

4C.29/2006 /ast

Urteil vom 21. März 2006

I. Zivilabteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,  
Gerichtsschreiber Luczak.

X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Advokat Christof Enderle,

gegen

Y. \_\_\_\_\_,  
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Advokat Dr. Peter Lyssy.

Arbeitsvertrag; GAV; örtliche Zuständigkeit,

Berufung gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt,  
Ausschuss, vom 25. August 2005.

Sachverhalt:

A.  
Y. \_\_\_\_\_ (Kläger) arbeitete seit dem 1. Februar 2001 als Zugsteward bei der X. \_\_\_\_\_ AG (Beklagte). Diese kündigte das Arbeitsverhältnis am 2. September 2004 auf den 30. November 2004. Der Kläger erhob gegen die Kündigung Einsprache im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR. Am 18. Januar 2005 klagte er gegen seine ehemalige Arbeitgeberin vor dem Gewerblichen Schiedsgericht Basel-Stadt auf Zahlung von Fr. 27'661.20 nebst Zins wegen missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336 ff. OR, unter dem Vorbehalt der Mehrforderung. Die Beklagte erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit. Das Gewerbliche Schiedsgericht trat jedoch mit Verfügung vom 14. April 2005 (Rektifikat vom 19. April 2005) im Sinne eines Zwischenentscheides auf die Klage ein. Die hiegegen erhobene Beschwerde der Beklagten wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 25. August 2005 ab.

B.  
Die Beklagte beantragt dem Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Appellationsgerichts aufzuheben und nicht auf die Klage einzutreten. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.  
Nach Art. 49 Abs. 1 OG ist gegen selbständige Vor- oder Zwischenentscheide der oberen kantonalen Gerichte über die Zuständigkeit die Berufung wegen Verletzung bundesrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften gegeben. Da es sich beim Urteil des Appellationsgerichts um einen letztinstanzlichen Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts handelt, gegen den kein ordentliches kantonales Rechtsmittel zur Verfügung steht (Art. 48 Abs. 1 OG), ist grundsätzlich auf die Berufung einzutreten.
2.  
Unbestritten ist, dass im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage die Beklagte weder ihren Sitz noch eine Niederlassung und der Kläger seinen gewöhnlichen Arbeitsort ebenfalls nicht in Basel hatte, weshalb sich eine Zuständigkeit weder aus Art. 24 Abs. 1 GestG noch aus Art. 5 GestG ergab. Die

kantonale Gerichte leiteten die örtliche Zuständigkeit vielmehr aus Ziff. 27 des zwischen der Beklagten und dem Schweizerischen Eisenbahn- und Verkehrspersonalverband abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ab, der für Streitfälle die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbehörden des Kantons Basel-Stadt vorsieht. Die Beklagte nahm indessen den Standpunkt ein, der GAV habe für den Kläger keine Geltung. Der GAV regle das Anstellungsverhältnis nur für das fest angestellte Fahrpersonal der Beklagten (Ziff. 2 Abs. 1 GAV). Der Kläger erfülle jedoch das Kriterium der Festanstellung nicht. Die Beklagte stellt auch in der Berufung die Anwendbarkeit des GAV auf das Vertragsverhältnis der Parteien in Abrede, weil der Kläger mangels "Festanstellung" nicht als beteiligter Arbeitnehmer im Sinne von Art. 357 Abs. 1 OR gelten könne. Sie räumt aber nunmehr ein, dass der mit dem Kläger eingegangene Vertrag in ein Dauerschuldverhältnis übergegangen sei. Dennoch hält sie daran fest, dass sich daraus keine Festanstellung im Sinne des GAV ergeben habe. Nach dem Willen der Parteien des GAV sollten "Aushilfen" mit entsprechenden Vertragskonditionen, d.h. Arbeitnehmer, welche ihre Dispositionsfreiheit behalten und sich den strengen Bedingungen einer Festanstellung nicht unterwerfen wollen, dem GAV nicht unterstehen.

3.

3.1 Die Vorinstanz erwog, der am 4. Februar 2001 geschlossene "Arbeitsvertrag für Aushilfen auf Anfrage" sei zwar nach seiner Formulierung ursprünglich auf Gelegenheitsarbeit ausgerichtet gewesen. Nach den Allgemeinen Bestimmungen habe der Vertrag mit dem Abschluss jeder Dienstreise geendet. Monatliche Mindestarbeitseinsätze seien weder seitens der Arbeitgeberin garantiert noch sei der Arbeitnehmer dazu verpflichtet, sondern vielmehr berechtigt gewesen, ihm angebotene Dienstleistungen abzulehnen. Die Vorinstanz nahm jedoch an, das Gelegenheitsarbeits- habe sich in ein festes Anstellungsverhältnis, ein Teilzeitarbeitsverhältnis von 60 %, gewandelt. Generell sei eine Umwandlung in ein festes Anstellungsverhältnis anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ununterbrochen mindestens ein Jahr lang relativ regelmässig Arbeitseinsätze geleistet hat und deshalb in guten Treuen mit weiteren Einsätzen rechnen durfte.

3.2 In einem zweiten Schritt würdigte die Vorinstanz aber auch die konkreten Verhältnisse und hielt in tatsächlicher Hinsicht fest, der Kläger habe von Februar 2001 bis Ende September 2004 für die Beklagte gearbeitet, ohne jemals längere Zeit ausgesetzt zu haben. Seine Einsätze hätten etwa einer 60%-Stelle entsprochen. Dass es dem Kläger während der gesamten Vertragsdauer freigestanden hätte, angebotene Einsätze zu akzeptieren oder abzulehnen, sei nicht nachgewiesen. Dass er jemals abgesagt hätte, sei nicht einmal behauptet worden. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten zugestanden, dass sie selbst von einer verbindlich vereinbarten Kündigungsfrist ausgegangen sei, indem sie sich mit der Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist und des Kündigungstermins auf ein Monatsende nicht an die Vorgaben des schriftlichen Aushilfsvertrages, sondern an jene des Obligationenrechts, allenfalls des GAV (Ziff. 8.1) gehalten und ausdrücklich auf die Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist hingewiesen habe. Überdies habe die Beklagte dem Kläger entgegen ihrer Verpflichtung gemäss dem ursprünglichen Vertrag den Lohn auch noch ausgerichtet, als er keine Reisen mehr ausgeführt habe. Dadurch habe die Beklagte den Kläger wie einen Festangestellten behandelt.

3.3 Aufgrund des festgestellten Verhaltens der Parteien hielt die Vorinstanz dafür, es sei davon auszugehen, dass sich das anfänglich als Vertrag zur Aushilfsarbeit eingegangene Arbeitsverhältnis mit der Zeit in ein festes Anstellungsverhältnis gewandelt habe, so dass der GAV auf den Kläger anwendbar sei. Demnach komme die in Art. 27 GAV verankerte Gerichtsstandsklausel zum Tragen. Die ordentlichen Gerichte des Kantons Basel-Stadt seien deshalb zuständig.

3.4 Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden

wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2 S. 71; 417 E. 3.2 S. 424 f., je mit Hinweisen). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 132 III 24 E. 4 S. 28; 131 III 606 E. 4.1 S. 611, je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680; 118 II 365 E. 1 S. 366).

3.5 Die Vorinstanz hält zwar fest, bei einem gleichbleibenden regelmässigen Beschäftigungsgrad sei nach einer gewissen Beschäftigungsdauer generell von einer Umwandlung des Vertragsverhältnisses in eine Festanstellung auszugehen. Sie liess es dabei aber nicht bewenden, sondern stellte gestützt auf das Verhalten der Beklagten fest, diese selbst betrachte den Kläger als Festangestellten im Sinne des GAV. Dass die Vorinstanz dabei auch das Verhalten der Beklagten bei und nach der Kündigung berücksichtigte, macht deutlich, dass sie im Rahmen der Beweiswürdigung auf den tatsächlichen Willen beider Parteien schloss, womit der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Bedeutung zukommt. Indem die Beklagte behauptet, der Kläger hätte die Arbeitseinsätze jederzeit ablehnen können, weshalb keine Festanstellung im Sinne des GAV vorliege, übt sie Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz, welche die entsprechende Behauptung der Beklagten nicht für erwiesen erachtete und aus den übrigen Umständen auf eine Festanstellung im Sinne des GAV schloss. Diese Kritik ist im Rahmen der Berufung nicht zu hören (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 119 II 84 E. 3 S. 85).

3.6 Im Übrigen zeigt die Beklagte nicht auf, inwiefern angesichts der weiteren tatsächlichen Elemente - konstante Arbeitseinsätze über mehrere Jahre entsprechend einem Beschäftigungsgrad von 60 %, keine Ablehnung von Einsätzen durch den Kläger - die Annahme, der Kläger habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, es habe eine Umwandlung des Aushilfs- in festes Angestelltenverhältnis im Sinne des GAV stattgefunden, Bundesrecht verletzt. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die Vorinstanz habe keinen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen festgestellt, sondern den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt, ist der angefochtene Entscheid bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

3.7 Damit gehörte der Kläger nicht mehr zu den Aushilfskräften, und es ist unerheblich, ob die Beklagte im kantonalen Verfahren belegt hat, dass zwischen den Vertragspartnern des GAV Verhandlungen über die Unterstellung von "Aushilfen" unter den neu abzuschliessenden GAV im Gange sind, wie sie in der Berufung anführt.

3.8 Soweit die Beklagte in der Berufung vorbringt, der Kläger habe sie vor Einleitung des Verfahrens mit Schreiben vom 22. Juli 2004 um eine Festanstellung gebeten, ist sie damit nicht zu hören, da dem angefochtenen Urteil keine entsprechende Feststellung zu entnehmen ist und die Beklagte diesbezüglich keine zulässige Sachverhaltsrüge vorträgt (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106; 115 II 484 E. 2a S. 485 f., je mit Hinweisen). Die auf diese neue Behauptung abgestützten Rügen der Verletzung von Art. 356 und 357 OR bleiben demnach ausser Acht. Im Übrigen wurde im

angeführten Schreiben hervorgehoben, dass die Tätigkeit des Klägers in keiner Weise einer Aushilfs-, sondern einer regelmässigen Teilzeittätigkeit entspreche und dass Kettenarbeitsverträge verboten seien. Aus dem Brief vom 22. Juli 2004 könnte die Beklagte mithin nichts zu ihren Gunsten ableiten, selbst wenn darauf abgestellt würde.

3.9 Mit dem Vorbringen, die Vorinstanz habe aus dem Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ohne Begründung und damit in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV auf die Anwendbarkeit des GAV geschlossen, rügt die Beklagte eine Verletzung ihres verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Für derartige Rügen steht die Berufung nicht offen (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252 mit Hinweisen). Überdies missachtet die Beklagte, dass die Vorinstanz die Unterstellung des Verhältnisses der Parteien unter den GAV mit der bundesrechtskonform ermittelten Festanstellung des Klägers gemäss Art. 2 GAV begründet hat. Dass unter dieser Voraussetzung der GAV Geltung hat, stellt auch die Beklagte nicht in Abrede.

4.

Die Beklagte rügt schliesslich, selbst wenn sich der Kläger auf den GAV stützen könnte, würde die Auffassung der Vorinstanz, dass sich nur der Arbeitnehmer, nicht aber der Arbeitgeber auf die Gerichtsstandsvereinbarung gemäss GAV berufen könne, vor dem Verbot des Vorausverzichts gemäss Art. 21 GestG nicht standhalten.

4.1 Nach Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG kann die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf die Gerichtsstände nach dem 5. Abschnitt des GestG, darunter jene des Arbeitsrechts nach Art. 24 Abs. 1 GestG (Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder gewöhnlicher Arbeitsort) verzichten. Da die Einführung des Verbots des Vorausverzichts auf den Gerichtsstand den Schutz der vermutungsweise schwächeren Partei, im Arbeitsverhältnis also des Arbeitnehmers, bezweckt, ist dem Arbeitgeber ein solcher Vorausverzicht unbenommen (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N. 2d zu Art. 343 OR; Balz Gross, in: Müller/Wirth [Hrsg.] Gerichtsstandsgesetz, N. 27 und 52 zu Art. 21 GestG; vgl. auch Walther, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., N. 5 zu Art. 21 GestG; Kellerhals, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Gerichtsstandsgesetz: Schutz des Schwachen vs. Schutz gegen widersprüchliche Entscheide und ineffiziente Streiterledigung, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, S. 487 ff., S. 497), obwohl der Wahlgerichtsstand des Art. 24 Abs. 1 GestG beiden Parteien zur Verfügung steht (Noëlle Kaiser Job, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen [GestG], N. 1 zu Art. 24 GestG). Einseitig begünstigende Gerichtsstandsvereinbarungen, die der sozial schwächeren Partei einen zusätzlichen Gerichtsstand zur Verfügung stellen, sind unter dem Gesichtswinkel des Sozialschutzes unbedenklich und daher analog Art. 12 Ziff. 2 LugÜ und Art. 15 Ziff. 2 LugÜ als zulässig zu erachten, obwohl das Gerichtsstandsgesetz keine entsprechende explizite Regelung kennt (Walther, a.a.O., N. 8 zu Art. 21 GestG mit Hinweisen). Im voraus getroffene Gerichtsstandsabreden erweisen sich daher nicht als nichtig, sondern als für den Arbeitnehmer einseitig unverbindlich (Kellerhals, a.a.O., S. 497).

4.2 Ziff. 27 GAV stellt dem Kläger somit neben den in Art. 24 Abs. 1 GestG vorgesehenen Gerichtsständen einen weiteren wahlweise zur Verfügung (vgl. Balz Gross, a.a.O., N. 52 zu Art. 21 GestG). Die Beklagte muss sich bei der Gerichtsstandsvereinbarung behaften lassen und vermag sich der vereinbarten Zuständigkeit nicht unter Hinweis auf Art. 24 GestG zu entziehen. Als nicht vom Schutzbereich von Art. 24 GestG erfasste Partei kann sie aus dem zwingenden Charakter dieser Bestimmung nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch in diesem Punkte ist die Berufung unbegründet.

5.

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Liegt der Streitwert - wie im vorliegenden Fall - unter Fr. 30'000.--, so sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 343 Abs. 3 OR). Hingegen hat die Beklagte dem Kläger eine Parteientschädigung zu entrichten (BGE 115 II 30 E. 5c S. 42 mit Hinweis).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

3.

Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. März 2006

Im Namen der I. Zivilabteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: