

BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2021.22 vom 27. Oktober 2021

BS Appellationsgericht, 2021-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2021.22

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2021.22 du 27 octobre 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2021.22 del 27 ottobre 2021

Erwägungen

E. 21

März 2013 E. 4.1.2). Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör ist jedoch trotz seiner formellen Natur kein Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung des materiellen Rechts. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern seine Verletzung einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt haben könnte, ist der Entscheid nicht aufzuheben (vgl. BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 S. 386; BGer 4A_40/2019 vom 2. Mai 2019 E. 4, 4A_424/2018 vom 29. Januar 2019 E. 5.2.2, 4A_554/2012 vom 21. März 2013 E. 4.1.2 f.; vgl. ferner BGer 4A_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 3.2.4) und ist auf die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten (vgl. BGer 4A_40/2019 vom 2. Mai 2019 E. 4 [betreffend Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG]).

Es ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde nicht dargelegt, wie sich die gerügte Verletzung von Art. 235 Abs. 1 ZPO oder des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf den Inhalt des Entscheids vom 7. Dezember 2020 bzw. den Ausgang des Verfahrens hätte auswirken können. Der Beschwerdeführer macht geltend, weil der Name des Volontärs, der das Protokoll geführt hat, im Protokoll nicht erwähnt werde, könne er nicht beurteilen, ob gegen ihn allenfalls ein Ausstandsgrund vorliege (Beschwerde Ziff. 17). Diesbezüglich ist festzustellen, dass das Zivilgericht den Namen des Volontärs in seiner Stellungnahme vom 16. April 2021 (S. 5) offengelegt hat und der Beschwerdeführer auch nach Zustellung dieser Stellungnahme keinen Ausstandsgrund geltend gemacht hat. Damit liegt offensichtlich kein Ausstandsgrund vor und könnte der gerügte Mangel selbst dann keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt haben, wenn die Ausstandsregelung für den Volontär gegolten hätte. Dies ist allerdings nicht der Fall (vgl. unten E. 2.2). Aus den vorstehenden Gründen ist auf die Rügen der Verletzung von Art. 235 Abs. 1 ZPO und des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Beschwerde Ziff. 14-18) auch im Rahmen der Beschwerde gegen den Entscheid vom 7. Dezember 2020 nicht einzutreten. Im Übrigen wären die Rügen unbegründet, wenn darauf einzutreten wäre (vgl. unten E. 2).

1.2.4 Aus den vorstehenden Gründen bleibt es bei der Abweisung des Gesuchs um Protokollberichtigung. Folglich ist auf das Verhandlungsprotokoll vom 7. Dezember 2020 in der vorliegenden Form abzustellen (vgl. BGer 4D_59/2016 vom 4. Januar 2017 E. 4.2; AGE ZB.2018.52 vom 18. März 2019 E. 1.8, BEZ.2017.4 vom 19. Juni 2017 E. 3.2, ZB.2017.3 vom 12. Mai 2017 E. 6.2).

1.3

1.3.1 Der Beschwerdeführer behauptet, das Zivilgericht habe keine Beweisverfügung erlassen, und macht geltend, damit habe es Art. 154 ZPO und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt (Beschwerde Ziff. 7).

1.3.2 Die ersten beiden Sätze von Art. 154 ZPO lauten folgendermassen: «Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt.» Umstritten ist insbesondere, ob vor jeder Beweisabnahme zwingend eine Beweisverfügung zu erlassen ist, ob in der Beweisverfügung nur die noch abzunehmenden Beweismittel oder auch die sich bereits in den Akten befindenden Beweismittel anzugeben sind, ob die Angabe der zu beweisenden Tatsachen (Beweisgegenstände) und die Verteilung der Beweislast zwingende Bestandteile der Beweisverfügung darstellen und ob die objektive Beweislast oder die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) zu verteilen ist (Wuillemin, a.a.O., N 379 f., 471, 489 f., 500■504 und 647). Zur terminologischen Unterscheidung der unterschiedlichen Beweisverfügungen kann diejenige mit Beweislastverteilung als Beweislastverfügung bezeichnet werden und diejenige mit blosser Angabe der abzunehmenden Beweismittel als Beweisabnahmeverfügung. Die Beweislastverfügungen können danach unterschieden werden, ob sie die abzunehmenden Beweismittel bezeichnen oder nicht. Diese können als reine Beweislastverfügungen bezeichnet werden und jene als Beweislastverfügungen mit Beweisabnahmefunktion (Wuillemin, a.a.O., N 470 und 481).

1.3.3 Beweisverfügungen gemäss Art. 154 ZPO sind prozessleitende Verfügungen im Sinn von Art. 124 Abs. 1 und Art. 319 lit. b ZPO (Wuillemin, a.a.O., N 609). Wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, können sie in Anwendung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO selbständig angefochten werden (vgl. Wuillemin, a.a.O., N 754). Unter den Voraussetzungen der unselbständigen Anfechtung (vgl. dazu oben E. 1.2.3) können sie der Rechtsmittelinstanz zudem mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid zur Überprüfung vorgelegt werden (vgl. Wuillemin, a.a.O., N 754 ff.). Auch das vollständige Fehlen einer Beweisverfügung kann nur dann mit einem Rechtsmittel gegen den Endentscheid beanstandet werden, wenn der Rechtsmittelführer eine Verletzung von Art. 154 ZPO rügt und sich das Fehlen einer Beweisverfügung für ihn nachteilig auf das Ergebnis des Entscheids ausgewirkt hat oder wenn er eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör rügt und diese einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt haben kann (vgl. oben E. 1.2.3; vgl. betreffend die Rüge der Verletzung von Art. 154 ZPO Wuillemin, a.a.O., N 775).

1.3.4 Die Behauptung des Beschwerdeführers, das Zivilgericht habe keine Beweisverfügung erlassen, ist aktenwidrig. Am 4. August 2020 verfügte der Zivilgerichtspräsident, dass D___ und E___ als Zeuginnen zur Hauptverhandlung geladen werden. Am 21. September 2020 verfügte der Zivilgerichtspräsident, dass anstelle der verstorbenen E___ C___ als Zeuge geladen wird. Damit erliess das Zivilgericht eine Beweisverfügung und änderte diese aufgrund des Todes einer Zeugin ab. Strittig kann somit nur noch sein, ob in der Beweisverfügung des Zivilgerichts zwingende Angaben fehlen und sie daher inhaltlich mangelhaft ist.

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass gerade vorliegend eine Beweisverfügung mit Nennung der eingereichten Beweismittel wichtig gewesen wäre, zeige der Umstand, dass das Zivilgericht mindestens eine zentrale Beweisurkunde des Beschwerdeführers, nämlich

das «Stellenangebot» der Beschwerdegegnerin (Klagebeilage 1), auf das hin er sich beworben habe, ignoriert habe (Beschwerde Ziff. 11). Diese Begründung beruht auf einer aktenwidrigen Behauptung und entbehrt damit jeglicher Grundlage. Bereits auf Seite 2 seines Entscheids stellte das Zivilgericht gestützt auf die Klagebeilage 1 fest, dass die Beschwerdegegnerin im Sommer 2010 ein Inserat mit der Überschrift «B_____ sucht versierte Walzertänzerinnen und -tänzer für Musical "[...]"» geschaltet habe (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. I). Damit hat das Zivilgericht die Klagebeilage 1 offensichtlich als Beweismittel zugelassen und gewürdigt. Dass es an anderen Stellen das von der Beschwerdegegnerin als Klageantwortbeilage 49 eingereichte Inserat berücksichtigt hat, ändert daran nichts. Betreffend die Zulassung und Würdigung der Klagebeilage 1 als Beweismittel hätte sich folglich mit der Nennung der eingereichten Beweismittel in der Beweisverfügung überhaupt nichts geändert.

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass das Zivilgericht gegen das Bestehen einer Präsenzpflicht ausgeführt habe, er sei gemäss Klageantwortbeilage 8 offenbar einer Probe ferngeblieben. Ob er an allen Proben und Aufführungen teilgenommen habe, sei jedoch im ganzen Verfahren nie ein Thema gewesen. Er macht geltend, dass er sich dazu hätte äussern können, wenn das Zivilgericht dies in einer Beweisverfügung zum Beweis verstellt und die Klageantwortbeilage 8 als Beweismittel dazu angeführt hätte (Beschwerde Ziff. 12). Bei der Feststellung, der Beschwerdeführer sei offenbar einer Probe ferngeblieben, handelt es sich bloss um eines von vielen Indizien, die das Zivilgericht bei der Prüfung der Frage berücksichtigt hat, ob für den Beschwerdeführer eine Präsenz- bzw. Einsatzzpflicht bestanden hat. Im Übrigen liess es diese Frage offen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.7.4). Eine allfällige Präsenz- bzw. Einsatzzpflicht ist wiederum nur ein Umstand unter mehreren, den das Zivilgericht bei der Prüfung der Frage, ob eine Subordination im arbeitsrechtlichen Sinn vorgelegen hat, geprüft hat. Im Übrigen liess es auch diese Frage offen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.7.4 f.). Selbst wenn das Zivilgericht verpflichtet gewesen wäre, in der Beweisverfügung die zu beweisenden Tatsachen anzugeben, und es die Beweisgegenstände in der Beweisverfügung bezeichnet hätte, hätte es folglich die Tatsache, dass der Beschwerdeführer einer Probe ferngeblieben sei, in der Beweisverfügung offensichtlich nicht erwähnt und nicht erwähnen müssen (vgl. unten E. 3.5). Im Übrigen behauptet der Beschwerdeführer nicht einmal in seiner Beschwerde, dass die Feststellung, er sei offenbar einer Probe ferngeblieben, unrichtig sei, und macht er nicht geltend, dass er betreffend den erwähnten Umstand irgendetwas Sachdienliches vorgebracht hätte, das für den Ausgang des Verfahrens in irgendeiner Art und Weise relevant gewesen wäre.

Irgendwelche weiteren Gründe, weshalb sich die Tatsache, dass das Zivilgericht in seine Beweisverfügung nicht alle vom Beschwerdeführer geforderten Inhalte aufgenommen hat, auf den Inhalt des Entscheids vom 7. Dezember 2020 ausgewirkt haben könnte, nennt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht. Eine solche Auswirkung erscheint denn auch ausgeschlossen (vgl. unten, insb. E. 3.5).

Aus den vorstehenden Gründen ist nicht ersichtlich, inwiefern die vom Beschwerdeführer gerügten Rechtsverletzungen einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt haben könnten. Daher ist auf die Rügen der Verletzung von Art. 154 ZPO und des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit der Beweisverfügung nicht einzutreten. Im Übrigen wären die Rügen unbegründet, wenn darauf einzutreten wäre (vgl. unten, insb. E. 3.5).

2. Protokoll der Hauptverhandlung

2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, das Zivilgericht habe Art. 235 Abs. 1 ZPO sowie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt, weil die protokollführende Person im Protokoll der Hauptverhandlung des Zivilgerichts nicht erwähnt werde und weil das Protokoll von der protokollführenden Person nicht unterzeichnet und nicht infidiert worden sei (Beschwerde Ziff. 14 ff.). Wie vorstehend eingehend dargelegt worden ist, ist auf diese Rügen nicht einzutreten (vgl. oben E. 1.2). Im Sinn einer Eventualbegründung wird im Folgenden dargelegt, dass sie auch unbegründet sind.

2.2 Gemäss Art. 235 Abs. 1 ZPO enthält das Protokoll insbesondere die Zusammensetzung des Gerichts (lit. b) und die Unterschrift der protokollführenden Person (lit. f). Die protokollführende Person gehört auch zu den auf Seiten des Gerichts an der Verhandlung mitwirkenden Personen, die im Protokoll zu erwähnen sind (vgl. Killias, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 235 ZPO N 6; Leuenberger, Kommentar zur ZPO, Art. 235 N 6). Mit ihrer Unterschrift bekräftigt die protokollführende Person die Richtigkeit und Vollständigkeit des Protokolls (vgl. Leuenberger, Kommentar zur ZPO, Art. 235 N 6; Pahud, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 235 N 10; Willisegger, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 235 ZPO N 25).

Protokollführende Person im Sinn der ZPO ist daher nicht die Person, welche die Tätigkeit des Schreibens während der Verhandlung vorgenommen hat, sondern die Person, die für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Protokolls verantwortlich ist. Dies wird durch die Rechtsprechung und Lehre zur Urkundenfälschung bestätigt. Gemäss dieser ist wirklicher Aussteller einer Urkunde nicht derjenige, der sie eigenhändig hergestellt hat (so noch die heute nicht mehr vertretene Körperlichkeitstheorie), sondern derjenige, auf dessen Willen die Existenz und der Inhalt der Urkunde zurückzuführen ist (Geistigkeitstheorie) und dem die Urkunde im Rechtsverkehr als von ihm autorisierte Erklärung zugerechnet wird (Wohlers, in: Wohlers/Godenzi/Schlegel, StGB Handkommentar, 4. Auflage, Bern 2020, Art. 251 N 3).

Zu den Aufgaben der Gerichtsschreiberinnen gehört die Teilnahme an den Verhandlungen mit beratender Stimme und Protokollführung (§ 47 Abs. 1 Ziff. 1 GOG). Volontäre der Gerichte können zu Verhandlungen mit Einschluss der Beratung zugelassen werden. Im Übrigen können ihnen in ausgewählten Fällen die gleichen Aufgaben wie den Gerichtsschreiberinnen zugewiesen werden (§ 47 Abs. 3 GOG). Somit ist es möglich und zulässig, dass zusätzlich zu einer Gerichtsschreiberin ein Volontär an einer Verhandlung anwesend ist, ohne Aufgaben einer Gerichtsschreiberin wahrzunehmen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Stellungnahme vom 28. Mai 2021 Ziff. 4) ist es auch ohne Weiteres mit § 47 GOG vereinbar, einen Volontär zu Ausbildungszwecken zuerst bloss als Gehilfen der für die Protokollierung verantwortlichen Gerichtsschreiberin für die Tätigkeit des Schreibens beizuziehen, bevor ihm in späteren Verhandlungen anstelle einer Gerichtsschreiberin die gleichen Aufgaben wie einer Gerichtsschreiberin zugewiesen werden. Gemäss den Angaben des Zivilgerichts wurde das Protokoll der Hauptverhandlung im vorliegenden Fall zu Ausbildungszwecken von einem Volontär geführt. Dieser habe das Protokoll aber nicht anstelle einer Gerichtsschreiberin, sondern als Gehilfe der an der Verhandlung anwesenden Gerichtsschreiberin geführt. Diese habe die Protokollierung sowie das Protokoll auf Richtigkeit und Vollständigkeit geprüft, das Protokoll bereinigt und mit ihrer Unterschrift auf dem Protokoll bestätigt, dass dieses richtig und vollständig sei

(Stellungnahme des Zivilgerichts vom 16. April 2021 S. 4 f.; vgl. auch Verfügung des Zivilgerichtspräsidenten vom 16. Februar 2021 E. 4). Trotz der Bestreitung des Beschwerdeführers (Stellungnahme vom 28. Mai 2021 Ziff. 4) besteht nicht der geringste Anlass, an der Richtigkeit der Darstellung des Zivilgerichts zu zweifeln. Insbesondere stehen die Angaben in der Stellungnahme des Zivilgerichts vom 28. Mai 2021 entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht im Widerspruch zu den Feststellungen in der Verfügung des Zivilgerichtspräsidenten vom 16. Februar 2021. Sowohl gemäss der Stellungnahme vom 28. Mai 2021 (S. 4 f.) als auch gemäss der Verfügung vom 16. Februar 2021 (E. 4) führte der Volontär das Protokoll zum Zweck seiner Ausbildung und bestätigte die Gerichtsschreiberin mit ihrer Unterschrift die Richtigkeit des Protokolls. Dass die an der Verhandlung anwesende Gerichtsschreiberin das Protokoll vor der Bestätigung seiner Richtigkeit insbesondere kontrolliert und bereinigt hat, bevor sie seine Richtigkeit bestätigt hat, versteht sich von selbst, auch wenn es in der Verfügung vom 16. Februar 2021 noch nicht ausdrücklich erwähnt worden ist. Protokollführende Person im Sinn der ZPO war gestützt auf die tatsächlichen Feststellungen des Zivilgerichts nicht der Volontär, sondern die Gerichtsschreiberin. Diese wird im Verhandlungsprotokoll vom 7. Dezember 2020 namentlich erwähnt (S. 1 und 8) und hat dieses handschriftlich unterzeichnet (S. 8). Dass der Volontär im Protokoll hätte erwähnt werden müssen, lässt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (vgl. Beschwerde Ziff. 17) auch nicht damit begründen, dass dies zur Überprüfung der Einhaltung der Ausstandsvorschriften erforderlich gewesen wäre. Für Gerichtsschreiberinnen und Protokollführer gilt die Ausstandsregelung, wenn sie an der Willensbildung des Gerichts mitwirken. Dies ist der Fall, wenn sie an der Beratung teilnehmen und ihre Auffassung äussern können (vgl. BGE 140 I 271 E. 8.4.1 S. 273 f.; BGer 9C_836/2008 vom 30. Oktober 2008 E. 4.1). Unter diesen Voraussetzungen sind auch Volontäre Gerichtspersonen im Sinn von Art. 47 ff. ZPO (vgl. Rüetschi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 47 ZPO N 5; Wullschlegler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 47 N 1). Als Gerichtsschreiberin mit beratender Stimme agierte im vorliegenden Fall die Gerichtsschreiberin und nicht der lediglich zur Protokollführung beigezogene Volontär (Stellungnahme des Zivilgerichts vom 16. April 2021 S. 5). Folglich ist dieser nicht als Gerichtsperson zu qualifizieren und gelten die Ausstandsgründe von Art. 47 Abs. 1 ZPO für ihn von vornherein nicht.

Gemäss einem vom Beschwerdeführer zitierten Autoren soll zur Unterschrift gehören, dass jede einzelne Seite des Protokolls mit dem Kürzel beglaubigt («infidiert») werde, um es vor einem Austausch von Seiten zu schützen (Willisegger, a.a.O., Art. 235 ZPO N 25). Diese soweit ersichtlich in keinem anderen Standardwerk geteilte Ansicht entbehrt jeglicher Grundlage und entspricht weder der Praxis des Zivilgerichts (Stellungnahme des Zivilgerichts vom 16. April 2021 S. 4) noch derjenigen des Appellationsgerichts. Art. 235 Abs. 1 lit. f ZPO verlangt nur eine Unterschrift. Diese befindet sich nach dem Wortsinn und der allgemeinen Übung unter dem Text (Müller, in: Berner Kommentar, 2018, Art. 13 OR N 55). Bei einer Urkunde, die mehrere Blätter umfasst, bringt die Unterschrift auf der letzten Seite die Anerkennung der ganzen Erklärung zum Ausdruck, wenn sich die Zusammengehörigkeit der verschiedenen Seiten aus ihrer körperlichen Verbindung oder auf andere geeignete Weise zweifelsfrei ergibt. Dies ist insbesondere bei einer fortlaufenden Titel- oder Seitennummerierung der Fall (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Auflage, Zürich 2020, N 509; Müller, a.a.O., Art. 13 OR N 27 und 55). Im vorliegenden Fall ergibt sich die Zusammengehörigkeit der acht Seiten des Verhandlungsprotokolls vom 7. Dezember 2020 zweifelsfrei aus der

fortlaufenden Paginierung und dem inhaltlichen Zusammenhang.

Aus den vorstehenden Gründen sind die Rügen der Verletzung von Art. 235 Abs. 1 ZPO sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK unbegründet. Im Übrigen wäre selbst für den Fall, dass das Protokoll nicht allen gesetzlichen Anforderungen genügen würde, nicht ersichtlich, weshalb darin eine Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör liegen sollte.

3. Beweisverfügung

3.1 Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, das Zivilgericht hätte in der Beweisverfügung auch die sich bereits in den Akten befindenden Beweismittel und die zu beweisenden Tatsachen angeben und die Beweislast verteilen müssen (vgl. Beschwerde Ziff. 6 ff., insb. 6 und 10). Wie vorstehend eingehend dargelegt worden ist, ist auf diese Rügen nicht einzutreten (vgl. oben E. 1.3). Im Sinn einer Eventualbegründung wird im Folgenden dargelegt, dass sie auch unbegründet sind.

3.2 Wie bereits erwähnt ist insbesondere umstritten, ob vor jeder Beweisabnahme zwingend eine Beweisverfügung zu erlassen ist, ob in der Beweisverfügung nur die noch abzunehmenden Beweismittel oder auch die sich bereits in den Akten befindenden Beweismittel anzugeben sind, ob die Angabe der zu beweisenden Tatsachen (Beweisgegenstände) und die Verteilung der Beweislast zwingende Bestandteile der Beweisverfügung darstellen und ob die objektive Beweislast oder die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) zu verteilen ist (vgl. oben E. 1.3.2).

3.3 Betreffend die vorsorgliche Beweisführung sowie die Beweisabnahme in einer Instruktionsverhandlung oder in der Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren vertrat der Bundesrat in der Botschaft zur ZPO die Ansicht, das Gericht habe mit einer Beweisverfügung immer bekannt zu geben, welche Tatsachen durch welche Partei zu beweisen sind, inwiefern die Gegenpartei zum Gegenbeweis zugelassen ist und mit welchen Mitteln Beweis zu erbringen ist (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, in: BBl 2006 S. 7221, 7341). Dieser Aussage kann für die Auslegung von Art. 154 ZPO aus den folgenden Gründen kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden. Erstens gab es im Entwurf des Bundesrats für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (E-ZPO; BBl 2006 S. 7413 ff.) überhaupt keine Bestimmung zur Beweisverfügung (Wuillemin, a.a.O., N 87). Zweitens sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext selber nicht zum Ausdruck kommen (BGE 139 III 368 E. 3.2 S. 373). Die vorstehend erwähnte Äusserung des Bundesrats hat im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden. Gemäss dem deutschen und dem italienischen Wortlaut von Art. 154 ZPO werden vor der Beweisabnahme vielmehr nur die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Dies impliziert, dass auf eine Beweisverfügung verzichtet werden darf, wenn sich eine solche nicht als erforderlich erweist. Ein Hinweis darauf, dass der französische Wortlaut, der das Adjektiv erforderlich nicht enthält, dem wahren Sinn von Art. 154 ZPO besser entsprechen würde als der deutsche und der italienische, besteht nicht.

3.4 Jedenfalls im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren muss nach einer in der Lehre vertretenen Ansicht vor jeder Beweisabnahme eine Beweisverfügung erlassen werden (vgl. Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016 [nachfolgend Hasenböhler, Kommentar zur ZPO], Art. 154 N 33; Leu, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 154 N 15 f.; Naegeli/Mayhall,

in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 231 N 4; Schmid, in: Gehri et al. [Hrsg.], OFK ZPO, 2. Auflage, Zürich 2015, Art. 154 N 9; Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 154 N 3a). Nach einer anderen Ansicht darf das Gericht unter Umständen auch im ordentlichen und vereinfachten Verfahren auf den Erlass einer Beweisverfügung verzichten (Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Auflage, Bern 2018, Kap. 10 N 266; Grolimund, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2019, § 18 N 140a; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 263 f.). Dabei soll ein Verzicht zulässig sein, wenn die Verfahrensökonomie oder die Besonderheit des Verfahrens bzw. der Situation der Beweisabnahme es erfordert (Meier, a.a.O., S. 312). Dies soll insbesondere bei einfachen Verhältnissen gelten (Grolimund, a.a.O., § 18 N 140a; vgl. Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, a.a.O., Kap. 10 N 266). Abzunehmende Beweismittel, deren Abnahme eine gerichtliche Beweisabnahmehandlung erfordert, sind grundsätzlich in einer Beweisverfügung zu bezeichnen (vgl. BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.2 f., 4A_108/2017 vom 30. Mai 2017 E. 3.1 f.; Willemin, a.a.O., N 335 f., 349, 472 und 848; vgl. zur Frage der Zulässigkeit einer formlosen oder konkludenten Beweisverfügung Willemin, a.a.O., N 472 und 638). Betreffend Urkunden und Augenscheinsobjekte, die eine Partei als Beweismittel eingereicht hat (Realproduktion), erübrigt sich aber eine gerichtliche Beweisabnahmehandlung (Willemin, a.a.O., N 336; vgl. Guyan, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017 [nachfolgend Guyan, Basler Kommentar], Art. 155 ZPO N 1; Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. I, Zürich 2015 [nachfolgend Hasenböhler, Beweisrecht], N 3.15). Gemäss einer verbreiteten und überzeugenden Ansicht müssen Beweismittel, die von einer Partei eingereicht worden sind und sich in den Akten befinden, in der Beweisverfügung nicht angegeben werden (Leuenberger, Die Beweisverfügung, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken, Bern 2012, S. 39 [nachfolgend Leuenberger, Beweisverfügung], 43; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016, N 9.42; Willemin, a.a.O., N 491 f., 513, 650 und 652; vgl. OGer ZH LA190039 vom 29. Juni 2020 E. III.2.c; a. M. Guyan, Basler Kommentar, Art. 154 ZPO N 13a; Hasenböhler, Beweisrecht, N 3.63). Für diese Auffassung spricht auch die vom Bundesgericht verwendete Formulierung «Wer welche Beweismittel einzureichen hat, legt das Gericht in sog. Beweisverfügungen fest» (BGer 5A_169/2020 vom 11. November 2020 E. 1.2.2, 5A_421/2013 vom 19. August 2013 E. 1.2.2). Sie dürfte auch einem weiteren Bundesgerichtsurteil zugrunde liegen (vgl. 4A_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4.2). Schliesslich kann auch aus den Ausführungen der Vertreter der Ansicht, vor jeder Beweisabnahme müsse eine Beweisverfügung erlassen werden, nicht geschlossen werden, dass dies auch insoweit gelte, als ohne gerichtliche Beweisabnahmehandlung bereits eingereichte Beweismittel gewürdigt werden.

Am 4. August 2020 verfügte der Zivilgerichtspräsident, dass D____ und E____ als Zeuginnen zur Hauptverhandlung geladen werden. Am 21. September 2020 verfügte er, dass anstelle der verstorbenen E____ C____ als Zeuge geladen wird. Damit erliess das Zivilgericht betreffend die Beweismittel, deren Abnahme eine gerichtliche Beweisabnahmehandlung erforderte, eine Beweisverfügung und änderte diese aufgrund des Todes einer Zeugin ab. Bezüglich der von den Parteien als Beweismittel eingereichten Urkunden brauchte es aus den vorstehenden Gründen entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers keine Beweisverfügung zu erlassen. Im Übrigen hielt der

Zivilgerichtspräsident in seiner Verfügung vom 16. November 2020 fest, dass das Gericht die bereits eingereichten Unterlagen ohnehin zu würdigen habe.

3.5 Die Bezeichnung der Beweisgegenstände in der Beweisverfügung ist höchstens dann zwingend, wenn es den Parteien ohne diese Angabe nicht oder nur erschwert möglich ist, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Dies dürfte nur selten der Fall sein (vgl. mit eingehender Begründung Wullemin, a.a.O., N 505 ff., insb. 523, 525, 558, 649 und 841). Der Verzicht auf den Erlass einer Beweisverfügung beinhaltet auch den Verzicht auf die Angabe der Beweisgegenstände. Daher ist davon auszugehen, dass gemäss den Vertretern der Ansicht, auf den Erlass einer Beweisverfügung dürfe unter Umständen verzichtet werden (vgl. dazu oben E. 3.4), unter Umständen auch ein blosser Verzicht auf die Bezeichnung des Beweisgegenstands zulässig ist (Wullemin, a.a.O., N 504). Ein namhafter Autor scheint die Zulässigkeit des Verzichts auf die Angabe der Beweisgegenstände sogar vorbehaltlos zu bejahen (Sutter-Somm, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse ■ eine verfahrensrechtliche Übersicht, in: *successio* 2010 S. 165, 177). In der Beschwerde (Ziff. 6) genannte Autoren erwähnen die Beweisgegenstände oder die Beweisthemen zwar als Inhalt der Beweisverfügung (Guyan, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, in: *ZZZ* 2011 S. 3 ff. [nachfolgend Guyan, *ZZZ*], 4 f.; Hasenböhler, Kommentar zur ZPO, Art. 154 N 12 f.; Leu, a.a.O., Art. 154 N 47 und 53 ff.). Dass die Angabe des Beweisgegenstands oder des Beweisthemas in jedem Fall zwingend sei, kann ihren Ausführungen aber mit Ausnahme allenfalls derjenigen von Leu nicht entnommen werden. Unbestritten ist, dass die Beweisgegenstände nicht einzeln bzw. detailliert in sogenannten Beweissätzen angegeben werden müssen, sondern zu Beweisthemen zusammengefasst werden dürfen (Hasenböhler, Kommentar zur ZPO, Art. 154 N 13; Leu, a.a.O., Art. 154 N 60; Leuenberger, Beweisverfügung, S. 43; Wullemin, a.a.O., N 545, 557 und 559). Zulässig ist auch die Bestimmung der Beweisgegenstände durch Verweis auf die betreffenden Stellen der Rechtsschriften (Guyan, Basler Kommentar, Art. 154 ZPO N 3; Hasenböhler, Kommentar zur ZPO, Art. 154 N 13; vgl. Leuenberger, Beweisverfügung, S. 49).

Wie der Zivilgerichtspräsident bereits in seiner Verfügung vom 16. November 2020 und das Zivilgericht im angefochtenen Entscheid (E. 3.5) richtig festgestellt haben, lassen sich die Beweisthemen im vorliegenden Fall den Rechtsschriften der Parteien entnehmen. Dies muss auch dem Beschwerdeführer klar gewesen sein. Dementsprechend hat er bereits in seiner Eingabe vom 5. November 2020 (Ziff. 3) selbst festgehalten, im vorliegenden Verfahren gehe es in tatsächlicher Hinsicht einzig darum, ob er irgendwann einmal Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin gewesen sei. Aus den Rechtsschriften geht weiter hervor, zu welchen Behauptungen die Beschwerdegegnerin die vorgeladenen Zeugen angerufen hat und wozu sie zu befragen sind. Aus dem Umstand, dass C_____ anstelle der verstorbenen Zeugin E_____ geladen worden ist, ergibt sich, dass er zu denjenigen Punkten zu befragen ist, zu denen auch die Zeugin E_____ angerufen worden ist. Die Beweislast ergibt sich aus Art. 8 des Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210). Gemäss dieser Bestimmung hat derjenige den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu beweisen, der ein Recht daraus ableitet. Wird der konkludente Abschluss eines Arbeitsverhältnisses durch Entgegennahme von Arbeitsleistung auf Zeit behauptet, die nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, so sind die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die für den Arbeitsvertrag typisch sind, insbesondere die Arbeitsleistung, das Motiv der Entlohnung, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin und

die Dauerbeziehung (Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar, 7. Auflage 2020, Art. 320 OR N 18a). Der Beschwerdeführer wurde und wird im vorliegenden Verfahren durch einen Fachanwalt SAV Arbeitsrecht vertreten. Unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falls erscheint es ausgeschlossen, dass es dem Beschwerdeführer ohne die Bezeichnung der Beweisgegenstände und ohne die Verteilung der Beweislast in der Beweisverfügung nur erschwert möglich gewesen ist, seinen Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Insbesondere ist es völlig ungläubhaft, dass dem durch einen Fachanwalt SAV Arbeitsrecht vertretenen Beschwerdeführer unklar gewesen sein könnte, was er zu beweisen hat und zu welchen Beweisgegenständen die vorgeladenen Zeugen angerufen worden sind. Aus den vorstehenden Gründen ist die Angabe der Beweisgegenstände in der Beweisverfügung im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht erforderlich gewesen. Im Übrigen hatte der Zivilgerichtspräsident die Beweisgegenstände durch Verweis auf die Rechtsschriften bezeichnet, indem er in seiner Verfügung vom 16. November 2020 festgestellt hat, das Beweisthema sowie die Behauptungen, zu denen die Beschwerdeführerin die vorgeladenen Zeugen angerufen habe und zu denen sie zu befragen seien, gingen aus den Rechtsschriften hervor und der Zeuge C____ werde zu denjenigen Punkten zu befragen sein, zu denen auch die Zeugin E____ angerufen worden sei. Zu welchen Randziffern der Rechtsschriften die Zeugen angerufen wurden, konnte der Beschwerdeführer anhand der Rechtsschriften problemlos selbst feststellen.

3.6 Gemäss einer verbreiteten und überzeugenden Ansicht ist die Verteilung der Beweislast in der Beweisverfügung nicht zwingend (Hill, Muss gemäss ZPO die Beweislast in der Beweisverfügung verteilt werden?, in: BJM 2014, S. 225, 242 ff.; Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017, N 888; Wuillemin, a.a.O., N 388 f., 390 ff., insb. 393, 401, 408, 413, 433 f., 438 f., 441, 459 f., 461■469, 677, 696 und 837; für Ausnahmefälle auch Hasenböhler, Kommentar zur ZPO, Art. 154 N 24; anderer Auffassung wohl Leu, a.a.O., Art. 154 N 85, und möglicherweise BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.3). Daher ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht die Beweislast in der Beweisverfügung nicht verteilt hat.

3.7 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293; Wuillemin, a.a.O., N 506). Der Verzicht auf den Erlass einer Beweisverfügung oder auf bestimmte Angaben in der Beweisverfügung kann den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör daher nur dann verletzen, wenn es ihr deshalb nicht oder nur schwer möglich ist, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. Wuillemin, a.a.O., N 506, 525 und 775 f.). Dass keinesfalls jede Verletzung von Art. 154 ZPO und auch nicht jeder vollständige Verzicht auf eine Beweisverfügung gleichzeitig eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt, ergibt sich auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In den vom Beschwerdeführer zitierten Urteilen hat das Bundesgericht zwar erwogen, das Gericht verletzte nicht nur Art. 154 f. ZPO, sondern auch den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV, wenn es zur Abnahme von Beweisen schreite, ohne vorher eine Beweisverfügung zu erlassen (vgl. BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.2 und E. 4.1 sowie 4A_108/2017 vom 30. Mai 2017 E. 3.2). In diesen Fällen ging es aber jeweils um die Abnahme von Beweismitteln, die eine gerichtliche Beweisabnahmehandlung erforderte (Beizug einer ausländischen Statistik durch das Gericht von Amtes wegen und Aufforderung eines Dritten zur Herausgabe einer

Urkunde; vgl. BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.1 und 3.3 sowie 4A_108/2017 vom 30. Mai 2017 E. 3). In drei Fällen, in denen die Beschwerdeführerinnen geltend machten, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, indem sie keine Beweisverfügung erlassen habe, erwog das Bundesgericht, der Hinweis auf das Fehlen einer Beweisverfügung genüge nicht zur Begründung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. BGer 4A_129/2020 vom 26. Oktober 2020 E. 2, insb. 2.2, 4A_78/2014 vom 23. September 2014 E. 8.1, 4A_541/2013 vom 2. Juni 2014 E. 3.4.2).

Unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falls erscheint es ausgeschlossen, dass es dem Beschwerdeführer aufgrund des beschränkten Inhalts der Beweisverfügung nur erschwert möglich gewesen ist, seinen Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. dazu insb. oben E. 3.5). Die Rüge, das Zivilgericht habe im Zusammenhang mit der Beweisverfügung seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, ist daher unbegründet.

4. Beurteilung des Inserats

Das Zivilgericht stellte fest, das Inserat, mit dem die Beschwerdegegnerin für die Produktion «[...]» Walzertänzer gesucht habe, sei in der Kategorie «Praktika und Volunteer» veröffentlicht worden. Da der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend mache, dass er sich für ein Praktikum gemeldet habe, könne es sich nur um einen Einsatz als Volunteer gehandelt haben. Als Beweismittel erwähnte das Zivilgericht die Klageantwortbeilage 49 (angefochtener Entscheid E. 3.6.4 und 3.9.1). Der Beschwerdeführer macht geltend, die Feststellung, dass das Inserat in der Kategorie «Praktika und Volunteer» veröffentlicht worden sei, sei aktenwidrig bzw. offensichtlich unrichtig. Zudem habe das Zivilgericht sein Recht auf Beweis gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO verletzt, indem es das Inserat, das in der Rubrik «Stellenangebote» geschaltet gewesen sei, auf das er sich beworben habe und das er als Klagebeilage 1 eingereicht habe, ignoriert habe (Beschwerde Ziff. 19■21). Diese Rügen sind unbegründet.

Betreffend die Klagebeilage 1 ist zunächst festzuhalten, dass diese nicht die Bezeichnung Stellenangebot trägt. Die auf der untersten Zeile angegebene Internetadresse enthält bloss als Bestandteil das Wort «stellenangebote». Die Klagebeilage 1 wird daher im Folgenden ebenso wie die Klageantwortbeilage 49 als Inserat bezeichnet.

Bereits auf Seite 2 seines Entscheids stellte das Zivilgericht gestützt auf die Klagebeilage 1 fest, dass die Beschwerdegegnerin im Sommer 2010 ein Inserat mit der Überschrift «B_____ sucht versierte Walzertänzerinnen und -tänzer für Musical "[...]"» geschaltet habe (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. I). Damit hat das Zivilgericht die Klagebeilage 1 offensichtlich als Beweismittel zugelassen und gewürdigt. Dass es an anderen Stellen das von der Beschwerdegegnerin als Klageantwortbeilage 49 eingereichte Inserat berücksichtigt hat, ändert daran nichts. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Klagebeilage 1 werde im angefochtenen Entscheid nicht erwähnt (Beschwerde Ziff. 21) ist damit aktenwidrig. Im Übrigen bestätigt das Zivilgericht in seiner Stellungnahme vom 16. April 2021 (S. 5), dass es sich vertieft mit dem Inhalt der Klagebeilage 1 auseinandergesetzt habe.

Der Beschwerdeführer behauptete in der Klage, er sei von der Beschwerdegegnerin mit dem als Klagebeilage 1 eingereichten Stellenangebot auf ihrer Website angeworben und auf dieses Stellenangebot hin angestellt worden (Klage Ziff. 8 f.). Die Beschwerdegegnerin behauptete in der Klageantwort, der Beschwerdeführer habe sich auf ein Inserat der

Beschwerdegegnerin gemeldet. Als Beweismittel reichte sie die Klageantwortbeilage 49 ein (Klageantwort Ziff. 65). Damit bestritt die Beschwerdegegnerin die Behauptungen des Beschwerdeführers durch Abgabe einer eigenen abweichenden Sachdarstellung (vgl. zu dieser Möglichkeit AGE ZB.2020.4 vom 22. Juli 2020 E. 3.2.1 mit Nachweisen). Somit ist umstritten, aufgrund welches Inserats (Klagebeilage 1 oder Klageantwortbeilage 49) sich der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin gemeldet hat. Diese Frage kann aus den nachstehenden Gründen offen bleiben.

In der Replik behauptete der Beschwerdeführer, die Klagebeilage 1 habe sich auf der Website der Beschwerdegegnerin unter Stellenangebote befunden (Replik Ziff. 26). In Ziff. 91 der Duplik erklärte die Beschwerdegegnerin dazu, sie habe pragmatisch und aus Praktikabilitätsgründen auf ihrer Homepage nur eine «Rubrik» für Inserate für Arbeitnehmer und für Statisten gehabt, die sie untechnisch «Stellenangebote» genannt habe. Sie habe keine weitere «Kategorie» «Kleinanzeigen», «Minijobs» oder dergleichen geführt. In Ziff. 34 der Duplik behauptete die Beschwerdegegnerin, die Klageantwortbeilage 49, mit der sie Walzerpaartänzer gesucht habe, sei in der «Kategorie» «Praktika und Volunteer» veröffentlicht worden. Auf den ersten Blick mögen diese Behauptungen etwas widersprüchlich erscheinen. Bei genauerer Betrachtung besteht aber kein Widerspruch. In Ziff. 91 ist mit «Kategorien» offensichtlich eine Einteilung auf der gleichen Ebene wie «Rubrik» gemeint. In Ziff. 34 dagegen ist mit «Kategorie» eine Einteilung auf einer darunterliegenden Ebene gemeint, wie sich aus der als Beweismittel genannten Klageantwortbeilage 49 ergibt. Aus der dortigen Angabe «Kategorie: JOB ANGEBOT > Praktika & Volunteer» ist ersichtlich, dass das Inserat auf der oberen Ebene unter «Stellenangebote» und auf der darunterliegenden Ebene unter «Praktika und Volunteer» publiziert worden ist. Die in der Klagebeilage 1 angegebene Internetadresse und die Tatsache, dass die Kategorie «Praktika und Volunteer» in dieser Beilage nicht erwähnt wird, sprechen nicht gegen diese Einordnung des Inserats, weil es ohne weiteres möglich ist, dass die Internetseite, die unter der angegebenen Adresse zu finden gewesen ist, in weitere Kategorien wie unter anderem «Praktika und Volunteer» unterteilt gewesen ist. Zusammenfassend hat die Beschwerdegegnerin damit in widerspruchsfreier Art und Weise behauptet, dass das Inserat, aufgrund dessen sich der Beschwerdeführer bei ihr gemeldet hat, unter der Rubrik «Stellenangebote» in der Kategorie «Praktika und Volunteer» veröffentlicht worden ist. Diese Behauptung hat der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten. Insbesondere kann in der Behauptung, das Inserat habe sich unter «Stellenangebote» befunden, keine Bestreitung durch Abgabe einer eigenen abweichenden Sachdarstellung gesehen werden, weil die Publikation unter der Rubrik «Stellenangebote» die Einordnung in die Kategorie «Praktika und Volunteer» keineswegs ausschliesst. Mangels Bestreitung ist die Behauptung, das Inserat, aufgrund dessen sich der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin gemeldet hat, sei in der Kategorie «Praktika und Volunteer» publiziert worden, zugestanden. Daher hat das Zivilgericht diese Tatsache seinem Urteil zu Recht zugrunde gelegt.

Im Übrigen wäre die Feststellung des Zivilgerichts, der Beschwerdeführer habe das Inserat nach Treu und Glauben nicht als Stellenausschreibung verstehen dürfen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.9.1), entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (vgl. Beschwerde Ziff. 219) auch dann nicht zu beanstanden, wenn es unter der Rubrik «Stellenangebote» ohne Erwähnung der Kategorie «Praktika und Volunteer» publiziert worden wäre. Sowohl gemäss Klagebeilage 1 als auch gemäss Klageantwortbeilage 49 wurden Anmeldungen per

Mail entgegengenommen unter «hospitant@[...]ch». Darauf verwies auch das Zivilgericht im angefochtenen Entscheid (E. 3.9.1). Gemäss Duden ist ein Hospitant eine männliche Person, die hospitiert, und bedeutet hospitiere sich als Gast an einer wissenschaftlichen, pädagogischen, kulturellen, politischen o.ä. Einrichtung aufhalten, um die innere Struktur derselben, ihre Arbeitsabläufe und fachlichen Probleme kennenzulernen und berufspraktische Erfahrung zu gewinnen. Eine solche Tätigkeit wird zumindest im Regelfall unentgeltlich ausgeübt. Wie das Zivilgericht richtig festgestellt hat, spricht gegen ein eigentliches Jobangebot weiter, dass Interessierte mit dem Inserat lediglich aufgefordert worden sind, sich für das Casting anzumelden. Insbesondere ist nicht die Rede davon, dass Interessierte eine Bewerbung mit entsprechenden Unterlagen einreichen müssen. Zudem beschränkt sich das Inserat betreffend die Tätigkeit auf die Information, dass versierte Tanzpaare für Wiener Walzer, die in ca. 25 Vorstellungen des Musicals «[...]» im B_____ auftreten, gesucht werden, und unterscheidet es sich erheblich von einem solchen, mit dem die Beschwerdegegnerin professionelle Tänzer für eine Oper in einem befristeten Anstellungsverhältnis angeworben hat (angefochtener Entscheid E. 3.9.1 und 3.6.4 mit detaillierten Angaben zum Inserat). Im Übrigen ergibt sich aus den Zeugenaussagen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.6.4), dass den Interessierten bereits beim Casting mitgeteilt worden ist, dass sie als Statisten eingesetzt werden, und hat das Zivilgericht festgestellt (angefochtener Entscheid E. 3.9.1), dass anlässlich des Castings keine Rede von einer Vergütung gewesen ist und keine solche in Aussicht gestellt worden ist.

5. Qualifikation des Einsatzes des Statisten

5.1 Gemäss Art. 320 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR, SR 220) gilt ein Einzelarbeitsvertrag als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Klagbeilage 1 sei ein Stellenangebot gewesen. Dieses habe er als Stellenausschreibung verstehen dürfen. Mit einer Stellenausschreibung werde ein Arbeitsverhältnis angeboten. Wer eine Stelle ausschreibe, könne nach Treu und Glauben keine Gratisarbeit erwarten, und wer sich auf ein Stellenangebot hin melde, dürfe nach Treu und Glauben Entgeltlichkeit erwarten. Daher gelte die gesetzliche Vermutung von Art. 320 Abs. 2 OR, wenn nicht ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei. Eine solche Vereinbarung sei im vorliegenden Fall nicht erstellt (Beschwerde Ziff. 22 und 24). Diese Vorbringen sind in mehrerer Hinsicht falsch.

Wie vorstehend eingehend dargelegt worden ist (vgl. oben E. 4) und das Zivilgericht richtig festgestellt hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.9.1), ist die Klagbeilage 1 kein eigentliches Stellenangebot gewesen und hat der Beschwerdeführer das Inserat der Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben nicht als Stellenausschreibung verstehen dürfen.

Selbst wenn es sich beim Inserat, aufgrund dessen sich der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin gemeldet hat, um ein Stellenangebot gehandelt hätte, das der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben als Stellenausschreibung hätte verstehen dürfen, könnte aus diesem Umstand allein nicht geschlossen werden, die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der Beschwerdegegnerin sei nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten gewesen. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Dienstleistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 320 N 6).

Nach verbreiteter Auffassung kommt die gesetzliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 320 Abs. 2 OR nur dann nicht zum Zug, wenn die Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung ausdrücklich vereinbart worden ist (Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Zürich 2013, N 102;Rehbinder/Stöckli, in: Berner Kommentar, 2010, Art. 320 OR N 18;Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 N 6). Dabei handelt es sich aber offensichtlich bloss um eine Voraussetzung für eine Abweichung von Art. 320 Abs. 2 OR, die nur dann gilt, wenn diese Bestimmung grundsätzlich anwendbar ist. Dies setzt voraus, dass die Leistung der Arbeit nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich ausschliesslich aufgrund der objektiven Umstände (vgl.Staehelin, in: Zürcher Kommentar, 4. Auflage 2006, Art. 320 OR N 7;Portmann/Stöckli, a.a.O., N 100 f.). Wie das Zivilgericht unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des vorliegenden Falls mit eingehender Begründung zutreffend festgestellt hat, hat der Beschwerdeführer keine Arbeit geleistet, die nur gegen Lohn zu erwarten gewesen ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.9). Damit ist Art. 320 Abs. 2 OR von vornherein nicht anwendbar und bedarf es zum Ausschluss seiner Anwendbarkeit keiner (ausdrücklichen) Vereinbarung.

5.2In Ziff. 23 f. der Beschwerde behauptet der Beschwerdeführer unter Verweis auf diverse Klagebeilagen, die Beschwerdegegnerin habe ihm mehrfach ein Arbeitsverhältnis bestätigt. Insbesondere sei urkundlich erwiesen, dass ihm ein Gehalt habe ausbezahlt werden sollen und auch ausbezahlt worden sei. In seiner Stellungnahme vom 28. Mai 2021 (Ziff. 11) behauptet er unter Verweis auf dieselben Klagebeilagen sowie die Klagebeilage 1, die Beschwerdegegnerin habe zum Ausdruck gebracht, dass sie sich als seine Arbeitgeberin gesehen habe. Dass der Beschwerdeführer aus der Klagebeilage 1 nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, ist vorstehend bereits dargelegt worden (vgl. oben E. 4). Das Zivilgericht hat im angefochtenen Entscheid alle in Ziff. 23 f. der Beschwerde genannten Beilagen gewürdigt (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.1, 3.7.2, 3.7.6, 3.9.2 und E. 3.9.6 f.). Es stellte insbesondere mit eingehender Begründung fest, dass die Beschwerdegegnerin lediglich eine geringe Aufwandentschädigung ausgerichtet habe und dass aus den Klagebeilagen 8, 13, 14 und 19 nicht geschlossen werden könne, dass der Beschwerdeführer einen Lohn habe erhalten sollen oder erhalten habe (vgl. angefochtener Entscheid insb. E. 3.9.2). Weiter stellte es mit eingehender Begründung fest, dass die Klagebeilagen 5, 6, 7, 9, 10, 13, 14 und 15 nicht den Nachweis erbringen könnten, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis begründet worden sei (vgl. angefochtener Entscheid insb. E. 3.9.6 f.). Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen des Zivilgerichts in seiner Beschwerde nicht auseinander und legt nicht dar, inwiefern das Zivilgericht die in Ziff. 23 f. der Beschwerde erwähnten Beilagen offensichtlich unrichtig gewürdigt haben soll. Auf seine Behauptungen ist daher mangels Begründung nicht weiter einzugehen (vgl. zum Erfordernis der Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid AGE BEZ.2018.66 vom 9. Januar 2019 E. 2.2 mit Nachweisen). Im Übrigen sind sie unrichtig. Zur Begründung kann vollumfänglich auf die überzeugenden Erwägungen des Zivilgerichts verwiesen werden (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.7 und 3.9).

Ergänzend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht abgesehen vom Inserat auch mehrere weitere objektive Umstände festgestellt hat, die dafür sprechen, dass es sich bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers um Freiwilligenarbeit gehandelt hat und nicht um eine Arbeit, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten gewesen ist. Das Zivilgericht stellte insbesondere fest, dass der Beschwerdeführer anlässlich des Castings

erklärt habe, er sei hauptberuflich als freiberuflicher Journalist tätig, dass er in der Produktion der Beschwerdegegnerin als Statist zum Einsatz gekommen sei und dass er erst mehr als eineinhalb Jahre nach seinem letzten Auftritt in der Produktion der Beschwerdegegnerin geltend gemacht habe, es würden offene Lohnforderungen bestehen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.6, 3.9.1 und 3.9.3 f.). Dass der Beschwerdeführer bloss Statist gewesen ist, ist entgegen seiner Ansicht (Beschwerde Ziff. 22) durchaus von gewisser Relevanz, weil Statisten in der Regel nur eine Diät oder eine Aufwandentschädigung, an manchen Theatern auch Gutschriften für Gratiseintritte erhalten (angefochtener Entscheid E. 3.7.1 mit Nachweis) und regelmässig keinen Lohn erwarten (angefochtener Entscheid E. 3.9.5 mit Verweis auf Klageantwortbeilage 51).

6. Entscheid und Prozesskosten

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Beschwerde gegen den Entscheid des Zivilgerichts vom 7. Dezember 2020 abzuweisen ist und auf die Beschwerde gegen die Verfügung des Zivilgerichtspräsidenten vom 16. Februar 2021 nicht einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Gerichtskosten werden nicht erhoben (Art. 114 lit. c ZPO; zur Geltung dieser Bestimmung im Rechtsmittelverfahren vgl. AGE BEZ.2019.35 vom 24. Juni 2019 E. 4). Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin aber eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese bestimmt sich nach dem Reglement über das Honorar und die Entschädigung der berufsmässigen Vertretung im Gerichtsverfahren (HoR, SG 291.400; vgl. § 1 Abs. 4 und § 26 Abs. 2 HoR). Das Honorar für das vorliegende Beschwerdeverfahren bemisst sich nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren, wobei das Grundhonorar in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren beträgt (§ 12 Abs. 1 HoR). Der Streitwert beträgt im vorliegenden Fall CHF 3'845.■ (angefochtener Entscheid E. 1.2; Beschwerde Ziff. 2). Bei einem Streitwert von über CHF 1'000.■ bis CHF 5'000.■ bewegt sich das Grundhonorar im Rahmen zwischen CHF 500.■ und CHF 1'000.■. In Prozessen mit überdurchschnittlichem Aufwand in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht kann ein Zuschlag von bis zu 100 % gemacht werden, sofern der Höchstansatz des Grundhonorars keine ausreichende Vergütung ergibt (§ 8 Abs. 2 lit. b HoR). Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin mit seiner Beschwerde einen im Verhältnis zum bescheidenen Streitwert deutlich überdurchschnittlichen Aufwand verursacht und ein Grundhonorar von CHF 1'000.■ ergibt bei weitem keine ausreichende Vergütung für die Bemühungen der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, die eine Beschwerdeantwort von 14 Seiten eingereicht haben. Aus den vorstehenden Gründen ist nach den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Grundsätzen von einem Honorar von CHF 2'000.■ auszugehen. Davon ist für das Beschwerdeverfahren ein Abzug von einem Drittel zu machen. Damit beträgt die Parteientschädigung für das vorliegende Beschwerdeverfahren CHF 1'333.35.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.