

# BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.21 vom 8. Februar 2019

BS Appellationsgericht, 2019-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2018.21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2018.21)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.21 du 8 février 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.21 del 8 febbraio 2019

## Volltext

Appellationsgericht

des Kantons Basel-Stadt

Dreiergericht

ZB.2018.21

ENTSCHEID

vom 8. Februar 2019

Mitwirkende

Dr. Olivier Steiner, Dr. Claudius Gelzer, lic. iur. André Equey  
und Gerichtsschreiber PD Dr. Benedikt Seiler

Parteien

A\_\_\_ Berufungsklägerin

[...]

Beklagte

vertreten durch B\_\_\_, Advokat,

[...]

gegen

C\_\_\_ Berufungsbeklagte

[...]

Klägerin

vertreten durch D\_\_\_, Advokatin,

[...]

Gegenstand

Berufung gegen einen Entscheid des Zivilgerichts

vom 16. November 2017

betreffend Forderung

Sachverhalt

A\_\_\_ (Beklagte und Berufungsklägerin) betreibt einen Coiffeursalon und eine Coiffeurschule in Basel. Am 30. November 2012 schloss sie mit C\_\_\_ (Klägerin und Berufungsbeklagte) einen ■Ausbildungsvertrag■ ab. In diesem wurde vereinbart, dass die

Berufungsbeklagte einen viersemestrigen Kurs in der Coiffeurschule der Berufungsklägerin besucht. In der Folge war die Berufungsbeklagte von Dezember 2012 bis November 2014 als Auszubildende im Coiffeursalon der Berufungsklägerin tätig und bezahlte für den Kurs CHF 15'260.-.

Am 29. Juli 2015 stellte die Berufungsbeklagte bei der Schlichtungsbehörde Basel-Stadt ein Schlichtungsgesuch und verlangte die Verurteilung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 14'720.- und CHF 33'153.- unter Vorbehalt der Mehrforderung. Nachdem sich die Parteien nicht einigen konnten und die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung ausgestellt hatte, reichte die Berufungsbeklagte am 20. Januar 2016 beim Zivilgericht Basel-Stadt Klage ein. Darin verlangte sie die Verurteilung der Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 30'000.- zuzüglich 5% Zins seit dem 2. Februar 2015, dies unter dem Vorbehalt von Mehrforderungen. In der Klageantwort beantragte die Berufungsklägerin das Nichteintreten auf die Klage und eventualiter deren Abweisung. Nach einem zweiten Schriftenwechsel fand am 19. Januar 2017 eine mündliche Hauptverhandlung statt. An dieser Verhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich, den die Berufungsklägerin in der Folge widerrief. Am 16. November 2017 fand eine zweite Hauptverhandlung statt. Mit Entscheid vom gleichen Tag verurteilte das Zivilgericht die Berufungsklägerin zur Zahlung von CHF 24'779.25 netto zuzüglich 5 % seit dem 29. Juli 2015. Der schriftlich begründete Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 23. März 2018 zugestellt.

Gegen diesen Entscheid hat die Berufungsklägerin am 7. Mai 2018 Berufung beim Appellationsgericht erhoben. Sie verlangt Folgendes: (1) Feststellung der Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids und aller Entscheidungen in dieser Sache; (2) Feststellung der Befangenheit der Gerichtspräsidentin Dr. E.\_\_\_\_\_ und des Gerichtsschreibers F.\_\_\_\_\_; (3) (eventualiter) Aufhebung des Entscheids und Abweisung der Klage; (4) subeventualiter Rückweisung der Sache an das Zivilgericht zur Neuurteilung; (5) Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber der Berufungsbeklagten. Am 11. Juni 2018 hat die Berufungsklägerin eine Berufungsergänzung eingereicht. Mit Berufungsantwort vom 14. Juni 2018 beantragt die Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung. Mit Berufungsreplik vom 13. Juli 2018 hat die Berufungsklägerin zur Berufungsantwort Stellung genommen und weitere Ausführungen gemacht. Die Berufungsbeklagte hat von einer weiteren Stellungnahme abgesehen. Die Berufungsklägerin hat am 1. November 2018, am 8. Januar 2019 sowie am 14. Januar 2019 weitere Eingaben eingereicht. Die Akten des Zivilgerichts wurden beigezogen. Der vorliegende Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## Erwägungen

### 1. Eintreten

Erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid der ersten Instanz. Der Streitwert vor Zivilgericht betrug gemäss dem zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Berufungsbeklagten CHF 30'000.-. Demzufolge kann Berufung erhoben werden. Das Rechtsmittel ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

Zum Entscheid über die vorliegende Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

## 2. Überblick über den Zivilgerichtsentscheid

Das Zivilgericht hatte im Kern die Frage zu beurteilen, ob der von den Parteien geschlossene ■Ausbildungsvertrag■ vom 30. November 2012 als Arbeitsvertrag oder als Unterrichtsvertrag zu qualifizieren ist. Das Zivilgericht hält im angefochtenen Entscheid fest, dass die Klägerin (und Berufungsbeklagte) ihre ■arbeitsrechtliche Klage■ gemäss Klagedeckblatt nicht an das Einzelgericht, sondern an das Zivilgericht gerichtet habe. Dabei sei sie lediglich in der Klagebegründung fälschlicherweise davon ausgegangen, dass das Einzelgericht zuständig sei (angefochtener Entscheid, E. 1).

Sodann fasst das Zivilgericht die Standpunkte der Parteien zur Qualifikation des vorliegenden ■Ausbildungsvertrags■ zusammen (angefochtener Entscheid, E. 2.1) und legt die rechtlichen Grundlagen zur Abgrenzung von Arbeits- und Unterrichtsvertrag dar; dabei stützt es sich massgeblich auf BGE 132 III 753, in welchem ebenfalls die Ausbildung in einer Coiffeurschule zu beurteilen gewesen sei (angefochtener Entscheid, E. 2.2 und 2.3). Im Weiteren analysiert es die einzelnen Bestimmungen des ■Ausbildungsvertrags■ (Umschreibung der vertraglichen Hauptpflichten, selbständiges Bedienen von Modellen und Kunden, sofortige Meldung von Abwesenheiten und Verspätungen, Ferienanspruch von 5 Wochen; angefochtener Entscheid, E. 2.4) und die tatsächliche Handhabung des Vertrags (Inhalt des theoretischen Unterrichts, Umfang der praktischen Arbeit; angefochtener Entscheid, E. 2.5.1■2.5.3). Gestützt darauf qualifiziert das Zivilgericht den vorliegenden ■Ausbildungsvertrag■ als Arbeitsvertrag und legt die Lohnhöhe fest (angefochtener Entscheid, E. 2.5.4 und 2.5.5).

## 3. Nichtigkeit des Zivilgerichtsentscheids

3.1Die Berufungsklägerin erachtet den angefochtenen Entscheid als nichtig, und zwar aus drei Gründen: erstens mangels Rechtshängigkeit der Klage beim Arbeitsgericht, zweitens mangels Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zur Beurteilung der Klage und drittens zufolge Befangenheit der Zivilgerichtspräsidentin und des Gerichtsschreibers. Diese Einwände werden in den nachfolgenden E. 3.2■3.4 geprüft.

3.2Die Berufungsklägerin macht zunächst geltend, die Berufungsbeklagte habe sich mit ihrer Klage an das Zivilgericht gewandt und in ihrer Begründung die Beurteilung durch den Einzelrichter verlangt. Die Berufungsklägerin habe in ihrer Klageantwort und in einer Eingabe vom 28. April 2016 die Rechtshängigkeit beim Arbeitsgericht bestritten. In der Replik habe die Berufungsbeklagte sodann die Anrufung des Einzelgerichts eingeräumt. Dennoch sei die Klage vom Arbeitsgericht beurteilt worden. Es sei nicht Sache des Gerichts festzustellen, was eine Partei beabsichtigt habe, wenn deren Handlung klar gewesen und sogar noch begründet worden sei. Einzelrichter und Arbeitsgericht seien unterschiedliche Gerichte im Sinn von Art. 63 ZPO, so dass eine formlose Überweisung ausscheide. Mangels Rechtshängigkeit der Klage beim Arbeitsgericht sei dessen Entscheid nichtig (Berufung, S. 4 f.).

Art. 63 ZPO bestimmt Folgendes: Wird eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug

oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung. Art. 63 ZPO beruht auf dem Gedanken, dass der Rechtssuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden soll (BGE 140 III 636 E. 3.6 S. 642). Keine Anwendung findet Art. 63 ZPO dann, wenn eine Partei eine Eingabe in der richtigen Verfahrensart an das örtlich zuständige Gericht, aber an das Einzelgericht statt an das zuständige Kollegialgericht oder umgekehrt an das Kollegialgericht statt an das zuständige Einzelgericht adressiert hat. In diesem Fall ist die Eingabe intern an die richtige Stelle weiterzuleiten. Begründet wird dies damit, dass innerhalb des gleichen Gerichts die Zuteilung einer Streitsache an die nach der Zuständigkeitsordnung sachlich zuständige Abteilung auch bei falscher oder ungenauer Bezeichnung von Amtes zu erfolgen hat (Leuenberger, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart [Art. 63 ZPO], SZZZP 2013, S. 169, 176 mit Hinweisen; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, § 12 N 5; Berger-Steiner, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 63 ZPO N 22). Eine Zuweisung an den sachlich zuständigen Spruchkörper kommt ausnahmsweise dann nicht in Frage, wenn feststeht dass die klagende Partei ihre Klage gerade durch den angerufenen Spruchkörper beurteilt haben möchte (BGer 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.4.2).

Im vorliegenden Fall hat die Berufungsbeklagte in ihrer Klage die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts begründet (Klage vom 20. Januar 2016, S. 2 unten). Gleichzeitig hat sie diese Eingabe auf dem Deckblatt als Klage ■betreffend Forderung aus Arbeitsrecht■ bezeichnet. Die Angaben zur sachlichen Zuständigkeit sind mit anderen Worten etwas widersprüchlich. Nachdem die Berufungsklägerin in ihrer Klageantwort die Zulässigkeit der Zuweisung der Klage an das Arbeitsgericht bestritten hatte (Klageantwort vom 23. Mai 2016, S. 3 mit Hinweis auf die Eingabe vom 28. April 2016), führte die Berufungsbeklagte aus, dass sich aus ihrer Klage der ■Wille der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts■ ergebe und fälschlicherweise vom Einzelrichter die Rede gewesen sei (Replik vom 5. September 2016, Rz 6). Mit anderen Worten: Die Berufungsbeklagte hat ihre Klage vom 20. Januar 2016 an das richtige Gericht (Zivilgericht) adressiert, in der Begründung aber eingestandenermassen einen falschen Spruchkörper des Zivilgerichts (Einzelrichter statt Arbeitsgericht) bezeichnet. Die Berufungsbeklagte äusserte keineswegs den klaren Willen, ihre Klage durch den Einzelrichter beurteilen zu lassen. Wenn das Zivilgericht unter diesen Umständen die Klage dem richtigen Spruchkörper des Zivilgerichts (Arbeitsgericht) zugewiesen hat, ist dies aufgrund der diesbezüglich einhelligen Lehre nicht zu beanstanden. Der Einwand der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe den unzuständigen Einzelrichter angerufen und das Zivilgericht habe die Streitsache zu Unrecht dem Arbeitsgericht zugewiesen, ist somit unzutreffend.

3.3 Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, der angefochtene Entscheid sei auch deshalb nichtig, weil das Arbeitsgericht zur Beurteilung des streitigen Ausbildungsvertrags nicht zuständig sei. Für eine Streitigkeit, die wie die vorliegende nicht arbeitsrechtlicher Natur sei, sei vielmehr das ordentliche Zivilgericht zuständig (Berufung, S. 5 ■10).

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzung seiner sachlichen Zuständigkeit erfüllt ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO). Dabei ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung,

die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat. Bei der rechtlichen Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Die von ihm behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind bei der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhub fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 32 E. 2.2 und 2.3 S. 34; BGE 141 III 294 E. 6.1 S. 301).

Im vorliegenden Fall hat das Arbeitsgericht die tatsächlichen Vorbringen der Berufungsbeklagten in der Klage, die für das Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit sprechen (Klage, Rz 5■9), zu Recht nicht als fadenscheinig oder als inkohärent betrachtet. In der Berufung behauptet die Berufungsklägerin jedoch, mehrere tatsächliche Vorbringen der Berufungsbeklagten in der Klage seien inkohärent oder fadenscheinig. Inkohärent sei es, den Ausbildungsvertrag durch Verzicht auf Anfechtung zu genehmigen, gleichzeitig aber Lohn einzuklagen. Fadenscheinig seien sodann die Behauptungen der Berufungsbeklagten, sie habe wie eine Hilfskraft gearbeitet und ihr sei Lohn entgangen, obwohl sie nach ihrer Ausbildung nur eine Stelle als Lehrling gefunden habe (Berufung, S. 9 f.). Die Berufungsklägerin hat weder im Verfahren vor Zivilgericht noch im Berufungsverfahren Dokumente bezeichnet, welche die Behauptungen der Klägerin im Sinn der dargelegten Rechtsprechung unmittelbar eindeutig widerlegen würden. Das Arbeitsgericht hatte somit keinerlei Anlass, die tatsächlichen Vorbringen der Berufungsbeklagten im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung nicht als wahr zu unterstellen. Es hat deshalb zu Recht eine schlüssig behauptete arbeitsrechtliche Streitigkeit angenommen und die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bejaht. Die Einwände der Berufungsbeklagten gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sind aber bei der Qualifikation des vorliegenden Ausbildungsvertrags ■ also bei der materiell-rechtlichen Prüfung ■ zu würdigen (vgl. dazu E. 5).

3.4Die Berufungsklägerin begründet die Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids schliesslich mit der Befangenheit der mitwirkenden Gerichtspräsidentin und des mitwirkenden Gerichtsschreibers. Sie ■ die Berufungsklägerin ■ habe vor Zivilgericht die Befragung des Gerichtsschreibers zu einer allfälligen Vorbefassung beantragt, was allerdings mehrfach abgelehnt worden sei. Sie habe im Verfahren vor Zivilgericht ■ ohne Hinweise resp. Beweise kein Ausstandsgesuch stellen ■ wollen. Die mehrfache Weigerung, über eine allfällige Vorbefassung Auskunft zu geben, erwecke den Anschein der Befangenheit und könne deshalb noch in der Berufung vorgebracht werden (Berufung, S. 10 f.; vgl. Berufungsreplik Rz 10).

Nach Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit

oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, die also geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Art. 47 ZPO umschreibt die Ausstandsgründe für die Zivilgerichte auf Gesetzesebene (vgl. zum Ganzen BGE 140 III 221 E. 4.1 und 4.2 S. 221 f.). Gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO hat eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Andernfalls ist der Anspruch auf seine spätere Anrufung verwirkt (BGE 139 III 120 E. 3.2.1 S. 124). Gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO nimmt die betroffene Gerichtsperson zum Gesuch Stellung.

Im vorliegenden Fall führt die Berufungsklägerin aus, sie habe ohne Hinweise resp. Beweise kein Ausstandsgesuch stellen wollen, weshalb sie die (vorgängige) Befragung des Schlichters bzw. Gerichtsschreibers beantragt habe (Berufung, S. 11; vgl. Berufungsreplik Rz 10). Damit verkennt sie die gesetzliche Regelung des Ausstandsverfahrens: Art. 49 ZPO sieht vor, dass die Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, in einem ersten Schritt ein Ausstandsgesuch stellen muss, und dass die Gerichtsperson in einem zweiten Schritt dazu Stellung nimmt. Die Berufungsklägerin scheint von der umgekehrten Reihenfolge auszugehen, nämlich dass sie in einem ersten Schritt die betroffene Gerichtsperson befragen könne, bevor sie sich in einem zweiten Schritt entscheide, ein Ausstandsgesuch zu stellen. Diese Auffassung ist nicht richtig. Nachdem die Berufungsklägerin aber vor Zivilgericht kein Ausstandsgesuch gestellt hat, ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht eine Befragung des Gerichtsschreibers zu allfälligen Ausstandsgründen abgelehnt hat. Indem die Berufungsklägerin es versäumt hat, unverzüglich ein Ausstandsgesuch zu stellen, hat sie auch ihren Anspruch auf eine spätere Anrufung des Ausstandsgrunds verwirkt.

#### 4. Berichtigung des Protokolls der Hauptverhandlung

Zusammen mit dem angefochtenen Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 23. März 2018 das schriftliche Protokoll der Hauptverhandlung vom 16. November 2017 zugestellt. Mit Eingabe vom 9. April 2018 an das Zivilgericht verlangte sie daraufhin unter anderem die Neuabfassung des schriftlichen Protokolls und die Zustellung des Audioprotokolls. Sie machte geltend, das schriftliche Protokoll sei nicht vollständig und nicht wortgetreu, so in Bezug auf folgende Punkte: Nicht protokolliert worden seien eine Frage der Zivilgerichtspräsidentin an das Publikum, die Ablehnung des Ausstandsgesuchs gegen den Gerichtsschreiber, die Fragen des Gerichts an die Parteien und Zeugen, eine Aussage der Zeugin G\_\_\_\_, wonach sie eine kaufmännische Lehre absolviert und schon vor der Ausbildung bei der Berufungsklägerin frisiert habe, sowie die mündliche Begründung der Gerichtspräsidentin zur Höhe der Parteientschädigung. Zudem monierte die Berufungsklägerin allgemein, dass bloss sinngemäss und nicht wörtlich protokolliert worden sei. Mit Entscheid vom 24. Mai 2018 wies das Zivilgericht diese Anträge ab und erörterte die Gründe in einer Kurzbegründung. Im Einklang mit der Rechtsmittelbelehrung verlangte die Berufungsklägerin am 5. Juni 2018 eine schriftliche Begründung des Entscheids. Mit Entscheid vom 18. Oktober 2018 gab das Zivilgericht die Gründe für die Abweisung an, wobei diese Begründung der Kurzbegründung vom 24. Mai 2018 entsprach.

Mit Eingabe vom 1. November 2018 an das Appellationsgericht macht die Berufungsklägerin geltend, dass die Entscheide des Zivilgerichts vom 24. Mai und

18. Oktober 2018 nichtig seien, da sie die Unterschrift des mitwirkenden Gerichtsschreibers trügen (Eingabe vom 1. November 2018, S. 2). Wie vorstehend in E. 3.4 ausgeführt worden ist, ist die Beteiligung des Zivilgerichtsschreibers am vorliegenden Verfahren von der Berufungsklägerin nicht rechtzeitig beanstandet worden. Ihr Einwand, die Entscheide vom 24. Mai und 18. Oktober 2018 seien nichtig, ist somit haltlos. Die Berufungsklägerin macht in diesem Zusammenhang sodann geltend, sie haben einen Antrag auf Befragung des Gerichtsschreibers bereits am 14. November 2017 ■ zwei Tage vor der Hauptverhandlung ■ schriftlich gestellt (Eingabe vom 1. November 2018, S. 3). Auch dieser Einwand geht fehl: In der Eingabe vom 14. November 2017 hat die Berufungsklägerin lediglich ausgeführt, dass ihre Anträge vom 6. April und 16. August 2017 abgelehnt worden seien, weshalb sie an der Hauptverhandlung vom 16. November 2017 entsprechende Fragen dem Gerichtsschreiber stellen wolle (Eingabe vom 14. November 2017, bei den Zivilgerichtsakten). Damit hat die Berufungsklägerin keinen Antrag eingereicht, sondern einen solchen bloss für die Hauptverhandlung in Aussicht gestellt. An der Hauptverhandlung hat sie den entsprechenden Antrag dann aber ■ wie oben dargelegt ■ nicht gestellt.

In Bezug auf die übrigen Beanstandungen des Protokolls (namentlich bezüglich der Zeugenaussagen), welche die Berufungsklägerin in ihrer Eingabe vom 9. April 2018 vorgetragen hat, hat das Zivilgericht darauf hingewiesen, dass das Audioprotokoll zum Gesamtprotokoll gehöre. In der Eingabe vom 9. April 2018 hat die Berufungsklägerin Differenzen zwischen dem schriftlichen Protokoll und dem tatsächlich Gesagten (gemäss Audioprotokoll) geltend gemacht; diese Differenzen werden in der Berufung vom 7. Mai 2018 nicht mehr aufgegriffen, so dass im Folgenden auf das schriftliche Protokoll abgestellt werden kann. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die von der Berufungsklägerin in ihrer Eingabe vom 9. April 2018 monierten Differenzen für den Ausgang der vorliegenden Streitigkeit von Bedeutung sein sollen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ablehnung des Protokollberichtigungsgesuchs durch das Zivilgericht nicht zu beanstanden ist. In formeller Hinsicht ist immerhin darauf hinzuweisen, dass der Entscheid über Protokollberichtigungsbegehren in Form einer prozessleitenden Verfügung zu erfolgen hat

(Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 235 N 20; Botschaft ZPO, S. 7343; OGer ZH, PP170009 vom 7. August 2017 E. 2.3.3). Im vorliegenden Fall ist die Beurteilung stattdessen in Form eines Entscheids erfolgt. Der Berufungsklägerin ist daraus allerdings kein Nachteil erwachsen.

## 5. Qualifikation des Vertrags

5.1 Die Berufungsklägerin erachtet den angefochtenen Entscheid sodann als inhaltlich falsch, weil er den vorliegenden ■ Ausbildungsvertrag ■ als Arbeitsvertrag und nicht als Unterrichtsvertrag qualifiziere (Berufung, S. 6 ■ 9 und 12 ■ 19). Das Zivilgericht hat zunächst die einzelnen Bestimmungen des schriftlichen ■ Ausbildungsvertrags ■ analysiert (angefochtener Entscheid, E. 2.4) und danach geprüft, wie das Vertragsverhältnis tatsächlich gelebt wurde (angefochtener Entscheid, E. 2.5). Im Folgenden werden die Einwände der Berufungsklägerin gegen die zivilgerichtliche Vertragsanalyse (nachfolgende E. 5.2) und gegen die zivilgerichtliche Beurteilung der gelebten Vertragspraxis geprüft (nachfolgende E. 5.3).

## 5.2

5.2.1 Das Zivilgericht hält zunächst fest, dass die im ■Ausbildungsvertrag■ (Klagebeilage 5) umschriebenen Hauptpflichten (Tageskurs von vier Semestern, Ausbildungspflicht gemäss Kursprogramm, Kursgeld [welches das Handwerkszeug und die Prüfungen umfasse]) einem Unterrichtsvertrag entspreche (angefochtener Entscheid, E. 2.4.1). Das Zivilgericht führt sodann aus, die Berufungsbeklagte müsse gemäss Artikel 6 des Vertrags zur reibungslosen Ausbildung und zur Vorbereitung der Prüfung für das Mitbringen von ein bis zwei Modellen pro Woche besorgt sein, die sie selbständig zu bedienen habe; der Inhalt des selbständigen Bedienens werde in verschiedene Tätigkeitsschritte gegliedert (Empfang, Erfragen der Kundenwünsche, Beratung, Feststellung der Haarqualität, Vorschläge bezüglich Vorgehen, Produktewahl, Vereinbarung eines nächsten Termins, Rechnungsabwicklung und Verabschiedung). Das Zivilgericht hält dazu fest, auch praktische Arbeit an Modellen gehöre mitunter zu einem Unterricht, der eine Schülerin auf die Coiffeurtätigkeit vorbereiten soll. Abgrenzungsprobleme zum Arbeitsvertrag könnten sich ergeben, wenn von der Schülerin weitgehend selbständiges Arbeiten vorausgesetzt und verlangt werde. Dies geschehe im vorliegenden Fall bereits gemäss dem Vertrag in einem Ausmass, das über einen Unterrichtsvertrag hinausgehe: Die Pflicht, Modelle mitzubringen, bestehe während der ganzen Ausbildungszeit und das selbständige Bedienen umfasse sämtliche Tätigkeiten, die bei einer Kundenbedienung anfielen. Bei einem Unterrichtsvertrag stehe dagegen die theoretische und praktische Ausbildung im Vordergrund, nicht das praktische Arbeiten (angefochtener Entscheid, E. 2.4.2).

Die Berufungsklägerin kritisiert, das Zivilgericht nehme zu Unrecht an, dass gemäss dem Vertrag weitgehend selbständiges Arbeiten vorausgesetzt und verlangt worden sei. In Artikel 6 des Vertrags werde das selbständige Bedienen von Modellen klar als Vorbereitung der Prüfung bezeichnet. Solche Übungsergebnisse würden keine Wertschöpfung erbringen und von Coiffeursalons auch nicht angeboten. Soweit das Zivilgericht annehme, ■praktisches Üben an Puppen und Modellen■ könne nicht im Vordergrund eines Unterrichtsvertrags stehen, verkenne es den Charakter der Anlehre oder Attestlehre (Berufung, S. 6 unten bis S. 7 oben).

Das Zivilgericht führt selbst aus, dass das selbständige Bedienen von Modellen gemäss Vertrag ■zur Vorbereitung der Prüfungen■ diene (angefochtener Entscheid, E. 2.4.2, S. 10 unten). Es ist deshalb nicht ersichtlich, was die Berufungsklägerin mit ihren diesbezüglichen Ausführungen kritisieren will. Irreführend ist sodann ihre weitergehende Behauptung, das Zivilgericht nehme an, das ■Üben an Puppen und Modellen■ könne nicht im Vordergrund eines Unterrichtsvertrags stehen. Das Zivilgericht äussert sich gar nicht zu dieser Frage. Vielmehr führt es aus, dass im Vertrag die Pflicht vorgesehen ist, während der gesamten Ausbildungszeit Modelle ■ aus dem Kontext ist klar, dass es sich dabei um menschliche Modelle und nicht um Puppen handelt ■ mitzubringen und selbständig zu bedienen, und dass diese Pflicht in einem Ausmass verankert wird, das über den Unterrichtsvertrag hinausgeht (angefochtener Entscheid, E. 2.4.2, S. 11 zweiter Absatz). Der Vorwurf, das Zivilgericht verkenne den Charakter der Anlehre oder Attestlehre, fällt damit in sich zusammen. Das Zivilgericht hat somit zu Recht festgestellt, dass die vertragliche Pflicht, selbst Modelle mitzubringen und selbständig zu bedienen, für einen Arbeitsvertrag spricht.

5.2.2 Das Zivilgericht führt im Weiteren aus, gemäss Artikel 8 des Vertrags sei vorgesehen, dass die Berufungsbeklagte jede Abwesenheit und Verspätung sofort melden müsse, damit



die Kunden informiert werden könnten; bei Zuwiderhandlung gegen diese Meldepflicht müsse die Berufungsbeklagte die vollen Kosten für ausgefallene Kunden übernehmen. Das Zivilgericht schliesst daraus Folgendes: Die Berufungsbeklagte sei nicht nur zur Bedienung eigener Modelle (vgl. obige E. 5.2.1), sondern auch von regulären Kunden vorgesehen gewesen. Sodann gehe der Vertrag davon aus, dass die Kunden für diese Dienste bezahlen. Aus der Pflicht der Berufungsbeklagten, bei einem Ausfall von Kunden die vollen Kosten zu übernehmen, sei ersichtlich, dass der Betrieb mit diesen Einnahmen rechne. Damit behandle der Vertrag die Berufungsbeklagte nicht bloss als Schülerin, sondern als Arbeitskraft, die durch ihre Arbeit zum Betriebsergebnis befrage. Sie werde dadurch in die Arbeitsorganisation der Berufungsklägerin eingegliedert (angefochtener Entscheid, E. 2.4.3).

Die Berufungsklägerin erachtet diese Erwägungen aus mehreren Gründen als unzutreffend: (1) Die Berufungsbeklagte sei nicht verpflichtet gewesen, die Modelle zu bedienen, sondern nur, sich rechtzeitig abzumelden; (2) sie habe die Modelle im Rahmen des Schulbetriebs bedient, da kein Coiffeursalon Modellsitzen als Leistung anbiete; (3) die Einnahmen aus der Bedienung hätten nur den Aufwand des Schulbetriebs gedeckt; (4) bei verspäteter Abmeldung hätten die Schülerin nur den Schaden der Kundin übernehmen müssen (Taxikosten, regulärer Preis bei der Konkurrenz etc.) (Berufung, S. 7 f.). Die Einwände (1) und (2) gehen an der Sache vorbei, da sie sich auf Modelle (vgl. obige E. 5.2.1) und nicht auf Kunden beziehen. Der Einwand (3) bleibt unbelegt. Mit dem Einwand (4) schliesslich bestätigt die Berufungsklägerin selbst, dass bei einem Ausfall von Kunden, der durch eine verspätete Abmeldung der Berufungsbeklagten bedingt war, diese die vollen Kosten übernehmen musste. Damit hat das Zivilgericht zu Recht festgestellt, dass der Vertrag die Berufungsbeklagte nicht als Schülerin, sondern als Arbeitskraft behandle, die durch ihre Arbeit zum Betriebsergebnis befrage.

5.2.3 Das Zivilgericht weist schliesslich darauf hin, dass Artikel 9 des Vertrags einen jährlichen Ferienanspruch von fünf Wochen für die Berufungsbeklagte festlege und den Zeitpunkt und die Modalitäten des Ferienbezugs regle. In Unterrichtsverhältnissen seien die Ferien ■ so das Zivilgericht ■ regelmässig hinsichtlich Dauer und Zeitpunkt zum vornherein fest vereinbart. Demgegenüber lehne sich die vorliegende Regelung an die arbeitsvertraglichen Vorschriften an. Die Pflicht, die Ferien drei Monate im Voraus anzumelden, diene der Ferienplanung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Coiffeurbetriebs. Die Bedeutung der Betriebsbedürfnisse werde auch aus den übrigen Ferienabreden ersichtlich (kein Ferienbezug vor Feiertagen, Sommerferien von höchstens drei Wochen, Absprache bezüglich der übrigen zwei Ferienwochen) (angefochtener Entscheid, E. 2.4.4).

In Bezug auf den Umstand, dass in Unterrichtsverhältnissen im Voraus fest vereinbarte Ferien üblich seien, führt die Berufungsklägerin aus, sie habe nur wenige Schülerinnen gehabt; es habe deshalb keine Notwendigkeit bestanden, Ferientermine zum vornherein festzulegen. Nicht einsichtig sei sodann, wie eine Vereinbarung der Ferien drei Monate im Voraus den Bedürfnissen des Betriebs diene. Der Betrieb generiere einen Umsatz von weniger als CHF 100'000.■, den die Berufungsklägerin allein bewältigen könne. Die Regel eines beschränkten Ferienbezugs schliesslich sei ■ wohl ungeprüft in den Vertrag übernommen (und nicht angewandt) ■ worden (Berufung, S. 8). Die Berufungsklägerin bleibt für ihre Behauptungen in Bezug auf die Ferienregelung jeden Beweis schuldig. Sie bemüht sich nicht einmal, ihre Behauptungen zu beweisen. Im Übrigen sind ihre

Behauptungen ■ wenn sie denn nachgewiesen wären ■ nicht geeignet, die zivilgerichtliche Einschätzung in Zweifel zu ziehen, dass sich die Ferienregelung an die arbeitsvertraglichen Vorschriften anlehnt und den Bedürfnissen des Betriebs dient.

### 5.3

5.3.1 Nach der Analyse des Vertragstextes, der wesentliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses umfasst (angefochtener Entscheid, E. 2.4 und E. 2.5 erster Absatz) untersucht das Zivilgericht, wie die Parteien das Vertragsverhältnis tatsächlich gelebt haben. In diesem Zusammenhang stellt es zunächst die diesbezüglichen Standpunkte der Parteien dar (angefochtener Entscheid, E. 2.5.1). Anschliessend gibt es die Aussagen der beiden Zeugen H\_\_\_\_\_ und G\_\_\_\_\_, beides ehemalige Schüler der Berufungsklägerin, wieder über den Inhalt des Unterrichts an der Coiffeurschule. Gemäss den Aussagen von H\_\_\_\_\_ habe sein Kursprogramm an einem Tag in der Woche zwei bis drei Stunden Theorieunterricht beinhaltet, wenn keine Kunden gekommen seien. Geschult worden seien sie anhand verschiedener Materialien (Memory, Flipchart, Bücher, Puppen). Er habe sowohl an Puppen wie auch an Kunden gearbeitet. Teilweise habe er auch Kunden der Berufungsklägerin bedient. Er habe die Kunden platziert und deren Haare gewaschen. Bei zwei, drei Kunden habe er auch mehr Arbeiten verrichten dürfen. Gemäss den Aussagen von G\_\_\_\_\_ habe das Kursprogramm das Üben an Puppen sowie das gegenseitige Abfragen anhand von Karteikarten beinhaltet. Etwa einmal pro Woche sei Theorie unterrichtet worden. Wenn viele Kunden im Salon gewesen seien, hätten sie keine Zeit für Theorie gehabt. Wenn wenig Kundschaft im Laden gewesen sei, habe es teilweise einen halben Tag Theorie gegeben. Die Berufungsklägerin habe die Schüler aufgefordert, die Theorie zu Hause anzuschauen. Die Berufungsbeklagte und sie ■ G\_\_\_\_\_ ■ hätten nicht immer gleichzeitig gearbeitet. Der Schwerpunkt der Ausbildung habe in der praktischen Arbeit gelegen. Sie habe mehrheitlich an Kunden gearbeitet und sei dabei sehr selbständig gewesen. Sie und die Berufungsbeklagte hätten denn auch die Kunden von A bis Z bedient (angefochtener Entscheid, E. 2.5.2). Das Zivilgericht nimmt aufgrund dieser ■ glaubwürdigen Aussagen ■ dieser beiden Zeugen an, dass sie pro Woche ein bis drei Stunden, manchmal einen halben Tag, in Theorie unterrichtet worden seien; die Parteien seien sich dagegen einig, dass die Berufungsbeklagte keinen Theorieunterricht erhalten habe. Wesentlich sei, dass die Berufungsbeklagte stattdessen an Puppen geübt und Kunden bedient habe. Dabei sei aufgrund der Zeugenaussagen anzunehmen, dass die Berufungsbeklagte die Kunden selbständig und umfassend bedient habe. Aufgrund ihrer Ausbildung und Tätigkeit als Coiffeuse in Bulgarien habe sie jedenfalls Vorkenntnisse und eine gewisse Berufserfahrung mitgebracht, was zweifellos von Nutzen gewesen sei (angefochtener Entscheid, E. 2.5.3 erster Absatz).

Die Berufungsklägerin wendet gegen die Aussagen von G\_\_\_\_\_ ein, dass sie und die Berufungsbeklagte ■ kaum je gemeinsam im Salon ■ gewesen seien. Daraus schliesst die Berufungsklägerin, dass G\_\_\_\_\_ nicht habe wissen können, ob und welche Aufgaben die Berufungsbeklagte habe übernehmen können (Berufung, S. 13). Dieser Einwand ist nicht stichhaltig: Die Berufungsklägerin räumt selbst ein, dass sich die Anwesenheitszeiten der Berufungsbeklagten und von G\_\_\_\_\_ überschneiden hätten, so ■ wenn auch nicht ausnahmslos ■ an zwei Nachmittagen pro Woche bis etwa 15 Uhr und am Samstag (Berufung, S. 13; Verhandlungsprotokoll vom 16. November 2017, S. 5 unten). Aufgrund dieser Zeiten gemeinsamer Anwesenheit war G\_\_\_\_\_ somit durchaus in der Lage, sich zu den von der Berufungsbeklagten verrichteten Tätigkeiten zu äussern.

Die Berufungsklägerin beruft sich sodann auf die Aussage von G\_\_\_\_, wonach sie selbst kein Ersatz für eine Arbeitskraft im Salon der Berufungsklägerin gewesen sei. G\_\_\_\_ habe ausgeführt, dass die Berufungsklägerin ■Hauptarbeiterin■ gewesen sei und die Schülerinnen nicht alles hätten machen können. Die Berufungsklägerin habe ihnen schon gesagt, dass man diese [oder jene] Kundin machen könne (Berufung, S. 13 f.; Verhandlungsprotokoll vom 16. November 2018, S. 6 oben). G\_\_\_\_ hat im Zusammenhang mit dieser Aussage auch ausgeführt, dass der Schwerpunkt in der praktischen Arbeit gelegen habe (Verhandlungsprotokoll vom 16. November 2018, S. 6 oben). Der Umstand, dass G\_\_\_\_ die Berufungsklägerin als ■Hauptarbeiterin■ bezeichnet und sich selbst nicht als ■Ersatz für eine Arbeitskraft■ eingeschätzt hat, spricht nicht dagegen, dass das Schwergewicht der Ausbildung auf der praktischen Arbeit lag und die Berufungsbeklagte Kunden selbständig und umfassend bedient hat.

Die Berufungsklägerin wendet schliesslich auch ein, dass die Ausbildung der Berufungsbeklagten in Bulgarien wertlos und die Bestätigungen über ihre beruflichen Tätigkeiten in Bulgarien nicht schlüssig seien (Berufung, S. 14). Die Berufungsklägerin führt nicht aus, dass sie die entsprechenden Einwände bereits vor Zivilgericht vorgebracht hat und diese vom Zivilgericht nicht berücksichtigt worden sind. Die erst im Berufungsverfahren vorgetragene Einwände erweisen sich somit als verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

5.3.2 Bei der Prüfung der Frage, wie der ■Ausbildungsvertrag■ gelebt wurde, hält das Zivilgericht sodann fest, dass die Angaben der Parteien über die Zahl der Kunden, welche die Berufungsbeklagte pro Woche bedient habe, divergierten. Die Berufungsbeklagte wolle anfangs monatlich zehn, später zwanzig Kunden bedient haben. Die Berufungsklägerin berufe sich auf die Kopien der Agenda (Arbeitsjournal). Das Zivilgericht führt aus, dass die Einträge in der Agenda mit Bleistift vorgenommen, ausradiert und durchgestrichen worden seien, so dass nicht allein auf eine solche Agenda abgestellt werden könne (angefochtener Entscheid, E. 2.5.3 erster und zweiter Absatz). Die Berufungsklägerin anerkenne, dass die Berufungsbeklagte bis zu 13 Kunden pro Monat bzw. bis zu einem Kunden pro Tag bedient habe. Dabei ■ so das Zivilgericht weiter ■ weise die Berufungsbeklagte gemäss ihrer unbestrittenen Aufstellung eine Präsenzzeit von 14■66 % einer Vollzeitstelle auf. Die Berufungsbeklagte habe somit regelmässig und in beachtlichem Umfang Kunden selbständig bedient, wobei sie als nicht voll ausgebildete Coiffeuse wohl mehr Zeit aufgewendet habe. Unter diesen Umständen habe sie während ihrer Präsenzzeit im Coiffeursalons vorwiegend praktische Arbeit verrichtet. Diese praktische Arbeit stehe für die Integration der Berufungsbeklagten in den Betrieb der Berufungsklägerin. Damit werde die rechtliche Analyse der Vertragsbestimmungen bestätigt (angefochtener Entscheid, E. 2.5.3 dritter Absatz).

Die Berufungsklägerin bestreitet, dass die Agenda nicht herangezogen werden könne, um die Zahl der von der Berufungsbeklagten bedienten Kunden und Modelle zu bestimmen. In der Spalte der Berufungsbeklagten seien nur Personen vermerkt, die sich als Modelle zur Verfügung gestellt und im Wesentlichen nur das Material bezahlt hätten; in der Spalte der Berufungsbeklagten seien auch keine Namen ausradiert worden. Wenn sie in ihren erstinstanzlichen Rechtsschriften von etwa 10 monatlichen Kunden gesprochen habe, welche die Berufungsbeklagte bedient habe, seien Modelle gemeint gewesen und Kunden, an welchen die Berufungsbeklagte Teilleistungen habe üben können (Berufung, S. 14■16; vgl. Berufungsreplik S. 1 f.). Diese Darlegungen sind nicht geeignet, die Richtigkeit der

zivilgerichtlichen Feststellungen in Frage zu stellen: Die Behauptung der Berufungsklägerin, bei den von der Berufungsbeklagten bedienten Personen habe es sich um Modelle gehandelt, ist neu: In den erstinstanzlichen Rechtsschriften der Berufungsklägerin ist in diesem Zusammenhang von Kunden die Rede (bei welchen die Berufungsklägerin ■den Finish verbessern■ musste), nicht aber von Modellen; die Berufungsklägerin räumte auch ein, dass die Berufungsbeklagte im April 2014 ■ca. eine Kundin oder einen Kunden pro Tag bedient■ habe (Eingabe der Berufungsklägerin vom 10. Mai 2016, S. 2). In der Klageantwort hat die Berufungsklägerin diese Ausführungen wiederholt und darüber hinaus eingeräumt, dass die Berufungsbeklagte in den Monaten Januar bis März 2014 etwa 9, 13 und 6 Kundinnen pro Monat bedient habe (Klageantwort vom 23. Mai 2016, S. 7 unten). Die Behauptung in der Berufung, bei den von der Berufungsbeklagten bedienten Personen habe es sich gar nicht um Kunden, sondern um Modelle gehandelt, ist somit neu und widerspricht den Angaben, welche die Berufungsklägerin vor Zivilgericht gemacht hat. Unbewiesen ist sodann die weitere Behauptung, dass in der Spalte der Berufungsbeklagten keine Namen ausradiert worden seien. Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das Zivilgericht richtigerweise festhält, dass die Berufungsbeklagte (gemäss dem Zugeständnis der Berufungsklägerin) bis zu 13 Kunden pro Monat bzw. bis zu einem Kunden pro Tag bedient hat.

5.3.3Das Zivilgericht legt anschliessend dar, dass ein Arbeitsverhältnis nicht im Widerspruch dazu stehe, dass in der kundenfreien Zeit an Puppen geübt worden sei. Eine laufende Verbesserung der beruflichen Fähigkeiten sowie Weiterbildungen seien im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses allgemein üblich. Nicht selten würden sogar Personen ohne besondere Vorkenntnisse für anspruchsvolle Tätigkeiten eingestellt, und ■on the job■ an eine ihnen noch unbekanntere Tätigkeit herangeführt, bis sie die Tätigkeiten selbständig ausführen könnten. Dabei arbeiteten diese Mitarbeiter von Anfang an mit und leisteten ihren Beitrag an das Arbeitsergebnis. Dafür stehe ihnen Lohn zu (angefochtener Entscheid, E. 2.5.3 vierter Absatz).

Die Berufungsklägerin kritisiert diese Erwägungen. Im Gegensatz zu Arbeitsverträgen erfolge bei Unterrichtsverträgen keine Selektion. Die Berufungsklägerin habe mehrere Schülerinnen gehabt, teilweise von der Invalidenversicherung oder Integrationsstellen vermittelt. Es sei nicht um die Integration von Schülerinnen in den Coiffeurbetrieb gegangen; Schulbetrieb und Coiffeurbetrieb seien unterschiedliche Bereiche gewesen. Wenn sie aber Schülerinnen voraussetzungslos aufgenommen habe, sei es absurd anzunehmen, sie habe diese in ihrem Coiffeurbetrieb als Arbeitskräfte einsetzen wollen (Berufung, S. 16). Die Berufungsklägerin gibt nicht an, dass und an welcher Stelle sie bereits vor Zivilgericht behauptet habe, dass sie die Schülerinnen voraussetzungslos aufgenommen habe. Die Behauptung ist neu und bleibt unbelegt und kann deshalb im Berufungsverfahren nicht berücksichtigt werden.

5.3.4Das Zivilgericht führt schliesslich aus, ein Arbeitsverhältnis könne auch dann vorliegen, wenn die Parteien ■ wie im vorliegenden Fall in Artikel 1 des ■Ausbildungsvertrags■ ein Kursgeld vereinbart und eine Lohnzahlung vertraglich ausgeschlossen hätten. Ob in einem konkreten Fall ein Arbeitsverhältnis vorliege, habe das Gericht nach den massgeblichen Vertragselementen, namentlich der betrieblichen Einordnung sowie in Anwendung von Art. 320 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR, SR 220) zu beurteilen. Dabei stelle die Pflicht zur Lohnzahlung eine zwingende Rechtsfolge aus der Qualifikation als Arbeitsverhältnis dar, woran auch eine ausdrückliche Wegbedingung der

Lohnverpflichtung nichts ändere (angefochtener Entscheid, E. 2.5.3 letzter Abschnitt).

Nach Auffassung der Berufungsklägerin verkennt das Zivilgericht mit diesen Ausführungen, dass in der Lehre ohne Einschränkungen die Ansicht vertreten werde, dass Art. 320 Abs. 2 OR keine Anwendung finde, wenn ein Lohnverzicht vereinbart worden sei. Daraus folge, dass bei einem Lohnverzicht nicht zu prüfen sei, ob andere Gründe auf ein Arbeitsverhältnis hinwiesen (Berufung, S. 16 f.).

Ein Arbeitsvertrag gilt 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 (Art. 320 Abs. 2 OR). Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass Art. 320 Abs. 2 OR eine Vermutung schaffe, die unwiderlegbar sei (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, Art. 320 OR N 17; vgl. auch Staehelin, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Art. 320 OR N 6). Der überwiegende Teil der Lehre erachtet die Vermutung dagegen als widerlegbar, aber einzig durch eine ausdrückliche Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit (eingehend Portmann, Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, ArbR 1998, S. 59, 61; Portmann, Basler Kommentar, 6. Auflage, 2015, Art. 320 OR N 19; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz 102; Emmel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 320 N 2; Staehelin, a.a.O., Art. 320 OR N 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 320 N 6; Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2019, Rz 262). Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass auch eine ausdrückliche Unentgeltlichkeitsabrede nur in engen Grenzen beachtlich sei (Emmel, a.a.O., Art. 320 N 2; AGer ZH vom 3. März 2004 [AN030972], in: ARV 2004, S. 170), so bei der Arbeit auf Probe. Sofern diese vereinbarungsgemäss unentgeltlich zu leisten sei, könne der Einsatz nur sehr kurzzeitig (maximal ein Tag) dauern; andernfalls handle es sich um Arbeit nach Art. 320 Abs. 2 OR (Emmel, a.a.O., Art. 335b N 4).

Im vorliegenden Fall haben die Parteien in Artikel 1 des ■Ausbildungsvertrags■ vereinbart, dass während des Kurses ■kein Lohn bezahlt■ werde. Damit haben die Parteien eine ausdrückliche Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit geschlossen, die nach einem überwiegenden Teil der Lehre grundsätzlich zulässig wäre. Im vorliegenden Fall ist nun zu beachten, dass aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen ■Ausbildungsvertrag■ noch nicht vollständig ersichtlich ist, dass es sich in der gelebten Vertragspraxis tatsächlich um einen Arbeitsverhältnis handelte. Erst aus der Art, wie die Parteien den Vertrag tatsächlich gelebt haben, ergab sich, dass die praktische Arbeit weit stärker im Vordergrund stand, als die Berufungsbeklagte beim Vertragsabschluss annehmen musste. Ergibt sich ■ wie im vorliegenden Fall ■ der arbeitsvertragliche Charakter eines Vertrags nicht bereits aus dem Vertragstext, sondern erst aus dessen genauen Analyse und der späteren Vertragspraxis, erweist sich die Unentgeltlichkeitsabrede als unbeachtlich. Auch aus diesen Erwägungen ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht einen Lohnanspruch bejaht hat.

## 6. Höhe des Lohnanspruchs

6.1 Zur Bestimmung der Lohnhöhe geht das Zivilgericht von einem Aushilfsvertrag aus (und nicht von einem Lehrvertrag), weil die Ausbildung im Vergleich zur praktischen Arbeit rudimentär gewesen sei. Die Berufungsbeklagte lege einen Bruttolohn von CHF 2■500.■ für eine vollzeitliche Aushilfstätigkeit zugrunde, was die Berufungsklägerin nicht substantiiert bestreite. Da sie nur zwischen 14 % und 66 % gearbeitet habe, berechne

sie den Lohn entsprechend ihren Präsenzzeiten. Mit Rücksicht auf das Lohnniveau im Coiffeurgewerbe (GAV-Lohn von CHF 3'700.─ bzw. 3'800.─ für Coiffeusen mit dreijähriger Lehre) ─ so das Zivilgericht ─ erscheine ein Monatslohn von CHF 2'250.─ als angemessen. Daraus ergebe sich ein Bruttolohnanspruch von CHF 27'000.─ bzw. nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge von 8,225 % ein Nettolohnanspruch von CHF 24'779.25 (angefochtener Entscheid, E. 2.5.4). Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, sie habe vor Zivilgericht alle Faktoren der Forderungsberechnung durch die Berufungsbeklagte ─substantiiert bestritten─ (Berufung, S. 17─19).

6.2 In Bezug auf die Präsenzzeiten macht die Berufungsklägerin zunächst geltend, dass sie die von der Berufungsbeklagten behaupteten Präsenzzeiten in der Klageantwort bestritten habe (Berufung, S. 17). In ihrer Klage hatte die Berufungsbeklagte eingehend dargelegt, dass sie von Dezember 2012 bis Juni 2013 an vier Tagen pro Woche von 8 bis 15 Uhr gearbeitet habe (Pensum von 66 %); auch für die weiteren Zeiträume bis Januar 2015 gab die Berufungsbeklagte ihre Arbeitstage und Arbeitszeiten detailliert an (Klage vom 20. Januar 2016, Rz 7). In der Klageantwort hat die Berufungsklägerin diese Ausführungen global bestritten und behauptet, dass die Präsenzzeit eine Mittagspause von 90 Minuten beinhaltet habe; zum Beweis dieser Behauptung hat sie eine Parteibefragung beantragt (Klageantwort vom 23. Mai 2016, S. 5 f. zu Rz 7). In der Klage hat die Berufungsbeklagte ihre in Rz 7 dargelegten Arbeitszeiten nochmals detailliert aufgeführt (Rz 15). Diese detaillierte Aufstellung hat die Berufungsklägerin in ihrer Klageantwort wiederum nur global bestritten und darüber hinaus ausgeführt, die Behauptung der Berufungsbeklagten habe Lohnarbeit geleistet, sei falsch; sie vergesse, dass sie noch nicht selbständig arbeiten können (S. 9 zu Rz 15). Aufgrund dieser Ausführungen in der Klage und Klageantwort ist die Annahme des Zivilgerichts nicht zu beanstanden, dass die Berufungsklägerin die Aufstellung der Berufungsbeklagten nicht im Einzelnen bestritten hat (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2.5.3 dritter Abschnitt und E. 2.5.4 erster Abschnitt). Es kommt hinzu, dass die Berufungsklägerin in der Berufung nicht angibt, wie sie ihre Behauptung einer 90-minütigen Mittagspause im Berufungsverfahren beweisen will (allenfalls durch die in der Klageantwort beantragte Parteibefragung) und zu welchem abweichenden Ergebnis eine allfällige Parteibefragung (oder die Abnahme sonstiger Beweismittel) führen würde. Dies genügt den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht: Zum einen sind nämlich die Parteien gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398 mit Hinweisen). Zum anderen muss die Berufungsklägerin in der Berufung selbst näher darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis die Abnahme der erstinstanzlich verweigerten Beweise geführt hätte. Dies hat die Berufungsklägerin im vorliegenden Fall nicht getan, weshalb unklar bleibt, inwiefern die Behebung des geltend gemachten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte (vgl. dazu BGer 5A\_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.1 und 4.3).

Die Berufungsklägerin beruft sich im Zusammenhang mit dem Nachweis der Präsenzzeiten der Berufungsbeklagten sodann auf ihre Agenda (Berufung, S. 18 f.). In vorstehender E. 5.3.2 wurde ausgeführt, weshalb die Bleistifteintragungen in der Agenda nicht beweistauglich sind. Darauf kann an dieser Stelle verwiesen werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Zivilgericht ermittelten Präsenzzeiten der Berufungsbeklagten nicht zu beanstanden sind.

6.3 In Bezug auf die Lohnhöhe, die das Zivilgericht seiner Lohnberechnung zugrunde legt, macht die Berufungsklägerin ebenfalls geltend, sie habe auch diese bereits vor Zivilgericht bestritten (Berufung, S. 17). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin hat das Zivilgericht bei der Lohnhöhe nicht auf die Angaben der Berufungsbeklagten (Monatsbruttolohn von CHF 2'500.─ gemäss Klage vom 20. Januar 2016, Rz 11 und 15) abgestellt. Vielmehr hat es kurz begründet, weshalb es im vorliegenden Fall von einem Aushilfsvertrag ausgegangen ist und ─ mit Blick auf den gesamtarbeitsvertraglichen Monatsbruttolohn von CHF 3'700.─ bzw. CHF 3'800.─ für Coiffeusen nach dreijähriger Lehre ─ einen Bruttomonatslohn von CHF 2'250.─ für eine Coiffeuraushilfe als angemessen erachtet (angefochtener Entscheid, E. 2.5.4 zweiter Absatz). Da die Berufungsbeklagte über gewisse Vorkenntnisse und etwas Berufserfahrung verfügt (vgl. vorstehende E. 5.3.1) und regelmässig und in beachtlichem Umfang selbständige praktische Arbeit im Betrieb der Berufungsklägerin verrichtet hat (vgl. vorstehende E. 5.3.2), ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht einen Aushilfslohn CHF 2'250.─ zugrunde gelegt hat, was 60 % des Lohns einer ausgebildeten Coiffeuse entspricht. Da wie dargelegt kein Ausbildungsverhältnis vorliegt, ist es ─ entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin (vgl. Berufung, S. 17) ─ auch richtig, nicht auf einen Lehrlingslohn abzustellen.

6.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht sowohl die Präsenzzeiten der Berufungsbeklagten als auch die Lohnhöhe korrekt ermittelt hat.

## 7. Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren

Die Berufungsklägerin macht geltend, die der Berufungsbeklagten zugesprochene Parteientschädigung werde im angefochtenen Entscheid nicht nachvollziehbar begründet. Auf Nachfrage hin habe das Zivilgericht mit Verfügung vom 16. April 2018 ausgeführt, das Grundhonorar betrage CHF 2'900.─ zuzüglich Zuschlägen von 115 %. Der sich daraus ergebende Betrag, CHF 6'235.─, stimme nicht mit dem Dispositiv überein, mit welchem der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'887.50 zugesprochen worden sei (Berufung, S. 19). In Ziffer 4 der Verfügung vom 16. April 2018 (bei den Zivilgerichtsakten) hat das Zivilgericht die Höhe der Parteientschädigung begründet. Demgemäss hat es zum Grundhonorar von CHF 2'900.─ zwei Zuschläge vorgenommen: einen ersten Zuschlag von 25 % aufgrund des schriftlichen Verfahrens (CHF 2'900.─ plus 25 % = CHF 3'625.─) und einen zweiten Zuschlag von 90 % für den zweiten Schriftenwechsel, die zweite Verhandlung und das Schlichtungsverfahren (CHF 3'625.─ plus 90 % = CHF 6'887.50). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin hat das Zivilgericht damit die Höhe der mit dem Dispositiv zugesprochenen Parteientschädigung nachvollziehbar begründet. Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, der Zuschlag für das Schlichtungsverfahren sei ungerechtfertigt (Berufung, S. 19). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte unbestrittenermassen bereits im Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens anwaltlich vertreten war, womit der Zuschlag gemäss § 5 Abs. 1 lit. b/ba HO gerechtfertigt ist. Auf welchen Namen das auf der Honorarnote angegebene Konto lautet, ist entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin unerheblich.

## 8. Sachentscheid und Kostenentscheid im Berufungsverfahren

8.1 Aufgrund dieser Erwägungen ist der angefochtene Entscheid zu bestätigen und die dagegen erhobene Berufung abzuweisen.

8.2 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Berufungsklägerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 werden keine Gerichtskosten auferlegt (Art. 114 lit. c ZPO). Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren (AGE ZB.2015.32 vom 22. April 2016 E. 3.2 mit Hinweisen). Das vorliegende Berufungsverfahren ist demgemäss kostenlos.

Hingegen hat die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu zahlen. Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO, SG 291.400]). Das Honorar bemisst sich nach dem zweitinstanzlichen Streitwert (§ 12 Abs. 3 HO) von CHF 24'779.25. Das erstinstanzliche Grundhonorar beträgt demgemäss maximal CHF 2'900.00 (vgl. § 4 Abs. 1 lit. b HO). Dazu kommt eine Erhöhung um 50 % wegen der Schriftlichkeit des Verfahrens (§ 4 Abs. 2 HO), ein Komplexitätszuschlag von 50 % (§ 5 Abs. 1 lit. a HO) sowie ein Drittelsabzug für das Berufungsverfahren (§ 12 Abs. 1 HO). Vorliegend hat die Berufungsbeklagte in ihrer Honorarnote ein geringeres Honorar von CHF 1'710.50 zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 131.70 geltend gemacht. Dies ist nicht zu beanstanden.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Dreiergericht):

://: Die Berufung gegen den Entscheid des Zivilgerichts vom 16. November 2017 (GS.2016.3) wird abgewiesen.

Das Berufungsverfahren ist kostenlos.

Die Berufungsklägerin bezahlt der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'710.50 zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 131.70.

Mitteilung an:

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.00 bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.00 in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.



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