen, von ihm geduldeten Verhalten eines Arbeitnehmers andere, erschwerende Umstände hinzutreten. All dies war vorliegend jedoch nicht der Fall.

Da die fristlose Kündigung vorliegend ungerechtfertigt war, schuldete die Beschwerdeführerin dem Kläger Schadenersatz in der Höhe des Lohnes, den der Kläger verdient hätte, wäre das Arbeitsverhältnis durch sie ordentlich gekündigt worden. [...]“

(GSGE vom 19.7.2004 in Sachen D. gegen P. GmbH, GS 2004/91; AGE vom 21.10.2004, Verf. Nr. 974/2004)

**2.13.5. Entschädigung (Art. 337c Abs. 3 OR):  
Anforderungen an Rechtsbegehren (siehe unter Ziffer 2.11.6., S. 57)**

**2.14 Konkurrenzverbot (Art. 340 ff. OR)**

**Zur massgebenden Kundenbeziehung (Art. 340 Abs. 2 OR)**

**Art. 340 OR.** Ein Konkurrenzverbot kann die Kundenbeziehungen einer Arbeitgeberin nur schützen, wenn diese auf ihre Bemühungen und Leistungsfähigkeit zurückgehen. Nur ein so gewonnener Kundenkreis ist schützenswert. Beruht die Bande des Kunden zum Betrieb der Arbeitgeberin hingegen in erster Linie auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, darf deren Werbekraft nicht durch ein Konkurrenzverbot unterbunden werden, auch wenn der Wegzug des Angestellten die Arbeitgeberin schädigen kann.

X. wurde gemäss Arbeitsvertrag vom 3. September 2001 seit dem 1. September 2001 bei der Y. AG, eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, als Aussendienstmitarbeiter beschäftigt. Die Tätigkeit von X. bestand in der Vermittlung von Kapitalanlagen bzw. Vermögensverwaltungsmandaten sowie in der Betreuung bereits aquirierter Mandate. Der Arbeitsvertrag sah folgendes Konkurrenzverbot vor:

„12.1. Der Mitarbeiter verpflichtet sich, während zwei Jahren nach Auflösung des Anstellungsverhältnisses weder als selbständiger noch als angestellter Finanzberater mit der Kundschaft der [Y. AG] in Kontakt zu treten.

12.2. Verletzt der Mitarbeiter dieses Konkurrenzverbot [...], so hat er für jede Übertretung eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.-- zu bezahlen. [...]"

X. kündigte das Arbeitsverhältnis am 27. Mai 2002 per Ende Juni 2002. Nach seiner Kündigung erhob er gegen seine frühere Arbeitgeberin Klage auf Zahlung von insgesamt CHF 11'821.25 netto. Der Klagforderung hielt die Y. AG einen eigenen Anspruch auf Zahlung einer Konventionalstrafe im Umfang der Klagforderung zur Verrechnung entgegen, weil X. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das vereinbarte Konkurrenzverbot übertreten habe. Das

Gewerbliche Schiedsgericht hat am 17. März 2003 X. in teilweiser Gutheissung der Klage CHF 7'486.80 netto zugesprochen. Gegen das Urteil, insbesondere die Nichtberücksichtigung ihrer Verrechnungsforderung, erhob die Y. AG Beschwerde, die das Appellationsgericht am 11. Juni 2003 abgewiesen hat. Ebenfalls abgewiesen wurde am 28. November 2003 eine von der Y. AG wegen willkürlicher Beweiswürdigung und Verletzung des rechtlichen Gehörs beim Bundesgericht eingereichte staatsrechtliche Beschwerde. In seiner Vernehmlassung vom 9. Mai 2003 zur Beschwerde der Y. AG ans Appellationsgericht hat das Gewerbliche Schiedsgericht zum Konkurrenzverbot was folgt ausgeführt:

„[...] Zunächst war zu prüfen, ob dieses Konkurrenzverbot überhaupt gültig war. Ein Konkurrenzverbot kann die Kundenbeziehungen eines Arbeitgebers nur schützen, wenn diese auf dessen Bemühungen und Leistungsfähigkeit zurückgehen. Nur ein so gewonnener Kundenkreis ist schützenswert. Beruht die Bande des Kunden zum Betrieb des Arbeitgebers hingegen in erster Linie auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers, darf deren Werbekraft nach der Rechtslehre und Rechtsprechung nicht durch ein Konkurrenzverbot unterbunden werden, auch wenn der Wegzug des Angestellten den Arbeitgeber schädigen kann (Bohny, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 1988, S. 94). Der Kläger war angestellt zur Vermittlung von Kapitalanlagen bzw. Vermögensverwaltungsmandaten und zur Pflege bereits akquirierter Mandate. Zu diesem Zweck musste er die Kunden mindestens zweimal jährlich besuchen. Aus früheren Verfahren von Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin war dem Gericht zudem bekannt, dass diese dazu aufgefordert wurden, vor allem Verwandte, Freunde und Bekannte als Kunden zu gewinnen. Dies bestätigte sich in den Aussagen von zwei der vor Gericht befragten Zeugen, die Kollegen des Klägers waren und von diesem als Kunden gewonnen wurden. Alle drei Zeugen bestätigten auch, dass sie ausser mit dem Kläger, mit niemanden von der Beschwerdeführerin Kontakt gehabt hätten. Dies führte dazu, dass sie den Kläger, als sie von dessen Weggang bei der Beschwerdeführerin erfuhren, eindringlich baten, sie weiterhin als Kunden der Beschwerdeführerin zu betreuen. In einem früheren Verfahren hat die Beschwerdeführerin zudem ausgeführt, im Zentrum einer erfolgreichen Verkaufstätigkeit durch ihre Angestellten stehe deren soziale Kompetenz. Dabei kam ihnen zweifellos zustatten, dass sie ihre Kunden in ihrem persönlichen Umfeld zu gewinnen suchten. Aus all diesen Fakten war ersichtlich, dass im Vordergrund der Bande der Kunden zur Beschwerdeführerin weniger deren Bemühungen und Leistungsfähigkeit, als vielmehr die persönlichen Kenntnisse, Eigenschaften und Fähigkeiten ihrer Arbeitnehmer standen. Hinzu kam, dass die Beschwerdeführerin ihren Kunden nicht etwa eigene Finanzprodukte, sondern jene grosser Finanzinstitute und Versicherungen angeboten und vermittelt hat. Auch dies zeigt, dass es in erster Linie auf die Geschicklichkeit des Arbeitnehmers und das Vertrauen des Kunden

in diesen ankam, ob ein Mandat gewonnen werden konnte. Die Kunden hätten sonst auch an die eigentlichen Anbieter der vermittelten Produkte direkt und damit ohne Umweg über die Beschwerdeführerin gelangen können. Aus all diesen Gründen wurde das Konkurrenzverbot als ungültig eingestuft. Doch selbst wenn es gültig wäre, so hat sich aus den Einvernahmen der drei Zeugen ergeben, dass der Kläger das Konkurrenzverbot nicht verletzte. Er hat diese nicht zum Abbruch der Kundenbeziehung zur Beschwerdeführerin verleitet und als eigene Kunden weiter betreut. Im Gegenteil war es so, dass die Kunden bei der Beschwerdeführerin blieben und der Kläger ihnen auf ihren ausdrücklichen und dringenden Wunsch hin als Berater weiterhin zur Verfügung gestanden ist. Die Zeugen haben ihre Kundenbeziehung zur Beschwerdeführerin erst eingefroren, gekündigt oder beendet, als sie durch das Vertragsgebaren der Beschwerdeführerin enttäuscht wurden, ohne aber danach etwa den Kläger als neuen Vertragspartner zu wählen. Dies führte dazu, dass die Beschwerdeführerin keine Konventionalstrafe geltend machen konnte. [...]“

(GSGE vom 17.3.2003 in Sachen X. gegen Y. AG, GS 2002/374; AGE vom 11.6.2003, Verf.Nr. 923/2003; BGE vom 28.11.2003, 4P.191/2003)

## **2.15. Unverzichtbarkeit (Art. 341 Abs. 1 OR)**

**Bedeutung einer Per-Saldo-Klausel auf Lohnabrechnung.  
(siehe unter Ziffer 2.3.2., S. 20)**

## **3. Weitere Erlasse**

### **3.1. Gleichstellungsgesetz (GIG)**

**Diskriminierende Kleidervorschriften (Art. 3 GIG)  
(siehe unter Ziffer 2.8., S. 34)**

- 3.2. **Art. 69 BBV (Berufsbildungsverordnung).** Nach Abs. 1 anerkennt das BBT (Bundesamt für Berufsbildung und Technologie) ausländische Diplome und Ausweise. Wenn das BBT über die Frage der Äquivalenz eines ausländischen Ausweises (Abs. 1 lit. b, Abs. 2) keine Verfügung trifft, sondern die Gleichwertigkeit lediglich im Rahmen einer behördlichen Auskunft feststellt, schmälert dies die Verwendbarkeit der behördlichen Feststellung nicht. Zwar darf das Gericht, wie dies generell für Auskünfte oder Expertisen gilt, deren Ergebnisse nicht einfach unreflektiert übernehmen. Da das BBT über einen besonderen Sachverstand und eine grosse Erfahrung verfügt, darf das Gericht nicht ohne Not von dessen Einschätzung abweichen. Eine äquivalente Bildungsdauer (Abs. 2 lit. b) heisst nicht, dass die Dauer der im Ausland genossenen Ausbildung auf den Tag genau gleich lange gedauert haben muss wie ein entsprechender Bildungsgang in der Schweiz. Vielmehr ist Gleichwertigkeit der Bildungsdauer gefragt. Kein ausdrücklich genanntes Kriterium für Gleichwertigkeit ist die Frage, ob der Arbeitnehmer sich im Ausland einer Abschlussprüfung hat unterziehen müssen.
- Art. 2 Abs. 2 ZGB.** Die Geltendmachung eines Rechts ist missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht ist nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche, besondere Umstände gegeben sind.

Der italienische Staatsangehörige M. arbeitete seit Februar 1998 als Maurer für die A. AG, eine Temporärarbeitsfirma. Der Lohn für M. wurde nach Lohnklasse B gemäss Art. 42 des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (Ausgabe 1998 - 2000) festgelegt. Die Lohnklasse B steht für „Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, ohne bauberuflichen Berufsausweis, der vom Arbeitgeber aufgrund guter Qualifikation von der Lohnklasse C in die Lohnklasse B befördert wurde“. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge Kündigung durch die A. AG auf Ende Mai 2003 klagte M. am 16. Juni 2003 auf Verurteilung der Arbeitgeberin zur Bezahlung der Lohndifferenz zwischen den Lohnklassen Q und B. Er habe in Italien die Ausbildung zum Maurer absolviert und sei von der vorherigen Arbeitgeberin ebenfalls in die Lohnklasse Q eingereiht worden. Nach Einholung einer amtlichen Erkundigung beim Bundesamt für Berufsbildung und Technologie in Bern (BBT) über die Frage der Gleichwertigkeit des von M. in Italien erworbenen Berufsausweises mit dem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis als Maurer hat das Gewerbliche Schiedsgericht mit Urteil vom 19. Februar 2004 die Lohnklasse Q für massgebend erklärt und die A. AG zu einer Lohnnachzahlung über CHF 17'995.25 netto nebst 5% Zins verurteilt. Gegen

dieses Urteil hat die A. AG Beschwerde erhoben, die das Appellationsgericht am 1. Juni 2004 abgewiesen hat, wobei es Folgendes erwogen hat:

„[...] 2. a) [...] Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin aufgrund von Art. 20 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11) den Beschwerdegegner nach den Bestimmungen des Landesmantelvertrags für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) zu entlönnen hatte. Art. 41 LMV legt für die fünf nach Vertrag vorgesehenen Lohnklassen die gesamtschweizerischen Basislöhne fest, "auf die die Arbeitnehmenden im Sinne eines Minimallohnes Anspruch haben" (Art. 41 Abs. 1 LMV). Art. 42 LMV definiert diese fünf Lohnklassen wie folgt:

**C** Bauarbeiter ohne Fachkenntnisse;

**B** Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, ohne bauberuflichen Berufsausweis;

**A** Bau-Facharbeiter ohne Berufsausweis, jedoch:

1. mit einem von der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission (SPK) anerkannten Kursausweis oder
2. vom Arbeitgeber ausdrücklich als Bau-Facharbeiter anerkannt;

**Q** Bau-Facharbeiter, wie Maurer, Strassenbauer, Zimmermann usw., mit einem von der SPK anerkannten Berufsausweis (eidgenössisches Fähigkeitszeugnis oder gleichwertiger ausländischer Fähigkeitsausweis) und mindestens dreijähriger Tätigkeit auf schweizerischen Baustellen;

**V** Bau-Facharbeiter, der eine von der SPK anerkannte Vorarbeiterschule mit Erfolg absolviert hat oder vom Arbeitgeber als Vorarbeiter ernannt wird.

b) Der Streit zwischen den Parteien dreht sich um die Frage, ob der Kläger in die richtige Lohnklasse eingereiht worden ist. Wie sich aus den Aussagen des Vertreters der Beschwerdeführerin anlässlich des Vorverfahrens vom 9. September 2003 ergibt, ist der Arbeitnehmer der Lohnklasse B zugewiesen worden (vgl. Protokoll bei den Akten der Vorinstanz). Dieser selbst erhebt unter Berufung auf sein in Italien erworbenes "Attestato", das einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis gleichwertig sei, Anspruch auf Einreihung in Lohnklasse Q. Nach Art. 68 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung (BBG, SR 412.10) regelt der Bundesrat die Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise der Berufsbildung im Geltungsbereich dieses Gesetzes. In Art. 69 Abs. 1 der Verordnung des Bundesrates vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (BBV, SR 412.101) wird unter dem Marginale "Anerkennung" festgehalten, dass das Bundesamt (für Berufsbildung und Technologie) ausländische Diplome und Ausweise anerkennt, wenn diese im Herkunftsstaat staatlich ausgestellt oder staatlich anerkannt und einem schweizerischen Ausweis oder Titel gleichwertig sind. Nach Art. 69 Abs. 2 BBV liegt Gleichwertigkeit vor, wenn die gleiche Bildungsstufe gegeben ist (lit. a), die Bildungsdauer äquivalent ist (lit. b), die Inhalte vergleichbar sind (lit. c) und der Bildungsgang neben theoretischen auch praktische Qualifikationen umfasst (lit. d).

c) Der Beschwerdegegner, Jahrgang 1940, hat im Jahre 1959 an der "Scuola Consorziale Artigiana" in Motta di Livenza (I) ein "Attestato" erworben, mit dem ihm der Fähigkeitsausweis als Maurer erteilt worden ist. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat beim BBT eine amtliche Erkundigung über die Frage der Gleichwertigkeit dieses Ausweises mit einem entsprechenden eidgenössischen Ausweis eingeholt. Das Amt hat - nachdem es vom Arbeitnehmer ein Formular hat ausfüllen lassen und die Zustellung von beglaubigten Kopien der erworbenen Diplome und Ausweise verlangt hat - mit Schreiben vom 5. Februar 2004 erklärt, dass das dem Kläger am 15. August 1959 verliehene Diplom über die absolvierte Ausbildung als "muratore", unter Berücksichtigung seiner Berufserfahrung, dem eidgenössischen Fähigkeitsausweis als Maurer gleichgestellt werden könne. Das Gewerbliche Schiedsgericht hat gestützt auf diese Auskunft erwogen, der Beschwerdegegner hätte richtigerweise in Lohnklasse Q eingereiht werden müssen.

d) Die Beschwerdeführerin kritisiert dies als unrichtig. Sie macht geltend, beim Schreiben des BBT handle es sich nicht um eine Verfügung, sondern um eine blosse behördliche Auskunft. Das Gewerbliche Schiedsgericht wäre verpflichtet gewesen, die Gleichwertigkeit des vorgelegten Ausweises vorfrageweise selbst zu beurteilen und hätte zumindest auf ihre gegen die Auskunft erhobenen Einwände eingehen müssen. Die Gleichwertigkeit sei in Tat und Wahrheit nicht gegeben, da die im "Attestato" bescheinigte Bildungsdauer nur 2½ Jahre und nicht, wie in der Schweiz, 3 Jahre betragen habe. Sodann gehöre die vom Beschwerdegegner besuchte Schule nicht der gleichen Bildungsstufe an und kenne offenbar auch keine Abschlussprüfung. Das Äquivalent zu einer schweizerischen Gewerbeschule wäre die "Scuola tecnica". Schliesslich sei auch nirgendwo bescheinigt, dass der in Italien absolvierte Bildungsgang neben theoretischen auch praktische Qualifikationen umfasse.

e) Es trifft zwar zu, dass das BBT im vorliegenden Fall nicht autoritativ eine Verfügung über die Äquivalenz des ausländischen Ausweises des Beschwerdegegners mit einem schweizerischen erlassen, sondern diese Gleichwertigkeit im Rahmen einer behördlichen Auskunft festgestellt hat. Das schmälert indessen die Verwendbarkeit der behördlichen Feststellung nicht. Zwar darf das Gewerbliche Schiedsgericht, wie dies generell für Auskünfte oder Expertisen gilt, deren Ergebnisse nicht unreflektiert einfach übernehmen. Dies hat es jedoch auch nicht getan. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass das für den Vollzug des Bundesgesetzes zuständige Bundesamt bezüglich der hier interessierenden Fragen über einen besonderen Sachverstand und eine grosse Erfahrung verfügt, weshalb nicht ohne Not von dessen Einschätzung abgewichen werden soll. Was zunächst die Ausbildungsdauer angeht, so verlangt Art. 69 Abs. 2 lit. b BBV eine äquivalente Bildungsdauer. Das heisst nicht, dass die Dauer der im Ausland genossenen Ausbildung auf den Tag genau gleich lange gedauert haben muss wie ein entsprechender Bildungsgang in der Schweiz; es ist vielmehr Gleichwertigkeit der Bildungsdauer gefragt. Ein Bildungsgang, der 2½ Jahre

dauert, kann verglichen mit einem dreijährigen durchaus gleichwertig sein, wenn z.B. die täglich oder wöchentlich absolvierte Stundenzahl höher ist. Vorliegend hat der Beschwerdegegner Bestätigungen über den erfolgreichen Besuch von drei Jahreskursen eingereicht hat, nämlich für das "anno scolastico" der Jahre 1956/57, 1957/58 und 1958/59. Wenn im Abschlusszeugnis vom 15. August 1959 von einer gesamten Kursdauer von 30 Monaten die Rede ist, so hängt dies - wie das Gewerbliche Schiedsgericht in seiner Vernehmlassung überzeugend und unwidersprochen ausführt - offensichtlich mit den jeweils zwei Monate dauernden Sommerferien zusammen. Unter Berücksichtigung der jährlich 5 Wochen Ferien eines Lehrlings in der Schweiz reduziert sich der Unterschied in der Ausbildungsdauer auf bloss 2 ½ Monate. Die Dauer der Ausbildung ist somit kein Grund, die Gleichwertigkeit zu verneinen. Wenn die Beschwerdeführerin des Weiteren moniert, der Beschwerdegegner habe sich seinerzeit keiner Abschlussprüfung unterziehen müssen, so ist darauf hinzuweisen, dass dies nach Art. 69 Abs. 2 BBV kein ausdrücklich genanntes Kriterium ist. Damit kann offen bleiben, ob die Annahme der Vorinstanz, aus der Formulierung "con risultato finale" ergebe sich die Durchführung einer Abschlussprüfung, über jeden Zweifel erhaben ist. Was schliesslich die praktischen Qualifikationen angeht, welche die Beschwerdeführerin auf dem italienischen Abschlusszeugnis vermisst, weist das Gewerbliche Schiedsgericht in der Vernehmlassung darauf hin, dass mit "laboratorio" und "cartella" praktische Fächer benotet worden seien. Da die Beschwerdeführerin auf die Einreichung einer einlässlichen Replik verzichtet hat, ist nichts in Sicht, was diese überzeugende Annahme der Vorinstanz als unzutreffend erscheinen lassen könnte. Es sei nochmals daran erinnert, dass die behördliche Auskunft des BBT auf die amtliche Erkundigung des Gerichts mehr als nur eine völlig unverbindliche Meinungsäusserung ist. Wenn das BBT als zuständiges Amt die Gleichwertigkeit bescheinigt, so genügen bloss unsubstantiierte Behauptungen nicht, um diese behördliche Auskunft als fehlerhaft erscheinen zu lassen. Die Einreihung des Beschwerdeführers in Lohnklasse Q durch das Gewerbliche Schiedsgericht lässt sich nach dem Gesagten auch bei freier Kognition nicht beanstanden, zumal feststeht, dass der Beschwerdegegner schon früher nach dieser Lohnklasse entlohnt worden war (vgl. Lohnabrechnung der Firma X. AG für April 1996, in den Akten).

f) Im Quantitativ wurde die vom Gewerblichen Schiedsgericht vorgenommene Berechnung des auf Lohnklasse Q beruhenden Lohnes von der Beschwerdeführerin nicht bestritten, so dass als Zwischenergebnis festzuhalten ist, dass eine Lohndifferenz von CHF 17'995.25 zu Gunsten des Beschwerdegegners besteht.

3. a) Im Eventualstandpunkt macht die Beschwerdeführerin wie schon vor dem Gewerblichen Schiedsgericht geltend, die vom Beschwerdegegner erhobene Forderung sei rechtsmissbräuchlich und könne deshalb keinen Schutz beanspruchen. Sie begründet dies damit, dass der Beschwerdegegner gegenüber der Beschwerdeführerin erstmals im Rahmen der Begründung der Klage geltend gemacht habe, er sei gestützt auf seine in Italien erworbene Berufsausbildung berechtigt, in Lohnklasse Q entlohnt zu werden. Es sei zudem in Rechnung zu stellen, dass die Margen beim Verleih von

Personal sehr knapp berechnet seien und dass die Beschwerdeführerin, wenn sie auf fünf Jahre zurück einen höheren Lohn vergüten müsste, einen erheblichen Nachteil erleiden würde, zumal es nachträglich nicht mehr möglich sei, der Einsatzfirma die Differenz in Rechnung zu stellen. Die Geltendmachung von Lohnklasse Q durch den Beschwerdegegner wäre schon zu Beginn des Anstellungsverhältnisses zumutbar und nach Treu und Glauben auch geboten gewesen.

b) Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Wann ein Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, wobei die nach der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen zählt die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Allgemein kann auch gesagt werden, dass die Geldmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Hingegen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Regelung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 397 mit weiteren Hinweisen).

c) Im vorliegenden Fall sind solche vom Bundesgericht geforderte zusätzliche Umstände nicht in Sicht. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausgeführt hat, erfolgt gemäss Art. 43 Abs. 1 LMV die Einreihung der Arbeitnehmer in die entsprechende Lohnklasse durch den Arbeitgeber und muss dem Arbeitnehmer spätestens nach Ablauf der Probezeit mitgeteilt werden; sie ist sodann auf der individuellen Lohnabrechnung aufzuführen. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Einreihung des Arbeitnehmers in die "betreffende Lohnklasse" beinhaltet, dass er den Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung fragen, allfällige Arbeits- und Fähigkeitszeugnisse einverlangen und im Zweifelsfall eine Gleichwertigkeitsbeurteilung durch das zuständige Bundesamt einleiten muss, da nur so eine korrekte Einreihung vorgenommen werden kann. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner in Lohnklasse B - also als Bauarbeiter mit Fachkenntnissen, aber ohne bauberuflichen Berufsausweis - eingereiht hat, kann nur geschlossen werden, dass sie entweder ihrer obgenannten Erkundigungs- und Abklärungspflicht nicht nachgekommen ist oder den Beschwerdegegner ungeachtet ihrer Kenntnisse seiner Qualifikationen absichtlich zu tief eingereiht hat. Das von der Beschwerdeführerin Versäumte kann nicht dem Beschwerdegegner angelastet werden, zumal die Einreihung entgegen den massgebenden Vorschriften des LMV auf den individuellen Lohnabrechnungen nicht aufgeführt und dem Beschwerdegegner - nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung -

auch nie mitgeteilt wurde. Von einem Rechtsmissbrauch auf Seiten des Beschwerdegegners, geschweige denn von einem offenbaren, kann deshalb keine Rede sein. Damit ist die Beschwerde auch im Eventualstandpunkt unbegründet. [...]“

(GSGE vom 19.2.2004 in Sachen M. gegen A. AG, GS 2003/223; AGE vom 1.6.2004, Verf. Nr. 918/2003)

### **3.3. Römer-Übereinkommen**

**Zur Rechtswahl in Arbeitsverträgen (Art. 6 Abs. 1 RömÜ).  
(siehe unter Ziffer 2.11.9., S. 67)**

## E. Statistiken der Berichtsjahre 2003 und 2004

	2003	2004
Klageingänge	489	422
aus dem Vorjahr übernommen	150	133
Total hängig	639	555
unerledigt übertragen	133	98
erledigte Fälle	506	457

Die Fälle fanden folgende Erledigung

Sitzungen (inkl. Vorverfahren)	192	192
--------------------------------	-----	-----

2003

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich		sonstige Erledigung	total
	Kläger g	teilweise	Beklagten		Anerken-nung	Rückzug		
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe, Industrie etc.	4	16	7	27	7	10	56	100
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genussmittel	6	15	7	28	8	5	44	85
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	5	21	11	37	17	23	130	207
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	2	6	1	9	3	5	19	36
5. Körper,- Gesundheits-pflege Spital, Erziehung	0	10	7	17	5	5	42	69
6. Medien, Theate Druck + Papier	1	2	1	4	0	0	5	9
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>70</b>	<b>34</b>	<b>122</b>	<b>40</b>	<b>48</b>	<b>296</b>	<b>506</b>

2004

Gruppe	durch Urteil zu Gunsten			Urteile total	Vergleich Anerken- nung	Rückzug	sonstige Erledigung	total
	Kläger ganz	teilweise	Beklagten					
1. Bau, Holz, Reinigung, Gewerbe Industrie etc.	3	26	1	30	12	7	52	101
2. Gastgewerbe, Nahr- + Genuss- Mittel	2	22	7	31	12	12	43	98
3. Handel, Verw., Verkauf, Chemie etc.	9	18	12	39	18	21	95	173
4. Transport, Autogewerbe, Sicherheit	3	3	3	9	1	5	24	39
5. Körper,- Gesundheits-pflege Spital, Erziehung	0	4	2	6	8	3	20	37
6. Medien, Theater Druck + Papier	0	1	3	4	0	1	4	9
<b>Total</b>	<b>17</b>	<b>74</b>	<b>28</b>	<b>119</b>	<b>51</b>	<b>49</b>	<b>238</b>	<b>457</b>