

Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis	XXI
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV

A. Gesetzgebung	1
Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH	

I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS).....	3
1. Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014 und Verordnung über die Weiterbildung (WeBiV) 24. Februar 2016	3
2. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Vorsorgeausgleich bei Scheidung). Änderung vom 19. Juni 2015	3
3. Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Genehmigung von Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) vom 18. März 2016.....	3
4. Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) (Unfallversicherung und Unfallverhütung). Änderung vom 25. September 2015. Verordnung über die Unfallversicherung (UVV). Änderung vom 9. November 2016.....	4
5. Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) (Organisation und Nebentätigkeiten der SUVA). Änderung vom 25. September 2015.....	4
6. Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Um- setzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Aus- dehnung auf die Republik Kroatien vom 17. Juni 2016.....	4
7. Europäisches Übereinkommen vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR). Änderung vom 5. April 2016	5
8. Abkommen vom 30. Oktober 2014 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die gegenseitige Aner- kennung von Fähigkeitszeugnissen und Berufsattesten	

der beruflichen Grundbildung. Änderung des Anhangs betreffend diverse Berufsbezeichnungen	5
9. Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizeri- schen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäi- schen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten anderer- seits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Auf- nahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union. Abgeschlossen am 4. März 2016. Von der Bundesversammlung ge- nehmigt am 17. Juni 2016. In Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Januar 2017	5
10. Verordnung des EFD über die Sparkasse Bundes- personal vom 18. Dezember 2015.....	5
11. Verordnung über die obligatorische Arbeitslosen- versicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV). Änderung vom 13. Januar 2016	6
12. Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlasse- nen- und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 24. Februar 2016	6
13. Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eid- genossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 13. April 2016	6
14. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 4. Mai 2016	6
15. Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversi- cherung (AHVV). Änderung vom 20. April 2016	7
16. Verordnung des WBF vom 21. April 2011 über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsar- beit während der beruflichen Grundbildung. Änderung vom 2. Mai 2016	7
17. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestufteten Berufsbildungsab- schlüsse. Änderung vom 7. Juni 2016.....	7
18. Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlasse- nen- und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 10. Juni 2016	7
19. Verordnung über das Schiffspersonal auf dem Rhein. Änderung vom 20. Juni 2016	8

20. Verordnung über das Psychologieberuferegister (Registerverordnung PsyG) vom 6. Juli 2016 und Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung des Psychologieberufegesetzes vom 6. Juli 2016.....	8
21. Verordnung über die eidgenössische Berufsmaturität (Berufsmaturitätsverordnung, BMV). Änderung vom 6. Juni 2016	8
22. Verordnung über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung, RAV). Änderung vom 17. August 2016	8
23. Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 17. August 2016	9
24. Verordnung über die eidgenössische Berufsmaturität (Berufsmaturitätsverordnung, BMV) vom 24. Juni 2009 (AS 2009 3447; SR 412.103.1), Berichtigung, Art. 4 Abs. 2 BMV	9
25. Verordnung des SBFI über die berufliche Grundbildung Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ) vom 5. August 2016	9
26. Verordnung über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck. Änderung vom 16. September 2016.....	10
27. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 12. Oktober 2016.....	10
28. Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV). Änderung vom 26. Oktober 2016.....	10
29. Verordnung über das Informationssystem für die Auszahlung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung (ASAL-Verordnung) vom 26. Oktober 2016	10
30. Verordnung über die Ergänzungsprüfung für die Zulassung von Inhaberinnen und Inhabern eines eidgenössischen Berufsmaturitätszeugnisses zu den universitären Hochschulen. Änderung vom 9. November 2016	11
31. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 23. November 2016.....	11
32. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 2. Dezember 2016	11
33. Verordnung des SBFI über die eidgenössische Berufsmaturitätsprüfung (VEBMP) vom 16. November 2016.....	11

34. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestufteten Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 30. November 2016.....	12
35. Verordnung des WBF über den nachträglichen Erwerb des Fachhochschultitels. Änderung vom 23. November 2016.....	12
36. Verordnung des WBF über die Zulassung zu Fachhochschulstudien. Änderung vom 23. November 2016	12
37. Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft). Änderung vom 9. Dezember 2016.....	12
38. Vorschriften des Bundesamtes für Verkehr über den Erlass von Fahrdienst- und Betriebsvorschriften für Eisenbahnen (VEFB). Aufhebung vom 6. April 2016.....	12
39. Reglement der Kassenkommission PUBLICA für das Personal der Pensionskasse des Bundes PUBLICA (PUBLICA-Personalreglement). Änderung vom 10. April 2014, vom Bundesrat genehmigt am 7. September 2016. Änderung von Ingress und Art. 8a Abs. 2 PUBLICA-Personalreglement	12
40. Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 21. Dezember 2016	13
41. Verordnung über die Aufhebung der Reglemente über die Lehrlingsausbildung und die Mindestanforderungen der Lehrabschlussprüfung im Bogenmacher-Gewerbe vom 12. Dezember 2016	13
42. Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung	13
II. Bundesblatt (BBl)	14
1. Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Genehmigung von Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) vom 18. März 2016	14
2. Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG). Änderung vom 17. Juni 2016	14

3. Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien vom 17. Juni 2016.....	14
4. Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) vom 30. September 2016.....	15
5. Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG). Änderung vom 30. September 2016	15
6. Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG). Änderung vom 30. September 2016.....	15
7. Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung vom 16. Dezember 2016	16
8. Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG). Änderung vom 16. Dezember 2016.....	16
9. Botschaft und Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA) vom 17. Juni 2005	16
10. Botschaft und Entwurf zum Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) vom 18. Dezember 2015.....	17
11. Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Volksrepublik China über soziale Sicherheit vom 3. Februar 2016. Entwurf Bundesbeschluss über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Volksrepublik China über soziale Sicherheit	17
12. Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016. Entwurf Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie	

ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien. Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union	18
13. Botschaft und Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Verlängerung von Normalarbeitsverträgen mit Mindestlöhnen) vom 4. März 2016	18
14. Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 4. März 2016 und Anträge des Bundesrates zum Erlassentwurf vom 8. März 2013 zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) in der Fassung des Ständerates vom 11. Dezember 2013	19
15. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) vom 4. März 2016 und Entwurf des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung	20
16. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 29. Juni 2016 und Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (Entwurf) sowie Bundesbeschluss über Finanzhilfen für die Erhöhung von kantonalen und kommunalen Subventionen für die familienergänzende Kinderbetreuung und für Projekte zur besseren Abstimmung des familienergänzenden Betreuungsangebotes auf die Bedürfnisse der Eltern (Entwurf)	21
17. Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 24. August 2016. Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Protokolls von 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit. Protokoll von 2014 zum Übereinkommen über Zwangsarbeit, 1930	21
18. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen und Invalidenversicherung (EL-Reform) vom 16. September 2016. Entwurf Bundesgesetz über Ergänzungsleistun-	

gen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) (EL-Reform). Änderung	22
19. Geeignetes Personal im diplomatischen Dienst. Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Mai 2016 zum Bericht der GPK-S vom 26. Februar 2016	22
20. Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Mai 2016 zum Bericht der GPK-N vom 22. März 2016 betreffend Qualität der Verbundpartnerschaft in der Berufsbildung. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 22. März 2016. Qualität der Verbundpartnerschaft in der Berufsbildung und Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 2. November 2015	23
21. Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Oktober 2016 zur Parlamentarischen Initiative «Bessere Unterstützung für schwerkranke oder schwerbehinderte Kinder, die zu Hause gepflegt werden». Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 7. Juli 2016	23
22. Klärung der Ursachen für die Unterschiede beim kantonalen Vollzug des Abkommens über die Personenfreizügigkeit – Bericht des Bundesrats vom 4. März 2016 in Erfüllung des Postulats der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats 14.4005 vom 6. November 2014	24
23. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 7. Juli 2016 betreffend die parlamentarische Initiative: Bessere Unterstützung für schwerkranke oder schwerbehinderte Kinder, die zu Hause gepflegt werden, und Entwurf Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG). Änderung	24
24. Parlamentarische Initiative: Gesetzliche Anerkennung der Verantwortung der Pflege. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. Januar 2016 und Stellungnahme des Bundesrates vom 23. März 2016	24
25. Eidgenössische Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie». Vorprüfung	25
26. Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt». Zustandekommen	26
27. Verwaltungsvereinbarung zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) über die	

Anerkennung von Maturitätszeugnissen. Änderung vom 9. November 2016.....	26
28. Vernehmlassungsverfahren durch das Eidgenössische Departement des Innern zur Teilrevision des Bundesgesetzes (UIDG) und der Verordnung (UIDV) über die Unternehmensidentifikationsnummer	26
29. Strategische Ziele des Bundesrates für den Rat des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB) für die Jahre 2017–2020 vom 9. November 2016	26
III. Initiativen	27
1. Parlamentarische Initiativen	27
2. Motionen	28
3. Postulate	30
IV. Normalarbeitsverträge	31
1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen	31
2. Sonstige Normalarbeitsverträge	34
V. Kollektives Arbeitsrecht	39
1. Sozialpartnerschaft	39
1.1 FlaM – Anpassung der Mindestlöhne NAV Hauswirtschaft	39
1.2 GAV Tankstellenshops	40
1.3 GAV Coiffeurgewerbe	40
1.4 GAV Private Sicherheitsbranche	41
2. Mindestlohn im Kanton Neuenburg	41
3. Europäischer Betriebsrat LafargeHolcim	42
4. Lohngleichheit	43
5. Arbeitskampf	43
6. Gesamtarbeitsvertragsrecht	43
6.1 Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2016	43
6.2 Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds	44
B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)	47
Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH	
<i>Merk- und Informationsblätter des SECO</i>	48
I. Merkblatt zur Abgrenzung zwischen dem Arbeitsgesetz und den «Chauffeurverordnungen» (ARV 1 und ARV 2)	49
1. Geltungsbereich	49

2.	Bestimmungen zur Nachtarbeit	50
2.1	Nachtzeitraum (Art. 10 und 16 ArG).....	50
2.2	Dauer der Nachtarbeit.....	50
2.3	Kompensation für vorübergehende und dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit	50
3.	Nachweis der Zeitkompensation bei dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit.....	50
4.	Fahrten ins Ausland	51
5.	Sonderfall: Aushilfs- und Abruf-Stundenlöhner.....	51
6.	Arbeitszeitbewilligungen	51
7.	Chauffeure im Nebenberuf.....	52
8.	Koordination zwischen den verschiedenen kantonalen Kontrollbehörden.....	52
II.	Das Arbeitsgesetz – die wichtigsten Arbeits- und Ruhezeit- bestimmungen in Kürze	53
1.	Tages- und Abendarbeit.....	53
1.1	Tages- und Abendarbeit (Art. 10 ArG).....	53
2.	Wöchentliche Höchstarbeitszeit	53
2.1	Grundsatz (Art. 9 ArG, Art. 2 ArGV 1).....	53
2.2	Flexibilisierung (Art. 22 ArGV 1)	54
2.3	Verkürzung (Art. 23 ArGV 1)	54
3.	Voraussetzungen und Dauer der Überzeitarbeit	54
3.1	Überzeitarbeit (Art 12 und 13 ArG, Art. 25 ArGV 1).....	54
3.2	Sonderfälle (Art. 26 ArGV 1).....	55
4.	Ruhezeiten	55
4.1	Tägliche Ruhezeit (Art. 15a ArG, Art. 19 ArGV 1)	55
4.2	Wöchentlicher Ruhetag (Art. 18–20a ArG, Art. 21 ArGV 1).....	55
4.3	Wöchentlicher freier Halbttag (Art. 21 ArG, Art. 20 ArGV 1).....	55
5.	Schichtarbeit	56
5.1	Schichtarbeit und Schichtwechsel (Art. 25 ArG, Art. 34 ArGV 1)	56
5.2	Verzicht auf den Schichtwechsel (Art. 35 ArGV 1).....	56
6.	Nachtarbeit	56
6.1	Verbot der Nachtarbeit (Art. 16 ArG).....	56
6.2	Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit (Art. 17 ArG)	56
6.3	Dauer der Nachtarbeit (Art. 17a ArG).....	57
6.4	Lohn- und Zeitzuschlag (Art. 17b ArG, Art. 31 ArGV 1).....	57
6.5	Ausnahmen vom Zeitzuschlag (Art. 32 ArGV 1)....	57

6.6	Medizinische Untersuchung und Beratung (Art. 17c ArG, Art. 43–45 ArGV 1)	57
6.7	Weitere Massnahmen bei Nachtarbeit (Art. 17e ArG)	57
6.8	Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit und verlängerte Dauer der Nachtarbeit (Art. 17a und 25 Abs. 3 ArG, Art. 29 und 30 ArGV 1)	58
7.	Sonntagsarbeit	58
7.1	Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG)	58
7.2	Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 19 ArG)	58
7.3	Freier Sonntag und Ersatzruhe (Art. 20 ArG, Art. 21 ArGV 1).....	58
8.	Ununterbrochener Betrieb	58
8.1	Ununterbrochener Betrieb (Art. 24 ArG, Art. 36–38 ArGV 1).....	58
9.	Pikettdienst	59
9.1	Pikettdienst (Art. 6 und 9–31 ArG, Art. 14 und 15 ArGV 1).....	59
10.	Jugendliche Arbeitnehmende, schwangere Frauen und stillende Mütter	60
10.1	Jugendliche, schwangere Frauen und stillende Mütter (Jugendliche: 29–32 ArG, ArGV 5 + WBF-Verordnungen; Mutterschutz: 35–35b ArG, 60–65 ArGV 1, Mutterschutz- verordnung)	60
11.	Arbeitnehmende mit Familienpflichten	60
11.1	Arbeitnehmende mit Familienpflichten (Art. 36 ArG)	60
12.	Verzeichnisse und andere Unterlagen, Bekanntgabe des Stundenplanes und der Arbeitszeitbewilligungen, Mitwirkung der Arbeitnehmenden	60
12.1	Verzeichnisse und andere Unterlagen (Art. 46 ArG, Art. 73, 73a und 73b ArGV 1)	60
12.2	Bekanntgabe des Stundenplans und der Arbeitszeitbewilligungen (Art. 47 ArG, Art. 69 ArGV 1).....	60
12.3	Mitwirkungsrechte (Art. 48 ArG, Art. 69–71 ArGV 1).....	61
III.	Technische Überwachung am Arbeitsplatz	61
1.	Einleitung	61
2.	Technische Überwachungs- und Kontrollsysteme	62
3.	Schutz der persönlichen Integrität und Gesundheit am Arbeitsplatz	62
3.1	Schutz der Gesundheit	63
4.	Die Verhältnismässigkeit	63

4.1	Persönlichkeitsschutz für Arbeitnehmende.....	63
4.2	Betriebsinteresse abschätzen.....	63
4.3	Beurteilung der Verhältnismässigkeit.....	64
4.4	Interessen des Betriebes.....	64
4.5	Interessen der Mitarbeitenden.....	64
4.6	Leistungs- oder Verhaltensüberwachung?.....	64
5.	Planung und Installation.....	65
5.1	Ungewollte Verhaltensüberwachung.....	65
5.2	Voraussetzung in der Planungsphase prüfen.....	66
6.	Datengewinnung, -bearbeitung und -auswertung.....	66
6.1	Transparenz im Umgang mit Personendaten.....	66
6.2	Datenmissbrauch ist strafbar.....	67
6.3	Überwachung braucht Zustimmung.....	67
7.	Deaktivierung eines Überwachungs- und Kontroll- systems.....	68
IV.	Sitzen bei der Arbeit.....	68
1.	Verantwortung von Arbeitgeber und Mitarbeitenden.....	69
2.	Weshalb ist Sitzen bei der Arbeit ein wichtiges Thema?	69
3.	Was sagt das Gesetz?.....	69
3.1	Obligationenrecht.....	69
3.2	Arbeitsgesetz.....	69
3.3	Unfallversicherungsgesetz.....	70
3.4	Mitwirkungsgesetz.....	70
4.	Wie entstehen beim Sitzen Probleme?.....	70
5.	Wie können Gesundheitsprobleme verhindert werden?	70
6.	Empfehlungen für Sitzarbeitsplätze.....	70
6.1	Wechsel zwischen Sitzen und Stehen.....	70
6.2	Stehhilfen bieten Stabilität.....	71
6.3	Richtige Höhe von Sitz- und Arbeitsfläche.....	71
6.4	Höhe der Arbeitsfläche an Tätigkeit anpassen.....	71
6.5	Fussstützen.....	71
6.6	Stuhl an Körpergrösse anpassen.....	71
6.7	Richtige Einstellung der Rückenlehne.....	72
6.8	Persönliches Verhalten.....	72
7.	Checkliste für die Beschaffung von Bürostühlen.....	72
7.1	Der richtige Arbeitsstuhl.....	72
7.2	Korrekte Arbeitshöhe und gute Körperhaltung.....	73
V.	Stehen bei der Arbeit.....	73
1.	Beschwerden und Erkrankungen durch langes Stehen bei der Arbeit vermeiden!.....	73
2.	Weshalb ist Stehen bei der Arbeit ein wichtiges Thema?	73
3.	Was sagt das Gesetz?.....	74
3.1	Obligationenrecht.....	74
3.2	Arbeitsgesetz.....	74
3.3	Unfallversicherungsgesetz.....	74

3.4	Mitwirkungsgesetz.....	74
4.	Wie entstehen beim Stehen Probleme?.....	74
5.	Prävention zahlt sich aus!	75
6.	Empfehlungen für Steharbeitsplätze	75
6.1	Arbeitsplatzwechsel/Job-Rotation	75
6.2	Stehhilfen zur Entlastung.....	75
6.3	Bequeme Stühle für Kurzpausen	75
6.4	Entspannungsübungen	75
6.5	Persönliches Verhalten	76
VI.	Leitfaden für gynäkologisch tätige Ärztinnen und Ärzte.....	76
1.	Einleitung	76
2.	Rechtslage (Mutterschutzverordnung).....	77
2.1	Wichtige Regelungen.....	77
3.	Betriebliche Massnahmen zum Mutterschutz.....	77
4.	Beschäftigungsverbot	78
5.	Beschäftigungsverbot oder Arbeitsunfähigkeit?.....	79

	<i>Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeits-</i>	
	<i>beauftragter (EDÖB)</i>	80
I.	24. Tätigkeitsbericht 2016/2017 des EDÖB, Arbeitsbereich	80
1.	Sachverhaltsabklärung zu eRecruiting und Bewerbungsdossiers in der Bundesverwaltung	80
II.	Empfehlungen des EDÖB nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes im Schlichtungsverfahren zwischen X. (Antragsteller) und Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	81
III.	Empfehlung des EDÖB nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes im Schlichtungsverfahren zwischen X. (Antragsteller) und Eidgenössischem Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI.....	86

C. Rechtsprechung	91
Zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und Dr. iur. HUBERT FRITSCHI	

Bundesgericht

06.01.2016	4A_251/2015,	
	4A_253/2015	93
14.01.2016	4A_435/2015	99
19.01.2016	8C_541/2015	109
21.01.2016	4A_567/2015	112
28.01.2016	4A_539/2015	119

28.01.2016	4A_504/2015		123
09.02.2016	8C_176/2015		131
11.02.2016	4A_509/2015		136
15.02.2016	4A_485/2015		141
19.02.2016	4A_419/2015		148
25.02.2016	4A_558/2015		152
08.03.2016	8C_895/2015		155
21.03.2016	4A_88/2016		160
22.03.2016	8C_506/2015	142 II 154	164
24.03.2016	8C_376/2015	142 II 49	169
31.03.2016	8C_739/2015		186
14.04.2016	4A_565/2015	142 III 381	192
25.04.2016	2C_739/2015	142 II 243	197
04.05.2016	4A_694/2015		206
19.05.2016	8C_672/2015		212
02.06.2017	4A_175/2016		216
07.06.2016	8D_3/2015	142 II 259	219
20.06.2016	4A_590/2015		224
20.06.2016	4A_46/2016		234
20.06.2016	2C_703/2015		239
22.06.2016	4A_557/2015	142 III 456	244
01.07.2016	4A_680/2015		248
06.07.2016	8C_817/2015		253
11.08.2016	4A_109/2016	142 III 579	256
11.08.2016	8C_90/2016	142 II 425	258
23.08.2016	4A_236/2016		265
12.09.2016	4A_169/2016	142 III 626	272
15.09.2017	4A_348/2015		274
21.09.2016	8C_826/2015		277
27.09.2016	4A_327/2016	142 III 767	282
10.10.2016	4A_63/2016		286
18.10.2016	4A_99/2016	142 III 683	293
24.10.2016	4A_227/2016		299
31.10.2016	4A_364/2016		305
16.11.2016	8C_397/2016		311
17.11.2016	4A_297/2016		316
01.12.2016	4A_521/2016		327
13.12.2016	4A_161/2016		336
12.12.2016	2C_625/2016	143 II 102	341
21.12.2016	6B_1151/2015	143 IV 63	348

Kantone**AR**

OGer. OIZ 15 9 23.05.2016 355

BE

OGer. ZK 15 501 25.02.2016 362

OGer. ZK 15 614 23.03.2016 370

OGer. ZK 16 216 28.09.2016 377

GE

CAPH CAPH/8/2016 14.01.2016 384

CAPH CAPH/10/2016 19.01.2016 389

CAPH CAPH/11/2016 19.01.2016 394

CAPH CAPH/56/2016 23.03.2016 399

CAPH CAPH/203/2016 15.11.2016 404

GR

KGer. ZK2 14 24 29.02.2016 412

LU

KGer. 1A 12 4 16.03.2016 423

SG

KGer. BO.2016.10 26.10.2016 443

TI

CCA 12.2014.168 20.01.2016 449

CCA 12.2015.72 31.05.2016 451

CCA 12.2016.24 21.10.2016 457

VD

CACI 2016 216 13.04.2016 462

CACI 2016 359 20.06.2016 467

CACI 2016 381 27.06.2016 473

CACI 2016 484 31.08.2016 481

CACI 2016 597 04.11.2016 487

ZH

OGer. LA150011 11.01.2016 494

OGer. LA150047 15.02.2016 502

OGer. LA150033 03.03.2016 511

OGer. LA150037 11.04.2016 519

OGer.	LA150041	19.04.2016	530
OGer.	LA150025	03.05.2016	539
OGer.	LA150027	15.05.2016	550
OGer.	LA160002	08.06.2016	559
OGer.	LA150050	21.06.2016	568
OGer.	LA160017	05.07.2016	579
OGer.	SB160142	30.08.2016	583
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 15	25.01.2016	591
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 2	07.03.2016	596
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 13	14.06.2016	598
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 19	31.08.2016	601
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 24,	21.09.2016,	604
	LA16003	08.12.2016		
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 1	10.11.2016	607

D. Bibliografie	611
Zusammengestellt von RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK	

E. Verzeichnisse	623
Gesetzesregister.....	625
Stichwortverzeichnis	629

Thematisches Verzeichnis

Bei den angeführten Seitenzahlen finden sich Urteile zu den entsprechenden Themen.

- I. Individualarbeitsrecht
 1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses 123–124, 502, 596, 607
 - a) Auslegung des Arbeitsvertrages 112, 481–482, 550, 579
 - b) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 530–531
 2. Pflichten des Arbeitnehmers
 - a) Treuepflicht 109, 311, 316–317, 327, 362, 423
 - b) Befolgungspflicht 377
 - c) Haftung 598
 - d) Konkurrenzverbot 248, 362, 601–602
 3. Pflichten des Arbeitgebers
 - a) Lohnzahlungspflicht
 - aa) im Allgemeinen 274–275, 451–452, 530–531
 - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 99–100, 186, 192, 244, 286, 293, 399, 494, 519, 539, 559
 - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 258–259, 462
 - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 169–170
 - ee) Überstunden-/Überzeitarbeit 299, 389, 412, 449
 - b) Fürsorgepflicht
 - aa) Schutz der Persönlichkeit 206–207, 394–395
 - bb) Ferien und Freizeit 99–100, 224, 336
 - cc) Zeugnis und Referenz 362
 - dd) Gleichbehandlung und Gleichstellung 258–259
 - ee) Datenschutz 286, 394–395, 583–584
 - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 423, 473–474
 - d) Annahmeverzug des Arbeitgebers 598
 4. Verzicht, Verjährung, Verwirkung 169–170
 5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Kündigung
 - aa) im Allgemeinen 109, 311, 355, 443, 591–592, 598
 - bb) missbräuchliche Kündigung 109, 119, 141–142, 155, 206–207, 212–213, 234, 277, 384
 - cc) ausserordentliche Kündigung 93, 131, 148, 216, 256, 272, 305–306, 327, 336, 377, 404, 451–452, 457–458, 511–512, 568–569
 - dd) Kündigung zur Unzeit 277, 327, 568–569

- 6. Besondere Einzelarbeitsverhältnisse
 - a) befristeter Arbeitsvertrag 568–569
 - b) öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis 109, 131, 155, 160, 164, 169–170, 186, 219–220, 253–254, 258–259, 311
 - c) Leiharbeit 239
- II. Öffentliches Arbeitsrecht
 - 1. Arbeitsschutzrecht
 - a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 239
 - b) Arbeits- und Ruhezeit 412, 467–468
 - 2. ausländische Arbeitskräfte 341, 348–349
 - 3. Sozialversicherungsrecht 282
- III. Kollektives Arbeitsrecht 141–142, 212–213, 384, 389, 404
- IV. Arbeitsgerichtsbarkeit
 - 1. Zuständigkeit 136, 160, 164, 265, 348–349, 370, 467–468, 487, 579, 604
 - 2. Verfahren 123–124, 152, 197–198, 219–220, 253–254, 272, 286, 293, 467–468

Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

- A. ANDERMATT ET AL., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009; frz. Übersetzung: Droit collectif du travail, Bâle 2010
- G. AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 319–362, 2^e éd., Bâle 2012, 1965 ss
- A. BERENSTEIN/P. MAHON/J.-PH. DUNAND, Labour Law in Switzerland, 2nd ed., Berne 2012
- D. BRAND ET AL., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361–362, Muri 1991
- J. BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014
- CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005
- CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail 3^e éd., Lausanne 2011
- PH. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail. Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Genève/Zürich/Bâle 2009
- J.-PH. DUNAND/P. MAHON (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013
- H.-P. EGLI, Art. 319–362, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002
- F. EMMEL, Art. 319–362 OR, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, 1 ff.
- CH. FAVRE/CH. MUNOZ/R.A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2^e éd., Lausanne 2010
- M. FAVRE MOREILLON, Droit du travail, aspects juridiques et pratiques, 2^e éd., Bâle 2006
- TH. GEISER/R. MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015
- O. GUYOT ET AL., Le contrat de travail: Des pourparlers aux conséquences de la résiliation, 2^e éd., Genève 2010
- C. KAUFMANN/S. STEIGER-SACKMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009
- R. KUHN/G. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982–2007 (Loseblattausgabe)

- M. KULL (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014
- R. A. MÜLLER/CH. MADUZ, ArG – Kommentar Arbeitsgesetz, 8. Aufl., Zürich 2017
- TH. PIETRUSZAK, Art. 319–333a OR und Art. 344–362 OR, in: Kurzkommentar OR, Art. 1–529 OR, Basel 2014, 1029 ff.
- W. PORTMANN/R. RUDOLPH, Art. 319–362 OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, 1771 ff.
- W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013
- W. PORTMANN/F. UHLMANN (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013
- M. REHBINDER/J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010
- M. REHBINDER/J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Kommentar zu den Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014
- M. REHBINDER., Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002
- M. SCHWAIBOLD, Art. 334–342 OR, in: Kurzkommentar OR, Basel 2014, 1177 ff.
- A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006; Art. 330b–355, 361–362, Zürich/Basel/Genf 2013
- J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/3, Art. 356–360, Bern 1999
- U. STREIFF/A. VON KAENEL/R. RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012
- O. SUBILIA/J.-L. DUC, Droit du travail, éléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010
- F. VISCHER/C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 356–360f, Zürich/Basel/Genf 2006
- F. VISCHER/R. M. Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014
- R. WYLER/B. HEINZER, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AETR	Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (SR 0.822.725.22)
AG	Aargau
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AI	Appenzell-Innerrhoden
AI	assurance-invalidité
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
AmtlBull	Amtliches Bulletin
AR	Appenzell-Ausserrhoden
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, SR 822.112)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, SR 822.115)
Art.	Artikel
ARV 1	Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, SR 822.221)
AS	Amtliche Sammlung
ASA-Richtlinie	Richtlinie über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit
ASG	Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz), noch nicht in Kraft
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)
AVE GAV	allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)

AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.111)
AZG	Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, SR 822.21)
AZGV	Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, SR 822.211)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0)
BASKO	paritätisch organisierte Baustellenkontrolle Basel
BAV	Bundesamt für Verkehr
BAZ	Basler Zeitung
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, SR 412.10)
BB1	Bundesblatt
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
BBV	Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, SR 412.101)
BE	Bern
BEG	Beurteilungs- und Entwicklungsgespräch
betr.	betreffend
BFM	Bundesamt für Migration
BFS	Bundesamt für Statistik
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SR 822.41)
BIP	Bruttoinlandprodukt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BL	Baselland
BPG	Bundespersönalgesetz (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersönalverordnung (SR 172.220.111.3)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (SR 273)
ca.	circa
CACI	Cour d'appel civile
CC	Code civil suisse (RS 210)
CCNT	Convention collective nationale de travail
CCT	Convention Collective de Travail
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CFE	Chemins de fer fédéraux suisses
CHF	Schweizer Franken
CNA	Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents
CNL	Contratto normale di lavoro
CNUJJE	Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (FF 2009 1481)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
COST	European Cooperation in Science and Technology
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile (RS 272)
CRCT	Chambre des relations collectives de travail
Cst. fédérale	Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)
CST	compte satellite du tourisme de la Suisse
CTT	Contrat-Type de travail
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DES	Département de la sécurité et de l'économie de canton de Genève
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DGO	Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1)
DTF	Decisioni del Tribunale federale
E-	Entwurf
EAK	Eidgenössische Arbeitskommission
EAV	Einzelarbeitsvertrag
EBA	Eidg. Berufsattest
ebd.	ebenda
EBG	Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidg. Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFA	Eidg. Fachausweis
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFZ	Eidg. Fähigkeitszeugnis
EG GIG/BL	Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössisch
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EL	Ergänzungsleistungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, SR 823.20)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)

EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende (Erwerbsersatzgesetz, SR 834.1)
E-OR	Entwurf zum Obligationenrecht
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)
EPF	Ecole Polytechnique Fédérale
ETH	Eidg. Technische Hochschule
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen (SR 836.2)
FHA	Freihandelsabkommen
FHM	Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1)
FlaM	Flankierende Massnahmen
FR	Freiburg
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom (Fusionsgesetz; SR 221.301)
FZAKV	Freizügigkeitsabkommen in der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte (SR 0.142.112.681)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE	Genf
gem.	gemäss
GerG	Berichtsgesetz des Kantons St. Gallen (GerG; sGS 941.1)
GesBG	Bundsgesetz über die Gesundheitsberufe
GGG/BS	Gesetz des Kantons Basel-Stadt über das Gastgewerbe (563.100)
GL	Glarus
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates
GR	Graubünden
GSG	Gewerbliches Schiedsgericht Basel
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ILO	International Labour Organisation
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JU	Jura
KEG	Kernenergiegesetz (SR 732.1)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)

LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, RS 837.0)
LadÖG	Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten, noch nicht in Kraft
LAFam	Loi sur les allocations familiales (RS 836.2)
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (RS 834.1)
LAV	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application d'une convention collective nationale de travail (RS 221.215.311)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, RS 151.1)
LEH	Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, RS 192.12)
LFPr	Loi fédérale sur la formation professionnelle (RS 412.10)
L-GAV	Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe
lit.	littera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPTP	Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTPH/GE	Loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes (GE/E 3 10)
LTr.	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail; RS 822.11)
LU	Luzern
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MBA	Master of Business Administration
Mio.	Millionen
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungs-gesetz, SR 822.14)
Mo	Motion
MWST	Mehrwertsteuer
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OCIRT	office cantonal de l'inspection et des relations du travail
OHG	Opferhilfegesetz (SR 312.5)

OLPD	Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.11)
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)
ONUG	Office des Nations Unies à Genève
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce (RS 221.411)
OTR 1	Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, RS 822.221)
OW	Obwalden
PaRG	Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31)
PBK	paritätische Berufskommission
PG/LU	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern (SRL 51)
PK	Paritätische Kommission
Po	Postulat
PVO/LU	Verordnung zum Luzerner Personalgesetz (LU/SRL 52)
RHT	réduction de l'horaire de travail
RLG/BS	Baselstädtisches Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (SR BS 811.100)
RPAC	règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du canton de Genève
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSDIE	Revue Suisse de droit international et européen
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SH	Schaffhausen
SO	Solothurn
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPG/FR	Gesetz über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.1)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPR/FR	Reglement über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.11)
StR	Ständerat
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVP	Schweizerische Volkspartei
SZ	Schwyz

XXX

SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales Europarecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TG	Thurgau
TI	Tessin
Unia	Gewerkschaft
UR	Uri
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, SR 231.1)
USA	United States of America
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VBPV-EDA	Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.343.3)
VD	Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)
VEP	Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203)
vgl.	vergleiche
VMD	Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (SR 935.011)
VS	Wallis
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, SR 832.30)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
WAK-S	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates
WBF	Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WeBiG	Bundesgesetz über die Weiterbildung (Weiterbildungsgesetz), noch nicht in Kraft
z.B.	zum Beispiel
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272)

A. Gesetzgebung

Zusammengestellt
von Dr. iur. HUBERT FRITSCH



I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS)

In der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) wurden im Berichtszeitraum zum Bereich Arbeitsrecht folgende in Kraft gesetzte Erlasse veröffentlicht:

1. *Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014 und Verordnung über die Weiterbildung (WeBiV) vom 24. Februar 2016*

Mit dem WeBiG soll die Weiterbildung als Teil des lebenslangen Lernens im Bildungsraum Schweiz gestärkt werden. Als Gegenstand legt das WeBiG die Grundsätze über die Weiterbildung und die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Finanzhilfen durch den Bund fest. Weiter bestimmt es, wie der Bund die Erforschung und die Entwicklung der Weiterbildung fördert, und regelt schliesslich die Förderung des Erwerbs und des Erhalts von Grundkompetenzen Erwachsener durch den Bund. Art. 8 WeBiG widmet sich der Verbesserung der Chancengleichheit und statuiert, dass Bund und Kantone bestrebt sind, mit der von ihnen geregelten oder unterstützten Weiterbildung insbesondere die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu verwirklichen, den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen Rechnung zu tragen, die Integration von Ausländerinnen und Ausländern zu erleichtern sowie den Wiedereinstieg ins Berufsleben zu erleichtern. Das WeBiG gilt grundsätzlich für den gesamten Bereich der Weiterbildung. Das WeBiG und die WeBiV sind auf den 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 689, AS 2016, 713

2. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Vorsorgeausgleich bei Scheidung). Änderung vom 19. Juni 2015*

Als wesentliche Neuerung werden Vorsorgeansprüche künftig auch dann geteilt, wenn im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens ein Ehegatte wegen Alter oder Invalidität bereits eine Rente bezieht. Neu gilt die Einleitung des Scheidungsverfahrens als Zeitpunkt für die Berechnung der zu teilenden Vorsorgeansprüche (Art. 122). Die Änderung betrifft die Art. 89a Abs. 6 Ziff. 3a, 3b und 4a; 122–124e ZGB; 7d–7e SchIT ZGB; Art. 331d Abs. 5–6 sowie 331e Abs. 5, 6 und 8 OR und weitere Erlasse. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 2313

3. *Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Genehmigung von Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) vom 18. März 2016*

Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 7. Juli 2016 unbenutzt abgelaufen. Es ist am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 3237

4. *Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) (Unfallversicherung und Unfallverhütung). Änderung vom 25. September 2015. Verordnung über die Unfallversicherung (UVV). Änderung vom 9. November 2016*

Geändert wurden u.a. die Bestimmungen zur Anwendbarkeit des ATSG, der versicherten Personen, zum Gegenstand der Versicherung und zu den Versicherungsleistungen sowie zum Medizinalrecht und zum Tarifwesen. Ebenfalls geändert wurden Bestimmungen zur Organisation, zur Unfallverhütung und zur Finanzierung sowie zum Verhältnis zum europäischen Recht. Die Referendumsfrist für das Bundesgesetz ist am 4. Februar 2016 unbenutzt abgelaufen. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. Die Änderung der Verordnung ist ebenfalls am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4375, 4393

5. *Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) (Organisation und Nebentätigkeiten der SUVA). Änderung vom 25. September 2015*

Die Änderung betrifft Bestimmungen zur Organisation und zu Nebentätigkeiten der SUVA. Die Referendumsfrist ist am 14. Januar 2016 unbenutzt abgelaufen. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4941

6. *Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien vom 17. Juni 2016*

Art. 1 und 2 des Bundesbeschlusses legen Folgendes fest: Das Protokoll vom 4. März 2016 zum Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union wird genehmigt. Der Bundesrat wird ermächtigt, das Protokoll zu ratifizieren, wenn mit der Europäischen Union eine mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbarte Regelung zur Steuerung der Zuwanderung besteht. Die Änderung bisherigen Rechts wird im Anhang geregelt. Der Beschluss untersteht dem fakultativen Referendum, die Referendumsfrist für diesen Beschluss ist am 6. Oktober 2016 unbenutzt abgelaufen. Die Änderung der in Art. 2 aufgeführten Bundesgesetze (u.a. Art. 153a AHVG, Art. 80a IVG, Art. 32 ELG, Art. 89a BVG, Art. 25b FZG, Art. 28a EOG) ist in Anwendung von Art. 3 Abs. 2 am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 5233

7. *Europäisches Übereinkommen vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR). Änderung vom 5. April 2016*

Art. 14 Abs. 1 wird wie folgt geändert: Dieses Übereinkommen liegt bis zum 31. März 1971 zur Unterzeichnung auf, nach diesem Tag liegt es für die Mitgliedstaaten der Wirtschaftskommission für Europa und für Staaten, die nach Abs. 8 oder 11 der Statuten in beratender Eigenschaft zu dieser Kommission zugelassen sind, zum Beitritt auf. Der Beitritt gestützt auf Absatz 11 der Statuten ist beschränkt auf folgende Staaten: Algerien, Jordanien, Marokko und Tunesien. Die Änderung ist am 5. Juli 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 1503

8. *Abkommen vom 30. Oktober 2014 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen und Berufsattesten der beruflichen Grundbildung. Änderung des Anhangs betreffend diverse Berufsbezeichnungen*

Die Änderung tritt am 1. Januar 2017 in Kraft. AS 2016, 3151

9. *Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union. Abgeschlossen am 4. März 2016. Von der Bundesversammlung genehmigt am 17. Juni 2016. In Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Januar 2017*

Das Protokoll betrifft die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei zum Abkommen über die Freizügigkeit. Geregelt werden u.a. die Anzahl der Erlaubnisse für einen Zeitraum von einem Jahr und mehr sowie die Anzahl der Erlaubnisse für einen Zeitraum von mehr als vier Monaten und weniger als einem Jahr während der ersten Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls. AS 2016, 5251

10. *Verordnung des EFD über die Sparkasse Bundespersonal vom 18. Dezember 2015*

Die Verordnung regelt die Grundsätze der Geschäftstätigkeit für die Sparkasse Bundespersonal (SKB) und führt den Kreis der Kontoberechtigten näher aus. Die Verordnung ist am 1. April 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 27

11. *Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV). Änderung vom 13. Januar 2016*

Verlängert der Bundesrat die Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung, so vermindert sich der anrechenbare Arbeitsausfall für jede Abrechnungsperiode um einen Karenztag (Art. 50 Abs. 3). Die Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung wird um sechs Abrechnungsperioden verlängert (Art. 57b). Die Änderung ist am 1. Februar 2016 in Kraft getreten und hat bis zum 31. Juli 2017 gegolten. AS 2016, 351

12. *Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 24. Februar 2016*

Art. 59 BVV 2 betreffend die Anwendbarkeit der Anlagevorschriften auf andere Einrichtungen der beruflichen Vorsorge sieht vor, dass die Bestimmungen dieses Abschnitts sinngemäss auch für Personalfürsorgestiftungen nach Art. 89a Abs. 6 ZGB und den Sicherheitsfonds gelten. Die Änderung ist am 1. April 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 975

13. *Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 13. April 2016*

Die Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 3^{bis}, 8, 10 und 11, 12 (Sachüberschrift und Abs. 1–3 und 5), 14 Abs. 2, 21, 27 und 38 Abs. 4 und 5 werden aufgehoben. Art. 4 Abs. 3 statuiert, dass die Grenzgängerbewilligung EU/EFTA für die ganze Schweiz gilt und Art. 4 Abs. 4 hält fest, dass EU- und EFTA-Angehörige, die innerhalb eines Kalenderjahres insgesamt nicht länger als drei Monate in der Schweiz erwerbstätig sind, keine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA benötigen. Die Änderung ist am 1. Juni 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 1205

14. *Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 4. Mai 2016*

Die Art. 2, 4 Abs. 2 lit. a, 14 lit. c, 17, 22 Abs. 1, 29 Abs. 1 lit. a VEV wurden geändert. Die Änderung betrifft unter anderem Einreisevoraussetzungen wie den Nachweis ausreichender finanzieller Mittel oder die Aufenthaltsdauer. Ebenso wurde Art. 83a Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (betreffend Ausschaffung) geändert. Die Änderung ist am 16. Mai 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 1283

15. *Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV). Änderung vom 20. April 2016*

Der Gliederungstitel vor Art. 135 AHVV wird in «Versicherungsausweis und individuelles Konto» umbenannt. Art. 136 AHVV betreffend Anmeldung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Versicherungsnachweis wird aufgehoben. Die Änderung ist am 1. Juni 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 1317

16. *Verordnung des WBF vom 21. April 2011 über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung. Änderung vom 2. Mai 2016*

Art. 11c betreffend Logistik wird wie folgt geändert: Lernende in den folgenden beruflichen Grundbildungen dürfen ab dem vollendeten 16. Altersjahr höchstens zwei Nächte pro Woche und höchstens zehn Nächte pro Jahr arbeiten: Logistikerin EFZ/Logistiker EFZ mit der Fachrichtung Distribution und Lager; Logistikerin EBA/Logistiker EBA. Lernende in der beruflichen Grundbildung Logistikerin EFZ/Logistiker EFZ mit der Fachrichtung Verkehr dürfen ab dem vollendeten 17. Altersjahr höchstens zwei Nächte pro Woche und höchstens zehn Nächte pro Jahr arbeiten. Die Änderung ist am 1. Juli 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 1411

17. *Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestufteten Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 7. Juni 2016*

Der Anhang der Verordnung des SBFI vom 11. Mai 2015 über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse erhält die neue Fassung gemäss Beilage. Die Änderung ist am 1. Juli 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 2085

18. *Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 10. Juni 2016*

Die Änderung betrifft die Art. 15a, 15b, 16, 19, 20, 24 Abs. 2^{ter}, 25a, 25b, 27i Abs. 1 Bst. a BVV 2 sowie weitere Erlasse. Materiell betrifft die Änderung unter anderem das Festhalten und die Mitteilung des Altersguthabens, die Festlegung des Altersguthabens, Zinsen, Erträge und Verluste, die Anpassung der Invalidenrente nach dem Vorsorgeausgleich, den Anspruch auf Hinterlassenenleistungen bei Scheidung oder gerichtlicher Auflösung der eingetragenen Partnerschaft und mehr. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 2347

19. *Verordnung über das Schiffspersonal auf dem Rhein. Änderung vom 20. Juni 2016*

Die Verordnung vom 2. Juni 2010 über das Schiffspersonal auf dem Rhein wurde durch folgende Anordnungen geändert: Anlagen A5, D5, D6. Die Änderung ist am 1. August 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 2599

20. *Verordnung über das Psychologieberuferegister (Registerverordnung PsyG) vom 6. Juli 2016 und Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung des Psychologieberufegesetzes vom 6. Juli 2016*

Diese Verordnung regelt den Betrieb, den Inhalt und die Nutzung des Psychologieberuferegisters. Das Psychologieberuferegister enthält Daten über die Inhaberinnen und Inhaber eidgenössischer und anerkannter ausländischer Weiterbildungstitel in den Fachgebieten nach Artikel 8 PsyG, die Inhaberinnen und Inhaber einer Bewilligung zur privatwirtschaftlichen Ausübung der Psychotherapie in eigener fachlicher Verantwortung und die Personen, die sich nach Artikel 23 PsyG gemeldet haben. Die Verordnung ist am 1. August 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 2601, 2603

21. *Verordnung über die eidgenössische Berufsmaturität (Berufsmaturitätsverordnung, BMV). Änderung vom 6. Juni 2016*

Nach Art. 23 BMV kann das SBFI Fremdsprachendiplome anerkennen. Für Kandidatinnen und Kandidaten, die eine Diplomprüfung für ein anerkanntes Fremdsprachendiplom absolvieren, ersetzt die Diplomprüfung die Abschlussprüfung im entsprechenden Fach. Dies gilt auch, wenn das entsprechende Fremdsprachendiplom zu Beginn des Berufsmaturitätsunterrichts anerkannt war, im Laufe des Unterrichts seine Anerkennung jedoch verliert. Wurde die Diplomprüfung vor Beginn des Berufsmaturitätsunterrichts absolviert, so ersetzt sie die Abschlussprüfung nur dann, wenn sie zur Erteilung des Fremdsprachendiploms geführt hat und das Fremdsprachendiplom im Zeitpunkt der Absolvierung der Diplomprüfung vom SBFI anerkannt war. Die Änderung ist am 1. August 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 2645

22. *Verordnung über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung, RAV). Änderung vom 17. August 2016*

Änderung von Art. 49 Abs. 2 RAV. Die Änderung ist am 1. September 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 2931

23. *Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 17. August 2016*

Nach dem Art. 12 Abs. 2^{bis} ArGV 2 sind im Kalenderjahr mindestens zwölf freie Sonntage zu gewähren. Sie können unregelmässig auf das Jahr verteilt werden. In den Wochen ohne freien Sonntag ist eine wöchentliche Ruhezeit von 47 aufeinanderfolgenden Stunden oder von zweimal 35 aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren. Art. 52 ArGV 2 statuiert für Betriebe für die Verarbeitung landwirtschaftlicher Produkte Folgendes: Auf die Betriebe für die Verarbeitung landwirtschaftlicher Produkte und die in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sind Artikel 4 für die ganze Nacht und den ganzen Sonntag sowie die Artikel 5, 8 Absatz 1, 9, 10 Absatz 1, 11, 12 Absatz 2^{bis}, 13 und 14 Absatz 2 anwendbar, sofern eine unverzügliche Verarbeitung zur Vermeidung einer erheblichen Qualitätseinbusse der Produkte notwendig ist. Betriebe für die Verarbeitung landwirtschaftlicher Produkte sind Betriebe, die pflanzliche Erzeugnisse wie Früchte, Gemüse, Kartoffeln, Obst, Speisepilze oder Schnittblumen aufbereiten, lagern, verarbeiten, kommissionieren oder verteilen. Die Änderung ist am 1. September 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 2949

24. *Verordnung über die eidgenössische Berufsmaturität (Berufsmaturitätsverordnung, BMV) vom 24. Juni 2009 (AS 2009 3447; SR 412.103.1), Berichtigung, Art. 4 Abs. 2 BMV*

Betrifft nur den italienischen Text. AS 2016, 2965

25. *Verordnung des SBFI über die berufliche Grundbildung Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ) vom 5. August 2016*

Die Verordnung regelt Gegenstand und Dauer, Ziele und Anforderungen, Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz und Umweltschutz, Umfang der Bildung an den einzelnen Lernorten und Unterrichtssprache, den Bildungsplan, die Mindestanforderungen an die Berufsbildnerinnen und Berufsbildner und Höchstzahl der Lernenden im Betrieb, die Lerndokumentation, Bildungsbericht und Leistungsdokumentationen, das Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel sowie Qualitätsentwicklung und Organisation der beruflichen Grundbildung Fachfrau Gesundheit EFZ/Fachmann Gesundheit EFZ. Die Verordnung des SBFI vom 13. November 2008 über die berufliche Grundbildung Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ) wird aufgehoben. Die Verordnung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. Die Bestimmungen über Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel (Art. 16–22) treten am 1. Januar 2020 in Kraft. AS 2016, 3131

26. *Verordnung über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck. Änderung vom 16. September 2016*

Die Änderung enthält insbesondere neue Sicherheitsbestimmungen für Taucheinsätze von Polizei- und Rettungstaucherinnen und -tauchern. Die Änderung ist am 15. Oktober 2016 in Kraft getreten. Art. 50 Abs. 4 und 5 treten am 1. Januar 2018 in Kraft. AS 2016, 3239

27. *Bundspersonalverordnung (BPV). Änderung vom 12. Oktober 2016*

Die Änderung betrifft die Ausrichtung von Entschädigungen gemäss Art. 78 BPV. Nach Art. 79 Abs. 1^{bis} BPV richtet sich die Entschädigung von Art. 78 Abs. 1 lit. d BPV nach dem neuen Anhang 3. Art. 88a Abs. 4 BPV zur beruflichen Vorsorge wird aufgehoben. Sodann betrifft die Änderung Bestimmungen des 7. Kapitels über Massnahmen und Leistungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen, Art. 104 ff. BPV, insbesondere Bestimmungen zu Umstrukturierungen und Reorganisationen, Bestimmungen über die damit zusammenhängende frühzeitige Pensionierung und den Sozialplan. Weiter geändert wird der Gliederungstitel des 2. Abschnitts in «Leistungen des Arbeitgebers zur sozialen Sicherung des Personals bei einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses» und der folgende Art. 106 BPV dazu. Die Änderung ist am 1. Dezember 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 3637

28. *Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV). Änderung vom 26. Oktober 2016*

Geändert werden Bestimmungen zum Beitritt zur Versicherung wie das Gesuch nach Art. 5a AHVV und zum Versicherungsende nach Art. 5c Abs. 2 AHVV. Weiter ändern Bestimmungen zur Versichertennummer (Zuweisung, Versicherungsausweis), zur Buchführung der Ausgleichskasse und zur Zentralen Ausgleichsstelle (ZAS). Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4057

29. *Verordnung über das Informationssystem für die Auszahlung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung (ASAL-Verordnung) vom 26. Oktober 2016*

Die Verordnung regelt den Betrieb und die Benützung des Informationssystems für die Auszahlung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung (ASAL) und der Subsysteme der ASAL. Das ASAL dient der Abrechnung und Auszahlung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung durch die Arbeitslosenkassen. Gleichzeitig wird die Verordnung vom 28. November 1983 über die Informations- und Auszahlungssysteme der Arbeitslosenversicherung aufgehoben. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4073

30. *Verordnung über die Ergänzungsprüfung für die Zulassung von Inhaberinnen und Inhabern eines eidgenössischen Berufsmaturitätszeugnisses zu den universitären Hochschulen. Änderung vom 9. November 2016*

Im Titel ist neu neben dem Berufsmaturitätszeugnis auch das gesamtschweizerisch anerkannte Fachmaturitätszeugnis aufgeführt und bei den entsprechenden Stellen im Erlass eingefügt worden. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4153

31. *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 23. November 2016*

Anhänge 1 und 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit erhalten die neuen Fassungen (Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen und Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen). Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4495

32. *Bundspersonalverordnung (BPV). Änderung vom 2. Dezember 2016*

Geändert werden u.a. die Bestimmungen zu Hochschulpraktikanten und für die Probezeit. Weiter ändern die Regelungen zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus eigenem Verschulden und bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall. Von der Änderung ebenfalls betroffen sind die Altersgrenze, der Lohnanspruch bei Krankheit und Unfall sowie die Ferien, die Treueprämie, die Unterstützung von Einrichtungen zu Gunsten des Personals, die Ausrichtung von Entschädigungen, die Bestimmungen zum Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis sowie zu Massnahmen und Leistungen. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4507

33. *Verordnung des SBFI über die eidgenössische Berufsmaturitätsprüfung (VEBMP) vom 16. November 2016*

Die Verordnung regelt die eidgenössische Berufsmaturitätsprüfung zur Erlangung der eidgenössischen Berufsmaturität (Prüfung) für Inhaberinnen und Inhaber eines eidgenössischen Fähigkeitszeugnisses oder einer gleichwertigen beruflichen Qualifikation, welche die erforderlichen fachlichen und überfachlichen Kompetenzen der erweiterten Allgemeinbildung ausserhalb eines anerkannten Bildungsgangs nach Artikel 29 BMV erworben haben. Die Verordnung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4529

34. *Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuftten Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 30. November 2016*

Der Anhang der Verordnung des SBFI vom 11. Mai 2015 über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuftten Berufsbildungsabschlüsse erhält die neue Fassung gemäss Beilage. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4541

35. *Verordnung des WBF über den nachträglichen Erwerb des Fachhochschultitels. Änderung vom 23. November 2016*

Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4611

36. *Verordnung des WBF über die Zulassung zu Fachhochschulstudien. Änderung vom 23. November 2016*

Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4613

37. *Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft). Änderung vom 9. Dezember 2016*

Der Mindestlohn beträgt brutto, ohne Zuschläge für Ferien und bezahlte Feiertage, für die Kategorien (Franken pro Stunde): ungelernt: Fr. 18.90; ungelernt mit mindestens vier Jahren Berufserfahrung in der Hauswirtschaft: Fr. 20.75; gelernt mit EFZ: Fr. 22.85; gelernt mit EBA: Fr. 20.75. Die Geltungsdauer dieser Verordnung wird bis zum 31. Dezember 2019 verlängert. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 4825

38. *Vorschriften des Bundesamtes für Verkehr über den Erlass von Fahrdienst- und Betriebsvorschriften für Eisenbahnen (VEFB). Aufhebung vom 6. April 2016*

Die Vorschriften des Bundesamtes für Verkehr vom 1. November 2000 über den Erlass von Fahrdienst- und Betriebsvorschriften sind am 1. Juli 2016 aufgehoben worden. AS 2016, 1221

39. *Reglement der Kassenkommission PUBLICA für das Personal der Pensionskasse des Bundes PUBLICA (PUBLICA-Personalreglement). Änderung vom 10. April 2014, vom Bundesrat genehmigt am 7. September 2016. Änderung von Ingress und Art. 8a Abs. 2 PUBLICA-Personalreglement*

Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis auf das Ende jedes Monats gekündigt werden. Es gelten folgende Fristen: bis zum Ende

des ersten Dienstjahres: zwei Monate für alle Mitarbeitenden mit Ausnahme der Mitglieder der Direktion, drei Monate für die Mitglieder der Direktion; ab dem zweiten Dienstjahr: vier Monate für alle Mitarbeitenden mit Ausnahme der Mitglieder der Direktion, sechs Monate für die Mitglieder der Direktion. Die Änderung ist am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten. AS 2016, 3173

40. *Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 21. Dezember 2016*

Geändert worden sind die Bestimmungen über den Gegenstand und Geltungsbereich der Verordnung, die Bewilligungsarten und den Ausweis, die Einreise, das Melde- und das Bewilligungsverfahren, den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit sowie die Bestimmungen zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch Familienangehörige von kroatischen Staatsangehörigen. Die Änderung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 5113

41. *Verordnung über die Aufhebung der Reglemente über die Lehrlingsausbildung und die Mindestanforderungen der Lehrabschlussprüfung im Bogenmacher-Gewerbe vom 12. Dezember 2016*

Es sind aufgehoben worden: das Reglement vom 1. April 1961 über die Lehrlingsausbildung im Bogenmachergewerbe; das Reglement vom 1. April 1961 über die Mindestanforderungen der Lehrabschlussprüfung im Bogenmacher-Gewerbe. Die Verordnung über die Aufhebung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2016, 5123

42. *Verordnungen des SBFJ über die berufliche Grundbildung*

Formenbauerin/Formenbauer EFZ (Änderung); Formenpraktikerin/Formenpraktiker EBA (Änderung); Kosmetikerin/Kosmetiker EFZ (Änderung); Fachfrau Textilpflege/Fachmann Textilpflege EFZ; Hotel-Kommunikationsfachfrau/Hotel-Kommunikationsfachmann EFZ; Fleischfachassistentin/Fleischfachassistent EBA; Fleischfachfrau/Fleischfachmann EFZ; Geigenbauerin/Geigenbauer EFZ; Berufe im Berufsfeld Gebäudehülle EBA; Berufe im Berufsfeld Gebäudehülle EFZ; Architekturmodellbauerin/Architekturmodellbauer EFZ; Pferdefachfrau/Pferdefachmann EFZ. AS 2016, 997, 1003, 3647, 3653, 3667, 3723, 3737, 3751, 3765, 3781, 4241, 5119

II. Bundesblatt (BBl)

Im Bundesblatt (BBl) wurden im Berichtszeitraum zum Arbeitsrecht folgende Botschaften und Stellungnahmen des Bundesrates, Bundesbeschlüsse sowie Gesetze, die vom Parlament verabschiedet worden sind und dem fakultativen Referendum unterstehen, veröffentlicht:

1. *Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Genehmigung von Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) vom 18. März 2016*

Gemäss Art. 1 des Gesetzes wird der Bundesrat ermächtigt, Änderungen des Europäischen Übereinkommens über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) und dessen Anhangs zu genehmigen. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 7. Juli 2016. BBl 2016, 2115

2. *Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG). Änderung vom 17. Juni 2016*

Das AZG enthält Vorschriften über die Arbeits- und die Ruhezeit, die Gesundheitsvorsorge und die Unfallverhütung sowie über den Sonderchutz für Jugendliche und Frauen in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs. Die Hauptthemen der Teilrevision sind die Klärung des Geltungsbereiches des Gesetzes, eine zeitgemässe Flexibilisierung der Höchstarbeitszeit, sinnvolle Pausenregelungen, die Festlegung der Ruhesonntage, die Ausgestaltung der Dokumentation der Arbeitszeiten sowie Bestimmungen für den Störfall (zur Botschaft und zum Entwurf siehe BBl 2015, 3999, 4019 und ARV 2015, 181 f.). Die aktuellen Anpassungen sind nicht von grösserer Tragweite. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. Ablauf der Referendumsfrist: 6. Oktober 2016. BBl 2016, 4987

3. *Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien vom 17. Juni 2016*

Das Protokoll vom 4. März 2016 zum Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union wird genehmigt. Der Bundesrat wird ermächtigt, das Protokoll zu ratifizieren, wenn

mit der Europäischen Union eine mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbarte Regelung zur Steuerung der Zuwanderung besteht. Dieser Beschluss untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten der Änderungen der im Anhang aufgeführten Erlasse. Ablauf der Referendumsfrist: 6. Oktober 2016. BBl 2016, 4999

4. *Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) vom 30. September 2016*

Das Gesetz fördert im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Qualität der Ausbildung an Hochschulen und anderen Institutionen des Hochschulbereichs gemäss dem Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz vom 30. September 2011 (HFKG) in den Gesundheitsberufen und der Ausübung der entsprechenden Gesundheitsberufe in eigener fachlicher Verantwortung. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2016, 7599

5. *Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG). Änderung vom 30. September 2016*

Die Änderung betrifft die Anerkennung ausländischer Abschlüsse und Beitragsberechtigungen. Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2016, 7671

6. *Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG). Änderung vom 30. September 2016*

Art. 5 Abs. 4 EntsG betrifft die Sanktionierung von Erstunternehmern bei Verletzung von Sorgfaltspflichten. Von der Regelung über die Auferlegung von Kontrollkosten bei Gesamtarbeitsverträgen handelt Art. 7 Abs. 4^{bis} EntsG. Sodann tangiert die Änderung die Bestimmungen über die Verwaltungssanktionen. Art. 360a Abs. 3 OR wird wie folgt geändert: Wird wiederholt gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn in einem Normalarbeitsvertrag nach Absatz 1 verstossen oder liegen Hinweise vor, dass der Wegfall des Normalarbeitsvertrages zu erneuten Missbräuchen nach Absatz 1 führen kann, so kann die zuständige Behörde den Normalarbeitsvertrag auf Antrag der tripartiten Kommission befristet verlängern. Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2016, 7679

7. *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung vom 16. Dezember 2016*

Geändert werden die Bestimmungen zur Zulassung zu einem Aufenthalt mit und ohne Erwerbstätigkeit. Hervorzuheben ist die neue Bestimmung 21a AuG zum Inländervorrang, insbesondere die Stellenmeldepflicht nach Art. 21a Abs. 3 AuG sowie die Pflicht zur Durchführung eines Bewerbungsgesprächs oder einer Eignungsabklärung nach Art. 21a Abs. 4 AuG. Art. 29a AuG statuiert, dass Ausländerinnen und Ausländer, die sich lediglich zum Zweck der Stellensuche in der Schweiz aufhalten, sowie deren Familienangehörige keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. In Art. 53 Abs. 6 AuG ist neu vorgesehen, dass die kantonalen Sozialhilfebehörden stellenlose anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung melden. Art. 61a AuG enthält neue Bestimmungen zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts von EU- und EFTA-Staatsangehörigen. Weitere Neuerungen gibt es auch bei den Aufgaben und Zuständigkeiten der Behörden und dem Datenschutz, der Datenbearbeitung und den Informationssystemen. Der neue Art. 117a AuG sieht als Strafbestimmung vor, dass, wer die Stellenmeldepflicht (Art. 21a Abs. 3 AuG) oder die Pflicht zur Durchführung eines Bewerbungsgesprächs oder einer Eignungsabklärung (Art. 21a Abs. 4 AuG) vorsätzlich verletzt, mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft wird. Wird die Handlung fahrlässig begangen, beträgt die Strafe Busse bis zu 20 000 Franken. Geändert werden auch das ELG, das AVIG und das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden. Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 7. April 2017. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBI 2016, 8917

8. *Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG). Änderung vom 16. Dezember 2016*

Nach Art. 52 Abs. 3 lit. d BGG leistet der Bund den Rest seines Beitrages auch an Personen, die Kurse absolviert haben (Absolventinnen und Absolventen), die sich auf eidgenössische Berufsprüfungen oder eidgenössische höhere Fachprüfungen vorbereiten (Art. 56a). Art. 56a BBG zu Beiträgen an Absolventinnen und Absolventen von vorbereitenden Kursen und Art. 56b BBG zum Informationssystem sind ebenfalls neu. Geändert worden ist auch Art. 59 BBG. Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 7. April 2017. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBI 2016, 8939

9. *Botschaft und Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSa) vom 17. Juni 2005*

Am 1. Januar 2008 ist das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit in Kraft getreten. Als rechtsgebietsübergreifendes Gesetz sieht es als zentra-

len Punkt den Einsatz von Schwarzarbeitskontrollorganen vor, welche die Einhaltung von Melde- und Bewilligungspflichten im Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrecht kontrollieren. Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit wurde aufgrund eines gesetzlichen Auftrages evaluiert. Die Instrumente zur Bekämpfung der Schwarzarbeit sollen nun weiter verbessert werden. So soll das vereinfachte Abrechnungsverfahren auf Anstellungen im Privathaushalt beschränkt werden, da es bis anhin wiederholt für ungewollte Steuerersparnisse benutzt wurde. Der Austausch zwischen Kontrollorganen und zuständigen Behörden sowie Instanzen soll verbessert werden. Um einen gesamtschweizerisch einheitlicheren Vollzug zu ermöglichen, sollen ausserdem die Aufsichts Kompetenzen des SECO gestärkt werden. Als neue, zusätzliche Ausrichtung soll den Kontrollorganen die Kompetenz eingeräumt werden, bei gewissen Verstössen selbständig eine Sanktion auszusprechen. BBl 2016, 157, 183

10. *Botschaft und Entwurf zum Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) vom 18. Dezember 2015*

Der Gesetzesentwurf bezweckt die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO. Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Sanierung der IV im Jahr 2011 sind der AHV-, der IV- und der EO-Ausgleichsfonds rechtlich eigenständige Ausgleichsfonds unter gemeinsamer Verwaltung. Die Erfolgsrechnungen und Bilanzen werden getrennt geführt, die Anlagen und die flüssigen Mittel jedoch gemeinsam bewirtschaftet. Sodann werden die Ausgleichsfonds gemeinsam von einem Verwaltungsrat und einer Geschäftsstelle verwaltet. Diese Gesamtorganisation hat in der geltenden Ordnung keine eigene Rechtspersönlichkeit, was insbesondere in der Anlagetätigkeit der Ausgleichsfonds, v.a. auf dem internationalen Finanzmarkt, zu Problemen führt. Der Gesetzesentwurf soll die rechtliche Situation der AHV-, IV- und EO-Ausgleichsfonds klären und bestehende Vertretungsschwierigkeiten beseitigen. BBl 2016, 311, 353

11. *Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Volksrepublik China über soziale Sicherheit vom 3. Februar 2016. Entwurf Bundesbeschluss über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Volksrepublik China über soziale Sicherheit*

Das Abkommen mit China regelt in erster Linie die Vermeidung der Doppelversicherung in beiden Vertragsstaaten und erleichtert damit den Einsatz von Personal sowie die Erbringung von Dienstleistungen im anderen Staat. Werden Erwerbstätige für eine befristete Dauer von ihrem Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt, so verbleiben sie weiterhin

im Rentenversicherungssystem des Herkunftsstaats und entrichten dort ihre Beiträge. Das Abkommen folgt grundsätzlich dem Muster der von der Schweiz bislang abgeschlossenen Abkommen und richtet sich nach den im internationalen Sozialversicherungsrecht allgemein geltenden Grundsätzen. BBl 2016, 1297, 1309, 1311

12. *Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016. Entwurf Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien. Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union*

Im Gegensatz zu den anderen zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossenen sektoriellen Abkommen wird das FZA nicht automatisch auf neue EU-Mitgliedstaaten ausgedehnt, sondern bedingt den Abschluss eines zusätzlichen Protokolls, dessen Genehmigung dem fakultativen Referendum unterstellt ist. Kroatien trat der EU am 1. Juli 2013 bei. Zusammen mit dem Protokoll III unterbreitet der Bundesrat dem Parlament die erforderlichen Anpassungen von insgesamt elf Bundesgesetzen zur Genehmigung. Die Norm zur Anpassung ist bei allen Sozialversicherungsgesetzen identisch. Daher wurde entschieden, dass die Anpassung der verschiedenen Sozialversicherungsgesetze gleichzeitig erfolgen soll. Zur Umsetzung von Artikel 121a der Bundesverfassung (BV) soll die Zuwanderung von Personen, für die das FZA sowie das EFTA-Übereinkommen gelten, durch eine Schutzklausel gesteuert werden können. Dabei wird eine einvernehmliche Lösung mit der EU angestrebt, welche die Vorgaben des FZA mit denjenigen der schweizerischen Rechtsordnung in Einklang bringt. Der Bundesrat unterbreitet den eidgenössischen Räten zeitgleich zur vorliegenden Botschaft eine separate Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). BBl 2016, 2223, 2257, 2275

13. *Botschaft und Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Verlängerung von Normalarbeitsverträgen mit Mindestlöhnen) vom 4. März 2016*

Im Zusammenhang mit der Umsetzung von Artikel 121a der Bundesverfassung hat der Bundesrat beschlossen, Missbräuche auf dem Arbeitsmarkt verstärkt zu bekämpfen. Zu diesem Zweck soll der Vollzug der flankierenden Massnahmen weiter verbessert werden, und auf Gesetzesebene

sollen die Voraussetzungen geregelt werden, unter denen befristete Normalarbeitsverträge nach Artikel 360a des Obligationenrechts, die Mindestlöhne vorsehen, befristet verlängert werden können. Aktuell sind die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Normalarbeitsvertrag nach Artikel 360a OR verlängert werden kann, nicht gesetzlich geregelt. Es liegt eine Gesetzeslücke vor. Diese Rechtsunsicherheit soll behoben und die gesetzliche Lücke geschlossen werden. Die beantragte Neuregelung sieht eine Änderung des OR vor. In Art. 360a OR sollen in einem neuen Abs. 3 die Voraussetzungen definiert werden, unter denen ein befristeter Normalarbeitsvertrag nach Art. 360a Abs. 1 OR, der zwingende Mindestlöhne vorsieht, befristet verlängert werden kann. Bei den vorgeschlagenen Verlängerungsvoraussetzungen handelt es sich um Kriterien, die bereits bei der Verlängerung der Geltungsdauer und Anpassung der auf Bundesebene bestehenden Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) angewandt wurden. Nach dem Entwurf des Art. 360a Abs. 3 OR soll ein Normalarbeitsvertrag unter den Voraussetzungen verlängert werden können, dass von den tripartiten Kommissionen wiederholte Verstösse gegen den Mindestlohn festgestellt wurden und ihnen Hinweise dazu vorliegen, dass der Wegfall des Normalarbeitsvertrages erneut zu Missbräuchen führen kann. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Über die Verlängerung eines Normalarbeitsvertrags kann folglich nicht allein aufgrund der Verstossquote entschieden werden. BBl 2016, 2805, 2819

14. Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 4. März 2016 und Anträge des Bundesrates zum Erlassentwurf vom 8. März 2013 zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) in der Fassung des Ständerates vom 11. Dezember 2013

Der Bundesrat schlägt für die Anpassung der Vorlage zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration; 13.030) an Art. 121a der Bundesverfassung (BV) eine bessere Ausschöpfung des inländischen Arbeitsmarktpotenzials vor: Für Personen aus dem Asylbereich soll es leichter werden, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Zudem werden die Anliegen von vier parlamentarischen Initiativen umgesetzt, soweit ihnen nicht bereits früher Rechnung getragen wurde. Auf die Umsetzung einer fünften parlamentarischen Initiative wird verzichtet. Der Bundesrat schlägt die folgenden Anpassungen der Vorlage an Art. 121a BV vor: Die Sonderabgabepflicht für erwerbstätige Personen aus dem Asylbereich sowie die Bewilligungspflicht betreffend die Erwerbstätigkeit von vorläufig Aufgenommenen und anerkannten Flüchtlingen sollen abgeschafft werden. Mit diesen Massnahmen kann die Arbeitsmarktintegration von erwerbsfähigen Personen aus dem Asylbereich verbessert und dieses inländische Potenzial stärker ausge-

schöpft werden. Dadurch sinkt der Bedarf an zusätzlichen Arbeitskräften aus dem Ausland. BBl 2016, 2821, 2853

15. *Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) vom 4. März 2016 und Entwurf des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung*

Zur Umsetzung von Art. 121a BV sollen bei Personen aus Drittstaaten in Ergänzung zur geltenden Regelung insbesondere Höchstzahlen und Kontingente für den Familiennachzug, für Personen ohne Erwerbstätigkeit sowie für den Asylbereich eingeführt werden. Die Zuwanderung von Personen, für die das Freizügigkeitsabkommen mit der EU (FZA) oder das EFTA-Übereinkommen gilt, soll demgegenüber durch eine Schutzklausel gesteuert werden. Dabei wird eine einvernehmliche Lösung mit der EU angestrebt. Für den Fall, dass mit der EU nicht rechtzeitig eine Einigung erzielt werden kann, sieht der Gesetzesentwurf eine einseitige Schutzklausel für Personen aus den EU- und EFTA-Staaten vor. Unabhängig von der Umsetzung von Artikel 121a BV schlägt der Bundesrat verschiedene Massnahmen vor, um den Vollzug der Personenfreizügigkeit zu verbessern. Diese Massnahmen sollen in der ganzen Schweiz eine einheitliche Anwendung des FZA gewährleisten und die Rechtslage klären. Es soll ausgeschlossen werden, dass ausländische Stellensuchende in der Schweiz Sozialhilfe beziehen. Die Vorlage legt zudem die Kriterien fest, wonach Personen aus den EU- und EFTA-Staaten bei unfreiwilliger Stellenlosigkeit (Stellenverlust) ihr Aufenthaltsrecht verlieren. Weiter sieht sie einen Datenaustausch zwischen den Behörden vor, wenn Ausländerinnen und Ausländer Ergänzungsleistungen beziehen. Diese Vollzugsverbesserungen wurden in die Vorlage zur Umsetzung von Artikel 121a BV aufgenommen, da sie ebenfalls einer besseren Steuerung der Zuwanderung dienen. Da der Bundesrat an die zeitlichen Vorgaben zur Umsetzung von Artikel 121a BV gebunden ist, enthält der Gesetzesentwurf eine einseitige Schutzklausel, die bei einer Aktivierung allerdings nicht den Zulassungsbestimmungen des FZA entsprechen würde. In einem Urteil vom 26. November 2015 hat sich das Bundesgericht zum Verhältnis zwischen Artikel 121a BV und dem FZA geäußert. Bei einem tatsächlichen Normkonflikt zwischen innerstaatlichen Rechtsänderungen zur Umsetzung von Artikel 121a BV und dem FZA ginge demnach in der Rechtsanwendung das FZA vor. Würde das Parlament die Vorlage mit der einseitigen Schutzklausel verabschieden, könnte somit deren Anwendung in einem konkreten Einzelfall nur umgesetzt werden, wenn die Schweiz das FZA kündigen würde. In diesem Fall würde das AuG auch für Staatsangehörige der EU-/EFTA-Mitgliedstaaten gelten, und es müsste entsprechend angepasst werden. Eine Kündigung des

FZA würde wegen der Guillotine-Klausel zum Wegfall der Bilateralen I führen. Im AuG werden die Eckwerte einer solchen Schutzklausel festgehalten. So soll für die Zuwanderung von Angehörigen der EU- und EFTA-Staaten ein bestimmter Schwellenwert festgelegt werden, ab dem für das Folgejahr Höchstzahlen und allenfalls Kontingente eingeführt werden. BBl 2016, 3007, 3079

16. *Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 29. Juni 2016 und Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (Entwurf) sowie Bundesbeschluss über Finanzhilfen für die Erhöhung von kantonalen und kommunalen Subventionen für die familienergänzende Kinderbetreuung und für Projekte zur besseren Abstimmung des familienergänzenden Betreuungsangebotes auf die Bedürfnisse der Eltern (Entwurf)*

Der Bund will Anreize dafür schaffen, dass Kantone und Gemeinden mehr in die familienergänzende Kinderbetreuung investieren, um so die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit weiter zu fördern. Zudem möchte der Bund auch Projekte unterstützen, die das Angebot besser auf die Bedürfnisse erwerbstätiger Eltern abstimmen. BBl 2016, 6377, 6429, 6433

17. *Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 24. August 2016. Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Protokolls von 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit. Protokoll von 2014 zum Übereinkommen über Zwangsarbeit, 1930*

Das 2014 durch die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) verabschiedete Protokoll über Zwangsarbeit bringt das 1930 in Kraft getretene und von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit auf den neusten Stand. Es hat zum Ziel, moderne Formen der Zwangsarbeit, darunter auch den Menschenhandel, zu bekämpfen. Das von der Schweiz 1940 ratifizierte Übereinkommen Nr. 29 gilt als Kernübereinkommen der IAO. Das Protokoll ist Bestandteil des Übereinkommens und verfügt über denselben grundlegenden Charakter; es gilt also ebenfalls als Kernübereinkommen. In seiner Botschaft vom 21. September 1998 bezeugte der Bundesrat seinen Willen, alle Kernübereinkommen der IAO zu ratifizieren. Das Protokoll stärkt den internationalen rechtlichen Rahmen, indem es neue Verpflichtungen schafft. Es fordert die Regierungen auf, Massnahmen zur Prävention von Zwangsarbeit zu ergreifen, die Opfer zu schützen und ihnen Zugang zu Rechtsschutz- und Rechtsbehelfsmechanismen zu gewähren. Es unterstreicht die Rolle der Arbeitgeber und

der Arbeitnehmenden bei der Bekämpfung der Zwangsarbeit. BBl 2016, 7013, 7037, 7039

18. *Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen und Invalidenversicherung (EL-Reform) vom 16. September 2016. Entwurf Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) (EL-Reform). Änderung*

Die Revision bezweckt die Optimierung des bestehenden EL-Systems. Insbesondere sollen damit die Verwendung von Eigenmitteln für die Altersvorsorge verbessert sowie unerwünschte Schwelleneffekte reduziert werden. Um eine Leistungsverchiebung in die Sozialhilfe und damit eine finanzielle Mehrbelastung der Kantone zu verhindern, soll das EL-Niveau mit der vorliegenden Reform grundsätzlich erhalten bleiben. Die Leistungen der beruflichen Vorsorge sollen möglichst in Rentenform bezogen werden. Aus diesem Grund soll der Kapitalbezug des Altersguthabens im Vorsorgefall für den obligatorischen Teil der beruflichen Vorsorge ausgeschlossen werden. Im Rahmen der obligatorischen beruflichen Vorsorge ebenfalls ausgeschlossen werden soll der Vorbezug des Freizügigkeitguthabens bei der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Zudem soll das Vermögen der jeweiligen Personen bei der EL-Berechnung stärker berücksichtigt werden. Bei Ehegatten ohne eigenen EL-Anspruch soll das Erwerbseinkommen künftig vollumfänglich in der EL-Berechnung berücksichtigt werden. Die EL-Mindesthöhe soll auf den Betrag der höchsten Prämienverbilligung für Personen ohne Anspruch auf EL und Sozialhilfe gesenkt werden, wobei der EL-Mindestbetrag 60% der Durchschnittsprämie nicht unterschreiten soll. Ebenso betrifft die Änderung die Anpassung der EL an die Krankenversicherungsprämie, Anpassungen bei der EL-Berechnung für im Heim lebende Personen, Verbesserungen in der Durchführung und weitere Massnahmen. BBl 2016, 7465, 7563

19. *Geeignetes Personal im diplomatischen Dienst. Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Mai 2016 zum Bericht der GPK-S vom 26. Februar 2016*

Die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) hatte im Januar 2014 die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) mit der Evaluation «Geeignetes Personal im diplomatischen Dienst» beauftragt, da in den letzten Jahren gewisse Bedenken zu den Mitarbeitenden des diplomatischen Dienstes laut geworden waren. Am 20. August 2014 entschied die zuständige Subkommission der GPK-S, die Evaluation auf die Kompetenzen im diplomatischen Dienst zu fokussieren. Die Untersuchung zielte auf die drei zentralen Fragestellungen: Hat das EDA die nötigen Kompetenzen für den diplomatischen Dienst angemessen definiert? Ist das System zur Personalgewinnung angemessen, um Mitarbeitende mit den nötigen

Kompetenzen in den diplomatischen Dienst aufzunehmen? Ist das System der Personalerhaltung angemessen, um den Bestand an Mitarbeitenden mit den nötigen Kompetenzen zu sichern? Der Bundesrat beurteilt in der Stellungnahme vom 18. Mai 2016 die in diesem Zusammenhang von der GPK-S gestellten Fragen und erteilten Empfehlungen. Im Zentrum stehen die Angemessenheit des Karrieresystems und des teilfunktionalen Lohnsystems, das Optimierungspotenzial im bestehenden System und die Angemessenheit des Entschädigungssystems. BBl 2016, 4637, 4581, 4569

20. *Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Mai 2016 zum Bericht der GPK-N vom 22. März 2016 betreffend Qualität der Verbundpartnerschaft in der Berufsbildung. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 22. März 2016. Qualität der Verbundpartnerschaft in der Berufsbildung und Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 2. November 2015*

Die Besonderheit der Berufsbildung in der Schweiz liegt darin, dass es sich dabei um eine gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt (Sozialpartner, Berufsverbände; nachfolgend: OdA) handelt. Nach Kritiken an der Funktionsweise der Partnerschaft zwischen diesen Akteuren haben die parlamentarischen Geschäftsprüfungskommissionen angesichts der Bedeutung dieses Bereichs die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) beauftragt, die Steuerung der Berufsbildung zu evaluieren. Der Bundesrat teilt in seiner Stellungnahme vom 18. Mai 2016 die Feststellungen der GPK-N grundsätzlich und äussert sich insbesondere zu den folgenden Empfehlungen des Berichts der GPK-N vom 22. März 2016: Klärung des Begriffs der OdA und der Angemessenheit der Aufsichtsinstrumente; langfristige Vision und Strategie; Förderung einer systematischen Umsetzung und Kontrolle der Handlungsschwerpunkte. BBl 2016, 6917, 6853, 6867

21. *Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Oktober 2016 zur Parlamentarischen Initiative «Bessere Unterstützung für schwerkranke oder schwerbehinderte Kinder, die zu Hause gepflegt werden». Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 7. Juli 2016*

Die vorgeschlagenen Massnahmen sind auf die am stärksten belasteten Familien ausgerichtet, also auf Eltern und Erziehungsberechtigte mit schwer pflegebedürftigen Kindern, die eine Hilflösenentschädigung und einen Intensivpflegezuschlag der IV erhalten. Mit diesen Massnahmen sollen möglichst alle pflegebedürftigen Kinder erfasst werden, unabhängig von der Ursache der gesundheitlichen Beeinträchtigung. Der Bundesrat unterstützt die Änderung von Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG, lehnt jedoch die Änderung von Art. 42^{sexies} Abs. 1 lit. a IVG ab. BBl 2016, 8185

22. *Klärung der Ursachen für die Unterschiede beim kantonalen Vollzug des Abkommens über die Personenfreizügigkeit – Bericht des Bundesrats vom 4. März 2016 in Erfüllung des Postulats der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats 14.4005 vom 6. November 2014*

In Beantwortung des Postulats der GPK-N vom 6. November 2014 legt der Bundesrat den genannten Bericht vor. Das Postulat beauftragt den Bundesrat, zusammen mit den Kantonen einerseits die Gründe für die kantonalen Unterschiede beim Vollzug des FZA festzustellen und andererseits abzuklären, wie die Möglichkeiten zur Steuerung der Zuwanderung durch den Entzug oder die Befristung von Aufenthaltsbewilligungen von den Kantonen einheitlicher genutzt werden können. In einem ersten Teil geht der Bericht auf die Massnahmen ein, die der Bundesrat bisher getroffen hat, um den Vollzug des FZA zu vereinheitlichen und allfällige Missbräuche zu verhindern. In einem zweiten Teil befasst sich der Bericht mit den Ursachen, die zu einem unterschiedlichen Vollzug des FZA führen sowie mit den Möglichkeiten zur Steuerung der Zuwanderung durch den Entzug oder die Befristung von Bewilligungen. BBl 2016, 2859

23. *Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 7. Juli 2016 betreffend die parlamentarische Initiative: Bessere Unterstützung für schwerkranke oder schwerbehinderte Kinder, die zu Hause gepflegt werden, und Entwurf Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG). Änderung*

Die Betreuung von pflegebedürftigen Kindern zu Hause stellt für Eltern und Erziehungsberechtigte eine anspruchsvolle Aufgabe dar. Sie stehen dabei vor grossen persönlichen, organisatorischen und finanziellen Herausforderungen sowie schwierigen Entscheidungen in ihrem Alltag. Zusammenfassend besteht gemäss den Erkenntnissen der Studie bei vielen Familien ein grosser Bedarf an Unterstützung oder Entlastung für eine punktuelle Betreuung, eine Betreuung während mehrerer Tage oder an Wochenenden. Mit der vorliegenden Revision des IVG werden diese Forderungen und andere aufgenommen: Diejenigen Familien, die ein schwerkrankes oder schwerbehindertes Kind nicht in eine Institution geben wollen, sondern die Pflege und Betreuung zu Hause übernehmen, sollen wirkungsvoller unterstützt und entlastet werden. BBl 2016, 7193

24. *Parlamentarische Initiative: Gesetzliche Anerkennung der Verantwortung der Pflege. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. Januar 2016 und Stellungnahme des Bundesrates vom 23. März 2016*

Mit der vorgeschlagenen Gesetzesrevision soll der Berufsstatus der Pflegefachpersonen (bis anhin in der Gesetzgebung als «Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner» bezeichnet) aufgewertet werden. Das längst nicht

mehr zutreffende Image eines Hilfsberufs soll überwunden werden. Pflegefachpersonen sollen mit ihren spezifischen Kompetenzen besser wahrgenommen und ihre Rolle in einer patientenzentrierten Gesundheitsversorgung gestärkt werden. Neu sollen die Pflegefachpersonen einen Teil der Pflegeleistungen, nämlich die Leistungen der Abklärung, Beratung und Koordination, sowie der Grundpflege (inkl. psychiatrische Grundpflege) nicht mehr auf Anweisung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin erbringen, sondern sie sollen direkten Zugang zu den Patientinnen und Patienten haben. Für die Behandlungspflege ist weiterhin ein Auftrag oder eine Anordnung eines Arztes oder einer Ärztin erforderlich. Diese Aufwertung des Berufsstatus soll dazu beitragen, die Attraktivität des Pflegeberufs zu erhöhen, die Rekrutierung von jungen Erwachsenen und Wiedereinsteigerinnen zu erleichtern und die Verweildauer im Beruf zu verlängern. Pflegefachpersonen sollen deshalb ausdrücklich in den Katalog der Leistungserbringer nach Art. 35 Abs. 2 KVG aufgenommen werden. Der Bundesrat erachtet es indessen als verfehlte Entwicklung, im Sinne der parlamentarischen Initiative zusätzlichen Berufsgruppen Zugang zur direkten Abrechnung zu ermöglichen. BBl 2016, 3385, 4019

25. *Eidgenössische Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie». Vorprüfung*

Die Schweizerische Bundeskanzlei verfügt, dass die am 2. Mai 2016 eingereichte Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie» den gesetzlichen Formen entspricht. Die Gültigkeit der Initiative wird erst nach ihrem Zustandekommen durch die Bundesversammlung geprüft. Die Sammelfrist dauert bis am 24. November 2017. Die Initiative will folgende Artikel der Bundesverfassung ändern: Art. 116 Sachüberschrift und Abs. 3 und 4: Familienzulagen, Mutterschafts- und Vaterschaftsversicherung; Abs. 3: Er [der Bund] richtet eine Mutterschaftsversicherung und eine Vaterschaftsversicherung ein. Er kann auch Personen zu Beiträgen verpflichten, die nicht in den Genuss der Versicherungsleistungen gelangen können; Abs. 4: Er kann den Beitritt zu einer Familienausgleichskasse, die Mutterschaftsversicherung und die Vaterschaftsversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären und seine Leistungen von angemessenen Leistungen der Kantone abhängig machen. Weiter wird in Art. 197 Abs. 12 BV (Übergangsbestimmung zu Art. 116 Abs. 3 und 4 BV) vorgesehen, dass im Obligationenrecht ein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub von mindestens vier Wochen festgelegt wird. Die Vaterschaftsentschädigung wird analog zur Mutterschaftsentschädigung im Erwerbsersatzgesetz vom 25. September 1952 geregelt. Ist die Ausführungsgesetzgebung zur Änderung von Art. 116 Abs. 3 und 4 drei Jahre nach deren Annahme durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten, so erlässt gemäss Initiativtext der Bundesrat auf diesen Zeitpunkt hin die Ausfüh-

rungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg. BBl 2016, 4105

26. *Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt». Zustandekommen*

Die in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs abgefasste eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» ist zustande gekommen, da sie die nach Artikel 139 Absatz 1 der Bundesverfassung verlangten 100 000 gültigen Unterschriften aufweist. Von insgesamt 120 909 eingereichten Unterschriften sind 120 418 gültig. BBl 2016, 8107

27. *Verwaltungsvereinbarung zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) über die Anerkennung von Maturitätszeugnissen. Änderung vom 9. November 2016*

In die Änderung wird das gesamtschweizerisch anerkannte Fachmaturitätszeugnis einbezogen. Die Vereinbarung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten. BBl 2016, 8429

28. *Vernehmlassungsverfahren durch das Eidgenössische Departement des Innern zur Teilrevision des Bundesgesetzes (UIDG) und der Verordnung (UIDV) über die Unternehmensidentifikationsnummer*

Der Bundesrat hat das EDI beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage für die Anpassung des UIDG und der UIDV vorzubereiten, die das BFS ermächtigen, im Rahmen des globalen Legal-Entity-Identifier (LEI)-Systems die Aufgabe einer LEI-Ausgabestelle (sog. Local Operating Unit [LOU]) in der Schweiz kostenneutral wahrzunehmen. Datum der Eröffnung: 26. Februar 2016. Vernehmlassungsfrist: 1. Juni 2016. BBl 2016, 1465

29. *Strategische Ziele des Bundesrates für den Rat des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB) für die Jahre 2017–2020 vom 9. November 2016*

Der Bund ist Eigentümer des EHB. Gemäss Artikel 25 der EHB-Verordnung legt der Bundesrat die strategischen Ziele des EHB fest. Der Bundesrat erwartet an programmatischen Schwerpunkten, dass das EHB: (1.) seine Rolle als die Expertenorganisation des Bundes für die Berufsbildung und als kompetenter und verlässlicher Ansprechpartner für die Verbundpartner wahrnimmt; (2.) Aufgaben von nationalem Interesse erfüllt, im Dialog mit der Gesellschaft steht und im Rahmen seines Auftrags zur nachhaltigen Entwicklung von Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt beiträgt; sowie (3.) im Rahmen seines Auftrags die Problemstellungen und

Strömungen im Bildungssystem und auf dem Arbeitsmarkt frühzeitig aufgreift und mit Lösungsvorschlägen für die Akteure der Berufsbildung zur Weiterentwicklung derselben beiträgt. In diesem Zusammenhang definiert der Bundesrat Ziele in Bezug auf die Aufgaben und den Status des EHB, ferner spezifische Ziele für einzelne Leistungsbereiche, finanzielle Ziele sowie personal- und vorsorgepolitische Ziele. BBl 2016, 8541

III. Initiativen

1. Parlamentarische Initiativen

Kommission für Rechtsfragen NR: Löhne der ordentlichen Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichts, der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichts sowie der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts. Ausserordentliche individuelle Anpassungen und Überprüfung des Lohnsystems (16.400)

Leutenegger Oberholzer: Wahlverfahren für den oder die Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten oder -beauftragte (16.409)

Grabner: Teilflexibilisierung des Arbeitsgesetzes und Erhalt bewährter Arbeitszeitmodelle (16.414)

Müller-Altermatt: Ausbildungszulagen bei Ausbildung statt bei Geburtstag (16.417)

Keller-Sutter: Ausnahme von der Arbeitszeiterfassung für leitende Angestellte und Fachspezialisten (16.423)

Badran: Privilegierte Besteuerung von Mitarbeiter-Beteiligungen an Start-ups (16.424)

Sommaruga: Panama Papers: Klare Unterscheidung zwischen Prozessanwältinnen und -anwälten einerseits und Geschäftsanwältinnen und -anwälten andererseits (16.433)

Leutenegger Oberholzer: Angemessene Bezüge und Stopp der Lohnexzesse bei den Bundes- und bundesnahen Unternehmen (16.438)

Dobler: Arbeitnehmende in Start-ups mit Firmenbeteiligungen sollen von der Arbeitszeiterfassung befreit sein (16.442)

Hiltbold: Technische Optimierung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr: Ergänzung der Bestimmungen eines GAV, die Gegenstand einer erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung sein können. (16.450)

Bertschy: Elternzeit 14/14 bei beidseitiger Erwerbstätigkeit (16.453)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Verbot von Rahmenabkommen und institutionellen Bindungen mit überstaatlichen Rechtsgemeinschaften und Drittstaaten (16.465)

Burkart: Mehr Gestaltungsfreiheit bei Homeoffice (16.484)

Pardini: Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (16.489)

Marti Min: Ausbau der Leistungen der Arbeitslosenversicherung für ältere Arbeitssuchende (16.502)

Marti Min: Verbesserung der Situation von älteren Arbeitssuchenden bei der ALV (16.503)

2. *Motionen*

Feller: Vertretung der Pensionierten in den Organen ihrer Pensionskassen (16.3035)

Feller: Vermögensverwaltung der Ausgleichsfonds AHV/IV/EO. Umfassende und transparente Information des Parlaments, der Medien und der Öffentlichkeit (16.3049)

CVP-Fraktion: Beseitigung der Heiratsstrafe auch in der AHV (16.3103)

Fässler: Praxistaugliche Umsetzung des Arbeitsrechts bei Tierarztpraxen (16.3160)

Pardini: Die Akkreditierung von Medienschaffenden auch für Teilzeitschäftigte ermöglichen (16.3187)

Heggin: Einführung eines AHV-Referenz-Alters und dessen Anbindung an die durchschnittliche Lebenserwartung (16.3225)

Reimann: Sicherung des Lebensunterhalts als Voraussetzung für die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltstiteln (16.3233)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Praktikumsplätze in privaten Praxen und ausserklinischen Bereichen (16.3264)

Quadri: Ausarbeitung eines Entwurfs zu einer «Eintrittsabgabe» für Grenzgängerinnen und Grenzgänger (16.3294)

Nantermod: Neues Abkommen mit Frankreich über die Koordination der Sozialversicherungssysteme für Grenzgängerinnen und Grenzgänger (16.3331)

Pardini: 500 000 Franken sind genug (16.3377)

Mazzone: Maximale Wochenarbeitszeit senken (16.3396)

Mazzone: Ein moderner Arbeitgeber. Bundesangestellte sollen ihre Arbeit einfacher reduzieren können (16.3397)

Vonlanthen: Kurzarbeit AVIG. Verringerung des Bürokratieaufwands (16.3457)

Béglé: Wahrung der «Privatsphäre» unserer multinationalen Unternehmen: Die Schweiz muss sich verpflichten, die im Rahmen des BEPS-Projektes erfassten Daten nicht zu veröffentlichen (16.3468)

Quadranti: Massnahmen zur beruflichen Integration von jungen Flüchtlingen mit Bleibeperspektive (16.3520)

Mazzone: Menschen mit Behinderungen: Recht auf gleiche Chancen auf dem Arbeitsmarkt (16.3599)

Kommission für Rechtsfragen NR: Konkreter Aktionsplan für den Schutz vor Diskriminierung (16.3626)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit SR: Länger dauernde Mutterschaftsentschädigung bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen (16.3631)

Grüter: Lohngleichheit im Beschaffungswesen. Aber fair und korrekt (16.3657)

Keller: Ablieferungspflicht von Bundesangestellten. Entschädigungen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis beim Bund stehen, müssen vollumfänglich an die Bundeskasse gehen (16.3696)

Sozialdemokratische Fraktion: Fehlende Fachkräfte selber ausbilden statt Kontingente erhöhen (16.3729)

Marti: Fachkräfteinitiative. Erhöhung des Frauenanteils bei ICT-Berufen (16.3730)

Leutenegger Oberholzer: Drittstaatenkontingente. Kurzfristig anpassen (16.3809)

Leutenegger Oberholzer: Alters- bzw. Berufliche Vorsorge. Wissenslücken schliessen (16.3810)

Page: Anerkennung und Berufsbildung für Personen, die sich um Betagte und Menschen mit Behinderungen kümmern (16.3830)

Candinas: Stopp der Arbeitsplatzauslagerung bei der Post (16.3847)

Müller-Altarmatt: Care-Arbeit und Arbeitsanforderungen vereinbaren (16.3867)

Schmidt: Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen. Einführung eines Beschwerderechts gegen die Entscheide der zuständigen Behörden (16.3875)

Glättli: Grössere Autonomie und bessere soziale Integration von Personen mit Behinderung ermöglichen (16.3880)

Golay: Grössere Autonomie und bessere soziale Integration von Personen mit Behinderung ermöglichen (16.3881)

Bühler: Rasche Unterstützung für Lehrbetriebe mit Kurzarbeit (16.3884)

Giezendanner: Arbeits- und Ruhezeitverordnung für Pannen- und Unfallhelfer (16.3921)

Fraktion BD: Stärkung der Frauenorganisationen in der Sozialpartnerschaft (16.3946)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Überarbeitung des Leistungslohnsystems für das Bundespersonal (16.3973)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Keine übertriebenen Löhne und Sozialleistungen für das Bundespersonal (16.3974)

Schwaab: Arbeitsplätze sichern bei Massenentlassungen: Missbräuche beim Konsultationsverfahren härter sanktionieren (16.3995)

Amarelle: Arbeitsplätze sichern bei Massenentlassungen: Ausweitung der Pflicht zur Verhandlung über einen Sozialplan (16.3996)

Munz: Weiterbildungsoffensive für ältere Arbeitnehmende (16.4057)

Maire: Bei Stellenausschreibungen die Diskriminierung aufgrund des Alters verbieten (19.4060)

Aebischer: Stipendien- und Darlehenssystem für Weiterbildungsmassnahmen älterer Arbeitnehmender (16.4076)
Aebischer: Förderung der Grundkompetenzen bei älteren Arbeitnehmenden (16.4077)
Schwaab: Weniger administrative Hürden, dafür mehr Unterstützung für ältere Erwerbslose (16.4079)
Reynard: Initiierung einer dringlichen nationalen Konferenz zur erleichterten Integration von Flüchtlingen in das Bildungssystem (16.4114)
Romano: Monitoring über die Wirkung der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative (16.4151)
Reimann: Erneute SBB-Preiserhöhungen. Zweite statt erste Klasse bei Kaderangestellten von Bund und SBB sowie bei Parlamentariern (16.4152)

3. *Postulate*

Béglé: Für ein flexibles Rentenalter ab dem 58. und über das 70. Altersjahr hinaus, ohne negative Auswirkungen (16.3065)
Béglé: Bekämpfung der Altersdiskriminierung, um die Erwerbstätigkeit von Seniorinnen und Senioren zu fördern (16.3153)
Piller Carrard: Aktualisierung des Berichts über die Armut (16.3216)
Kommission für Rechtsfragen SR: Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen (16.3263)
Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen SR: Touristische Transportunternehmen vom Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes ausnehmen (16.3351)
Hüsler: Freiwilligenarbeit in Wert setzen (16.3424)
Schwaab: Studie zum Stress am Arbeitsplatz in den Unternehmen des Service public (16.3448)
Béglé: Vorsorge für den Ruhestand. Jährliche Information der Beitragszahlerinnen und -zahler über die voraussichtliche Höhe ihrer Rente (16.3469)
Herzog: Auswirkungen der Akademisierung der Pflegeberufe (16.3500)
Schmid-Federer: Das harte Los pflegender Kinder besonders anschauen (16.3517)
Heim: Attraktivierung Diplom-Ausbildung Pflege (16.3532)
Rytz: Bericht über die Diskriminierung von Eltern im Arbeitsmarkt und Aktionsplan als Gegenstrategie (16.3589)
Sozialdemokratische Fraktion: Entschädigungen der Krankenkassenmanagerinnen und -manager begrenzen (16.3617)
Derder: Für eine Migrationspolitik, die helle Köpfe in die Schweiz lockt (16.3619)
Vonlanthen: Digitale Wirtschaft und Arbeitsmarkt (16.3706)
Ettlin: Keine neue Soft-Regulierung durch die Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (16.3733)

Nantermod: Voraussetzungen zur Ausübung von gewissen Berufen. Stand der Dinge (16.3754)
Schmid-Federer: Bedarfsabhängige Kinderzulagen als gezielte Massnahme zur Bekämpfung der Familienarmut (16.3804)
Müller-Altarmatt: Angemessene BVG-Deckung für Personen, welche Care-Arbeit leisten (16.3868)
Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit SR: Kinderrenten der 1. Säule vertieft analysieren (16.3910)
Bourgeois: Berufsausweis landesweit vereinheitlichen (16.3964)
Mazzone: Umfassender Überblick über die Praktikumsituation in der Schweiz (16.3997)
Leutenegger Oberholzer: Mitwirkungsrechte. Bericht (16.4014)
Romano: 4. Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes. Wie steht es fünf Jahre nach deren Inkrafttreten um deren Wirksamkeit? (16.4038)
Heim: Weiterbildungsfonds für ältere Arbeitnehmende (16.4058)
Heim: Krankenversicherung. Kostenfaktor Boni? (16.4120)
Munz: Branchenspezifische Massnahmen für ältere Arbeitnehmende (16.4139)
Bruderer Wyss: Inklusives Arbeitsumfeld im Lichte der Digitalisierung (16.4169)

IV. Normalarbeitsverträge

1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

(Stand: 11. September 2017¹)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010/Änderung vom 9. Dezember 2016 (Geltung: 1.1.2017–31.12.2019)	SR 221.215.329.4
Genf	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du gros œuvre (CTT-GO) du 15 décembre 2015 (entrée en vigueur: 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.20

¹ Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen des Bundes sowie der Kantone Genf, Jura, Tessin und Wallis unter: <http://www.seco.admin.ch> > Arbeit > Normalarbeitsverträge.

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du second œuvre (CTT-SO) du 19 décembre 2016 (entrée en vigueur: 1 ^{er} janvier 2017)	J 1 50.05
	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du commerce de détail (CTT-CD) du 13 juin 2017 (entrée en vigueur: 1 ^{er} juillet 2017)	J 1 50.17
	Contrat-type de travail des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 18 décembre 2012 (état au 1 ^{er} janvier 2013) – Modification du contrat-type de travail des esthéticiennes (CTTEsthé) du 3 décembre 2015 (état au 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.16
	Contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom) du 13 décembre 2011 (entrée en vigueur: 1 ^{er} janvier 2012) – Modification du contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-Edom) du 3 décembre 2015 (état au 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.03
	Contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 26 novembre 2013 (état au 1 ^{er} janvier 2014) – Modification du contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 3 décembre 2015 (état au 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.18
	Contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 14 mars 2014 (état au 1 ^{er} avril 2014) – Modification du contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 3 mars 2016 (état au 1 ^{er} avril 2016)	J 1 50.19
Jura	Contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 7 mars 2017 (entrée en vigueur: 1 ^{er} avril 2017)	222.153.231
Tessin	Contratto normale di lavoro (CNL) per gli impiegati di commercio nelle fiduciarie dell'11 novembre 2014/entrata in vigore: 1 ^o gennaio 2015 – modifica (del 21 gennaio 2015)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2014; 3/2015)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio negli studi legali (del 5 febbraio 2015); entrata in vigore: 1 ^o agosto 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (8/2015)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contratto normale di lavoro per il settore del commercio all'ingrosso (del 10 novembre 2015); entrata in vigore: 1° gennaio 2016	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (50/2015)
	Contratto normale di lavoro per il settore dell'informatica (del 24 giugno 2014); entrata in vigore: 1° settembre 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (35/2014)
	Contratto normale di lavoro per il settore del prestito di personale nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, dell'industria meccanica, dell'industria grafica, dell'industria orologiera, dell'industria alimentare e dei generi voluttuari, nonché in aziende dei trasporti pubblici (del 24 giugno 2014); entrata in vigore: 1° settembre 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (35/2014)
	Contratto normale di lavoro per il settore del prestito di personale (aziende che per quanto concerne i lavoratori presi in prestito presentano un salario annuo inferiore a fr. 1 200 000.–) (del 2 settembre 2015)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (41/2015)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nel settore della consulenza aziendale (del 13 novembre 2013); entrata in vigore: 1° gennaio 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013)
	Contratto normale di lavoro per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica (BU 2013, 10-12 e BU 2013, 222) (del 17 dicembre 2013); entrata in vigore: 1° gennaio 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (65/2013)
	Contratto normale di lavoro per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti) (del 9 aprile 2014); entrata in vigore: 1° aprile 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (19/2014)
	Contratto normale di lavoro per i centri fitness (del 14 novembre 2012); entrata in vigore: 1° gennaio 2013; proroga (dell'11 marzo 2015)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2012; 11/2015)
	Contratto normale di lavoro per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» (CNLRSG) (del 13 maggio 2014); entrata in vigore: 1° gennaio 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (27/2014)
	Contratto normale di lavoro per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010/entrata in vigore: 9 aprile 2010/prolungamento: 11 marzo 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (11/2015)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contratto normale di lavoro per i call centers (CNLCC) (del 13 novembre 2013); entrata in vigore: 1° gennaio 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013)
	Contratto normale di lavoro per il settore orologiero (del 23 dicembre 2014); entrata in vigore 1° luglio 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (62/2014)
	Contratto normale di lavoro per il personale delle agenzie di viaggio (del 22 settembre 2015); entrata in vigore: 1° gennaio 2016	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (42/2015)
Wallis	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes im Kanton Wallis vom 7. März 2012/Beschluss vom 27. Februar 2013 zur Aufhebung des Normalarbeitsvertrags	AB Nr. 10/2013 S. 547
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 31. Juli 2013	AB Nr. 33/2013 S. 2060

2. *Sonstige Normalarbeitsverträge*

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985; Inkrafttreten: 1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	Normalarbeitsvertrag für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984; Inkrafttreten: 1. Februar 1984	SR 221.215.329.2
	Normalarbeitsvertrag für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979; Inkrafttreten: 1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
	Normalarbeitsvertrag für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971; Inkrafttreten: 1. Juli 1971/geändert 1973	SR 221.215.328.1
	Normalarbeitsvertrag über Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966; Inkrafttreten: 1. Mai 1966/geändert 1973	SR 221.215.328.6
	Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971; Inkrafttreten: 1. Januar 1972	SR 221.215.328.4

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Aargau	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 19. November 2008; Inkrafttreten: 1. Januar 2009	SAR 963.374
	Normalarbeitsvertrag über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004; Inkrafttreten: 1. Januar 2005	SAR 963.372
Appenzell I. Rh	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000; Inkrafttreten: 1. Oktober 2000	Gesetzessammlung Appenzell I. Rh., 821.001
Appenzell A. Rh.	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986; Inkrafttreten: 1. Januar 1987	SGS 222.217
Basel-Landschaft	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998 (Stand 1. Januar 2015)	SGS 212.34
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986	SGS 212.31
Basel-Stadt	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990; Inkrafttreten: 1. Januar 1991/Änderung vom 11.7.95	SG 215.700
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt vom 15. Juni 1993; Inkrafttreten: 1. Juli 1993	SG 215.600
Bern	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 24. Oktober 2007; Inkrafttreten: 1. Januar 2008	BSG 222.153.21
	Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst (NAV Hausdienst) vom 25. April 2007; Inkrafttreten: 1. Juli 2007	BSG 222.153.22
	Normalarbeitsvertrag für den Detailhandel (NAV Detailhandel) vom 15. November 2006; Inkrafttreten: 1. Januar 2007	BSG 222.153.23
Freiburg	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft vom 26. September 1988; Inkrafttreten: 1. Oktober 1988	SGS 222.5.92
	Normalarbeitsvertrag für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989; Inkrafttreten: 1. Juli 1989	SGS 222.5.91

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Genf	Contrat-type de travail des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPM) du 13 décembre 2011	J 1 50.15
	Contrat-type de travail des travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011	J 1 50.12
	Contrat-type de travail de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011	J 1 50.10
	Contrat-type de travail de l'agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011	J 1 50.09
Glarus	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988; Inkrafttreten: 1. Januar 1988	SGS VIII C/12/3
	Normalarbeitsvertrag Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972; Inkrafttreten: 1. Januar 1973	SGS IX D/7/1
Graubünden	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987; Inkrafttreten: 1. Dezember 1987	BR 535.200
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis am 27. Oktober 1998; Inkrafttreten: 1. Dezember 1998	BR 535.230
	Normalarbeitsvertrag für das Alp- und Hirtenschaftspersonal 27. Oktober 1998; Inkrafttreten: 1. Dezember 1998	BR 535.250
Jura	Contrat-type de travail pour le personnel d'exploitation et de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995	SGS 222.153.21
	Contrat-type de travail pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978	SGS 222.153.22
	Contrat-type de travail pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006	SGS 222.153.23
Luzern	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990	SRL 854
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000	SRL 854a
Neuenburg	Contrat-type de travail pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002	RSN 225.43

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contrat-type de travail pour le personnel forestier du 14 octobre 2009	RSN 225.46
	Contrat-type de travail du personnel de vente dans le commerce de détail, du 13 mars 1991	RSN 225.44
	Contrat-type de travail pour les jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991	RSN 225.45
	Contrat-type de travail pour les travailleuses/travailleurs de l'économie domestique du 5 mai 1988	RSN 225.42
Nidwalden	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985; Inkrafttreten: 1. Juli 1985	LGS 223.1
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 14. April 1997; Inkrafttreten: 1. Juli 1997	LGS 223.2
Obwalden	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973; Inkrafttreten: 1. Januar 1974	GDB 844.1
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 13. Mai 2008; Inkrafttreten: 1. Juni 2008	GDB 844.2
St. Gallen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986	SGS 513.1
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003	SGS 513.2
Schaffhausen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993; Inkrafttreten: 1. April 1993	SHR 221.216
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft (NAV LW) vom 6. Dezember 2011; Inkrafttreten: 1. Januar 2012	SHR 221.217
Solothurn	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986; Inkrafttreten: 1. April 1986	RRB 821.321
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972	RRB 821.322

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Schwyz	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997; Inkrafttreten: 1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001; Inkrafttreten: 1. Juli 2001 (Änderung vom 7. Dezember 2010 am 1. Januar 2011 in Kraft getreten)	SRSZ 217.112 Änderung: Abl 2010 2714
Thurgau	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999; Inkrafttreten: 1. August 1999	RB 221.252
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006	RB 221.253
Tessin	Contratto normale di lavoro per il personale di vendita al dettaglio (di seguito CNLV) del 1° gennaio 2015	FU 101/2014 del 19.12.2014
Uri	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September	RB 20.1311
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973	RB 20.1321
Waadt	Contrat-type de travail pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986	RSV 222.53.1
	Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994	RSV 222.53.2
	Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamn) du 27 juillet 1994	RSV 222.53.3
	Arrêté modifiant celui du 3 avril 2000 établissant un contrat-type de travail pour l'agriculture du 18 février 2015	RSV 222.55.1
	Contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006	RSV 222.105.1
Wallis	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und andern Planungsbüros des Kantons Wallis vom 15. September 1982 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft im Kanton Wallis vom 24. Januar 1973 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Autotransportunternehmungen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) des Kantons Wallis vom 1. Januar 1993 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitstag für den Sektor der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009 (zuletzt geändert am 31. Juli 2013)	Kantonales Amtsblatt 2013
Zug	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002	BGS 831.511
	Normalarbeitsvertrag Privathaushalt vom 18. Dezember 1984	BGS 831.521
Zürich	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer (vom 29. Mai 1991); Inkrafttreten: 1. Juli 1991	LS 821.12
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis (vom 19. März 1986)/Inkrafttreten: 1. April 1986	LS 821.13

V. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

1.1 FlaM – Anpassung der Mindestlöhne NAV Hauswirtschaft

Der Bundesrat hat am 9. Dezember 2016 entschieden, die Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) nochmals um drei Jahre zu verlängern. Gleichzeitig wird der Mindestlohn angepasst. Die

Verlängerung ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten und gilt bis zum 31. Dezember 2019. Der Antrag für eine Verlängerung des NAV Hauswirtschaft und eine gleichzeitige Anpassung der Mindestlöhne stammt von der tripartiten Kommission des Bundes (TPK Bund) im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr (FlaM). Die durchgeführten FlaM-Kontrollen hatten gezeigt, dass die NAV-Mindestlöhne in den Jahren 2013 und 2014 von 13% der kontrollierten Haushalte nicht eingehalten wurden. Diese Verstossquote liegt damit etwas höher als der Durchschnitt von Lohnunterbietungen in Branchen ohne zwingende Mindestlöhne im Jahr 2015. Sie liegt jedoch tiefer als die vermutete Verstossquote in Branchen mit Mindestlöhnen. Die Mindestlöhne wurden gemäss Antrag der TPK der Nominallohnentwicklung für die Jahre 2013 bis 2015 angepasst. Damit sollen sie um insgesamt 1,9% erhöht werden. Die Löhne im NAV Hauswirtschaft liegen auch nach der Anpassung tiefer als in diversen Branchen mit Mindestlöhnen. Es ist daher nicht zu erwarten, dass andere Branchen tangiert werden. Im Vernehmlassungsverfahren unter den Kantonen und Verbänden hatte die Verlängerung des NAV Hauswirtschaft und die Anpassung der Mindestlöhne mehrheitlich Zustimmung gefunden. Die Notwendigkeit der Fortführung des NAV wurde weitgehend anerkannt.² Neu beträgt der Mindestlohn brutto, ohne Zuschläge für Ferien und bezahlte Feiertage, für die Kategorien: ungelernt: Fr. 18.90/Stunde; ungelernt mit mindestens vier Jahren Berufserfahrung in der Hauswirtschaft: Fr. 20.75/Stunde; gelernt mit EFZ: Fr. 22.85/Stunde; gelernt mit EBA: Fr. 20.75/Stunde.³

1.2 GAV Tankstellenshops

Der neue Gesamtarbeitsvertrag Tankstellenshops in der Schweiz (GAV Tankstellenshop Schweiz) legt u.a. Mindestlöhne fest, regelt die Arbeitszeiten und sichert Sozialleistungen wie die Lohnfortzahlung bei Krankheit oder bei Mutterschaft. Weiter legt der GAV auch die Eckwerte für den Vollzug fest. Sozialpartner sind der Verband der Tankstellenshopsbetreiber VTSS, die Gewerkschaften Unia und Syna sowie der Kaufmännische Verband Schweiz. Der GAV tritt im Laufe des Jahres 2017 in Kraft.⁴

1.3 GAV Coiffeurgewerbe

Im Rahmen der Erneuerung des GAV für das Coiffeurgewerbe haben sich die Sozialpartner (Unia/Syna und coiffureSUISSE) auf ein Verhandlungsergebnis geeinigt. Bei den Gesprächen ging es im Wesentlichen um die Löhne und die Einführung konkreter Massnahmen zur Bekämpfung des Lohndumpings. Aufgrund der steigenden Zahl kleiner Billigsalons, speziell

² Medienmitteilung des SECO vom 9. Dezember 2016.

³ AS 2016, 4825.

⁴ Medienmitteilung der Unia vom 20. Januar 2017.

in den Ballungsräumen und Grenzgebieten, hat sich der Preisdruck erheblich verschärft, und die Arbeitsbedingungen haben sich verschlechtert, insbesondere auch wegen der wenigen Kontrollen und der bestehenden Lücken im GAV. Bis heute legte der GAV keinen Mindestlohn für Mitarbeitende ohne anerkanntes Diplom fest. Diese Lücke führte zur Verbreitung von missbräuchlichen Lohndumping-Praktiken. Neu sollen ab dem 5. Berufsjahr nach der Ausbildung die Coiffeusen und Coiffeure mindestens verdienen: (a.) 4000 Franken für Coiffeusen und Coiffeure mit EFZ; (b.) 3900 Franken für Coiffeusen und Coiffeure mit EBA; (c.) 3800 Franken für Coiffeusen und Coiffeure ohne anerkannte Ausbildung; (d.) Lohnzuschlag von 200 Franken für Mitarbeitende, die Lehrlinge ausbilden; (e.) Verbesserung der Bedingungen für Familien: Urlaub bei Erkrankung eines Kindes, fünf Tage Vaterschaftsurlaub. Wird der GAV von allen Parteien ratifiziert, wird beim SECO ein Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit gestellt. Die Sozialpartner wollen mit dem Inkrafttreten des neuen GAV einen Beitrag zur Aufwertung des Coiffeurgewerbes leisten.⁵

1.4 GAV Private Sicherheitsbranche

Der Verband Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen (VSSU) und die Gewerkschaft Unia haben den Gesamtarbeitsvertrag der Branche verlängert und eine Einigung über die Löhne ab 1. Januar 2017 erzielt. Mehrere Mindestlöhne wurden in Abhängigkeit von der Anstellungskategorie und dem Dienstalter der Angestellten zwischen 0,7% und 1% angehoben. Dem GAV der Branche sind über die Mitgliederfirmen des VSSU 15 000 Sicherheitsmitarbeitende unterstellt. Der Antrag auf Verlängerung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist beim Bundesrat hängig und soll den Schutz vor Lohndumping auf insgesamt über 20 000 Sicherheitsangestellte ausweiten.⁶

2. *Mindestlohn im Kanton Neuenburg*

Die Stimmbevölkerung des Kantons Neuenburg hatte 2011 der Aufnahme einer Norm in die Kantonsverfassung zugestimmt, welche die Festlegung eines Minimallohns erlaubt. Der Grosse Rat des Kantons legte daraufhin 2014 im kantonalen Gesetz über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung einen minimalen Stundenlohn von 20 Franken fest, der jährlich dem Landesindex der Konsumentenpreise anzupassen sei. Mehrere Betriebe, Branchenverbände und Privatpersonen, darunter der kantonale Hotel- und Restaurantverband, ein Textilreinigungsverband und eine grosse Personalvermittlungsfirma, erhoben Beschwerde am Bundesgericht. Sie machten eine Verletzung des in der Bundesverfassung geschütz-

⁵ Medienmitteilung der Unia vom 28. März 2017.

⁶ Medienmitteilung der Unia vom 22. Dezember 2016.

ten Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit und einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot geltend. Das Bundesgericht wies mit Urteilen vom 21. Juni 2017 (2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014 und 2C_816/2014) die Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat. Mit der Festsetzung eines Mindestlohns könne die Armut bekämpft werden, insbesondere das Phänomen der «working poor». Diesen Personen, deren Einkommen trotz einem vollen Arbeitspensum zu tief ist, um davon leben zu können, solle ermöglicht werden, von ihrer Erwerbstätigkeit leben zu können, ohne auf Sozialhilfe angewiesen zu sein. Laut Art. 94 Abs. 1 BV haben sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten. Wie das Bundesgericht weiter kommentierte, sind die Kantone aber zum Erlass sozialpolitischer Massnahmen befugt. Einzig wirtschaftspolitische Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, wären unzulässig, da hierfür der Bund zuständig ist. Das Gericht kommt zum Schluss, dass vorliegend sozialpolitische Anliegen den Kanton zur Einführung des Minimallohns veranlassten. Der kantonale Minimallohn wurde laut dem Gericht auf relativ tiefem Niveau angesetzt. Der Kanton war vom Mindesteinkommen gemäss den für Ergänzungsleistungen der AHV und IV vorgesehenen Regeln ausgegangen. Bei einem jährlichen Minimaleinkommen von 41 759 Franken, 41 Arbeitsstunden pro Woche und 52 Arbeitswochen pro Jahr ergibt sich der Stundenlohn von aufgerundet 20 Franken. Dieser liegt innerhalb einer angemessenen, auf objektiven Kriterien beruhenden Spanne. Das Gericht erachtet die kantonale Bestimmung auch als verhältnismässig.⁷ Nach Einschätzung der Unia hat die Einführung eines Mindestlohns in Neuenburg Signalwirkung für andere Kantone. Mindestlöhne seien ein wichtiges Mittel zur Bekämpfung von Armut und Lohndumping.⁸ Die Neuenburger Mindestlohnregelung trat mit dem Urteil per sofort in Kraft.

3. *Europäischer Betriebsrat LafargeHolcim*

LafargeHolcim entstand 2015 aus der Fusion von Lafarge und Holcim und hat seinen Sitz in der Schweiz. Beide Vorgängerunternehmen verfügten gemäss EU-Recht über einen Europäischen Betriebsrat (EBR) für ihre Standorte im EU-Raum. Mit der Fusion der Zementgiganten mussten neue Grundlagen für eine gesamthafte Arbeitnehmervertretung auf europäischer Ebene geschaffen werden. Das Management von LafargeHolcim Europe muss bei sämtlichen transnationalen Angelegenheiten wie länderübergreifende Projekte, Umstrukturierungen, neue Produktionsprozesse, Verlagerungen usw. den EBR konsultieren und dessen Konsultationsmeinung Rechnung tragen. Die im März 2017 in Paris zwischen dem LafargeHolcim-Management und den 28 Arbeitnehmerdelegierten aus 14 Ländern unterzeichnete Vereinbarung schafft die Voraussetzungen für

⁷ NZZ vom 4. August 2017.

⁸ Medienmitteilung der Unia vom 4. August 2017.

einen sozialen Dialog. Die Schweiz wurde in den Geltungsbereich der Vereinbarung einbezogen. Damit sind die knapp 2000 Schweizer Angestellten von LafargeHolcim künftig im Europäischen Betriebsrat nicht mehr nur als Beobachter, sondern als vollwertige Mitglieder vertreten. Der EBR repräsentiert gegenüber der Konzernleitung die Interessen von über 20 000 Beschäftigten aus 19 Ländern. Er wird dabei von zwei gewerkschaftlichen Koordinatoren der zuständigen Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter (EFBH) aktiv unterstützt, wovon einer traditionell von der Unia gestellt wird.⁹

4. *Lohnleichheit*

Unternehmen, die mindestens 50 Mitarbeitende beschäftigen, sollen alle vier Jahre eine Lohnanalyse durchführen. Eine externe Revisionsstelle hat diese zu überprüfen und der Unternehmensführung Bericht zu erstatten. Dies hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 26. November 2016 nach Kenntnisnahme der Vernehmlassungsergebnisse beschlossen und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, bis im Sommer 2017 einen entsprechenden Gesetzesentwurf auszuarbeiten.¹⁰

5. *Arbeitskampf*

2016 betrug die ausgefallenen Arbeitstage per 1000 Arbeitnehmer weniger als einen halben Tag. Insgesamt waren weniger als 2000 Arbeitnehmer an Streiks beteiligt.¹¹ So protestierten namentlich 400 Richemont-Arbeitende im Vallée de Joux und in Genf. Sie zeigten mit Solidaritätskundgebungen ihre Unterstützung für die Entlassenen der Luxusuhrenmarken Vacheron Constantin und Piaget, die zur Richemont-Gruppe gehören.¹² Ferner legte das gesamte Personal der Thermo Fisher Scientific in Ecublens (VD) die Arbeit nieder, um gegen die Verlagerung von 106 der insgesamt 165 Arbeitsplätze in die Tschechische Republik zu protestieren.¹³

6. *Gesamtarbeitsvertragsrecht*

6.1 Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2016¹⁴

Die Sozialpartner der GAV mit mindestens 100 unterstellten Personen haben für das Jahr 2016 eine Effektivlohnerhöhung um durchschnittlich

⁹ Medienmitteilung der Unia vom 27. März 2017.

¹⁰ Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Oktober 2016.

¹¹ Bundesamt für Statistik, Veröffentlichung am 2. Juni 2017.

¹² «Richemont-Arbeitende protestieren im Vallée de Joux und in Genf», Medienmitteilung der Unia vom 24. November 2016.

¹³ Medienmitteilung der Unia vom 19. April 2017.

¹⁴ Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 5. Oktober 2016.

lich 0,4% beschlossen (2015: +0,8%; 2014: +0,8%; 2013: +0,7%). Unter Einbezug der Teuerungsprognosen 2016 (-0,4%) stiegen die Reallöhne im GAV-Bereich um 0,8%. Rund 524 000 Personen sind von Effektivlohnerhöhungen betroffen. Im primären Sektor bleiben die Effektivlöhne unverändert. Im sekundären Sektor beträgt das Effektivlohnwachstum 0,3%, im tertiären Sektor 0,5%. Die stärksten Erhöhungen finden sich in den Branchen «Verkehr» (+1,4%), «Post-, Kurier- und Expressdienste» (+1,1%) und «Finanz- und Versicherungsdienstleistungen» (+1,1%). Demgegenüber ist in acht Branchen ein Nullwachstum zu verzeichnen. Die Branchen «Maschinen-, Fahrzeugbau» (-0,5%) und «Herstellung von Metallerezeugnissen» (-1,7%) registrieren ein negatives Wachstum. 2016 gliederte sich die Erhöhung der GAV-Löhne von insgesamt 0,4% in 0,19% generelle und 0,24% individuelle Erhöhungen. Somit wurden 43% der für Lohnerhöhungen bestimmten Lohnsumme gleichmässig an die betroffenen Personen verteilt. Dieser Anteil hat im Vergleich zu den drei Vorjahren zugenommen (2015: 35%; 2014: 38%; 2013: 39%). Die in den GAV festgelegten Mindestlöhne wurden 2016 wie schon in den beiden Vorjahren um 0,7% angehoben. Rund 1 262 600 Personen sind von den Abschlüssen zu den Mindestlöhnen betroffen. Das Mindestlohnwachstum stagniert im primären Sektor (0%), beträgt 0,2% im sekundären Sektor und 0,7% im tertiären Sektor. Die stärksten Erhöhungen finden sich in den Branchen «Sonstige Herstellung von Waren, Reparatur und Installation» (+5,5%), «Grosshandel» (+2,4%), «Erbringung von sonstigen Dienstleistungen» (+2,4%), «Nicht zuzuordnen» (kaufmännische Angestellte und Verkaufspersonal) (+2%), «Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften» (+1,8%) sowie «Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen» (+1,5%). Demgegenüber verzeichnen neun Branchen ein Nullwachstum, und das Gesundheitswesen registriert ein negatives Wachstum (-0,1%).

6.2 Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds

Im Berichtsjahr 2016 wurden nachstehende Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gefasst, und zwar der Gesamtarbeitsverträge: für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Änderung); des Ausbaugewerbes der Westschweiz (Änderung); für das Maler- und Gipsergewerbe (Verlängerung und Änderung); im schweizerischen Gebäudehüllengewerbe (Änderung); für das schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Änderung); für den Personalverleih (Verlängerung und Änderung); für die schweizerische Ziegelindustrie (Verlängerung und Änderung); für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen (Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug und Zürich (Änderung); für den Gerüstbau (Änderung); für die schweizerische Möbelindustrie (Wiederin-

kraftsetzung und Änderung); für die schweizerische Betonwaren-Industrie (Verlängerung); des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (Wiederinkraftsetzung und Änderung); für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR; Verlängerung und Änderung); für den Gleisbau (Wiederinkraftsetzung und Änderung); für das schweizerische Carrossiergewerbe (Änderung); des «Verbands schweizerischer Anbieter von Sonnen- und Wetterschutz-Systemen»; für das Maler- und Gipsergewerbe; für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Änderung); für das Holzbaugewerbe (Verlängerung und Änderung); für den flexiblen Altersrücktritt im Gerüstbaugewerbe (GAV FAR Gerüstbau, Verlängerung und Änderung); für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP, Verlängerung und Änderung); für die schweizerische Möbelindustrie (Verlängerung und Änderung); für das schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Verlängerung und Änderung); für das Schreinergewerbe (Verlängerung und Änderung); Vorruhestandsmodell im schweizerischen Maler- und Gipsergewerbe; des Gastgewerbes (Verlängerung und Änderung); für das schweizerische Isoliergewerbe (Verlängerung und Änderung); für die industrielle Reinigung von Textilien in der Romandie (Verlängerung und Änderung); für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn (Verlängerung und Änderung). BBl 2016, 1053, 1253, 1461, 1663, 1789, 3435, 3451, 3453, 3607, 3609, 4661, 4663, 5031, 5033, 6751, 6817, 7247, 7731, 7921, 8197, 8431, 8779, 8781, 8783, 8845, 8855, 8963, 8969; – ferner Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung der Berufsbildungsfonds Organisation der Arbeitswelt «Landwirtschaft, landwirtschaftliche Spezialberufe, Berufe der Verarbeitung von Landwirtschaftsprodukten sowie Pferdeberufe (OdA AgriAliForm), Fahrlehrer des schweizerischen Fahrlehrerverbandes SFV; des «Verbands schweizerischer Anbieter von Sonnen- und Wetterschutz-Systemen». BBl 2016, 367, 6989, 7085

**B. Mitteilungen
des Staatssekretariats
für Wirtschaft (SECO)
und des Eidgenössischen
Datenschutz- und Öffentlich-
keitsbeauftragten (EDÖB)**

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

I. Merkblatt zur Abgrenzung zwischen dem Arbeitsgesetz und den «Chauffeurverordnungen» (ARV 1 und ARV 2)¹

(erstellt am 24.2.2016; letzte Änderung am 11.5.2016)

1. Geltungsbereich

Das ArG ist grundsätzlich auf alle Betriebe anwendbar. Die Bestimmungen des ArG haben zwingenden Charakter und stellen Minimalvorschriften dar.

Auf bestimmte Gruppen von Arbeitnehmenden sind aber aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit auch andere Gesetzesbestimmungen anwendbar. Dies trifft auf die berufsmässigen Motorfahrzeugführer zu. Gestützt auf Art. 56 SVG hat der Bundesrat die Kompetenz, die Arbeits- und Präsenzzeit für diese Kategorie von Arbeitnehmenden zu regeln. Der Bundesrat hat davon Gebrauch gemacht mit dem Erlass der ARV 1 und ARV 2.

Art. 71 Bst. a ArG sieht deshalb einen expliziten Vorbehalt vor bezüglich der Sonderregelungen für berufsmässige Motorfahrzeugführer: Art. 71 Bst. a ArG: Vorbehalten bleiben insbesondere: die Bundesgesetzgebung (...) über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Bestimmungen des ArG anwendbar sind, soweit nicht in der ARV 1 oder ARV 2 im Rahmen der Delegation von Art. 56 SVG eine spezifische Regelung vorgesehen ist.

Seit dem 1.1.2012 befindet sich der folgende explizite Verweis in der ARV 1 und ARV 2: Art. 1 Abs. 2 ARV 1/Art. 1 Abs. 2 ARV 2: Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964, insbesondere die Bestimmungen über die Kompensation der Nachtarbeit.

Um die einheitliche Anwendung der Gesetzesbestimmungen zu garantieren, sind die nachfolgenden Grundsätze zu befolgen:

¹ <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Merkblätter und Checklisten.

2. Bestimmungen zur Nachtarbeit

2.1 Nachtzeitraum (Art. 10 und 16 ArG)

Als Nachtzeitraum gilt gemäss ArG die Zeit zwischen 23 Uhr und 6 Uhr. Dieser Zeitraum unterscheidet sich vom Zeitraum des Nachtfahrverbots für schwere Motorwagen zur Güterbeförderung gemäss Art. 2 Abs. 2 SVG (22 Uhr bis 5 Uhr).

Gemäss Art. 10 Abs. 2 ArG können aber die Betriebe Beginn und Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit zwischen 5 Uhr und 24 Uhr anders festlegen. Dazu muss die Arbeitnehmerversammlung im Betrieb, oder, wo eine solche nicht besteht, die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer dem zustimmen. Es ist für die Transportfirmen unter Einhaltung dieser Voraussetzung also möglich, den Nachtzeitraum beispielsweise auf 22 Uhr bis 5 Uhr festzulegen.

2.2 Dauer der Nachtarbeit

Gemäss Art. 17a Abs. 1 ArG darf bei Nachtarbeit die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmer neun Stunden nicht überschreiten; sie muss, mit Einschluss der Pausen, innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen.

Die ARV 1 und ARV 2 regeln die zulässigen Lenkzeiten und Arbeitsstunden sowie die Pausen und die Ruhezeiten für die Chauffeure. Art. 17a ArG findet keine Anwendung auf sie.

2.3 Kompensation für vorübergehende und dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit

- Arbeitnehmende, die weniger als 25 Nächte im Jahr Nachtarbeit verrichten (vorübergehende Nachtarbeit), haben Anspruch auf einen Lohnzuschlag von mindestens 25% für die im Nachtzeitraum geleisteten Arbeitsstunden (Art. 17b ArG und 31 ArGV 1).
- Arbeitnehmende, die 25 Nächte und mehr im Jahr Nachtarbeit leisten (dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit), haben Anspruch auf eine Kompensation von 10% der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben (Art. 17b ArG und 31 ArGV 1).
- Diese Regeln gelten auch für alle Chauffeure, ob sie der ARV 1 oder der ARV 2 unterstehen oder nicht.

3. Nachweis der Zeitkompensation bei dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit

Gemäss ArG muss der Arbeitgeber die Gewährung des Zeitzuschlags belegen können (Art. 73 Abs. 1 Bst. g ArGV 1). Dazu bestehen keine Formvorschriften. Er muss einfach nachweisen können, dass die

übers Jahr geschuldeten Ausgleichszeiten dem Arbeitnehmer gewährt wurden.

Gemäss ARV 1 und 2 überwacht der Arbeitgeber laufend, anhand der verfügbaren Kontrollmittel, ob die Bestimmungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeit eingehalten worden sind (Art. 16 Abs. 1 ARV 1 und 21 Abs. 1 ARV 2).

Der Arbeitgeber kann die Aufzeichnung des Zeitzuschlags für Nachtarbeit im Rahmen der Arbeitgeberkontrollauswertung gemäss Art. 16 ARV 1 oder 21 ARV 2 tätigen, indem er im Rahmen der Aufstellung über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeit die im Nachtzeitraum geleisteten Stunden separat aufführt. Zudem ist er angehalten, für jeden Arbeitnehmer ein entsprechendes Zeitzuschlagskonto zu führen.

Desgleichen muss der Arbeitgeber für Chauffeure, die weder der ARV 1 noch der ARV 2 unterstellt sind, die Aufzeichnung des Zeitzuschlags für Nachtarbeit separat aufführen und für jeden Arbeitnehmer ein entsprechendes Zeitzuschlagskonto führen.

4. Fahrten ins Ausland

Die Regelung betreffend der Zeitkompensation für Nachtarbeit gilt auch für Fahrten ins Ausland.

5. Sonderfall: Aushilfs- und Abruf-Stundenlöhner

Den Zeitzuschlag von 10% für dauernde oder regelmässige Nachtarbeit muss der Arbeitgeber nicht nur den Mitarbeitenden gewähren, die im Monatslohn angestellt sind, sondern auch diejenigen, die im Stundenlohn arbeiten. Da Art. 22 ArG die Abgeltung der Ausgleichsruhezeit durch Geldleistungen verbietet, muss dieser Anspruch zwingend in Form bezahlter Ausgleichsruhezeit gewährt werden.

6. Arbeitszeitbewilligungen

Sowohl gemäss Strassenverkehrsgesetzgebung wie auch gemäss ArG gilt grundsätzlich ein Nachtfahr- bzw. ein Nachtarbeitsverbot, von dem nur in begründeten Fällen abgewichen werden darf.

Für die in der Verkehrsregelnverordnung (VRV) von der Bewilligungspflicht ausgenommenen Transporte (Art. 91a VRV) wird davon ausgegangen, dass die Notwendigkeit des Transports – und damit auch der Nachtarbeit – gegeben ist. Für andere Transporte sind nach wie vor Bewilligungen durch das Strassenverkehrsamt nötig (Art. 92 VRV). Auch hier wird geprüft, ob der Transport notwendig ist. Eine zusätzliche Prüfung der Notwendigkeit der Nachtarbeit und Erteilung einer Bewilligung gemäss ArG erübrigt sich deshalb und ist somit nicht erforderlich.

7. Chauffeure im Nebenberuf

Chauffeure, deren berufliche Tätigkeit nur teilweise der ARV 1 oder ARV 2 untersteht (Chauffeure im Nebenberuf), dürfen in ihrer gesamten beruflichen Tätigkeit die in diesen Verordnungen festgelegten Grenzen nicht überschreiten (Art. 20 Abs. 1 ARV 1 und Art. 27 Abs. 1 ARV 2).

Der Arbeitgeber, der Chauffeure im Nebenberuf einsetzt, muss sich vergewissern, dass sie während ihrer gesamten beruflichen Tätigkeit im Haupt- und Nebenberuf die in der Verordnung festgelegten Grenzen nicht überschreiten (Art. 20 Abs. 2 ARV 1 und Art. 27 Abs. 2 ARV 2).

Als Beispiel: Ein Chauffeur fährt für denselben Betrieb während 80% seiner Arbeitszeit einen Lieferwagen von 3,5 t (Tätigkeit, die grundsätzlich unter das ArG fällt) und für den Rest der Zeit einen Lastwagen von mehr als 3,5 t. Gemäss Art. 20 Abs. 1 ARV 1 müssen die in der ARV 1 festgelegten Grenzen während seiner gesamten beruflichen Tätigkeit eingehalten werden. Dies ist auch der Fall, wenn der Chauffeur im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung bei einem Unternehmen einen Lieferwagen von 3,5 t fährt und im Rahmen einer anderen Teilzeitbeschäftigung bei einem anderen Unternehmen einen Lastwagen fährt.

Für Chauffeure im Nebenberuf, welche neben dieser Anstellung keine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmende ausüben, wie Landwirte, Studierende und Hausfrauen, legt die Vollzugsbehörde gemäss ARV 1 oder ARV 2 eine Anzahl Stunden als Grundarbeitszeit fest, soweit sich dies wegen der Beanspruchung in ihrer Haupttätigkeit aufdrängt (Art. 20 Abs. 3 ARV 1 und Art. 27 Abs. 3 ARV 2).

8. Koordination zwischen den verschiedenen kantonalen Kontrollbehörden

Auf die Chauffeure sind die Bestimmungen der ARV 1 oder ARV 2 anwendbar. Betreffend die Kompensation von Nachtarbeit ist das ArG auf sie anwendbar.

Die Vollzugsbehörden der ARV 1 und ARV 2 haben den gesetzlichen Auftrag, die Anwendung dieser beiden Verordnungen zu überprüfen (Art. 23 Abs. 1 ARV 1 und Art. 31 Abs. 1 ARV 2). Die Kontrolle des ArG und seiner Verordnungen hingegen liegt grundsätzlich nicht in ihrer Kompetenz, denn dafür sind andere kantonale Behörden zuständig (vgl. Art. 41 ArG). Denkbar ist, dass der Kanton den Vollzug für diese verschiedenen Gesetzgebungen einer einzigen Behörde überträgt.

Falls verschiedene Behörden für den Vollzug zuständig sind, so können diese veranlasst sein, denselben Betrieb zu kontrollieren, wenn er Chauffeure beschäftigt, die Nachtarbeit leisten.

In einer solchen Situation empfehlen wir den betroffenen Behörden, eine gemeinsame Betriebskontrolle durchzuführen. Denn eine solche Vorgehensweise erhöht die Effizienz und Transparenz gegenüber dem kontrollierten Betrieb.

Falls solche gemeinsamen Betriebskontrollen aber nicht in Betracht gezogen werden können, laden wir die Vollzugsbehörden ein, unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch über geplante oder schon durchgeführte Kontrollen zu entwickeln und sich allfällige allgemeine Beobachtungen gegenseitig mitzuteilen.

II. Das Arbeitsgesetz – die wichtigsten Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen in Kürze²

(Merkblatt erstellt am 22.3.2016; letzte Änderung am 11.5.2016)

1. Tages- und Abendarbeit

1.1 Tages- und Abendarbeit (Art. 10 ArG)

Die Arbeit von 6 bis 20 Uhr gilt als Tagesarbeit; die Arbeit von 20 bis 23 Uhr als Abendarbeit.

Tages- und Abendarbeit, d.h. die Zeit zwischen 6 und 23 Uhr (17 Stunden), ist bewilligungsfrei.

Abendarbeit kann vom Arbeitgeber jedoch erst nach Anhörung der Arbeitnehmenden eingeführt werden.

Beginn und Ende der Tages- und Abendarbeitszeit können zwischen 5 und 24 Uhr anders festgelegt werden, wenn die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmenden zustimmt. Die betriebliche Tages- und Abendarbeitszeit beträgt auch in diesem Falle höchstens 17 Stunden.

Beginn und Ende der Arbeitszeit des einzelnen erwachsenen Arbeitnehmenden muss dagegen mit Einschluss der Pausen und allfälliger Überzeit innerhalb von 14 Stunden liegen.

2. Wöchentliche Höchstarbeitszeit

2.1 Grundsatz (Art. 9 ArG, Art. 2 ArGV 1)

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beträgt:

- 45 Stunden pro Woche für Arbeitnehmende in industriellen Betrieben, Büropersonal, technische und andere Angestellte, Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels
- 50 Stunden pro Woche für alle übrigen Arbeitnehmenden.

² <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Merkblätter und Checklisten.

2.2 *Flexibilisierung (Art. 22 ArGV I)*

- In Betrieben mit witterungsbedingtem Arbeitsausfall oder mit erheblichen saisonalen Schwankungen des Arbeitsanfalles kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 bzw. 50 Stunden um höchstens 4 Stunden verlängert werden, sofern sie im Durchschnitt eines halben Jahres nicht überschritten wird.
- Für Arbeitnehmende mit einer im Durchschnitt des Kalenderjahres gewährten 5-Tage-Woche kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden
 - um zwei Stunden, sofern sie im Durchschnitt von acht Wochen nicht überschritten wird, oder
 - um vier Stunden, sofern sie im Durchschnitt von vier Wochen nicht überschritten wird,

verlängert werden.

2.3 *Verkürzung (Art. 23 ArGV I)*

In Wochen, in denen ein oder mehrere den Sonntagen gleichgestellte gesetzliche Feiertage auf einen Werktag fallen, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin üblicherweise zu arbeiten hat, wird die wöchentliche Höchstarbeitszeit anteilmässig verkürzt.

3. **Voraussetzungen und Dauer der Überzeitarbeit**

3.1 *Überzeitarbeit (Art 12 und 13 ArG, Art. 25 ArGV I)*

Überzeitarbeit liegt vor, wenn die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wird. Dies darf nur ausnahmsweise erfolgen und soweit, als andere Massnahmen nicht zumutbar sind. Es muss sich um ausserordentliche Situationen handeln, die unvorhergesehen eintreten oder die mit den vorhandenen Ressourcen kurzfristig nicht anders bewältigt werden können. Überzeitarbeit ist von der Überstundenarbeit nach Art. 321c OR zu unterscheiden.

Überzeitarbeit ist mit einem Lohnzuschlag von 25% zu entschädigen. Ein Freizeitausgleich 1 : 1 ist nur dann möglich, wenn der betroffene Arbeitnehmer dies wünscht oder damit einverstanden ist.

Die Überzeitarbeit darf für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden im Tag nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen, und im Kalenderjahr nicht mehr betragen als:

- 170 Stunden; bei wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 45 Stunden;
- 140 Stunden; bei wöchentlicher Höchstarbeitszeit von 50 Stunden.

Überzeitarbeit ist nur als Tages- und Abendarbeit und nur an Werktagen zulässig.

3.2 *Sonderfälle (Art. 26 ArGV I)*

Liegen eigentliche Sonderfälle bzw. Notfälle vor (z.B. Gefährdung von Leib und Leben, Feuersbrunst, Hochwasser, Rettung der Produktion usw.), darf ausnahmsweise auch in der Nacht und an Sonntagen sowie in Überschreitung der täglichen Arbeitsdauer Überzeit geleistet werden, soweit diese Situationen unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere zumutbare Weise beseitigt werden können. Auf keinen Fall darf damit eine Produktions- und Kapazitätserweiterung angestrebt werden.

4. **Ruhezeiten**

4.1 *Tägliche Ruhezeit (Art. 15a ArG, Art. 19 ArGV I)*

Allen Arbeitnehmenden ist eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren.

Die Ruhezeit kann für erwachsene Arbeitnehmer einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird. In diesem Falle darf beim auf die verkürzte Ruhezeit folgenden Arbeitseinsatz keine Überzeitarbeit angeordnet werden.

4.2 *Wöchentlicher Ruhetag (Art. 18–20a ArG, Art. 21 ArGV I)*

Über das Wochenende ist eine zusammenhängende Ruhezeit von 35 Stunden (elf Stunden tägliche Ruhezeit + 24 Stunden Sonntag) zu gewähren, welche die Zeit von Samstag 23 Uhr bis Sonntag 23 Uhr einschliessen muss.

4.3 *Wöchentlicher freier Halbtag (Art. 21 ArG, Art. 20 ArGV I)*

Wird die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt, so ist den Arbeitnehmenden jede Woche ein freier Halbtag von acht Stunden vor oder nach der täglichen Ruhezeit zu gewähren.

Der Arbeitgeber darf im Einverständnis mit den Arbeitnehmenden die wöchentlichen freien Halbtage für höchstens vier Wochen zusammenlegen. Der wöchentliche freie Halbtag bei Tages- und Abendarbeit gilt als gewährt, wenn:

- der ganze Vormittag von 6 bis 14 Uhr arbeitsfrei bleibt;
- der ganze Nachmittag von 12 bis 20 Uhr arbeitsfrei bleibt;
- bei zweischichtiger Arbeit der Schichtwechsel zwischen 12 und 14 Uhr erfolgt;
- bei Arbeitszeitsystemen mit Nachtarbeit – z.B. bei drei- oder mehrschichtiger Arbeit – die alternierende 5-Tage-Woche oder im Zeitraum von vier Wochen zwei Kompensationstage zugestanden wird.

5. Schichtarbeit

5.1 Schichtarbeit und Schichtwechsel (Art. 25 ArG, Art. 34 ArGV I)

Schichtarbeit liegt vor, wenn zwei oder mehrere Gruppen von Arbeitnehmenden nach einem bestimmten Zeitplan gestaffelt arbeiten, und der Einsatz wechselweise am gleichen Arbeitsplatz erfolgt.

Zweischichtige Tagesarbeit ist nicht bewilligungspflichtig, sofern sich diese innerhalb von 17 Stunden am Tag und am Abend abwickelt. Die einzelne Schichtdauer darf, Pausen inbegriffen, elf Stunden nicht überschreiten. Überzeitarbeit darf nur an sonst arbeitsfreien Werktagen geleistet werden.

Für zweischichtige Tagesarbeit, die nicht innerhalb von 17 Stunden liegt, sind auch die Bestimmungen über die Nachtarbeit zu beachten. Das bedeutet, dass diese Systeme bewilligungspflichtig sind.

Bei drei- und mehrschichtigen Arbeitszeitsystemen gilt:

- Die einzelne Schichtdauer darf zehn Stunden, inkl. Pausen, nicht überschreiten.
- Der Schichtwechsel hat von der Früh- zur Spät- und von dieser zur Nachtschicht zu erfolgen. Ausnahmen sind zulässig, wenn die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmenden schriftlich darum ersucht.
- Die Leistung von Überzeitarbeit ist nur an sonst arbeitsfreien Werktagen zulässig und nur soweit, als an diesen Tagen nicht gesetzlich vorgeschriebene Ruhe- oder Ausgleichsruhezeiten bezogen werden.

5.2 Verzicht auf den Schichtwechsel (Art. 35 ArGV I)

Auf den Schichtwechsel bei Tages- und Abendarbeit (bei Nachtarbeit: siehe weiter hinten) kann verzichtet werden:

- aus besonderen persönlichen Gründen des Arbeitnehmers;
- wenn eine der beiden Schichten wesentlich kürzer ist (max. fünf Stunden).

6. Nachtarbeit

6.1 Verbot der Nachtarbeit (Art. 16 ArG)

Die Beschäftigung von Arbeitnehmenden ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit ist untersagt.

6.2 Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit (Art. 17 ArG)

Begründete Ausnahmen (dringendes Bedürfnis, Unentbehrlichkeit) können bewilligt werden. Vorbehalten bleiben Betriebe, auf die im Rahmen der Verordnung 2 Sonderbestimmungen anwendbar sind.

6.3 *Dauer der Nachtarbeit (Art. 17a ArG)*

Bei Nachtarbeit darf die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmenden max. 9 Stunden in einem Zeitraum von zehn Stunden betragen.

6.4 *Lohn- und Zeitzuschlag (Art. 17b ArG, Art. 31 ArGV I)*

Den Arbeitnehmenden, die nur vorübergehend (weniger als 25 Nächte pro Kalenderjahr) Nachtarbeit verrichten, hat der Arbeitgeber einen Lohnzuschlag von mindestens 25% zu bezahlen.

Arbeitnehmende, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben Anspruch auf eine Kompensation von 10% der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben. Die Ausgleichsruhezeit ist innerhalb eines Jahres zu gewähren.

Für Arbeitnehmende, die regelmässig abends oder morgens höchstens eine Randstunde in der Nachtzeit arbeiten (z.B. im zweischichtigen Betrieb), kann der Ausgleich auch als Lohnzuschlag von 10% gewährt werden.

6.5 *Ausnahmen vom Zeitzuschlag (Art. 32 ArGV I)*

Bei besonders fortschrittlichen Arbeitszeitsystemen (35 Stunden pro Woche, Pausen eingeschlossen, bei max. sieben Stunden Schichtlänge; 36 Stunden pro Woche bei 4-Tage-Woche; gleichwertige Regelung z.B. mit GAV) ist die Ausgleichsruhezeit nicht zu gewähren.

6.6 *Medizinische Untersuchung und Beratung (Art. 17c ArG, Art. 43–45 ArGV I)*

Arbeitnehmende, die über längere Zeit (25 Nächte und mehr pro Jahr) Nachtarbeit verrichten, haben Anspruch auf ärztliche Untersuchung des Gesundheitszustandes und Beratung: bis 45 Jahre alle zwei Jahre, danach alljährlicher Anspruch.

Für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmenden ist die medizinische Untersuchung obligatorisch (z.B. Dauernachtarbeit, 12-Stunden-Schichten, allein arbeitende Personen).

Die entsprechenden Kosten trägt der Arbeitgeber, soweit keine Versicherung dafür aufkommt.

6.7 *Weitere Massnahmen bei Nachtarbeit (Art. 17e ArG)*

Soweit nach den Umständen erforderlich, hat der Arbeitgeber, der regelmässig Arbeitnehmende in der Nacht beschäftigt, weitere geeignete Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmenden zu prüfen und allenfalls vorzusehen. Solche Massnahmen sind Organisation des Transportes, Ruhegelegenheiten, Verpflegungsmöglichkeiten, Kinderbetreuung.

6.8 *Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit und verlängerte Dauer der Nachtarbeit (Art. 17a und 25 Abs. 3 ArG, Art. 29 und 30 ArGV I)*

Diese Formen der Nachtarbeit sind nur unter strengen Voraussetzungen zugelassen.

Betreffend Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit (Dauernachtarbeit) verweisen wir auf das entsprechende Merkblatt im Internet (www.seco.admin.ch > Publikationen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Merkblätter und Checklisten).

7. **Sonntagsarbeit**

7.1 *Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG)*

In der Zeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr ist die Beschäftigung von Arbeitnehmenden verboten.

7.2 *Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 19 ArG)*

Begründete Ausnahmen (dringendes Bedürfnis, Unentbehrlichkeit) können bewilligt werden. Vorbehalten bleiben Betriebe, auf die im Rahmen der Verordnung 2 Sonderbestimmungen anwendbar sind.

Bei vorübergehender Sonntagsarbeit ist ein Lohnzuschlag von 50% zu entrichten.

7.3 *Freier Sonntag und Ersatzruhe (Art. 20 ArG, Art. 21 ArGV I)*

Sonntagsarbeit von einer Dauer bis zu fünf Stunden ist innert vier Wochen durch Freizeit auszugleichen.

Dauert sie länger als fünf Stunden, so ist während der vorhergehenden oder folgenden Woche – im Anschluss an die tägliche Ruhezeit – ein auf einen Arbeitstag fallender Ersatzruhetag von mindestens 24 Stunden zu gewähren. Das ergibt eine zusammenhängende Ruhezeit von 35 Stunden. Der Ersatzruhetag muss den Zeitraum von 6 bis 20 Uhr umfassen.

Muss am Sonntag gearbeitet werden, darf der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht mehr als an sechs aufeinanderfolgenden Tagen beschäftigt werden.

8. **Ununterbrochener Betrieb**

8.1 *Ununterbrochener Betrieb (Art. 24 ArG, Art. 36–38 ArGV I)*

Es wird unterschieden:

- dauernder oder regelmässig wiederkehrender ununterbrochener Betrieb, sofern aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich;
- vorübergehender ununterbrochener Betrieb bis 16 Wochen, sofern ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird.

Der ununterbrochene Betrieb ist bewilligungspflichtig. Vorbehalten bleiben Betriebe, auf die im Rahmen der Verordnung 2 Sonderbestimmungen anwendbar sind. Es gelten folgende Bedingungen:

- In der Regel darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von 16 Wochen nicht überschritten werden.
- Innert 24 Stunden darf höchstens neun Stunden Arbeit in zehn Stunden Präsenzzeit sein. Zwischen Freitagabend und Montagmorgen kann in 12-Stunden-Schichten gearbeitet werden, wenn zwei Stunden Pause gewährt wird.
- Pro Kalenderjahr sind mindestens 61 wöchentliche Ruhetage zu gewähren, wovon 26 auf einen Sonntag fallen müssen und die Zeit von 6 Uhr bis 16 Uhr zu umfassen haben.
- Wenn die Ruhetage den Zeitraum von Samstag 23 Uhr bis Sonntag 23 Uhr umfassen, kann die Anzahl freier Sonntage wie folgt herabgesetzt werden:
 - auf 17 Sonntage bei maximal acht Stunden Arbeitszeit pro Tag;
 - auf 13 Sonntage bei maximal acht Stunden Arbeitszeit pro Tag und bei einer Präsenzzeit von höchstens 42 Stunden (Arbeitszeit inklusive Pausen) pro Woche.

Nach spätestens sieben Tagen muss wenigstens eine Ruhezeit von 24 Stunden gewährt werden.

Soweit nichts Spezielles geregelt ist, gelten im Übrigen die Vorschriften für Nacht- und Sonntagsarbeit.

9. Pikettdienst

9.1 Pikettdienst (Art. 6 und 9–31 ArG, Art. 14 und 15 ArGV 1)

Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar.

Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird.

Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Falle an die Arbeitszeit anzurechnen.

Der einzelne Arbeitnehmer oder die einzelne Arbeitnehmerin darf im Zeitraum von vier Wochen an höchstens sieben Tagen auf Pikett sein oder Piketteinsätze leisten. Nach Beendigung des letzten Pikettdienstes darf der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin während den zwei darauf folgenden Wochen nicht mehr zum Pikettdienst aufgeboden werden.

In Ausnahmefällen darf ein Arbeitnehmender im Zeitraum von vier Wochen während längstens 14 Tagen in den Pikettdienst eingeteilt werden, wobei die Anzahl tatsächlicher Piketteinsätze im Jahresdurchschnitt fünf Einsätze pro Monat nicht übersteigen darf.

10. Jugendliche Arbeitnehmende, schwangere Frauen und stillende Mütter

10.1 Jugendliche, schwangere Frauen und stillende Mütter (Jugendliche: 29–32 ArG, ArGV 5 + WBF-Verordnungen; Mutterschutz: 35–35b ArG, 60–65 ArGV I, Mutterschutz- verordnung)

Für Jugendliche, schwangere Frauen und stillende Mütter gelten besondere Schutzvorschriften. Konsultieren Sie dazu die Unterlagen im Internet: (www.seco.admin.ch > Arbeit > Arbeitnehmerschutz > Jugendliche) (www.seco.admin.ch > Arbeit > Arbeitnehmerschutz > Schwangere und Stillende).

11. Arbeitnehmende mit Familienpflichten

11.1 Arbeitnehmende mit Familienpflichten (Art. 36 ArG)

Bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeit ist auf Arbeitnehmende mit Familienpflichten besonders Rücksicht zu nehmen. Als Familienpflichten gelten die Erziehung von Kindern bis 15 Jahre sowie die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen.

Diese Arbeitnehmenden dürfen nur mit ihrem Einverständnis zu Überzeitarbeit herangezogen werden. Auf ihr Verlangen ist ihnen eine Mittagspause von wenigstens 1½ Stunden zu gewähren.

Der Arbeitgeber hat Arbeitnehmenden mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang bis zu drei Tagen freizugeben.

12. Verzeichnisse und andere Unterlagen, Bekanntgabe des Stundenplanes und der Arbeitszeitbewilligungen, Mitwirkung der Arbeitnehmenden

12.1 Verzeichnisse und andere Unterlagen (Art. 46 ArG, Art. 73, 73a und 73b ArGV I)

Verzeichnisse und andere Unterlagen, die für den Vollzug des Gesetzes notwendig sind, sind nach Ablauf ihrer Gültigkeit für mindestens fünf Jahre aufzubewahren. Dazu gehören auch die Arbeitszeitaufzeichnungen.

12.2 Bekanntgabe des Stundenplans und der Arbeitszeitbewilligungen (Art. 47 ArG, Art. 69 ArGV I)

Der Stundenplan, die Arbeitszeitbewilligungen und damit zusammenhängende besondere Schutzvorschriften sind bekanntzugeben (z.B. durch Anschlag).

Bei der Planung für die im Betrieb massgeblichen Arbeitszeiten und deren Änderungen sind die Arbeitnehmenden beizuziehen. Über den Zeitpunkt der konkreten Einführung der massgeblichen Arbeitszeiten sind die Arbeitnehmenden möglichst frühzeitig zu informieren, in der Regel zwei Wochen vor einem geplanten Einsatz mit neuen Arbeitszeiten.

12.3 Mitwirkungsrechte (Art. 48 ArG, Art. 69–71 ArGV 1)

Die Arbeitnehmenden oder deren Vertretung haben ein Mitspracherecht in allen Fragen des Gesundheitsschutzes, bei der Organisation der Arbeitszeit und der Gestaltung der Stundenpläne sowie hinsichtlich der besonderen Massnahmen bei Nachtarbeit. Das Mitspracherecht umfasst grundsätzlich den Anspruch auf Anhörung, Beratung und Begründung von abweichenden Entscheidungen. Vereinzelt kommt den Arbeitnehmenden ein Mitbestimmungsrecht zu, z.B. bei der abweichenden Festlegung des Nacht- und Sonntagszeitraumes.

III. Technische Überwachung am Arbeitsplatz³

(Broschüre erstellt am 26.4.2016)

1. Einleitung

Die technischen Mittel und Möglichkeiten zur Personen-, Sach- und Prozessüberwachung wurden in den letzten Jahren Dank des technischen Fortschritts stark verfeinert. Überwachungs- und Kontrollsysteme sind benutzerfreundlicher, handlicher und kleiner geworden. Zudem sind sie breit verfügbar, die Installation meist einfach und die Anschaffungs- und Betriebskosten gering, sodass Arbeitgeber solche Systeme schnell einmal in ihren Betrieben einsetzen können.

Die Erfahrung zeigt, dass Arbeitgeber vor der Beschaffung und Installation von Überwachungs- und Kontrollsystemen oft – beispielsweise aus Unwissenheit – versäumen, abzuklären, ob solche Überwachungs- und Kontrollsysteme in Bereichen mit Arbeitsplätzen überhaupt gesetzeskonform betrieben werden können. Um die Integrität und den Persönlichkeitsschutz der Mitarbeitenden zu gewährleisten, überprüfen die kantonalen Arbeitsinspektorate Betriebe unter anderem darauf, ob die gesetzlichen Vorschriften beim Einsatz von technischen Überwachungs- und Kontrollsystemen eingehalten werden.

Diese Broschüre gibt Arbeitgebern, Führungskräften, Sicherheits- und Personalverantwortlichen sowie weiteren Interessierten einen Über-

³ <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer.

blick über die Grundsätze, Voraussetzungen und Einschränkungen für das Betreiben technischer Überwachungs- und Kontrollsysteme in Bereichen mit Arbeitsplätzen. Technisches Personal erfährt, wie solche Systeme in Betrieben rechtskonform zu installieren und zu betreiben sind.

2. Technische Überwachungs- und Kontrollsysteme

Mit Überwachungs- und Kontrollsystemen sind technische Systeme gemeint, die Tätigkeiten oder Verhaltensweisen von Arbeitnehmenden erfassen und evtl. aufzeichnen können. Zu diesen zählen beispielsweise:

- Videoanlagen mit Liveüberwachung oder Aufzeichnung
- Mikrofone oder Gegensprechanlagen mit Aufnahmefunktion
- Ortungssysteme (GPS, RFID usw.) mit Liveüberwachung oder Aufzeichnung
- Informatikmittel mit Data-Logger (URL, E-Mail, Spyware, Systemlogs usw.)
- Telefonzentralen, Telefonanlagen mit Abhör- oder Aufzeichnungsmöglichkeit
- Fax-, Scan- und Fotokopiergeräte mit Dokumentenspeicher.

Nicht als Überwachungs- und Kontrollsysteme gelten zum Beispiel:

- Einrichtungen wie elektronische Badges für den Zutritt in einen Betrieb oder einzelne Betriebsbereiche
- Zeiterfassung des Eintritts und Verlassens von Gebäuden
- technische Prozesse zur Qualitätskontrolle, mit welchen die auf einer Anlage hergestellten Teile erfasst werden.

Überwachungs- und Kontrollsysteme dürfen, sofern sie keine Verhaltensüberwachung des Personals ermöglichen, überall auf dem Firmengelände eingerichtet werden, wo sich das Personal nur selten aufhält. Beispiele dafür sind:

- ausserhalb der Gebäude, bei Parkplätzen und in Tiefgaragen
- bei Zugängen, Eingängen und Durchgängen
- bei gefährlichen Maschinen, Anlagen und in Tresorräumen
- bei gefährlichen Installationen im Freien
- bei Lagern von gefährlichen Gütern.

Zeiterfassungssysteme (RFID-Chip, Magnetstreifen, Hologramm, Biometrie usw.), Zugangskontrollen, Auftragsabwicklungssysteme usw. sind dabei so einzusetzen, dass Rückschlüsse auf das Verhalten von Arbeitnehmenden nicht möglich sind.

3. Schutz der persönlichen Integrität und Gesundheit am Arbeitsplatz

Der Schutz der Persönlichkeit bzw. der persönlichen Integrität genießt in unserem Rechtssystem einen hohen Stellenwert und ist in verschiedenen Gesetzen verankert:

- Zivilgesetzbuch (ZGB)
- Obligationenrecht (OR)
- Arbeitsgesetz (ArG) und dessen Verordnung 3 (ArGV 3)
- Datenschutzgesetz (DSG) und dessen Verordnung.

Für den Schutz der persönlichen Integrität und Gesundheit am Arbeitsplatz gelten gemäss Arbeitsgesetz besondere Spielregeln (siehe Art. 26 ArGV 3). Sie verbieten jegliche technische Überwachung, die das individuelle Verhalten von Arbeitnehmenden ständig oder zeitweise erfasst oder aufzeichnet.

Mit diesem Artikel wird zudem der in Artikel 328 OR sichergestellte Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden im öffentlichen Arbeitsrecht verankert. Es ist deshalb nicht zulässig, durch eine privatrechtliche Abmachung von diesen Bestimmungen abzuweichen.

3.1 Schutz der Gesundheit

Das Thema «Überwachung» betrifft primär die persönliche Integrität, jedoch auch die Gesundheit der Überwachten. Je nach Arbeitssituation kann das Wissen um die Existenz einer stillen, anonymen Beobachtung und Belauschung ein Gefühl der Sicherheit vermitteln – oder aber psychisch belasten. Wer ständig beobachtet wird, kann sich dadurch bedroht fühlen. Letzteres gilt es zu vermeiden.

4. Die Verhältnismässigkeit

Die mit dem Überwachungs- und Kontrollsystem verfolgten Ziele sollen einen allfälligen Eingriff in die Privatsphäre der Angestellten vermeiden und – falls unumgänglich – dies eindeutig rechtfertigen.

4.1 Persönlichkeitsschutz für Arbeitnehmende

Jede Überwachungs- und Kontrollmassnahme im Betrieb muss bezüglich ihrem Zweck und ihrer Wirkung (Zumutbarkeit) verhältnismässig sein. Dazu muss in jedem Einzelfall eine Interessensabwägung (Betriebsinteresse versus Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmenden) durchgeführt werden.

4.2 Betriebsinteresse abschätzen

Um das Betriebsinteresse abzuschätzen, ist insbesondere der Sicherheit der Arbeitnehmenden und von Dritten, der Sicherung von überlebenswichtigen Betriebsgütern sowie der Datensicherheit und Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben Rechnung zu tragen. So müssen beispielsweise Casinos mit Videoüberwachungssystemen ausgerüstet sein (vgl. Art. 3 der Verordnung des EJPD über Überwachungssysteme und Glücksspiele, SR 935.521.21).

Wird bei der Interessensabwägung das Betriebsinteresse höher als der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmenden eingestuft, handelt es sich um ein sogenannt überwiegendes Interesse.

Beispiele für ein überwiegendes Betriebsinteresse:

- Videüberwachung eines Tresorraums in einer Bank/einem Schmuckgeschäft
- Videüberwachung in Goldschmiedewerkstätten/Kunstgalerien
- GPS, das den Aufenthaltsort z.B. eines Fahrzeuges präzise ermittelt (zum Beispiel Chauffeure, die Personen oder heikle Güter transportieren oder Dienstleister wie Taxis, Pannendienste, Servicemonteu-re usw.).

4.3 *Beurteilung der Verhältnismässigkeit*

Je wichtiger ein zu überwachendes Gut des Betriebes für seine Existenz ist, desto eher kann eine Überwachung der Arbeitnehmenden, welche Zugang zu oder Umgang mit diesem Gut haben, in Kauf genommen werden.

Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit gilt es, die folgenden Aspekte sachlich gegeneinander abzuwägen:

- das Risiko einer Verletzung der Persönlichkeitssphäre oder Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmenden,
- die Interessen und Ziele des Unternehmens, und
- die Überwachungsfunktionen und allfällige Datenaufzeichnung des Systems.

4.4 *Interessen des Betriebes*

- Einbruchssicherheit
- Unfallverhütung
- Wertsicherung
- Zutrittskontrolle.

4.5 *Interessen der Mitarbeitenden*

- Persönlichkeitsschutz.

4.6 *Leistungs- oder Verhaltensüberwachung?*

Verhalten und Leistung hängen oft stark voneinander ab. Entsprechend ist eine scharfe Abgrenzung zwischen (erlaubter) Leistungs- oder Sicherheits- und (unerlaubter) Verhaltensüberwachung in vielen Fällen nur schwer oder gar nicht möglich.

Beispiele erlaubter Überwachung zwecks Optimierung der Leistung sind:

- das automatische Registrieren der Anzahl oder Qualität produzierter Teile
- das Registrieren der Anzahl entgegengenommener Anrufe in einem Callcenter
- die Wegregistrierung von Firmenfahrzeugen zur ökonomischen Wegoptimierung durch Disponenten.

Auch gewisse Formen der Überwachung, die nicht auf das Verhalten der Beschäftigten abzielen, sondern nachweislich anderen für den Betrieb «überlebenswichtigen» Gründen dienen, sind erlaubt. So ist aus Sicherheitsgründen zum Beispiel dort, wo sehr wertvolle Gegenstände oder grosse Mengen an Bargeld lagern, eine ständige Videoüberwachung gestattet. Als unerwünschten Nebeneffekt werden dadurch auch Personen erfasst.

Nicht zulässig hingegen ist beispielsweise die ständige Videoüberwachung des Personals an Kassenarbeitsplätzen von Banken oder in Geschäften des Detailhandels. Auch Kameras in Raucherecken, Pausen- oder Umkleieräumen sind unzulässige Eingriffe in die Privatsphäre der Arbeitnehmenden. Genauso wenig erlaubt ist ausserdem die Videoüberwachung in der Küche oder im Gastraum eines Restaurants.

Bei der Verwendung von betriebseigenen Computern ist das versteckte Aufzeichnen der Zugriffe auf vom Unternehmen nicht gesperrte Internet-Websites gemäss Entscheid des Bundesgerichts untersagt.

5. Planung und Installation

Bereits in der Planungsphase eines Überwachungs- und Kontrollsystems sollte geprüft werden, welcher Typ wofür, wann und wie eingesetzt werden soll. Ist es zur Qualitätssicherung, Produktions- bzw. Leistungsoptimierung oder Sicherheit erforderlich, so müssen sie bedürfnisgerecht ausgewählt und derart installiert sowie betrieben werden, dass die oben genannten Schutzanforderungen erfüllt sind.

5.1 Ungewollte Verhaltensüberwachung

Die Praxis zeigt, dass es meist schwierig oder vereinzelt gar unmöglich ist, beim Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen eine Verhaltensüberwachung auszuschliessen. In diesem Fall muss der Arbeitgeber seinen Eingriff in die Privatsphäre gegenüber den Arbeitnehmenden und den Arbeitsinspektoren:

- mit der Unvermeidlichkeit des Typs und der Installation des Überwachungssystems zum Erreichen des Überwachungsziels stichhaltig begründen,
- plausibel darlegen, dass das Überwachungsziel nicht mit einer anderen, den Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz besser wahrenenden Massnahme erreicht werden kann,

- die Verhältnismässigkeit der Massnahme damit begründen können, dass das Überwachungsziel einem für die Existenz des Unternehmens unverzichtbaren Interesse entspricht,
- glaubhaft aufzeigen, dass aufgezeichnete Daten, welche Rückschlüsse auf das persönliche Verhalten der Arbeitnehmenden zulassen, niemals widerrechtlich zur Leistungsbeurteilung oder einem repressiven Zweck verwendet werden.

5.2 *Voraussetzung in der Planungsphase prüfen*

Wenn ein Überwachungs- und Kontrollsystem im Bereich von Arbeitsplätzen installiert werden soll, welches zu keiner absehbaren Beeinträchtigung des Persönlichkeitsschutzes und der Gesundheit der Arbeitnehmenden führt, muss in der Planungsphase geprüft werden, ob die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Grund für ein Überwachungssystem muss ein anderer sein als die Verhaltensüberwachung.
- Das System muss im Verhältnis zur Erreichung des Überwachungsziels notwendig und verhältnismässig sein.
- Die Überwachungsmassnahme muss im Verhältnis zur Belastung der Betroffenen angemessen sein (Wirkung der Massnahme).
- Die betroffenen Arbeitnehmenden werden vor der Inbetriebnahme über Zweck und Verwendung des Systems informiert und angehört.

Diese Aspekte sind in der Checkliste «Überwachung der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz» des SECO detailliert ausgeführt und im in der Wegleitung zum Art. 26 ArGV 3 befindlichen Ablaufdiagramm schematisch dargestellt.

6. **Datengewinnung, -bearbeitung und -auswertung**

Technische Überwachungs- und Kontrollsysteme sind meist mit einem Speicher- und Auswertungssystem gekoppelt. Für das Erfassen, Bearbeiten und/oder Auswerten persönlicher Daten muss der Arbeitgeber die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes befolgen. Dabei ist entscheidend, welche Daten mit einem solchen System erfasst, auf welche Weise sie ausgewertet und wie lange sie aufbewahrt werden – und wozu die Auswertungsergebnisse letztlich dienen.

6.1 *Transparenz im Umgang mit Personendaten*

Das Bearbeiten (inklusive Erfassung und Aufzeichnung) der Überwachungsdaten hat nach Treu und Glauben zu erfolgen. Treu und Glauben bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ein Bearbeiten der Personendaten für die betroffenen Personen stets auf transparente Art und Weise zu erfolgen hat. Die betroffenen Personen müssen vorgängig ausführlich über Art, Ziel und Zweck der Bearbeitung informiert werden. Die betroffenen Ar-

beitnehmenden können die sie betreffenden und gespeicherten Überwachungsdaten auf Verlangen und im Einvernehmen mit dem Dateninhaber einsehen.

Es dürfen nur sachdienliche Personendaten bearbeitet werden. Diese müssen nach einer möglichst kurzen, im Voraus festgelegten Zeitspanne gelöscht werden. Der Zugang zu den Datensammlungen (bearbeitete Personendaten) ist betriebsintern zu regeln. Er muss auf die Personen beschränkt werden, welche zur Auswertung befugt sind. Es ist unzulässig, nach erfolgter Kontrolle die Daten aus Sicherheitsgründen zu archivieren.

Die Verwendung der ICT (Information and Communication Technology), die Datenerfassung und deren Auswertung sind betriebsintern zu regeln. Es ist zudem ein betriebsinternes Reglement zu erstellen, welches den Arbeitnehmenden transparent darüber Aufschluss gibt, welche Rechte und Pflichten ihnen beim Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen zustehen (zum Beispiel Telefonie, Internettelefonie und Informatik) und wie die betriebsinterne Kontrolle und Überwachung erfolgt.

Werden die aufgezeichneten personenbezogenen Daten ausschliesslich arbeitsbezogen ausgewertet, das heisst nach Umfang und Qualität der Arbeitsleistung, so geschieht dies unter Wahrung des Persönlichkeitsschutzes und ist daher legal.

6.2 *Datenmissbrauch ist strafbar*

Wird jedoch anhand dieser Aufzeichnungen das persönliche Verhalten der Mitarbeitenden beispielsweise für eine Personalbeurteilung ausgewertet, so verletzt dies die persönliche Integrität der Betroffenen. Das ist Datenmissbrauch, der für einen Arbeitgeber sowohl eine Anzeige beim zuständigen kantonalen Arbeitsinspektorat als auch zivilrechtliche Klagen und Schadenersatzforderungen seitens der betroffenen Arbeitnehmenden nach sich ziehen kann.

Den Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes muss auf deren Verlangen hin Einsicht in sämtliche Unterlagen und Daten der betriebenen Kontroll- und Überwachungssysteme gewährt werden.

Die Aufklärung betriebsinterner Straftaten ist nicht Sache des Betriebes, sondern ausschliesslich der Polizei. Setzt sich ein Arbeitgeber beispielsweise mit einer Überwachung seiner Arbeitnehmenden darüber hinweg, so sind die in unzulässiger Weise erhobenen Überwachungsdaten in einem Strafverfahren im Prinzip nicht verwendbar.

6.3 *Überwachung braucht Zustimmung*

Aufzeichnungen des akustischen und visuellen Hintergrunds (zum Beispiel auf Baustellen, im Eingangsbereich des Betriebs, in Betriebshallen und -räumen usw.) können ohne Zustimmung der betroffenen Personen ein Verstoss im strafrechtlichen Sinne gemäss Art. 179^{bis} bis 179^{quater} Strafrechtsgesetzbuch sein. Betroffen sind in solchen Situationen nicht nur Arbeitneh-

mende, sondern auch Dritte wie beispielsweise Kunden oder Passanten, deren Personendaten erhoben werden, ohne dass sie vorgängig darüber informiert worden wären. Überwachte Bereiche (Video, akustisch usw.) sind klar als solche zu kennzeichnen.

Auf der Website des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB, www.edoeb.admin.ch) finden Sie unter dem Ritter «Datenschutz» und Kapitel «Arbeitsbereich» ausführliche Informationen zu diversen arbeitsrelevanten Themen.

7. Deaktivierung eines Überwachungs- und Kontrollsystems

Ein funktionierendes Überwachungs- und Kontrollsystem muss beim Auftreten einer oder mehrerer der folgenden Bedingungen ausser Betrieb gesetzt und entfernt und allenfalls durch eine andere und gesetzeskonforme Massnahme ersetzt werden:

- Es findet eine Überwachung des persönlichen Verhaltens statt.
- Aufgezeichnete Überwachungsdaten werden nicht nur für den deklarierten Überwachungszweck verwendet, sondern auch für die Auswertung von verhaltensbezogenen Aspekten der Mitarbeitenden.
- Die Planung und Inbetriebnahme der technischen Überwachung/Kontrolle erfolgte ohne vorgängige Information und Anhörung der betroffenen Mitarbeitenden.

IV. Sitzen bei der Arbeit⁴

(Flyer erstellt am 16.8.2016)

Langes Sitzen bei der Arbeit kann Beschwerden verursachen und stellt eine Gefahr für die Gesundheit dar.

Dieser Flyer liefert hilfreiche Tipps zur optimalen Gestaltung des Arbeitsplatzes und zeigt auf, wie Sie sich vor ungünstigen Auswirkungen durch das Sitzen bei der Arbeit schützen können.

Allgemein gilt:

- Bei einer abwechslungsreichen Arbeitsgestaltung treten Fehlbelastungen wie andauerndes Sitzen gar nicht erst auf.
- Der Arbeitsplatz und seine Komponenten müssen individuell auf den arbeitenden Menschen abgestimmt sein.
- Eine optimale Arbeitsgestaltung erhöht nicht nur das Wohlbefinden der Mitarbeitenden, sondern steigert auch deren Effizienz. Dies führt zu einem verbesserten Arbeitsergebnis.

⁴ <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer.

- Um eine gute Ergonomie am Arbeitsplatz zu erreichen, sind Einführung und Schulung wichtig – auch der beste Stuhl nützt wenig, wenn er falsch eingestellt ist und nicht richtig verwendet wird.

1. Verantwortung von Arbeitgeber und Mitarbeitenden

Der Arbeitgeber ist für die Einrichtung des Arbeitsplatzes verantwortlich.

Die Mitarbeitenden müssen ihren Arbeitgeber bei der Einrichtung des Arbeitsplatzes unterstützen und allfällige Verbesserungsvorschläge den Vorgesetzten mitteilen.

2. Weshalb ist Sitzen bei der Arbeit ein wichtiges Thema?

Während der Arbeit, auf dem Arbeitsweg und in der Freizeit: Viele Menschen verbringen einen Grossteil des Tages im Sitzen.

Zu langes und zu häufiges Sitzen schadet nachweislich der Gesundheit. Es erhöht das Risiko für Kreislauferkrankungen und kann die Lebenserwartung verkürzen.

Tatsache ist, dass manche Arbeiten nur sitzend verrichtet werden können. Daher sind viele Arbeitnehmende gezwungen, fast ihre gesamte Arbeitszeit hindurch zu sitzen.

- Ununterbrochenes Sitzen ermüdet und belastet den ganzen Körper.
- Bei langem Sitzen treten häufig Rücken- und Beinbeschwerden auf.
- Das ständige Arbeiten am Bildschirm kann Hand-, Arm-, Nacken- und Rückenleiden verursachen.
- Dadurch nehmen Arbeitsausfälle zu und es entstehen erhebliche Kosten – nicht nur für den Betroffenen, sondern auch für den Arbeitgeber.

3. Was sagt das Gesetz?

3.1 Obligationenrecht

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen (Art. 328 OR).

3.2 Arbeitsgesetz

Der Arbeitgeber ist zu einem wirksamen Gesundheitsschutz verpflichtet (vgl. insb. Art. 23 und 24 ArGV 3 und die zugehörige Wegleitung). Er muss:

- Arbeitsplätze ergonomisch gestalten;
- den Stand der Technik beachten;
- Fachleute beiziehen, falls Zweifel bestehen, ob die Anforderungen der Gesundheitsvorsorge erfüllt sind.

3.3 Unfallversicherungsgesetz

Der Arbeitgeber ist für die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten verantwortlich (Art. 82 UVG). Liegen Hinweise vor, dass die Gesundheit eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin durch die von ihm ausgeübte Tätigkeit geschädigt wird, so ist eine arbeitsmedizinische Abklärung durchzuführen (Art. 3 Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten).

3.4 Mitwirkungsgesetz

Mitsprache- und Informationsrecht von Mitarbeitenden bei Sicherheits- und Gesundheitsanliegen.

4. Wie entstehen beim Sitzen Probleme?

Beim Sitzen können Probleme entstehen, wenn:

- das Sitzen täglich länger als vier Stunden dauert;
- keine Gelegenheiten für regelmässiges Aufstehen bestehen;
- Höhe von Sitz- und Arbeitsfläche nicht an Körpergrösse und Tätigkeit angepasst sind.

Das Sitzen ist zusätzlich belastend, wenn:

- Zwangshaltungen eingenommen werden müssen;
- Arbeitsgut und Bedienelemente ausserhalb des Greifraumes angeordnet sind;
- eine ungünstige Kopfhaltung eingenommen werden muss;
- zu geringe Freiräume für Füsse, Beine oder Arme vorhanden sind;
- ungeeignete Sitze oder Sitzeinstellungen verwendet werden.

5. Wie können Gesundheitsprobleme verhindert werden?

Für die Gesundheit am Arbeitsplatz ist eine gute Arbeitshaltung wichtig.

Im Folgenden finden Sie hilfreiche Tipps, wie Sie sich schützen und Beschwerden durch Sitzen bei der Arbeit vermindern können.

6. Empfehlungen für Sitzarbeitsplätze

6.1 Wechsel zwischen Sitzen und Stehen

Besonders effektiv ist es, wenn abwechselnd im Sitzen und im Stehen gearbeitet wird.

Eine elektrisch höhenverstellbare Arbeitsfläche (Bürotisch) kann den Wechsel zwischen stehender und sitzender Arbeitsposition erleichtern.

Das Sitzen soll häufig durch Bewegung und Stehpausen unterbrochen werden.

6.2 *Stehhilfen bieten Stabilität*

Bei der Arbeit am Computer oder bei Präzisionsarbeit unterstützt eine Stehhilfe die Stabilität. Auch die Stehhilfen müssen höhenverstellbar sein.

6.3 *Richtige Höhe von Sitz- und Arbeitsfläche*

Bei sitzender Arbeit müssen Tisch- und Sitzhöhen aufeinander abgestimmt sein.

Eine natürliche Haltung kann nur mit höhenverstellbaren Tischen und Stühlen erreicht werden.

Der Abstand zwischen Tisch- und Sitzfläche muss der Körpergrösse des arbeitenden Menschen sowie der jeweiligen Tätigkeit angepasst werden.

6.4 *Höhe der Arbeitsfläche an Tätigkeit anpassen*

Für die meisten Aufgaben (inkl. Bildschirmarbeit) sollte die Tischhöhe beim Sitzen etwa auf Ellenbogenhöhe liegen. Ist bei der Arbeit Kraftaufwand nötig (z.B. bei Montage), sollte der Tisch ca. 2 cm tiefer eingestellt werden.

Für präzises und feines Arbeiten (z.B. mit einer Lupe oder bei Feinmontage) muss der Tisch höher eingestellt werden, damit der Kopf nicht zu stark nach vorne gebeugt werden muss.

6.5 *Fussstützen*

Bei zu hohen Arbeitsflächen können als Notbehelf Fussstützen eingesetzt werden. Da Fussstützen spontane und unbewusste Bewegungen der Füsse behindern, sind korrekte Höheneinstellungen von Arbeits- und Sitzflächen unbedingt vorzuziehen.

6.6 *Stuhl an Körpergrösse anpassen*

Bei Sitzarbeitsplätzen muss der Stuhl höhenverstellbar sein. Die Höhe ist dann richtig eingestellt, wenn das Kniegelenk einen rechten Winkel bildet, die Oberschenkel gleichmässig auf der Sitzfläche aufliegen und die Füße ganz auf dem Boden abgestützt sind.

Auch für kleine Personen muss es möglich sein, im Stuhl ganz hinten zu sitzen, um eine gute Abstützung durch die Rückenlehne zu erreichen. Damit die Beine nach hinten angewinkelt werden können, muss zwischen Sitzvorderkante und Kniegelenk ein Raum von etwa zwei Fingern Breite frei bleiben.

6.7 *Richtige Einstellung der Rückenlehne*

Höhe und Neigung der Rückenlehne muss verstellbar sein.

Die Rückenlehne muss es erlauben, nach hinten zu lehnen, um den Rücken zu entlasten.

Die Mechanik muss so eingestellt werden, dass ein Wechsel der Sitzhaltung in eine aufrechte sowie vor- oder rückgeneigte Position nicht zu schwer oder zu leicht ist. Häufig befindet sich ein Einstellknopf unterhalb der Sitzfläche.

Die Rückenlehne sollte nur dann fixiert werden, wenn Feinarbeit geleistet werden muss.

6.8 *Persönliches Verhalten*

- Machen Sie sich Ihre Körperhaltung bewusst.
- Passen Sie die Arbeitsmittel an die eigene Körpergrösse an.
- Nutzen Sie Möglichkeiten, sich zu bewegen oder Kurzpausen im Stehen einzuschalten.
- Verändern Sie ihre Sitzposition oder arbeiten Sie abwechselnd im Sitzen und im Stehen.
- Machen Sie Entspannungsübungen.

7. **Checkliste für die Beschaffung von Bürostühlen**

7.1 *Der richtige Arbeitsstuhl*

- Hat der Stuhl ein stabiles Untergestell mit fünf Rollen oder Gleitern? (Bei Stühlen mit Sitzhöhe über 65 cm sind nur Gleiter zulässig!)
- Sind die Rollen der Bodenunterlage angepasst?
- Sind Sitzhöhe und Sitzneigung verstellbar?
- Bietet die Sitzfläche eine stabile Stütze für das Becken und erlaubt gleichzeitig eine leicht abfallende Linie des Oberschenkels zum Knie?
- Ist die Sitzvorderkante abgerundet?
- Können auch kleine Personen ganz nach hinten sitzen und die Beine nach hinten anwinkeln?
- Besitzt der Stuhl eine an das Körpergewicht anpassbare Synchronmechanik der Sitzfläche und Rückenlehne?
- Hat die Rückenlehne auf Lendenhöhe eine vorgeformte Stütze?
- Lässt sich die Position und Neigung der Rückenlehne verstellen und arretieren?
- Ist der Stuhl so gepolstert, dass keine Druckbeschwerden entstehen?

7.2 Korrekte Arbeitshöhe und gute Körperhaltung

- Kann in aufrechter und ungezwungener Haltung gearbeitet werden?
- Ist eine entspannte Schulterhaltung möglich?
- Ist der Bewegungsraum für Arme und Beine gewährleistet?
- Wechseln Sie regelmässig Ihre Körperhaltung und nutzen Sie die Rückenlehne?

V. Stehen bei der Arbeit⁵

(Flyer erstellt am 16.8.2016)

Langes Stehen bei der Arbeit kann Beschwerden verursachen und stellt eine Gefahr für die Gesundheit dar.

Dieser Flyer liefert hilfreiche Tipps zur optimalen Gestaltung des Arbeitsplatzes und zeigt auf, wie Sie sich vor ungünstigen Auswirkungen durch das Stehen bei der Arbeit schützen können.

Allgemein gilt:

- Eine optimale Arbeitsgestaltung erhöht nicht nur das Wohlbefinden der Mitarbeitenden, sondern steigert auch automatisch deren Effizienz. Dies führt zu einem verbesserten Arbeitsergebnis.
- Um eine verbesserte Ergonomie am Arbeitsplatz zu erreichen, sind Einführung und Schulung wichtig – auch die besten Einrichtungen nützen wenig, wenn sie nicht richtig benutzt werden.

1. Beschwerden und Erkrankungen durch langes Stehen bei der Arbeit vermeiden!

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber für die ergonomische Arbeitsgestaltung verantwortlich. Es gilt, die körperlichen und geistigen Fähigkeiten des Menschen zu berücksichtigen.

Die Mitarbeitenden sollen ihren Arbeitgeber bei der Arbeitsgestaltung unterstützen und allfällige Verbesserungsvorschläge den Vorgesetzten mitteilen.

2. Weshalb ist Stehen bei der Arbeit ein wichtiges Thema?

Es gibt Arbeiten, die nur im Stehen verrichtet werden können. Deshalb sind viele Menschen gezwungen, fast ihre gesamte Arbeitszeit hindurch zu stehen.

Tatsache ist, dass Stehen Beschwerden im Rücken, in den Beinen und in den Füßen verursachen kann. Ausserdem erhöht langes Arbeiten im

⁵ <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer.

Stehen oder Gehen während der Schwangerschaft das Risiko für Frühgeburten und ein geringes Geburtsgewicht des Neugeborenen.

- Langes Stehen führt zu starker Ermüdung.
- Viele Menschen leiden an Rücken-, Bein- und Fussbeschwerden durch langes Stehen bei der Arbeit.
- Langfristig wirkt sich andauerndes Stehen ungünstig auf die Körperhaltung, das Fussgewölbe, die Blutzirkulation in den Beinen und auf die venösen Blutgefässe aus.

Dadurch nehmen Arbeitsausfälle zu und es entstehen erhebliche Kosten – nicht nur für den Betroffenen, sondern auch für den Arbeitgeber.

3. Was sagt das Gesetz?

3.1 Obligationenrecht

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen (Art. 328 OR).

3.2 Arbeitsgesetz

Der Arbeitgeber ist zu einem wirksamen Gesundheitsschutz verpflichtet (vgl. insb. Art. 23 und Art. 24 ArGV 3 und die zugehörige Wegleitung). Er muss:

- Arbeitsplätze ergonomisch gestalten;
- den aktuellen Stand der Technik beachten;
- Fachleute beiziehen, falls Zweifel bestehen, ob die Anforderungen des Gesundheitsschutzes erfüllt sind.

3.3 Unfallversicherungsgesetz

Der Arbeitgeber ist für die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten verantwortlich (Art. 82 UVG). Liegen Hinweise vor, dass die Gesundheit von Mitarbeitenden durch die von ihnen ausgeübte Tätigkeit geschädigt wird, so ist eine arbeitsmedizinische Abklärung durchzuführen (Art. 3 Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten).

3.4 Mitwirkungsgesetz

Information und Mitsprache der Mitarbeitenden bei Sicherheits- und Gesundheitsanliegen ist obligatorisch.

4. Wie entstehen beim Stehen Probleme?

Wenn bei Steharbeitsplätzen das Stehen täglich mehr als fünf Stunden dauert und keine Möglichkeit für regelmässige Sitzpausen besteht, kann dies zu Gesundheitsproblemen und Beschwerden führen.

Die folgenden Faktoren stellen bei Steharbeitsplätzen eine zusätzliche Belastung dar:

- fehlende Möglichkeiten zum Herumlaufen
- Zwangshaltungen
- unvorteilhafte Höhe der Arbeitsfläche
- Anordnung von Arbeitsgut und Bedienelementen ausserhalb des Greifraumes
- häufige Vor- oder Seitenneigungen des Rückens (um Arbeitsgut und Bedienelemente zu erreichen)
- geringer Freiraum für Füsse, Beine und/oder Arme
- fehlende Entlastungsmöglichkeiten und entsprechende Hilfsmittel (z. B. Sitzgelegenheiten, Stehhilfen)
- weitere Arbeitsbelastungen (z.B. Schicht- und Akkordarbeit).

5. Prävention zahlt sich aus!

Gesundheit und Leistungsfähigkeit gehören zusammen. Ein bequemer Arbeitsplatz erlaubt volle Konzentration auf die Arbeitsaufgabe und vermindert Ermüdung und Unfälle. Dadurch werden die Effizienz der Mitarbeitenden sowie das Arbeitsergebnis deutlich verbessert.

6. Empfehlungen für Steharbeitsplätze

6.1 Arbeitsplatzwechsel/Job-Rotation

Das Wechseln zwischen verschiedenartigen Arbeitsplätzen sowie abwechselndes Sitzen, Stehen und Gehen vermindern die Gefahr von Gesundheitsschäden durch einseitige Belastungen. Wenn dies nicht oder nur selten möglich ist, sollte das Stehen durch häufigere Pausen unterbrochen werden.

6.2 Stehhilfen zur Entlastung

Eine Stehhilfe bietet an Steharbeitsplätzen eine beträchtliche Entlastung. Stehhilfen müssen höhenverstellbar sein, damit sie an verschiedene Personen angepasst werden können.

6.3 Bequeme Stühle für Kurzpausen

In Arbeitsbereichen, wo ausschliesslich im Stehen gearbeitet wird, sollten für Kurzpausen bequeme Stühle vorhanden sein.

6.4 Entspannungsübungen

Wenn Sie lange stehen müssen, können kurze Entspannungsübungen helfen:

- Die wirksamste Entlastung bringt das Liegen mit Hochlagern der Beine.

- In liegender oder sitzender Körperhaltung können Sie ausserdem die Rumpf- und Beinmuskeln aktiv betätigen (An- und Entspannen, «Radfahren» auf dem Rücken).
- Jede Art von Gymnastik und Fortbewegung entspannt den Körper und regt die Blutzirkulation an.

6.5 *Persönliches Verhalten*

Das Unternehmen muss die Rahmenbedingungen für eine gesundheitsverträgliche Arbeitssituation schaffen. Doch auch die Arbeitnehmenden sind gefordert, ihre Gesundheit zu schützen und durch richtiges Verhalten Belastungen zu vermindern. Folgende Massnahmen können dabei helfen:

- Nutzen Sie die gebotenen Möglichkeiten, sich zu bewegen.
- Nutzen Sie Kurzpausen zum Sitzen.
- Passen Sie die Arbeitsmittel an die eigene Grösse an.
- Nehmen Sie wenn immer möglich Entlastungshaltungen ein (Anlehnen, Aufstützen, Stehsitzen).
- Machen Sie sich Ihre Körperhaltung bewusst und nehmen Sie Ihre Befindlichkeit wahr.

VI. Leitfaden für gynäkologisch tätige Ärztinnen und Ärzte⁶

(erstellt am 5.5.2017)

1. Einleitung

Jeder Arbeitgeber ist verpflichtet, die Schwangere und deren Fötus vor Gefährdungen bei der Arbeit zu schützen. Eine Schwangere gilt grundsätzlich als arbeitsfähig, ausser sie ist krank oder das ungeborene Kind oder sie selbst ist durch die Arbeit gefährdet.

Es ist Aufgabe der gynäkologisch betreuenden Ärztinnen und Ärzte zu beurteilen, wie der Gesundheitszustand der Schwangeren ist und ob die Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz wirksam sind. Die Ärztin oder der Arzt ist befugt, Anpassungen an die Arbeitsbedingungen zu verlangen oder ein Beschäftigungsverbot auszusprechen.

Die Kontrolle der Arbeitsbedingungen vor Ort ist Aufgabe des kantonalen Arbeitsinspektorates.

⁶ <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer.

2. Rechtslage (Mutterschutzverordnung)

Gemäss Mutterschutzverordnung (Art. 2) muss die zuständige Ärztin oder der zuständige Arzt, die oder der die Schwangere im Rahmen der Mutterschaft betreut, den Gesundheitszustand der schwangeren Frau oder der stillenden Mutter beurteilen.

Die Ärztin oder der Arzt berücksichtigt bei der Beurteilung:

- Anamnese und klinische Untersuchung der schwangeren Arbeitnehmerin und deren Kind;
- die Schwangere informiert über ihre aktuelle Arbeit und allfällige Gefahren (zum Beispiel Giftstoffe, Strahlung, Mikroorganismen, Schicht- und Nachtarbeit, Akkordarbeit, sauerstoffarme Atmosphäre, Passivrauchen);
- der Arbeitgeber hat die Schwangere über die Risiken am Arbeitsplatz informiert. Die Schwangere sollte darauf aufmerksam gemacht werden, dass gemäss Mutterschutzverordnung der Arbeitgeber dazu verpflichtet ist.

2.1 Wichtige Regelungen

Ab Beginn der Schwangerschaft:

- tägliche Arbeitszeit von höchstens neun Stunden
- Beschäftigung nur mit dem Einverständnis der Arbeitnehmerin;
- Kündigungsverbot des Arbeitgebers bis 16 Wochen nach der Geburt;
- Lohnfortzahlung: Wenn die schwangere Arbeitnehmerin aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeit verhindert ist, die mit ihrem Zustand zusammenhängen, ist dafür ein ärztliches Zeugnis notwendig.
- Das Nichteinstellen einer Frau, weil sie schwanger ist oder es werden könnte, stellt eine Diskriminierung dar.
- Falls die Arbeitnehmerin Nachtarbeit leistet, hat sie Anrecht auf gleichwertige Arbeit zwischen 6 und 20.00 Uhr. Falls das nicht möglich ist, hat sie Anrecht auf 80% des Lohnes.

Ab dem vierten Schwangerschaftsmonat bis zur Geburt:

- bei hauptsächlich stehender Tätigkeit: zwölf Stunden tägliche Ruhezeit und zehn Minuten zusätzliche Pausen alle zwei Stunden

Ab dem sechsten Schwangerschaftsmonat bis zur Geburt:

- bei hauptsächlich stehender Tätigkeit: maximal vier Stunden pro Tag

Ab dem achten Schwangerschaftsmonat bis zur Geburt:

- Arbeitsverbot zwischen 20.00 und 6 Uhr

3. Betriebliche Massnahmen zum Mutterschutz

Ein Betrieb mit gefährlichen oder beschwerlichen Arbeiten muss gemäss Mutterschutzverordnung eine Risikobeurteilung vornehmen. Dafür sind fachkompetente Personen wie Arbeitsärztinnen oder -ärzte, Spezialis-

tinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit usw. zuständig (ASA-Spezialisten). Die Risikobeurteilung muss aufzeigen:

- welche Gefahren für eine werdende Mutter bestehen;
- wie diese Risiken vermieden werden können;
- welche Arbeiten während der Schwangerschaft und Stillzeit verboten sind.

Der Arbeitgeber hat die Pflicht, jede betroffene Frau über die Ergebnisse der Risikobeurteilung zu informieren. Ein Arbeitgeber macht sich strafbar, wenn er den Sonderschutz seiner Arbeitnehmerinnen vorsätzlich oder fahrlässig missachtet (ArG Art. 59).

Beschwerliche und gefährliche Arbeiten sind:

- bewegen schwerer Lasten (max. 5 kg)
- Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen
- Arbeiten, die mit Einwirkungen wie Stössen, Erschütterungen oder Vibrationen verbunden sind
- Hitze (max. 28 °C), Kälte (min. –5 °C) und erhebliche Nässe
- Arbeiten unter Einwirkung schädlicher Strahlen oder von Lärm ≥ 85 dB (A)
- Arbeiten unter Einwirkung schädlicher Stoffe (z.B. Chemikalien) oder Mikroorganismen
- Schicht- und Nachtarbeit
- Akkordarbeit
- Arbeiten in sauerstoffreduzierter Atmosphäre.

Eine Übersicht über die betroffenen Arbeiten finden Sie auf der digitalen Übersichtstabelle «Mutterschutz und Schutzmassnahmen» beim SECO: www.seco.admin.ch/tabelle-mutterschutz

Die Schwangere kann weiterhin am gleichen Arbeitsplatz beschäftigt werden, wenn die Risikobeurteilung ergibt, dass die Schutzmassnahmen genügend wirksam sind.

Der Betrieb hat die Möglichkeit, eine gleichwertige und ungefährliche Arbeit als Ersatz anzubieten.

4. Beschäftigungsverbot

Gemäss Mutterschutzverordnung darf eine schwangere Frau oder stillende Mutter im von einer Gefahr betroffenen Betrieb oder Betriebsteil nicht beschäftigt werden, wenn:

- keine oder eine ungenügende Risikobeurteilung vorgenommen wurde;
- die nach der Risikobeurteilung erforderlichen Schutzmassnahmen nicht umgesetzt oder nicht eingehalten werden;
- die nach der Risikobeurteilung getroffenen Schutzmassnahmen nicht genügend wirksam sind; oder
- andere Hinweise auf eine Gefährdung bestehen.

Ein Beschäftigungsverbot durch den zuständigen Arzt oder die zuständige Ärztin beinhaltet in der Regel einen der vier oben genannten Gründe und eine Frist, wie lange es für diesen Betrieb oder Betriebsteil gültig ist.

Die Vorlage für ein «ärztliches Zeugnis» ist online beim SECO abrufbar: www.seco.admin.ch/infos-mediziner

Werden die Schutzmassnahmen nicht genügend umgesetzt oder eingehalten, kann die Schwangere oder die Ärztin oder der Arzt das kantonale Arbeitsinspektorat beiziehen, um die Situation am Arbeitsplatz zu klären. Bis zur Klärung soll ein temporäres Beschäftigungsverbot ausgesprochen werden.

Der Arbeitgeber muss zusätzliche Kosten der medizinischen Untersuchung und der Beratung tragen, soweit nicht ein Versicherer des Arbeitnehmers dafür aufkommt.

5. Beschäftigungsverbot oder Arbeitsunfähigkeit?

Das Beschäftigungsverbot bei gefährlichen oder beschwerlichen Arbeiten ist vom Arbeitsunfähigkeitszeugnis bei Krankheit klar zu unterscheiden. Diese Unterscheidung hat Auswirkungen auf die Lohnfortzahlung. Bei einem Beschäftigungsverbot muss der Arbeitgeber weiterhin den Lohn in der Höhe von 80% entrichten (Art. 35 Arbeitsgesetz), im Krankheitsfall besteht ebenfalls eine Lohnfortzahlungspflicht, die durch eine allenfalls vorhandene Krankentaggeldversicherung gedeckt wird.

Gefälligkeitszeugnisse sind standesrechtlich unzulässig und können zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen (Art. 34 FMH-Standesordnung bzw. Art. 318 Strafgesetzbuch).

Der Arzt oder die Ärztin trägt die Verantwortung, die Situation richtig einzuschätzen und bei gegebenen Voraussetzungen ein Beschäftigungsverbot auszusprechen. Aus Beweisgründen ist das Beschäftigungsverbot in der Krankengeschichte zu dokumentieren.

Die Kommunikation zwischen Arzt oder Ärztin und Arbeitgeber untersteht dem medizinischen Berufsgeheimnis. Für arbeitsmedizinische Fragen hat die FMH einen Anhang 4 zur Standesordnung FMH erlassen.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. 24. Tätigkeitsbericht 2016/2017 des EDÖB, Arbeitsbereich⁷

1. Sachverhaltsabklärung zu eRecruiting und Bewerbungs- dossiers in der Bundesverwaltung

Im Berichtsjahr haben wir die Datenbearbeitungen im Bewerbungsprozess bei der Bundesverwaltung kontrolliert. Wie unsere Sachverhaltsabklärung ergab, werden die Personendaten der Bewerberinnen und Bewerber sowohl im eRecruiting-System als auch auf Papier mit wenigen Ausnahmen datenschutzkonform bearbeitet.

Um einen Überblick zu erhalten, wie die Bundesämter die Daten im Rahmen des Rekrutierungsprozesses bearbeiten, wählten wir pro Departement ein Amt aus, bei welchem wir nähere Abklärungen vornahmen. Bei der Auswahl der Ämter stützten wir uns auf ihre Grösse und auf die Anzahl der Stellenausschreibungen.

Nach einer Analyse der verlangten Dokumentation und Antworten führten wir Augenscheine vor Ort durch. Gestützt auf die erhaltenen Erkenntnisse sandten wir allen Ämtern eine Sachverhaltsfeststellung und einen Schlussbericht zu. Wir haben in unseren Schlussberichten festgehalten, dass die Bearbeitung der Daten im eRecruiting-System grundsätzlich datenschutzkonform verläuft. Verbesserungsmöglichkeiten sahen wir u.a. bei der Überprüfung von Zugriffsberechtigungen und der Regelung des Umgangs mit Papierdossiers. Wir teilten diese den Ämtern mit und schlossen die Abklärungen damit ab.

Bei einem Amt haben wir eine Empfehlung erlassen. Wir forderten es auf, gewisse Daten von Bewerberinnen und Bewerbern zu löschen, da deren Aufbewahrung nicht verhältnismässig sei und keine gesetzliche Grundlage für eine solche Speicherung vorliege. Das Amt hat die Empfehlung abgelehnt und sie an das zuständige Departement weitergezogen.

Da das Eidgenössische Personalamt (EPA) für das eRecruiting-System verantwortlich ist, haben wir unsere Abklärungen auf dieses Amt ausgedehnt. Wir haben im Rahmen von zwei Sitzungen verschiedene Verbesserungsmöglichkeiten angeschaut, zum Beispiel in Bezug auf die Löschung des eigenen Dossiers durch die Bewerberinnen und Bewerber. Das EPA wird die von uns kritisierten Punkte im System anpassen. Wir werden diese Verbesserungen bei einer Nachkontrolle überprüfen.

⁷ www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > 24. Tätigkeitsbericht 2016/2017.

II. Empfehlungen des EDÖB nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes im Schlichtungsverfahren zwischen X. (Antragsteller) und Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

(= Empfehlung vom 11. April 2017: SECO – Verwendung von Bundes- und Kantonsgeldern im Rahmen der Schwarzarbeitsbekämpfung)⁸

I. *Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:*

1. In einer am 1. November 2016 vom SECO veröffentlichten Medienmitteilung heisst es u.a., dass die Abklärungen betreffend Schwarzarbeitsbekämpfung im Kanton Basel-Landschaft in Sachen Y abgeschlossen sind und sich der Verdacht der unlauteren Verwendung von Bundes- und Kantonsgeldern nicht bestätigt hat (<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2016.msg-id-64347.html>) (besucht am 6.4.2017). Am 2. November 2016 hat der Antragsteller (Journalist) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim SECO um Zugang zu dem vom beauftragten Wirtschaftsprüfungsunternehmen in dieser Angelegenheit erstellten Schlussbericht inklusiv Beilagen und Aktennotizen ersucht.

2. Am 2. Dezember 2016 antwortete das SECO dem Antragsteller, dass der Zugang zum Schlussbericht vom 15. September 2015 gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufgeschoben wird, bis «der Entscheid zur Frage einer allfälligen Rückforderung von geleisteten Geldern und allenfalls deren Höhe endgültig feststeht».

3. Am 9. Dezember 2016 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein. Er macht ein öffentliches Interesse an der Bekanntgabe des Schlussberichtes geltend, da dieser Abklärungen betreffend die Verwendung von Vollzugskostengeldern enthält, die vom Bund und Kanton im Rahmen der Schwarzarbeitsbekämpfung ausbezahlt wurden. Entgegen entsprechender Ausführungen in der Medienmitteilung, wonach der Schlussbericht nach Anhörung von Y veröffentlicht werden könne, sei ihm der Zugang vom SECO vollständig verweigert worden.

4. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte am 13. Dezember 2016 das SECO dazu auf, die relevanten Dokumente sowie eine begründete Stellungnahme einzureichen.

⁸ www.edoeb.admin.ch > Öffentlichkeitsprinzip > Empfehlungen 2017.

5. Am 9. Januar 2017 und am 24. Februar 2017 reichte das SECO die betroffenen Dokumente (Schlussbericht und Anhänge) und eine Stellungnahme ein. Es führte u.a. aus, dass «die Herausgabe der gewünschten Dokumente [...] zu diesem Zeitpunkt nicht gewährt werden könne, da der Bericht als Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid diene (Art. 8 Abs. 2 BGÖ)». Der Bericht werde nach der Beantwortung der offenen Fragen mit Einschränkungen (Anonymisierung der Personendaten nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ und Abdeckung der Geschäftsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) öffentlich zugänglich gemacht. Da verschiedene Akteure (insbesondere der Kanton Basel-Landschaft) involviert seien, sei es zurzeit nicht möglich, einen Zeitrahmen für die Bekanntgabe mitzuteilen. Das SECO stellte dem Beauftragten auch die von Y im Rahmen der Anhörung nach Art. 11 BGÖ eingereichte Stellungnahme zu.

6. Am 23. März 2017 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.

7. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des SECO sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

II. *Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:*

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

8. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim SECO ein. Dieses schob den Zugang zu den verlangten Dokumenten auf. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt (Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung [Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ] vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 [zitiert BBl 2003], BBl 2003 2024). Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine schriftliche Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Be-

urteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde (GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 [zit. Handkommentar BGÖ], Art. 13, Rz 8).

11. In der Medienmitteilung vom 1. November 2016 wird die Sachlage dargelegt, welche zur Erstellung des Berichtes durch das Wirtschaftsprüfungsunternehmen geführt hatte. Das Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Schwarzarbeitsgesetz, BGSA; SR 822.41) sieht vor, dass sich der Bund und die Kantone je hälftig an den Vollzugskosten beteiligen. Die vorgesehenen Kontrolltätigkeiten hatte der Kanton Basel-Landschaft im Rahmen seiner Kompetenzen an Y delegiert. Aufgrund des Verdachts der unzweckmässigen Verwendung von Bundes- und Kantonsgeldern beauftragten das SECO und der Kanton ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen mit der Prüfung der Kosten für die Jahre 2010–2014. Gemäss Medienmitteilung steht aktuell noch offen, ob der Kanton und nach dessen Entscheid der Bund aufgrund der Leistungsvereinbarung mit dem Kanton einen Teil dieser Vollzugskostengelder zurückfordern werden. Das SECO ist deshalb der Auffassung, dass der Zugang aufgeschoben werden muss, bis dieser Entscheid, für den der Schlussbericht die Grundlage darstellt, durch den Bund getroffen ist (Art. 8 Abs. 2 BGÖ). Ein Teilzugang kommt gemäss SECO nicht in Frage, da der Bericht in seiner Gesamtheit als Grundlage für die allfällige Rückforderung der Vollzugskostengelder zu betrachten ist. Sobald das SECO diesen Entscheid getroffen hat, mithin die Auflage von Art. 8 Abs. 2 BGÖ nicht mehr besteht, ist das SECO bereit, den Bericht unter Anonymisierung der aufgeführten Personendaten (Art. 9 Abs. 1 BGÖ) und Einschwärzung allfälliger Geschäftsgeheimnisse (Art 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) zugänglich zu machen.

12. Der Bericht besteht aus 7 Kapiteln und einem Anhang (Buchstaben A bis E). Die konkreten Ergebnisse der Prüfung durch das Wirtschaftsprüfungsunternehmen betreffen die Lohn- und die Betriebskosten (s. Medienmitteilung vom 1. November 2016) und sind hauptsächlich in den Kapiteln 4 und 5 und zum Teil in den Kapiteln 1 und 3 dargelegt. Die anderen Kapitel enthalten ein Executive Summary, die Auftragsbeschreibung, die Empfehlungen zuhanden der Auftraggeber und die Einschränkungserklärung des Wirtschaftsprüfungsunternehmens.

13. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid getroffen ist, für den sie Grundlage darstellen. Ziel von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern, abgesichert von äusserem Druck, den die sofortige Offenlegung der fraglichen Dokumente verursachen könnte (AB 2004 N 1258 f., AB 2004 S 592 f., HÄNER, in: Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz [zit. BSK BGÖ], 3. Aufl., Basel 2014, Art. 8 BGÖ N 7). Ist der fragliche Entscheid getroffen, besteht diese Gefahr nicht mehr und der Zugang ist unter Vorbehalt der Ausnahmenorm nach Art. 7 BGÖ zu gewähren, soweit das Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist. Nach der Lehre

muss das betreffende Dokument einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid aufweisen und zugleich für diesen Entscheid von beträchtlichem materiellem Gewicht sein, damit nicht über diesen Gesetzesartikel der Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ausgehebelt wird. Eine beliebige, sehr lockere Verbindung zwischen Dokument und Entscheid genügt nicht (MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 30). Diese Auffassung wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt (Urteil des BVerger A-6313/2015 vom 27. April 2016, E. 5.4).

14. Erweist sich eine Beschränkung des Zugangs (vollständige oder teilweise Verweigerung oder Aufschub) als gerechtfertigt, verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV), dass die Behörde hierfür die möglichst mildeste, das Öffentlichkeitsprinzip am wenigsten beeinträchtigende Form wählt (Urteil des BVerger A-3631/2009 vom 15. September 2009, E. 2.6, E. 3.5.1).

15. Nach einer summarischen Überprüfung der Dokumente und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips kommt der Beauftragte zum Schluss, dass mehrere Kapitel des Schlussberichts die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 BGÖ erfüllen. Die aufgeführten Ergebnisse sind konkret und messbar, sodass sie von beträchtlichem materiellem Gewicht für den künftigen Entscheid betreffend allfällige Rückforderungen sind und mit diesem in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang stehen. Es handelt sich um die Kapitel 1.2, 1.3, 3.3, 4, 5 und Anhang Buchstaben B, C, D und E. Der Zugang zu diesen Kapiteln kann aufgeschoben werden, bis der erwähnte Entscheid getroffen ist. Gemäss Medienmitteilung vom 1. November 2016 fanden sich keine Hinweise dafür, dass Bund und Kanton für die Jahre 2010–2013 zu einem finanziellen Schaden gekommen sind, weshalb aktuell nur eine allfällige Rückforderung betreffend das Jahr 2014 geprüft wird. Fraglich ist deshalb, ob die Teile des Berichtes, welche die Jahre 2010–2013 betreffen, sofort zugänglich gemacht werden können. Da der Bericht nicht nach einzelnen Jahren, sondern nach Themen aufgebaut ist, ist nach Auffassung des Beauftragten eine Teilabdeckung einzig für 2014 nicht realisierbar. Die vollständige Abdeckung dieser Kapitel erscheint daher erforderlich und angemessen.

16. In Bezug auf die restlichen Teile des Berichtes ist der Beauftragte nach summarischer Prüfung hingegen der Auffassung, dass sie in keinem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit dem bevorstehenden Entscheid betreffend die Rückforderung der Vollzugskosten stehen. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigt sich der Zugangsaufschub für diese Berichtsteile nicht. Es handelt sich dabei um den zu Beginn des Berichtes aufgeführten Begleitbrief, das Inhalts- und Tabellenverzeichnis, die Kapitel 1.1, 2, 3.1, 3.2, 6, 7 und den Anhang Buchstabe A. Nach Einschätzung des Beauftragten enthalten diese Passagen keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Diese Berichtsteile sind unter Vorbehalt der Anonymisierung der Personendaten nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ zugänglich zu machen, wobei die Perso-

nendaten von Mitarbeitenden einer Behörde unter Beachtung der Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung grundsätzlich nicht abzudecken sind (Bundesamt für Justiz und Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, Ziff. 5.2.3 S. 31; Urteile des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 und A-6738/2014 vom 23. September 2015).

17. Sobald der Entscheid betreffend die Rückforderung von Vollzugskostengeldern gegenüber dem Kanton Basel-Landschaft getroffen ist, prüft das SECO eine Zugangsgewährung unter Vorbehalt der Ausnahmenorm von Art. 7 BGÖ (MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 32 und 33).

III. *Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:*

18. Das SECO gewährt den teilweisen Zugang zu den Kapiteln 1.1, 2, 3.1, 3.2, 6, 7 und dem Anhang Buchstabe A des Schlussberichts vom 15. September 2016, es beachtet das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie die Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes und die Rechtsprechung zum Schutz von Personendaten (Ziffer 16).

19. Das SECO schiebt gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGÖ den Zugang zu den Kapiteln 1.2, 1.3, 3.3, 4, 5 und zu Anhang Buchstaben B, C, D und E des Schlussberichts vom 15. September 2016 bis zum Entscheid betreffend die allfällige Rückforderung von Vollzugskostengeldern gegenüber dem Kanton Basel-Landschaft auf (Ziffer 15).

20. Sobald der Entscheid nach Ziffer 19 vorliegt, wird das Recht auf Zugang wiederhergestellt und das SECO prüft das Zugangsgesuch erneut (Ziffer 17).

21. Der Antragsteller und die angehörte Dritte können innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim SECO den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

22. Das SECO erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

23. Das SECO erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

24. In Analogie zu Art. 22a VwVG stehen gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern still.

25. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten werden die Namen anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

III. Empfehlung des EDÖB nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes im Schlichtungsverfahren zwischen X. (Antragsteller) und Eidgenössischem Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI

(= Empfehlung vom 6. Juni 2017: ENSI – Ausbildung von Mitarbeitenden)⁹

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Der Antragsteller (Privatperson) hat am 7. März 2017 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI um Offenlegung der beruflichen Ausbildung (Zertifikate bzw. Diplome) von zwei namentlich genannten Mitarbeitenden des ENSI ersucht. Der Antragsteller bezog sich dabei sinngemäss auf die die berufliche Ausbildung betreffenden Bestimmungen in der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (NIV; SR 734.27).

2. Am 28. März 2017 nahm das ENSI zum Zugangsgesuch Stellung und teilte dem Antragsteller mit, dass eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang und den privaten Interessen am Schutz der im Dokument enthaltenen Personendaten vorzunehmen sei. Gemäss Praxis bestehe allgemein ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse seitens der betroffenen Angestellten in der öffentlichen Verwaltung an (Arbeits-)Zeugnissen, Diplomen und anderen Leistungsnachweisen, zumindest soweit es sich nicht um das oberste Kader handle. Im vorliegenden Fall sei kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang zu genauen Informationen über den beruflichen Werdegang der beiden Personen vorhanden, weshalb der Zugang verweigert werde.

3. Am 3. April 2017 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.

4. Mit Schreiben vom 7. April 2017 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags das ENSI dazu auf, die betroffenen Dokumente und bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.

5. Am 20. April und 4. Mai 2017 reichte das ENSI Unterlagen im Zusammenhang mit dem Zugangsgesuch ein und legte in einer ergänzenden Stellungnahme nochmals die Gründe für die Zugangsverweigerung dar.

⁹ www.edoeb.admin.ch > Öffentlichkeitsprinzip > Empfehlungen 2017.

6. Am 18. Mai 2017 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich das ENSI und der Antragsteller nicht einigen konnten.

7. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des ENSI sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

II. *Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:*

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

8. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim ENSI ein. Dieses verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

9. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt (Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung [Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ] vom 12. Februar 2003, BBl 2003 2024). Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

10. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde (GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 [zit. Handkommentar BGÖ], Art. 13, Rz 8).

11. Vorliegend verlangt der Antragsteller Zugang zu Personendaten von zwei namentlich bezeichneten Mitarbeitenden des ENSI, und zwar zu Informationen über deren Ausbildung.

12. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, sind nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ).

13. Eine Anonymisierung der Personendaten nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ fällt von vornherein ausser Betracht, da der Antragsteller ausdrücklich Zugang zu den Daten der beiden namentlich genannten Personen verlangt (vgl. BBl 2003 2016).

Folglich beurteilt sich der Zugang nach Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO. Demnach darf eine Behörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erste Voraussetzung ergibt sich bereits aus der Definition des Begriffs «amtliches Dokument» nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ, was im vorliegenden Schlichtungsverfahren nicht bestritten wurde. Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Abwägung der sich entgegenstehenden privaten Interessen der betroffenen Personen am Schutz ihrer Personendaten und dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Informationen (Urteil des BGR 1C_137/2016 vom 27. Juni 2016 E. 4.2).

14. Auf Seiten des privaten Interesses ist zu berücksichtigen, dass Lebensläufe Persönlichkeitsprofile darstellen, welche als besonders schutzwürdig zu qualifizieren sind (Urteil des BVerfG A-590/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 10.6.2.2). Vorliegend verlangt der Antragsteller zwar nicht Zugang zu den Lebensläufen an sich, aber zu spezifisch benannten Diplomen bzw. Leistungsnachweisen dieser beiden Mitarbeitenden. Obwohl es sich bei diesen isolierten Informationen nicht um besonders schützenswerte Personendaten (Art. 3 Bst. c DSGVO) und auch nicht um Persönlichkeitsprofile (Art. 3 Bst. d DSGVO) handeln dürfte, stellen Informationen aus dem Personaldossier grundsätzlich sensible Daten dar. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht namentlich bei (Arbeits-) Zeugnissen, Diplomen und anderen Leistungsnachweisen ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse seitens der betroffenen Personen (Urteil des BGR 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2016 E. 4.2.3). Dies muss angesichts des Charakters der vom Antragsteller verlangten Informationen – nämlich Personendaten aus dem Arbeitsverhältnis – prinzipiell auch für Angestellte der Bundesverwaltung gelten, zumindest soweit im konkreten Einzelfall kein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang besteht.

15. Das öffentliche Interesse am Zugang ist nachfolgend unter anderem im Umstand zu sehen, dass das ENSI Aufsichtsbehörde in Bezug auf die nukleare Sicherheit und Sicherung ist (Art. 70 Abs. 1 Bst. a Kernenergiegesetz; SR 732.1). Mit Blick auf die öffentliche Sicherheit und Gesundheit nimmt das ENSI folglich eine wichtige und anspruchsvolle Aufgabe wahr. Diese bedingt insbesondere auch eine genügende fachliche Qualifikation seiner Mitarbeitenden, weshalb durchaus ein gewisses öffentliches Interesse am Zugang zu entsprechenden Informationen bestehen dürfte. Gleichwohl kann der Beauftragte vorliegend ein ausnahmsweise gesteigertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, beispielsweise aufgrund von wichtigen Vorkommnissen (Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ) oder einer

hohen Führungsfunktion der betroffenen Mitarbeitenden (zur Rechtsprechung des BVGer betreffend Zugang zu Personendaten von Angestellten der Bundesverwaltung: Urteil BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015; Urteil BVGer A-6738/2014 vom 23. September 2015), nicht erkennen. Im Ergebnis wiegt in diesem konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe der gewünschten Dokumente über die Ausbildung dieser beiden Personen nicht derart schwer, dass es ihr erhebliches privates Interesse an der Geheimhaltung der entsprechenden Informationen zu überwiegen vermöchte.

III. *Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:*

16. Das ENSI hält an der Zugangsverweigerung zu den verlangten Informationen über die berufliche Ausbildung der beiden genannten Personen fest.

17. Der Antragsteller kann innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim ENSI den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

18. Das ENSI erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

19. Das ENSI erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

20. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

C. Rechtsprechung

Zusammengestellt und bearbeitet von
Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN,
Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Bundesgericht

Tribunal fédéral, Arrêt du 6 janvier 2016, Doss.-No 4A_251/2015, 4A_253/2015 (Admission du recours en matière civile interjeté par l'employeuse contre l'arrêt rendu le 26 mars 2015 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 337 CO. Selon la jurisprudence, la partie qui veut résilier le contrat avec effet immédiat doit agir sans tarder à compter du moment où elle a connaissance d'un juste motif de licenciement, sous peine d'être déchu du droit de s'en prévaloir. En principe, un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques. Au sein de la doctrine, d'aucuns relèvent que le délai de deux à trois jours ouvrables est sévère et qu'au demeurant, l'on peut difficilement fixer dans l'abstrait un délai de réaction, les circonstances du cas concret étant déterminantes. Vu les lourdes conséquences financières du congé injustifié, l'employeur doit faire preuve d'une prudence accrue et disposer du temps nécessaire pour élucider les faits et prendre une décision correctement réfléchie. Entre autres critères, il faut prendre en compte la nature du manquement invoqué, le fait que le salarié se sait ou non soupçonné, sa présence ou non dans l'entreprise (c. 3.2.2).

Le licenciement immédiat est justifié lorsque l'employeur résilie le contrat sur la base de soupçons et parvient ensuite à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent infondés, l'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de preuve; le licenciement immédiat sera généralement considéré comme injustifié, sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale. C'est donc en principe la situation réelle qui prévaut, quand bien même elle n'est établie que postérieurement à la résiliation des rapports de travail (c. 3.2.3).

Extraits des faits:

En 1998, A. (ci-après: l'employé) a été engagé comme gestionnaire par une banque qui est devenue... en l'an 2000, puis B. SA en 2004 (ci-après: la banque ou l'employeuse). Le contrat de travail prévoyait un délai de résiliation de trois mois pour la fin d'un mois après la neuvième année d'engagement. En août 2012, deux procureurs du canton de Genève se sont entretenus de façon confidentielle avec le président du comité exécutif de

la banque. Ils l'ont informé d'une enquête en cours concernant un réseau de blanchiment d'argent. Le 10 octobre 2012, l'employé a été arrêté à Genève et placé en détention provisoire. Il était soupçonné de participation à un réseau de blanchiment d'argent entre le Maroc, la France et la Suisse. Dans le cadre de cette enquête pénale, les locaux de la banque, en particulier les bureaux de l'employé, ont été perquisitionnés; les comptes de certains clients ont été bloqués. La presse a relaté l'affaire en précisant que l'une des personnes mises en cause était un employé de la banque. Par courrier du 30 octobre 2012, la banque a informé l'employé, toujours en détention, que son salaire serait suspendu avec effet au 1^{er} novembre 2012. Elle a versé un salaire complet pour le mois d'octobre.

Par lettre du 15 novembre 2012, la banque a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de l'employé. Celui-ci a touché pour ce mois un demi-salaire. Le 3 décembre 2012, l'avocat de l'employé a écrit à la banque que son client contestait la résiliation, laquelle était tardive et dépourvue de motivation. L'employé a reconnu les faits qui lui étaient pénalement reprochés le 17 décembre 2012. Il a été libéré le 20 décembre 2012. Par courrier du 9 janvier 2013, l'avocate de la banque a motivé le congé de la façon suivante: (...) 1. M.A. était Relationship Manager (...). 2. En octobre de cette année [réd.: 2012], votre client – et... – ont été arrêtés pour – prétendument – avoir participé à une très large opération de blanchiment entre la Suisse, la France et le Maroc. 3. Cette situation a été largement rapportée par la presse et continue à l'être. 4. Le nom de B. a aussi été largement cité dans la presse, en relation avec cette prétendue opération de blanchiment, puisque votre client était un employé de B. 5. A cause de cette situation, B. a été requise d'envoyer au Ministère public la documentation de nombreux comptes de clients et plusieurs comptes sont encore bloqués. 6. Cela a causé une perte totale de confiance dans votre client qui a notamment manqué à son devoir de diligence. Ces éléments sont largement suffisants pour mettre un terme au contrat de travail de M. A. avec effet immédiat. Compte tenu de la détention préventive de M. A. – pendant laquelle son congé lui a été notifié, et qui a rendu impossible la poursuite des rapports de travail de façon continue –, la Banque n'a pas agi de façon tardive. (...)». Le 29 janvier 2013, le Tribunal correctionnel du canton de Genève a condamné l'employé pour blanchiment d'argent aggravé à une peine de deux ans de privation de liberté avec sursis. La presse a relaté l'affaire en mentionnant derechef que l'un des condamnés était un employé de la banque.

L'employé a déposé une demande le 16 août 2013 devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait notamment à ce que la banque soit condamnée à lui verser 59'676 fr. correspondant à trois mois de salaire brut, 118'752 fr. d'indemnité pour congé injustifié et 381'519 fr. de bonus couvrant l'année 2012 et l'année 2013 pro rata temporis. Le tribunal a jugé que le congé immédiat avait été signifié tardivement, de sorte qu'il était injustifié. Il a condamné la banque au paiement du salaire fixe

pour la période du 16 novembre 2012 au 28 février 2013, soit au montant de 69'622 fr. plus intérêts. Statuant le 26 mars 2015 sur appel des deux parties, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a réformé cette décision, en ce sens qu'elle a condamné la banque à payer un solde salarial de 46'746 fr. 20 plus intérêts. En substance, la Cour a confirmé que le congé immédiat était tardif, et partant injustifié. Elle a toutefois réduit le salaire alloué par les premiers juges au motif que l'employé s'était mis fautive-ment dans l'incapacité de travailler et n'avait droit à aucune rémunération pendant la période où il se trouvait en détention préventive. Elle a re-jeté les deux autres conclusions en paiement d'une somme d'argent après substitution de motifs s'agissant du bonus.

L'employé comme l'employeuse ont interjeté un recours en matière ci-vile au Tribunal fédéral. A l'appui de son recours, l'employé conclut à ce que la banque soit condamnée à lui verser, en sus du salaire fixe de 46'746 fr. 20, une indemnité de 59'376 fr. pour congé injustifié ainsi que 356'084 fr. bruts à titre de bonus pour l'année 2012 (305'215 fr.) et le premier trimestre 2013 (50'869 fr.). Quant au recours de l'employeuse, il vise à ce que l'employé soit débouté de toutes ses conclusions en paiement d'une somme d'argent.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Se pose au premier chef la question du caractère justifié ou non du congé donné le 15 novembre 2012. L'employeuse conteste avoir tardé à résilier le contrat avec effet immédiat et être déchue de ce droit.

3.2.

3.2.1 L'art. 337 CO autorise l'employeur comme le travailleur à résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). L'art. 337c CO précise qu'en cas de résiliation injustifiée, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (al. 1); en outre, le juge peut lui allouer une indemnité dont il fixera librement le montant, lequel n'excédera toutefois pas six mois de salaire (al. 3).

3.2.2 Selon la jurisprudence, la partie qui veut résilier le contrat avec effet immédiat doit agir sans tarder à compter du moment où elle a connaissance d'un juste motif de licenciement, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir. Si elle tarde à agir, elle donne à penser qu'elle a renoncé au licenciement immédiat, respectivement qu'elle peut s'accommoder de la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (ATF 138 I 113 consid. 6.3.1; 127 III 310 consid. 4b p. 315; 75 II 329 p. 332; arrêt 4A_236/2012 du 2 août 2012 consid. 2.4, in SJ 2013 I 65).

Les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel l'on peut raisonnablement attendre de l'intéressé qu'il prenne la décision de résilier le contrat avec effet immédiat. De manière générale, la jurisprudence considère qu'un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques. Un délai supplémentaire est toléré s'il se justifie par les exigences pratiques de la vie quotidienne et économique; l'on peut ainsi admettre une prolongation de quelques jours lorsque la décision doit être prise par un organe polycéphale au sein d'une personne morale, ou lorsqu'il faut entendre le représentant de l'employé (ATF 138 I 113 consid. 6.3.2 et les arrêts cités; 130 III 28 consid. 4.4 p. 34).

Il faut par ailleurs distinguer selon que l'état de fait est clair ou qu'il appelle des éclaircissements. Dans ce dernier cas, il faut tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant précisé que l'employeur qui soupçonne concrètement l'existence d'un juste motif doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour clarifier la situation. Dans certains cas, il peut s'imposer de mener les investigations en secret (ATF 138 I 113 consid. 6.3.3; arrêt 4A_236/2012 précité consid. 2.4; arrêt 4C.188/2006 du 25 septembre 2006 consid. 2). Par ailleurs, selon le type de soupçon en cause (par ex. harcèlement sexuel), l'employeur doit agir avec prudence et éviter de condamner par avance le travailleur (arrêt 4A_238/2007 du 1^{er} octobre 2007 consid. 4.3). Compte tenu des conséquences importantes de la résiliation immédiate, l'employeur doit pouvoir établir les faits avec soin, ou en tout cas d'une manière qui résiste à l'examen d'une procédure judiciaire, en veillant à ne pas atteindre la réputation du travailleur par une condamnation hâtive (ATF 138 I 113 consid. 6.2 p. 116).

Dans une affaire où une employée de banque avait été congédiée avec effet immédiat pour avoir enfreint des directives destinées à assurer la fiabilité d'opérations financières, l'autorité de céans a jugé que l'employeuse n'avait pas indûment retardé le congé en s'abstenant de le donner à la veille du week-end pascal et en attendant le retour de vacances de l'intéressée. D'une part, il était légitime d'entendre celle-ci avant de prendre une décision définitive; d'autre part, l'on ne pouvait pas reprocher à l'employeuse d'avoir adopté un comportement montrant qu'elle pouvait encore tolérer la présence de l'employée dans son entreprise, puisque précisément celle-ci était absente (arrêt 4A_236/2012 précité).

En revanche, la cour de céans a reproché à une entreprise active dans la production de montres d'avoir agi tardivement en licenciant le 6 janvier un gestionnaire de stock qui lui avait annoncé le vendredi 24 décembre qu'il venait de passer dix jours en détention préventive au motif qu'il était soupçonné d'avoir fait entrer illégalement en Suisse des femmes s'adonnant à la prostitution. L'employeuse, dont la direction était opérationnelle pendant les fêtes de fin d'année, avait donné l'ordre à l'employé de rester à

la maison et d'attendre une convocation. Il a été jugé qu'un délai de neuf jours ouvrables montrait que le motif invoqué, qui se rapportait à la vie privée du travailleur, n'atteignait pas pour la défenderesse le degré de gravité nécessaire pour ébranler définitivement les rapports de confiance. L'on ne voyait pas en quoi les infractions en cause rendaient intolérable pour l'employeuse la poursuite pendant deux mois des relations avec le gestionnaire de stock (arrêt 4C.291/2005 du 13 décembre 2005 consid. 3.3).

Au sein de la doctrine, d'aucuns relèvent que le délai de deux à trois jours ouvrables est sévère et qu'au demeurant, l'on peut difficilement fixer dans l'abstrait un délai de réaction, les circonstances du cas concret étant déterminantes. Vu les lourdes conséquences financières du congé injustifié, l'employeur doit faire preuve d'une prudence accrue et disposer du temps nécessaire pour élucider les faits et prendre une décision correctement réfléchie. Entre autres critères, il faut prendre en compte la nature du manquement invoqué (l'on admettra d'autant moins facilement une renonciation au congé immédiat que le manquement est grave), le fait que le salarié se sait ou non soupçonné, sa présence ou non dans l'entreprise (GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand*, 2^e éd. 2012, n° 11 ad art. 337 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, p. 1128 et les auteurs cités). D'autres auteurs soulignent que l'on ne saurait exiger de l'employeur qu'il prenne une décision alors que sa connaissance des faits est trop incertaine (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 592 s. et les auteurs cités).

3.2.3 Le licenciement immédiat est justifié lorsque l'employeur résilie le contrat sur la base de soupçons et parvient ensuite à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent infondés, l'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de preuve; le licenciement immédiat sera généralement considéré comme injustifié, sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale (arrêt 4C.325/2000 du 7 février 2001 consid. 2a et les arrêts cités, in *Droit du travail* 2001 p. 38; arrêt 4C.103/1999 du 9 août 1999 consid. 3, in *JAR* 2001 p. 304). C'est donc en principe la situation réelle qui prévaut, quand bien même elle n'est établie que postérieurement à la résiliation des rapports de travail (arrêt 4C.413/2004 du 10 mars 2005 consid. 2.2, in *Droit du travail* 2005 p. 177).

3.2.4 Déterminer les motifs du congé est une question de fait. L'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle, et par conséquent aussi du fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 i.f.; arrêt 4A_110/2009 du 19 juin 2009 consid. 3).

3.3 La Cour de justice a tenu le raisonnement suivant: dans sa lettre du 9 janvier 2013, la banque a motivé le congé par l'arrestation de son employé, sa possible participation à une large opération de blanchiment et la

couverture de cette affaire par la presse. Dans le cadre de la procédure, elle a ensuite allégué que le licenciement se fondait sur la confirmation de la vraisemblance des soupçons d'infractions pénales, confirmation qui découlait du maintien en détention préventive pendant un mois. Cette interprétation ne saurait être suivie. En effet, la banque n'a aucunement évoqué la confirmation de la vraisemblance des soupçons dans son courrier du 9 janvier. En outre, elle n'alléguait pas avoir effectué des recherches qui lui auraient permis de clarifier les soupçons qu'elle prétendait avoir eus contre l'employé. Le simple fait que celui-ci soit maintenu en détention ne permettait pas de présumer du bien-fondé des accusations portées contre lui. Un tel maintien pouvait se justifier notamment par l'usage du droit à conserver le silence dans la procédure pénale, ou encore par un risque de collusion ou de fuite non encore écarté.

La banque alléguait en outre que l'employé ne fournissait plus sa prestation de travail en raison de son emprisonnement, de sorte qu'il était en constante violation de son obligation de travailler, le licenciement étant possible en tout temps. Toutefois, la banque elle-même avait indiqué que le licenciement de l'employé était dû à son arrestation et son implication dans une affaire de blanchiment plutôt qu'à son absence au travail. Alors qu'elle entendait initialement interrompre le paiement du salaire au 1^{er} novembre 2012 en raison de la détention, la banque avait finalement continué à verser ledit salaire. Ainsi, rien ne permettait de s'éloigner de la constatation selon laquelle le licenciement était fondé sur l'arrestation de l'employé, sa possible participation à une large opération de blanchiment et la couverture de cette affaire par la presse, faits déjà connus le 10 octobre 2012. Au demeurant, le président du comité exécutif de la banque avait déjà été informé deux mois auparavant de l'existence d'une enquête. La banque avait patienté 35 jours entre le moment où elle avait eu connaissance des motifs du licenciement et celui-ci; le congé était tardif, et partant injustifié.

3.4 La banque reproche aux juges genevois d'avoir versé dans l'arbitraire en sous-entendant qu'elle avait changé les motifs du congé dans le cadre de la procédure. En réalité, elle aurait toujours indiqué que les motifs étaient ceux figurant dans le courrier du 9 janvier 2013, mais elle aurait été amenée à s'expliquer aussi sur la prétendue tardiveté de la résiliation. A cet égard, si elle avait licencié l'employé quelques jours après son arrestation, elle aurait pris le risque que l'employé sorte ensuite rapidement de prison et soit totalement blanchi. Les juges cantonaux auraient arbitrairement refusé de reconnaître que la prolongation de la détention préventive était de nature à conforter ses soupçons. La connaissance des faits fondant le licenciement immédiat ne pouvait être certaine qu'au stade du jugement condamnant l'employé. En retenant qu'elle avait tardé à agir, les juges auraient violé l'art. 337 CO.

3.5 Se pose d'une part la question des justes motifs de congé au sens de l'art. 337 CO, d'autre part celle du temps pris par l'employeuse pour résilier le contrat à partir du moment où elle a eu connaissance d'éléments

motivant selon elle un congé immédiat. Sur la base du courrier du 9 janvier 2013, l'autorité précédente a discerné trois motifs de résiliation, soit l'arrestation de l'employé, le soupçon de participation dans une large opération de blanchiment et la couverture de l'affaire par la presse. Il va de soi que la participation d'un employé de banque ayant manifestement le rang de cadre à une vaste affaire de blanchiment d'argent, si elle est avérée, est de nature à justifier un congé immédiat de la part d'une banque. La cour cantonale a du reste reproché à l'employé une violation grave de son devoir de fidélité envers son employeuse.

Au moment où le congé a été donné, l'employé n'avait pas encore passé aux aveux et encore moins été condamné. La banque ne pouvait donc faire état que de soupçons de participation à une vaste affaire de blanchiment, soupçons suffisants pour justifier une mise en détention préventive. L'on cherche en vain dans l'arrêt attaqué une constatation selon laquelle l'issue de la procédure pénale était sans importance pour la banque lorsqu'elle a pris la décision de résilier le contrat. La cour cantonale reproche tout au plus à la banque d'avoir tardé à résilier le contrat, dès lors qu'elle ne pouvait justifier d'aucune information supplémentaire entre le jour de l'arrestation (10 octobre) et celui de l'annonce du congé (15 novembre). (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 14 janvier 2016, Doss.-No 4A_435/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 2 juillet 2015 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 322a CO. Les parties à un contrat de travail peuvent convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats de l'exploitation de l'entreprise. Cette forme est en principe complémentaire au salaire de base. Toutefois, les parties peuvent convenir d'une rémunération exclusivement liée au résultat de l'exploitation, pour autant qu'elle soit convenable au regard des services rendus (art. 349a al. 2 CO par analogie). L'art. 322a al. 1 CO est de droit dispositif. La participation aux résultats de l'exploitation étant une source de conflits entre parties, celles-ci ont intérêt à en fixer la forme de manière précise (bénéfice, chiffre d'affaires, etc.), ainsi que les bases de calcul qui permettent de déterminer ce résultat (c. 2.1).

Art. 329d CO. En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. La jurisprudence a toutefois admis que, dans des situations particulières, l'indemnité de vacances pouvait exceptionnellement être incluse dans le salaire total. Lorsque le contrat de travail a été conclu par écrit, il faut alors que le contrat ainsi que les décomptes de salaire périodiques

mentionnent clairement et expressément quelle part du salaire global est destinée à l'indemnisation des vacances. En revanche, lorsque les parties ont conclu un contrat oral, il se justifie d'admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances a aussi été conclu oralement. Dans une telle situation, la mention de la part de salaire afférente aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement. Si les conditions ci-dessus ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances. Que l'employé ait ou non pris ses vacances en nature n'y change rien (c. 3.2).

Art. 2 al. 2 CC. Même si l'employé a effectivement pris ses vacances durant ses années de service, le fait d'exiger au terme de la relation contractuelle le salaire afférent aux vacances en raison du non-respect des conditions formelles pour une indemnisation n'est pas constitutif d'abus de droit (c. 3.4.2).

Extraits des faits:

En août 2007, le médecin-dentiste A. a engagé verbalement B. en qualité d'hygiéniste dentaire pour une durée indéterminée, à un taux d'activité de 40%. Les parties ont convenu que B. (ci-après: l'employée) percevrait une rémunération correspondant au 50% du chiffre d'affaires généré par son activité. Ce dernier se calculait en multipliant le nombre de points correspondant à ses prestations par la valeur tarifaire du point en vigueur dans le cabinet de A. (ci-après: le dentiste ou l'employeur), alors fixé à 3 fr. 50. L'employée avait en outre droit à quatre semaines de vacances par année. Depuis son engagement jusqu'au 31 décembre 2011, l'employée a perçu la moitié du chiffre d'affaires lié à son activité, calculé sur la base d'un point tarifaire à 3 fr. 50, y compris lorsque les organismes sociaux (Hospice général) et assurances sociales s'acquittaient des factures à une valeur de point réduite (3 fr. 10). Par ailleurs, les traitements impayés par les patients demeuraient sans incidence sur la rémunération de l'employée.

A partir du 1^{er} janvier 2012, le dentiste a augmenté la valeur du point de son cabinet à 4 fr. sans en aviser l'employée. Il a ainsi facturé les prestations de l'employée à ce nouveau tarif, tout en continuant à calculer le chiffre d'affaires mensuel de celle-ci – et des autres hygiénistes du cabinet – sur la base d'un point tarifaire à 3 fr. 50. Le libellé des fiches de salaire de l'employée, demeuré inchangé, faisait référence à son «chiffre d'affaire du mois», sans indication de la valeur tarifaire du point. Ses bulletins de paie ne précisaient pas non plus le montant ou le pourcentage du salaire afférent à ses vacances.

L'employée a dit s'être aperçue incidemment, en juin 2013, de l'augmentation du tarif de ses prestations facturées à ses patients, étant précisé que la valeur du point n'était pas affichée dans le cabinet et ne figu-

rait pas non plus sur les factures des patients; cette valeur apparaissait en revanche sur leurs dossiers, lorsque l'impression d'une nouvelle page actualisait le tarif. Par courrier du 26 juin 2013, l'employée a fait part au dentiste de son opposition au mode de calcul de son chiffre d'affaires et lui a réclamé le paiement de la différence de salaire à laquelle elle pouvait prétendre au regard du nouveau point tarifaire appliqué dans le cabinet. L'employeur a répondu le 15 juillet 2013 qu'il refusait cette prétention pour deux motifs: d'une part, la rémunération de l'employée avait été correctement fixée à la moitié du chiffre d'affaires calculé sur la base du point tarifaire en vigueur lors de son engagement; d'autre part, il ne lui avait jamais promis de réadapter son salaire en cas de réévaluation du point, laquelle était intervenue le 1^{er} janvier 2012. Il relevait encore que l'employée percevait une rémunération déjà supérieure de 30% au salaire annuel maximal de 91'650 fr. défini par la Société suisse des médecins-dentistes (ci-après: SSO) pour une hygiéniste dentaire ayant dix ans d'expérience, ce qui n'était pas le cas de sa collaboratrice. Par courrier du 28 août 2013, l'employée a résilié son contrat de travail avec effet au 31 octobre 2013.

Par demande du 11 décembre 2013, l'employée (ci-après: la demanderesse) a assigné le dentiste (ci-après: le défendeur) devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève en paiement de la somme totale de 39'344 fr. 70 en capital, soit 14'864 fr. 15 au titre de salaire brut dû jusqu'au 24 octobre 2013 et 24'480 fr. 55 au titre de salaire brut afférent à ses vacances dues jusqu'au 24 octobre 2013. Par décision du 16 octobre 2014, le Tribunal des prud'hommes a débouté la demanderesse de ses conclusions. Statuant par arrêt du 2 juillet 2015 sur appel de la demanderesse, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise a réformé la décision entreprise en ce sens qu'elle a condamné le défendeur à payer à la demanderesse 11'656 fr. plus intérêts au titre de salaire brut, ainsi que 19'951 fr. plus intérêts au titre de salaire brut afférent aux vacances.

Le défendeur a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Les parties à un contrat de travail peuvent convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats de l'exploitation de l'entreprise (art. 322a CO). Cette forme est en principe complémentaire au salaire de base. Toutefois, les parties peuvent convenir d'une rémunération exclusivement liée au résultat de l'exploitation, pour autant qu'elle soit convenable au regard des services rendus (art. 349a al. 2 CO par analogie; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 152 s. et les références citées; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7^e éd. 2012, p. 314 n. 2; cf. ATF 139 III 214 consid. 5.1 concernant l'art. 322b CO).

Au surplus, l'art. 322a al. 1 CO précise que la participation est calculée «sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus». L'art. 322a al. 1 CO est de droit dispositif. La participation aux résultats de l'exploitation étant une source de conflits entre parties, celles-ci ont intérêt à en fixer la forme de manière précise (bénéfice, chiffre d'affaires, etc.), ainsi que les bases de calcul qui permettent de déterminer ce résultat (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 153 s.; DANTHE, in Commentaire du contrat de travail, 2013, p. 149 n. 8).

2.2 En présence d'un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 133 III 675 consid. 3.3 p. 681). Déterminer la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective) est une question de fait (ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.).

Lorsque la volonté réelle des parties ne peut être établie ou que leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et comportements selon la théorie de la confiance; il doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 p. 188). Cette interprétation objective doit partir du texte du contrat et examiner ensuite celui-ci dans son contexte, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont précédé ou accompagné sa conclusion, à l'exclusion des événements postérieurs. Le Tribunal fédéral contrôle librement l'interprétation objective des manifestations de volonté (ATF 138 III 659 consid. 4.2.1 p. 666 s.; 133 III 61 consid. 2.2.1 p. 67).

2.3 En l'espèce, la cour cantonale a retenu en fait que la rémunération de la demanderesse, selon la volonté réelle des parties, correspondait à la moitié du chiffre d'affaires réalisé par la demanderesse, calculé sur la base d'un point tarifaire déterminé. Elle a constaté que leurs divergences étaient apparues à la suite de la hausse de la valeur du point applicable au sein du cabinet du défendeur et portaient sur l'incidence de cette hausse sur le calcul du chiffre d'affaires de la demanderesse.

A cet égard, les juges cantonaux ont considéré que comme ce chiffre d'affaires résultait de la multiplication du nombre de points correspondant aux prestations de la demanderesse avec la valeur d'un point tarifaire applicable, la demanderesse pouvait de bonne foi, en application du principe de la confiance, comprendre que la hausse du point à 4 fr. entraînerait nécessairement une augmentation proportionnelle du chiffre d'affaires généré par ses prestations d'hygiéniste, et par conséquent de sa rémunération. Selon la cour cantonale, il incombait dès lors au défendeur de démontrer que

les parties avaient expressément convenu que la valeur du point tarifaire au moment de l'engagement de la demanderesse demeurerait fixe pendant toute la durée de son contrat, nonobstant une éventuelle hausse de ce point applicable au sein de son cabinet. Or, aucun témoin entendu par le Tribunal ni aucune pièce du dossier ne permettaient d'admettre que le défendeur avait apporté une telle preuve; la demanderesse avait donc droit, à titre de rémunération pour la période du 1^{er} janvier 2012 jusqu'à la fin du contrat le 31 octobre 2013, à un montant correspondant à la moitié de son chiffre d'affaires calculé sur la base d'un point tarifaire de 4 francs.

2.4 Le défendeur reproche à la cour cantonale d'avoir établi les faits de façon arbitraire en ne retenant pas que la rémunération de la demanderesse était fonction d'une valeur de point fixe, sans égard au chiffre d'affaires réellement généré par ses prestations; la cour aurait ainsi violé l'art. 322a CO en tant que cette disposition ne serait pas applicable au cas d'espèce, les parties ayant bien plutôt convenu d'un travail à la tâche au sens des art. 326 et 326a CO, dont le taux de salaire correspondrait à 50% des prestations réalisées par la demanderesse sur la base d'un point à 3 fr. 50. Le défendeur reproche en outre à la cour d'avoir fait une fausse application du principe de la confiance (violation de l'art. 18 al. 1 CO) en se fondant sur des faits erronés, méconnaissant ainsi que la rémunération de la demanderesse était totalement indépendante du point réellement appliqué, devant au contraire être calculée sur la base d'un point tarifaire à valeur fixe; les juges d'appel auraient ainsi violé l'art. 8 CC en lien avec l'art. 322 al. 1 CO en renversant le fardeau de la preuve applicable en matière de rémunération du travailleur. A titre subsidiaire, le demandeur invoque une violation de son droit d'être entendu, en ce sens que si l'art. 322a CO était réellement applicable au cas d'espèce, la cour cantonale aurait alors dû expliquer pour quels motifs elle n'a pas déduit, par compensation, les montants versés en trop, dans des cas où les prestations facturées n'étaient pas encaissées, ou encaissées sur la base d'un point inférieur à 3 fr. 50.

2.5 Comme cela vient d'être précisé, les juges cantonaux ont retenu en fait que la volonté réelle des parties était de conférer à la demanderesse une rémunération correspondant à la moitié du chiffre d'affaires qu'elle réalisait, calculé sur la base d'un point tarifaire déterminé; leurs divergences étaient apparues à la suite de la hausse de la valeur du point applicable au sein du cabinet du défendeur.

Le défendeur ne démontre pas en quoi ces constatations procéderaient d'un établissement arbitraire des faits. En effet, il ne démontre nullement que la réelle et commune intention des parties, au moment de la conclusion du contrat en août 2007, aurait été de calculer le chiffre d'affaires réalisé par la demanderesse - dont découlait sa rémunération correspondant à la moitié dudit chiffre d'affaires - sur la base d'un point tarifaire à valeur fixe totalement indépendant du point réellement appliqué. Une telle démonstration ne résulte en particulier pas du fait que la demanderesse ait appris ulté-

rieurement que ses prestations étaient prises en considération, pour le calcul de son chiffre d'affaires, à concurrence de 3 fr. 50 le point y compris lorsque les assurances sociales s'en acquittaient à une valeur de point réduite à 3 fr. 10 (cf. lettre A.a supra). Le Tribunal fédéral est ainsi lié par ces constatations.

La cour cantonale précise ensuite qu'aucune volonté concordante des parties n'a pu être établie concernant la valeur du point applicable dans le calcul de la rémunération, des divergences d'interprétation étant apparues après la hausse du point applicable au sein du cabinet dentaire. Le défendeur ne démontre pas en quoi cette constatation de fait serait arbitraire.

Dans ces conditions, il convenait, comme l'a fait à juste titre la cour cantonale, d'interpréter la notion de point applicable pour le calcul du chiffre d'affaires selon la théorie de la confiance, en recherchant comment cette notion pouvait être comprise de bonne foi par la demanderesse en fonction de l'ensemble des circonstances ayant précédé ou accompagné la conclusion du contrat, à l'exclusion des événements postérieurs (cf. consid. 2.2 supra). Cette limitation s'oppose à ce que l'on tienne compte du fait que le défendeur calculait la rémunération de l'employée en fonction d'un point à 3 fr. 50 même quand les assurances sociales remboursaient des traitements sur la base d'un point réduit à 3 fr. 10. Pour le même motif, il importe peu que le défendeur ait le cas échéant décidé d'augmenter la valeur tarifaire du point à 4 fr. dans le but de compenser des pertes accumulées depuis douze ans, respectivement que la demanderesse ait attendu dix-huit mois après cette augmentation pour réclamer la différence de salaire à laquelle elle estimait avoir droit. Quant au fait que la rémunération de la demanderesse excédait de plus de 25% le salaire maximum préconisé par les directives de la SSO, on ne voit pas en quoi il serait pertinent pour déterminer comment devait être comprise la notion de valeur du point applicable.

Avec la cour cantonale, force est de constater qu'en fonction de l'ensemble des circonstances antérieures ou concomitantes à la conclusion du contrat, la demanderesse pouvait comprendre de bonne foi que la valeur du point applicable pour calculer son chiffre d'affaires, et donc sa rémunération, était le point effectivement appliqué au moment où son activité était effectuée. On ne voit pas comment la demanderesse aurait pu comprendre que sa rémunération devait, comme l'affirme le défendeur, être calculée sur la base d'une valeur de point immuable et indépendante de la valeur effectivement appliquée. C'est dès lors à bon droit que les juges cantonaux ont considéré que la valeur du point déterminante pour la rémunération de l'employée était de 4 fr. dès le 1^{er} janvier 2012, le calcul du montant alloué n'étant pas contesté en lui-même.

Les considérations qui précèdent privent d'objet le grief de violation des art. 322a et 326–326a CO, étant entendu que le litige portait en réalité exclusivement sur le contenu et l'interprétation de l'accord des parties quant au calcul de la rémunération de l'employée.

2.6 A titre subsidiaire, le défendeur invoque une violation de son droit d'être entendu, en tant que si l'art. 322a CO venait à s'appliquer au cas d'espèce, la cour cantonale aurait alors dû expliquer pour quels motifs elle n'a pas déduit, par compensation, les montants versés en trop à titre de salaire sur la base d'un point à 3 fr. 50.

Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) impose au juge de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit de recours à bon escient. Le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Le juge n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties; il peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 138 IV 81 consid. 2.2; 134 I 83 consid. 4.1).

En l'espèce, le défendeur ne saurait reprocher à la cour cantonale de ne pas avoir examiné d'éventuelles prétentions en remboursement du salaire soi-disant versé en trop depuis 2007. En effet, le défendeur ne prétend pas avoir pris des conclusions en paiement à ce sujet. Il s'est borné à déclarer au cours de la procédure de première instance que «si le Tribunal [des prud'hommes] devait par impossible considérer que les parties auraient convenu d'une rémunération calculée sur la base du résultat du cabinet, il conviendra de réserver la possibilité [au défendeur] de faire valoir et de chiffrer ses prétentions en remboursement du salaire versé en trop [à la demanderesse] depuis 2007». Il n'a en revanche pas pris de conclusions en ce sens, ni déclaré opposer la compensation. En procédure d'appel, il a de nouveau exposé que «si la Cour devait par impossible considérer que les parties auraient convenu d'une rémunération calculée sur la base du résultat du cabinet, soit des prestations effectivement facturées, il conviendra de réserver la possibilité [au défendeur] de faire valoir et de chiffrer ses prétentions en remboursement du salaire versé en trop [à la demanderesse] depuis 2007 [...] et de les faire valoir en compensation».

Si tant est que cette dernière déclaration puisse être interprétée comme une déclaration de compensation, force est de constater que la compensation ne pouvait plus être invoquée à ce stade de la procédure. En effet, la compensation, qui n'est pas une exception, mais une objection pouvant être retenue d'office si les faits pertinents sont établis, suppose cependant une déclaration soumise à réception; cette déclaration, si elle n'a pas été signifiée par le défendeur avant le procès, peut être opérée par une affirmation en procédure, pour autant qu'elle intervienne à un stade permettant encore d'invoquer des faits nouveaux (DENIS TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 26 ad art. 222 CPC). Or, en l'espèce, la prétendue déclaration de compensation n'a été faite qu'en appel, soit à un stade où il n'était plus possible d'invoquer des faits nouveaux, le défendeur ne prétendant pas que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC aient été réali-

sées en l'espèce. Au surplus, le défendeur, qui supportait le fardeau de la preuve (art. 8 CC), n'a nullement établi le montant de ses prétentions en remboursement du salaire prétendument versé en trop depuis 2007: les pièces 8 et 9 produites en annexe au courrier adressé par son conseil le 31 juillet 2014 au Tribunal des prud'hommes ne constituent que des décomptes établis par le défendeur lui-même, dépourvus de force probante; quant à la pièce 10, elle n'est pas pertinente.

3.

3.1 Le défendeur reproche à la cour cantonale d'avoir violé les art. 329a et 329d CO ainsi que l'art. 2 al. 2 CC en le condamnant à payer à la demanderesse un montant de 19'951 fr. à titre de salaire brut afférent aux vacances; la cour aurait en outre violé son droit d'être entendu en fournissant une motivation insuffisante sur ce point.

3.2 L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1 CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO). A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Cette disposition est absolument impérative (art. 361 al. 1 CO).

En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. Le Tribunal fédéral a d'abord admis que, dans des situations particulières, l'indemnité de vacances pouvait exceptionnellement être incluse dans le salaire total (ATF 118 II 136 consid. 3b p. 137 s.; 116 II 515 consid. 4a p. 517; 107 II 430 consid. 3a p. 433 s.); toutefois, il s'est par la suite interrogé sur la justification d'une telle dérogation (ATF 129 III 493 consid. 3.2 et 3.3 p. 495 s., 664 consid. 7.2 p. 672). Laissant la question en suspens, il a relevé que, dans tous les cas, le contrat de travail, lorsqu'il était conclu par écrit, ainsi que les décomptes de salaire périodiques devaient mentionner clairement et expressément quelle part du salaire global était destinée à l'indemnisation des vacances (ATF 129 III 493, *ibidem*). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit pas; la part représentant cette indemnité doit être fixée en pourcentage ou en chiffres (ATF 116 II 515 consid. 4b p. 518), et cette mention doit figurer aussi bien dans le contrat de travail écrit que dans les décomptes de salaire (ATF 129 III 493 consid. 3.3 p. 496; arrêt 4A_72/2015 du 11 mai 2015 consid. 3.2 et 3.3; arrêt 4A_463/2010 du 30 novembre 2010 consid. 3.1; arrêt 4C.64/2006 du 28 juin 2006 consid. 4.1.1; arrêt 4C.328/2004 du 12 novembre 2004 consid. 3.1).

Lorsque les parties ont conclu un contrat oral, il se justifie d'admettre que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances a aussi été conclu oralement (ATF 129 III 493 consid. 3.3; ATF 116 II 515 consid. 4b). Dans une telle situation, la mention de la part de salaire afférente aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté néces-

saire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement (ATF 129 III 493 consid. 3.3 in fine).

Si les conditions ci-dessus ne sont pas réunies, l'employeur doit payer le salaire afférent aux vacances. Que l'employé ait ou non pris ses vacances en nature n'y change rien (ATF 129 III 664 consid. 7.2 p. 673, 493 consid. 5.2 p. 498 s.; 118 II 136 consid. 3b p. 137; 116 II 515 consid. 4b p. 517; arrêt 4A_463/2010 précité consid. 3.2).

3.3 En l'espèce, l'arrêt entrepris retient en fait que le contrat de travail litigieux a été conclu oralement et que la demanderesse ne pouvait ignorer, à tout le moins par le biais de C., que sa rémunération globale incluait celle de ses vacances (arrêt attaqué, consid. 4.1.2 p. 10). Il n'en demeure pas moins qu'aucun de ses bulletins de salaire mensuels ne comportait la mention écrite, en chiffres ou en pourcentage, de la rémunération effective afférente à ses vacances. N'en déplaise au défendeur, l'état de fait de l'arrêt attaqué, qui lie le Tribunal fédéral, ne fait nullement apparaître que la demanderesse savait à quelle hauteur, en pourcentage ou en chiffres, sa rémunération globale était censée inclure celle de ses vacances.

En outre, contrairement à ce que soutient le défendeur en se référant à l'ATF 116 II 515 consid. 4b, rien ne permet de retenir que la demanderesse aurait pu, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, tant au moment de la conclusion du contrat qu'à la réception de chaque décompte de salaire, reconnaître à quelle hauteur, en pourcentage ou en chiffres, sa rémunération contenait un supplément pour les vacances. L'arrêt entrepris ne prête ainsi pas le flanc à la critique en tant qu'il retient qu'à défaut de dérogation valable, le défendeur est redevable du paiement de ses vacances à la demanderesse, pour une durée de quatre semaines par an correspondant à celles usuellement prises par les employés de son cabinet. Il reste toutefois à examiner si, comme le soutient le défendeur, la partie adverse commet un abus de droit en réclamant le paiement de vacances qu'elle a prises en nature.

3.4

3.4.1 L'art. 2 al. 2 CC prévoit que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

L'art. 341 al. 1 CO énonce que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi. Comme le droit au salaire afférent aux vacances revêt un caractère impératif, le fait pour le travailleur de n'avoir soulevé ses prétentions qu'à l'expiration des rapports de travail ne peut constituer, à lui seul, un abus de droit manifeste, sous peine de vider de son sens l'art. 341 CO (ATF 129 III 618 consid. 5.2; arrêts précités 4A_463/2010 consid. 3.2 et 4C.64/2006 consid. 4.1.2).

L'abus peut être réalisé notamment lorsque l'intérêt protégé par des règles impératives n'existe plus, qu'il a été sauvegardé d'une autre manière ou que la partie invoquant ces règles a tellement tardé à s'en prévaloir, qu'il est devenu impossible à l'autre partie de préserver ses propres intérêts

(ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 498; arrêt précité 4A_72/2015 du 11 mai 2015 consid. 3.6.1).

3.4.2 En l'espèce, la lecture des constatations de fait souveraines (art. 105 al. 1 LTF) de l'arrêt entrepris ne révèle aucune circonstance particulière pouvant faire apparaître comme abusive la prétention de la demanderesse. En effet, même si l'employée a effectivement pris ses vacances durant ses années de service, le fait d'exiger au terme de la relation contractuelle le salaire afférent aux vacances en raison du non-respect des conditions formelles pour une indemnisation n'est pas constitutif d'abus de droit (ATF 129 III 493 consid. 5.2 p. 498 s.; arrêts précités 4A_463/2010 consid. 3.2 et 4A_72/2015 consid. 3.6.1 et 3.6.2).

3.4.3 Le défendeur se réfère à un arrêt 4A_66/2009 du 8 avril 2009, dans lequel le Tribunal fédéral a qualifié d'abusives les prétentions en paiement du salaire afférent aux vacances émises par un médecin qui était rémunéré à l'acte, mais percevait mensuellement des acomptes, sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice; le médecin avait effectivement pris en nature ses vacances pendant la durée des rapports de travail. Le Tribunal fédéral a jugé qu'au vu des circonstances, le but poursuivi par l'art. 329d CO – soit de permettre au travailleur de prendre effectivement ses vacances en disposant des ressources nécessaires à cette fin – était atteint, dès lors que le système d'acomptes permettait au médecin de partir en vacances sans subir de pénalisation salariale durant cette période, tout en disposant de ressources suffisantes vu le montant des acomptes; l'employé n'avait pas non plus à craindre de devoir rembourser une partie des acomptes en fin d'exercice.

Or, en l'espèce, la situation est différente, puisque, à l'inverse du médecin auquel le système d'acomptes (d'un montant important) permettait de partir en vacances sans subir de pénalisation salariale durant ce laps de temps, la demanderesse ne percevait aucun revenu lorsqu'elle ne travaillait pas. Le seul fait qu'elle ait eu les ressources suffisantes pour prendre effectivement des vacances pendant la durée de son contrat de travail est sans pertinence; admettre le contraire reviendrait à battre en brèche tous les principes rappelés ci-dessus, dès lors que même en l'absence de dérogation valable à l'interdiction d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total, le travailleur ne pourrait jamais réclamer le paiement du salaire pour les vacances qu'il a effectivement pu prendre. Il ne saurait donc être question, comme le proposent les auteurs cités par le défendeur (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 405 s.), d'étendre la solution retenue dans l'arrêt 4A_66/2009 à tous les cas dans lesquels le travailleur a effectivement pris ses vacances en nature, au motif que, nonobstant le système de rémunération convenu, l'intérêt protégé par l'art. 329d al. 1 CO n'aurait pas été compromis.

3.5 En définitive, l'arrêt attaqué, dont la motivation est au demeurant conforme aux exigences découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. consid. 2.6 supra), échappe à la critique en tant qu'il condamne le défendeur à payer à la demanderesse le paiement du salaire afférent aux vacances, pour une durée

de quatre semaines par an correspondant à celles usuellement prises par les employés de son cabinet, étant précisé que la quotité du montant ainsi alloué n'est pas contestée en elle-même.

Bundesgericht, Urteil vom 19. Januar 2016, Doss.-Nr. 8C_541/2015 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Juni 2015)

Rechtmässigkeit einer Entlassung eines Legal Counsel, der bei der SBB in der Arbeitnehmervertretung war. Angestellte eines dem BPG unterstellten Betriebs unterliegen der sogenannten doppelten Treuepflicht (gegenüber dem Bund und dem Arbeitgeber). Angehörige des Fachkaders trifft zudem eine erhöhte Treuepflicht. Die Vorinstanz begründete zutreffend die ordentliche Kündigung mit der wiederholten Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher und vertraglicher Pflichten, namentlich der Treuepflicht (Art. 20 Abs. 1 BPG) sowie der Pflicht zur Einhaltung der innerbetrieblichen Kommunikationsrichtlinie. Somit lag keine missbräuchliche Kündigung vor (Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR, Art. 10 Abs. 3 lit. a und b BPG) (E. 6).

Sachverhalt:

A. trat gemäss Arbeitsvertrag vom Juni 2006 per 1. Juli 2006 eine Stelle bei den SBB an und war in der Folge Arbeitnehmervertreter. Am 6. Juni 2013 sprachen die SBB eine Kündigungsandrohung aus und forderten A. zur Einhaltung seiner Pflichten auf. Wegen erneuter Verletzung der Kommunikationsregeln wurde er am 8. November 2013 unter Androhung arbeitsrechtlicher Massnahmen zur Einhaltung seiner Pflichten ermahnt. Mit Verfügung vom 10. April 2014 lösten die SBB das Arbeitsverhältnis infolge wiederholter Verhaltensmängel per 31. August 2014 auf.

Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 12. Juni 2015 ab. A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass die Kündigung missbräuchlich erfolgt sei und die Anstellung bei den SBB über den 31. August 2014 andauere; zudem seien die SBB anzuweisen, ihm die ausstehenden Löhne und Sozialleistungen auszurichten sowie ihn in der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Position weiter zu beschäftigen.

Aus den Erwägungen:

3.

Streitig ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. August 2014.

4.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses gestützt auf das Bundespersonalrecht (Art. 10 Abs. 3 BPG in der seit 1. Juli 2013 in Kraft stehenden Fassung; bis 30. Juni 2013 Art. 12 Abs. 6 BPG; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6714, wonach Art. 10 Abs. 3 BPG mit dem bisherigen Art. 12 Abs. 6 BPG identisch ist, so dass die dazu ergangene Rechtsprechung auch unter der Herrschaft von Art. 10 Abs. 3 BPG in der seit 1. Juli 2013 in Kraft stehenden Fassung Geltung hat; vgl. auch Urteil 8C_346/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4), einschliesslich des Anspruchs auf Weiterbeschäftigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG; vgl. auch Art. 336 OR; BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514; 132 III 115 E. 2 S. 116), sowie die allgemeine Treuepflicht (Art. 20 Abs. 1 BPG) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

5.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt willkürlich festgestellt, sein rechtliches Gehör verletzt und den Entscheid ungenügend begründet.

Da sich die Vorinstanz nicht zu jedem Einwand des Rechtsuchenden äussern, sondern ihren Entscheid nur soweit begründen muss, dass er in Kenntnis ihrer Beweggründe angefochten werden kann (statt vieler BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188, 229 E. 5.2 S. 236), liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs infolge ungenügender Begründung vor. So musste sich die Vorinstanz etwa nicht einlässlich mit den geltend gemachten Grundrechten auseinandersetzen, da weder der Arbeitgeber noch die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Äusserung seiner von der Arbeitgeberin abweichenden Meinung nachteilig anrechnete; massgeblich war einzig, dass er dies auf nicht akzeptable Weise und unter Missachtung der internen Kommunikationsregeln tat, was auch für einen Arbeitnehmervertreter nicht zulässig ist (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 6 zu Art. 336 OR). Zudem verkennt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz sehr wohl dargelegt hat, inwiefern ihm eine Pflichtverletzung vorgeworfen wird, nämlich durch Verletzung der Treuepflicht sowie der geltenden Kommunikationsregeln infolge unangemessener und diffamierender Äusserungen. Weiter hat die Vorinstanz in E. 3 die Standpunkte der Parteien dargelegt; aus E. 5.7 und 5.8 ergibt sich dann der Sachverhalt, welchen sie ihrem Entscheid zugrunde legte.

Nach dem Gesagten liegt weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs noch eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 97 Abs. 2 BGG vor.

6.

Materiell macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe Art. 10 Abs. 3 BPG sowie Art. 336 Abs. 2 lit. a und b OR verletzt.

Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz den Vorfall in Zusammenhang mit seinem Versuch, sich ein vertrauliches Gutachten zu beschaffen, nicht zur Begründung der Kündigung beigezogen, sondern lediglich zum Beleg, dass er vor seiner Kündigung ermahnt worden war und somit die verfahrensmässigen Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung eingehalten worden waren (vgl. zur Voraussetzung einer Mahnung etwa Urteil 8C_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 7).

Vorinstanz und SBB begründen die ordentliche Kündigung mit der wiederholten Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher und vertraglicher Pflichten, namentlich der Treuepflicht (Art. 20 Abs. 1 BPG) sowie der Pflicht zur Einhaltung der innerbetrieblichen Kommunikationsrichtlinie. Dies ist nicht zu beanstanden: So unterlag der Beschwerdeführer als Angestellter eines dem BPG unterstellten Betriebs (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d BPG) der sogenannte doppelten Treuepflicht (HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], N. 12 und N. 50 f. zu Art. 20 BPG). Als Angehöriger des Fachkaders traf ihn zudem eine erhöhte Treuepflicht (vgl. dazu auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 336 OR). Angesichts der verschiedenen E-Mails des Beschwerdeführers ist erstellt, dass seine Art der Kommunikation nicht den Regeln der betriebsinternen Richtlinie entsprach (Nichteinhaltung des Dienstweges, Tonalität der Äusserungen, etc.), welche ihm als Legal Counsel aber bekannt sein mussten. Insbesondere nach der (zweiten) Mahnung vom 8. November 2013 wegen unangemessener Äusserungen und ausgesprochener Drohungen musste ihm die Bedeutung der Einhaltung der internen Kommunikationsregeln klar sein. Weiter ist die fehlende Bereitschaft eines Legal Counsel, sich an die geltenden Reglemente zu halten, sehr wohl geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin erheblich zu erschüttern. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es würde ein nicht so strenger Massstab gelten, da vorliegend nur die betriebsinterne Kommunikation betroffen sei, ist er darauf hinzuweisen, dass er in Zusammenhang mit den Beiträgen im betriebsinternen Publikationsorgan im Falle der Nichtbefolgung seiner Wünsche drohte, er werde nach aussen an «politische Instanzen» resp. an «Volksvertreter im schweizerischen Parlament» gelangen. Schliesslich kann seinem Einwand, seine Äusserungen seien lediglich pointiert und von den Betroffenen nicht als diffamierend empfunden worden, nicht gefolgt werden. Die gegenüber der Kommunikationsabteilung verwendeten Ausdrücke («Kultur der Zensur», «Prawda», «Propaganda» usw.) sind mehr als nur pointiert, sondern als diffamierend und auch unter Berücksichtigung des Kontexts als unangemessen zu bezeichnen.

Nach dem Gesagten ist die auf Art. 10 Abs. 3 lit. a und b BPG gestützte Kündigung sachlich gerechtfertigt, unter Einhaltung der formellen Voraussetzungen (Mahnung, Gewährung des rechtlichen Gehörs) erfolgt und nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG. An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass – wie sowohl Vor-

instanz wie auch die SBB festhalten – die Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers nicht zu beanstanden waren.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 21. Januar 2016, Doss.-Nr. 4A_567/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. September 2015)

Anwendbarkeit eines nicht unterzeichneten Merkblatts «Persönlichkeitsschutz und Verfahren bei sexueller Belästigung und Mobbing am Arbeitsplatz» als allgemeine Anstellungsbedingungen und dessen Kündigungsschutzvorschriften auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, Vertragsauslegung Art. 18 OR. Ergibt eine Auslegung nach Art. 18 OR, dass die Parteien keine individuelle Abrede getroffen haben, die einem Merkblatt als allgemeine Anstellungsbedingungen vorgeht, so sind die Kündigungsschutzvorschriften des Merkblattes auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar (E. 4.2).

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 28. Juni 2010 wurde B. (Kläger, Beschwerdegegner) von der A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) als Leiter ihrer Abteilung Organisations- und Personalentwicklung angestellt. Am 30. November 2010 unterzeichneten die Parteien per 1. Januar 2011 einen ergänzenden Arbeitsvertrag, nach welchem die Kündigungsfrist im ersten Halbjahr einen Monat «und nachher» sechs Monate beträgt. Ferner wurde vereinbart, dass Änderungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform bedürfen. Ab 1. Oktober 2012 wurde der Kläger von der Beklagten anders eingesetzt. Am 19. Dezember 2012 unterzeichnete der Kläger mit dem Vermerk «erhalten» ein an ihn gerichtetes und mit «Vereinbarung» überschriebenes Schreiben der Beklagten vom 3. Dezember 2012, worin die folgenden «vereinbarten Punkte» festgehalten wurden: «Sie [= der Kläger] werden ab dem 1. Oktober 2012 bis 31. März 2013 als strategischer HR Projektleiter die Leiterin Group HR unterstützen. [...] Bis zum 31. März 2013 liegen erste Ergebnisse des neuen Group HR Geschäftsmodells vor. Sollten wir Ihnen bis zu diesem Zeitpunkt eine andere adäquate Stelle anbieten können, sind wir gerne bereit, Ihnen per 1. April 2013 ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Die Konditionen werden dann der neuen Funktion entsprechend neu ausgehandelt und mit Antritt der neuen Funktion angepasst. Sollten wir Ihnen per April 2013 keine passende Alternative innerhalb der [Gruppe der Beklagten] anbieten können, werden Sie per genanntem Datum freigestellt und das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung

einer 6-monatigen Kündigungsfrist auf den 30. September 2013 aufgelöst.» Per 1. Januar 2013 trat im Betrieb der Beklagten ein von ihr erlassenes Merkblatt betreffend «Persönlichkeitsschutz und Verfahren bei sexueller Belästigung und Mobbing am Arbeitsplatz» in Kraft. Ziff. 8 des Merkblatts regelt das interne Beschwerdeverfahren, das von den «betroffenen Personen» bei der Leiterin Group Human Resources verlangt werden kann. Gemäss dem Merkblatt obliegt die Leitung solcher internen Beschwerdeverfahren dem Kläger. Der letzte Absatz von Ziff. 8 des Merkblatts lautet wie folgt: «Während des internen Beschwerdeverfahrens und sechs Monate danach darf die beschwerdeführende Person nicht entlassen werden und auch sonst keine beruflichen Nachteile erfahren. Kündigungen aus begründetem anderem Anlass sowie wegen Missbrauchs des Beschwerderechts bleiben jedoch vorbehalten.» Am 14. März 2013 richtete der Kläger zusammen mit zwei Mitautoren einen Bericht an den CEO der Beklagten, worin sie schwere Vorwürfe an die Leiterin der Group Human Resources erhoben. Der CEO dankte dem Kläger zunächst mit E-Mail vom 18. März 2013 für den Bericht; richtete indessen wenige Stunden später eine weitere E-Mail an den Kläger, bat ihn sowie die Mitautoren nochmals zu überlegen, ob sie das Schreiben so abgeben wollen und gab ihnen eine Frist bis zum 19. März 2013, um den Bericht zurückzuziehen. Der Bericht wurde in der Folge von den drei Autoren nicht zurückgezogen. Am 3. April 2013 erhielt der Kläger zwei vom CEO unterzeichnete bzw. mitunterzeichnete Schreiben der Beklagten. Im ersten Schreiben wurde ihm unter anderem mitgeteilt, dass durch den erwähnten Bericht das interne Beschwerdeverfahren «gemäss geltendem Merkblatt «Persönlichkeitsschutz und Verfahren bei sexueller Belästigung und Mobbing am Arbeitsplatz»» «rechtsgültig eingeleitet» worden sei. Mit dem zweiten Schreiben wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger «unter Einhaltung der vereinbarten 6 monatigen Kündigungsfrist auf Ende Oktober 2013» gekündigt. Es könne dem Kläger «keine adäquate Arbeitsstelle» im Sinne der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 «innerhalb der [Beklagten] angeboten werden» und er werde daher bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt. Mit Schreiben vom 11. Juni 2013 informierte der CEO der Beklagten den Kläger wieder mit Verweis auf das genannte Merkblatt über das Ergebnis des internen Beschwerdeverfahrens. Die im Bericht gegenüber der Leiterin Group Human Resources erhobenen Mobbingvorwürfe seien nicht haltbar und das Verfahren werde damit abgeschlossen. Weitere arbeitsrechtliche Massnahmen seien unter diesen Umständen nicht angebracht. Wegen Arbeitsunfähigkeit des Klägers verlängerte sich in der Folge das Arbeitsverhältnis der Parteien bis Ende November 2013.

Am 23. Mai 2014 erhob der Kläger in einfacher Streitgenossenschaft mit der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die Beklagte auf Erstattung von Fr. 27'734.85 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2014 für den Dezemberlohn 2013, bestehend aus Fr. 11'288.25 Grundlohn zuzüglich Autokosten von Fr. 1'800.–, und

Fr. 16'124.– als Differenz zum Bonus 2013. Die Arbeitslosenkasse klagte ihrerseits auf Erstattung von Fr. 677.40. Mit Urteil vom 18. Mai 2015 wies das Arbeitsgericht die Klagen des Klägers (Dispositivziffer 1) und der Arbeitslosenkasse (Dispositivziffer 2) ab und verpflichtete den Kläger (Dispositivziffer 4) und die Arbeitslosenkasse (Dispositivziffer 5) zur Zahlung einer Parteientschädigung. Dagegen erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich, das mit Urteil vom 9. September 2015 in teilweiser Gutheissung seiner Berufung die Dispositivziffern 1 und 4 des Urteils des Arbeitsgerichts aufhob und die Beklagte verpflichtete, dem Kläger den Betrag von Fr. 27'094.85 (brutto) nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Die Beschwerdeführerin verlangt mit Beschwerde in Zivilsachen, es sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage des Beschwerdegegners vollumfänglich abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz kam zunächst zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin in der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 von ihrem Gestaltungsrecht auf Auflösung des Arbeitsvertrags noch keinen Gebrauch gemacht habe. Vielmehr habe sie dem Beschwerdegegner darin lediglich in Aussicht gestellt, dass sie bis Ende März 2013 über das weitere Vorgehen entscheiden werde.

Weiter erwog die Vorinstanz, dass das Merkblatt der Beschwerdeführerin «betreffend den Persönlichkeitsschutz und das Verfahren bei sexueller Belästigung und Mobbing am Arbeitsplatz» (nachfolgend: Merkblatt) auf den Arbeitsvertrag der Parteien anwendbar sei. Das Merkblatt sei zwar nach dem von den Parteien unterzeichneten Arbeitsvertrag durch die Beschwerdeführerin «in Kraft» gesetzt worden. Da das fragliche Merkblatt ausschliesslich den Interessen der Arbeitnehmer diene, müsse es aber im Sinne von Art. 6 OR genügen, wenn die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin zum Ausdruck bringen würde, dass sie das Merkblatt als verbindlich ansehe. Mit Schreiben vom 3. April 2013, unterzeichnet durch den CEO, habe die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner wissen lassen, dass gewisse Vorwürfe in dem von ihm mitverfassten Bericht vom 14. März 2013 als Mobbingvorwürfe im Sinne des genannten Merkblatts anzusehen seien und damit das «interne Beschwerdeverfahren» im Sinne des Merkblatts «rechtsgültig eingeleitet» sei. Sie habe in diesem Schreiben auch ausdrücklich auf Ziff. 8 des Merkblatts Bezug gekommen, die dem Arbeitnehmer für die Dauer des internen Beschwerdeverfahrens und sechs Monate danach einen Kündigungsschutz einräume. Damit habe die Beschwerdeführerin anerkannt, dass die Bestimmungen des Merkblatts auf das Vertragsverhältnis der Parteien anwendbar seien.

Sei das Merkblatt auf das Vertragsverhältnis der Parteien anwendbar, dann seien auch die Bestimmungen über den Kündigungsschutz gemäss diesem Merkblatt anwendbar. Im Zusammenhang mit den Mobbingvorwürfen des Beschwerdegegners habe die Beschwerdeführerin ein Verfahren gemäss Merkblatt eingeleitet und habe im genannten Schreiben ausdrücklich auf die Verfahrensregeln von dessen Ziff. 8 hingewiesen. Unter dem Titel des Kündigungsschutzes wolle die Beschwerdeführerin aber diese gleichen Verfahrensregeln nicht befolgen müssen, weil sie nicht Vertragsbestandteil geworden seien. Mit anderen Worten wolle sich die Beschwerdeführerin nur an diejenigen Bestimmungen des Merkblatts halten, die ihr zusagen würden. Dies sei im Sinne eines *venire contra factum proprium* als rechtsmissbräuchlich anzusehen und diese Haltung könne keinen Schutz finden. Damit stehe fest, dass sich der Beschwerdegegner grundsätzlich auf den Kündigungsschutz gemäss Merkblatt berufen könne.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdegegners sei durch die Beschwerdeführerin während der Sperrfrist gemäss Merkblatt erfolgt. Demgegenüber hätte die Kündigung frühestens mit dem am 11. Juni 2013 erfolgten Abschluss des internen Beschwerdeverfahrens erfolgen dürfen. Bei der vertraglich vereinbarten sechsmonatigen Kündigungsfrist wäre eine solche Kündigung erst per Ende Dezember 2013 wirksam geworden. Einen begründeten Anlass zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses im Sinne der Regeln des Merkblatts habe die Beschwerdeführerin bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdegegner nicht gehabt. Ebenso habe der Beschwerdegegner das interne Beschwerdeverfahren nicht durch «Missbrauch des Beschwerderechts» veranlasst, also rechtsmissbräuchlich gehandelt. Dementsprechend sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, dem Beschwerdegegner den Dezemberlohn 2013 sowie die Differenz zu seinem bereits ausbezahlten Bonus für das Jahr 2013 als Schadenersatz zu bezahlen.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin wiederholt zunächst ihre bereits vor der Vorinstanz vorgebrachte Rüge, wonach das Merkblatt nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht, nicht aber für die Kündigungsbeschränkungen zur Anwendung käme, da eine «explizite Einbindung» des Merkblatts in den Arbeitsvertrag des Beschwerdegegners notwendig gewesen wäre.

Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit diesem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, dass das fragliche Merkblatt zwischen den Parteien verbindlich und es weiter rechtsmissbräuchlich sei, wenn sich die Beschwerdeführerin nur an diejenigen Bestimmungen des Merkblatts halten möchte, die ihr zusagen würden (vgl. oben Erwägung 3). Mit diesen überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, sondern wiederholt bloss ihren bereits vor der Vorinstanz vorgebrachten Standpunkt. Darauf ist nicht einzutreten.

4.2.

4.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Beschwerdegegner habe in der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 zugestimmt, dass sie das Arbeitsverhältnis auflösen könne, sofern ihm keine adäquate Arbeitsstelle angeboten werden könne. Diese Zustimmung zur Kündigungsregelung in der Vereinbarung gehe dem Merkblatt als allgemeine Anstellungsbedingung vor, weshalb die Kündigungsbeschränkung wegen der Initiierung eines internen Mobbingbeschwerdeverfahrens nicht zur Anwendung gelange. Die Vorinstanz habe mit dem gegenteiligen Entscheid Art. 18 OR verletzt.

Somit ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien mit der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 eine individuelle Abrede treffen wollten, die dem Merkblatt als allgemeine Anstellungsbedingung vorgeht (vgl. zum Vorrang der Individualabrede BGE 135 III 225 E. 1.4; ROGER RUDOLPH, Allgemeine Anstellungsbedingungen: Ausgewählte Rechtsfragen, in: Festschrift für Jean-Fritz Stöckli, 2014, S. 550).

4.2.2 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive Auslegung hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung Vorrang (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 137 III 145 E. 3.2.1). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. BGE 135 III 410 E. 3.2 S. 412 f.; 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274). Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 137 III 145). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierete Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666 f.; 133 III 61 E. 2.2.1). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1; je mit Hinweisen).

4.2.3 Dass die Parteien im Sinne der subjektiven Vertragsauslegung übereinstimmend davon ausgegangen wären, dass mit der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 der Kündigungsschutz gemäss dem Merkblatt nicht anwendbar wäre, wird von der Beschwerdeführerin nicht behauptet.

Gestützt auf den Wortlaut der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 lässt sich sodann nicht schliessen, dass damit der Kündigungsschutz

des Merkblatts auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht anwendbar sein soll, wird doch das Merkblatt in der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 mit keinem Wort erwähnt. Ohnehin wurde das Merkblatt erst nach Abschluss der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012, nämlich per 1. Januar 2013, durch die Beschwerdeführerin «in Kraft gesetzt». Andere Umstände, wonach die Parteien mit der genannten Vereinbarung vom Kündigungsschutz abweichen wollten, werden von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt und sind im vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt auch nicht ersichtlich. Auch nach einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist nicht erkennbar, dass die Parteien mit der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 eine abweichende individuelle Abrede vom allgemeinen Kündigungsschutz bei Einleitung eines internen Beschwerdeverfahrens nach Ziff. 8 des Merkblatts treffen wollten. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihren Ausführungen keine Verletzung von Art. 18 OR aufzuzeigen.

4.3 Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Zustimmung des Beschwerdegegners in der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 definiere den «begründeten Anlass» für die Arbeitgeberkündigung im Sinne des Merkblatts. Die Vorinstanz habe dies nicht berücksichtigt und damit bei der Auslegung Art. 18 OR verletzt.

Die Vorinstanz lege zutreffend dar, dass der Kündigungsschutz nach dem Wortlaut von Ziff. 8 des Merkblatts nicht greife, wenn die Kündigung aus «begründetem anderen Anlass» erfolge. Einen solchen begründeten Anlass könnten sowohl objektive, und damit namentlich auch wirtschaftliche Gründe, als auch subjektive Gründe, d.h. das Verhalten des Arbeitnehmers, darstellen. Letzteres liege vor, wenn der Anlass zur Kündigung eine gewisse, nicht mehr als geringfügig zu bezeichnende Intensität aufweise, welche die Entlassung als gerechtfertigt erscheinen lasse. Das treffe etwa zu, wenn ein Arbeitnehmer wiederholt unentschuldig der Arbeit fernbleibe oder wiederholt bestimmte Weisungen nicht befolge.

In diese Kategorien fällt der in der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 erwähnte Kündigungsgrund (kein adäquates Stellenangebot) nicht. Die Vorinstanz hat mitnichten Art. 18 OR verletzt, wenn sie entgegen der Beschwerdeführerin nicht annahm, dort sei der «begründete andere Anlass» im Sinne des Merkblatts definiert worden. Im Übrigen bleibt unerfindlich, wie die Parteien in der rund einen Monat vor Inkrafttreten des Merkblatts abgeschlossenen Vereinbarung einen Begriff des gar noch nicht vorliegenden Merkblatts hätten definieren wollen und sollen. Die Rüge geht fehl.

4.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, Art. 10 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG) sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, da das interne Verfahren Mobbingtatbestände beinhalte und nicht sexuelle Belästigungen oder Diskriminierungen. Folglich seien alle Analo-

gien und Anlehnungen an das Gleichstellungsgesetz durch die Vorinstanz unrichtig und die «Grenzen von Art. 18 OR» überschritten.

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 10 GIG, der den Kündigungsschutz nach GIG regelt, durch die Vorinstanz nicht auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt wurde. Sie hat den Kündigungsschutz für den Beschwerdegegner vielmehr auf das genannte von der Beschwerdeführerin erlassene Merkblatt gestützt.

Sodann orientierte sich die Vorinstanz für die Auslegung des Begriffs des «begründeten anderen Anlasses» nach Ziff. 8 des Merkblatts einerseits an Art. 336 Abs. 2 lit. b OR, nach dem eine Kündigung gegenüber einem gewählten Arbeitnehmervorteiler als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR gelte, wenn der Arbeitgeber nicht beweisen könne, dass er einen «begründeten Anlass zur Kündigung» gehabt habe. Andererseits erwog die Vorinstanz, dass sich der letzte Absatz von Ziff. 8 des Merkblatts eng an das halte, was Art. 10 Abs. 1 und 2 GIG für den Kündigungsschutz für das GIG regle. Dadurch sei es naheliegend, sich für den Entscheid, ob die Beschwerdeführerin für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einen «begründeten Anlass» gehabt hätte, an den Regeln zu orientieren, die gemäss Art. 10 Abs. 1 GIG für die Frage gelte, unter welchen Umständen eine Kündigung anfechtbar sei, weil sie «ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde» erfolgt sei.

Dass sich die Vorinstanz für die Auslegung des Begriffs des «begründeten anderen Anlasses» nach Ziff. 8 des Merkblatts – neben Art. 336 Abs. 2 lit. b OR – an dem orientierte, was nach Art. 10 Abs. 1 GIG als begründeter Anlass gelte, und dies für die Auslegung der genannten Bestimmung in Ziff. 8 des Merkblatts bezog, ist nicht zu beanstanden. Inwiefern damit die «Grenzen von Art. 18 OR» überschritten wären, vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen.

4.5 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, der Beschwerdegegner habe rechtsmissbräuchlich gehandelt, da er erst kurz vor Beginn der in der Vereinbarung vom 3./19. Dezember 2012 fixierten sechsmonatigen Kündigungsfrist ein internes Beschwerdeverfahren wegen Mobbing eingeleitet habe.

Die Vorinstanz erwog zu diesem Vorbringen, dass die Beschwerdeführerin zwar ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beschwerdegegners behaupte, aber zu dieser vom Beschwerdegegner bestrittenen Behauptung vor Aktenschluss keine Beweisanträge gestellt habe. Diese Erwägungen der Vorinstanz widerlegt die Beschwerdeführerin nicht. Insbesondere legt sie nicht dar, dass sie entgegen den Ausführungen der Vorinstanz vor Aktenschluss Beweisanträge zu ihrer Behauptung genannt hätte. Auf den Rechtsmissbrauchsvorwurf ist daher nicht weiter einzugehen.

4.6 Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, die Kündigung sei gerechtfertigt gewesen, da für den Beschwerdegegner keine passende Arbeitsstelle vorhanden war.

Auf dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin ist die Vorinstanz bereits ausführlich eingegangen. Sie kam zum Schluss, dass der Beschwerdegegner während der durch die Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist im ausgesprochen grossen Betrieb der Beschwerdeführerin mit Filialen und Mitarbeitern in der ganzen Schweiz hätte weiterbeschäftigt werden können. Diesen tatsächlichen Schluss der Vorinstanz weist die Beschwerdeführerin nicht als willkürlich aus, sondern wiederholt bloss ihre bereits vor der Vorinstanz vorgebrachte Behauptung. Auch darauf ist nicht einzutreten.

4.7 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, ihr «Entlassungsbeschluss» sei fünf Monate vor der Vereinbarung im Dezember 2012 gefasst und damit vor Initiierung des Mobbingverfahrens durch den Beschwerdegegner. Daher sei die Kündigung gerechtfertigt.

Die Vorinstanz hat diesen Standpunkt der Beschwerdeführerin als haltlos verworfen. Wäre er richtig, so die Vorinstanz weiter, dann wäre die Unterzeichnung der Vereinbarung durch die Beschwerdeführerin am 3. Dezember 2015 [recte: 2012], mit der sie dem Beschwerdegegner bestätigte, dass sie im Frühjahr 2013 «gerne» dazu bereit sein werde, ihm «eine andere adäquate Stelle» anzubieten, wider Treu und Glauben erfolgt. Dieser überzeugenden Erwägung setzt die Beschwerdeführerin nichts entgegen, was eine andere Beurteilung erheischen würde. Es hat somit dabei sein Bewenden.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 janvier 2016, Doss.-No 4A_539/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement rendu le 1^{er} septembre 2015 par le Juge de la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais)

Art. 336 CO. La jurisprudence admet le principe d'un congé-modification (*Änderungskündigung*), car, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable; il peut cependant y avoir abus dans certaines circonstances. Tel est notamment le cas lorsque l'employeur propose des modifications qui doivent entrer en vigueur avant l'expiration du délai de licenciement, et qu'il congédie le salarié qui n'a pas accepté. Le licenciement est alors abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, parce qu'en refusant une modification du contrat avant l'échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et que c'est ce refus qui est à l'origine du licenciement. Un tel procédé constitue un congé abusif, car l'employeur doit fournir les mêmes prestations jusqu'à l'expiration du délai de congé (c. 3.2).

Extraits des faits:

Par contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO), B. (la travailleuse ou la salariée) a été engagée à 100% dès le 10 janvier 1994 par A. (ci-après: la Caisse) comme taxatrice dans la section «indemnités de chômage complet» (IC); ce poste était colloqué en classe 18 de l'échelle des traitements alors en vigueur dans le canton du Valais. Par décision du 1^{er} mai 1996 prise d'entente avec son employeur, la salariée a été transférée de manière définitive auprès des deux secteurs «réduction de l'horaire de travail»-«indemnité en cas d'intempérie» (RHT-INT) et «indemnité en cas d'insolvabilité» (ICI). Dès le 1^{er} octobre 1998, elle a occupé la fonction de taxatrice-autonome RHT-INT. A partir du 1^{er} août 2000, elle a également œuvré comme assistante-comptable, assumant la gestion des débiteurs de l'ensemble de la Caisse. Par courrier du 28 novembre 2000, la Caisse, dans le cadre d'une réorganisation, a confirmé à la salariée qu'elle était mutée dans le secteur IC dès le 4 décembre suivant, tout en l'invitant à rester à jour dans les domaines RHT-INT et ICI désormais confiés à D., afin de pouvoir le suppléer en cas d'absence. Entre le 11 et le 23 avril 2002, elle a ainsi été transférée temporairement auprès des secteurs RHT-INT et ICI. Le 9 octobre 2007, la salariée a signé un nouveau contrat individuel de travail avec la Caisse; selon l'art. 2, elle était engagée en qualité de collaboratrice à plein temps chargée de l'indexation des documents et de taxatrice des secteurs RHT-INT et ICI; le contrat, qui retenait que l'entrée en fonction avait eu lieu le 10 janvier 1994, stipulait que le délai de congé était de six mois dès la dixième année de travail (art. 4 et 5); le salaire mensuel brut était de 7'032 fr.55 dès le 1^{er} janvier 1997, payé treize fois l'an (art. 8).

Le 13 juin 2012, le directeur de la Caisse a informé l'ensemble des collaborateurs qu'en raison du conflit qui existait depuis des années entre la travailleuse et D., ces derniers ne travailleraient plus ensemble dans les secteurs RHT-INT et ICI, que D. reprendrait ces deux secteurs avec une nouvelle personne devant être engagée et qu'il serait proposé à la travailleuse le poste de taxatrice IC à la succursale de C., tout employé intéressé à reprendre le poste actuel de la travailleuse étant prié de s'annoncer jusqu'au 25 juin 2012. Il a été retenu que le poste de taxatrice IC figurait en classe 16 de l'échelle des salaires 2012. Le directeur de la Caisse, entendu comme témoin, a déclaré que pour pouvoir exercer à nouveau la fonction de taxatrice IC, la salariée devait «se mettre à niveau durant six mois». Par courriel du 6 juillet 2012, la travailleuse a informé le directeur de la Caisse qu'elle ne désirait aucunement ce changement de fonction, que D. et elle-même avaient soumis des propositions pour régler leurs problèmes relationnels (intervention d'un médiateur, venue d'une troisième personne dans leur bureau commun, séparation des bureaux), qui n'avaient pas été prises en compte. Le 31 juillet 2012, le directeur de la Caisse a expliqué à la travailleuse que la décision de la faire quitter les secteurs RHT-INT et ICI était «incontournable» au vu de l'atmosphère délétère y régnant

et qu'il avait pris acte du refus de la travailleuse de réintégrer le secteur IC, tout en lui demandant d'y réfléchir encore. Toujours le 31 juillet 2012, la salariée a déposé auprès de l'autorité compétente une requête de conciliation pour discrimination salariale de nature sexiste dans les rapports de travail de droit privé. En réponse à un courriel de la travailleuse du 6 août 2012, le directeur de la Caisse, par pli du 17 août 2012, a derechef pris acte qu'elle refusait le poste de taxatrice IC et lui a proposé «la perspective, d'ici à l'année prochaine, de fonctionner en qualité de collaboratrice spécialisée au sein du service des prestations», accordant à l'intéressée un nouveau délai de réflexion d'une semaine et l'avisant que si elle ne changeait pas d'avis, il se verrait contraint de résilier son contrat de travail. La travailleuse n'a pas répondu à ce courriel.

Par lettre du 24 septembre 2012, remise en mains propres, la Caisse a résilié le contrat de travail de la salariée pour le 31 mars 2013, indiquant que le congé était motivé par le refus qu'elle avait opposé à deux propositions successives de mutation à l'interne à la suite de la réorganisation indispensable des secteurs d'activité de la Caisse. Par courrier recommandé du 25 septembre 2012, la travailleuse a formé opposition au congé, faisant valoir que les motifs de congé invoqués étaient abusifs au sens de l'art. 336 CO.

B. (demanderesse) a ouvert action contre la Caisse (défenderesse) devant les autorités valaisannes. Par jugement du 5 août 2013, le Tribunal du travail a entièrement rejeté la demande. La demanderesse a appelé de ce jugement. Le Juge de la Cour civile II du Tribunal cantonal du Valais, par jugement du 1^{er} septembre 2015, a partiellement admis l'appel et, statuant à nouveau, a condamné la défenderesse à payer à la demanderesse 30'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif (correspondant à un peu plus de trois mois et demi de salaire).

La Caisse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

La recourante invoque une violation de l'art. 336 al. 1 let. d CO. Elle fait valoir que l'intimée, par son comportement envers ses collègues et ses supérieurs hiérarchiques, provoquait un climat de travail tendu, de sorte que le congé répondait à un intérêt digne de protection. Le refus persistant de la travailleuse de modifier son attitude, de se former en ICI pour assurer la suppléance de son collègue et d'accepter un autre poste à l'interne a conduit le directeur de la défenderesse à licencier la demanderesse. D'après la recourante, il n'a pas été établi que la modification contractuelle proposée devait prendre effet avant l'échéance du délai de congé, de sorte que le licenciement n'était pas abusif au sens de la norme susrappelée.

3.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.

En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 538).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste non exhaustive de cas dans lesquels la résiliation est abusive (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116). Ainsi, à teneur de l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Pour que cette disposition soit applicable, il faut que l'autre partie ait eu la volonté d'exercer un droit et qu'elle ait été de bonne foi, même si sa prétention, en réalité, n'existait pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4 p. 515).

Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (arrêt 4A_408/2010 du 7 octobre 2010 consid. 2.3). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702).

3.2 La jurisprudence admet le principe d'un congé-modification (*Änderungskündigung*), car, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable; il peut cependant y avoir abus dans certaines circonstances (cf. ATF 123 III 246 consid. 3a et b p. 249 s. et les références citées). Tel est notamment le cas lorsque l'employeur propose des modifications qui doivent entrer en vigueur avant l'expiration du délai de licenciement, et qu'il congédie le salarié qui n'a pas accepté. Le licenciement est alors abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, parce qu'en refusant une modification du contrat avant l'échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et que c'est ce refus qui est à l'origine du licenciement. Un tel procédé constitue un congé abusif, car l'employeur doit fournir les mêmes prestations jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 123 III 246 consid. 4a; arrêt 4C.317/2006 du 4 janvier 2007 consid. 3.5; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon éd., 2013, n° 49 ad art. 336 CO; GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand, Code des obligations*, vol. I, 2^e éd. 2012, n° 11 ad art. 336 CO).

3.3 Il n'est pas contesté que le congé du 24 septembre 2012 constitue un congé-modification.

Le jugement attaqué a constaté en fait que le motif réel de ce congé découlait du refus de la travailleuse d'accepter une modification à son désavantage des relations contractuelles, qui devait prendre effet avant l'échéance du délai de congé ordinaire (cf. consid. 5.2.2 dudit jugement).

Il est incontestable que la modification de poste proposée à la travailleuse lui était défavorable. Le poste de taxatrice IC à la succursale de C. se trouvait en classe 16 de l'échelle des salaires 2012, alors que le poste de responsable des secteurs RHT-INT et ICI dont elle s'occupait selon le con-

trat de travail du 9 octobre 2007 était en classe 15, étant précisé que la plus haute classe était la 1C. Quant au poste de collaboratrice spécialisée du service des prestations, il n'a toujours pas été créé par la recourante et l'on ignore tout de ses modalités, de sorte qu'il n'entre pas en ligne de compte pour une comparaison avec l'ancien poste de la salariée.

Il a été retenu, à partir du témoignage du directeur de la recourante, que le poste proposé le 13 juin 2012 à l'intimée de taxatrice IC nécessitait qu'elle «se met (te) à niveau durant six mois». En même temps, par communication de celui-ci du 13 juin 2012 à l'ensemble des collaborateurs, il a été d'ores et déjà enjoint aux personnes intéressées par le poste actuel de la salariée de s'annoncer auprès de la recourante dans un très bref délai, soit douze jours. De ces éléments, on peut en déduire, comme l'a fait le juge cantonal, que la recourante entendait déplacer l'intimée au poste de taxatrice IC avant l'échéance du délai ordinaire de congé.

En effet, le congé-modification a été donné le 24 septembre 2012 pour le 31 mars 2013, la travailleuse bénéficiant d'un délai de congé de six mois en raison de son ancienneté.

C'est donc sans violer le droit fédéral, et singulièrement l'art. 336 al. 1 let. d CO, que le juge cantonal valaisan a considéré abusif le congé-modification susmentionné.

Le moyen est infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 28. Januar 2016, Doss.-Nr. 4A_504/2015 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 21. August 2015)

Nach Art. 83 ZPO besteht vor kantonalen Gerichten die Möglichkeit, an Stelle der veräussernden Partei in den Prozess einzutreten. Die Voraussetzungen für den Parteiwechsel sind im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht anders. Denn der Parteiwechsel ist im BGG nicht geregelt, weshalb ergänzend die Vorschriften des BZP sinngemäss Anwendung finden (Art. 71 BGG). Nach Art. 17 Abs. 1 BZP ist der Wechsel der Partei nur mit Zustimmung der Gegenpartei gestattet; die Rechtsnachfolge auf Grund von Gesamtnachfolge sowie kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen gilt nach Art. 17 Abs. 3 BZP nicht als Parteiwechsel (E. 1.1.2.).

Die Beweislast für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags und dessen Inhalt trägt nach Art. 8 ZGB, wer daraus Rechte ableitet. Wer daher Lohnansprüche aus einem Arbeitsverhältnis ableitet, hat dessen Bestand zu beweisen. Die beweisbelastete Partei hat die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sie den Bestand des Arbeitsvertrags ableitet. Wird namentlich der konkludente Abschluss eines Arbeitsverhältnisses durch Entgegennahme von Arbeitsleistungen auf

Zeit behauptet, die nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, so sind die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche für den Arbeitsvertrag typisch sind, insbesondere die Arbeitsleistung, das Motiv der Entlohnung, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und eine Dauerbeziehung. Denn auch wenn diese objektiven Umstände ohne ausdrückliche Willenserklärungen der Parteien zum Abschluss eines Arbeitsvertrags führen, liegt ein Arbeitsvertrag nur vor, wenn dessen charakteristische Elemente gegeben sind (E. 2.1.2).

Sachverhalt:

D. lebte mehrere Jahre mit E. im Konkubinat, nach ihrer Behauptung vom Mai 2003 bis Oktober 2011 in Hausgemeinschaft. Die Darstellungen der ehemaligen Konkubinatspartner über den Zeitpunkt ihrer Trennung gehen auseinander; jedenfalls trennten sie sich vor Oktober 2011. E. ist Gesellschafter der Kollektivgesellschaft «C.» mit Sitz in U. (Beklagte, Beschwerdegegnerin). Sie bezweckt den Betrieb einer Autogarage bzw. Autospenglerei und Autolackiererei; Handel mit Neu- und Occasionswagen, Ausführung von Autoreparaturen. D. behauptet, sie habe vor und während der Zeit ihres Konkubinats im Betrieb dieser Kollektivgesellschaft in erheblichem Umfang Arbeiten, namentlich Büroarbeiten erledigt, ohne dass sie dafür bezahlt worden sei. Im August 2012 gelangte D. – anwaltlich vertreten – an ihren früheren Konkubinatspartner und forderte eine Entschädigung für ihre angeblichen Arbeitsleistungen. Am 4. Oktober 2012 trat D. die offenen Lohnforderungen aus dem Arbeitsverhältnis mit der C., in U., bzw. Herrn E. an B. (Klägerin, Beschwerdeführerin 2) ab. Als Gegenleistung sollte sie eine sofortige Zahlung von Fr. 20'000.– sowie 50% der netto erzielten, Fr. 20'000.– überstehenden Summe erhalten. Am 11. Februar 2013 stellte B., anwaltlich vertreten, ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung; ihr Gesuch wurde gutgeheissen und am 15. August 2013 wurden D. als Zeugin und E. als Partei befragt.

Am 2. Februar 2014 erhob die Klägerin gestützt auf eine Klagebewilligung der zuständigen Schlichtungsbehörde vom 8. Januar 2014 beim Kreisgericht St. Gallen Klage mit dem sinngemässen Begehren, die Kollektivgesellschaft C. sei zu verpflichten, ihr Fr. 94'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 11. Dezember 2012 zu bezahlen. Mit Entscheid vom 8. September 2014 wies das Kreisgericht St. Gallen die Klage ab. Mit Entscheid vom 21. August 2015 wies das Kantonsgericht St. Gallen die Berufung der Klägerin gegen den Entscheid des Kreisgerichts St. Gallen ab.

Mit Eingabe vom 22. September 2015 – unterzeichnet von B. und A. (Beschwerdeführer 1) – werden dem Bundesgericht folgende Anträge gestellt:

«() Hauptantrag: Die Sache sei gemäss Art. 327 Abs. 3 Buchstabe b ZPO neu zu entscheiden und Fr. 94'000.– zuzüglich 5% Zins seit 11. De-

zember 2012 der Kollektivgesellschaft C. (Beklagte) für den Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis 31. Oktober 2011 (47 Monate) als Teilklage seien dem Beschwerdeführer zu bezahlen. Die Prozess- und Parteikosten seien gemäss Gesetz zu verlegen unter Einbezug der Kosten des kantonalen Verfahrens. Die Beschwerdegegnerin und Beklagte im kantonalen Verfahren hat dem Beschwerdeführer damit zu bezahlen: Fr. 94'000.– zuzüglich 5% Zins seit 11. Dezemb er 2012; Fr. 900.– für das Schlichtungsverfahren; Fr. 9'000.– Entscheidungsgebühr des Verfahrens vor dem Kreisgericht; Fr. 13'334.65 für das Hauptverfahren; Fr. 5'690.– für das Verfahren betreffend vorsorglicher Beweisführung (S. 16 der Klageantwort); Fr. 10'000.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, die vom Bundesgericht festzulegende Parteient-schädigung für das Verfahren vor Bundesgericht.

() Eventualantrag: Die Sache sei im Sinne von Art. 327 Abs. 3 Buchstabe a ZPO zur Neubeurteilung ans Kantonsgericht St. Gallen zurückzuweisen. Die Prozess- und Parteikosten im Verfahren vor Bundesgericht seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.»

Der Eingabe beigelegt sind eine «Forderungsabtretung» und ein «Kaufvertrag über Forderungsabtretung», je vom 14. September 2015. «Bezugnehmend auf den Vertrag zwischen D. und B. vom 14./20.11.2012» tritt danach B. sämtliche Forderungen und Ansprüche aus diesem Vertrag, dem darauf basierenden Prozess und allfälligen weiteren damit zusammenhängenden Forderungen an A. ab und verpflichtet sich, allfällige weitere notwendige Mitwirkungshandlungen zur Geltendmachung der Ansprüche vorzunehmen. Sie verkauft ihm sämtliche Forderungen und Ansprüche aus diesem Vertrag, dem darauf basierenden Prozess und allfälligen weiteren damit zusammenhängenden Forderungen. Er übernimmt hierfür sämtliche Kosten und erklärt, ihr gegenüber keine Forderungen zu haben bzw. geltend zu machen und er verpflichtet sich, ihr sämtliche allfälligen Kosten zu entschädigen. Einzig für den Fall, dass die Beschwerde ans Bundesgericht abgewiesen würde, verpflichtete sich B., A. noch mit Fr. 1'000.– zu entschädigen. In der Eingabe wird zur Begründung des Hauptantrags im Wesentlichen vorgebracht, die Vorinstanz habe die Behauptungen der Klägerin zu Unrecht als nicht hinreichend substantiiert qualifiziert; zur Begründung des Eventualantrags wird gertügt, der Klagewechsel zur unbezifferten Forderungsklage im kantonalen Verfahren sei zu Unrecht nicht zugelassen worden, der geforderte Detaillierungsgrad zur Substanziierung der klägerischen Behauptungen sei willkürlich, die Abnahme weiterer Beweismittel sei rechtswidrig verweigert worden und die Bestreitung der Beklagten sei zu Unrecht als hinreichend erachtet worden; schliesslich sei die fehlende Nähe der Klägerin zum Sachverhalt zu Unrecht nicht beachtet und das Verhalten der Parteien nicht zutreffend gewürdigt worden. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Antwort, die Beschwerden seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Sie erklärt ausdrücklich, dass sie dem Parteiwechsel nicht zustimme und weist darauf hin, dass damit eine Umgehung von Art. 40 BGG beabsichtigt sein könnte. Sie weist

darauf hin, dass in der Beschwerde objektiv unmögliche Anträge gestellt werden, soweit ein Entscheid «gemäss ZPO» beantragt wird. Materiell bekräftigt sie, dass beide Vorinstanzen die Forderung zutreffend deshalb abgewiesen hätten, weil es der Beschwerdeführerin 2 in keinem Verfahrensstadium gelungen sei, rechtsgenügend anzugeben und mit geeigneten Beweisanträgen zu belegen, dass und wie viel D. angeblich im Betrieb der Beschwerdegegnerin gearbeitet haben sollte. In den Bemerkungen zur Beschwerdeantwort wird der sinngemäss gestellte Antrag auf aufschiebende Wirkung zurückgezogen und zugestanden, dass der Verweis auf die ZPO in den Anträgen fehlerhaft ist.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Beschwerde hat einen Streit um zivilrechtliche Ansprüche zum Gegenstand (Art. 72 BGG), sie richtet sich gegen den Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz (Art. 75 BGG) die Forderung der Beschwerdeführerin 2 endgültig abgewiesen hat (Art. 90 BGG). Der Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG).

1.1 Zur Beschwerde in Zivilsachen ist gemäss Art. 76 BGG legitimiert, wer (a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; und (b) durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat.

1.1.1 Die Beschwerdeführerin 2 hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sie ist mit ihren vor Vorinstanz gestellten Anträgen unterlegen. Damit ist sie nach allgemeinen Grundsätzen zur Beschwerde legitimiert. Ob sie allerdings aufgrund der Bedingungen des «Kaufvertrages über Forderungsabtretung» noch ein Interesse an der materiellen Beurteilung der Beschwerde hat, erscheint fraglich. Denn nur («einzig») für den Fall der Abweisung der Beschwerde hat sie nach diesem Vertrag dem Beschwerdeführer 1 noch Fr. 1'000.– zu bezahlen, während der Fall des Nichteintretens nicht geregelt ist. Sie hat allerdings mit ihrer Unterschrift unter die Beschwerde ausdrücklich erklärt, sie willige ein, die Beschwerde auch in ihrem Namen einzubringen und die Beschwerde sei in ihrem Namen zu behandeln, wenn die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1 nicht gegeben sein sollte. Darauf ist sie zu behaften.

1.1.2 Der Beschwerdeführer 1 hat am Verfahren vor Vorinstanz nicht teilgenommen und die Teilnahme wurde ihm auch nicht zu Unrecht verweigert (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG). Er legt dar, dass er wegen angeblicher Unfähigkeit der Anwältin der Beschwerdeführerin 2 deren Rechtsschriften im kantonalen Verfahren verfasste. Als Partei war der Beschwerdeführer 1 am kantonalen Verfahren nicht beteiligt. Denn allfällige Rechte am Streitgegenstand erwarb er erst durch die Abtretung der eingeklagten Forderung

am 14. September 2015 und damit nach Erlass des angefochtenen Entscheides. Er leitet aus der Veräusserung des Streitgegenstandes während der Beschwerdefrist an das Bundesgericht das Recht ab, an Stelle der veräussernden Partei in den Prozess einzutreten. Diese Möglichkeit besteht zwar nach Art. 83 ZPO, jedoch nicht im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht. Denn der Parteiwechsel ist im BGG nicht geregelt, weshalb ergänzend die Vorschriften des BZP sinngemäss Anwendung finden (Art. 71 BGG). Nach Art. 17 Abs. 1 BZP ist der Wechsel der Partei nur mit Zustimmung der Gegenpartei gestattet; die Rechtsnachfolge auf Grund von Gesamtnachfolge sowie kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen gilt nicht als Parteiwechsel (Art. 17 Abs. 3 BZP).

Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer weder Gesamtrechtsnachfolger noch kann er sich auf eine gesetzliche Bestimmung berufen (vgl. etwa Urteil 4C.291/2006 vom 28. November 2006 E. 1.3 betr. Art. 261 Abs. 1 OR). Er beruft sich vielmehr auf die gewillkürte Abtretung des Streitgegenstandes. Er kann daher ohne Einverständnis der Beschwerdegegnerin nicht in den Prozess eintreten (Urteil 1C_32/2007 vom 18. Oktober 2007 E. 1.1, vgl. für die entsprechende Regelung nach OG: BGE 116 Ia 221 E. 1b S. 223). Die Beschwerdegegnerin hat ihr Einverständnis ausdrücklich verweigert.

1.1.3 Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist nicht einzutreten, ohne dass geprüft werden müsste, ob die Abtretung zur Umgehung des Anwaltsmonopols (Art. 40 BGG) erfolgt ist. Da die Beschwerdeführerin 2 die Eingabe eigenhändig unterzeichnet hat, ist auf ihre Beschwerde einzutreten.

1.2 Nach Art. 99 Abs. 2 BGG sind neue Begehren unzulässig.

Die Vorinstanz hat die Anträge der Beschwerdeführerin 2 im Lichte der Begründung ausgelegt. Danach hat die Beschwerdeführerin 2 namentlich die Zusprechung eines Betrages von Fr. 94'000.– gefordert. Insoweit geht der Hauptantrag in der Eingabe an das Bundesgericht nicht darüber hinaus, betreffen doch die weiteren Positionen Verfahrens- und Nebenkosten, welche die Beschwerdeführerin 2 vor Vorinstanz eingeklagt hatte. Der eventuelle Antrag auf Rückweisung der Sache ist unter diesen Umständen als weniger weitgehender Antrag ebenfalls zulässig (Art. 107 Abs. 2 BGG). In der Beschwerde wird zwar die Bezahlung des eingeklagten Betrages an den Beschwerdeführer 1 beantragt, was an sich eine unzulässige Änderung des Begehrens bedeuten würde. Da die Änderung jedoch offensichtlich im Zusammenhang steht mit dem – unzulässigen – Parteiwechsel, ist das Begehren nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass die Beschwerdeführerin 2 Bezahlung des umstrittenen Betrages an sich fordert. Im Übrigen ist das Begehren tatsächlich unmöglich, soweit es sich ausdrücklich auf Art. 327 ZPO stützt. Das Begehren ist so auszulegen, dass die angeführten Gesetznormen unbeachtet bleiben.

(...)

2.

Die Beschwerdeführerin 2 leitet ihre Forderung gegen die Beschwerdegegnerin aus einem angeblichen Arbeitsvertrag ab, welche ihre Rechtsvorgängerin D. während deren Konkubinats mit einem der Gesellschafter der Beschwerdegegnerin eingegangen sei. Sie fordert für Arbeitsleistungen während 47 Monaten (vom 1. Dezember 2007 bis 31. Oktober 2011) einen Lohn von Fr. 2'000.– monatlich.

2.1 Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR). Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet (Art. 319 Abs. 2 OR). Der Einzelarbeitsvertrag bedarf mangels anderer Gesetzesnorm keiner besonderen Form (Art. 320 Abs. 1 OR). Er 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).

2.1.1 Der Arbeitsvertrag weist nach der gesetzlichen Definition im Wesentlichen vier Merkmale auf: Es ist Arbeit gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis geschuldet, die in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in einem Unterordnungsverhältnis geleistet wird (vgl. nur Urteile 4A_344/2015 vom 10. Dezember 2015 E. 3.4; 4A_200/2015 vom 3. September 2015 E. 4.2.1). Notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die Subordination des Arbeitnehmers. Darunter wird die rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht verstanden. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und damit von bestimmten Vorgesetzten Weisungen erhält. Er wird in eine hierarchische Struktur eingebettet. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung, zum Beispiel beim Auftrag, ein Weisungsrecht besteht. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsgewandtheit an (vgl. BGE 125 III 78 E. 4 S. 81; Urteil 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.1; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 319 OR; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3. Aufl. 2014, S. 36).

2.1.2 Die Beweislast für das Zustandekommen des Arbeitsvertrages und dessen Inhalt trägt nach Art. 8 ZGB, wer daraus Rechte ableitet. Wer daher Lohnansprüche aus einem Arbeitsverhältnis ableitet, hat dessen Bestand zu beweisen (BGE 125 III 78 E. 3b S. 80). Die beweisbelastete Partei hat die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sie den Bestand des Arbeitsvertrages ableitet. Wird namentlich der konkludente Abschluss eines Arbeitsverhältnisses durch Entgegennahme von Arbeitsleistungen auf Zeit behauptet, die nach den Umständen nur gegen Lohn zu er-

warten ist, so sind die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche für den Arbeitsvertrag typisch sind, insbesondere die Arbeitsleistung, das Motiv der Entlohnung, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und eine Dauerbeziehung (WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 36). Denn auch wenn diese objektiven Umstände ohne ausdrückliche Willenserklärungen der Parteien zum Abschluss eines Arbeitsvertrags führen, liegt ein Arbeitsvertrag nur vor, wenn dessen charakteristische Elemente gegeben sind. Dies gilt insbesondere auch für die Entgeltlichkeit, die mangels ausdrücklicher Vereinbarung danach zu beurteilen ist, ob die Arbeit nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, a.a.O., N. 6 zu Art. 320 OR).

2.1.3 Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angekehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner allerdings den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368, Urteil 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.4 mit Hinweisen).

2.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt hat die Beschwerdeführerin 2 behauptet, die Beschwerdegegnerin habe von D. Arbeit entgegen genommen, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten war. Die Vorinstanz hat zutreffend geschlossen, dass die Beschwerdeführerin 2 damit zur Substanziierung ihres Anspruchs die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hatte, welche namentlich die Einordnung in die Arbeitsorganisation der Beschwerdegegnerin belegen können und welche die Annahme erlauben, die Leistung sei nur gegen Entgelt zu erwarten. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin 2 vorgehalten, dass sie bloss Tatsachen zur Höhe des Lohnes und zur Arbeitszeit vorgebracht hatte und trotz Kenntnis der Bestreitung durch die Beschwerdegegnerin ihre Vorbringen nicht in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar dargelegt hatte, dass darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden konnte.

2.3 Die Vorinstanz hat die bundesrechtlichen Anforderungen an die Behauptungslast zutreffend dargestellt und angewendet. Die Beschwerdeführerin 2 hält daran fest, dass sie ihrer Substanziierungspflicht genügt habe, indem sie in der Klageschrift unmissverständlich behauptet habe, D. habe «sowohl im gemeinsamen Haushalt rund 20–30 Stunden, als auch für die C. im Umfang von über 50 Stellenprozent gearbeitet». Sie bestätigt damit, dass sie bestimmte Tatsachen nicht behauptet hat, welche den

Schluss auf die Eingliederung von D. in den Betrieb der Beschwerdegegnerin und deren Gebundenheit an Weisungen der Beschwerdegegnerin erlauben würden. Sie beanstandet die Rechtsauffassung der Vorinstanz zu Unrecht, wenn sie sich dagegen wendet, dass sie jede einzelne Tätigkeit ihrer Rechtsvorgängerin für die Beschwerdegegnerin nach Art und Umfang hätte behaupten und die Beweise dafür anführen müssen. Sie verkennt ihre Behauptungs- und Beweislast, wenn sie darlegt, wie sich die Beschwerdegegnerin aus ihrer Sicht gegen die allgemeine Behauptung hätte verteidigen können, wonach «Arbeit im Umfang von 50 Stellenprozenten» verrichtet worden sei. Mangels gehöriger Substanziierung war eine konkrete Bestreitung nicht möglich und entsprechend ist die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 2 auch zu Recht nicht davon ausgegangen, die behauptete Arbeitsleistung von «50 Stellenprozenten» sei unbestritten geblieben. Die Vorbringen in der Beschwerde – sowohl unter der Überschrift «Begründung Hauptantrag» wie «Begründung Eventualantrag, Ausführungen zur Behauptungslast» – zeigen, dass die Feststellung der Vorinstanz zutrifft, wonach die Beschwerdeführerin 2 den Umfang ihrer Behauptungslast verkennt. Die Vorinstanz hat ihre zutreffende Ansicht im angefochtenen Urteil hinreichend begründet und für die Ausübung der richterlichen Fragepflicht besteht bei fehlenden Behauptungen keine Grundlage (Art. 56 ZPO).

2.4 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 2 besteht für eine Beweisabnahme keine Grundlage, wenn hinreichend substantiierte Behauptungen fehlen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen; vielmehr sind die rechtlich erheblichen Tatsachen so schlüssig zu behaupten, dass sie nicht nur die (rechtliche) Beurteilung ermöglichen, ob der eingeklagte Anspruch besteht, sondern dass darüber im Bestreitungsfall auch Beweis erhoben werden kann. Die Beschwerdeführerin 2 verkennt mit ihren Vorbringen in der Beschwerdeschrift, dass ihr die Beweislast und damit die Behauptungslast obliegt, während sich die Gegenpartei mit blosser Bestreitung begnügen kann und diese Bestreitung nicht begründen muss. Im Übrigen ist nicht verständlich, weshalb die Anforderungen an die Substanziierung zu mindern wären, weil sie als Zessionarin nicht in der Lage sein sollte, sich die erforderlichen Informationen zu beschaffen; im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime hat vielmehr die klagende Partei die tatsächlichen Grundlagen ihres Anspruchs zur vollen Überzeugung des Gerichts in eigener Verantwortung zu behaupten und zu beweisen. Schliesslich ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführerin 2 mit ihren Ausführungen zum Klagewechsel und zur unbezifferten Forderungsklage erreichen will, nachdem sie in ihrer Beschwerde an das Bundesgericht die Forderung beziffert. Es wäre ihr im kantonalen Verfahren oblegen, die Art und den Umfang der angeblichen Tätigkeiten von D. für die Beschwerdegegnerin während den 47 Monaten zwischen Dezember 2007 und Ende Oktober 2011 konkret zu behaupten, um ihre Forderung für Arbeit zu substantiieren, die sie angebe-

lich «im Umfang von über 50 Stellenprozenten» geleistet hatte. Die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt, wenn sie mit der ersten Instanz verneint hat, dass die Beschwerdeführerin 2 ihrer Substanziierungspflicht nachgekommen ist.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 9 février 2016, Doss.-No 8C_176/2015 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal administratif fédéral, Cour I, du 28 janvier 2015)

Droit d'être entendu. En matière de rapports de travail de droit public, l'employé doit connaître l'ensemble des faits qui lui sont reprochés et leurs conséquences probables. Il n'est par exemple pas admissible de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire. Sauf cas d'urgence, le collaborateur doit pouvoir disposer suffisamment de temps pour préparer ses objections. La doctrine admet qu'en l'absence de délai uniformisé, un délai de 8 à 10 jours est raisonnable (c. 2.2). En l'espèce, l'employée disposait d'un délai de 12 jours. Un tel délai n'apparaît en soi pas si court qu'il ne permettait pas à l'employée, menacée de licenciement, de présenter ses déterminations, d'autant plus que son avocat a pu prendre position par écrit sur les griefs formulés par l'employeur avant le prononcé de la décision de licenciement (c. 2.3).

Art. 10 al. 3 LPers. L'employeur peut se prévaloir d'un motif suffisant de licenciement à l'encontre d'une employée qui expose ses problèmes, réels ou non, dans un journal satirique, qui tourne ses supérieurs en dérision et suscite la polémique, sans que ses critiques ne touchent des affaires courantes du service ou ne trouvent de justification dans la lésion d'un intérêt public ou dans l'existence de graves irrégularités. L'attitude de l'employée rendait superflu un avertissement préalable (c. 3.4).

Extraits des faits:

A. a été engagée dès le 1^{er} janvier 2004 en qualité de rédactrice en ligne au sein de B. Elle était affectée au service C. Son taux d'activité, à l'origine de 25%, a été augmenté à 50% depuis le 1^{er} janvier 2005, puis ré-

tabli à 25% à partir du 1^{er} janvier 2006. Le 27 avril 2012, le journal hebdomadaire satirique D. a publié sous le titre «xxx» un article signé E. Il apparaissait clairement que l'article se faisait l'écho de difficultés que A. affirmait rencontrer dans son travail. Les conditions de travail, notamment pour les rédacteurs francophones, étaient décrites comme étant «une vraie galère». Ils n'avaient plus droit à la remise par l'employeur d'un ordinateur portable. L'internet n'était plus fourni à domicile.

L'employée a été convoquée à un entretien de service qui s'est déroulé le 18 juin 2012 en présence de F., chef de service, et de G., cheffe du service du personnel. Par lettre du 28 septembre 2012, A. a fait l'objet d'un avertissement de la part de ses supérieurs au motif qu'elle n'avait pas respecté les buts convenus lors de l'entretien du 18 juin 2012. Cette lettre faisait état de retards dans le travail de l'intéressée, du refus de celle-ci de corriger les interventions reçues aux conditions demandées; il lui était rappelé que l'utilisation d'un ordinateur personnel portable, dont elle demandait la remise, n'était pas indispensable pour réaliser les travaux qui lui étaient confiés. L'employée s'est expliquée dans une lettre du 4 octobre 2012, se déclarant étonnée de l'avertissement reçu. Le 26 avril 2013, l'hebdomadaire D. a publié sous la plume de H. un article intitulé «yyy» avec comme sous-titre: «zzz». Bien que le nom de A. n'y fût pas mentionné, cet article rapportait de manière reconnaissable ses plaintes liées à l'absence de moyens informatiques pour effectuer son travail (remise d'un ordinateur et accès internet). Par lettre du 22 mai 2013, les supérieurs hiérarchiques de A. ont invité celle-ci à prendre position sur l'article en question. Celle-ci s'est déterminée par écriture du 21 juin 2013. Elle a admis avoir été contactée par la rédaction de l'hebdomadaire et avoir répondu aux questions qui lui étaient posées. Elle a déclaré avoir voulu attirer l'attention sur les injustices qu'elle affirmait subir dans son travail et mettre un terme aux «discriminations répétées» dont elle se disait victime depuis plusieurs années.

Par lettre du 4 juillet 2013, signée par F. et G., l'employeur lui a notifié un avertissement, tout en lui demandant de lui faire parvenir, jusqu'au 19 juillet 2013, une déclaration par laquelle elle se distançait du contenu de l'article incriminé, en particulier des attaques qui étaient formulées contre B. et certains de ses collaborateurs. A. a répondu le 18 juillet 2013. Elle s'est déclarée d'accord avec la demande de l'employeur, pour autant que ce dernier lui indique précisément les points sur lesquels il n'était pas d'accord avec le contenu de l'article. Le 20 septembre 2013, l'employeur lui a signifié qu'il envisageait de mettre fin aux rapports de service. Il a soumis à la collaboratrice une proposition de convention pour la cessation d'un commun accord de ces derniers. Il précisait que si cette proposition était refusée, il se verrait contraint de résilier le rapport de travail. L'employée avait la possibilité de se déterminer sur cette dernière éventualité jusqu'au 7 octobre 2013. Le 2 octobre 2013, M^e P., avocat à Lausanne, a informé le Secrétaire général de B. qu'il avait été consulté par A. Il de-

mandait à bénéficier d'une prolongation du délai qui avait été imparti à sa cliente pour se déterminer. Par télécopie daté du lendemain, le Secrétaire général a refusé la prolongation demandée. Par l'intermédiaire de son avocat, A. s'est déterminée par écriture du 7 octobre 2013. Par décision du 28 octobre 2013, l'employeur a licencié A. avec effet au 28 février 2014. A. a recouru contre cette décision. Statuant le 28 janvier 2015, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours.

A. exerce un recours en matière de droit public.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La recourante se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue. Elle fait valoir que la lettre du 20 septembre 2013, par laquelle l'employeur lui a fait part de son intention de mettre fin aux rapports de travail et l'a invitée à se déterminer jusqu'au 7 octobre 2013, lui a été notifiée le 25 septembre 2013. Ce n'est que le 2 octobre suivant qu'elle a consulté un avocat, lequel a immédiatement requis une prolongation du délai. En refusant de la lui accorder, B. aurait violé son droit d'être entendue. Son avocat n'avait pas eu la possibilité de se déterminer dans un délai aussi court.

2.2 Le droit d'être entendu sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue un droit indissociable de la personnalité garantissant à un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa situation juridique. Il comprend, en particulier, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. Il s'agit de permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; 132 V 368 consid. 3.1 p. 370). En matière de rapports de travail de droit public, l'employé doit connaître l'ensemble des faits qui lui sont reprochés et leurs conséquences probables (arrêts 8C_866/2010 du 12 mars 2012 consid. 4.1.2; 8C_158/2009 du 2 septembre 2009 consid. 5.2 non publié aux ATF 136 I 39). Il n'est par exemple pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire. Sauf cas d'urgence, le collaborateur doit pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer ses objections. La doctrine admet qu'en l'absence de délai uniformisé, un délai de 8 à 10 jours est raisonnable (GABRIELLE STEFFEN, *Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique: juste une question de procédure?*, in RJN 2005, p. 51 ss, plus spécialement p. 64).

2.3 A réception de la lettre du 20 septembre 2013, la recourante disposait d'un délai de 12 jours. Un tel délai n'apparaît en soi pas si court qu'il ne permettait pas à un employé menacé de licenciement de présenter ses déterminations. Il est vrai cependant que, dans le cas particulier, la décision de résiliation énumère en détail divers incidents qui ont émaillé les rapports de service (problèmes liés à l'informatique, non-respect de consignes relatives au temps de travail, initiatives inappropriées de la collaboratrice, publication des articles dans l'hebdomadaire D., refus de travailler) qui méritaient une prise de position détaillée point par point. En outre, au moment de la réception de la lettre en question, l'intéressée n'était pas encore représentée par un avocat, lequel devait donc prendre connaissance de l'ensemble du dossier avant de rédiger ses déterminations. Dans de telles conditions, on peine à comprendre le refus de l'employeur – qui n'a invoqué aucune urgence – d'accorder à l'avocat un délai supplémentaire pour présenter ses observations. La question de savoir si un délai de 12 jours était suffisant au regard des circonstances peut toutefois demeurer indécise du moment que l'avocat a pu prendre position dans son écriture du 7 octobre 2013 – soit avant le prononcé de la décision de licenciement – sur les griefs formulés par l'employeur. On peut en outre admettre que cette écriture n'a pas été écartée d'entrée de cause par l'employeur, mais qu'il en a au contraire tenu compte dans son appréciation. Dans de telles circonstances, on peut considérer, avec les premiers juges, que le droit d'être entendue de la recourante a été garanti d'une manière suffisante.

3.

3.1 Selon l'art. 10 al. 3 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1), l'employeur peut résilier un contrat de durée indéterminée en cas de motifs objectivement suffisants, notamment dans les cas suivants:

- a. violation d'obligations légales ou contractuelles importantes;
 - b. manquements dans les prestations ou dans le comportement;
- (...)

3.2 Les premiers juges considèrent que le comportement reproché à la recourante, en relation avec la publication des articles parus dans l'hebdomadaire D. constituait un motif suffisant de licenciement au regard de ces dispositions. Se référant au Message du Conseil fédéral concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011 (FF 2011 6171), ils considèrent qu'un licenciement en vertu de la réglementation susmentionnée n'est en principe possible que si l'intéressé a fait l'objet d'un avertissement préalable lui permettant de modifier son comportement (Message, p. 6183). Aussi bien le Tribunal administratif fédéral a-t-il examiné si l'intéressée avait été valablement avertie avant son licenciement. Il relève, tout d'abord, que l'avertissement du 28 septembre 2012 ne fait pas mention de la publication du 27 avril 2012. Le contenu de celle-ci a certes été abordé lors de l'entretien du 18 juin 2012. Il n'y a toutefois pas eu d'avertissement écrit à la suite de cet entretien. A l'occasion

de l'évaluation du 29 octobre 2012, des reproches ont été formulés par l'employeur en relation avec cette même publication. Ces reproches n'avaient cependant pas la valeur d'un avertissement formel. Il en allait de même de la lettre de l'employeur du 4 juillet 2013, consécutive à la deuxième publication: les auteurs de cette lettre n'offraient pas à l'intéressée la possibilité de modifier sa conduite et donc d'atteindre le but recherché par l'avertissement requis.

Finalement, le Tribunal administratif fédéral a fait application, par analogie, de la jurisprudence relative à l'art. 337 CO, qui impose un avertissement préalable de l'employeur, lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier un licenciement immédiat sans avertissement. L'avertissement n'est cependant pas nécessaire lorsqu'il résulte de l'attitude de l'autre partie qu'une telle démarche serait inutile (cf. p. ex. arrêt 4A_167/2009 du 10 juin 2009 consid.3 in fine). L'autorité précédente retient que cette dernière éventualité est réalisée, du moment que l'intéressée a persisté dans son attitude en particulier en refusant de prendre ses distances par rapport au contenu des publications en cause, alors que l'employeur était prêt à lui accorder une nouvelle chance.

3.3 La recourante invoque une mauvaise appréciation des faits par l'autorité précédente. Elle soutient que celle-ci, en confirmant son licenciement, a tiré une conclusion «complètement incohérente tant par rapport aux faits relatés qu'au raisonnement juridique construit (...) dans l'arrêt contesté». Elle lui reproche des contradictions dans son raisonnement.

3.4 Ce faisant, la recourante se contente de discuter la motivation du Tribunal administratif fédéral et d'y opposer sa propre opinion. Elle n'allègue ni ne démontre que l'arrêt attaqué serait contraire au droit s'agissant de la reconnaissance d'un motif justifié de licenciement. Quoi qu'il en soit, le raisonnement des premiers juges n'apparaît pas contestable. Comme ils le retiennent, les deux articles de presse litigieux se fondent – cela est incontesté – sur des informations détaillées fournies par la recourante. Ces informations mettent en cause des personnes facilement identifiables et contiennent des critiques plus générales sur la marche de B. En choisissant – à deux reprises – d'exposer ses problèmes, réels ou non, dans un journal satirique, la recourante entendait à l'évidence tourner ses supérieurs en dérision et susciter la polémique au sein de son service. Ces critiques, qui touchaient des affaires courantes du service et qui ne trouvaient aucune justification dans la lésion d'un intérêt public ou dans l'existence de graves irrégularités, constituaient sans conteste un motif suffisant de licenciement (voir PASCAL MAHON/FANNY MATTHEY, La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique, in: Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, annuaire 2008, p. 205 ss, plus spécialement p. 223 sv.; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 233 sv.; voir également, à propos de la liberté d'expression d'employés publics, ATF 136 I 332 consid. 3.1 p. 334 ss).

La recourante, par ailleurs, ne remet pas en cause l'application par analogie faite par les premiers juges de la jurisprudence relative à l'art. 337 CO. Ceux-ci étaient d'ailleurs fondés à considérer que l'attitude de la recourante rendait superflu un avertissement préalable. En faisant état une deuxième fois par voie de presse de ses dissensions avec son employeur, elle a clairement manifesté qu'elle voulait de toute façon aller jusqu'au bout dans sa volonté de les porter sur la place publique sous une forme qui ne pouvait que ruiner définitivement le lien de confiance avec l'employeur. De ce point de vue également, un avertissement formel était inutile après la deuxième publication.

Tribunal fédéral, Arrêt du 11 février 2016, Doss.-No 4A_509/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 5 août 2015 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Compétence *ratione materiae*. La compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux est en principe déterminée par le droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC). En droit vaudois, les contestations de droit civil relatives au contrat de travail relèvent de trois tribunaux différents (tribunal des prud'hommes, tribunal d'arrondissement ou Chambre patrimoniale cantonale), en fonction de la valeur litigieuse. Le juge de la tentative de conciliation est le juge matériellement compétent pour l'instance au fond. Lorsque le juge compétent au fond est un tribunal, la conciliation appartient au juge délégué par ce tribunal (c. 3.1).

Quand bien même un tribunal aurait été incompétent pour statuer sur la demande initiale, l'art. 227 al. 3 CPC ne saurait imposer le transfert du procès devant le tribunal qui aurait été initialement compétent. Cette disposition adopte manifestement la prémisse que le tribunal saisi de la demande initiale est compétent; elle admet, pour des raisons d'économie de procédure, que ce tribunal reste compétent pour statuer sur les conclusions réduites. Dans le cas d'espèce, le tribunal d'arrondissement étant compétent pour statuer sur la demande modifiée tendant au paiement de 90'530 fr. 50, il l'était aussi pour mener la procédure de conciliation préalable. L'autorisation de procéder a en l'occurrence été délivrée par ledit tribunal. Dans ces circonstances, il ne saurait être question d'incompétence propre à entacher la validité de l'autorisation de procéder (c. 4).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 3 mars 2008, la société X. Sàrl, désormais en liquidation, a engagé A. comme directeur financier. Celui-ci devait toucher un salaire annuel brut de 250'000 francs. Selon les objectifs atteints, il pouvait en outre obtenir une gratification correspondant à un pourcentage

de son salaire annuel. Le 11 janvier 2013, la société a licencié le travailleur pour le 31 juillet 2013 du fait qu'elle cessait ses activités en Suisse. Le médecin de l'employé a attesté de son incapacité de travail à compter du 1^{er} juillet 2013. L'employeuse a contesté le certificat médical et suspendu le paiement du salaire dès le 15 juillet. L'employé a sollicité l'assurance-chômage.

Le 6 novembre 2013, le travailleur a déposé une requête de conciliation devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne. La caisse de chômage a formé une requête d'intervention le 12 novembre. L'audience de conciliation s'est tenue le 15 janvier 2014 en l'absence de l'employeuse. Le même jour, le Président du Tribunal d'arrondissement a délivré une autorisation de procéder énonçant les conclusions du demandeur et de l'intervenante. En substance, il était indiqué que le travailleur concluait au paiement de 90'530 fr. 50 et à la délivrance d'un certificat de travail; quant à la caisse de chômage, elle faisait valoir une prétention de 6'658 fr. 75. Le 25 février 2014, l'employé a porté l'action devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne, concluant au paiement de la même somme d'argent (90'530 fr. 50) et à la délivrance d'un certificat de travail sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP. Le 11 mars 2014, la Présidente du Tribunal d'arrondissement s'est adressée en ces termes au conseil du demandeur: » (...) j'attire votre attention sur le fait que, selon la jurisprudence fédérale, la conclusion tendant à la délivrance d'un certificat de travail est de nature patrimoniale (...). La pratique du tribunal de céans suit l'avis de Patricia Dietschy selon lequel la valeur d'un certificat de travail correspond à un mois de salaire, soit en l'espèce quelque Fr. 22'000.-.

Dans la mesure où les conclusions de votre mandant sont proches de la limite de la compétence du tribunal d'arrondissement (96b LOJV), si la valeur attribuée au certificat de travail correspondait au montant susmentionné, votre acte ne relèverait plus du tribunal de céans mais de la Chambre patrimoniale cantonale. En application de l'article 56 CPC, je vous invite à vous déterminer sur ce qui précède et chiffrer la valeur litigieuse (...). A défaut, celle-ci sera arrêtée d'office.» Le 14 mars 2014, la caisse de chômage a déposé une demande. Par courrier du 24 mars 2014, l'employé a déclaré retirer sa conclusion en remise d'un certificat de travail.

Par jugement du 18 novembre 2014, le Tribunal d'arrondissement a déclaré les deux demandes recevables. Après avoir relevé l'absence de méthode précise pour fixer la valeur litigieuse d'une conclusion en délivrance d'un certificat de travail ainsi que la diversité des pratiques cantonales et avis doctrinaux, le tribunal a conclu que l'autorité de conciliation saisie n'était pas manifestement incompétente pour délivrer une autorisation de procéder, qui était dès lors valable.

Statuant le 5 août 2015 sur appel de l'employeuse, le Tribunal cantonal vaudois a confirmé ce jugement par substitution de motifs. En substance, cette autorité a jugé que la valeur litigieuse du certificat de travail

équivalait en tout cas à un mois de salaire. En retirant sa conclusion en remise d'un certificat de travail, le travailleur avait réparé le vice relatif à la compétence ratione valoris du Tribunal d'arrondissement, les prétentions étant désormais inférieures à 100'000 francs. L'employeuse n'avait plus d'intérêt à faire constater l'incompétence du tribunal, respectivement commettait un abus de droit en s'en prévalant. La question de savoir si l'autorisation de procéder avait été délivrée par l'autorité compétente ne se posait pas, puisque le Tribunal d'arrondissement était précisément compétent pour les conclusions encore en cause (90'530 fr. 50).

L'employeuse saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile assorti d'une requête d'effet suspensif. Elle conclut à l'irrecevabilité des demandes déposées par l'employé et par la caisse de chômage.

Extraits des considérants:

1.

L'arrêt attaqué est une décision incidente qui reconnaît la validité de la procédure de conciliation et la compétence du tribunal saisi pour statuer sur les demandes. En vertu de l'art. 92 LTF, une telle décision est susceptible d'un recours immédiat au Tribunal fédéral (arrêt 4A_28/2013 du 3 juin 2013 consid. 1.1 [non publié à l'ATF 139 III 273]; ATF 138 III 558 consid. 1.3). Sur le fond, les parties sont divisées par un litige de droit du travail ressortissant à la matière civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF; la valeur litigieuse minimale de 15'000 fr. requise pour ce type de cause est atteinte (art. 51 al. 1 let. c et art. 74 al. 1 let. a LTF). La voie du recours en matière civile est dès lors ouverte.

2.

La recourante plaide que l'autorisation de procéder a été délivrée par une autorité de conciliation manifestement incompétente, puisque la valeur litigieuse des conclusions prises devant elle, incluant la remise d'un certificat de travail estimé à 22'000 fr., excédait 100'000 francs. L'incompétence était manifeste pour l'autorité saisie dès lors qu'elle avait pour pratique d'estimer la valeur d'un certificat de travail à un mois de salaire. Au demeurant, il serait choquant que l'incompétence non manifeste n'ait aucune incidence sur la validité de l'autorisation de procéder. Le vice affectant celle-ci ne saurait être réparé par une réduction de conclusions postérieure au dépôt de la demande. Enfin, il n'y aurait aucun abus de droit ni formalisme excessif à se prévaloir de l'invalidité de l'autorisation de procéder.

3.

3.1 La compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux est en principe déterminée par le droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC).

En droit vaudois, les contestations de droit civil relatives au contrat de travail relèvent des tribunaux suivants (art. 1 let. a et art. 2 al. 1 de la loi sur la juridiction du travail [LJT; RSV 173.61]) :

du tribunal des prud'hommes,
lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 fr.;

du tribunal d'arrondissement,
lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. et n'excède pas 100'000 fr.;

de la Chambre patrimoniale cantonale,
lorsque la valeur litigieuse est supérieure à ce montant.

Le juge de la tentative de conciliation est le juge matériellement compétent pour l'instance au fond. Lorsque le juge compétent au fond est un tribunal, la conciliation appartient au juge délégué par ce tribunal (art. 41 al. 1 et 2 du Code de droit privé judiciaire vaudois [CDPJ; RSV 211.02]).

La compétence *ratione valoris* du tribunal d'arrondissement est de nature dispositive – au contraire de la compétence *ratione valoris* du juge de paix (art. 113 al. 1^{bis} LOJV [RSV 173.01]; Tribunal cantonal, Cour d'appel civile, arrêt n° 267 du 23 mai 2013 consid. 3b, accessible sur le site Internet www.vd.ch/justice).

3.2 Il n'est pas contesté que la procédure au fond devait être précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité de conciliation (cf. art. 197 CPC). Lorsque la tentative de conciliation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation délivre une autorisation de procéder qui permet au demandeur de porter l'action devant le tribunal dans le délai général de trois mois (art. 209 al. 1 et 3 CPC).

Selon l'art. 59 CPC, le tribunal n'entre en matière que si la demande satisfait aux conditions de recevabilité de l'action (al. 1); le tribunal saisi doit notamment être compétent à raison de la matière et du lieu (al. 2 let. b). Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC).

Celles-ci doivent en principe être réalisées au moment du jugement. Des exceptions existent pour les règles de compétence (cf. par ex. LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2010, n. 5.19 ss). Ainsi, les conditions prévalant lors de la litispendance fixent définitivement la compétence *ratione loci* du tribunal (*perpetuatio fori*; art. 64 al. 1 let. b CPC). La situation est plus nuancée s'agissant de la compétence *ratione valoris*. Le tribunal saisi d'une action en paiement non chiffrée reste compétent même si le demandeur chiffre ensuite sa demande au-delà de sa compétence (art. 85 al. 2 CPC). De même, lorsque la demande initiale est ensuite restreinte, le tribunal saisi reste compétent (art. 227 al. 3 CPC). En revanche, si la demande est modifiée de façon à ce que la valeur litigieuse excède désormais la compétence matérielle du tribunal, celui-ci doit la transmettre au tribunal compétent (art. 227 al. 2 CPC). Enfin, quand la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse la compétence matérielle du tribunal, celui-ci transmet les deux demandes au juge compétent (art. 224 al. 2 CPC).

Le demandeur doit disposer d'une autorisation de procéder valable. Le Tribunal fédéral a été amené à faire cette précision dans l'affaire

vaudoise suivante: un justiciable avait saisi le Tribunal d'arrondissement d'une requête de conciliation en faisant valoir une prétention supérieure à 100'000 francs. L'autorisation de procéder délivrée par le président du tribunal saisi chiffrait à 190'141 fr. le montant des prétentions avancées par le demandeur. Celui-ci avait alors porté l'action devant la Chambre patrimoniale du canton de Vaud, en concluant au paiement de 127'652 fr. 50 et à la remise d'un certificat de travail. Dans sa réponse, la défenderesse avait contesté la validité de l'autorisation de procéder.

La cour de céans a jugé qu'elle n'avait pas à revoir l'analyse du Tribunal cantonal concluant à l'incompétence manifeste de l'autorité de conciliation; il s'agissait en effet d'une question de droit cantonal. Dès lors que l'autorisation de procéder avait été délivrée par une autorité manifestement incompétente, il manquait une condition de recevabilité à l'action intentée par le justiciable. Partant, la demande était irrecevable (ATF 139 III 273 consid. 2).

4.

En l'occurrence, le travailleur a saisi le Tribunal d'arrondissement d'une demande concluant au paiement de 90'530 fr. 50 et à la remise d'un certificat de travail (dont la valeur a été fixée à 22'000 fr.), conformément aux conclusions reproduites dans l'autorisation de procéder (sous réserve de l'adjonction relative à l'art. 292 CP). Il a ensuite limité sa demande au paiement de 90'530 fr. 50. La recourante, défenderesse au fond, a alors déposé sa réponse. Le Tribunal a statué sur sa compétence. A ce moment-là, les conclusions des parties étaient connues et sa compétence matérielle fixée, sous réserve d'une modification entraînant l'application de l'art. 227 al. 2 CPC. La recourante ne conteste pas que le Tribunal d'arrondissement est compétent *ratione valoris* pour connaître de cette demande modifiée. Quand bien même il aurait été incompétent pour statuer sur la demande initiale, l'art. 227 al. 3 CPC ne saurait imposer le transfert du procès devant le tribunal qui aurait été initialement compétent. Cette disposition adopte manifestement la prémisse que le tribunal saisi de la demande initiale est compétent; elle admet, pour des raisons d'économie de procédure, que ce tribunal reste compétent pour statuer sur les conclusions réduites (LAURENT KILLIAS, in Berner Kommentar, 2012, n° 45 ad art. 227 CPC).

En droit vaudois, l'autorité de conciliation est le juge matériellement compétent pour connaître de la demande au fond. Le tribunal d'arrondissement étant compétent pour statuer sur la demande modifiée tendant au paiement de 90'530 fr. 50, il l'était aussi pour mener la procédure de conciliation préalable. L'autorisation de procéder a en l'occurrence été délivrée par ledit tribunal. Dans ces circonstances, il ne saurait être question d'incompétence propre à entacher la validité de l'autorisation de procéder.

Le rejet du grief prive d'objet les autres questions posées par le recours.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 février 2016, Doss.-No 4A_485/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 19 mai 2015)

Art. 336 CO. Licenciement pour motif économique. En fonction des données comptables, qui démontrent que l'entreprise était redevenue bénéficiaire en 2012, il n'est pas insoutenable de déduire que la baisse d'activité invoquée par l'employeur comme motif du congé n'a pas été établie, cela d'autant qu'il a indiqué au Service de l'emploi de Lausanne, dans le cadre d'une demande RHT, prévoir une reprise d'activité au printemps 2013. C'est au demeurant sans le moindre arbitraire que la cour cantonale a pris en considération globalement les comptes du siège de Lausanne avec ceux de la succursale genevoise de la société pour arrêter le résultat net des exercices 2011 et 2012 de la société anonyme. En effet, la succursale, faute de remplir le critère de l'indépendance, n'est pas une entreprise au sens de l'ORC, bien qu'elle doive obligatoirement être inscrite au registre du commerce en application de l'art. 935 al. 1 CO (c. 2.4.2).

L'art. 336 al. 2 let. a CO instaure une protection spéciale de la liberté syndicale. La première hypothèse de cette disposition protège en particulier la liberté d'association tant positive (droit de fonder un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant) que négative (droit de ne pas adhérer à un syndicat ou d'en démissionner); pour être abusif, il faut que le congé ait été donné parce que le travailleur est syndiqué. La seconde hypothèse visée par la norme précitée est celle de l'activité syndicale. Elle n'est protégée que si elle est exercée de manière conforme au droit, c'est-à-dire si elle respecte le contrat et la loi, voire les dispositions de la convention collective de travail ou du contrat-type de travail applicables. L'activité syndicale se rapporte notamment à la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, à la nécessité de défendre, le cas échéant, les droits des travailleurs ainsi qu'au renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail. Pour que le congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre l'activité syndicale exercée conformément au droit et le licenciement (c. 3.1).

Art. 336a CO. Indemnité pour licenciement abusif. Le salaire déterminant est le salaire brut, auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme le treizième salaire. Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou la moyenne des salaires de la dernière année (c. 4.1). En l'espèce, l'employé ne peut se voir reprocher aucune faute concomitante dans l'exercice de son activité syndicale et il n'a bénéficié que d'un délai de congé de deux mois, sans un jour de plus. Par ailleurs, le congé abusif lui a causé un lourd préjudice économique, car, malgré de nombreuses recherches d'emploi, il n'a pas retrouvé de travail et se trouve au bénéfice de l'aide so-

ciale. Au vu de ce qui précède, l'indemnité accordée par les magistrats cantonaux, qui se monte à 14'664 fr., représentant un peu plus de 2,5 fois le salaire mensuel déterminant, peut être considérée comme modique (c. 4.2).

Extraits des faits:

X. SA (l'employeur ou l'entreprise), à Lausanne, a pour but social la «fabrication, vente, réparation et entretien de tout système de fermeture roulant, de stores à lamelles, moustiquaires et toiles de tentes»; l'entreprise, dont le directeur est A., dispose d'une succursale à Genève. Par contrat de travail du 1^{er} juin 2010, l'entreprise a engagé à compter du 14 juin 2010 Y. (le salarié ou le travailleur), né le 22 mai 1967, comme storiste pour son siège principal de Lausanne; le salarié devait travailler 42,5 heures par semaine pour un salaire mensuel brut de 5'300 fr., versé douze fois l'an, et bénéficiait de quatre semaines de vacances par année; selon l'art. 11 du contrat, une gratification à bien plaisir pouvait être versée en fin d'année selon les résultats de l'entreprise; l'art. 12 stipulait que le 13^e salaire n'était pas usuel dans l'entreprise; l'art. 13 précisait que pour tout ce qui n'était pas réglé par l'accord, à l'exemple du délai de congé, les règles du code des obligations étaient applicables.

Il a été retenu que le dernier salaire brut du travailleur s'élevait à 5'410 fr. par mois. Le travailleur avait adhéré au syndicat T. le 24 août 2006.

Par lettre circulaire du 27 septembre 2012, la direction de l'entreprise a informé les collaborateurs de celle-ci qu'il avait été décidé d'attendre les résultats des comptes avant de verser les gratifications, que les comptes seraient remis à une fiduciaire début 2013 et qu'une réponse serait donnée en mars ou avril 2013, tout en rappelant que la gratification était une prestation à bien plaisir et volontaire de l'employeur ne donnant naissance à aucun droit pour le travailleur, même si elle avait été accordée à plusieurs reprises. Y. a convaincu six collègues d'adhérer au syndicat T. au début octobre 2012 et d'entreprendre des démarches de protestation. Il a pris contact avec un secrétaire syndical de T., qui l'a encouragé à écrire une lettre collective et à s'adresser à C., également secrétaire syndical. Ce dernier a géré le dossier, sous la supervision du secrétaire régional B. Le 1^{er} octobre 2012, sept employés de l'entreprise, dont le salarié, ont refusé de travailler. Le même jour, par une écriture commune, ils ont requis l'employeur de leur accorder un treizième salaire, ainsi qu'une cinquième semaine de vacances dès 50 ans, à l'instar des ouvriers de la succursale de Genève, et de remettre en état les ateliers. Par lettres du 4 octobre 2012, le directeur A. a répondu aux sept employés qu'il refusait catégoriquement d'entrer en matière sur leurs revendications, que leur manière d'agir était inacceptable et qu'il les avertissait que s'ils persévéraient à enfreindre leurs obligations contractuelles, lesdits employés seraient licenciés sans délai.

Dans une lettre non signée du 5 octobre 2012, l'entreprise a notamment proposé aux employés storistes et aide-storistes le versement d'un treizième salaire pro rata temporis et l'octroi d'une cinquième semaine de vacances à partir de 50 ans.

Le 7 octobre 2012, une première réunion s'est tenue dans les bureaux du syndicat T., à laquelle ont participé six employés de l'entreprise, dont le travailleur, ainsi que les secrétaires syndicaux B. et C.

Le 9 octobre 2012, B. a envoyé un courriel au directeur A. pour l'informer qu'une assemblée du personnel de l'entreprise avait eu lieu dans les locaux du syndicat le 8 octobre 2012 et que les employés l'avaient mandaté pour trouver une solution au différend les opposant à leur employeur; B. proposait au directeur une discussion dans les plus brefs délais. Le 24 octobre 2012, B. et A. se sont rencontrés dans les locaux de l'entreprise pour parler des revendications des salariés.

Lors d'un entretien du 31 octobre 2012, l'employeur a licencié le salarié pour le 31 décembre 2012. Dans le courrier qu'il a adressé le 31 octobre 2012 au travailleur, l'employeur a expliqué que la décision de licenciement était prise «en raison d'une situation économique incertaine, notamment une diminution des chantiers malheureusement prévisible dans un métier saisonnier comme le nôtre»; l'employeur a également mentionné le refus du travailleur de signer l'avis de résiliation remis en mains propres, celui-ci ayant signalé qu'il ne voulait rien signer «sans en référé (sic) à (son) syndica (resic)». Dans une invitation à la presse datée du 7 novembre 2012, le syndicat T. a annoncé un débrayage des employés de l'entreprise pour le 8 novembre à 7 heures et dénoncé le licenciement abusif d'un de ces derniers, qualifié comme «le plus actif dans la défense de leurs droits». Les employés ont fait une nouvelle grève le 21 novembre 2012, à laquelle le travailleur a participé. Un accord est intervenu entre l'entreprise et ses employés le 23 novembre 2012, aux termes duquel singulièrement la première verserait aux seconds une gratification équivalant à un treizième salaire et retirerait les avertissements qu'elle avait notifiés aux employés. L'entreprise a déposé le 2 décembre 2012 une demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), invoquant un ralentissement des chantiers et une diminution passagère de l'intérêt pour certains produits, tels les stores. Par décision du 10 décembre 2012, le Service de l'emploi, à Lausanne, a rejeté la demande RHT, aux motifs que les baisses d'activité saisonnière ne sont pas considérées comme une perte de travail et que l'entreprise a indiqué qu'elle prévoyait une reprise d'activité au printemps. Par lettre du 21 décembre 2012, le travailleur s'est opposé à son licenciement et a demandé à l'entreprise quels en étaient les motifs réels. Le 8 janvier 2013, l'entreprise lui a répondu dans un courrier que le congé était dû à une baisse d'activité et à des perspectives défavorables en 2013 dans le milieu de la construction. Il a été retenu que le salarié n'a pas retrouvé de travail malgré de nombreuses recherches d'emploi et qu'il est actuellement au bénéfice de l'aide sociale.

La procédure de conciliation, introduite le 30 mai 2013, ayant échoué et une autorisation de procéder ayant été délivrée, Y. (demandeur) a déposé une demande devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, concluant à ce que l'entreprise défenderesse lui doive paiement de 24'139 fr.15, plus intérêts, pour licenciement abusif. Par jugement du 22 décembre 2014, le Tribunal de prud'hommes a entièrement débouté le demandeur. Saisie d'un appel du travailleur contre ce jugement, lequel reprenait ses conclusions de première instance, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 19 mai 2015, l'a partiellement admis et a réformé le jugement attaqué en ce sens que la défenderesse a été condamnée à payer au demandeur la somme nette de 14'664 fr. avec intérêts.

La défenderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.4.

2.4.1 La recourante reproche à la Cour d'appel d'avoir admis arbitrairement que le bénéfice réalisé par l'entreprise en 2012 ne permettait pas de justifier le licenciement de l'intimé pour motif économique. Elle prétend que les magistrats vaudois ne devaient considérer que les comptes de son siège lausannois, sans ceux de sa succursale de Genève.

2.4.2 Se fondant sur les comptes audités de la recourante pour les exercices 2011 et 2012 (pièces 51a et 51b du bordereau de la défenderesse), la cour cantonale a retenu que le chiffre d'affaires brut à Lausanne a continuellement baissé entre 2010 et 2012 (2'683'151 fr.86 en 2010, 2'494'876 fr.30 en 2011, 2'261'714 fr.84 en 2012); en revanche, celui de Genève a quant à lui considérablement augmenté de 2011 à 2012, passant de 1'814'224 fr.29 en 2011 à 2'263'342 fr.41 en 2012. Si la recourante a réalisé une perte nette de 111'761 fr.36 en 2011, lui laissant une réserve de 416'466 fr.33 au bilan après déduction du solde positif de 2010, elle a obtenu un bénéfice net de 92'154 fr.31 en 2012, lui laissant une réserve au bilan de 508'620 fr.64.

En fonction de ces données comptables, qui démontrent que l'entreprise était redevenue bénéficiaire en 2012, il n'est pas insoutenable de déduire que la baisse d'activité invoquée par la recourante comme motif du congé dans son pli du 8 janvier 2013 n'a pas été établie, cela d'autant qu'elle a indiqué au Service de l'emploi de Lausanne, dans le cadre d'une demande RHT, prévoir une reprise d'activité au printemps 2013.

C'est au demeurant sans le moindre arbitraire que la cour cantonale a pris en considération globalement les comptes du siège de Lausanne avec ceux de la succursale genevoise de la recourante pour arrêter le résultat net des exercices 2011 et 2012 de la société anonyme. En effet, la succursale, faute de remplir le critère de l'indépendance, n'est pas une entreprise au sens de l'ORC, bien qu'elle doive obligatoirement être inscrite au registre

du commerce en application de l'art. 935 al. 1 CO (FRANÇOIS CHAUDET ET AL., *Droit suisse des affaires*, 3^e éd. 2010, ch. 1589 p. 314).

Le dernier pan du grief est infondé.

3.

La recourante se prévaut d'une violation de l'art. 336 al. 2 let. a CO. Elle affirme que le licenciement de l'intimé repose sur un motif économique, que le congé n'a rien à voir avec l'appartenance syndicale du salarié et le rôle qu'il a tenu lors des revendications des employés de l'entreprise.

3.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.

En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 538).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste non exhaustive de cas dans lesquels la résiliation est abusive (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116). Ainsi, à teneur de l'art. 336 al. 2 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Il est ainsi instauré une protection spéciale de la liberté syndicale garantie à l'art. 28 al. 1 Cst. (ULLIN STREIFF ET AL., *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, n° 11 ad art. 336 CO, p. 1029).

La première hypothèse de cette disposition protège en particulier la liberté d'association tant positive (droit de fonder un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant) que négative (droit de ne pas adhérer à un syndicat ou d'en démissionner); pour être abusif, il faut que le congé ait été donné parce que le travailleur est syndiqué (JEAN-PHILIPPE DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon éd., 2013, n° 55 ad art. 336 CO; PORTMANN/RUDOLPH, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6^e éd. 2015, n° 16 ad art. 336 CO).

La seconde hypothèse visée par la norme précitée est celle de l'activité syndicale. Elle n'est protégée que si elle est exercée de manière conforme au droit, c'est-à-dire si elle respecte le contrat et la loi, voire les dispositions de la convention collective de travail ou du contrat-type de travail applicables (STREIFF ET AL., *op. cit.*, *ibidem*; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, ch. 1.3.7 p. 640). L'activité syndicale se rapporte notamment à la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, à la nécessité de défendre, le cas échéant, les droits des travailleurs ainsi qu'au renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail (DUNAND, *op. cit.* n° 56 ad art. 336 CO; arrêt 4C.189/1994 du 9 janvier 1995 consid. 5a/aa et les références). Pour que le

congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre l'activité syndicale exercée conformément au droit et le licenciement (DUNAND, op. cit., ibidem).

Afin de pouvoir dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (arrêt 4A_408/2010 du 7 octobre 2010 consid. 2.3). Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702).

3.2 L'autorité cantonale a admis, sur la base d'une appréciation des preuves qui a résisté au grief d'arbitraire, que le motif économique de licenciement de l'intimé avancé par la recourante n'était qu'un prétexte pour se débarrasser du demandeur, considéré comme ayant joué un rôle néfaste dans l'entreprise.

La Cour d'appel a retenu en fait, sans que l'arbitraire soit démontré, que la recourante, avant de congédier l'intimé, savait qu'il était membre d'un syndicat et qu'il avait joué le rôle de meneur dans le cadre des revendications des employés émises à l'automne 2012.

Le motif réel du congé reposait donc sur l'appartenance syndicale du demandeur et sur l'exercice par ce dernier de son activité syndicale. La recourante n'a pas soutenu devant le Tribunal fédéral que l'intimé a exercé son activité syndicale au mépris de la loi ou de son contrat de travail (cf. art. 321d CO).

Partant, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral, et singulièrement l'art. 336 al. 2 let. a CO, en inférant de ces constatations que le congé du 31 octobre 2012 était abusif au sens de cette disposition pour avoir attenté à la liberté syndicale de l'intimé.

Ce résultat dispense le Tribunal fédéral d'examiner si le congé litigieux est aussi un congé-représailles abusif, qui a été donné du fait que l'intimé a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (cf. art. 336 al. 1 let. d CO).

4.

Sans invoquer aucune disposition légale, la recourante s'en prend au montant de l'indemnité pour congé abusif qu'elle a été condamnée à payer à son adverse partie. Elle prétend qu'il faut tenir compte que l'intimé a travaillé seulement deux ans et demi à son service et qu'elle n'a pas commis de faute importante au point de justifier une indemnité de trois mois de salaire. Selon elle, une indemnité correspondant au maximum à un mois de salaire serait justifiée.

4.1 Il n'est pas contesté que l'intimé a respecté les règles de procédure de l'art. 336b al. 1 et 2 CO, à savoir qu'il a fait opposition au congé par écrit auprès de l'employeur avant la fin du délai de congé et qu'il a agi en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat de travail.

D'après l'art. 336a al. 1 CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité.

Selon l'art. 336a al. 2 in initio CO, l'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, est fixée par

le juge, compte tenu de toutes les circonstances. Au nombre de celles-ci figurent notamment la gravité de l'atteinte à la personnalité de celui qui a reçu le congé et la manière dont la résiliation des rapports contractuels a été signifiée (ATF 123 III 246 consid. 6a p. 255). Le juge doit également tenir compte des effets économiques du congé (ATF 123 III 391 consid. 3c).

Usant de son pouvoir d'appréciation, le juge la fixera en équité (art. 4 CC; ATF 123 III 391 consid. 3c p. 394). Le Tribunal fédéral n'intervient que si la décision attaquée s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, si elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, si elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionne en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 123 III 246 consid. 6a p. 255; cf. également ATF 135 III 259 consid. 2.5 p. 264 et les arrêts cités).

Le salaire déterminant est le salaire brut (et non le salaire net comme l'a admis erronément la cour cantonale au considérant 4b de l'arrêt attaqué), auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme le treizième salaire. Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou la moyenne des salaires de la dernière année (arrêts 4C_348/2010 du 8 octobre 2010 consid. 6.5, non publié in ATF 136 III 552; 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 5.1; WYLER/HEINZER, op. cit., ch. 1.5 p. 659).

4.2 Le dernier salaire mensuel brut de l'intimé s'élevait à 5'410 fr. Dès l'instant où, en vertu de l'accord passé entre l'entreprise et ses employés le 23 novembre 2012, soit avant le terme du contrat de l'intimé, la recourante a accordé un treizième salaire à ces derniers, le salaire mensuel déterminant pour l'indemnité de l'art. 336a CO est de 5'860 fr., après arrondissement au franc inférieur ($[5'410 \text{ fr.} \times 13] : 12$).

L'indemnité accordée par les magistrats vaudois, qui se monte à 14'664 fr., représente un peu plus de 2,5 fois le salaire mensuel déterminant.

Cette indemnité, modique, n'est en rien contestable. En effet, l'intimé, qui ne peut se voir reprocher aucune faute concomitante dans l'exercice de son activité syndicale, n'a bénéficié que d'un délai de congé de deux mois, sans un jour de plus. Et le congé abusif lui a causé un lourd préjudice économique, car, malgré de nombreuses recherches d'emploi, il n'a pas retrouvé de travail à l'heure actuelle et se trouve au bénéfice de l'aide sociale.

Le moyen est privé de tout fondement.

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 février 2016, Doss.-No 4A_419/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 29 juin 2015 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 337 CO. Il n'est pas exclu que le soupçon d'infraction grave ou manquement grave puisse justifier un licenciement immédiat, quand bien même l'accusation portée contre l'employé se révèle ensuite infondée ou ne peut pas être prouvée; en effet, selon les circonstances, de tels soupçons peuvent rendre impossible la continuation des rapports de travail. Toutefois, d'autres éléments excluent généralement le bien-fondé d'un congé-soupçon, soit parce que le manquement reproché, même s'il était avéré, ne serait pas suffisamment important pour justifier un congé immédiat sans avertissement, soit parce que l'employeur n'a pas fait tout ce qu'on pouvait attendre de lui pour vérifier les soupçons (c. 2.1.2).

Le licenciement immédiat d'un employé fondé sur un simple soupçon est privé de toute légitimité lorsque l'employé est licencié sans avoir été entendu et qu'il est mis ainsi devant le fait accompli (c. 2.4).

Extraits des faits:

La société A. SA, sise dans le canton de Genève, fournit des services logistiques. En des lieux différents de la commune de V., elle occupe d'une part un bâtiment, d'autre part un entrepôt situé dans une extension de l'aéroport et comprenant une zone pour le stockage de produits dangereux (zone «Z.»). Celle-ci fait l'objet de consignes de sécurité particulières; il est notamment interdit d'y prendre des photographies. A. SA (ci-après: l'employeuse ou l'entreprise) a engagé B. comme employé administratif à compter du 1^{er} octobre 2012, moyennant un salaire mensuel brut de 5'800 fr. versé treize fois l'an ainsi qu'une participation mensuelle de 50 fr. à l'assurance-maladie. Son lieu de travail se situait dans le bâtiment, par opposition à l'entrepôt. Le 15 octobre 2013, l'entreprise a licencié le travailleur avec effet immédiat. Elle lui a remis une lettre de congé dans laquelle elle expliquait avoir appris qu'il avait demandé à son collègue C. de prendre des photos de la zone Z., ce qui était formellement interdit. L'employé a refusé de signer cette missive. Il a touché son salaire jusqu'au 15 octobre 2013. Des certificats établis par son médecin attestent d'une incapacité de travail entre le 16 octobre et le 15 décembre 2013.

L'employé a déposé contre l'entreprise une requête de conciliation le 29 novembre 2013, puis une demande le 11 avril 2014 devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait au paiement de 66'224 fr. 95, en compensation des salaires et autres avantages qu'il aurait normalement touchés jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat et à titre d'indemnité due en raison du congé immédiat injustifié. Statuant le 19 décembre

2014, le Tribunal des prud'hommes a jugé que le congé immédiat était injustifié. Rien ne permettait de privilégier la version de C. au détriment de celle du demandeur. L'employeuse aurait dû pousser ses investigations plus avant et entendre les deux collaborateurs avant de licencier l'un d'eux avec effet immédiat. Il n'était pas prouvé que le demandeur ait exigé des photos, ni même qu'il ait eu connaissance de la zone sécurisée. Le congé étant injustifié, l'employé avait droit à ce qu'il aurait touché jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (art. 337c al. 1 CO), en l'occurrence repoussée au 28 février 2014 en raison de sa maladie; il pouvait en outre prétendre à une indemnité pour congé injustifié, fixée à un peu plus d'un mois de salaire (art. 337c al. 3 CO). En définitive, le tribunal a condamné l'entreprise à payer à l'employé la somme brute de 22'360 fr. 90, plus une indemnité de 6'000 fr. nets. L'employeuse a saisi la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice, qui a rejeté son appel par arrêt du 29 juin 2015. Cette instance a confirmé le caractère injustifié du congé immédiat.

L'employeuse saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile dans lequel elle conclut au rejet de l'action intentée par le travailleur.

Extraits des considérants:

2.

L'employeuse émet divers griefs destinés à faire admettre que le congé immédiat repose sur de justes motifs.

2.1

2.1.1 Selon l'art. 337 CO, l'employeur comme le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Constituent notamment de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2).

Déterminer les motifs du congé est une question de fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 i.f.). En revanche, savoir si le congé repose sur de justes motifs au sens de l'art. 337 CO relève du droit (arrêt 4P.63/2006 du 2 mai 2006 consid. 2.2.2; cf. aussi arrêt 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3, in JAR 2011 p. 377).

2.1.2 Confrontée à des divergences doctrinales, l'autorité de céans n'exclut pas que le soupçon d'infraction grave ou manquement grave puisse justifier un licenciement immédiat, quand bien même l'accusation portée contre l'employé se révèle ensuite infondée ou ne peut pas être prouvée; en effet, selon les circonstances, de tels soupçons peuvent rendre impossible la continuation des rapports de travail (arrêts 4C.103/1999 du 9 août 1999 consid. 3, in Praxis 2000 n° 11 p. 56 et JAR 2001 p. 304; 4C.317/2005 du 3 juin 2006 consid. 5.3). Toutefois, d'autres éléments excluent généralement le bien-fondé d'un congé-soupçon, soit parce que le manquement reproché, même s'il était avéré, ne serait pas suffisamment

important pour justifier un congé immédiat sans avertissement (arrêt 4C.112/2002 du 8 octobre 2002 consid. 6 et les arrêts cités; cf. aussi l'arrêt précité 4C.103/1999 consid. 3c), soit parce que l'employeur n'a pas fait tout ce qu'on pouvait attendre de lui pour vérifier les soupçons.

2.2 En l'occurrence, la Cour de justice a considéré que le congé immédiat était injustifié. Selon cette autorité, l'employeuse n'avait pas établi l'existence du juste motif de résiliation dont elle se prévalait, à savoir le fait que le travailleur aurait demandé à un autre collaborateur de la société de prendre des photographies de la zone «Z.». La force probante des déclarations du collaborateur concerné (C.), contestées par le demandeur, était affaiblie par le fait que ce témoin était employé par la défenderesse. Ces déclarations n'étaient en outre corroborées par aucun autre élément du dossier. En tout état de cause, quand bien même l'employeuse aurait démontré que le travailleur avait effectivement demandé à son collègue de prendre des photos, ce fait n'aurait pas justifié à lui seul un congé immédiat. L'employeuse devait donner l'occasion à l'employé de se prononcer sur les allégations de son collègue avant qu'elle prenne la décision de le licencier avec effet immédiat, et non pas après comme elle l'avait fait. Elle pouvait apprécier la gravité de l'éventuelle faute commise par l'employé uniquement après avoir vérifié s'il avait connaissance de l'interdiction de prendre des photos, et après s'être enquis des raisons d'une telle demande. Or, selon les déclarations faites par sa représentante devant le tribunal, la décision de licenciement avait été prise sans que la version des faits de l'employé ait été préalablement recueillie, ce dernier ayant été mis devant le fait accompli le 15 octobre 2013 (consid. 2.3 de l'arrêt attaqué).

2.3

2.3.1 L'employeuse dénonce une violation de l'art. 8 CC. Elle fait valoir que pour établir le motif de congé dont elle s'est prévaluée, elle a requis et obtenu l'audition de deux témoins, soit C. et D. [supérieur hiérarchique du demandeur, réd.]. Ce faisant, elle aurait prouvé par témoins les justes motifs du licenciement. De son côté, le demandeur se serait contenté d'alléguer sans preuve sa propre version des faits, alors qu'il aurait dû fournir une contre-preuve. La Cour de justice aurait à tort mis sur pied d'égalité les déclarations de l'employé, partie à la procédure, avec les déclarations du témoin C., qui avait été exhorté à dire la vérité; elle aurait fait fi des offres de preuve de la défenderesse.

2.3.2 L'art. 8 CC règle, pour tout le domaine du droit civil fédéral, la répartition du fardeau de la preuve et détermine quelle partie doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve. Il confère en outre le droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 24). Le juge viole l'art. 8 CC notamment lorsqu'il omet ou refuse d'administrer des preuves sur des faits pertinents et régulièrement allégués, ou lorsqu'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie nonobstant leur contestation par la partie adverse (ATF 114 II 289 consid. 2a). En revanche, l'art. 8 CC ne prescrit pas quelles mesures probatoires doivent être ordon-

nées (ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d p. 25 in fine). Si celui-ci arrive à la conclusion qu'un fait est établi à satisfaction de droit ou réfuté, le grief de violation de l'art. 8 CC devient sans objet: il est alors question d'appréciation des preuves, que le Tribunal fédéral revoit uniquement sous l'angle de l'arbitraire (ATF 130 III 591 consid. 5.4).

2.3.3 La recourante semble reprocher à la Cour de justice d'avoir traité l'interrogatoire d'une partie comme un moyen de preuve. L'argument est infondé. En effet, l'art. 168 al. 1 CPC énonce les différents moyens de preuve admissibles, parmi lesquels figurent aussi bien le témoignage (let. a) que l'interrogatoire et la déposition de partie (let. f). En réalité, l'art. 8 CC n'est pas en cause; sous couvert de cette disposition, la recourante conteste l'appréciation des preuves, faisant grief à l'autorité précédente de ne pas avoir retenu l'existence du motif de congé invoqué. Elle ne dénonce toutefois aucun arbitraire sur ce point précis et ne critique pas l'argumentation de la cour cantonale. Elle n'explique pas en quoi le témoignage de D. aurait apporté des éléments propres à modifier la décision de la Cour de justice. Cela suffit à clore toute discussion. Par surabondance, l'appréciation des preuves n'a rien d'insoutenable, étant entendu que l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable (ATF 136 III 552 consid. 4.2).

2.4 Le simple soupçon que l'employé ait demandé la prise de photographies d'une zone sensible ne saurait justifier un congé immédiat. La cour cantonale a retenu que l'employeuse n'avait pas recueilli la version des faits de l'employé et l'avait mis devant le fait accompli le 15 octobre 2013. La recourante conteste ce fait en objectant que l'employé a été convoqué ce jour-là, qu'il a refusé de s'exprimer et s'est bien gardé de réfuter les faits qui lui étaient reprochés; elle aurait alors pris la décision de le licencier. Il s'agit-là d'une critique purement appellatoire, et partant irrecevable. Alors que l'arrêt attaqué se réfère aux déclarations faites en audience par la représentante de la recourante, celle-ci ne dénonce aucun arbitraire et ne cherche pas à démontrer de façon circonstanciée en quoi la cour aurait tiré de ces déclarations des déductions insoutenables, ou aurait ignoré d'autres éléments de preuve. La cour de céans est dès lors liée par la constatation selon laquelle la recourante n'a pas entendu l'employé et l'a mis devant le fait accompli; or, ce fait suffit déjà à priver de toute légitimité un congé immédiat fondé sur un simple soupçon.

2.5 Au vu de ce qui précède, les autres griefs soulevés par la recourante sont privés d'objet.

*Bundesgericht, Urteil vom 25. Februar 2016, Doss.-Nr. 4A_558/2015
(Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom
8. September 2015)*

Taggeldversicherung. Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 433 entschieden, dass Parteigutachten keine Beweismittel im Sinn von Art. 168 Abs. 1 ZPO sind. Seither gilt, dass im Anwendungsbereich der ZPO die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nicht übernommen werden kann. Ein Parteigutachten ist kein zivilprozessuales Beweismittel, sondern eine (substanzierte) Parteibehauptung. Als Parteibehauptung mag ein Parteigutachten allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis erbringen. Es genügt aber nicht, dass einzig gestützt auf ein Parteigutachten als bewiesen erachtet wird, dass ein Versicherter arbeitsfähig gewesen sei. Vorliegend wurde dieser Grundsatz verletzt, indem die Vorinstanz zur Eruiierung der Arbeitsfähigkeit allein auf ein für die Arbeitnehmerin belastendes Gutachten der Gegenpartei abgestellt hat (E. 4).

Sachverhalt:

Die am 5. Mai 1969 geborene A. (Versicherte, Klägerin, Beschwerdeführerin) war seit dem 5. Mai 2008 als Betriebsmitarbeiterin in der Abteilung Verpackung bei der C. AG (Arbeitgeberin) in U. angestellt. Im Rahmen eines Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrages war die Versicherte über die Arbeitgeberin bei der B. AG (Versicherung, Beklagte, Beschwerdegegnerin) krankentaggeldversichert nach Versicherungsvertragsgesetz (VVG, SR 221.229.1). Am 15. März 2012 meldete die Arbeitgeberin der Versicherung, dass die Versicherte ab dem 30. Januar 2012 arbeitsunfähig sei. Daraufhin erbrachte die Versicherung nach Vorliegen von ärztlichen Bescheinigungen und Ablauf der Wartefrist von 60 Tagen ab dem 31. Mai 2012 die vertraglich vereinbarten Taggeldleistungen. Mit Schreiben vom 8. November 2012 teilte die Versicherung mit, aufgrund der medizinischen Unterlagen sei davon auszugehen, die Versicherte sei im angestammten Beruf als Produktionsmitarbeiterin 100% arbeitsfähig. Deshalb würden die Taggelder noch bis maximal zum 18. November 2012 bezahlt. Die Versicherung forderte die Versicherte sodann auf, sich bei der Arbeitgeberin zu melden, damit die Rückkehr an den Arbeitsplatz vorbereitet werden könne. Bereits am 15. Oktober 2012 hatte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist von 90 Tagen infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit per 31. Januar 2013 aufgelöst.

Mit Klage vom 23. April 2014 beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 53'932.30 nebst Zins seit dem 1. August 2013 (mittlerer Verfall) zu verpflichten. Mehrforderungen seien vorbehalten. Dies entspreche Taggeldern à Fr. 103.716 für die Zeit zwischen dem

19. November 2012 und dem 23. April 2014. Mit Urteil vom 8. September 2015 wies das Kantonsgericht die Klage ab. Es wurden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Urteils.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf Taggeldleistungen bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% (Art. 12.1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten vom 1. Januar 2006; AVB). Die versicherte Person hat die Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen, sonst besteht kein Anspruch (Art. 13.2 AVB). Umstritten ist, ob die Beschwerdeführerin über den 18. November 2012 hinaus in diesem Sinn arbeitsunfähig war.

Die Vorinstanz verneinte dies und stellte dabei massgeblich auf die von der Beklagten eingeholten Gutachten von Dr. med. D., FMH Psychiatrie und Psychotherapie, vom 29. Oktober 2012 sowie von Dr. med. E., FMH Rheumatologie und Innere Medizin, vom 2. November 2012 ab. Es bestünden keine Anhaltspunkte, die gegen deren Zuverlässigkeit sprechen würden. Zu diesem Schluss komme in einem Schreiben auch der Arzt des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Entsprechend der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung (namentlich BGE 125 V 351 E. 3 S. 352 f.) stellte die Vorinstanz fest, hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichts sei entscheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert sei grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern ausschliesslich dessen Inhalt. Die Beschwerdeführerin habe zwar umfangreiche medizinische Abklärungen vornehmen lassen, diese vermöchten aber die Feststellungen von Dr. D. und Dr. E. nicht in Frage zu stellen.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung, weil die Vorinstanz das Gutachten E. als zuverlässig qualifizierte, womit sie sich in Widerspruch setze zu ihrem früheren Beschluss vom 5. Februar 2015.

3.1 Anlässlich der Urteilsberatung vom 5. Februar 2015 setzte die Vorinstanz das Verfahren aus und unterbreitete den Parteien einen Vergleichsvorschlag. Zu dessen Begründung führte sie aus: «Das rheumatologische Gutachten von Dr. med. E. vom 2. November 2012 vermag für sich alleine nicht zu überzeugen; es fällt eher kurz und oberflächlich aus und es

wurden keine bildgebenden Untersuchungen und Abklärungen vorgenommen. Die übrigen medizinischen Gutachten und Berichte sowie der IV-Entscheid deuten zwar eher darauf hin, dass keine medizinische Erklärung für die körperlichen Beschwerden der Klägerin vorliegt bzw. keine körperlichen Beschwerden bestehen, die die Arbeitsfähigkeit zumindest in einer angepassten Tätigkeit beeinträchtigen. Es ist fraglich und noch nicht entschieden, ob die Arbeitsfähigkeit der Klägerin in der bisherigen und einer angepassten Tätigkeit aufgrund der vorliegenden Akten abschliessend beurteilt werden kann. Wird die Frage verneint, wären zur Klärung der Leistungspflicht weitere Sachverhaltsabklärungen und insbesondere ein Gerichtsgutachten notwendig. Dessen Kosten gingen zu Lasten der Beklagten [...]».

Unter Hinweis auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung, nach welcher bei beruflichem Wiedereinstieg während einer Übergangsfrist das Taggeld weiterhin auszuführen ist, schlug sie vor, die Beschwerdegegnerin möge die Taggelder statt nur bis zum 18. November 2012 noch bis zum 31. Januar 2013 bezahlen. Diesen Vergleich lehnte die Beschwerdeführerin in der Folge ab.

3.2 Eine widersprüchliche und damit willkürliche Beweiswürdigung ergibt sich allein wegen dieser Begründung des Vergleichsvorschlags nicht. Es handelte sich um eine vorläufige Beurteilung («[...] und noch nicht entschieden, ob [...]»). Das Gericht war offensichtlich bemüht, die Sache als offen erscheinen zu lassen, um die Beschwerdegegnerin, die sich auf das Gutachten E. berief, von einem Vergleich zu überzeugen. Davon zeugt auch der Hinweis auf die von der Beschwerdegegnerin zu übernehmenden Kosten, sollte es zu einem Gerichtsgutachten kommen.

4.

Die Vorinstanz hat wie erwähnt massgeblich auf die von der Beschwerdegegnerin eingeholten Parteigutachten abgestellt; sie erachtete deren Beweiswert im Sinn der von ihr zitierten sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung als gegeben. In der Folge setzte sie sich mit den von der Beschwerdeführerin beigebrachten medizinischen Berichten und Gutachten auseinander, namentlich jenen von Dr. F. und Dr. G. und kam zum Schluss, dass diese nicht geeignet seien, die Einschätzung von Dr. E. zu widerlegen. Auch das psychiatrische Gutachten von Dr. D. sei überzeugend; sie habe nachvollziehbar dargelegt, weshalb sie zu einer anderen Beurteilung als der behandelnde Psychiater gekommen sei.

Das Bundesgericht hat aber in BGE 141 III 433 entschieden, dass Parteigutachten keine Beweismittel im Sinn von Art. 168 Abs. 1 ZPO sind. Auch in diesem Verfahren um Taggeldleistungen hatten sich der Versicherer und die Vorinstanz auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung gemäss BGE 125 V 351 abgestützt (BGE 141 III 433 E. 2.4 S. 435 f.). Das Bundesgericht stellte fest, im Anwendungsbereich der ZPO gelte diese sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nicht. Ein Parteigutachten sei also kein zivilprozessuales Beweismittel, sondern eine (sub-

stanziierte) Parteibehauptung. Als Parteibehauptung möge ein Parteigutachten allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen. Es genüge aber nicht, dass einzig gestützt auf ein Parteigutachten als bewiesen erachtet werde, dass ein Versicherter arbeitsfähig gewesen sei (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438).

Die Vorinstanz hat nicht im Sinn dieser Ausführungen die beiden Parteigutachten zusammen mit andern für die Auffassung der Beschwerdegegnerin sprechenden Indizien gewürdigt, sondern allein auf die Gutachten abgestellt. Daran ändert der Hinweis, auch der RAD-Arzt habe festgehalten, es bestünden keine Anhaltspunkte, die gegen die Zuverlässigkeit der Parteigutachten sprechen würden, nichts. Andererseits hat die Beschwerdeführerin aber mit den von ihr beigebrachten Arztberichten, die ebenfalls Parteibehauptungen darstellen, den Beweis für ihre Arbeitsunfähigkeit nicht erbracht. Diese ist daher mit einem Gerichtsgutachten abzuklären. Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichts vom 8. September 2015 aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 8. März 2016, Doss.-Nr. 8C_895/2015 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Oktober 2015)

Auch im öffentlichen Personalrecht gilt, dass eine Kündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG begründet für sich allein keine Missbräuchlichkeit der Kündigung. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Gründe vergleichbar ist. Vorliegend wurde die Kündigung zwar ohne sachlich hinreichenden Grund ausgesprochen, war jedoch auch unter Mitberücksichtigung aller relevanten Umstände nicht als missbräuchlich zu qualifizieren (E. 3.2, 5.2.5).

Sachverhalt:

A. arbeitete seit 1. Februar 2007 beim Bundesamt X. (Beschwerdegegner). Weil im November 2013 aus einem E-Mail-Wechsel der Verdacht entstand, dass A. die Firma B. über eine amtsinterne Anfrage informiert habe, während er gleichzeitig für deren Finanzprüfung zuständig war, eröffnete der Beschwerdegegner mit Verfügung vom 6. Dezember 2013 eine Disziplinaruntersuchung. Es beauftragte einen externen Rechtsanwalt mit

der Verfahrensleitung (nachfolgend: Untersuchungsleiter) und stellte A. vorerst bei voller Weiterausrichtung von Lohn und Zulagen auf unbestimmte Dauer vom Dienst frei. Mit vorläufigem Bericht vom 13. Februar 2014 stellte der Untersuchungsleiter fest, die bisherige Sachverhaltsabklärung habe keine Hinweise auf arbeitsrechtliche Pflichtwidrigkeiten ergeben. Am Ende der Disziplinaruntersuchung gelangte der Untersuchungsleiter im Entwurf seines Abschlussberichtes vom 6. Mai 2014 zur Empfehlung, der Beschwerdegegner solle die Disziplinaruntersuchung mit einer Feststellungsverfügung abschliessen, wonach A. keine arbeitsrechtlichen Pflichten verletzt habe. Gegen ihn seien keine Disziplinar massnahmen zu treffen. Der Untersuchungsleiter riet dem Beschwerdegegner zudem, A. weiterzubeschäftigen oder – im gegenseitigen Einvernehmen mit ihm – eine Änderung des Arbeitsvertrages oder eine Auflösungsvereinbarung zu suchen. Der Beschwerdegegner liess zum Entwurf des Abschlussberichtes vom 6. Mai 2014 am 26. Mai 2014 verschiedene Kritikpunkte anmerken. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2014 löste der Beschwerdegegner den Arbeitsvertrag mit A. per 31. Januar 2015 auf.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die von A. dagegen erhobene Beschwerde teilweise gut und verpflichtete den Beschwerdegegner, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von neun Bruttomonatslöhnen ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge sowie drei Bruttomonatslöhne (inklusive regelmässig ausgerichtete Zulagen) mit Abzug der Sozialversicherungsbeiträge auszurichten. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab. Das Bundesverwaltungsgericht sprach A. für das vorinstanzliche Verfahren eine gekürzte Parteientschädigung von Fr. 3'500.– zu (Entscheid vom 1. Oktober 2015). Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides zusätzlich zur vorinstanzlich zugesprochenen Entschädigung eine weitere Entschädigung von acht Monatslöhnen netto wegen missbräuchlicher Kündigung beantragen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses gestützt auf das Bundespersonalrecht (Art. 10 Abs. 3 BPG in der seit 1. Juli 2013 in Kraft stehenden Fassung; bis 30. Juni 2013 Art. 12 Abs. 6 BPG; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6714, wonach Art. 10 Abs. 3 BPG mit dem bisherigen Art. 12 Abs. 6 BPG identisch ist, so dass die dazu ergangene Rechtsprechung auch unter der Herrschaft von Art. 10 Abs. 3 BPG Geltung hat; Urteil 8C_541/2015 vom 19. Januar 2016 E. 4 mit Hinweis) sowie über den Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 34c Abs. 1

lit. b BPG; vgl. auch Art. 336 OR; BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514; 132 III 115 E. 2 S. 116) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

3.2 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine Kündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73; 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f.; Urteil 4A_169/2013 vom 18. Juni 2013 E. 4.2.2). Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmenden eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 BPG sowie Art. 4 Abs. 2 lit. b und g BPG; Urteil 8C_334/2015 vom 19. August 2015 E. 4.2 mit Hinweis). Das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG begründet für sich allein keine Missbräuchlichkeit der Kündigung (vgl. Urteil 8C_334/2015 vom 19. August 2015 E. 3). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514 f.; 132 III 115 E. 2.1 S. 116 f.; 131 III 535 E. 4.2 S. 538; 125 III 70 E. 2a S. 72; Urteil 8C_594/2010 vom 25. August 2011 E. 5.1 mit Hinweis).

4.

4.1 Fest steht, dass die vom Beschwerdegegner am 29. Oktober 2014 per 31. Januar 2015 verfügte Kündigung ohne vorgängige Mahnung und ohne ausnahmsweise zulässige Rechtfertigung eines solchen Vorgehens – also ohne sachlich hinreichenden Grund im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG – erfolgte. Unbestritten ist sodann die vorinstanzliche Bemessung der daraus in Anwendung von Art. 34b Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BPG folgenden Entschädigung in der Höhe von neun Bruttomonatslöhnen ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge sowie die gestützt auf Art. 19 Abs. 3 lit. b und Abs. 5 BPG zugesprochene Entschädigung in der Höhe von drei Bruttomonatslöhnen (inklusive regelmässig ausgerichtete Zulagen) unter Abzug der Sozialversicherungsbeiträge.

4.2 Strittig ist demgegenüber, ob die ungerechtfertigte Kündigung entgegen der Vorinstanz als missbräuchlich im Sinne von Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG zu qualifizieren ist und folglich – anstelle des vor Bundesgericht nicht mehr erneuerten Weiterbeschäftigungsantrages – ein zusätzlicher Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 34c Abs. 2 BPG besteht (E. 5 hienach). Zudem beanstandet der Beschwerdeführer die Reduktion der Parteientschädigung, indem die Vorinstanz zu Unrecht von einem Ob-

siegen im Umfang von bloss einem Drittel anstatt von zwei Dritteln ausgegangen sei.

5.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Vorbringen des Beschwerdeführers, womit er die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu begründen suchte, sorgfältig geprüft. Es hat ausführlich dargelegt, weshalb ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu verneinen ist. Zudem sah es keine Indizien, welche vermuten liessen, dass der Beschwerdegegner den angegebenen Kündigungsgrund vorgeschoben habe. Es vermochte dem Beschwerdeführer auch nicht zu folgen, soweit er geltend machte, die Abteilungsleiterin habe bereits bei Einleitung der Disziplinaruntersuchung ungeachtet der allfälligen Ergebnisse dieser Untersuchung das Arbeitsverhältnis beenden wollen. Das Abweichen von den Empfehlungen gemäss Entwurf eines Abschlussberichtes vom 6. Mai 2014 zur Disziplinaruntersuchung sei auch nicht als rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten (sog. venire contra factum proprium) zu qualifizieren. Schliesslich verneinte die Vorinstanz, dass die Einholung einer Sachverhaltseinschätzung bei der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) – trotz fehlender Zustimmung des Beschwerdeführers und mangelnder Kenntnis des Untersuchungsleiters – die Kündigung als missbräuchlich erscheinen lasse, zumal es an einem direkten Zusammenhang zwischen dieser allfälligen Persönlichkeitsverletzung und der Kündigung fehle.

5.2 Was der Beschwerdeführer hiegegen vorbringt, überzeugt nicht. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass sich nach seiner eigenen Zugabe die von ihm geltend gemachte Missbräuchlichkeit des Verhaltens des Beschwerdegegners nicht in allen Punkten beweisen lässt. Im Übrigen dringt er mit seiner Argumentation nicht durch.

5.2.1 Die Vorinstanz hat in jedenfalls nicht bundesrechtswidriger Beweiswürdigung (BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62 mit Hinweisen) für das Bundesgericht grundsätzlich bindend festgestellt (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass die Abteilungsleiterin nach Aktenlage nicht von Anbeginn an offensichtlich unbeirrbar von einem Fehlverhalten des Beschwerdeführers und von einer vorgefassten Kündigungsabsicht ausging. Das Bundesverwaltungsgericht hat vielmehr dargelegt, dass sich die Abteilungsleiterin in der Stellungnahme vom 26. Mai 2014 zum Berichtsentwurf des Untersuchungsleiters vom 6. Mai 2014 in sachbezogener Weise mit den Ergebnissen der Disziplinaruntersuchung auseinandergesetzt und ernsthafte Gründe für ihre abweichende Auffassung aufgezeigt hat.

5.2.2 Die vorinstanzliche Verneinung eines inkonsistenten Begründungsverhaltens auf Seiten des Beschwerdegegners ist weder als offensichtlich unrichtig zu beanstanden noch ist darin eine erhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erblicken. Das Bundesverwaltungsgericht schloss willkürfrei versteckte Kündigungsgründe aus. Soweit vor Bundesgericht überhaupt rechtsgenügend dargelegt, ist in Bezug auf allfällige, laut Beschwerdeführer erst im vorinstanzlichen Verfahren vom Beschwerde-

gegner neu erhobene Vorwürfe festzuhalten, dass diesbezüglich von der Heilung einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen ist. Der Beschwerdeführer konnte sich zu den beanstandeten neuen Vorbringen vor Erlass des angefochtenen Entscheides vor dem mit voller Kognition urteilenden Bundesverwaltungsgericht ausführlich äussern. Es sind keine Gründe ersichtlich, die gegen die Heilung der Gehörsverletzung sprechen könnten (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f.; 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; Urteil 8C_416/2015 vom 30. September 2015 E. 4.4.3 f. mit Hinweis).

5.2.3 Hinsichtlich der Rüge der Verletzung von Treu und Glauben hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Beschwerdegegner aus objektiver Sicht durch sein früheres Verhalten nicht zunächst legitime Erwartungen geweckt und diese anschliessend enttäuscht habe (*venire contra factum proprium*; vgl. BGE 140 III 481 E. 2.3.2 S. 483 mit Hinweis). Mit Einleitung der Disziplinaruntersuchung hat der Beschwerdegegner nicht darauf verzichtet, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer zu einem späteren Zeitpunkt doch noch aufzulösen. Vielmehr hat er die Ergebnisse der Untersuchung abgewartet und sich sodann mit Stellungnahme vom 26. Mai 2014 sachbezüglich zum Berichtsentwurf des Untersuchungsleiters vom 6. Mai 2014 geäussert. Inwiefern der Beschwerdegegner die auf der unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 6. Dezember 2013 basierenden Erwartungen enttäuscht haben soll, legt der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar. Nichts lässt darauf schliessen, dass die Kündigung schon bei Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs mit Stellungnahme vom 26. Mai 2014 beschlossen gewesen wäre. In Bezug auf die jedenfalls nicht willkürliche vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung kann aus dem Blickwinkel der eingeschränkten Kognition nicht darauf geschlossen werden, die Vorinstanz habe durch Verneinung eines Verstosses gegen Treu und Glauben Bundesrecht verletzt.

5.2.4 Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht zutreffend erkannt, dass auch die Anfrage des Beschwerdegegners vom Frühjahr 2014 bei der EFK die am 29. Oktober 2014 verfügte Kündigung nicht als missbräuchlich erscheinen lässt. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz dieses Vorgehen als fragwürdig qualifiziert hat. Der Beschwerdeführer legt jedenfalls nicht dar und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Einschätzung der EFK in keinem direkten Zusammenhang mit der Kündigung gestanden habe, Bundesrecht verletzen würde.

5.2.5 Dies gilt ebenso für die zusammenfassende Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die angefochtene Kündigung zwar ohne sachlich hinreichenden Grund ausgesprochen wurde, jedoch auch unter Mitberücksichtigung aller relevanten Umstände nicht als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

5.3 Hat die Vorinstanz bundesrechtskonform die Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint, ist nicht zu beanstanden, dass sie weitergehende Entschädigungsforderungen – über die mit angefochtenem Entscheid zugesprochenen Beträge hinaus – abgewiesen hat.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 mars 2016, Doss.-No 4A_88/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 31 décembre 2015 par la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg)

Compétence de la juridiction des prud'hommes. Dans le canton de Fribourg, l'Église catholique romaine est reconnue par l'État dans sa constitution et son organisation propre; elle édicte elle-même les règles nécessaires à son organisation et à l'accomplissement de ses tâches. Elle est ainsi soustraite aux règles du droit privé. Les rapports entre l'Église et ses corporations, d'une part, et les agents pastoraux, d'autre part, ne sont dès lors pas régis par le droit privé, sauf si l'agent a été engagé par un contrat de droit privé, ce qui n'est pas le cas des prêtres. Selon ce statut juridique, le prêtre est soumis au droit public et au droit canon. Il s'ensuit que l'activité du recourant comme prêtre dans des paroisses fribourgeoises n'était pas fondée sur un contrat de travail de droit privé. Le licenciement du recourant de son service de prêtre et les éventuelles indemnités en découlant ne relèvent pas du droit privé, de sorte que la juridiction des prud'hommes a nié à bon droit sa compétence pour connaître de la demande (c. 2.3).

Extraits des faits:

X., né en 1952 à..., a été ordonné prêtre en 1976 et incardiné au diocèse de... . En 1981, les autorités communistes du pays lui ont interdit d'exercer le ministère sacerdotal, raison pour laquelle l'Évêque de... l'a envoyé à l'étranger. En 1995, il est arrivé en Suisse, où il a exercé son ministère dans diverses paroisses vaudoises puis, dès 2005, dans des paroisses fribourgeoises, sans toutefois être incardiné dans le diocèse de Lausanne, Genève et Fribourg.

Par courrier du 27 avril 2006, l'Évêque du diocèse de Lausanne, Genève et Fribourg a licencié X. de son service de prêtre avec effet au 30 juin 2006 et l'a informé qu'il était confié à l'Archevêque de..., disposé à l'accueillir. X. s'est alors adressé à la Congrégation pour le Clergé au Vatican et a interjeté un recours contre la décision de l'Évêque auprès du Tribunal Suprême de la Signature Apostolique au Vatican. Par décision du

28 mars 2007, cette instance a rejeté le recours au motif que la fin de mission qui avait été signifiée au prêtre correspondait aux règles de l'Église.

Par mémoire du 19 juin 2013 adressé au Tribunal des prud'hommes de la Sarine, X. a ouvert action contre la Corporation ecclésiastique catholique du canton de Fribourg (ci-après: la Corporation cantonale) et l'Évêché du diocèse de Lausanne, Genève et Fribourg (ci-après: l'Évêché) en paiement de 1'032'687 fr.55, soit 422'494 fr.80 à titre de dommages-intérêts avec intérêts, 590'192 fr.75 à titre de perte de gain et 20'000 fr. en réparation du tort moral. En substance, le demandeur alléguait avoir subi, en raison du licenciement, une atteinte illicite grave à sa personnalité (art. 328 CO). Les défendeurs ont conclu principalement à l'irrecevabilité de la demande faute de compétence matérielle de la juridiction des prud'hommes; ils soutenaient que le litige ne relevait pas du droit privé, mais du droit public. La procédure a été limitée à la question de la recevabilité. Par décision du 7 octobre 2014, le Tribunal des prud'hommes a déclaré la demande irrecevable. X. a interjeté appel. Par arrêt du 31 décembre 2015, la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté l'appel.

X. interjette un recours en matière civile. Il conclut principalement à ce que l'arrêt cantonal soit annulé, à ce que la demande soit déclarée recevable et à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal des prud'hommes pour que celui-ci statue sur le fond.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 59 al. 2 CPC en jugeant que le Tribunal des prud'hommes n'était pas compétent pour connaître au fond de la demande parce que les relations entre les parties relèveraient du droit public.

2.1 Aux termes de l'art. 4 al. 1 CPC, le droit cantonal détermine la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux, sauf disposition contraire de la loi. Dans le canton de Fribourg, le Tribunal des prud'hommes statue en première instance sur les litiges de droit privé portant sur un contrat de travail (art. 54 al. 1 de la loi du 31 mai 2010 sur la justice [LJ/FR; RS/FR 130.1]). En l'espèce, la compétence matérielle du Tribunal des prud'hommes serait donnée si un contrat de travail de droit privé avait lié les parties, ce qui conduit à examiner les normes suivantes.

2.2 Conformément à l'art. 72 al. 1 Cst., la réglementation des rapports entre l'Église et l'État est du ressort des cantons.

2.2.1 Dans le canton de Fribourg, l'État accorde un statut de droit public à l'Église catholique romaine et à l'Église évangélique réformée (art. 141 al. 1 Cst./FR; RS 131.219). Les rapports entre l'État et les Églises reconnues de droit public sont régis par la loi du 26 septembre 1990 concernant les rapports entre les Églises et l'État (LEE/FR; RS/FR 190.1). Les

questions particulières qui ne sont pas réglées par cette loi sont régies par la législation spéciale ou par des conventions (art. 5 LEE/FR).

L'Église catholique romaine est, comme l'Église évangélique réformée, reconnue dans sa constitution et son organisation propre (art. 141 al. 2 Cst/FR; art. 2 LEE/FR; cf. RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *L'Église catholique romaine et l'État dans le Canton de Fribourg*, in *Église catholique et État en Suisse*, *Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht [FVRR]* n° 25, 2010, p. 277 ss; JACQUES DUCARROZ, *Le statut juridique des Églises dans le canton de Fribourg*, in *Rapports Église-État en mutation*, Fribourg 1997, p. 167 ss). En effet, selon les termes du Message relatif à la LEE/FR, les Églises catholique et réformée sont des institutions antérieures à l'État, existant indépendamment de lui et formant ainsi des sociétés particulières qu'il n'appartient pas à l'État de constituer ni d'organiser (Message n° 156 du 4 juillet 1989, BO 1990 120 ss, ch. III.1.2.a p. 124). De même, l'Évêché du diocèse de Lausanne, Genève et Fribourg est reconnu comme personne morale de droit public (art. 4 LEE/FR).

En tant qu'Église reconnue, l'Église catholique romaine est organisée en corporations ecclésiastiques au niveau paroissial et au niveau cantonal (art. 3 al. 1 LEE/FR; art. 3 du Statut du 14 décembre 1996 des corporations ecclésiastiques catholiques du canton de Fribourg, dit Statut ecclésiastique catholique [SEC], RS/FR 191.0.11). Les corporations ecclésiastiques sont des institutions juridiques propres au droit fribourgeois, destinées à faciliter l'accomplissement de la mission et des tâches de l'Église dans le canton.

La Corporation cantonale est une personne morale de droit public cantonal, dotée de la personnalité juridique (art. 3 al. 2 LEE/FR). Les corporations ecclésiastiques sont autonomes par rapport à l'État et aux communes; dans les limites fixées par la loi, elles s'organisent librement, édictent les règles nécessaires à leur organisation et à l'accomplissement de leurs tâches et tranchent définitivement les contestations internes relatives à l'application de la LEE/FR et de leur propre réglementation (art. 6 al. 1 LEE/FR). En vertu de la LEE/FR, la Corporation cantonale peut ainsi exercer une juridiction autonome lui permettant de régler définitivement en son sein les contestations internes relatives à l'application de la LEE/FR et de sa propre réglementation, sauf pour ce qui concerne les contestations relatives à l'impôt ecclésiastique qui, elles, doivent pouvoir être portées devant une juridiction étatique (art. 6 al. 1 let. c et art. 18 LEE/FR; Message précité, ch. III.2.1 p. 125; cf. GIUSEP NAY, *Développements structurels dans la jurisprudence et la législation étatique en Suisse*, in *Église catholique et État en Suisse*, *FVRR* n° 25, 2010, p. 30). La Corporation cantonale est dotée d'un pouvoir de souveraineté (cf. BERNHARD EHRENZELLER, *L'avenir est-il à une séparation de l'Église et de l'État ou à de nouvelles formes de coopération?*, in *Église catholique et État en Suisse*, *FVRR* n° 25, 2010, p. 68).

2.2.2 Chaque Église reconnue se donne un Statut ecclésiastique, qui contient les principales règles d'organisation et d'administration des corporations ecclésiastiques (art. 7 al. 1 LEE/FR). Le Statut ne peut entrer en

vigueur qu'après approbation par le gouvernement cantonal et, pour ce qui est de l'Église catholique romaine, par l'Autorité diocésaine; cette dernière donne l'approbation si le Statut n'est pas contraire au droit canonique (art. 7 al. 2 et 3 LEE/FR). Le SEC a été approuvé par l'Autorité diocésaine en date du 13 mars 1997.

Le SEC précise que le statut des agents pastoraux engagés à titre professionnel est déterminé par l'Autorité diocésaine (art. 75 al. 1 SEC). Il prévoit une Commission juridictionnelle qui connaît en instance unique cantonale des contestations relatives à l'application du droit ecclésiastique cantonal (art. 66 al. 1 SEC), sauf s'il s'agit de décisions d'engagement du personnel et de changements de poste lorsque les rapports de travail relèvent du droit privé (art. 8 al. 1 let. c du règlement du 6 octobre 2007 concernant la procédure et la juridiction administratives ecclésiastiques [RPJA], édicté par la Corporation cantonale). Une convention conclue entre la Corporation cantonale et l'Autorité diocésaine règle, entre autres, la participation des corporations ecclésiastiques à l'établissement des normes concernant la rémunération et le régime de prévoyance des prêtres et des autres agents pastoraux; une procédure d'arbitrage pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la convention est instaurée (art. 75 al. 2 et 5 SEC).

La convention sur les emplois pastoraux a été passée le 20 novembre 2000. Elle s'applique aux agents pastoraux (prêtres, diacres, religieux et laïcs) qui effectuent à titre professionnel un travail pastoral selon le droit canonique et qui sont nommés par l'Autorité diocésaine (art. 2). Elle prévoit que les droits et obligations des agents pastoraux sont définis par l'Autorité diocésaine, après consultation de l'Assemblée de la Corporation cantonale (art. 3 al. 1). L'Autorité diocésaine exerce les compétences relevant d'un employeur (art. 3 al. 2); elle est autorité de nomination (art. 4). L'Autorité diocésaine rémunère les agents pastoraux; la Corporation cantonale verse les salaires des agents pastoraux supraparoissiaux; la Caisse de rémunération des ministères paroissiaux verse les salaires des agents paroissiaux et pluriparoissiaux (art. 12).

Par ailleurs, les Vicariats épiscopaux, la Corporation cantonale et les agents pastoraux laïcs du canton de Fribourg ont conclu un Accord sur les conditions de travail des agents pastoraux laïcs engagés au service de l'Église catholique romaine du canton de Fribourg (APL), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008. L'art. 1 APL précise que les rapports de travail conclus entre l'Autorité diocésaine et les agents pastoraux laïcs ainsi que les droits et obligations qui en découlent sont régis par le contrat d'engagement. Les contrats de travail des agents pastoraux laïcs ressortissent au droit privé, les dispositions du code des obligations et de la loi sur le travail étant applicables dans la mesure où le contrat ne contient pas de règle (art. 57 al. 1 et art. 58 APL). Le tribunal des prud'hommes est compétent pour juger des éventuels litiges (art. 57 al. 1 APL).

2.3 Il ressort de cette présentation une situation juridique qui peut se résumer de la manière suivante.

Dans le canton de Fribourg, l'Église catholique romaine est reconnue par l'État dans sa constitution et son organisation propre; elle édicte elle-même les règles nécessaires à son organisation et à l'accomplissement de ses tâches. Elle est ainsi soustraite aux règles du droit privé (DUCARROZ, op. cit., p. 172). Les rapports entre l'Église et ses corporations, d'une part, et les agents pastoraux, d'autre part, ne sont dès lors pas régis par le droit privé, sauf si l'agent a été engagé par un contrat de droit privé, ce qui n'est pas le cas des prêtres. Selon ce statut juridique, le prêtre est soumis au droit public et au droit canon (cf. HANS SCHMID, *Die rechtliche Stellung der römisch-katholischen Kirche im Kanton Zürich*, 1973, nos 604 s. p. 330 s.; URS JOSEF CAVELTI, *Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften*, Fribourg 1954, p. 100 ss).

Il s'ensuit que l'activité du recourant comme prêtre dans des paroisses fribourgeoises n'était pas fondée sur un contrat de travail de droit privé. Le licenciement du recourant de son service de prêtre et les éventuelles indemnités en découlant ne relèvent pas du droit privé, de sorte que la juridiction des prud'hommes a nié à bon droit sa compétence pour connaître de la demande. Le grief tiré d'une violation de l'art. 59 al. 2 CPC se révèle mal fondé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 mars 2016, Doss.-No 8C_506/2015 (Confirmation du jugement de la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel du 9 juin 2015), in: ATF 142 II 154

Art. 83 lit. g BGG; Art. 80 ff. ZGB. Eintreten auf eine Beschwerde in der Sache, wenn sich die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen mit der Frage deckt, welche Gegenstand der Streitigkeit bildet (in casu: allfällige Existenz eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses; E. 1.1).

Art des Dienstverhältnisses mit einer juristischen Person des Privatrechts (Stiftung), welche Aufgaben des öffentlichen Rechts wahrnimmt (E. 5).

Art. 83 let. g LTF; art. 80 ss CC. Entrée en matière sur le recours lorsque l'examen des conditions de recevabilité se recoupe avec la question qui constitue le fond du litige (i. c. l'existence éventuelle d'un rapport de travail de droit public; consid. 1.1).

Nature des rapports de service avec une personne morale de droit privé (fondation) accomplissant des tâches de droit public (consid. 5).

Extraits des faits:

A.

A. travaille au Centre C. depuis 2003. Il a été engagé par un contrat de travail de droit privé soumis aux art. 319 ss CO. Par un avenant du 11 septembre 2009, il est devenu le directeur de ce centre à partir du 1^{er} juillet 2009, après avoir assumé cette fonction par intérim depuis le 1^{er} septembre 2007. Il a alors été colloqué en classe 13, échelon 12 (actuellement classe 13, échelon 18). Le Centre C. est l'un des quatre centres faisant partie de la Fondation B., qui est elle-même membre de l'Association neuchâteloise des Maisons pour Enfants, Adolescents et Adultes (AN-MEA).

L'ANMEA a signé une convention collective de travail (CCT-ES) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Sont soumis à cette convention les employés des institutions membres de l'ANMEA, à l'exception toutefois des membres du collège de direction, dont A. notamment.

A partir du 1^{er} juillet 2013, un nouveau directeur a été engagé au Centre D., qui est également l'un des quatre centres de la Fondation B. Ce directeur a été colloqué en classe 13, échelon 28, dès son entrée en fonction. A. s'est plaint d'une inégalité de traitement auprès de la Fondation B. Il a vainement demandé à cette dernière de faire le nécessaire pour que sa situation salariale soit régularisée et qu'un arriéré de salaire lui soit versé.

B.

Par écriture du 30 juin 2014, A. a ouvert action devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel en lui demandant de constater la discrimination salariale dont il se disait victime par rapport au directeur nouvellement engagé par le Centre D., de condamner la Fondation B. à lui verser un salaire mensuel brut de 11'831 fr., ainsi qu'un arriéré de salaire total de 13'048 fr. 55.

Statuant le 9 juin 2015, la Cour de droit public a déclaré la demande irrecevable, considérant que le litige relevait du droit privé et qu'en conséquence, elle n'était pas compétente pour en connaître.

C.

A. exerce un recours en matière de droit public dans lequel il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et reprend, sur le fond, ses précédentes conclusions. Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

La Fondation B. ne s'est pas déterminée sur le recours.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

1.

1.1 Le point de savoir si l'on est en présence d'une cause de droit public relevant du droit de la fonction publique au sens de l'art. 83 let. g

LTF est une question qui constitue l'objet du litige porté devant le Tribunal fédéral. L'examen de la recevabilité du recours suppose donc de résoudre une question qui se recoupe avec le litige au fond. Dans un tel cas, il suffit, au stade de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché, pour autant que les autres conditions de recevabilité propres à la matière soient réunies, avec l'examen de la cause au fond (arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015 consid. 2.1).

(...)

3.

Selon les premiers juges, il n'est pas exclu que des rapports de service avec une personne morale de droit privé puissent relever du droit public lorsque cet employeur a pour mandat d'exécuter des tâches d'intérêt public. Tel n'est toutefois pas le cas quand l'employeur accomplit seulement des tâches d'utilité publique, c'est-à-dire des tâches d'intérêt général en faveur de la collectivité (par exemple une fondation privée s'occupant d'établissements pour personnes âgées). Dans le cas d'espèce, les juges cantonaux retiennent que la Fondation B. est une fondation de droit privé soumise aux art. 80 ss CC et qui a pour but la promotion de la prévention, des traitements et de la réduction des risques dans le domaine des addictions et la création et la gestion de centres d'information, de consultation et de traitement. La CCT-ES, à laquelle sont soumises l'ANMEA et, partant, la Fondation B., contient de nombreux renvois aux dispositions du Code des obligations, mais aucune référence au droit public. Elle soumet les litiges entre employeurs et employés résultant du contrat de travail aux juridictions civiles ordinaires. La juridiction cantonale relève par ailleurs que son annexe 6 détermine le traitement annuel des employés des institutions membres de l'ANMEA selon 14 classes de 36 échelons chacune. L'art. 10 de cette annexe prévoit que le traitement initial est fixé par l'employeur, sous réserve de l'aval de l'entité cantonale compétente. Aussi bien la juridiction cantonale retient-elle que les employés de la fondation sont clairement soumis au droit privé et qu'il en est de même des directeurs de l'institution, dans la mesure où ils sont liés à la fondation par un contrat de travail de droit privé et qu'aucune disposition légale ne les soumet au statut de la fonction publique. En définitive, conclut la juridiction cantonale, il n'existe aucun motif justifiant de soumettre au droit public les relations de travail liant le demandeur à la défenderesse.

4.

4.1 Le recourant se plaint tant d'un déni de justice formel (cf. art. 29 al. 1 Cst.) que d'un défaut de motivation du jugement attaqué (cf. art. 29 al. 2 Cst.). Il reproche à l'autorité cantonale de ne pas s'être prononcée sur des griefs, selon lui pertinents, qu'il a formulés devant elle. Si la cour cantonale a correctement identifié le problème posé, en admettant que des rapports de service avec un employeur revêtant la forme d'une personne mo-

rale de droit privé pourraient selon les cas être soumis au droit public, elle n'aurait pas examiné ce qu'il en était dans le cas concret. Ainsi, la cour cantonale n'aurait pas cherché à savoir si le Centre C. accomplissait une tâche d'intérêt public, incombant en principe à la collectivité, ou simplement une activité d'utilité publique. Elle n'aurait attaché de l'importance qu'aux textes qui s'appliquent à l'engagement des directeurs des établissements faisant partie de la Fondation B. La cour cantonale n'aurait pas non plus tenu compte d'une série d'éléments que le recourant avait invoqués pour tenter de démontrer que le Centre C. accomplissait bien des tâches d'intérêt public, critère selon lui essentiel pour juger de la question de savoir si, comme il le prétend, ses rapports avec la Fondation B. relèvent du droit public. En définitive, les premiers juges n'auraient pas traité de cette question, qui, aux yeux du recourant, constituait pourtant l'argument essentiel de sa demande.

4.2 Une autorité cantonale commet un déni de justice formel et viole l'art. 29 al. 1 Cst. lorsqu'elle n'entre pas en matière dans une cause qui lui est soumise dans les formes et délais prescrits, alors qu'elle devrait s'en saisir (ATF 141 I 172 consid. 5.2 p. 182; ATF 135 I 6 consid. 2.1 p. 9; ATF 134 I 229 consid. 2.3 p. 232). Elle viole en revanche le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. lorsqu'elle ne respecte pas son obligation de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). L'essentiel est que la décision indique clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant (ATF 135 II 145 consid. 8.2 p. 153).

4.3 En l'espèce, l'autorité cantonale a été saisie de la demande et a statué sur les conclusions prises par le demandeur. Elle a par ailleurs motivé sa décision en exposant les raisons pour lesquelles elle considérait que le litige relevait du droit privé. Implicitement tout au moins, elle a retenu que le Centre C. était une institution d'utilité publique. L'affirmation selon laquelle un grief n'est pas pertinent pour l'application d'une norme de droit constitue une motivation attaquable. Il en va de même du reproche selon lequel l'autorité précédente aurait tenu compte d'éléments décisifs à ses yeux, au détriment d'autres arguments jugés déterminants par le demandeur. Si celui-ci estime que, ce faisant, l'autorité précédente a méconnu le droit, il doit invoquer la violation des règles violées et non celle de la violation du droit d'être entendu (cf. arrêt 5A_409/2014 du 15 septembre 2014 consid. 3.2). Le grief tiré de la violation de l'art. 29 Cst. n'est dès lors pas fondé.

5.

5.1 Se fondant sur la distinction opérée par la juridiction cantonale, le recourant soutient que le Centre C. accomplit une tâche d'intérêt public et non pas seulement une activité d'utilité publique. Il invoque l'art. 5 Cst./NE (RS 131.233), qui confère à l'Etat la tâche d'assurer la promotion et la sauvegarde de la santé (let. e). Il se prévaut également de l'art. 50 de la loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1), lequel prescrit à l'Etat d'organiser la lutte contre l'alcoolisme et les autres toxicomanies. Il souligne que le Centre C. accomplit aujourd'hui des tâches qui étaient auparavant dévolues à un service de l'Etat, à savoir le Service médico-social. C'est donc à tort que la cour cantonale se serait fondée sur la qualification juridique utilisée par les parties pour qualifier leurs relations, au lieu d'analyser le contenu réel de celles-ci. L'Etat exercerait en outre, au travers du Service des institutions pour adultes et mineurs (SIAM) un contrôle sur les conditions d'engagement des directeurs des institutions faisant partie de la Fondation B. En particulier, c'est lui qui fixerait, en réalité, leurs salaires. Aussi bien l'arrêt attaqué serait-il entaché d'arbitraire (art. 9 Cst.), dès lors qu'il ne reposerait pas sur des motifs sérieux et objectifs, qu'il serait insoutenable et heurterait gravement le sens de la justice.

5.2 Comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le constater, la Constitution fédérale ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques. Les motifs qui plaident en faveur du rapport de droit public résident notamment dans la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé.

Aussi bien la doctrine majoritaire privilégie-t-elle le droit public pour régler les rapports de travail du personnel de l'Etat tout en admettant, avec plus ou moins de restrictions, la possibilité de recourir aux contrats de droit privé pour certains salariés (arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015 consid. 4.2.2 et les références de doctrine citées). Le Tribunal fédéral pour sa part n'exclut pas a priori la possibilité pour les collectivités publiques de soumettre au droit privé, sous certaines conditions toutefois, les rapports de travail qui les lient à certains collaborateurs (ATF 118 II 213 consid. 3 p. 217). Pour déterminer si un rapport juridique relève du droit privé ou du droit public, on ne peut pas se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties. Ce qui est décisif, c'est le contenu réel du rapport de droit. Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable (arrêts 2P.151/2005 du 9 février 2006 consid. 5; 2P.136/2005 du 14 décembre 2005 consid. 3.1.1). Il est cependant admis que si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé, celle-ci reste régie par le droit privé, lors même qu'elle exercerait des tâches publiques. Son personnel est donc régi par le droit privé. Il en est de même lorsqu'une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but (THIERRY TANQUEREL, Droit public et droit privé: unité et diversité du sta-

tut de la fonction publique, in *Les réformes de la fonction publique*, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p. 52; PETER HÄNNI, *Personalrecht des Bundes*, in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]*, Organisationsrecht, 2^e éd. 2004, n. 40; PETER HELBLING, *Folgen im Personalrecht*, in *Schaffhauser/Poledna [éd.]*, *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten*, 2002, p. 98; voir aussi arrêt 2P.217/2003 du 22 octobre 2003 consid. 2.3).

5.3 Dans le cas particulier, il est incontesté que le recourant a été engagé sur la base d'un contrat de travail soumis au droit privé et non selon les règles applicables au personnel de l'Etat en général. La question d'une éventuelle requalification du contrat de droit privé en une relation de droit public ne se pose pas (voir au sujet d'une possible requalification, MAHON/ROSELLO, *Les réformes en cours du droit de la fonction publique: tendances et perspectives*, in *Les réformes de la fonction publique*, op. cit., p. 30). En effet, la soumission au droit privé n'est en l'espèce pas contestable dès lors que celui-ci s'applique sans autre, ainsi qu'on vient de le voir, aux employés d'une personne morale de droit privé, même si cette dernière accomplit des tâches de droit public. Quant au fait que le SIAM exerce un droit de regard sur le traitement des personnes concernées, il n'est pas déterminant. Comme le relève la juridiction cantonale, cela découle des contraintes (contrôle de la gestion administrative et financière) imposées à la fondation du fait de son subventionnement. Ainsi qu'il ressort des constatations du jugement attaqué, c'est bien la fondation qui engage les membres du collège de direction et verse leurs salaires et non l'Etat, même si les fonds résultent en tout ou en partie de subventionnements publics et si l'Etat adresse aux employés intéressés une fiche de confirmation d'engagement, celle-ci ayant seulement pour but de reconnaître ces charges dans le contexte de la subvention. Enfin, il n'apparaît pas déterminant que les employés de la fondation exercent une tâche d'utilité publique ou d'intérêt public. Quoi qu'il en soit, les premiers juges pouvaient, sans tomber dans l'arbitraire, retenir que le recourant était soumis à une relation de travail de droit privé. Le recourant ne démontre pas, par ailleurs, que cette solution serait le résultat d'une application arbitraire du droit cantonal. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 24. März 2016, Doss.-Nr. 8C_376/2015 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 11. Februar 2015), in: BGE 142 II 49

Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV; Art. 3 Abs. 2, Art. 6 GIG; Lohngleichstellung von Mann und Frau im Einzelfall. Kognition des Bundesgerichts und der kantonalen Verwaltungsgerichte hinsichtlich der Überprüfung des Lohnleichheitsgebots im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses (E. 4).

Die gestützt auf Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GIG geltend gemachten bundesrechtlichen Ansprüche dürfen nicht durch kantonrechtliche Verwirkungs- und Verjährungsbestimmungen erschwert werden (E. 5.2).

Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung nach Art. 6 GIG im Vergleich mit dem Amtsvorgänger oder -nachfolger (E. 6.2). Berücksichtigung von Anfangs- und Schlusslöhnen im Rahmen der Glaubhaftmachung (E. 7.2).

Art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst.; art. 3 al. 2, art. 6 LEg; égalité salariale entre hommes et femmes dans un cas particulier. Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral et des tribunaux administratifs cantonaux en ce qui concerne l'égalité de rémunération hommes-femmes dans un rapport de travail de droit public (consid. 4).

Les prétentions de droit fédéral mentionnées aux art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. et 3 al. 2 LEg ne peuvent pas être entravées par des dispositions de droit cantonal sur la péremption et la prescription (consid. 5.2).

Plausibilité d'une discrimination salariale au sens de l'art. 6 LEg par rapport au prédécesseur ou au successeur dans la fonction (consid. 6.2). Prise en considération des salaires d'embauche et de fin de carrière dans l'examen de la plausibilité (consid. 7.2).

Sachverhalt:

A.

A. (geb. 1960) wurde auf den 1. August 2005 als Dienststellenleiterin des Personalamtes angestellt und in die Lohnklasse 6, Erfahrungsstufe 4 eingereiht, was einem Jahressalär von Fr. ... entsprach. Auf den 1. August 2007 wurde sie in die Lohnklasse 5, Erfahrungsstufe 6 befördert. Eine Beförderung in die 4. Lohnklasse, entsprechend dem Lohn des Amtsvorgängers, wurde als mittelfristiges Ziel in Aussicht gestellt. Am 9. November 2010 vereinbarten die Parteien die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 28. Februar 2011. A. wurde unter Fortzahlung der Lohnansprüche per sofort freigestellt. Weiter einigten sich die Parteien auf eine Abgangsschädigung von Fr. ... und eine Leistungsprämie. Die Frage der Lohngleichheit bildete nicht Gegenstand der Vereinbarung.

Am 8. Februar 2011 reichte A. bei der Kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsstreitigkeiten im Erwerbsleben ein Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gemäss Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) ein. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 26. April 2011 kam zwischen den Parteien keine Einigung zustande.

Am 27. April 2011 ersuchte A. die Finanz- und Kirchendirektion Basel-Landschaft, ihre Ansicht, wonach keine Diskriminierung vorliege, verfügungsweise festzuhalten, was diese ablehnte.

Mit Eingabe vom 5. Mai 2011 gelangte A. ans Kantonsgericht Basel-Landschaft mit dem Rechtsbegehren, es sei die Finanz- und Kirchendirektion in Abänderung der Vereinbarung vom 9. November 2010 zu verpflichten, ihr für die Zeit ihrer Anstellung Lohn in Höhe von Fr. ..., zuzüglich Zins von 5 Prozent seit 20. Mai 2008 zu bezahlen. Das Kantonsgericht trat mit Entscheid vom 13. Juni 2012 auf die Beschwerde nicht ein mit der Begründung, die genannte Vereinbarung stelle keine anfechtbare Verfügung dar.

Auf Ersuchen von A. hin hielt der Regierungsrat mit Beschluss vom 30. Oktober 2012 fest, dass der Kanton Basel-Landschaft A. in Sachen Bezahlung nicht diskriminiert habe und daher keine Lohnnachzahlung ausgerichtet werde. Gegen diesen Beschluss reichte A. Beschwerde beim Kantonsgericht ein. Mit Entscheid vom 10. April 2013 trat dieses auf die Beschwerde nicht ein, da zunächst erneut ein Schlichtungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 14. März 2014 ab (Urteil 8C_613/2013).

Die Schlichtungsverhandlung vom 6. Juni 2014 brachte erneut keine Einigung zustande.

B.

A. reichte daraufhin gegen den Beschluss des Regierungsrates vom 30. Oktober 2012 Beschwerde beim Kantonsgericht ein und beantragte eine Lohnnachzahlung von Fr. ..., zuzüglich Zins, da ihrem Amtsvorgänger und ihrem Amtsnachfolger ein höherer Lohn ausbezahlt worden sei als ihr selber. Das kantonale Gericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 11. Februar 2015 ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. geltend machen, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben, und der Kanton sei zu verpflichten, ihr für die Zeit ihrer Anstellung Lohn in Höhe von Fr. ... samt Zins zu bezahlen.

Der Kanton Basel-Landschaft lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit auf sie eingetreten werden könne. Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt das zur Vernehmlassung eingeladene Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) Beschwerdegutheissung. A. nimmt am 16. November 2015 Stellung. Der Kanton äussert sich am 26. November 2015.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4.

Die Beschwerdeführerin macht in kognitionsrechtlicher Hinsicht geltend, die Vorinstanz habe ihre Überprüfungsbefugnis unzulässig eingeschränkt und damit Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 GlG verletzt.

4.1 Aus Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ergibt sich für das Gericht eine minimale Prüfungspflicht. Kommt es dieser im Einzelfall näher zu bestimmenden Pflicht nicht nach, verstösst es gegen Art. 8 Abs. 3 BV (BGE 118 Ia 35 E. 2d und e S. 38 f.; ELISABETH FREIVOGL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, N. 93 zu Art. 3 GIG).

4.2 Gemäss Art. 13 Abs. 1 GIG richtet sich der Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Für den Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen der Kantone und Gemeinden gelten die dort gesetzlich vorgesehenen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtswege (KATHRIN ARIOLI, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., N. 21 zu Art. 13 GIG; CHRISTIAN BRUCHEZ, in: Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, N. 14 zu Art. 13 GIG).

4.3 Diskriminierungsbeschwerden aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen richten sich nach den kantonalen Verfahrensordnungen. Diese werden ergänzt durch die allfällig weitergehenden Vorschriften des GIG, so insbesondere durch Art. 6 GIG bezüglich der Beweislasterteilung und Art. 7 GIG bezüglich der Möglichkeit der Organisationen- bzw. Verbandsbeschwerde (ARIOLI, a.a.O., N. 25 zu Art. 13 GIG; BRUCHEZ, a.a.O., N. 27 ff. zu Art. 13 GIG). Betreffend die gerichtliche Überprüfungsbefugnis enthalten weder das GIG noch das sonstige Bundesrecht besondere verfahrensrechtliche Vorschriften.

4.4 Gemäss Art. 110 (in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2) BGG müssen die Kantone als letzte Instanz ein Gericht einsetzen und gewährleisten, dass dieses selbst oder eine vorgängige zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft und das massgebende Recht von Amtes wegen anwendet (sog. Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV; BERNHARD EHRENZELLER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 8 zu Art. 110 BGG). Die unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts muss mindestens die Rügen nach den Art. 95 bis 98 BGG prüfen können (Art. 111 Abs. 3 BGG). Sie muss demnach eine umfassende Kontrolle der Bundesrechtskonformität vornehmen können und eine Sachverhaltskontrolle gewährleisten, die den Anforderungen nach Art. 97 BGG entspricht (ARIOLI, a.a.O., N. 30 zu Art. 13 GIG). Die kantonale richterliche Behörde hat umfassend zu prüfen, ob der massgebliche Sachverhalt richtig und vollständig zusammengetragen ist und ob dessen Erhebung nicht auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (EHRENZELLER, a.a.O., N. 17 zu Art. 110 BGG; vgl. auch BERNARD CORBOZ, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 15 ff. zu Art. 110 BGG). Eine Angemessenheitskontrolle steht dem Bundesgericht nicht zu. Es hat nur zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, mithin überschritten, unterschritten oder missbraucht hat (Urteil 8C_31/2009 vom 4. Januar 2010 E. 3.2.1; vgl. auch BGE 132 V 393 E. 3.3 S. 399). Weder die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV noch die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV oder die Kognitionsvorgaben von

Art. 110 BGG verlangen eine richterliche Kontrolle der Angemessenheit im kantonalen Gerichtsverfahren. Dem kantonalen Gesetzgeber steht es indessen frei, über die Mindestvorschriften des Art. 110 BGG hinausgehende Regelungen zu treffen. Die Kantone können hierüber hinausgehen und, wie dies für das Bundesverwaltungsgericht der Fall ist (vgl. Art. 37 VGG [SR 173.32] und Art. 49 lit. c VwVG [SR 172.021]), auch eine richterliche Prüfung der Angemessenheit vorsehen. Sie sind hierzu jedoch bundesrechtlich nicht verpflichtet (EHRENZELLER, a.a.O., N. 15 zu Art. 110 BGG). Zwar hat das Bundesgericht in BGE 137 V 71 E. 5.2 S. 73 f. festgestellt, dass die kantonalen Verwaltungsgerichte in Anlehnung an die Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts die Angemessenheit bzw. die einfache Verletzung des Ermessens zu prüfen hätten. Diese Aussage bezog sich jedoch ausdrücklich nur auf das Sozialversicherungsrecht und kann nicht generalisiert werden (Urteil 2C_114/2012 vom 26. März 2013 E. 2.3). Ob ein kantonales Gericht in Fragen der Lohngleichstellung eine Ermessensprüfung vornehmen kann, hängt vom kantonalen Verfahrensrecht ab (HANSJÖRG SEILER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, ZBl 104/2003 S. 135 mit Hinweis auf BGE 124 II 409 E. 6 S. 424). Dessen Auslegung und Anwendung überprüft das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel des Bundes(verfassungs-)rechts, namentlich des Willkürverbots und der bundesrechtlichen Verfahrensgarantien, soweit dies in der Beschwerde vorgebracht und rechtsgenügend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 137 V 143 E. 1.2 S. 145; Urteil 1C_468/2015 vom 15. Februar 2016 E. 1.2).

4.5 Das kantonale Gericht stützte sich auf § 45 des Gesetzes des Kantons Basel-Landschaft vom 16. Dezember 1993 über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (Verwaltungsprozessordnung, VPO; SGS 271). Danach können mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde gerügt werden: a. Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens; b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts; c. Unangemessenheit von Entscheiden über Nachbetreuung und ambulante Massnahmen sowie von Disziplinar-massnahmen gegenüber auf Amtsperiode Gewählten (§ 45 Abs. 1 VPO). Mit der Beschwerde in Steuersachen können alle Mängel des angefochtenen Entscheids und des vorangegangenen Verfahrens gerügt werden (§ 45 Abs. 2 VPO).

4.6 Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, inwiefern diese Bestimmung kantonalen Rechts von der Vorinstanz auf willkürliche Weise angewendet worden sein soll. Das kantonale Gericht hat zu Recht (vgl. BGE 125 II 385 E. 5d S. 391; § 45 lit. a VPO) nicht die Angemessenheit des angefochtenen Lohnes geprüft. Inwiefern es darüber hinaus seine Kognition in unzulässiger Weise beschränkt hätte, ist nicht ersichtlich, worauf nachfolgend noch zurückzukommen sein wird.

4.7 Ob eine Lohnverfügung verfassungsmässig ist oder gegen das verfassungsmässige Lohngleichheitsgebot verstösst, wird im kantonalen

Gerichtsverfahren, wie auch vom Bundesgericht frei und nicht nur auf Willkür hin geprüft (FREIVOGEL, a.a.O., N. 92 zu Art. 3 GIG). Das Bundesgericht überprüft seinerseits frei, ob das kantonale Gericht die richterliche Prüfungspflicht korrekt gehandhabt hat (BGE 118 Ia 35 E. 2e S. 39). Bundesrecht ist beispielsweise verletzt, wenn das kantonale Gericht entweder eine diskriminierende Bewertung als nicht diskriminierend oder aber eine nicht diskriminierende Bewertung als diskriminierend beurteilt hat. Soweit sich ein kantonales Gericht nur auf das Gleichstellungsgesetz beruft (und nicht auf eine Bestimmung des kantonalen Rechts, wonach es die Angemessenheit der Besoldung überprüft), hat es somit nicht zu beurteilen, ob eine Besoldungseinstufung anhand irgendwelcher Bewertungsmethoden «richtig» oder überzeugend ist, sondern einzig, ob sie geschlechtsdiskriminierende Auswirkungen zeitigt. Solange eine politische Behörde eine Arbeitsplatzbewertung vorgenommen hat, die nicht diskriminierend ist, verletzt ein Gericht Bundesrecht, wenn es dieser Bewertung unter Berufung auf das Gleichstellungsgesetz die Anwendung versagt (BGE 125 II 385 E. 5d S. 391; Urteile 8C_78/2009 vom 31. August 2010 E. 4.2.2, nicht publ. in: BGE 136 II 393; 8C_31/ 2009 vom 4. Januar 2010 E. 3.2.2 mit weiteren Hinweisen). Rechtserheblich ist nicht, ob eine andere Einstufung als die vom Kanton vorgenommene auch vertretbar oder gar besser begründet erscheint, sondern einzig, ob die vom Kanton vorgenommene Einstufung auf geschlechtsdiskriminierende Weise gehandhabt wurde, welche spezifisch die weibliche Funktion gegenüber der zum Vergleich herangezogenen männlichen Funktion benachteiligt (BGE 125 II 385 E. 6b S. 393; Urteil 2A.509/2006 vom 19. Juni 2007 E. 2.3). Die Prüfung dieser Rechtsfrage kann nicht unter Berufung auf Ermessensspielräume eingeschränkt werden, wie sie sich etwa aus der Gemeindeautonomie ergeben mögen, da diese ihrerseits durch andere verfassungsmässige Garantien, wie namentlich den Lohngleichheitsanspruch gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV eingeschränkt werden (vgl. Urteil 8C_ 31/2009 vom 4. Januar 2010 E. 4.2.2).

4.8 Die Frage, ob ein bestimmter Lohn bzw. Lohnunterschied geschlechtsdiskriminierend ist, hängt einerseits von Tatfragen ab, zum Beispiel von der Höhe des Lohnes bzw. Lohnunterschiedes und vom Vorhandensein der geltend gemachten Umstände wie Ausbildung, Alter und dergleichen (BGE 124 II 436 E. 9 S. 446), andererseits aber auch davon, ob die angewendeten Beurteilungskriterien und Differenzierungsmassstäbe zulässig sind; dies ist eine frei überprüfbare Rechtsfrage (BGE 124 II 436 E. 8 S. 442).

5.

Der Beschwerdegegner stellt sich auf den Standpunkt, die Ansprüche seien gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR verjährt bzw. verwirkt im Sinne von § 56 des Dekrets des Kantons Basel-Landschaft vom 8. Juni 2000 zum Personalgesetz (Personaldekret; SGS 150.1).

5.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Lohn nach Art. 8 Abs. 3

Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GIG um ein bundesrechtliches Individualrecht, auf welches mangels Spezialregelung im GIG die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR anwendbar ist. Dies gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (BGE 138 II 1 E. 4.1 S. 3; BGE 131 I 105 E. 3.3 S. 108; BGE 141 II 411 E. 6.1.2 in fine S. 419 f.; ARIOLI, a.a.O., N. 88 zu Art. 13 GIG). Gemäss Art. 130 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung. Unbestritten ist, dass die Lohnansprüche jeweils am Ende jeden Monats fällig wurden (vgl. ROBERT K. DÄPPEN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 130 OR). Nach Art. 135 OR kann die Verjährung unter bestimmten Voraussetzungen unterbrochen werden. Wie es sich damit verhält, hat die Vorinstanz offen gelassen, da auch nach Ansicht des Beschwerdegegners ohnehin nicht die gesamte Lohnforderung, sondern höchstens ein Teil derselben von der Verjährung betroffen wäre. Dies wird letztinstanzlich zu Recht nicht in Frage gestellt.

5.2 Gemäss § 56 Abs. 1 des Personaldekrets können vermögensrechtliche Ansprüche der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gegenüber dem Kanton aus dem Arbeitsverhältnis innert eines Jahres, nachdem die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter von der Möglichkeit eines Anspruchs Kenntnis erhalten hat, spätestens aber vor Ablauf von 5 Jahren seit ihrer Entstehung geltend gemacht werden. Ob es sich bei diesen Fristen um Verwirkungs- oder um Verjährungsfristen handelt, hat das Bundesgericht im Urteil 8C_769/2012 vom 30. April 2013 E. 3 offengelassen. Ziel des GIG ist es, die erforderlichen Instrumente zu schaffen, um den Betroffenen die Durchsetzung der Verfassungsansprüche auf Gleichbehandlung und namentlich auf Lohngleichheit zu erleichtern (Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz] und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei, BBl 1993 I 1248 ff.; CLAUDIA KAUFMANN, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., N. 14 zu Art. 1 GIG). Daraus ergibt sich, dass gestützt auf Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GIG geltend gemachte bundesrechtliche Ansprüche nicht durch kantonale Bestimmungen erschwert werden dürfen. Dies wäre jedoch der Fall, wenn § 56 des Personaldekrets bei Streitigkeiten wie der vorliegenden über die Lohngleichheit zur Anwendung käme. Das vom Beschwerdegegner angerufene Urteil 8C_769/2012 vom 30. April 2013 ist hier nicht einschlägig, da in jenem Verfahren nicht ein Lohnanspruch im Anwendungsbereich des GIG zur Diskussion stand. Geht es darum, das verfassungsmässige Individualrecht auf Lohngleichheit zwischen Frau und Mann wirksam durchzusetzen, hat das Interesse des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers auf zeitliche Planungssicherheit in Bezug auf allfällige Forderungen seiner Arbeitnehmenden in den Hintergrund zu treten. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich daher in diesem Punkt nicht als bundesrechtswidrig.

6.

6.1 Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus in Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur (BGE 125 I 71 E. 2b S. 79; Urteile 8C_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 136 II 393; 8C_31/2009 vom 4. Januar 2010 E. 7). Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Eine besoldungsmässige Diskriminierung kann sich sowohl aus der generellen Einstufung bestimmter Funktionen als auch aus der konkreten Entlohnung einer bestimmten Person im Vergleich mit Personen des anderen Geschlechts ergeben (BGE 127 III 207 E. 3c S. 213; BGE 125 III 368 E. 3 S. 371; BGE 124 II 529 E. 3b S. 531). Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (BGE 141 II 411 E. 6.1.2 S. 419). Formal geschlechtsneutrale Kriterien können unter Umständen eine indirekte Diskriminierung bewirken, wenn sie in der gesellschaftlichen Realität geschlechtsspezifisch vorkommen. Dies gilt namentlich in Bezug auf eine übermässige Gewichtung des Kriteriums des Dienstalters oder der Berufserfahrung, weil dadurch Frauen benachteiligt werden, die im Durchschnitt eher ihre Karriere zum Zweck der Kinderbetreuung unterbrechen (BGE 124 II 409 E. 9d S. 428 mit Hinweisen). Wenn es um die individuelle Einreihung einer Frau geht, die keine familienbedingten Unterbrüche in ihrer Berufskarriere hatte, kann jedoch die rechtsgleiche Anwendung solcher Kriterien in aller Regel keine Diskriminierung darstellen (Urteil 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 2c).

6.2 Gemäss Art. 6 GIG wird u.a. bezüglich der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Alsdann trifft den Arbeitgeber der Beweis, dass die unterschiedliche Entlohnung sachlich gerechtfertigt ist (BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 161 f.; BGE 127 III 207 E. 3b S. 212 f.; BGE 125 I 71 E. 4a S. 82; BGE 125 II 541 E. 6a S. 550 f.; Urteil 8C_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 136 II 393). Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 161 f. und 321

E. 3.3 S. 325; Urteile 8C_31/2009 vom 4. Januar 2010 E. 7; 1C_432/2008 vom 14. September 2009 E. 2; SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., N. 126 zu Art. 6 GIG; RÉMY WYLER, in: Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, a.a.O., N. 8 zu Art. 6 GIG).

Eine geschlechtsbedingte Diskriminierung ist in der Regel glaubhaft gemacht, wenn Angehörige des einen Geschlechts für eine gleich oder gleichwertige Arbeit einen signifikant tieferen Lohn erhalten als Angehörige des anderen Geschlechts (z.B. als Vorgänger oder Nachfolger auf der gleichen Stelle: BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 16; Urteile 4A_614/2011 vom 20. März 2012 E. 3.2; 2A.23/1997 vom 8. Juli 1998 E. 3c; 2A.363/1998 vom 18. Juni 1998 E. 3b mit Hinweis auf BGE 125 I 71 E. 4a S. 82; vgl. dazu auch FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice*, AJP 2005 S. 1067). Das Bundesgericht hat eine Lohndiskriminierung bei Lohndifferenzen zwischen 15 bis 25 Prozent als glaubhaft erachtet (vgl. etwa die von der Vorinstanz angeführten BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 162; BGE 125 III 368 E. 4 S. 373; sowie das soeben erwähnte Urteil 2A.363/1998 E. 3b). Dabei handelt es sich um Richtgrössen, die – allenfalls zusammen mit weiteren Kriterien – eine Glaubhaftmachung erfolgreich begründen können (vgl. etwa BGE 130 III 145 E. 4.3.1 S. 162; BGE 127 III 207 E. 3c in fine S. 213; Urteile 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 5; 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 3c; 2A.23/1997 vom 8. Juli 1998 E. 3c; vgl. zum Ganzen STEIGER-SACKMANN, a.a.O., N. 125 zu Art. 6 GIG).

6.3 Wurde eine Lohndiskriminierung im Sinne des Art. 6 GIG glaubhaft gemacht, ist der Arbeitgeber zum Nachweis verpflichtet, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.

Misslingt ihm dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt. Eine Lohndiskriminierung entfällt, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist. Zu den objektiven Kriterien gehören Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken; darüber hinaus kann es sich um Gründe handeln, welche sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht (BGE 136 II 393 E. 11.3 S. 397 f.; BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; BGE 125 III 368 E. 5 S. 373 f. mit diversen Hinweisen; zum ganzen Themenkreis siehe ferner AUBRY GIRARDIN, a.a.O., S. 1062 ff., S. 1068 ff.). Um eine unterschiedliche Ent-

löhnung zu rechtfertigen genügt es nicht, dass die Arbeitgebenden irgendeinen Grund anführen. Sie müssen vielmehr beweisen, dass ein objektives Ziel verfolgt wird, welches einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht, und dass die Ungleichbehandlung geeignet ist, das angestrebte Ziel unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zu erreichen (BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 165 mit Hinweisen). Objektive Gründe vermögen im Allgemeinen eine unterschiedliche Entlöhnung nur zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung durch die Arbeitgebenden wesentlich sind (BGE 141 II 411 E. 6.1.2 S. 419; BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 165 mit Hinweisen). Führungserfahrung ist ein sachlich haltbares Kriterium für eine ungleiche LohnEinstufung, solange sie auch bei Funktionsunterschieden zwischen Angehörigen des anderen Geschlechts üblich und zulässig ist (BGE 124 II 529 E. 4c S. 532). Bei der Ausgestaltung des Besoldungssystems im öffentlichen Dienst steht den zuständigen Behörden ein erheblicher Freiraum zu. Sie können aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auswählen, die für die Besoldung massgebend sein sollen. Das Lohngleichheitsgebot schränkt diesen grossen Ermessensspielraum nicht grundsätzlich ein (Urteil 8C_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 136 II 393; vgl. auch BGE 141 II 411 E. 6.1.1 S. 418 mit Hinweisen). Doch obliegt dem Arbeitgeber gegebenenfalls der Nachweis, dass er diesen Spielraum auf eine nicht diskriminierende Weise handhabt (Urteil 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 6b).

7.

7.1 Das kantonale Gericht hat die Besoldung der Beschwerdeführerin derjenigen ihres Vorgängers und jener ihres Nachfolgers gegenübergestellt. Nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz erzielte die Beschwerdeführerin bei ihrem Stellenantritt einen monatlichen Bruttolohn in Höhe von Fr. ... Ihr Amtsvorgänger erhielt bei seinem Stellenantritt ein monatliches Bruttogehalt von Fr. ... Wird der Anfangslohn des Vorgängers an die Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenpreise oder an den Lohnindex der Lohn-tabelle des Kantons Basel-Landschaft angepasst, ergibt sich laut Vorinstanz eine Differenz von 11,5 bzw. von 8,6 Prozent. Daraus schloss das kantonale Gericht, die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erscheine nicht als glaubhaft.

7.2 Nicht zum Vergleich herangezogen hat die Vorinstanz den Schlusslohn des Vorgängers. Zur Begründung hält sie fest, die Lohnhöhe werde bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen im Kanton Basel-Landschaft anhand der Lohnklasse und der Erfahrungsstufe bestimmt. Im Verlauf des Anstellungsverhältnisses steige der Anfangslohn jährlich um mindestens eine Erfahrungsstufe an. Zudem könne es zu Änderungen in der Funktion mit neuer Lohnklasseneinreihung kommen. Der Vorgänger sei 11 Jahre im Amt gewesen.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, durch die Beschränkung des Vergleichs auf den Anfangslohn sei der Sachverhalt unrichtig ermittelt

worden. Zwischen ihrem Anfangslohn und dem Schlusslohn ihres Vorgängers bestehe eine Differenz von 43 Prozent. Damit sei die Lohndiskriminierung glaubhaft gemacht worden.

Mit der Vorinstanz kann nicht verlangt werden, dass ein Amtsnachfolger bei Stellenantritt den gleichen Lohn wie sein Vorgänger erhalten soll. Die Differenz muss sich jedoch bezogen auf Funktion und Erfahrung im Rahmen halten, und sie darf insbesondere nicht geschlechtsbedingt diskriminierend sein. Eine Lohndifferenz von über 40 Prozent zwischen dem Schlusslohn des Vorgängers und dem Anfangslohn der Beschwerdeführerin für die gleiche Stelle scheint erheblich. Wird eine Frau tiefer eingestuft als ihr männlicher Vorgänger, der die nämliche Funktion ausübte, liegt die Gefahr einer Diskriminierung nahe. Angesichts der deutlichen Differenz bei den Anfangslöhnen von 11,5 bzw. 8,6 Prozent und dem doch sehr erheblichen Unterschied (mehr als 40 Prozent) zwischen dem Anfangslohn der Beschwerdeführerin und dem Schlusslohn ihres Vorgängers scheint aufgrund der gesamten Umstände eine Diskriminierung auch hier glaubhaft gemacht. Wie es sich damit verhält, braucht aber nicht abschliessend geprüft zu werden. Denn obwohl die Vermutung nach Art. 6 GIG ihrer Ansicht nach gegenüber dem Amtsvorgänger nicht greift, hat die Vorinstanz auch diesbezüglich geprüft, ob die bestehenden Gehaltsunterschiede sachlich begründet waren.

7.3 In Bezug auf den Amtsnachfolger hat das kantonale Gericht in seinem Entscheid festgestellt, dass dieser einen monatlichen Bruttoanfangslohn von Fr. ... erhielt, was in etwa dem Schlusslohn der Beschwerdeführerin entsprochen habe. Selbst wenn der monatliche Anfangslohn der Beschwerdeführerin von Fr. ... teuerungsbedingt angepasst werde, resultiere eine Lohndifferenz von über 15 Prozent zu Gunsten des männlichen Nachfolgers. Damit sei die Lohndiskriminierung – auch ohne Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten persönlichen Gewinnungszulage von 6,5 Prozent – glaubhaft gemacht. Die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung mit Bezug auf den Amtsnachfolger wird vom Beschwerdegegner nicht bestritten. Die Vorinstanz ging daher bezüglich des Amtsnachfolgers von einer Umkehr der Beweislast in dem Sinne aus, dass es dem Beschwerdegegner oblag, den vollen Beweis für die geschlechtsdiskriminierungsfreie Einreihung der Beschwerdeführerin zu erbringen.

7.4 Der Kanton hat somit den vollen Beweis dafür zu erbringen, dass die ungleiche Entlohnung der Beschwerdeführerin auf sachlich begründeten Motiven beruht (E. 6.3 hiervor). Nachstehend ist somit zu beurteilen, ob es dem Beschwerdegegner gelungen ist, wie von der Vorinstanz angenommen, den entsprechenden Beweis erfolgreich anzutreten.

8.

8.1 Bei ihrem Stellenantritt war die Beschwerdeführerin 45 Jahre alt. Die Einreihung erfolgte in der Lohnklasse 6, Erfahrungsstufe 4. Ihr damaliger Anfangslohn betrug wie bereits erwähnt Fr. ... Mit Vereinbarung vom

9. November 2010 wurde das Arbeitsverhältnis auf den 28. Februar 2011 hin aufgelöst. Zu jenem Zeitpunkt war für die Beschwerdeführerin die Lohnklasse 5, Erfahrungsstufe 10 wirksam, was einem Monatseinkommen von Fr. ... entsprach.

8.2 Der bei seinem Amtsantritt 41-jährige Vorgänger wurde in die Lohnklasse 6, Erfahrungsstufe 5 eingereiht. Die Differenz bezog sich somit beim Stellenantritt lediglich auf eine Erfahrungsstufe innerhalb derselben Lohnklasse. Betragsmässig belief sich der Anfangslohn des Vorgängers auf Fr. ..., was aufgerechnet mit dem Lohnindex der Lohntabelle des Kantons Basel-Landschaft gemäss vorinstanzlicher Berechnung Fr. ... entspricht. Damit verdiente dieser rund 8,6 Prozent mehr als die Beschwerdeführerin, was nicht bestritten wird. Laut Vorinstanz rechtfertigt sich diese Lohnungleichheit aufgrund der unterschiedlichen Ausbildung der beiden Stelleninhaber. Während der Vorgänger über einen juristischen Studienabschluss (lic. iur.) und das Anwaltspatent verfügte, wies die Beschwerdeführerin eine Berufslehre mit Nachdiplomstudium an einer Fachhochschule aus. Eine bessere Ausbildung kann ein Kriterium für eine höhere Entlohnung sein, sofern diese Ausbildung vom Arbeitsplatz gefordert oder für die Arbeit, die verrichtet werden muss, von Nutzen ist (BGE 117 Ia 270 E. 4a S. 276). Laut Vorinstanz wird das kantonale Personalamt häufig mit anspruchsvollen und komplexen rechtlichen Problemstellungen konfrontiert. Im Verlauf der Tätigkeit des Amtsvorgängers habe sich gezeigt, dass dessen Fachwissen einen grossen Zugewinn für die Stelle bedeutet habe. Zudem sei diesem neben der operativen Leitung der Dienststelle die Aufgabe zugekommen, als Projektleiter das am 1. April 1998 in Kraft getretene Personalrecht und das am 1. Januar 2001 in Kraft getretene Lohnwesen des Kantons Basel-Landschaft zu revidieren. Die Unterschiede in der Ausbildung zwischen Beschwerdeführerin und Amtsvorgänger vermöchten daher eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit zu rechtfertigen. Aufgrund der Funktionsänderung im Laufe der Anstellung sei der Amtsvorgänger auf den 1. November 1998 in die Lohnklasse 5 und auf den 1. November 2000 in die Lohnklasse 4 befördert worden.

8.3 Das kantonale Gericht hat weiter erwogen, der Arbeitgeber habe aufgrund des spezifischen Wissens des Amtsvorgängers und des laufenden Projekts ein Interesse daran gehabt, diesen zumindest für die Projektdauer zu halten, um nicht laufende Arbeiten zu gefährden. Daher habe er diesem zwei Jahre nach Amtsantritt gestützt auf § 24 Abs. 1 des Personaldekrets eine persönliche Zulage von 5 Prozent gewährt. Nach dieser Bestimmung kann der Regierungsrat zur Gewinnung oder Erhaltung besonders qualifizierter Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter eine einmalige, eine unbefristete oder befristete Zulage von bis zu 20 Prozent des Jahreslohnes zusprechen. Wie das kantonale Gericht zutreffend aufgezeigt hat, ist in der dem Vorgänger gewährten persönlichen Zulage keine geschlechterbedingte Benachteiligung der Beschwerdeführerin zu erblicken. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen erfüllte die Beschwerdeführerin weder die Voraussetzungen

für eine Gewinnungs- noch jene für eine Erhaltungszulage. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies, ohne ihre Auffassung jedoch näher zu begründen. Sie legt insbesondere nicht begründet dar, dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang offensichtlich falsche oder unvollständige Feststellungen getroffen hätte oder deren Feststellungen sonst wie in Verletzung von Bundesrecht zustande gekommen wären.

8.4 Die Beschwerdeführerin war neben der Funktion als Leiterin des kantonalen Personalamtes mit Projekten im Bereich des Personalmanagements befasst. Dazu gehörten insbesondere der Ausbau des strategischen Human Resources Management und die Neuausrichtung des Personalamtes. Aufgrund der dadurch gewonnenen Berufserfahrung und der damit einhergehenden Funktionserweiterung wurde sie im August 2007 in die Lohnklasse 5 befördert. Diese Einstufung erfolgte nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz zwei Jahre früher als bei ihrem Vorgänger, was gegen eine Benachteiligung der Beschwerdeführerin spricht.

8.5 Sowohl die Berufserfahrung des Vorgängers in praktischen juristischen Fragestellungen wie auch jene der Beschwerdeführerin im Bereich Personalmanagement können als für die konkrete Tätigkeit relevant betrachtet werden. Dass die Beschwerdeführerin jedoch über eine umfassendere Berufs- und Führungserfahrung verfügt hätte als ihr Amtsvorgänger und damit dessen bessere Ausbildung zumindest teilweise kompensiert hätte, begründet diese nicht näher.

8.6 Eine in Aussicht gestellte Beförderung der Beschwerdeführerin in die Lohnklasse 4 auf Ende des Jahres 2009 wurde laut Vorinstanz schliesslich nicht realisiert, weil die dafür vorausgesetzte Verbesserung in der Kommunikation zwischen dem Personalamt und den Direktionen ausblieb. Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen war die Beförderung in die Lohnklasse 4 somit aufgrund fehlender Voraussetzungen und damit aus sachlichen Gründen unterblieben. Diese tatsächlichen Feststellungen werden in der Beschwerde nicht substantiiert bestritten. Sie sind mithin für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Da die Beschwerdeführerin selber einen sachlichen Grund dafür gesetzt hat, dass eine weitere Beförderung unterblieb, besteht keine Veranlassung, die weiteren Beförderungsschritte ihres Vorgängers zu hinterfragen. Dass die vorinstanzlichen Feststellungen qualifiziert falsch (Art. 105 Abs. 2 BGG) und die weiteren Beförderungen des Vorgängers ohne jeden sachlichen Grund erfolgt wären, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich.

8.7 Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde hat die Vorinstanz somit nicht nur die Anfangslöhne der Beschwerdeführerin und ihres Vorgängers miteinander verglichen, sondern auch die Lohnentwicklung im Vergleich der beiden Karrieren in die Beurteilung miteinbezogen. Dass der Anfangslohn der Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres mit dem Schlusslohn ihres Vorgängers verglichen werden kann, liegt auf der Hand und bedarf keiner näheren Begründung. Inwiefern die vorinstanzlichen Feststellungen und Schlussfolgerungen durch eine unzulässige Kognitions-

einschränkung beeinflusst worden wären, ist nicht nachvollziehbar begründet und auch sonst wie nicht auszumachen.

8.8 Zusammenfassend ist es dem Kanton als Arbeitgeber somit gelungen, mit dem im angefochtenen Entscheid geführten Argumentarium mit Bezug auf den Amtsvorgänger den Beweis für eine nicht im Geschlecht der Beschwerdeführerin begründete Schlechterstellung der Entlohnung zu erbringen.

9.

9.1 Der Amtsnachfolger der Beschwerdeführerin (geb. 1959) wurde als Dienststellenleiter angestellt und in die 5. Lohnklasse, Erfahrungsstufe 10 eingereiht. Entsprechend erzielte er einen Jahreslohn von Fr. ..., bzw. einen Monatslohn von Fr. ... Der Anfangslohn des Nachfolgers war damit gleich hoch wie der Schlusslohn der Beschwerdeführerin. Zudem gewährte der Kanton dem Amtsnachfolger eine unbefristete Gewinnungszulage im Sinne von § 24 Abs. 1 des Personaldekrets in Höhe von 6,5 Prozent. Der Anfangslohn belief sich damit insgesamt auf Fr. ..., bzw. Fr. ... im Monat. Demgegenüber erzielte die Beschwerdeführerin in der Lohnklasse 6, Erfahrungsstufe 4 einen teuerungsangepassten Anfangslohn von Fr. ... (E. 7.3 hiervor). Bei einem Vergleich der Anfangslöhne hat der Nachfolger somit 26,7 Prozent mehr verdient, wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt. Ohne die Gewinnungszulage würde die Differenz gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen mit rund 15 Prozent zu Gunsten des Nachfolgers ausfallen. Auch wenn die Vorinstanz die Gewinnungszulage von 6,5 Prozent nicht in die Anfangsbesoldung des Nachfolgers miteinbezogen hat, hat sie die persönliche Zulage, entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin, nicht einfach ignoriert, sondern geprüft, ob diese auf sachlichen Gründen beruhte. Dies ist insofern nicht zu beanstanden, als für das Ergebnis nicht die Prozentwerte der Lohndifferenz massgebend sind, sondern ob diese auf sachlichen und objektiven Gründen beruhte. Wäre die Gewinnungszulage als Lohnbestandteil zu betrachten, leuchtet sodann nicht ohne Weiteres ein, weshalb dies nicht auch für die der Beschwerdeführerin ausgerichtete Abgangentschädigung und die Leistungsprämie gelten sollte.

9.2 Der Vorwurf der Gehörsverletzung trifft nicht zu. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen der Betroffenen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Im angefochtenen Entscheid werden die entscheidungswesentlichen Faktoren hinlänglich festgestellt und gewürdigt, so dass die Beschwerdeführerin sich über dessen Tragweite ein Bild machen und diesen sachgerecht anfechten konnte (zum Ganzen: BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270; BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88).

9.3

9.3.1 Zum Anfangslohn des Nachfolgers im Amt stellte die Vorinstanz fest, gemäss Beschluss des Regierungsrates vom 19. Mai 2009 seien im Kanton Basel-Landschaft die Dienststellenleiterinnen und Dienststellenleiter aufgrund einer Neubewertung der Kaderstellen durch eine externe Beratungsfirma auf den 1. Juli 2009 neu eingereiht worden. Die Stelle der Leiterin bzw. des Leiters Personal sei dabei der Lohnklasse 5 bis 4 zugeordnet worden. Der Beschwerdegegner habe folglich gar keine Möglichkeit mehr gehabt, den Nachfolger in die Lohnklasse 6 einzureihen, wie dies bei der Beschwerdeführerin und ihrem Vorgänger noch der Fall gewesen sei. Aufgrund der Neuordnung sei lediglich eine Einstufung in die Lohnklasse 5 oder 4 in Betracht gekommen. Diese Neuordnung stelle ein objektives Kriterium dar, das einen höheren Anfangslohn gegenüber jenem der Beschwerdeführerin rechtfertige.

9.3.2 Laut den vorinstanzlichen Erwägungen wurde der Nachfolger bei seinem Amtsantritt zudem in die Erfahrungsstufe 10 eingestuft, während die Beschwerdeführerin beim Stellenantritt der Erfahrungsstufe 4 zugeteilt worden war. Die Differenz von 6 Erfahrungsstufen entspricht in der Lohnklasse 5 gemäss Lohntabelle rund 10,8 Prozent. Sie ist laut Vorinstanz durch die Altersdifferenz (+ 7 Jahre) und die grössere Berufs- und Führungserfahrung begründet. Der Amtsnachfolger habe in den Jahren 1991 bis 2009 und somit während rund 18 Jahren bei vier verschiedenen Arbeitgebern vorwiegend im Personalbereich Führungspositionen bekleidet. Dabei habe er jeweils die eigentliche Leitung und nicht bloss eine Stellvertreterfunktion inne gehabt. Die Beschwerdeführerin ihrerseits habe bei ihrem Stellenantritt eine rund 11-jährige (1994 bis 2005) Erfahrung in leitender Position auszuweisen gehabt, wovon die ersten fünf Jahre als stellvertretende Leiterin. Während dieser Zeit sei sie zwar in verschiedenen Bereichen, jedoch ausschliesslich für die X. tätig gewesen. Damit habe der Nachfolger mit einem klaren Mehr an Führungserfahrung überzeugt, die sich nicht nur hinsichtlich des Verantwortungsumfanges, sondern auch bezüglich Erfahrungsbreite und Vielfalt deutlich von derjenigen der Beschwerdeführerin abgehoben habe. Gemäss § 14 Abs. 1 des Personaldekrets ist bei der Zuweisung einer Anlauf- und Erfahrungsstufe der beruflich wie auch der ausserberuflich, insbesondere der bei Familienarbeit und in sozialen Institutionen erworbenen Erfahrung angemessen Rechnung zu tragen. Der Anstieg in den Anlauf- und Erfahrungsstufen erfolgt laut § 15 Abs. 1 des Personaldekrets jährlich per 1. Januar, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter den Stellenauftrag und die Stellenanforderungen erfüllt hat. Laut Vorinstanz erscheint die Einstufung des Nachfolgers in die Erfahrungsstufe 10 (gegenüber der Erfahrungsstufe 4 der Beschwerdeführerin) insgesamt von der Sache her als gerechtfertigt.

9.3.3 Die Beschwerdeführerin setzt sich mit den vorinstanzlichen Kernerwägungen nicht begründet auseinander. Sie wirft der Vorinstanz lediglich vor, sie habe unbesehen den Standpunkt des Beschwerdegegners

übernommen, ohne sich mit den von ihr vorgebrachten Argumenten zu befassen. Insbesondere habe das kantonale Gericht nicht mit umfassender Kognition geprüft, ob der Beschwerdegegner den vollen Beweis dafür erbracht habe, dass die unterschiedliche Entlohnung nicht aufgrund des Geschlechts erfolgt sei. Damit vermag die Beschwerdeführerin jedoch nicht durchzudringen. Zum einen legt sie nicht dar, inwiefern der massgebliche Sachverhalt von der Vorinstanz qualifiziert falsch oder unvollständig ermittelt worden sein soll. Zum andern ist weder dargetan noch ersichtlich, wie sich die monierte Kognitionseinschränkung auf das Ergebnis ausgewirkt haben könnte. Es wird auch nicht aufgezeigt, inwiefern die Vorbringen der Beschwerdeführerin die vorinstanzlichen Erwägungen entkräften würden. Die im vorliegenden Zusammenhang zentrale Feststellung der Vorinstanz, wonach der Nachfolger systembedingt von Anfang an in die 5. Lohnklasse einzureihen war, zieht die Beschwerdeführerin nicht in Zweifel. Diese bleibt somit für das Bundesgericht verbindlich. Dasselbe gilt hinsichtlich der vorinstanzlichen Ausführungen zur Zuweisung des Amtsnachfolgers in die Erfahrungsstufe 10. Ausschlaggebend für diese Einreihung war nicht das Alter an sich, sondern die spezifische Berufs- und Führungserfahrung, welche der Nachfolger im Laufe seiner Berufskarriere angesammelt hatte. Eine eindeutig höhere Ausbildung, welche diese nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ reichere Erfahrung des Nachfolgers im Amt gleichsam zu kompensieren vermöchte, weist die Beschwerdeführerin nicht nach. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ihre Karriere zu berücksichtigende «frauentypische» Brüche aufweisen würde (vgl. E. 6.1 in fine hiervor).

9.4

9.4.1 In Bezug auf die dem Amtsnachfolger zugestandene persönliche Gewinnungszulage in Höhe von 6,5 Prozent des Jahreslohnes gestützt auf § 24 Abs. 1 des Personaldekrets hat die Vorinstanz erwogen, diese sei sachlich gerechtfertigt gewesen. Aufgrund der besonderen Qualifikation für die Funktion als Leiter des kantonalen Personalamtes habe man den Bewerber unbedingt gewinnen wollen. Zudem sei man unter Zeitdruck gestanden, nachdem die Beschwerdeführerin die Stelle bereits im November 2009 verlassen habe.

9.4.2 Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, indem die Vorinstanz den Zeitdruck und das ungekündigte Arbeitsverhältnis des Amtsnachfolgers als sachliche Gründe für die Ausrichtung der persönlichen Zulage anerkannt habe, habe sie bundesrechtswidrige Kriterien angewandt. Ein durch die ungerechtfertigte Kündigung und Freistellung der Stelleninhaberin selbstverschuldeter Zeitdruck könne nicht als Grund für die Gewinnungszulage gelten. Auch ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bilde kein sachliches Kriterium, ansonsten der grossen Mehrheit von Bewerbern eine persönliche Zulage zustehen würde und so der Anspruch auf geschlechtsneutralen Lohn unterlaufen werden könne.

9.4.3 Bei der gestützt auf § 24 Abs. 1 des Personaldekrets zugesprochenen Zulage «zur Gewinnung oder Erhaltung besonders qualifizierter Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter» handelt es sich nicht um eine besondere Lohnreihe, sondern um eine zusätzlich zur Besoldung gemäss Lohnklasse und Erfahrungsstufe ausgerichtete Leistung. Der zuständigen Behörde steht in diesem Zusammenhang ein grosses Ermessen zu. Dem ist bei der gerichtlichen Überprüfung entsprechend Rechnung zu tragen. Es ist daher nur zu prüfen, ob die entscheidende Behörde ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (vgl. E. 4.4 hiervor). Eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung liegt vor, wenn die (Nicht-)Gewährung gegen Art. 8 Abs. 3 Satz BV und Art. 3 GIG verstösst (vgl. E. 4.7 hiervor).

9.4.4 Bei der Beschwerdeführerin bestand seinerzeit aufgrund der damaligen Ausgangslage (breites Bewerbungsfeld, Assessmentverfahren, gekündigte Stellung) nach den vorinstanzlichen Feststellungen kein Anlass für eine Gewinnungszulage. Eine Erhaltungszulage hat sie von sich aus nie beansprucht. Jedenfalls wird derlei nicht behauptet. Hingegen hat sie eine Abgangsentschädigung verlangt und auch tatsächlich erhalten. Dass dem Amtsnachfolger eine persönliche (zeitlich unlimitierte) Zulage zugestanden wurde, erscheint aufgrund der gegebenen Umstände als sachlich vertretbar. Dieser brachte für die betreffende Stelle unbestreitbar beste, durch langjährige Berufs- und Führungserfahrung gefestigte, fachliche Qualifikationen mit. Zudem stand der Beschwerdegegner unter Zeitdruck. Die rasche Verfügbarkeit des Nachfolgers war daher für den Arbeitgeber von grosser Wichtigkeit. Wenn er dem Nachfolger in dieser Situation eine persönliche Zulage zugestand, vermag dies in dieser besonderen Konstellation eine Abweichung von der Besoldungsgleichheit zu rechtfertigen. Gestützt auf § 24 Abs. 2 des Personaldekrets hatte der Regierungsrat periodisch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Zulage noch vorhanden waren. Damit war gewährleistet, dass die Zulage auf das für die Erreichung ihres Ziels Notwendige beschränkt blieb. Da der Amtsnachfolger die Stelle jedoch bereits nach 1,5 Jahren wieder verliess, ist ein Vergleich mit der weiteren Lohnentwicklung nicht möglich. Beizufügen ist, dass sich die hier zu beurteilende Konstellation von BGE 125 III 368 dahingehend unterscheidet, als es nicht um Angestellte geht, die zur selben Zeit am gleichen Arbeitsort tätig waren. Es bestand somit nicht die Gefahr einer Beeinträchtigung des Betriebsklimas (vgl. BGE 125 III 368 E. 5c/ee S. 381). Da gemäss den vorstehenden Erwägungen zur Rechtfertigung eines Lohnunterschiedes angerufene objektive Kriterien tatsächlich den Grund für die Ungleichbehandlung bildeten, ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Erkenntnisse aus der von der Beschwerdeführerin geforderten, im Einzelnen aber nicht näher begründeten quantitativen Gewichtung der einzelnen Rechtfertigungsgründe für den Gehaltsunterschied zu gewinnen wären, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 31. März 2016, Doss.-Nr. 8C_739/2015 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 28. August 2015)

Öffentliches Personalrecht. Vorliegend konnte der Arzt die Pikettendienste ausserhalb des Spitalbetriebs in einer privaten Wohnung erbringen und war lediglich an die 30-Minutenregel der Zulagenregelung für Assistenzärzte gebunden; er konnte sich mithin im 30-Minuten-Rayon rund ums Spital frei bewegen. Die Bereitschaftszeit war demzufolge nicht als Pikettdienst im Betrieb im Sinne von Art. 15 Abs. 1 ArGV1 und als Arbeitszeit zu qualifizieren (E. 4.2.2).

Die Verwendung des Abteilungspools obliegt im Rahmen der Zweckbestimmung dem Chefarzt der betreffenden Abteilung, wobei ihm das Poolreglement ein grosses Ermessen belässt (E. 5.1). Das kantonale Gericht hat nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem es die vom Arbeitnehmer geltend gemachten Forderungen aus Bereitschaftsdienst/Überzeitarbeit sowie aus ambulanten Poolzulagen abwies (E. 5.4).

Sachverhalt:

Dr. med. A. war ab ... 2001 als Assistenzarzt und ab ... 2005 als Oberarzt i.V. am Spital B. angestellt. Nachdem sich ab Herbst 2005 Differenzen mit dem vorgesetzten Chefarzt und der Spitalleitung ergaben und A. ab Juni 2008 stressbedingte Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit geltend machte, fand im August 2008 ein Gespräch mit dem Chefarzt und dem Leiter des Personaldienstes statt, anlässlich welchem A. eine einvernehmliche Beendigung des Anstellungsverhältnisses vorgeschlagen wurde. Eine solche kam nicht zustande. Am 4. September 2008 wurde A. freigestellt. Die am 12. September und 24. Oktober 2008 ausgesprochenen Kündigungen mussten wegen Nichteinhaltung der Sperrfrist zurückgenommen werden. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis in der Folge mit Schreiben vom 25. November 2008 auf den 28. Februar 2009. Auf Einsprache hin wurde die Kündigung mit Schreiben vom 9. März 2009 begründet.

Am 15. Dezember 2010 liess A. eine Nachzahlung von ambulanten Poolzulagen für den Zeitraum vom 1. Januar 2006 bis 28. Februar 2009 von Fr. 42'646.35 sowie von stationären Poolzulagen von Fr. 15'750.–, die Rückerstattung von Kurskosten von Fr. 2'346.–, die Auszahlung des zu Unrecht zum Abzug gebrachten Betrags für Ferien von Fr. 4'320.30, eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von sechs Monatslöhnen bzw. Fr. 63'342.50, eine Vergütung für Überzeit/Bereitschaftsdienst von Fr. 323'371.60, alles nebst Verzugszins zu 5% seit 1. März 2009, sowie die Abänderung des Arbeitszeugnisses verlangen. Die Direktion der Spitäler Schaffhausen wies die Forderungen mit Verfügung vom 2. November 2011 ab. Den hiegegen erhobenen Rekurs hiess der Spitalrat der Spitäler Schaffhausen mit Entscheid vom 16. Oktober 2013 im Betrag

von Fr. 4'320.30 brutto für Ferien zuzüglich Zinsen zu 5% seit 1. März 2009 gut; im restlichen Umfang wies er ihn ab. A. wurden die Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 2'000.– auferlegt; eine Parteientschädigung wurde nicht zugesprochen.

Beschwerdeweise liess A. beantragen, es sei ihm eine Entschädigung von Fr. 451'776.75 zuzüglich Zins zu 5% seit 18. Januar 2011 zuzusprechen, eventuell sei die Angelegenheit zur Ergänzung des Sachverhalts und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ihm seien weder für das Rekurs- noch für das Beschwerdeverfahren Kosten aufzuerlegen und für beide Verfahren je eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 28. August 2015 teilweise gut. Es verpflichtete die Direktion der Spitäler Schaffhausen A. Pikettzulagen von Fr. 504.– abzüglich der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge sowie eine Entschädigung wegen sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung von Fr. 28'293.–, beides nebst Verzugszins zu 5% seit 18. Januar 2011, zu bezahlen. Bezüglich der stationären Poolzulagen wies es die Sache zum Neuentscheid an die Direktion der Spitäler Schaffhausen zurück. Die Kosten des Rekursverfahrens von Fr. 2'000.– auferlegte das kantonale Gericht zu $\frac{4}{5}$ A. und zu $\frac{1}{5}$ der Direktion der Spitäler Schaffhausen. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, die Direktion der Spitäler Schaffhausen sei zu verpflichten, ihm Fr. 322'867.60 Lohn für Überzeitarbeit sowie Fr. 42'646.35 an ambulanten Poolzulagen für die Jahre 2007 bis 2009, beides zuzüglich 5% Zins seit 18. Januar 2011, zu bezahlen. Die Kosten des Rekursverfahrens und des kantonalen Beschwerdeverfahrens seien dementsprechend zu $\frac{1}{10}$ ihm und zu $\frac{9}{10}$ der Direktion Spitäler Schaffhausen aufzuerlegen; zudem habe Letztere ihm für das Rekursverfahren eine angemessene Parteientschädigung und für das vorinstanzliche Verfahren eine solche von Fr. 7'200.– zu bezahlen. Eventuell sei die Sache betreffend Entschädigung für geleisteten Bereitschaftsdienst bzw. betreffend Anspruch auf ambulante Poolzulagen sowie zur Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für die beiden vorangegangenen Verfahren zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Direktion der Spitäler Schaffhausen lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Forderungen aus Bereitschaftsdienst/Überzeitarbeit sowie aus ambulanten Poolzulagen abwies.

3.2 Der angefochtene Entscheid stützt sich auf das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz, PG) vom 3. Mai

2004 und auf die Verordnung über die Arbeitsverhältnisse des Staatspersonals (Personalverordnung, PV) vom 14. Dezember 2004, mithin auf kantonales Recht. Soweit Art. 3 Abs. 2 PG für den Fall, dass das kantonale Recht keine Regelung enthält, die Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss anwendbar erklärt, wird durch die im öffentlichen Recht vorgenommene Verweisung auf das Privatrecht dieses zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens. Es ist nach dessen Regeln anzuwenden und auszulegen. Die übernommenen Normen des Obligationenrechts gelten diesfalls nicht als Bundesprivatrecht, sondern als subsidiäres kantonales Recht, dies mit den bereits dargelegten kognitionsrechtlichen Folgen. Vorliegend sind zudem aufgrund der per 1. Januar 2006 erfolgten Verselbstständigung der Spitäler Schaffhausen das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) und die dazugehörigen Verordnungen, namentlich die Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) anwendbar. Die entsprechenden Bestimmungen sind im vorinstanzlichen Entscheid zutreffend wiedergegeben worden. Darauf kann verwiesen werden.

4.

Der Beschwerdeführer macht zunächst einen Anspruch aus 3'982 Stunden Bereitschaftsdienst/Überzeitarbeit für die Jahre 2005 bis 2008 in der Höhe von Fr. 322'867.60, eventualiter von mindestens Fr. 215'581.– ($\frac{2}{3}$), subeventualiter jedenfalls von Fr. 161'685.80 ($\frac{1}{2}$) geltend.

4.1 Das kantonale Gericht hat diesbezüglich festgestellt, der Beschwerdeführer wohne mit seiner Familie in Winterthur, habe jedoch im sich nicht auf dem Spitalareal befindenden Personalhaus ein grosses Zimmer gemietet, um bei Piketteinsätzen rascher einsatzbereit zu sein. Unter diesen Umständen – so die Vorinstanz – habe es sich nicht um Pikettdienst im Betrieb im Sinne von Art. 15 Abs. 1 ArGV1 gehandelt, so dass die reine Bereitschaftszeit nicht voll als Arbeitszeit anzurechnen und zu entschädigen gewesen sei. Vielmehr hätten gemäss den Regelungen der Spitäler Schaffhausen lediglich die effektiven Einsätze, inklusive Wegzeit, als Arbeitszeit gezählt und entsprechend kompensiert oder entschädigt werden müssen, während die Bereitschaftsdienste ohne Einsätze unabhängig von der Anrechenbarkeit als Arbeitszeit im Sinne von Art. 15 ArGV1 mit einer Pikettenschädigung von Fr. 28.– hätten abgegolten werden dürfen. Aus den bei den Akten liegenden Einsatzplänen der Abteilung Geburtshilfe/Gynäkologie der Jahre 2005 bis 2008 sowie aus den Diensterfassungsblättern der Jahre 2001 bis 2008 – so das kantonale Gericht weiter – werde zusammenfassend im Wesentlichen ersichtlich, an welchen Tagen der Beschwerdeführer auf Pikett gewesen sei, an welchen dieser Tage er zusätzlich zum normalen Tagespensum effektive Einsätze in der Nacht habe leisten müssen, an welchen Wochenenden er Einsätze gehabt habe und an welchen Piketttagen er keinen effektiven Einsatz geleistet habe. Der Beschwerdeführer habe bei der Berechnung der Anzahl Überstunden, wie das kantonale Gericht darlegt, die Pikettdienste zu Unrecht vollumfänglich als

Arbeitszeit gezählt. Wohl könne davon ausgegangen werden, dass er in den Jahren 2005 bis 2008 erhebliche Mehrstunden über die ordentliche Arbeitszeit hinaus geleistet habe, welche er grösstenteils nicht kompensiert habe. Unklar bleibe jedoch, wie viele Stunden auf die Sprechstundentätigkeit entfallen seien, wie weit allfällige Überstunden u.a. durch Poolzulagen bereits abgegolten seien und wie viele Stunden auf effektiv geleistete Piketteinsätze entfielen. Obschon der Beschwerdeführer bereits im Rekursverfahren auf seine Substantiierungspflicht hingewiesen worden sei – so die Vorinstanz – mache er dazu keinerlei näheren Angaben, welche eine Schätzung der Überzeit erlauben würden. Er halte es auch nicht für möglich, diese Umstände heute noch abzuklären. Da somit aufgrund der fehlenden Anhaltspunkte die geleisteten Überstunden nicht einmal geschätzt werden könnten, bestätigte das kantonale Gericht die Abweisung der geltend gemachten Forderung aus Bereitschaftsdienst/Überzeitarbeit.

4.2 Die Einwendungen des Beschwerdeführers lassen die auf einer einlässlichen Würdigung der Sach- und Rechtslage beruhende Beurteilung im angefochtenen Entscheid nicht als bundesrechtswidrig oder gar willkürlich erscheinen:

4.2.1 In der Beschwerde wird zunächst geltend gemacht, der vorinstanzliche Entscheid verstosse gegen Art. 13 ArG und gegen die Rechtsprechung, indem er festhalte, die als Überzeit geleisteten Bereitschaftsstunden dürften mit nur Fr. 28.– pro Pikettschicht anstatt mit Lohn zuzüglich 25% Lohnzuschlag entschädigt werden. Es seien 3'982 Überstunden ausgewiesen, auf welchen der Lohn sowie ein Zuschlag von 25% auszurichten seien. Wie das kantonale Gericht indes zutreffend dargelegt hat, trägt der Beschwerdeführer die Beweislast für die behaupteten Überstunden. Diese sind entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers weder ausgewiesen noch von der Beschwerdegegnerin anerkannt. Vielmehr kam das kantonale Gericht in einlässlicher Würdigung der Einsatzpläne der Jahre 2005 bis 2008 sowie der Dienstverfasserblätter der Jahre 2001 bis 2008 zum Schluss, die geleisteten Überstunden könnten nicht einmal geschätzt werden. Fehlt es bereits am Nachweis der Leistung, ist auf die Frage des Lohnes und des Lohnzuschlages von 25% nicht weiter einzugehen. Daran vermag die Berufung auf die Rechtsprechung, namentlich auf BGE 138 I 356, wonach der Überzeitzuschlag von 25% nicht durch andere Leistungen kompensiert werden könne, nichts zu ändern, da der gesetzlich vorgesehene Lohnzuschlag für Überzeitarbeit allemal den Nachweis geleisteter Überstunden voraussetzt.

4.2.2 Soweit der Beschwerdeführer wiederum geltend macht, der Bereitschaftsdienst habe im Spital geleistet werden müssen und gelte daher als Arbeitszeit, widerspricht diese Behauptung den für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz. Ihnen zufolge konnte der Beschwerdeführer die Pikettdienste ausserhalb des Spitalbetriebs in einer privaten Wohnung erbringen und war lediglich an die 30-Minutenregel gemäss Ziffer 3.3 der Zulagenregelung für Assistenzärzte

der Spitäler Schaffhausen (Betriebsnorm G 2.30, gültig ab 1. April 2005) gebunden. Der Beschwerdeführer konnte sich mithin im 30-Minuten-Rayon rund ums Spital frei bewegen. Zu Recht wurde die Bereitschaftszeit demzufolge nicht als Pikettdienst im Betrieb im Sinne von Art. 15 Abs. 1 ArGV1 und als Arbeitszeit qualifiziert.

4.2.3 Der Beschwerdeführer bringt erneut vor, die geleistete Überzeit sei weder durch Freizeit kompensiert noch entschädigt worden. Da es jedoch – wie bereits dargelegt – am Nachweis der Überstunden fehlt, erübrigt sich die Frage der Kompensation oder Entschädigung. Der Forderung des Beschwerdeführers liegt denn auch nach wie vor die falsche Annahme zugrunde, es sei die gesamte Bereitschaftszeit als Überzeit zu entschädigen, unabhängig davon, wie viele Stunden er in Form effektiver Einsätze geleistet habe.

4.2.4 Wenn der Beschwerdeführer schliesslich eventualiter eine Entschädigung für mindestens die Hälfte der Überstunden, subeventualiter für mindestens einen Drittel beantragt, ist zusammenfassend festzuhalten, dass die gesamte Forderung aus Bereitschaftsdienst/Überzeitarbeit mangels Nachweis der Überstunden ohne Verletzung von Bundesrecht abgewiesen werden konnte.

5.

Im Weiteren beantragt der Beschwerdeführer Fr. 42'646.35 an ambulanten Poolzulagen für die Jahre 2007 bis 2009.

5.1 Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz diesbezüglich auf das Reglement über die ambulanten Pools am Spital B. vom 19. Februar 2001 verwiesen. Sie hat offen gelassen, ob das Reglement neben dem am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Spitalgesetz vom 22. November 2004 noch anwendbar sei, da der Beschwerdeführer jedenfalls gleich zu behandeln sei wie die anderen Ärzte mit derselben Stellung. Das kantonale Gericht hat im Wesentlichen dargelegt, dass die ambulanten Pools für die Fortbildung von Assistenz- und Oberärzten sowie für deren marktgerechte und leistungsabhängige Entlohnung eingesetzt werden. Die Verwendung des Abteilungspools obliege im Rahmen der Zweckbestimmung dem Chefarzt der betreffenden Abteilung, wobei ihm das Poolreglement ein grosses Ermessen belasse. Die Maximallimite für Zahlungen aus dem ambulanten Pool betrage für Oberärzte, zu welchen auch der Beschwerdeführer als Oberarzt i.V. zu zählen sei, Fr. 60'000.– pro Jahr. Die Vorinstanz hat im Weiteren festgehalten, es bestehe nicht jedes Jahr Anspruch auf das Maximum an ambulanten Poolzulagen, und aufgezeigt, dass der Beschwerdeführer unter diesem Titel im Jahr 2005 Fr. 60'000.–, 2006 Fr. 57'029.70, 2007 Fr. 56'270.60, 2008 Fr. 31'083.65 und für die Monate Januar/Februar 2009 keine Zulagen mehr erhalten hat. Aus dem im Rekursverfahren eingereichten Lohnvergleich unter den Oberärztinnen und Oberärzten – so das kantonale Gericht – werde ersichtlich, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 2006 und 2007 zu den bestverdienenden Oberärzten gehört habe und auch im ersten Halbjahr 2008 noch im Mittel-

feld gelegen sei. Die Einbusse im Jahr 2008 lasse sich damit erklären, dass er ab 17. Juni 2008 aus gesundheitlichen Gründen keinen Nachtdienst mehr leisten könne und ab 4. September 2008 freigestellt gewesen sei. In dieser Zeit habe er daher keine besonderen Leistungen mehr erbracht, welche mit Poolzulagen abzugelten gewesen wären; zudem sei aus den Akten ersichtlich, dass das Verhalten des Beschwerdeführers zu Beanstandungen Anlass gegeben habe. Insgesamt erachtete das kantonale Gericht die Festlegung der ambulanten Poolzulagen als im Rahmen des Ermessens liegend. Die Bemessung sei anhand der Akten nachvollziehbar, die massgeblichen Kriterien Marktlöhne, Mitarbeiterbeurteilung sowie geleistete Überzeit seien angemessen berücksichtigt worden und eine Diskriminierung lasse sich aufgrund des Lohnvergleichs ausschliessen.

5.2 Was in der Beschwerde hiegegen vorgebracht wird, vermag die auf einer sorgfältigen Würdigung der Sach- und Rechtslage beruhende, nachvollziehbar begründete Beurteilung der Vorinstanz nicht als willkürlich oder sonst wie bundesrechtswidrig erscheinen lassen:

5.3.

5.3.1 Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, das kantonale Gericht hätte die Angelegenheit bezüglich des Anspruchs auf ambulante Poolzulagen zum Neuentscheid an die Direktion der Spitäler Schaffhausen zurückweisen müssen, wie es dies bezüglich des Anspruchs auf stationäre Poolzulagen getan habe. Dies trifft nicht zu. Die Rückweisung zum Neuentscheid bezüglich der stationären Poolzulagen erfolgte wegen einer Verletzung der Begründungspflicht, da der Lohnvergleich unter Oberärztinnen und Oberärzten gezeigt habe, dass einigen Ärztinnen und Ärzten auch in den Jahren 2006 bis 2008 stationäre Poolzulagen ausbezahlt worden seien, wohingegen unklar geblieben sei, weshalb dem Beschwerdeführer keine ausgerichtet worden seien. Das Argument der Ungleichbehandlung gegenüber andern Oberärzten trifft auf die ambulanten Poolzulagen – wie das kantonale Gericht dargelegt hat – nicht zu und wird auch nicht behauptet.

5.3.2 Soweit der Beschwerdeführer rügt, er habe aus gesundheitlichen Gründen keine Zusatzleistungen mehr erbringen können und werde daher durch die Kürzung der ambulanten Poolzulagen diskriminiert, hat die Vorinstanz zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Zulagen nicht Lohnbestandteil darstellen, sondern leistungsabhängig sind und effektiv erbrachte Sonderleistungen berücksichtigen. Inwiefern dieses System Bundesrecht verletzen sollte, wird nicht vorgebracht und ist nicht ersichtlich. Eine Ungleichbehandlung oder gar eine Diskriminierung läge nur vor, wenn andere Oberärztinnen und Oberärzte ambulante Poolzulagen erhalten hätten ohne Sonderleistungen zu erbringen. Dies wird indes nicht geltend gemacht.

5.3.3 Der Beschwerdeführer bringt sodann erneut vor, die Beschwerdegegnerin habe den Beweis vereitelt, weil sie nicht alle Unterlagen aufgelegt habe. Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung diesbezüglich Bundesrecht oder gar das Willkürverbot

verletzen sollen, wird indes nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Insbesondere wird nicht näher bezeichnet, welche Unterlagen noch hätten aufgelegt werden müssen. Die Abrechnungen über die ambulanten Poolzulagen sind im vorinstanzlichen Verfahren vorgelegen und das kantonale Gericht hat gestützt darauf willkürfrei festgestellt, dass der Beschwerdeführer im Vergleich zu andern Oberärzten überdurchschnittlich hoch entschädigt worden ist. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung hat die Vorinstanz in rechtmässiger antizipierter Beweiswürdigung (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236), ohne den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) zu verletzen, von weiteren Beweiserhebungen abgesehen, da diese keinen neuen relevanten Aufschluss erwarten liessen.

5.3.4 Mit den neu eingereichten Honorarabrechnungen schliesslich will der Beschwerdeführer aufzeigen, dass er dank seiner Leistungen einen hohen Beitrag zur Speisung der Pools geleistet habe. Dabei handelt es sich indes um unzulässige Noven. Inwiefern daraus auf eine Bundesrechtswidrigkeit des Auszahlungssystems geschlossen werden könnte, wird zudem nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

5.4 Zusammenfassend hat das kantonale Gericht nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem es die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Forderungen aus Bereitschaftsdienst/Überzeitarbeit sowie aus ambulanten Poolzulagen abwies. Beim angefochtenen Entscheid hat es mithin, auch was die Kosten- und Entschädigungsfolgen anbelangt, sein Bewenden.

Bundesgericht, Urteil vom 14. April 2016, Doss.-Nr. 4A_565/2015 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2015), in: 142 III 381

Art. 322 und 322d OR; Qualifikation einer Sondervergütung (Bonus). Kriterien, nach denen sich bemisst, ob eine Sondervergütung (Bonus) als Gratifikation i.S. von Art. 322d OR oder als Lohnbestandteil i.S. von Art. 322 OR zu qualifizieren ist (E. 2.1 und 2.2); Feststellung der tatsächlichen Bezüge aus Arbeitsvertrag während der massgebenden Zeitspanne zwecks Beurteilung der Frage, ob das Fünffache des Schweizer Medianlohns überstiegen wird (E. 2.3-2.7).

Art. 322 et 322d CO; qualification d'une rétribution spéciale (bonus). Critères permettant de déterminer si une rétribution spéciale (bonus) doit être qualifiée de gratification au sens de l'art. 322d CO ou d'élément de salaire au sens de l'art. 322 CO (consid. 2.1 et 2.2); constatation de la rémunération effectivement perçue en vertu du contrat de travail pendant la période déterminante pour résoudre la question de savoir si le quintuple du salaire médian suisse est dépassé (consid. 2.3-2.7).

Sachverhalt:

A.

Die A. in Zürich (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) ist eine (...) Bank. Ihr Geschäftsjahr entspricht nicht dem Kalenderjahr, sondern dauert jeweils vom 1. April bis zum 31. März des Folgejahres.

B. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) war bei ihr vom 1. Oktober 2009 bis 31. März 2013 als Senior Private Banker tätig. Gemäss Arbeitsvertrag betrug der Jahreslohn Fr. 219'240.–. Zusätzlich sah der Arbeitsvertrag Bonuszahlungen auf freiwilliger Basis vor.

B.

B.a Mit Klage vom 14. Juni 2014 beantragte der Arbeitnehmer dem Arbeitsgericht Zürich, die Beklagte sei zu verurteilen, (1) ihm den Betrag von Fr. 266'000.– nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen, (2) ihm den Betrag von Fr. 52'500.– nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen, (3) in der Betreuung Nr. x vom 21. Oktober 2013 des Betreibungsamtes Zürich 8 sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen und (4) die Beklagte sei zur Erstattung der Betreuungskosten (Fr. 210.–) und der Kosten des Schlichtungsverfahrens (Fr. 950.–) zu verurteilen.

Der Arbeitnehmer forderte in Ziffer 1 seiner Klage einen Bonus für das Geschäftsjahr 2012/2013, den er aufgrund des Durchschnitts der Boni für die beiden Vorjahre berechnete, und in Ziffer 2 die zweite und dritte Tranche des «Retention Awards» für das Geschäftsjahr 2011/2012.

Mit Urteil vom 26. Januar 2015 wies das Arbeitsgericht Zürich die Klage ab. (...)

B.b Mit Urteil vom 16. September 2015 verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich die Beklagte auf Berufung des Klägers hin, dem Kläger Fr. 128'505.– nebst 5% Zins seit 21. Oktober 2013 zu bezahlen. In diesem Umfang hob das Gericht den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. x des Betreibungsamtes Zürich 8 auf. Im Übrigen wies es die Klage ab. (...)

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2015 sei aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. (...)

Der Beschwerdegegner beantragt in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde, soweit Eintreten. (...)

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdegegner einen Teil seiner Forderungen zugesprochen, die er als Bonus beansprucht. Da der Begriff des Bonus im Obligationenrecht nicht definiert wird, ist im Einzelfall zu prü-

fen, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist (BGE 141 III 407 E. 4 S. 407 ff.).

2.1 Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; BGE 129 III 276 E. 2 S. 278). Freiwilligkeit ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (Urteil 4A_28/2009 vom 26. März 2009 E. 2.3 mit Hinweis). Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 139 III 155 E. 3.1 S. 156 mit Hinweisen).

Aus den Feststellungen im angefochtenen Urteil ergibt sich und die Parteien stellen nicht in Frage, dass die Ausrichtung des im Arbeitsvertrag vorgesehenen Bonus vorliegend ins Ermessen der Beschwerdeführerin gestellt war, ohne dass bestimmte Kriterien für die Auszahlung festgesetzt worden wären. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass der Bonus als freiwillige Zahlung vereinbart wurde.

2.2 Ob eine derart ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Vergütung eine Gratifikation i.S. von Art. 322d OR darstellt, hängt nach der Rechtsprechung freilich weiter von der Höhe des Gesamteinkommens aus Arbeitsvertrag und allenfalls vom Verhältnis der freiwilligen Vergütung zum vereinbarten Lohn ab:

2.2.1 Um den Charakter einer Sondervergütung zu wahren, muss eine Gratifikation gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen. Denn dem Arbeitgeber soll es verwehrt sein, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten (BGE 139 III 155 E. 5.3 S. 158 f.). Daher kann es sich auch bei einem Bonus, dessen Ausrichtung nach der Vereinbarung der Parteien ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellt ist, um einen (variablen) Lohnbestandteil handeln, wenn sich die entsprechende Vergütung nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist. Unter dem Blickwinkel der Akzessorietät kann bei niedrigen Gesamteinkommen bereits ein im Verhältnis zum Lohn geringerer Bonus den Charakter eines (variablen) Lohnbestandteils aufweisen, da bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung hat, als bei einem hohen Einkommen. Bei mittleren und höheren Gesamteinkommen kann ein im Verhältnis zum Lohn sehr hoher Bonus, ein gleich hoher oder ein den Lohn übersteigender Bonus, der regelmässig bezahlt wird, trotz vereinbarter Freiwilligkeit ausnahmsweise einen (variablen) Lohnbestandteil darstellen.

Die entsprechende Grenze kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und dem freiwilligen Bonus liegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen: BGE 141 III 407 E. 4.3.1 S. 408 f.; BGE 139 III 155 E. 3.2 S. 156 f.; BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 621; BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.).

2.2.2 Wenn der Arbeitnehmer hingegen ein sehr hohes Gesamteinkommen erzielt, das seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet bzw. die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein entscheidendes Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (BGE 141 III 407 E. 4.3.2 S. 409 m.H.). Diesfalls entfällt die Akzessorieitätsprüfung und eine ins Ermessen der Arbeitgeberin gestellte freiwillige Vergütung ist in jedem Fall als Gratifikation zu qualifizieren, auf die kein Anspruch besteht, sofern der Arbeitnehmer auch ohne den umstrittenen Bonus ein sehr hohes Einkommen aus der gesamten Entschädigung für seine Arbeitstätigkeit erzielt. Als sehr hohe Entschädigung wird ein Einkommen aus Arbeitsvertrag angesehen, das den fünffachen Medianlohn übersteigt (BGE 141 III 407 E. 5 S. 409 ff.). Um die – tatsächliche – Entschädigung festzustellen, die ein Arbeitnehmer insgesamt aus Arbeitsvertrag bezieht, stellt das Bundesgericht nicht darauf ab, wofür die Zahlung erfolgt. Es kommt nicht darauf an, ob die tatsächlich erzielten Bezüge regelmässige oder einmalige Lohnzahlungen sind, ob es sich um Zahlungen für besondere Projekte oder Anstrengungen, (andere) Gratifikationen, Prämien zu irgendwelchen Anlässen oder anderes handelt; es ist nicht entscheidend, unter welchem Titel oder unter welcher Bezeichnung sie bezahlt werden. Es kommt daher auch nicht darauf an, für welche Zeitperiode sie erfolgen bzw. für welches Geschäftsjahr sie nach der Parteivereinbarung bestimmt sind. Für die Höhe des Lohnes im vorliegenden Zusammenhang sind allein die tatsächlichen Einkünfte im Zeitpunkt ihrer Realisierung massgebend. Es ist daher zur Feststellung der Bezüge aus Arbeitsvertrag während der massgebenden Zeitspanne rein tatsächlich zu ermitteln, welche Einnahmen dem Arbeitnehmer während dieser Zeit aus Arbeitsvertrag zugeflossen sind (BGE 141 III 407 E. 6 S. 416 f.).

2.3 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz festgestellt, dass das Geschäftsjahr der Beschwerdeführerin jeweils von Ende März bis zum 1. April des Folgejahres dauerte. Beide Parteien gehen davon aus, dass jeweils die Bezüge einem Geschäftsjahr zuzuordnen seien, um zu ermitteln, ob die Gesamtvergütung des Beschwerdegegners aus Arbeitsvertrag das Fünffache des Medianlohnes erreicht oder übersteigt. Dies entspricht der Praxis nicht. Danach ist vielmehr auf den Zeitpunkt des effektiven Geldzuflusses abzustellen zur Beurteilung, ob in einem bestimmten Zeitraum die Grenze des sehr hohen Einkommens erreicht oder überschritten ist. Der Rechtstitel, unter dem die Zahlung erfolgt, ist nur für die Frage entscheidend, ob die dem Arbeitnehmer zugeflossenen Mittel aus Arbeitsvertrag stammen. Sonst spielt keine Rolle, wofür der Arbeitnehmer die geldwerten

Leistungen erhält. Für die Ermittlung des massgebenden Einkommens aus Arbeitsvertrag ist nicht die Zuordnung einer Zahlung zu einem Geschäftsjahr, sondern der Zeitpunkt der Zahlung erheblich.

2.4 Der massgebliche Zeitraum zur Beurteilung, ob ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag ein sehr hohes Einkommen erzielt, bestimmt sich in der Regel nach einem Jahreslohn (BGE 141 III 407 E. 5.3.1 S. 412). Im erwähnten publizierten Urteil vom 11. August 2015 wurde das Einkommen ermittelt, das dem Arbeitnehmer während des letzten halben Jahres vor der Beendigung des Arbeitsvertrages per Ende Juni zugeflossen war. Diese Einkünfte überschritten die Grenze des sehr hohen Einkommens, während der Arbeitnehmer in diesem Fall früher noch höhere Einkünfte erzielt hatte; es stand daher nicht in Frage, dass auch die Einkünfte der letzten sechs Monate vor Ende des Arbeitsvertrages aussagekräftig waren. Vorliegend fällt das Ende des Arbeitsvertrages mit dem Ende eines Geschäftsjahres der Arbeitgeberin zusammen. Es ist daher ohne weiteres auf die gesamten Einkünfte des Beschwerdegegners im letzten Jahr vor Vertragsbeendigung abzustellen zur Beurteilung, ob er ein sehr hohes Einkommen aus Arbeitsvertrag erzielte. Denn es besteht kein Grund, an der Aussagekraft dieser Einkünfte zu zweifeln.

2.5 Die Vorinstanz stellt im angefochtenen Urteil fest, welche Boni jeweils für ein Geschäftsjahr ausgezahlt wurden und rechnet die entsprechenden Zahlungen dem Geschäftsjahr zu, für das sie nach der Vereinbarung bezahlt wurden. Der Zeitpunkt der Zahlungen wird im angefochtenen Urteil nicht festgestellt; vielmehr wird nicht unterschieden zwischen Zahlungen «für» ein Geschäftsjahr und «in» einem Geschäftsjahr. Es kann jedoch davon abgesehen werden, die Sache zur Neuurteilung zurückzuweisen, denn es ergibt sich aus den Akten und wird auch vom Beschwerdegegner in der Antwort nicht in Frage gestellt, dass der Bonus für das Geschäftsjahr 2011/2012 erst nach Ablauf dieses Geschäftsjahres tatsächlich bezahlt wurde – auch wenn der Beschwerdeführer selbst zuweilen die tatsächlich erfolgten Zahlungen «in» einem Geschäftsjahr mit den «für» das Geschäftsjahr ausgerichteten Zahlungen gleichsetzt. Aus der der Antwort beigefügten Beilage 3 ergibt sich eindeutig, dass die Auszahlung des Bonus «für» das Geschäftsjahr 2011/2012 am 25. Juni 2012 erfolgt ist, was mit der Feststellung im Urteil des Arbeitsgerichts übereinstimmt, wonach dem Beschwerdegegner der Bonus «für» das Geschäftsjahr 2011/2012 im Umfang von Fr. 214'480.– im Juni 2012 überwiesen wurde. Neben dem unbestrittenen Grundlohn von Fr. 239'220.– nahm der Beschwerdegegner daher in der hier massgebenden Zeit vom 1. April 2012 bis 31. März 2013 unter dem Titel «Bonus für das Geschäftsjahr 2011/2012» im Juni 2012 weitere Fr. 214'480.– (sowie im Dezember 2012 Fr. 30'000.–) ein. Die tatsächlichen Einnahmen des Beschwerdegegners im letzten Jahr vor Beendigung seines Vertrages mit der Beschwerdeführerin beliefen sich damit auf Fr. 483'700.–. Dieser Betrag übersteigt den fünffachen Medianlohn in der von keiner Partei in Frage gestellten Höhe von Fr. 367'725.–.

2.6 Die Einnahmen, welche der Beschwerdegegner im letzten Jahr seiner Tätigkeit vor Beendigung des Arbeitsvertrages tatsächlich aus dem Arbeitsverhältnis erzielte, übersteigen das Fünffache des schweizerischen Medianlohnes. Die Vergütung, die der Beschwerdegegner für seine Arbeitstätigkeit bei der Beschwerdeführerin tatsächlich unabhängig vom umstrittenen Bonus erhielt, war sehr hoch. Unter diesen Umständen hat der Beschwerdegegner keinen Anspruch auf die im Arbeitsvertrag in Aussicht gestellte freiwillige Leistung. Die Frage nach der Akzessorietät, also ob der als freiwillige Leistung vereinbarte Bonus aufgrund der Gestaltung und Handhabung der Entlohnung (namentlich wegen dessen verhältnismässiger Höhe zum Grundlohn) als (variabler) Lohnbestandteil zu qualifizieren ist, stellt sich nicht.

2.7 Der Beschwerdegegner hat aufgrund seiner sehr hohen Einkünfte aus dem Arbeitsvertrag mit der Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf die Bezahlung des als freiwillige Leistung der Arbeitgeberin vereinbarten Bonus. Die Klage ist abzuweisen. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 25. April 2016, Doss.-Nr. 2C_739/2015 (Aufhebung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015), in: BGE 142 II 243

Art. 3 lit. a, Art. 33 FINMAG; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 35, Art. 61 VwVG; Art. 9 Abs. 2 aBankV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II. Verfahren auf Erlass eines finanzmarktrechtlichen Berufsverbots; Selbstbelastungsverbot.

Eine im Verfahren gegen die Beaufichtigte ergangene Verfügung kann der für die Beaufichtigte tätigen oder tätig gewesenen natürlichen Person im anschliessend gegen sie geführten Verfahren nicht im Sinne einer rechtskräftig beurteilten Vorfrage entgegengehalten werden (E. 2). Anforderungen an die Begründungsdichte im Falle von aufsichtsrechtlich relevanten Unterlassungen (E. 3.1). In auf Auferlegung eines Berufsverbots gerichteten Verfahren kann auf Aussagen abgestellt werden, welche die natürliche Person im gegen die Beaufichtigte geführten Verfahren getätigt hat: Das Selbstbelastungsverbot steht einer Verwertung dieser Aussagen nicht entgegen, weil das Berufsverbot hinsichtlich seiner Art und Schwere eine wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und nicht eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist (E. 3.2-3.4).

Art. 3 let. a, art. 33 LFINMA; art. 29 al. 2 Cst.; art. 35, art. 61 PA; art. 9 al. 2 aOB; art. 6 par. 1 CEDH; art. 14 par. 3 let. g Pacte Onu II. Procédure relative à une interdiction d'exercer dans le domaine des marchés financiers; principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même.

Une décision prononcée à l'encontre d'une entité assujettie à surveillance n'est pas opposable, en tant que décision préjudicielle entrée en force, à une personne physique qui travaille ou a travaillé pour l'entité assujettie et qui fait, par la suite, l'objet d'une procédure distincte (consid. 2). Exigences quant au degré de motivation en cas d'omissions qui relèvent du droit de la surveillance (consid. 3.1). Les déclarations qu'une personne physique a faites dans le cadre de la procédure dirigée contre l'entité assujettie peuvent être prises en compte dans la procédure visant à prononcer une interdiction d'exercer: le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même ne s'oppose pas à l'utilisation de ces déclarations, car l'interdiction d'exercer constitue, en ce qui concerne sa nature et sa gravité, une mesure de police économique qui restreint la liberté économique et non pas une sanction pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (consid. 3.2-3.4).

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Verfügung vom 30. August 2013 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) fest, dass die Bank X. AG (zum Urteilszeitpunkt: X. Administration AG; nachfolgend: Bank X.) aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 sowie die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen betreffend die Organisation und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit schwer verletzt hatte. Dieser Teil des Verfügungsdispositivs blieb unangefochten. Die Bank X. hat ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und wurde aus der Aufsicht entlassen.

A.b Am 30. September 2013 eröffnete die FINMA im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank X. gegen deren zwischen 2008 und November 2012 amtierenden CEO, A., ein eingreifendes Verwaltungsverfahren. Mit Verfügung vom 4. Juli 2014 untersagte die FINMA A. die Ausübung einer leitenden Stellung bei einem von ihr Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft der Verfügung (Berufsverbot, Dispositivziffer 1). Sämtliche Informationen und Unterlagen aus dem gegen A. und gegen die Bank X. geführten Verfahren wie auch die Tatsache, dass diese Verfahren geführt würden, dürften nur mit vorgängiger Zustimmung der FINMA Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden (Zustimmungserfordernis; Dispositivziffer 2). Für den Fall der Widerhandlung gegen die Dispositivziffern 1 und 2 verwies die FINMA auf Art. 48 FINMAG und die darin enthaltene Strafan drohung (Dispositivziffer 3). Einer allfälligen Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung entzog die FINMA die aufschiebende Wirkung und erklärte diesen Teil des Dispositivs für sofort vollstreckbar (Disposi-

tivziffer 4). Die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.– wurden A. auferlegt (Dispositivziffer 5).

B.

Mit Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte A. deren vollständige Aufhebung sowie die Einstellung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei festzustellen, dass seitens A. im US-Kundengeschäft der Bank X. keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe. Er ersuchte um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht verwies die Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung der FINMA (Zustimmungserfordernis) vom 4. Juli 2014 in ein separates Verfahren (vgl. BGE 141 I 201 zur analogen Verfügung gegen die Bank X. & Co. AG). Mit Teilurteil vom 29. Juni 2015 (B-5041/2014) wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A. gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014, Dispositivziffer 1 (Berufsverbot), und Dispositivziffer 5 (Verfahrenskosten) ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. September 2015 an das Bundesgericht beantragt A., das Teilurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015 sei kostenfällig aufzuheben. Es sei festzustellen, dass seitens von A. im US-Kundengeschäft der Bank X. keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe.

Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtet. Die FINMA schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer rügt, das angefochtene Teilurteil verletze Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und der rechtserhebliche Sachverhalt sei unrichtig festgestellt worden (Art. 97 BGG). Seine aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II (SR 0.103.2) abgeleiteten Rechte, in einem Strafverfahren schweigen zu können und sich nicht selbst belasten zu müssen, habe die Vorinstanz dadurch missachtet, dass sie seine unter Verletzung dieser Bestimmungen gemachten Aussagen im Verfahren gegen seine Arbeitgeberin, die Bank X., im vorliegenden Verfahren gegen ihn verwendet habe. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sei deswegen verletzt, weil die Vorinstanz die beantragte Befragung von Entlastungszeugen verweigert habe. Die Vorinstanz habe ausserdem Art. 33 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) unzutreffend ausgelegt und angewendet sowie ihre Kognition nicht ausgeschöpft, womit sie gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossen habe.

Ebenso seien sein verfassungsmässiger Anspruch auf Behandlung nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) und auf Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 Abs. 1 BV) missachtet worden, indem ihm ohne schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ein Berufsverbot auferlegt worden sei, welches ihn in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Finanzsektor einschränke.

2.1 Gegenstand des vorliegenden bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens ist gemäss den Beschwerdeanträgen und dem Dispositiv des angefochtenen Urteils (BGE 136 II 165 E. 5 S. 174; Urteil 2C_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3) das mit Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014 gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 30'000.–.

2.2 In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht (Art. 3 lit. a FINMAG) kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen (Art. 33 FINMAG; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 13 zu Art. 33 FINMAG; DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014 S. 1203). Abzugrenzen ist das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG insbesondere vom Gewährserfordernis als gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) durch die oder den Beaufsichtigten dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung (vgl. zu den Anwendungsbereichen von Art. 33 FINMAG bzw. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG Botschaft des Bundesrates vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2882 zu Art. 33; UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011 S. 439; GUILLAUME BRAIDI, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 2013 S. 210; GRAF, a.a.O., S. 1199 ff., HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 15 zu Art. 33 FINMAG; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCH/EYMANN/AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 229 ff.; ZULAUF, Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, FINMA-Bulletin 2/2013 S. 17 ff.). Die Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs der Norm von Art. 33 FINMAG setzt nicht voraus, dass die mit einer Sanktion zu belegenden Person in einer bestimmten Beziehung zu einer oder einem Beaufsichtigten steht, weshalb das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden kann (BRAIDI, a.a.O., S. 205; UHLMANN, a.a.O., S. 448, unter Verweis auf die Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882 zu Art. 33).

2.3 Zu prüfen ist rügegenäss, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) erfüllt sind. Hinsichtlich der Voraussetzung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen steht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (angefochtenes Urteil E. 3.5.3.4 und E. 3.5.3.5), der Umstand, dass die Beaufichtigte die an sie gerichtete Verfügung der FINMA vom 30. August 2013 mit Bezug auf die Feststellung, sie (die Bank X.) habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 schwer verletzt, innert Frist nicht angefochten hat, einer Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) im nachfolgend gegen die natürliche, für die Beaufichtigte tätig gewesene Person geführten Verfahren, nicht entgegen. Eine in einem erneuten Verfahren verbindlich zu beachtende materiell rechtskräftig beurteilte Vorfrage würde nur im Falle einer Entscheidung zwischen denselben Parteien vorliegen (zum Begriff der materiellen Rechtskraft BGE 139 III 126 E. 3.1 S. 128 f.; BGE 123 III 16 E. 2a S. 18 f.; zur Bindung inter partes von Beschwerdeentscheiden CAMPRUBI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, N. 24 zu Art. 61 VwVG). Zutreffend ist, dass die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person (Art. 33 FINMAG) rechtfertigt, der Beaufichtigten und nicht der natürlichen Person selbst obliegt, weswegen diese Pflichtverletzung auch in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufichtigte (Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) selbst beurteilt wird; dieser Umstand, welcher im System der Institutsaufsicht begründet liegt, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die natürliche, für die Beaufichtigte tätige (oder tätig gewesene) Person nicht Partei jenes Verfahrens war und ihr somit der gegen die Beaufichtigte ergangene Entscheid unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden kann (zum Adressaten aufsichtsrechtlicher Verfügungen vgl. Urteil 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 12 zu Art. 33 FINMAG).

2.4 Die Vorinstanz hat aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung im vorinstanzlichen Verfahren das Vorbringen des Beschwerdeführers ungeprüft gelassen, der durch ihn (aktiv oder passiv) bewirkte Zustand bei der Bank X. könne nicht als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG qualifiziert werden, was die in den Art. 29 ff. VwVG (SR 172.021) spezialgesetzlich verankerte, aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) fließende Berücksichtigungspflicht rechtserheblicher Vorbringen der Parteien (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGE 124 I 241 E. 2 S. 242; Urteil 4A_140/2009 vom 12. Mai 2009 E. 3.1; STEINMANN, Die schweizerischen Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 49 zu Art. 29 BV; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, N. 83 Art. 29 VwVG) verletzt und angesichts von

Art. 49 lit. a VwVG einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt (zur Garantie der ordnungsgemässen Anwendung des Verfahrensrechts durch Art. 29 Abs. 1 BV, STEINMANN, a.a.O., N. 20 zu Art. 29 BV). Auf Grund der Bedeutung, welche dem materiellen Recht (vorliegend Art. 33 FINMAG) für die Qualifikation eines Sachverhaltselements als rechtserheblich zukommt (BGE 136 II 65 E.1.4 S. 68; BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62), hat sie denn auch den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig erhoben. Zwar kann das Bundesgericht die Anwendung und Auslegung von Art. 33 FINMAG als Bundesrecht frei prüfen (Art. 95 lit. a BGG) und auch den dafür rechtserheblichen Sachverhalt ergänzen, soweit er nicht aus dem angefochtenen Entscheid hervorgeht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Es ist dazu jedoch nicht verpflichtet. Die bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts ist eher die Ausnahme und kommt vor allem bei untergeordneten Unvollständigkeiten zum Tragen; es ist nicht Aufgabe des in erster Linie der Rechtskontrolle verpflichteten Bundesgerichts, umfassende Sachverhaltsabklärungen selber vorzunehmen (BGE 133 IV 293 E. 3.4.2 S. 295; Urteil 2C_433/2013 vom 6. Dezember 2013 E. 2.1, nicht publ. in BGE 140 II 102). Der Beschwerdeführer hat bereits im Verfahren vor der Vorinstanz bestritten, dass die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und dies mit zahlreichen Vorbringen begründet: nur ein geringer Teil der Gelder von US-Kunden sei unbesteuert gewesen, die Bank habe nicht aggressiv um US-Kunden geworben, für US-Kunden seien keine Wertchriften betreut worden, die Annahme unbesteuerteter Gelder sei nach geltendem schweizerischem Aufsichtsrecht nicht untersagt gewesen; er habe bereits ab dem Jahr 2009 risikominimierende Massnahmen ergriffen; die dem US-Kundengeschäft inhärenten Risiken seien durch das interne Kontrollsystem der Bank wie auch durch die bankengesetzliche externe Revisionsstelle laufend evaluiert und als angemessen beurteilt worden; die Bank habe die Grundzüge zum Risikomanagement eingehalten; auch die FINMA, welcher sämtliche Fakten bekannt gewesen seien, habe im August und im September 2011 keine Anzeichen für eine Pflichtverletzung erkennen können; die FINMA habe ihre Einschätzung erst anfangs des Jahres 2012 geändert, weshalb der Vorwurf, die Bank habe vorher aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt, auf einem Rückschaufehler beruhe. Die Vorinstanz ist jedoch vom Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung durch die Bank ausgegangen und hat nur noch das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers beurteilt. In diesem Zusammenhang hat sie sich zwar teilweise auch zum Verhalten der Bank als solcher geäussert; sie hat aber nicht systematisch die Vorbringen des Beschwerdeführers, die sich auf das Verhalten der Bank bezogen haben, geprüft und beurteilt. Insbesondere hat sie auch die beantragte Befragung von Vertretern der FINMA mit dem Argument abgewiesen, dieser Beweisanspruch beziehe sich vorwiegend auf die Frage der Verletzung durch die Bank (angefochtenes Urteil, E. 6). Für die aufgrund des Gesagten hier vorzunehmende Beurteilung, ob die Bank im massgeblichen Zeitraum aufsichtsrechtliche Pflichten schwer

verletzt hat, kann jedoch die Befragung von Vertretern der FINMA nicht von vornherein als unerheblich betrachtet werden. Insgesamt hat somit die Vorinstanz ein rechtserhebliches Tatbestandselement von Art. 33 FINMAG (vgl. dazu oben, E. 2.2) ungeprüft gelassen, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet erweist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

3.1 Anlässlich der Redaktion des neuen Urteils wird die Vorinstanz auch die Vorgaben von Art. 61 VwVG zu beachten haben (Art. 2 Abs. 4 VwVG; Art. 37 VGG [SR 173.32]). Gemäss Art. 61 Abs. 2 VwVG enthält ein Beschwerdeentscheid insbesondere die Gründe rechtlicher und tatsächlicher Art sowie das Dispositiv. Liegt der zentrale Vorwurf, welcher gegen eine Verfahrenspartei erhoben wird, wie im vorliegenden Fall, in einer Unterlassung – dem Beschwerdeführer wurde (ungeprüft, vgl. dazu oben, E. 2.3) zusammenfassend entgegengehalten, trotz hinreichender Anhaltspunkte für die prekäre Risikolage der Bank und unter Berücksichtigung eines Positionspapiers der FINMA keine eigene Risikoanalyse erstellt, die Risiken bei Geschäftsleitungssitzungen nicht thematisiert, geeignete Massnahmen nicht getroffen, den Verwaltungsrat nicht konfrontiert und keine entsprechenden Entscheide eingeholt zu haben (angefochtenes Urteil, E. 3.6.10, S. 22 f.) – gilt zu beachten, dass auch aufsichtsrechtlich nur pflichtwidrig nicht vorgenommene Handlungen für den Erlass eines Berufsverbots relevant sein können. Eine schwere Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht kann demnach durch eine Unterlassung nur begründet werden, wenn ein Beaufsichtigter eine Handlung, welche durch das Aufsichtsrecht geboten ist, unterlässt. Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist: Gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht nach den (in Art. 1 FINMAG aufgezählten) schweizerischen Finanzmarktaufsichtsgesetzen aus (ZULAUF, «Weissgeldstrategie» für das Schweizer Private Banking?, in: Vermögensverwaltung VI, 2013, S. 17). Die Pflicht zur Erfassung, Begrenzung und Überwachung der dem Cross-border Geschäft inhärenten Risiken ergibt sich denn auch nicht aus ausländischem, sondern aus inländischem Recht (für die massgebliche Zeitperiode Art. 9 Abs. 2 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [aBankV; AS 1972 821]; vgl. diesbezüglich BIZZOZERO/ROBINSON, *Activités financières cross-border vers et depuis la Suisse*, 2010, S. 132 ff., S. 141 ff.; BIZZOZERO/ROBINSON, *Cross-border Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz*, 2011, S. 138 ff., S. 153 ff.). Ein allgemeiner Hinweis darauf, die Bank sei ab Herbst 2008 im Zusammenhang mit dem US-Kundengeschäft ihrer Pflicht, die dem Bankgeschäft inhärenten Risiken (vorab rechtliche Risiken

und Reputationsrisiken) angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen, nicht nachgekommen, reicht dafür angesichts der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungsdichte (BGE 111 Ia 2 E. 4b S. 4 f.; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVg], 2008, N. 12 zu Art. 35 VwVG) nicht aus. Für eine im Sinne von Art. 61 VwVG ausreichende, den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art. 29 Abs. 2 BV) genügende Begründung ist detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fließt und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat (zu Unterlassungen im Aufsichtsrecht ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHÉ/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 242); im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 aBankV ist insbesondere für jedes Risiko gesondert darzulegen, inwiefern die Verfahrenspartei dieses hätte erkennen, erfassen und wie begrenzen müssen.

3.2 Für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts kann die Vorinstanz, wie sie im angefochtenen Urteil zutreffend erkannt hat, ohne Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II insbesondere auf im Verfahren gegen die Beauftragte getätigten Aussagen des Beschwerdeführers abstellen.

3.3 Wird gegen eine Person eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erhoben, fließt aus dieser konventionsrechtlichen Garantie das Recht des Beschuldigten zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (Selbstbelastungsverbot). Aus dem Recht des Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen müssen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden sind. Nach der inhaltlich mit derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) (EGMR-Urteil Weh gegen Österreich vom 8. April 2004 [Nr. 38544/97] § 44 f.; Nichtzulassungsentscheid Allen gegen Vereinigtes Königreich vom 10. September 2002 [Nr. 76574/01]) übereinstimmenden Praxis des Bundesgerichts (BGE 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.) ist im Lichte der konventionsrechtlichen Garantien bei strafrechtlichen Anklagen nicht jede Pflicht unzulässig, Informationen zur Verfügung stellen zu müssen, die auch eine Strafsanktion nach sich ziehen können; untersagt ist vielmehr die «improper compulsion» («coercition abusive»), d.h. eine missbräuchlich bzw. unverhältnismässig ausgeübte Form von Zwang (EGMR-Urteile Martinen gegen Finnland vom 21. April 2009 [Nr. 19235/03] § 60; Murray gegen Vereinigtes Königreich vom 8. Februar 1996 [Nr. 18731/91], Recueil CourEDH 1996-I S. 30 § 45 f.; vgl. BGE 140 II 384 E. 3.3.2 S. 390 f.; BGE 138 IV 47 E. 2.6.1 S. 51 f.; BGE 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.).

3.4 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet

oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (vgl. zu den Engel-Kriterien ausführlich BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22). Das gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot hat seine Rechtsgrundlage in Art. 33 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (Art. 5 FINMAG; zur wirtschaftspolizeilichen Natur des Finanzmarktaufsichtsrechts vgl. anstatt vieler KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, vom 4. August 2014, www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37802.pdf, [besucht am 10. Mai 2016], N. 30). Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848, 2882 zu Art. 33) ist diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren (UHLMANN, a.a.O., S. 442; BRAIDI, a.a.O., S. 216; GRAF, a.a.O., S. 1201; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 5 f., N. 8 und 10 zu Art. 33 FINMAG; vgl. auch für die gesetzgeberischen Vorarbeiten Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission Zimmerli [Expertenbericht ZIMMERLI], S. 13 f., S. 22 f., www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2004.html, unter: Bericht über die Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht; zu den repressiven Sanktionen als eine Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen anstatt vieler JAAG/HÄGGI, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 5 zu Art. 41 VwVG). Ihrer Natur nach richtet sie sich denn auch nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 33 FINMAG; zur vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigten Durchbrechung des Prinzips der Institutsaufsicht für den Geltungsbereich von Art. 33 FINMAG anstatt vieler HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 9 zu Art. 33 FINMAG; widersprüchlich NIGGLI/MAEDER, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht [FINMA], Strafprozessuale Garantien im Verwaltungsrecht, Jusletter 7. März 2016 Rz. 12, 16, 49; zur Entstehungsgeschichte von Art. 33 FINMAG vgl. insbesondere den Expertenbericht ZIMMERLI, S. 13 f., S. 22 f., S. 33 f.). Nicht in Abrede zu stellen ist, dass selbst ein zeitlich befristetes Berufsausübungsverbot die freie Berufswahl des vom Verbot Betroffenen empfindlich zu tangieren vermag; diese Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten qualifiziert jedoch hinsichtlich ihrer Art und Schwere vorab als eine polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV; BGE 135 I 130

E. 4.2 S. 135; BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40 f.) und nicht als eine Vergeltung begangenen Unrechts (Urteil des EGMR vom 19. Februar 2013 Müller-Hartburg gegen Österreich [Nr. 47195/06], § 48; Urteile 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3; 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.5; ebenso UHLMANN, a.a.O., S. 442, S. 446; a.A. BRAIDI, a.a.O., S. 216 ff., GRAF, a.a.O., S. 1202 f.; NIGGLI/MAEDER, a.a.O., N. 46 ff.). Unter diesem Aspekt erweist sich das von der FINMA gegen bei einer Beaufsichtigten in leitender Stellung tätige Personen verhängte Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG als identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot, welches die Aufsichtskommission aus Gründen des Publikumschutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (BGE 139 II 173 E. 1 S. 179; BGE 125 I 417 E. 5a S. 426; BGE 123 I 12 E. 2c/aa S. 16 f.) als Disziplinar-massnahme gegen eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt aussprechen kann (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA [SR 935.61]), und unterscheidet sich substantiell von Sanktionen, welche unter Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die Sicherstellung eines Anstaltsbetriebs bzw. die Aufrechterhaltung einer Hausordnung bezwecken (jedoch ebenfalls als Disziplinar-massnahmen qualifizieren, BGE 125 I 104 E. 3 S. 109 ff.). Gilt das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II, finden die aus diesen Bestimmungen abgeleiteten Garantien (oben E. 3.3) keine Anwendung. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 mai 2016, Doss.-No 4A_694/2015 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 28 août 2015 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Art. 336 CO. La résiliation ordinaire est abusive lorsque l'employeur la motive en accusant le travailleur d'un comportement contraire à l'honneur, s'il apparaît que l'accusation est infondée et que, de plus, l'employeur l'a élevée sans s'appuyer sur aucun indice sérieux et sans avoir entrepris aucune vérification; au regard de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur viole alors gravement son devoir de protéger la personnalité du travailleur (c. 2.2). La résiliation ordinaire n'est pas abusive du seul fait qu'en définitive, le cas échéant, l'accusation élevée contre le travailleur se révèle infondée ou ne peut pas être confirmée; l'abus suppose en effet, de surcroît, que l'employeur ait accusé le travailleur avec légèreté, sans justification raisonnable (c. 2.3).

Lorsque l'employé est accusé de vol par un tiers, l'employeur doit s'efforcer de vérifier les faits dénoncés. Il n'est non plus guère discutable qu'au regard de l'art. 328 al. 1 CO, le travailleur doit pouvoir

équitablement défendre sa position lorsque son honneur est compromis. Pour le surplus, les démarches à accomplir par l'employeur ne sauraient être envisagées de manière abstraite et absolue; elles dépendent au contraire des circonstances concrètes de chaque cas (c. 2.4).

Dans le contexte «sensible» d'un établissement médico-social, un vol commis par un membre du personnel et au préjudice d'un résident est un événement grave. Le licenciement d'une employée en raison d'une grave accusation de vol, sur la base d'une dénonciation sujette à caution, sans avoir procédé à toutes les vérifications qui s'imposaient, et sans avoir mis cette travailleuse en mesure de défendre efficacement sa position et son honneur constitue un licenciement abusif, contraire aux art. 328 al. 1 et 336 al. 1 CO (c. 4.2).

Extraits des faits:

La Fondation Z. exploite un établissement médico-social à Renens. X. est entrée à son service dès le 2 décembre 2002, d'abord en qualité d'aide-infirmière, puis d'auxiliaire de santé à temps complet. Au mois d'avril 2013, son salaire mensuel brut s'élevait à 4'724 francs. Le 22 de ce mois, l'employée fut appelée dans le bureau du directeur. En présence de deux cadres-infirmiers, celui-ci l'interrogea au sujet d'un vol d'argent qu'un résident de l'établissement, U., disait avoir récemment subi.

Par lettre du même jour, la Fondation a licencié l'employée avec effet au 31 juillet 2013 et elle l'a incontinent libérée de l'obligation de travailler. Le congé était motivé par le vol que U. avait dénoncé: «... à la suite des accusations de vol portées à votre encontre par un résident, après l'avoir entendu et après un entretien pour entendre vos explications, nous avons formé notre conviction et le lien de confiance est définitivement rompu.» L'employée a répondu pour contester cette accusation; plus tard, le 31 juillet 2013, elle a formé opposition au congé, qu'elle tenait pour abusif. Sur plainte de U., une enquête pénale a été ouverte contre X. Par ordonnance du 15 septembre 2014, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a classé cette affaire au motif que l'accusation était contestée, que plusieurs personnes se trouvaient sur le lieu du vol et qu'aucune mesure d'instruction ne paraissait apte à orienter les recherches.

Dans l'intervalle, le 28 novembre 2013, X. avait intenté action à la Fondation Z. devant le Tribunal de prud'hommes du même arrondissement. La défenderesse devait être condamnée à payer 30'000 fr. à titre d'indemnités diverses, en particulier pour licenciement abusif. Le tribunal s'est prononcé le 28 octobre 2014. Accueillant partiellement l'action, il a condamné la défenderesse à payer 19'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts. Le tribunal a notamment retenu que l'accusation portée contre la demanderesse n'était pas justifiée. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a statué le 28 août 2015 sur l'appel de la défenderesse. Elle a accueilli l'appel et rejeté l'action. Selon la Cour,

cette partie-ci a motivé le licenciement de l'autre partie par les indices sérieux d'un vol perpétré par elle, de sorte que ce congé n'est pas abusif.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la demanderesse requiert le Tribunal fédéral de confirmer le jugement prud'homal.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail de durée indéterminée, librement résiliable par chacune d'elles conformément à l'art. 335 al. 1 CO, moyennant le respect du délai et du terme de congé convenus ou légaux.

2.1 La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, lesquelles se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514/515; 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 539 in medio). Lorsque l'une des parties a résilié abusivement, l'art. 336a al. 1 et 2 CO autorise l'autre partie à réclamer une indemnité dont le juge fixe librement le montant en tenant compte de toutes les circonstances; cette indemnité ne peut toutefois pas excéder l'équivalent de six mois de salaire.

2.2 L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées (ATF 136 III 513 ibidem; 132 III 115 consid. 2 p. 116; 131 III 535 consid. 4 p. 537). Ainsi, la résiliation ordinaire est abusive lorsque l'employeur la motive en accusant le travailleur d'un comportement contraire à l'honneur, s'il apparaît que l'accusation est infondée et que, de plus, l'employeur l'a élevée sans s'appuyer sur aucun indice sérieux et sans avoir entrepris aucune vérification; au regard de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur viole alors gravement son devoir de protéger la personnalité du travailleur (arrêt 4A_99/2012 du 30 avril 2012, consid. 2.2.1, concernant des aides-soignantes accusées de maltraiter les résidents d'un établissement médico-social).

2.3 Contrairement à l'argumentation soumise au Tribunal fédéral, la résiliation ordinaire n'est pas abusive du seul fait qu'en définitive, le cas échéant, l'accusation élevée contre le travailleur se révèle infondée ou ne peut pas être confirmée; l'abus suppose en effet, de surcroît, que l'employeur ait accusé le travailleur avec légèreté, sans justification raisonnable. La résiliation ordinaire ne saurait être soumise à des conditions plus strictes qu'un licenciement immédiat pour de justes motifs, régi par l'art. 337 CO; or, en l'état de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral n'exclut pas que le simple soupçon d'un grave méfait puisse justifier un licenciement immédiat (arrêt 4C.317/2005 du 3 janvier 2006, consid. 5.3; voir aussi

DANIEL EGLI, *Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht*, 2000, p. 65). Le sens de l'art. 336 al. 1 CO ressort aussi d'une cause où le gérant d'un magasin a été accusé de vols et d'abus de confiance sur la base des dires de la vendeuse qui le remplaçait lors de ses congés. En dépit de l'arrestation provisoire du gérant et de la perquisition de son logement, l'enquête pénale n'a mis en évidence aucun acte délictueux; néanmoins, parce que la décision de l'employeuse reposait sur les observations de la vendeuse et sur d'autres indices, le licenciement du travailleur injustement soupçonné n'était pas abusif (arrêt 4C.174/2004 du 5 août 2004, consid. 2.3.1).

Le soupçon d'un vol, pour autant qu'il repose sur des indices sérieux et que l'employeur ait dûment accompli toutes les vérifications à attendre de lui, peut donc certainement justifier une résiliation ordinaire parce que celle-ci relève en principe de la liberté souveraine de chaque partie. En tant que le Tribunal fédéral a attribué une portée plus restrictive à l'art. 336 al. 1 CO dans un arrêt invoqué par la demanderesse (arrêt 4A_510/2010 du 1^{er} décembre 2010, consid. 3.2), aussi mentionné dans certaines des contributions doctrinales qui seront citées ci-après, ce jugement ne peut pas être confirmé.

2.4 La doctrine s'est récemment exprimée sur les investigations que l'employeur doit accomplir s'il entend licencier un travailleur par suite d'une dénonciation qui lui a été adressée par un autre travailleur de l'entreprise (alerte à l'employeur ou whistleblowing). En l'occurrence, la dénonciation élevée contre la demanderesse ne provient pas d'un autre travailleur de l'établissement médico-social mais d'un résident ou client de cet établissement; cette différence n'est cependant pas significative et il se justifie donc de citer ces opinions doctrinales. Ainsi, l'employeur est censé accomplir ou faire accomplir, éventuellement par un mandataire externe si l'accusation est grave, une enquête complète comportant, pour le travailleur dénoncé, des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale, telles les possibilités de préparer sa défense, se faire assister d'un conseil et faire administrer des preuves (CHRISTIAN BETTEX, *Le whistleblowing*, ST 2014 p. 492, 493; le même auteur, *Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail*, SJ 2013 II 157 p. 166; CARLOS JAICO CARRANZA et SÉBASTIEN MICOTTI, *Whistleblowing*, 2014, p. 80/81; STEFAN RIEDER, *Whistleblowing als interne Risikokommunikation*, 2013, p. 103 nos 208 et 209; OTHMAR STRASSER, *Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers*, in: *Whistleblowing*, Adrian von Kaenel, éd., 2012, p. 55 et ss, passim).

De ces contributions aussi, il ressort que l'employeur doit s'efforcer de vérifier les faits dénoncés. Il n'est non plus guère discutabile qu'au regard de l'art. 328 al. 1 CO, le travailleur doit pouvoir équitablement défendre sa position lorsque son honneur est compromis. Pour le surplus, les démarches à accomplir par l'employeur ne sauraient être envisagées de

manière abstraite et absolue; elles dépendent au contraire des circonstances concrètes de chaque cas.

2.5 Parmi les circonstances déterminantes, établir les mesures que l'employeur a prises pour vérifier l'accusation portée contre le travailleur, d'une part, et mettre celui-ci en mesure de se défendre contre cette accusation, d'autre part, relèvent de la constatation des faits; en instance fédérale, celle-ci ne peut être attaquée que dans la mesure restreinte permise par l'art. 97 al. 1 LTF. Apprécier si les mesures prises satisfont aux exigences des art. 328 al. 1 et 336 al. 1 CO, dans les circonstances établies, relève de l'application du droit, que le Tribunal fédéral contrôle librement.

3.

Le 20 avril 2013, U. a prié la demanderesse de lui apporter une bouteille d'eau. Dans un moment où il était absent de sa chambre, cette employée a déposé la bouteille sur sa table de chevet; ces faits sont incontestés.

Interrogé par le Tribunal de prud'hommes, U. a exposé qu'il s'est absenté de sa chambre durant vingt minutes après avoir demandé la bouteille d'eau. Pendant son absence, il n'était pas en mesure d'observer si quelqu'un entrait dans sa chambre. A son retour, il a observé la présence de la bouteille et il a aussitôt contrôlé le montant présent dans son porte-monnaie; il a constaté qu'il y manquait 9 francs. Le licenciement de la demanderesse est motivé par le vol de cette somme; ce vol a été et il demeure catégoriquement contesté.

Egalement interrogé par le tribunal, le directeur de l'établissement a souligné que U. a été clair et qu'il ne s'est pas contredit dans son récit, lequel a conduit au licenciement. En particulier, U. a rapporté au directeur qu'avant de quitter sa chambre, il a compté le montant présent dans son porte-monnaie; il est resté hors de la chambre, mais à proximité, durant un certain temps, avant d'y retourner et de recompter le contenu du porte-monnaie. La demanderesse, au contraire, lors de l'entretien du 22 avril, n'a pas pu expliquer clairement si elle savait ou si elle ignorait où U. rangeait habituellement son porte-monnaie. Selon le directeur, U. n'était pas habituellement méfiant.

Le tribunal a aussi interrogé l'un des cadres-infirmiers présents lors de l'entretien avec la demanderesse. Ce témoin a fait état d'incohérences dans les déclarations de cette employée; en particulier, celle-ci a d'abord expliqué que le porte-monnaie ne se trouvait pas dans le tiroir de la table de chevet, puis elle a expliqué le contraire. U. partageait sa chambre avec un autre résident; le témoin ignorait si cette personne était présente au moment du vol. U. n'était pas atteint de démence et paraissait jouir de toutes ses facultés; il souffrait de problèmes de vue.

Selon l'ordonnance de classement rendue par le Ministère public le 15 septembre 2014, le vol a été commis entre 15h20 et 15h40. Deux personnes se trouvaient alors dans la chambre de U.: l'autre habitant de cette chambre, avec un visiteur.

4.

La défenderesse n'a ainsi décidé le licenciement de la demanderesse, motivé par un vol, que sur la base du récit de U. recueilli par le directeur, et en dépit des dénégations de cette employée. Le directeur l'a certes aussi interrogée mais il n'a procédé à aucune autre vérification.

4.1 Le comportement de U. est étrange. Hors les situations d'indigence, il n'est pas commun qu'une personne vérifie fréquemment et au franc près le contenu de son porte-monnaie. U. a rapporté au directeur qu'avant de quitter sa chambre, il a compté le montant présent dans son porte-monnaie; il est resté hors de la chambre, mais à proximité, durant un certain temps, avant d'y retourner et de recompter le contenu du porte-monnaie. Ces contrôles méticuleux dénotent qu'il n'était pas sûr de connaître précisément le montant en sa possession; ils dénotent aussi que, notwithstanding l'opinion différente du directeur, il était enclin à la méfiance. Dans ce contexte, bien que U. ne fût pas connu pour élever de fausses accusations, il s'imposait de considérer avec prudence celle qu'il élevait contre la demanderesse.

La direction ne pouvait pas ignorer que U. partageait sa chambre avec un autre résident. Il s'imposait donc d'interroger ce résident également, notamment pour lui demander s'il était présent dans la chambre ou s'il y était lui aussi entré, et s'il y avait observé la demanderesse. Cette démarche était indispensable, or elle a été omise.

Les modalités de l'entretien du directeur avec la demanderesse sont pareillement critiquables. Celle-ci n'a pas été préalablement avertie qu'elle était accusée d'un vol; seul U. lui avait dit que de l'argent avait disparu de son porte-monnaie. Le directeur n'a ménagé à la demanderesse, non plus, aucune possibilité de se faire assister avant et pendant l'entretien, alors qu'il était lui-même accompagné de deux membres du personnel d'encadrement. La demanderesse s'est trouvée surprise par l'accusation puis par le licenciement, sans avoir réellement pu défendre son honneur.

4.2 Selon la Cour d'appel, «dans un environnement aussi sensible qu'un établissement médico-social, où la protection des résidents, personnes vulnérables, est particulièrement importante, il n'était pas abusif pour l'employeur de se fonder sur les propos crédibles d'un résident, qui n'était pas connu pour former de fausses accusations, alors que [la demanderesse] avait été contradictoire dans ses explications sur l'endroit où se trouvait le porte-monnaie». Ces éléments d'appréciation ne sont pas concluants. On a vu pourquoi les dires de U. devaient être considérés avec prudence. La thèse de la demanderesse était par ailleurs simple et dépourvue de toute équivoque: elle contestait avoir pris de l'argent à U. Pour apprécier la crédibilité de cette déclaration, il n'importait donc ni que la demanderesse sût ou ignorât où le porte-monnaie était rangé, ni qu'elle fût ou ne fût pas capable de s'expliquer clairement à ce sujet. On rappelle que la demanderesse s'est trouvée surprise par l'interrogatoire; on ne connaît pas les questions que le directeur lui a posées sur ce même sujet, et U. n'a pas

non plus expliqué, semble-t-il, où il avait censément laissé son porte-monnaie pendant son absence.

Dans le contexte effectivement «sensible» d'un établissement médico-social, un vol commis par un membre du personnel et au préjudice d'un résident est un événement grave. C'est pourquoi l'accusation d'avoir pétré un vol, portée contre un membre de ce personnel, entraîne une atteinte non moins grave à l'honneur de la personne accusée. La demanderesse travaillait depuis onze ans dans l'établissement. La défenderesse l'a licenciée en raison d'une grave accusation de vol, sur la base d'une dénonciation sujette à caution, sans avoir procédé à toutes les vérifications qui s'imposaient, et sans avoir mis cette travailleuse en mesure de défendre efficacement sa position et son honneur. La demanderesse est donc fondée à se plaindre d'un licenciement abusif, contraire aux art. 328 al. 1 et 336 al. 1 CO.

5.

À bon droit, le Tribunal de prud'hommes a alloué une indemnité en application de l'art. 336a al. 1 et 2 CO. Outre la durée des rapports de travail, le tribunal a constaté et pris en considération que la demanderesse était âgée de quarante-six ans, qu'elle n'avait pas retrouvé d'emploi, qu'elle subissait une atteinte grave à sa personnalité, et que ses souffrances psychologiques l'empêchaient de se projeter dans un nouvel avenir professionnel. Le tribunal a calculé une indemnité de 18'896 fr., correspondant à quatre mois de salaire, et il l'a arrondie à 19'000 francs. Le Tribunal fédéral ne voit pas que ce montant soit manifestement surestimé, de sorte qu'il peut le confirmer. Cela conduit à l'admission du recours en matière civile, conformément aux conclusions présentées.

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 mai 2016, Doss.-No 8C_672/2015 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel du 30 juillet 2015)

Les articles 3 ss de la Convention collective de travail du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, version droit public, 2008-2012 (CCT Santé21) traitent de la fin des rapports de travail et l'art. 3.5 al. 4 déclare notamment applicables, à titre supplétif, les articles 336 à 336b CO (résiliation abusive). Ces dispositions s'appliquent donc à titre de droit cantonal supplétif (c. 2.1).

Art. 336 CO. Lorsque la démission d'une salariée est entachée d'un vice du consentement qui autorise celle-ci à la révoquer, les rapports de travail doivent se poursuivre dans la mesure où une telle démission ne peut déployer d'effet. Si, dans cette situation, l'employeur ne satisfait pas à son obligation de continuer à employer la personne concer-

née, cela équivaut en substance à une résiliation abusive qui n'est pas acceptable (c. 3.3).

Extraits des faits:

B. a travaillé dès le 1^{er} novembre 2011 en qualité de responsable du service formation et développement au Centre A. à un taux d'activité de 70%. Son contrat de travail était soumis à la Convention collective de travail du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, version droit public, 2008-2012. Le 13 juillet 2012, le directeur général du Centre A. et le directeur des ressources humaines ont fait part à la prénommée de griefs en relation avec la gestion de son horaire de travail, plus particulièrement en ce qui concerne l'utilisation de la timbreuse. Ils l'ont informée de l'ouverture prévue d'une procédure administrative portant sur ces faits et lui ont fait part de l'alternative consistant pour elle à présenter sa démission. Trois quarts d'heure environ après cet entretien, l'intéressée a donné son congé pour le 31 août 2012.

Par courrier du 6 août 2012, B. a contesté les accusations de malhonnêteté formulées à son égard et a exprimé ses regrets d'avoir donné sa démission sous la contrainte. Le 10 septembre suivant, elle a déclaré invalider son congé donné sous l'empire d'une crainte fondée et a informé le Centre A. qu'elle était disposée à reprendre son activité en tout temps. Le Centre A. a répliqué que l'intéressée ne faisait plus partie de son personnel à la suite de sa démission (lettre du 24 septembre 2012).

Par écriture du 21 juin 2013, B. a ouvert action devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel en demandant que le Centre A. soit condamné à lui payer, à titre de salaire, la somme de 44'706 fr. 10, ainsi qu'une indemnité pour tort moral d'un montant de 5'000 fr., le tout assorti d'intérêts. Le 7 juillet 2014, la demanderesse a réduit ses prétentions et a conclu à ce que le défendeur soit condamné à payer, à titre de salaire, la somme de 42'171 fr. 70. Par écriture du 17 juin 2015, elle a indiqué que l'indemnité due par le défendeur devait correspondre au montant maximum de six mois de salaire, soit 43'971 fr. Par jugement du 30 juillet 2015, la cour cantonale a condamné le défendeur à payer à la demanderesse la somme de 43'971 fr., montant correspondant à six mois de salaire brut, avec intérêt.

Le Centre A. forme un recours en matière de droit public en concluant à la réformation du jugement attaqué.

Extraits des considérants:

1.

1.1 La cour cantonale a tranché le litige par deux prononcés. Par son jugement du 17 mars 2014, elle a constaté que la résiliation des rapports de travail signifiée par l'intimée le 13 juillet 2012 était entachée d'un vice du

consentement et que celle-ci était en droit de la révoquer, ce qu'elle avait fait valablement par son écriture du 10 septembre 2012. Dans la mesure où le recourant n'avait pas accepté la révocation de la démission, cela équivalait à une résiliation abusive, ouvrant droit à une indemnité. Aussi la cour cantonale a-t-elle proposé aux parties de discuter un règlement transactionnel au sujet de cette indemnité. Celles-ci n'étant toutefois pas parvenues à s'entendre sur ce point, la juridiction cantonale a rendu un second jugement, le 30 juillet 2015, par lequel elle a condamné le recourant à payer à l'intimée une indemnité correspondant à six mois de salaire brut.

Le jugement du 17 mars 2014 constitue une décision incidente, contre laquelle le recourant n'était pas tenu de recourir séparément. En revanche, celui-ci peut l'attaquer par le présent recours dirigé contre le jugement final rendu le 30 juillet 2015 (art. 93 al. 3 LTF).

1.2 La présente cause est une contestation pécuniaire en matière de rapports de travail de droit public, qui ne tombe pas sous le coup de l'exception de l'art. 83 let. g LTF. Quant au seuil de la valeur litigieuse de 15'000 fr. (art. 85 al. 1 let. b LTF), il est atteint.

Le Centre A. est particulièrement atteint par la décision attaquée, au sens de l'art. 89 al. 1 LTF (qui s'applique en principe au recours des particuliers, mais peut, à certaines conditions réalisées en l'espèce, s'appliquer à un établissement de droit public ou une collectivité publique, touchés de façon analogue à un employeur privé [cf. ATF 134 I 204 consid. 2.3 p. 207]). Le jugement entrepris condamne le recourant à payer une indemnité pour résiliation abusive des rapports de travail, de sorte que l'intéressé a un intérêt digne de protection à son annulation.

Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes requises, le recours est recevable au regard des art. 42, 90 et 100 al. 1 LTF.

2.

2.1 Le jugement attaqué repose sur la Convention collective de travail du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, version droit public, 2008–2012 (ci-après: CCT Santé21), à laquelle était soumis le contrat de travail liant le recourant à l'intimée. Les art. 3 ss CCT Santé21 traitent de la fin des rapports de travail et l'art. 3.5 al. 4 déclare notamment applicables, à titre supplétif, les art. 336 à 336b CO (résiliation abusive). Ces dispositions s'appliquent donc à titre de droit cantonal supplétif (ATF 138 I 232 consid. 2.4 p. 236; 126 III 370 consid. 5 p. 372; 118 II 213 consid. 4 p. 220 et les références).

2.2 Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, le recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. En revanche, il est toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier, qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres motifs de droits constitutionnels (ATF 138 I 143 consid. 2 p. 149; 137 V 143 consid. 1.2 p. 145). Appelé à revoir l'application ou l'interprétation d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fé-

déral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain (ATF 139 I 57 consid. 5.2 p. 61). En revanche, si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale n'est pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de la législation en cause, cette interprétation sera confirmée, même si une autre solution éventuellement plus judicieuse paraît possible (ATF 140 III 167 consid. 2.1 p. 168 et l'arrêt cité). En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 140 III 167 consid. 2.1 précité).

Les griefs de violation des droits fondamentaux et des dispositions de droit cantonal sont en outre soumis à des exigences de motivation accrues (art. 106 al. 2 LTF). La partie recourante doit indiquer les principes constitutionnels qui n'auraient pas été respectés et expliquer de manière claire et précise en quoi ces principes auraient été violés; de même, elle doit citer les dispositions du droit cantonal dont elle se prévaut et démontrer en quoi ces dispositions auraient été appliquées arbitrairement ou d'une autre manière contraire au droit (cf. ATF 140 III 385 consid. 2.3 p. 387; 138 V 67 consid. 2.2 p. 69).

3.

3.1 La cour cantonale a constaté que l'entretien du 13 juillet 2012 entre l'intimée, le directeur général du Centre A. et le directeur des ressources humaines n'avait pas pour but, à l'origine, de faire part à l'intéressée des griefs de son employeur au sujet de la gestion de son temps de travail et de l'utilisation prétendument erronée du système de timbrage. Lors de cet entretien – lequel n'a pas fait l'objet d'un procès-verbal –, les représentants de l'employeur ont exercé une pression sur l'intéressée en lui faisant part de leur intention d'ouvrir une procédure administrative au sujet des griefs invoqués, tout en indiquant qu'elle pouvait éviter une telle procédure en donnant sa démission pour le 31 août 2012. Du moment que l'intimée n'avait jamais fait l'objet du moindre reproche en ce qui concerne la gestion de son temps de travail et l'usage du système de timbrage, le soupçon d'une faute grave justifiant l'ouverture d'une procédure administrative apparaissait inconsistant. En outre, en taisant à l'intéressée l'obligation imposée par la loi de lui notifier un avertissement formel, l'employeur ne lui a pas laissé le choix de démissionner en toute connaissance de cause.

3.2 Le recourant n'expose pas en quoi ces constatations de fait ont été établies de façon manifestement inexacte. Il ne conteste ni la teneur de l'entretien dans ses grandes lignes ni le fait que l'intimée ne s'est pas vu impartir un délai pour se déterminer. L'impression qui prévaut est bien plutôt que l'entretien avait pour seul but d'inciter l'intéressée à remettre sa démission, ce qu'effectivement elle a fait. Le déroulement des faits – qui n'est pas remis en cause par le recourant – tend d'ailleurs à confirmer cette impression. Cela étant, on ne saurait voir aucune violation d'un droit fon-

damental dans les conclusions de la cour cantonale, selon lesquelles la résiliation des rapports de travail signifiée par l'intimée le 13 juillet 2012 était entachée d'un vice du consentement, lequel l'autorisait à la révoquer. En tout cas, ce point de vue ne procède pas d'une application arbitraire du droit.

3.3 Il en va de même en ce qui concerne l'appréciation juridique par la cour cantonale, en tant que celle-ci a retenu, en substance, une résiliation abusive du contrat de travail par l'employeur, lequel avait rejeté la proposition de l'intimée de reprendre son activité postérieurement à la révocation de sa démission. Lorsque la démission d'une salariée est entachée d'un vice du consentement qui autorise celle-ci à la révoquer, les rapports de travail doivent se poursuivre dans la mesure où une telle démission ne peut déployer d'effet. Si, dans cette situation, l'employeur ne satisfait pas à son obligation de continuer à employer la personne concernée, cela équivaut en substance à une résiliation abusive qui n'est pas acceptable.

3.4 Quant à l'indemnité correspondant à six mois de salaire brut allouée à l'intimée, elle apparaît certes généreuse au regard de la durée des rapports de travail. Toutefois, le recourant ne démontre pas à satisfaction de droit (art. 42 al. 2 en liaison avec l'art. 106 al. 2 LTF) en quoi la cour cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation de manière contraire au droit (cf. ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 72 s.; 132 V 393 consid. 3.3 p. 399).

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 juin 2016, Doss.-No 4A_175/2016 (Irrecevabilité du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 22 octobre 2015 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Art. 337c CO. L'employé qui émet des prétentions en raison de son licenciement immédiat qu'il estime injustifié doit alléguer les éléments propres à permettre d'une part, le calcul de l'arriéré de salaire exigible selon l'art. 337c al. 1 CO, et d'autre part l'évaluation de l'indemnité à allouer en application de l'art. 337c al. 3 CO. En effet, le Tribunal fédéral n'a pas pour mission d'étudier lui-même, en fait et en droit, les conséquences pécuniaires de licenciements éventuellement irréguliers. Partant, l'allégué se limitant à «demander la réparation du préjudice subi en raison de son licenciement injustifié et l'allocation d'une indemnité au sens de l'art. 337c CO» n'est pas admissible. Faute de contenir une motivation suffisamment complète, le mémoire de recours ne met pas le Tribunal fédéral en mesure de statuer sur les conclusions dûment et suffisamment articulées (c. 5).

Extraits des considérants en fait et en droit:

1.

X. a travaillé au service de Z. SA en qualité de directeur général; il a été inscrit sur le registre du commerce en qualité de membre du conseil d'administration du 25 mars 2008 au 21 octobre 2011. Son salaire mensuel brut, payable treize fois par an, fut fixé à 19'055 fr. dès le mois de septembre 2010. Le 30 septembre 2011, au cours d'une séance extraordinaire à laquelle le directeur général n'était pas présent, le conseil d'administration a décidé de le licencier avec effet au 30 avril 2012. Ce congé lui fut communiqué par lettre du 3 octobre 2011. Jusqu'à l'expiration des rapports de travail, il devait se maintenir à la disposition de l'entreprise et de la nouvelle direction, dans toute la mesure nécessaire à la transmission des dossiers et à la bonne marche des affaires. Le 6 décembre 2011, l'ancien directeur général s'est rendu à l'étude de l'avocate et conseil de l'employeuse pour un entretien concernant des factures privées qu'il avait mêlées à celles de l'entreprise pour les faire acquitter par elle. Le 8 du même mois, il a adressé au conseil une lettre par laquelle il reconnaissait devoir 13'955 fr.20 pour remboursement d'«avances» consenties par l'employeuse. Il a acquitté ce montant dans le délai que le conseil lui a imparti. Le conseil a réservé les autres prétentions de l'employeuse qui seraient mises en évidence, le cas échéant, par un contrôle de sa comptabilité.

Le 22 du même mois, le conseil lui a adressé une liste de dix-sept paiements exécutés au débit de l'employeuse pour le montant total de 37'877 fr.65, paiements qui se rapportaient, selon le conseil, à des affaires privées du directeur général. De plus, celui-ci avait utilisé une carte de crédit de l'entreprise pour l'achat de carburant destiné à son véhicule privé, cela pour le montant de 19'556 fr.20. Il était invité à rembourser ces dépenses au total de 55'433 fr.85 dans un délai de cinq jours.

X. a répondu par lettre du 31 décembre 2011 que la liste comportait de nombreuses erreurs, que le président du conseil d'administration l'avait autorisé à utiliser la carte de crédit, et que le président avait de toute manière validé tous les paiements et prélèvements. Il reprendrait contact avec le conseil «à la réouverture de [ses] bureaux». Le conseil a pris connaissance de cette lettre le 10 janvier 2012.

Le 12 du même mois, par l'entremise de son conseil, l'employeuse a licencié son ancien directeur général avec effet immédiat, au motif que, en dépit d'une sommation, il ne lui avait pas entièrement remboursé les avantages pécuniaires qu'il s'était procurés à son détriment.

2.

Le 2 avril 2012, devant l'autorité de conciliation compétente puis devant la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud, X. a ouvert action contre Z. SA. La défenderesse a conclu au rejet de l'action et elle a introduit une demande reconventionnelle. La Chambre patrimoniale s'est prononcée le 11 juin 2014. Elle a condamné la défenderesse à remettre une

attestation de travail dont le jugement arrête le libellé. Elle a condamné le demandeur à payer 862 fr. 85 à la demanderesse, avec intérêts. Pour le surplus, l'autorité a rejeté les deux actions principale et reconventionnelle. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a statué le 22 octobre 2015 sur l'appel du demandeur. Elle a confirmé les prétentions allouées par le jugement; en outre, elle a condamné la défenderesse à payer 3'605 fr.75 au demandeur, à titre de salaire brut soumis aux déductions sociales, avec intérêts.

3.

Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de renvoyer la cause à cette autorité pour nouvelle décision. Selon des conclusions subsidiaires, la défenderesse doit être condamnée à payer 45'000 fr. à titre de salaire brut, soumis aux déductions sociales, et 90'000 fr. nets de déductions, le tout avec intérêts; l'arrêt de la Cour d'appel doit être pour le surplus confirmé.

4.

Selon la jurisprudence relative à l'art. 42 al. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le mémoire de recours adressé à ce tribunal doit comporter des conclusions sur le sort des prétentions en cause, à allouer ou rejeter par le tribunal, et la partie recourante n'est en principe pas recevable à réclamer seulement l'annulation de la décision attaquée. Ce dernier procédé n'est admis que dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral, en cas de succès du recours, ne pourrait de toute manière pas rendre un jugement final, et devrait au contraire renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour complètement de l'état de fait et nouvelle décision selon l'art. 107 al. 2 LTF (ATF 134 III 379 consid. 1.3 p. 383; 133 III 489 consid. 3). En l'espèce, les conclusions subsidiaires du demandeur satisfont pleinement aux exigences légales.

A teneur de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, le recours adressé au Tribunal fédéral doit aussi être motivé (al. 1); les motifs doivent exposer succinctement en quoi la décision attaquée viole le droit (al. 2).

5.

Les autorités précédentes jugent que le licenciement immédiat signifié au demandeur le 12 janvier 2012 est valable au regard de l'art. 337 CO. Devant le Tribunal fédéral, le demandeur conteste ce point en développant une argumentation détaillée. Parmi d'autres moyens, il fait grief aux juges d'avoir violé la maxime des débats que consacre l'art. 55 CPC, en prenant considération aussi des faits que les parties n'avaient pas allégués. Parvenu au terme de cet exposé, il se dit fondé à «demander la réparation du préjudice subi en raison de son licenciement injustifié et l'allocation d'une indemnité au sens de l'art. 337c CO». Il n'apporte pour le surplus aucun élément propre à permettre, d'une part, le calcul de l'arriéré de salaire exigible selon l'art. 337c al. 1 CO, et d'autre part l'évaluation de l'indemnité à allouer en application de l'art. 337c al. 3 CO.

Le demandeur a aussi contesté, et il persiste à contester la validité du licenciement ordinaire communiqué le 3 octobre 2011; il soutient que le conseil d'administration a décidé cette mesure dans une composition qui n'était pas conforme au règlement d'administration de la société employeuse. Là non plus, le demandeur n'apporte aucun élément propre à établir le montant qui lui est dû, le cas échéant, par suite de l'invalidité du licenciement ordinaire.

Le Tribunal fédéral n'a pas pour mission d'étudier lui-même, en fait et en droit, les conséquences pécuniaires de licenciements éventuellement irréguliers. Il incombait plutôt au demandeur de proposer, sur la base des faits constatés dans la décision attaquée, seuls décisifs selon l'art. 105 al. 1 LTF, les calculs et estimations nécessaires, ou de montrer sur quels points les constatations cantonales se révèlent peut-être incomplètes, ce qui nécessiterait un renvoi de la cause selon l'art. 107 al. 2 LTF. Ce tribunal ne saurait renvoyer la cause à la juridiction cantonale seulement parce que la motivation du recours en matière civile est déficiente; ce recours doit être jugé irrecevable au regard de l'art. 42 al. 2 LTF.

Tribunal fédéral, Arrêt du 7 juin 2016, Doss.-No 8D_3/2015 (Irrecevabilité d'un recours contre le jugement du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel, Cour de droit public, du 4 août 2015), in: ATF 142 II 259

Art. 115 BGG; Berechtigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers zur Erhebung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen den einen Verweis aufhebenden kantonalen Entscheid. Frage offengelassen, ob eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Arbeitgeber eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erheben kann, analog zu einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (vgl. BGE 134 I 204).

Betrifft der Streitgegenstand einen Verweis, tritt der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber als Träger hoheitlicher Gewalt auf und ist nicht in analoger Weise betroffen wie ein privater Arbeitgeber. Allein der Umstand, dass der Verweis zur Stützung einer darüber hinausgehenden Auflösung des Dienstverhältnisses angerufen werden könnte, genügt dazu nicht. Eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist daher ausgeschlossen (E. 4.4)

Art. 115 LTF; qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire d'un employeur public contre un jugement cantonal annulant le prononcé d'un blâme. Est laissée indécise la question de savoir s'il convient de reconnaître à la collectivité publique, en tant qu'employeur, la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire de la même manière que dans la procédure du recours en matière de droit public (cf. ATF 134 I 204).

Lorsque l'objet du litige porte sur un blâme, l'employeur public intervient en tant que détenteur de la puissance publique et n'est pas atteint de façon analogue à celle d'un employeur privé. Le seul fait que le blâme pourrait être invoqué à l'appui d'une procédure ultérieure de licenciement n'y suffit pas. Par conséquent, la possibilité de former un recours constitutionnel subsidiaire est d'emblée exclue (consid. 4.4).

Extraits des faits:

A.

A. a été engagée par l'Université B. à partir du 1^{er} novembre 2001. Elle a occupé successivement les postes de collaboratrice scientifique, de maître-assistante, avant de se voir conférer le titre de professeure associée et d'être nommée directrice de la recherche au Laboratoire E. de la même Université.

Le 25 février 2013, la rectrice de l'Université B. a informé la pré-nommée que le rectorat avait décidé de l'ouverture d'une enquête administrative afin de faire la lumière sur de potentiels comportements inadéquats, «de caractère personnel», au sein du laboratoire. L'enquête a été confiée à C., spécialiste en matière de gestion des conflits. L'enquêteur s'est adjoint la collaboration de D., avocate et médiatrice. Les enquêteurs ont rendu leur rapport le 31 mai 2013. Ils ont recommandé au rectorat de prendre des mesures disciplinaires, ou à tout le moins de prononcer un avertissement, à l'endroit de la professeure. Après avoir invité l'intéressée à se déterminer, le rectorat a transmis le dossier au Conseil d'Etat. Par décision du 7 janvier 2014, celui-ci a prononcé un blâme à l'encontre de A. Ce blâme était assorti d'une menace formelle de renvoi.

B.

Saisi d'un recours de A., la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel a annulé la décision attaquée par arrêt du 4 août 2015.

C.

Le Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel interjette un recours constitutionnel subsidiaire contre ce jugement. Il en demande l'annulation, assortie de la confirmation de sa décision du 7 janvier 2014.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

Le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable.

Extraits des considérants:

3.

La cause relève du droit public, de sorte que, en principe, la voie ordinaire de recours est celle du recours en matière de droit public (art. 82 let. a LTF). Cependant, en ce qui concerne les rapports de travail de droit public (et sauf s'il se rapporte à l'égalité des sexes), le recours en matière

de droit public est subordonné à la double condition que la décision attaquée concerne une contestation pécuniaire et que la valeur litigieuse atteigne au moins 15'000 fr. (art. 83 let. g LTF en corrélation avec l'art. 85 al. 1 let. b LTF). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). En l'espèce, la décision attaquée, qui porte sur un blâme, n'a pas d'incidence sur le traitement de l'intimée (voir l'arrêt 1D_15/2007 du 13 décembre 2007 consid. 1.3; cf. aussi FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n° 102 ad art. 83 LTF). L'exception prévue à l'art. 83 let. g LTF s'applique donc et seule la voie du recours constitutionnel subsidiaire pourrait entrer en considération (art. 113 LTF).

4.

4.1 La jurisprudence concernant la recevabilité du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF, notamment art. 89 al. 1 LTF) retient que la collectivité publique, en tant qu'employeur, n'agit certes pas au même titre qu'un particulier dans une contestation découlant de rapports de travail régis par le droit public, mais qu'elle a néanmoins un intérêt spécifique digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision d'un tribunal favorable à son agent; la collectivité publique se trouve en effet dans une situation juridique analogue à celle d'un employeur privé parce que les prestations pécuniaires qu'elle conteste devoir fournir (notamment un salaire ou une indemnité pour licenciement abusif) pourraient être dues par tout employeur dans une situation comparable (ATF 141 I 253 consid. 3.2 p. 255; ATF 134 I 204 consid. 2.3 p. 206 s.; arrêts 8C_596/2009 du 4 novembre 2009 consid. 1.3; 8C_170/2009 du 25 août 2009 consid. 2; 1D_13/2007 du 15 mai 2008 consid. 1.2; 1C_450/2007 du 26 mars 2008 consid. 1; 1C_341/2007 du 6 février 2008 consid. 1.1). Il en va de même d'une décision cantonale qui oblige la collectivité à réintégrer un employé (voir par ex. arrêt 8C_78/2012 du 14 janvier 2013 consid. 1.2).

La question de savoir si, après avoir reconnu la qualité pour recourir à la collectivité publique en tant qu'employeur dans la procédure du recours ordinaire, le Tribunal fédéral doit également l'admettre pour le recours constitutionnel subsidiaire, a été laissée indécise (arrêts 8D_7/2013 du 8 janvier 2014 consid. 1.3; 8C_1077/2009 17 décembre 2010 consid. 3.2; 1D_13/2007 consid. 1.2 précité).

4.2 D'après l'art. 115 LTF, a qualité pour former un recours constitutionnel quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) et a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. b). Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). La notion d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LTF est étroitement liée aux motifs de recours prévus par l'art. 116 LTF, en ce sens que la partie recourante doit être titulaire d'un droit constitutionnel dont elle invoque une violation (ATF 140 I 285

consid. 1.2 p. 290; ATF 135 I 265 consid. 1.3 p. 270). De tels droits ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, une décision qui les traite en tant qu'autorités (ATF 140 I 285 consid. 1.2 p. 290). Cette règle s'applique aux cantons, aux communes et à leurs autorités, ainsi qu'aux autres corporations de droit public, qui agissent en tant que titulaires de la puissance publique. La jurisprudence admet toutefois qu'il y a lieu de faire une exception pour les communes et autres corporations de droit public, lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elles agissent sur le plan du droit privé ou qu'elles sont atteintes dans leur sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en leur qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif. Une seconde exception est admise en faveur des communes et autres corporations publiques lorsque, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, elles se plaignent de la violation de garanties qui leur sont reconnues par les Constitutions cantonales ou fédérale telles que leur autonomie, l'atteinte à leur existence ou à l'intégrité de leur territoire (ATF 140 I 285 consid. 1.2 p. 290; ATF 132 I 140 consid. 1.3.1 p. 143; ATF 129 I 313 consid. 4.1 p. 318; cf. aussi GIOVANNI BIAGGINI, in *Commentaire bâlois, Bundesgerichtsgesetz*, 2011, n° 1 ad art. 115 LTF; HANSJÖRG SEILER, in *Bundesgerichtsgesetz, Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer* [éd.], 2^e éd. 2015, n° 13 ad art. 115 LTF). Pour déterminer si ces conditions sont remplies, on n'examine pas d'abord le statut des parties, mais bien la nature juridique du rapport qui est à la base du litige (ATF 123 III 454 consid. 2 p. 456; ATF 120 Ia 95 consid. 1a p. 96 et les références).

4.3 Un canton ne peut pas se prévaloir d'autonomie au sens de l'art. 50 Cst. qui ne garantit que l'autonomie communale. La question se pose donc à nouveau de savoir s'il convient, s'agissant de la qualité d'une collectivité publique pour former un recours constitutionnel subsidiaire dans le domaine du droit de la fonction publique, de tenir un raisonnement semblable à celui appliqué par le Tribunal fédéral à propos de l'art. 89 al. 1 LTF (dans un sens affirmatif: FRANÇOIS BELLANGER, *Le contentieux des sanctions et des licenciements en droit genevois de la fonction publique*, in *Les réformes de la fonction publique*, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p. 245; dans le même sens, DAVID HOFMANN, in *Actualités juridiques de droit public 2011*, Hofmann/Welti [éd.], p. 44 ss; plutôt contra semble-t-il, SEILER, *op. cit.*, n° 13 ad art. 115 LTF, qui renvoie à l'ATF 120 Ia 95 relatif à l'ancien recours de droit public).

Pour les motifs qui vont suivre, cette question peut encore rester ouverte.

4.4 En règle ordinaire, on admettra qu'une collectivité publique est atteinte de manière analogue à un particulier lorsque le rapport juridique

qui fait l'objet du litige, bien que fondé sur le droit public, présente une structure que l'on peut trouver de manière identique dans des rapports fondés sur le droit privé (PIERRE MOOR, *La qualité pour agir des autorités et collectivités dans les recours de droit public et de droit administratif*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 118). Tel n'est pas le cas d'un blâme prononcé en application des dispositions cantonales précitées. Dans les rapports de travail, le blâme est une mesure typique du droit disciplinaire de la fonction publique. La compétence pour infliger des sanctions disciplinaires doit être conférée par la loi. Celles-ci sont soumises au principe de l'exhaustivité. La mesure disciplinaire n'a pas en premier lieu pour but d'infliger une peine: elle tend au maintien de l'ordre, à l'exercice correct de l'activité en question et à l'intégrité de l'administration, qui doit appliquer les lois avec impartialité; vis-à-vis de l'extérieur, elle tend à la préservation de la confiance du public à l'égard de l'activité étatique (arrêt 1D_15/2007 du 13 décembre 2007 consid. 1.1; cf. ROBERT ZIMMERMANN, *Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'art. 6 CEDH*, RDAF 1994 p. 335 ss, 344 ss). Elle s'insère souvent dans un ordre croissant de sanctions en fonction de la gravité du manquement (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, *L'organisation des activités administratives*, 1992, p. 242; voir aussi MINH SON NGUYEN, *Sanctions et licenciements: conditions matérielles et exigences procédurales*, in *Les réformes de la fonction publique*, op. cit., p. 169 ss). S'agissant plus particulièrement du blâme, il permet à la collectivité de faire connaître de manière formelle sa désapprobation ou son mécontentement à raison du comportement ou des prestations d'un employé. Accessoirement, il vise à le mettre en garde et à l'informer sur les risques d'un futur licenciement ordinaire (voir PETER HELBLING, in *Bundespersonalgesetz [BPG]*, Portmann/Uhlmann [éd.], 2013, n° 58 ad art. 25 LPers).

Le régime des sanctions disciplinaires du droit de la fonction publique n'a pas d'équivalent en droit privé, où les manquements du salarié sont en priorité sanctionnés par des mesures propres aux règles du code des obligations, telles que la résiliation ou la modification des rapports de travail (sur cette absence d'équivalence, voir HELBLING, op. cit., n° 9 ad art. 25 LPers). Comme on l'a vu, un blâme n'a aucune incidence sur le traitement. Son annulation par un tribunal n'oblige donc pas le canton à fournir une prestation. Le fait que le blâme pourrait être invoqué à l'appui d'une procédure ultérieure de licenciement, mettant cette fois en jeu un intérêt patrimonial du canton, n'est pas décisif. Il s'agit d'une conséquence hypothétique et indirecte qui ne suffit pas pour assimiler le canton à un particulier frappé dans ses intérêts pécuniaires (cf. MOOR, *La qualité pour agir*, op. cit., p. 118; ATF 135 V 382 consid. 3.3.1 p. 387; ATF 134 V 53 consid. 2.3.3.4 p. 59 ss). En définitive, le canton recourant n'est pas atteint d'une manière analogue à celle d'un employeur privé. C'est au contraire en tant que détenteur de la puissance publique qu'il intervient en prononçant une mesure disciplinaire spécifique au droit public. Dès lors, même si l'on

admettait d'étendre au recours constitutionnel subsidiaire la jurisprudence développée en application de l'art. 89 al. 1 LTF (supra consid. 4.3), la possibilité de former un tel recours serait en l'espèce d'emblée exclue.

4.5 Il s'ensuit que le recourant n'a pas qualité pour recourir contre l'arrêt du 4 août 2015. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 20. Juni 2016, Doss.-Nr. 4A_590/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. August 2015)

Ferien- und Freitageabgeltungsanspruch, Beweislastverteilung. Der Arbeitnehmer hat sowohl die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Ferien wie auch ihr Entstehen durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beweisen. Demgegenüber trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Arbeitnehmer bezogen worden sind (E. 3.4).

Vorliegend war entscheidend, dass der Arbeitnehmer mit Wissen des Arbeitgebers für diesen Arbeit leistete, statt Ferien zu beziehen. Dass der Arbeitnehmer seine Arbeit allenfalls als Ferien empfand oder diesen vorzog, führt nicht dazu, dass die Arbeit als Freizeit anzusehen wäre. Aus den Vorbringen der Erben des verstorbenen Arbeitgebers folgt aber implizit, dass der Arbeitnehmer tatsächlich auch an freien Tagen auf dem Hof war und arbeitete (E. 5.3).

Sachverhalt:

E. (Kläger; Beschwerdegegner) arbeitete ab dem 1. Februar 1996 als landwirtschaftlicher Angestellter von A. sel. (nachfolgend: der Verstorbene) beziehungsweise nach dessen Tod am 30. Juni 2011 für dessen Erben, B.A., C.A. (Ehefrau des Verstorbenen) und D.A. (alle drei: Erben, Beklagte und Beschwerdeführer). Mit Schreiben vom 21. März 2012 kündigten die Erben das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf den 30. Juni 2012.

Mit Klage vom 14. Februar 2013 gelangte der Kläger an das Bezirksgericht Kulm. Er verlangte, nachdem er sein Rechtsbegehren in der Replik angepasst hatte, die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, ihm Fr. 93'880.70 abzüglich den auf Fr. 77'521.50 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträgen und zuzüglich Zins zu bezahlen. Am 30. Juni 2014 verpflichtete das Bezirksgericht die Beklagten, dem Kläger Fr. 571.25 nebst Zins zu bezahlen. Auf Berufung des Klägers sprach ihm das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 18. August 2015 zusätzlich zum erstinstanzlich zugesprochenen Betrag Fr. 12'160.– als Ferienabgeltungsanspruch und Fr. 73'710.70 als Freitageabgeltungsanspruch zu, jeweils ab-

züglich der gesetzlich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge und zusätzlich Zins. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragen die Beklagten dem Bundesgericht, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und die Klage lediglich im vom Bezirksgericht zugesprochenen Umfang gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

3.

Vor Bundesgericht strittig sind der Ferien- und der Freitageabgeltungsanspruch. Dabei geht es zunächst um die Beweislastverteilung.

3.1 Das Bezirksgericht ging davon aus, der Beschwerdegegner habe im Betrieb des Verstorbenen eine besondere Stellung bekleidet. Einerseits habe der Beschwerdegegner umfassende Kompetenzen gehabt und alleine beziehungsweise zusammen mit dem Verstorbenen strategische Entscheide fällen können. Andererseits habe der Hof nur aufgrund der Finanzierung durch Darlehen des Beschwerdegegners überleben können. Die vom Beschwerdegegner eingebrachten Mittel seien mit Blick auf die vereinbarte Hofübernahme zur Verfügung gestellt worden. Der Kläger sei Geschäftspartner des Verstorbenen gewesen. Die Organisation auf dem Hof sei klar getrennt gewesen. Der Verstorbene habe sich um die Viehwirtschaft und die Finanzen, der Beschwerdegegner um den Rest der anfallenden Arbeiten gekümmert. Der Verstorbene sei daneben einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und nur am Morgen bei der Betreuung der Kühe auf dem Hof anwesend gewesen. Der Beschwerdegegner sei somit fast die ganze Zeit alleine auf dem Hof gewesen, habe die Arbeiten nach seinem Gutdünken erledigt und sei frei gewesen, den Tagesablauf zu organisieren. Er habe die Arbeiten mehr oder weniger ohne Aufsicht durch den Verstorbenen erledigt. Er habe in dessen Namen Verträge abgeschlossen. Seine Entlöhnung habe derjenigen eines Betriebsleiters entsprochen. Nachdem der Verstorbene ihm am 10. Dezember 2010 eine Vollmacht erteilt hatte, sei der Beschwerdegegner bei der Ausgestaltung seiner Ferien- und Freitage ohnehin frei gewesen, so dass es ihm ohne weiteres möglich gewesen wäre, die angehäuften Ferien- und Freitage zu beziehen. Weiter hätte er die Anzahl der nicht bezogenen Ferien- und Freitage ordnungsgemäss festhalten können. Da der Beschwerdegegner in der Ausgestaltung seiner Freizeit erhebliche Freiheit gehabt habe, sei die Beweislast umzukehren, so dass er den Beweis zu erbringen habe, wie viele Ferien und Freitage während des Arbeitsverhältnisses effektiv bezogen worden seien.

Aber auch davon abgesehen habe der Beschwerdegegner seine Ansprüche nicht hinreichend substantiiert. Die Agenda, welche nach seinen Angaben dazu gedient habe, die Ferien- und Freitageansprüche abzuschätzen, habe er aus unklaren Gründen dem Gericht nicht eingereicht. Aufgrund der mangelnden Substanziierung sah sich das Bezirksgericht nicht in

der Lage, den Umfang der nicht bezogenen Ferien- und Freitage gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen.

3.2 Die Vorinstanz erkannte, die in Rechtsprechung und Lehre teilweise angenommene Beweislastumkehr, wenn der Arbeitnehmer erhebliche Freiheit hat, den Ferienbezug selbst zu bestimmen, sei hier nicht massgebend. Sie habe Fälle vor Augen, in denen es dem Arbeitgeber kaum möglich sei, festzustellen, ob der Arbeitnehmer seine Ferien bezogen habe oder nicht, und in denen der Arbeitnehmer die ihm gebotenen Gelegenheiten zum Ferienbezug ohne triftigen Grund nicht genutzt habe. Dem Verstorbenen sei es aber trotz seiner 80% Anstellung bei der Gemeinde durchaus möglich gewesen, den Ferien- und Freitagebezug des Beschwerdegegners festzustellen, zumal der Verstorbene selbst auf dem Hof gelebt und sich dort morgens um die Milchwirtschaft gekümmert habe. Von Seiten des Verstorbenen oder der Beschwerdeführer sei aber nie ein Zeitpunkt für die Ferien bestimmt worden, wie dies in § 7 Abs. 3 des für den Kanton Aargau erlassenen Normalarbeitsvertrags über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004 (NAV; SAR 963.372) vorgeschrieben sei. Aufgrund von § 11 Abs. 2 NAV wäre der Arbeitgeber ausserdem verpflichtet gewesen, dem Arbeitnehmer spätestens bei der Auszahlung des Lohns eine schriftliche Lohnabrechnung zu übergeben, die auch eine Kontrolle der Überstunden, der arbeitsfreien Tage und des Ferienbezugs enthalte. Die besondere Stellung des Beschwerdegegners im Betrieb ändere nichts daran, dass zwischen den Parteien ein landwirtschaftliches Arbeitsverhältnis bestanden habe, welches die Verantwortung für die Aufzeichnung der Arbeitszeit des Beschwerdegegners den Arbeitgebern zuweise. Daher liege die Beweislast, wie viele Ferien und Freitage bezogen worden seien, bei den Beschwerdeführern.

3.3 Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt. Mit Blick auf die grosse Freiheit des Beschwerdegegners betreffend der Arbeitseinteilung hätte nach ihrer Auffassung die Beweislastumkehr greifen müssen.

3.4 Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Arbeitnehmer sowohl die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Ferien wie auch ihr Entstehen durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beweisen. Demgegenüber trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Arbeitnehmer bezogen worden sind (BGE 128 III 271 E. 2a/bb S. 274; Urteile des Bundesgerichts 4A_398/2014 vom 21. November 2014 E. 4.2; 4D_144/2009 vom 4. Februar 2010 E. 5.2; 4A_333/2009 vom 3. Dezember 2009 E. 3, nicht publ. in: BGE 136 III 94). Dies gilt nach der Lehre allgemein für Freizeit des Arbeitnehmers (JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, S. 251 N. 1b zu Art. 329 OR).

3.4.1 Zwar wird in der Lehre unter Hinweis auf eine kantonale Entscheidung in der Tat die Auffassung vertreten, wenn der Arbeitnehmende

erhebliche Freiheit habe, den Ferienbezug selbst zu bestimmen, treffe ihn die Beweislast, dass er keine Ferien beziehen können (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 329c OR S. 670 f.). Zu prüfen wäre allerdings zunächst, ob die Voraussetzungen für eine eigentliche Beweislastumkehr durch Richterrecht überhaupt gegeben sind (vgl. HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 465 ff. zu Art. 8 ZGB).

3.4.2 Die Frage braucht nicht vertieft zu werden. In der kantonalen Entscheidung, auf die sich die Lehre bezüglich der «Umkehr der Beweislast» stützt, ging es konkret um einen Versicherungsinspektor. Im Entscheid wird sinngemäss ausgeführt, die grosse Freiheit, die der Arbeitnehmer als Versicherungsinspektor hinsichtlich der Organisation seiner Arbeit und seiner Freizeit genieße, erlaube es dem Arbeitgeber nicht zu kontrollieren, ob der Arbeitnehmer seine Ferien (wie vertraglich vorgesehen) im laufenden Jahr bezogen habe oder nicht. Die Möglichkeit, die Ferien zu nehmen, sei jedenfalls dem Status des Versicherungsinspektors inhärent. In dieser Situation müsse man in Bezug auf die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer Ferien gewährt wurden, eine gewisse Umkehr der Beweislast zulassen, vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer treuwidrig handle, wenn der Arbeitgeber ihm Gelegenheit zum Ferienbezug eingeräumt und er davon keinen Gebrauch gemacht habe (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., S. 264 N. 1 zu Art. 329c OR). In dieser Situation sei es Sache des Arbeitnehmers, glaubhaft zu machen, dass er die Ferien nicht wie vorgesehen im laufenden Jahr beziehen konnte (JU-TRAV 1997 S. 42 ff. 47). Es geht mithin nicht um eine eigentliche Umkehr der Beweislast bei Arbeitnehmern, denen die Freiheit eingeräumt wurde, über den Ferienbezug weitgehend selbst zu bestimmen, sondern um den Schutz des Arbeitgebers vor einem treuwidrigen Verhalten des Arbeitnehmers, dem durch die Freiheit in der Arbeitszeitgestaltung die Möglichkeit zum Ferienbezug eingeräumt wird, ohne dass der Arbeitgeber den Bezug kontrollieren könnte, und der trotzdem keine Ferien bezieht, ohne dass er glaubhaft machen könnte, dass ihm dies nicht möglich gewesen wäre. Zu denken ist dabei an Fälle, in denen es dem Arbeitnehmer aufgrund der ihm gewährten Freiheiten und den von ihm übernommenen Aufgaben ohne Weiteres möglich sein müsste, die Ferien zu beziehen, und in denen der Arbeitgeber, dem die Kontrollmöglichkeit fehlt, nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, der Arbeitnehmer habe die Ferien tatsächlich bezogen.

3.5 Mit einer derartigen Situation ist der zu beurteilende Fall nicht zu vergleichen.

3.5.1 Dass der Beschwerdegegner in seiner Arbeitsgestaltung frei war, kann nur Bedeutung erlangen, wenn ihm diese Freiheit mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten erlaubt hätte, die Ferien- und Freitage tatsächlich zu beziehen. Dies setzt voraus, dass es Zeitabschnitte gab, in denen für das Funktionieren des Hofes entweder die Arbeitskraft des Beschwerdegegners nicht benötigt wurde oder aber jemand vorhanden war,

der die in der Abwesenheit des Beschwerdegegners zu erledigenden Arbeiten übernehmen konnte. Dass dies der Fall war, ist nicht festgestellt, und die Beschwerdeführer zeigen nicht auf, dass sie Entsprechendes im kantonalen Verfahren prozesskonform behauptet hätten. Sie machen vor Bundesgericht zwar geltend, da der Verstorbene bei seiner Arbeit für die Gemeinde fünf Wochen Ferien tatsächlich bezogen habe, hätte der Beschwerdegegner in dieser Zeit seine Ferien- und Freitage beziehen können. Dass dies tatsächlich so gehandhabt wurde, ist aber nicht festgestellt. Waren es die Ferien des Verstorbenen, die den Bezug von Ferien erlaubt hätten, ist zudem nicht dargetan, wie der Ferienbezug nach dem Tod des Verstorbenen ohne Wissen der Erben hätte durchgeführt werden können. Zudem wäre unter dieser Prämisse die Behauptung, der Verstorbene habe den Ferien- und Freitagebezug des Beschwerdegegners nicht kontrollieren können, nicht nachvollziehbar. Insoweit erscheinen die Vorbringen der Beschwerdeführer als inkonsistent.

3.5.2 Die Beschwerdeführer werfen dem Beschwerdegegner zwar ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Gestützt auf das Beweisergebnis der Vorinstanz geht dieser Vorwurf aber ins Leere.

3.5.2.1 Die Vorinstanz ging davon aus, dem Verstorbenen sei es möglich gewesen zu kontrollieren, ob der Beschwerdegegner seine Ferien und Freitage bezog. Sie kam in Würdigung der Beweise zum Schluss, dem Verstorbenen sei bewusst gewesen, dass der Beschwerdegegner nicht alle seine Ferien und Freitage bezogen habe. Von einem treuwidrigen Verhalten des Beschwerdegegners kann aber bei einem Dulden durch den Arbeitgeber keine Rede sein. Daran ändert auch die Vollmacht, die der Verstorbene während seines Spitalaufenthalts zu Gunsten des Beschwerdegegners ausgestellt hat, nichts. Sie mag die Freiheit des Beschwerdegegners erweitern. Dies ist aber nicht entscheidend, solange der Arbeitgeber duldet, dass der Arbeitnehmer nicht sämtliche Ferien- und Freitage bezieht. Hätte mit Erteilung der Vollmacht eine Änderung des bisherigen Ferien- und Freitage-Systems einhergehen sollen, hätte der Verstorbene das anordnen können. Dass er dies getan hätte, ist nicht festgestellt.

3.5.2.2 Die Beschwerdeführer gehen in ihrer Argumentation entgegen der Vorinstanz davon aus, der Arbeitgeber habe die Forderung des Arbeitnehmers nicht gekannt. Sie machen geltend, bei der Voraussetzung der Kenntnis einer Forderung könne es sich nur um die konkrete Forderung handeln, die in einem genau bestimmten Anspruch in Tagen beziehungsweise Franken bestehe. Den Umfang des Anspruchs hätten die Beschwerdeführer aber erst erkannt, als ihn der Beschwerdegegner nach erfolgter Kündigung geltend gemacht habe. Der behauptete Ferien- und Freitageanspruch sei – im Gegensatz zur sich verändernden Darlehenssumme – nicht schriftlich fixiert worden. Auch dies sei ein Indiz dafür, dass die Beschwerdeführer davon ausgehen durften, der Beschwerdegegner mache keinen Anspruch aus Ferien- und Freitagen geltend.

3.5.2.3 Gemäss einer Zeugenaussage, welche die Vorinstanz als glaubwürdig einstufte und auf die sie abgestellt hat, hat der Verstorbene im Zusammenhang mit Ferien und Freizeit gesagt, er sei froh und dankbar, dass er den Beschwerdegegner habe; er könne das nur honorieren, wenn er dem Beschwerdegegner dereinst den Betrieb zu einem guten Preis übertrage.

Ob zwischen dem Beschwerdegegner und dem Verstorbenen eine Vereinbarung getroffen wurde, wonach nicht bezogene Ferien- und Freitage im Rahmen der geplanten Hofübernahme zu honorieren seien (die Beschwerdeführer machen geltend, der Beschwerdegegner habe eine derartige Vereinbarung nicht rechtzeitig behauptet) und ob eine solche Vereinbarung rechtlich zulässig wäre (was die Beschwerdeführer bestreiten), ist unerheblich. Entscheidend ist, dass der Verstorbene das Verhalten des Beschwerdegegners in Kenntnis des Nichtbezugs von Ferien- und Freitagen toleriert hat und weder davon ausging, der Beschwerdegegner habe die Ferien- und Freitage im Rahmen seiner freien Arbeitsgestaltung bezogen noch der Arbeitnehmer müsse seine Forderungen regelmässig beziffern. Auch ging er nicht davon aus, die Arbeiten seien unentgeltlich erfolgt. Damit scheidet insoweit ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beschwerdegegners aus und kann von ihm nicht verlangt werden, dass er glaubhaft macht, er habe die Ferien nicht beziehen können. Selbst wenn tatsächlich die Möglichkeit zum Bezug der Freitage und Ferien bestanden hätte, wäre dies nicht massgebend, solange der Arbeitgeber um den Nichtbezug weiss und diesen duldet.

3.5.2.4 Das Wissen des Verstorbenen müssen sich seine Erben, die in seine Rechtsstellung eintreten, entgegenhalten lassen. Es kann sich nur die Frage stellen, ob die Zeit nach seinem Ableben anders zu beurteilen ist. Die Beschwerdeführer behaupten zwar, es sei ihnen nach dem Tod des Verstorbenen nicht möglich gewesen, den Ferienbezug des Beschwerdegegners zu kontrollieren. Selbst wenn dies zutreffen sollte, zeigen sie nicht rechtsgenügend auf, dass der Beschwerdegegner dies hätte erkennen müssen, zumal sie selbst ausführen, die Beschwerdeführerin 2 sei auf dem Hof anwesend gewesen. Sie legen nicht rechtsgenügend dar, woraus der Beschwerdegegner hätte erkennen müssen, dass sie das vom Verstorbenen geduldete Verhalten nicht mehr akzeptierten, sondern davon ausgingen, der Beschwerdegegner beziehe alle seine Ferien- und Freitage.

3.5.3 Die Vorinstanz ist damit zu Recht davon ausgegangen, dass die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht zu einer Umkehr der Beweislast geführt hat. Aber auch der von den Beschwerdeführern gegenüber dem Beschwerdegegner erhobene Vorwurf des Rechtsmissbrauches, hat sie zu Recht zurückgewiesen.

3.6 Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, zufolge Beweisvereitelung habe eine Umkehr der Beweislast zu erfolgen und sei diese dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Sie machen geltend, der Beschwerdegegner habe die Agenden, die ihm nach eigenen Angaben dazu gedient hatten, sei-

nen Ferien- und Freitageanspruch abzuschätzen, nicht eingereicht, sondern zurückbehalten. Es ist aber nicht festgestellt, dass die Beschwerdeführer diesbezüglich je ein Editionsbegehren gestellt hätten, und sie zeigen dies in ihrer Beschwerde auch nicht auf. Damit kann von einer Beweisvereitelung keine Rede sein und kommt der Tatsache, dass die Beweisvereitelung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen wäre und nicht zu einer Umkehr der Beweislast führt (BGE 119 II 305 E. 1b/aa S. 306; 118 II 27 E. 3a S. 29; Urteil des Bundesgerichts 4A_257/2014 vom 29. September 2014 E. 3.5, publ. in sic!, 1/2015 S. 37; WALTER, a.a.O., N. 321 zu Art. 8 ZGB mit Hinweisen auch auf abweichende Lehrmeinungen), keine Bedeutung zu. Mit Blick auf die Beweislastverteilung ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

4.

Die Vorinstanz ging unter Hinweis auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 329c OR S. 670, welche ihrerseits auf ein Urteil ZK2 10 23 des Kantonsgerichts von Graubünden vom 24. März 2011 (http://www.lawsearch.gr.ch/download/KG_Entscheide/Entscheidungen%20KG/2011/ZK2/GRKG-20110324-ZK2-10-23-20111225.pdf, zuletzt besucht am 20. Juni 2016) verweisen, davon aus, es sei Sache des Arbeitnehmers, im Prozess seinen Ferienabgeltungsanspruch zu substantizieren, insbesondere indem er darlege, wie viele Ferientage aus welchem Jahr ihm nach seiner Auffassung noch zustünden. Die Beschwerdeführer rügen, der Beschwerdegegner sei seiner Substanziierungsobliegenheit nicht hinreichend nachgekommen.

4.1 Die im Rahmen der Verhandlungsmaxime bestehende Behauptungslast (Art. 55 Abs. 1 ZPO) trifft grundsätzlich jene Partei, die gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast für eine Tatsache trägt (vgl. BGE 132 III 186 E. 4 S. 191 mit Hinweis). Den Beschwerdegegner trifft die Behauptungs- und Substanziierungslast, soweit ihn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 128 III 271 E. 2a/bb S. 274) die Beweislast trifft. Sofern er gegenüber den Beschwerdeführern über einen Informationsvorsprung verfügt und diese aus eigener Wahrnehmung keine Angaben machen können, ist er darüber hinaus gehalten, deren Behauptungen substantiiert zu bestreiten (vgl. BGE 133 III 43 E. 4.1 S. 54 mit Hinweis; WALTER, a.a.O., N. 192 zu Art. 8 ZGB).

4.2 Die Frage nach dem Umfang der Behauptungslast braucht hier aber nicht vertieft zu werden, da der Vorwurf der mangelnden Substanziierung jedenfalls ins Leere geht. Die Anforderungen an die Substanziierung ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Die Parteien haben im Rahmen von Art. 55 Abs. 1 ZPO alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Nor-

men zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; Urteile des Bundesgerichts 4A_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.1; 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; je mit Hinweisen). Für den Ersatzanspruch für nicht bezogene Ferien- und Freitage spielt (mit Ausnahme der Frage einer allfälligen Verjährung) keine Rolle, wann genau der Arbeitnehmer Freitage und Ferien nicht bezogen hat und auch die näheren Umstände sind grundsätzlich nicht von Belang, soweit der Arbeitgeber (wie hier der Verstorbene) duldet, dass der Arbeitnehmer die Ferien und Freitage nicht bezog. Eine Pflicht zur weiteren Substanziierung könnte sich unter diesen Umständen nur aus dem prozessualen Verhalten des Arbeitgebers ergeben, indem dieser zu erkennen gibt, dass er für ein substanziiertes Behaupten oder Bestreiten auf weitere Angaben des Arbeitnehmers angewiesen ist. Soweit der Arbeitgeber selbst die Beweislast trägt, ist zusätzlich Voraussetzung, dass mit Blick auf ein zu Gunsten des Arbeitnehmers bestehendes Informationsgefälle von diesem weitere Ausführungen verlangt werden können (vgl. BGE 133 III 43 E. 4.1 S. 54 mit Hinweis; WALTER, a.a.O., N. 192 zu Art. 8 ZGB). Die Beschwerdeführer zeigen aber nicht auf, dass aufgrund ihrer Eingaben vor Bezirksgericht Anlass zu einer weitergehenden Substanziierung bestand.

4.2.1 Der Beschwerdegegner hat nach den Feststellungen der Vorinstanz in der Klage aufgeführt, wieviele Ferientage er in welchem Jahr bezogen haben will und gestützt darauf seinen Anspruch berechnet. Auch den eingeklagten Abgeltungsanspruch für nicht bezogene Freitage zwischen Ende August 2006 bis 30. Juni 2012 habe er detailliert dargestellt.

4.2.2 Die Beschwerdeführer bestritten gemäss dem angefochtenen Entscheid die vom Beschwerdegegner angeblich nicht bezogenen Ferientage und machten geltend, dieser habe sämtliche Ferien bezogen, wofür eine hohe Wahrscheinlichkeit spreche. Sie bestritten ausserdem, den geltend gemachten Freitageabgeltungsanspruch und die Behauptung des Beschwerdegegners, er habe die von ihm geltend gemachten Freitage nicht beziehen können.

4.2.3 Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, dass sich der Beschwerdegegner aufgrund dieser generellen und nicht weiter substanziierten Ausführungen nicht veranlasst sehen musste, in der Replik hinsichtlich der Freitage mit Datumsangabe genau festzuhalten, wann, an welchen Tagen er frei beziehungsweise nicht frei gehabt habe. Wenn die Beschwerdeführer zur Substanziierung ihrer Ausführungen diesbezüglich auf weitere Angaben angewiesen gewesen wären, hätten sie darauf in der Klageant-

wort hinweisen können. Entsprechende Ausführungen erfolgten nach den Feststellungen der Vorinstanz aber erst im Berufungsverfahren. Soweit die Beschwerdeführer behaupten, sie selbst und auch der Verstorbene hätten schlicht keine Kenntnis davon gehabt, ob der Beschwerdegegner an freien Tagen gearbeitet habe oder nicht, und es sei ihnen daher nicht möglich, die Anzahl der nicht bezogenen Freitage und Ferien substantiiert zu bestreiten, weichen sie damit einerseits von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ab. Zudem hätte genügt darzutun, inwiefern sie zur sachgerechten Behauptung oder Bestreitung auf weitere Angaben angewiesen sind.

4.3 Die Beschwerdeführer diskutieren die vom Beschwerdegegner angestellten Berechnungen und geben sie als unglaubwürdig aus. Sie schliessen aus Zeugenaussagen, der Beschwerdegegner habe auch seine Freizeit auf dem Hof verbracht und Arbeit und Freizeit vermischt. Damit stellen sie wie in einem erstinstanzlichen Verfahren den Sachverhalt unter Hinweis auf die Beweismittel aus ihrer Sicht dar, ohne sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen. Derartig appellatorische Ausführungen können vom Bundesgericht nicht berücksichtigt werden. Mit dem Einwand, es könne keine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR erfolgen, da es dem Beschwerdegegner zuzumuten gewesen wäre, genauere Angaben zu machen und seine Agenden einzureichen, sind sie nicht zu hören. Wenn sie als für den Bezug der Ferien- und Freitage beweisbelastete Partei in der Klageantwort weder vom Beschwerdegegner nähere Angaben verlangt haben noch die Edition der Agenden, können sie aus der Tatsache, dass der Beschwerdegegner allenfalls nähere Angaben hätte machen können, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das gilt auch, soweit sie mit Blick auf die Tatsache, dass der Beschwerdegegner seine Agenden nicht beim Gericht eingereicht hat, das Abstellen der Vorinstanz auf die vom Beschwerdegegner vorgenommenen Schätzung als willkürlich beanstanden.

5.

Bei der Schätzung der nicht bezogenen Ferien- und Freitage sah die Vorinstanz keinen Anlass, von den Angaben des Beschwerdegegners abzuweichen, nachdem nichts darauf hindeute, dass dieser in Tat und Wahrheit mehr Ferien- und Freitage bezogen habe, als in der Klage behauptet. Dies rügen die Beschwerdeführer als willkürlich.

5.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, da die Angaben des Beschwerdegegners selbst auf einer Schätzung beruhten, deute sehr viel darauf hin, dass dieser mehr Ferien- und Freitage bezogen habe, als behauptet. Allein aus der Tatsache, dass die Werte geschätzt sind, folgt dies indessen nicht, da die Schätzung sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten des Beschwerdegegners von der Realität abweichen kann. Die Beschwerdeführer müssten aufzeigen, dass zwingende Indizien dafür bestehen, der Beschwerdegegner habe die Schätzung zu seinen Gunsten vorgenommen, und dass sie sich darauf vor der Vorinstanz prozesskonform berufen haben. Entsprechende rechtsgenügeliche Ausführungen finden sich in der Beschwerde nicht.

5.2 Die Beschwerdeführer beanstanden, die Vorinstanz habe auf die Angaben des Beschwerdegegners abgestellt mit der Begründung, sie hätten die Anzahl der Freitage nicht substantiiert bestritten. Dabei hätten sie bereits in der Klageantwort bestritten, dass der Kläger die geltend gemachten Freitage nicht habe beziehen können. Ein weitergehendes Bestreiten sei nicht notwendig.

Die Vorinstanz hat nicht ohne Weiteres auf die Angaben des Beschwerdegegners abgestellt, sondern ist in Würdigung der Beweise zum Schluss gekommen, der Beschwerdegegner habe tatsächlich nicht sämtliche Ferien- und Freitage bezogen und der Verstorbene sei sich dessen bewusst gewesen. Da der Verstorbene das Verhalten des Beschwerdegegners geduldet hat, kommt der Frage, ob dieser die Ferien- und Freitage hätte beziehen können, keine Bedeutung zu. Insoweit erachtete die Vorinstanz die Bestreitung der Beschwerdeführer nicht als ungenügend, sondern gelangte gestützt auf ein von den Behauptungen der Beschwerdeführer abweichendes Beweisergebnis zu einem für die Beschwerdeführer ungünstigen Resultat. Erst nachdem die Vorinstanz entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführer zum Schluss gekommen war, dass entsprechend den Behauptungen in der Klage abzugeltende Ferien- und Freitage bestanden, hat sie auf die Schätzung des Beschwerdegegners abgestellt.

5.3 Dass die Beschwerdeführer für diesen Fall substantiierte Einwände gegen die Berechnung des Beschwerdegegners vorgebracht hätten, die bei der Vorinstanz zwingend Zweifel an der Schätzung hätten wecken müssen, zeigen sie nicht rechtsgenügend auf. Sie verweisen vielmehr vor Bundesgericht auf eine Zeugenaussage, wonach der Beschwerdegegner Arbeiten auf dem Hof auch als Ferien und Freizeit angesehen habe. Diese Ausführungen offenbaren ein Missverständnis. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer mit Wissen des Arbeitgebers für diesen Arbeit leistet, statt Ferien zu beziehen. Dass der Arbeitnehmer seine Arbeit allenfalls als Ferien empfindet oder diesen vorzieht, führt nicht dazu, dass die Arbeit als Freizeit anzusehen wäre. Aus den Vorbringen der Beschwerdeführer folgt aber implizit, dass der Beschwerdegegner tatsächlich auch an freien Tagen auf dem Hof war und gearbeitet hat.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 20. Juni 2016, Doss.-Nr. 4A_46/2016 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 20. November 2015)

Kündigungsbefugnis der Geschäftsleitung, Art. 718 ff. OR; missbräuchliche Kündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. d OR. Streitig war vorliegend u.a., ob die Entlassung der Arbeitnehmerin gültig war, da diese nicht vom Verwaltungsrat, sondern von der Geschäftsleitung ausging. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die gemäss Art. 718 ff. OR nach aussen zur Vertretung befugte Geschäftsleitung Mitarbeiter entlassen, da dies ohne Zweifel zum Kreis der Rechtshandlungen gehört, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Ob sich Dritte auf die Nichteinhaltung der gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien berufen können, konnte vorliegend offen bleiben, da die Geschäftsleitung befugt war, die Gesellschaft nach aussen zu vertreten. Zudem entsprach die Kündigung den internen Vorgaben sowie dem Willen des Verwaltungsrats (E. 5.2, 5.3).

Sachverhalt:

A. (Klägerin, Beschwerdeführerin) war ab dem 1. Dezember 2000 bei der B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) als Leiterin Konzernrevision («Head Internal Audit») angestellt. Mit Schreiben vom 20. August 2004 wurde der Klägerin durch die Beklagte per 31. März 2005 gekündigt.

Die Klägerin focht diese Kündigung beim Kantonsgericht Schaffhausen an. Dieses kam mit Urteil vom 22. November 2005 zum Schluss, die Kündigung sei nichtig, weil kein Aufhebungsvertrag zustande gekommen und die Kündigung während der Sperrfrist wegen Krankheit ausgesprochen worden sei. Am 23. November 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin erneut. Die Klägerin focht auch die zweite Kündigung vom 23. November 2005 beim Kantonsgericht Schaffhausen an. Mit geänderten Hauptbegehren vom 31. August 2006 beantragte sie, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr das Monatssalär Juli 2006 und weitere Nebenleistungen im Betrag von Fr. 19'142.92 nebst gesetzlichen Zinsen seit 31. Juli 2006 zu bezahlen. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, ihr eine Entschädigung nach Art. 336a OR wegen missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen. Mit Urteil vom 23. Juli 2009 wies das Kantonsgericht die Klage ab. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen hiess mit Beschluss vom 26. August 2011 sowohl die von der Klägerin erhobene Berufung als auch die Anschlussberufung der Beklagten teilweise gut. Es hob das Urteil des Kantonsgerichts vom 23. Juli 2009 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht zurück. Mit Urteil vom 28. April 2014 erzog das Kantonsgericht, dass die von der Beklagten am 23. November 2005 ausgesprochene Kündigung «unwirksam» sei, und die Klägerin Anspruch auf den von ihr ein-

geklagten Lohn für den Monat Juli 2006 habe. Es hiess die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 1'533.– brutto und Fr. 1'117.90 netto zu bezahlen. Ausgehend vom Betrag von Fr. 1'533.– seien die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge und die Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung (je die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge) zu leisten. Auf dem daraus resultierenden Nettobetrag und dem Betrag von Fr. 1'117.90 sei ein Zins zu 5% seit 31. August 2006 zu bezahlen. Da das Kantonsgericht die Kündigung als «unwirksam» qualifizierte und das Hauptbegehren der Klägerin guthiess, beurteilte es das Eventualbegehren der Klägerin bezüglich der Entschädigung für eine wirksame, aber missbräuchliche Kündigung nach Art. 336a OR nicht. Eine dagegen von der Beklagten erhobene Berufung hiess das Obergericht mit Urteil vom 20. November 2015 gut. Es hob das Urteil des Kantonsgerichts vom 28. April 2014 auf und wies die Klage ab. Das Obergericht erachtete die Kündigung vom 23. November 2005 als gültig und verwarf die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, ihr Fr. 1'533.– brutto und Fr. 1'117.90 netto zu bezahlen, wobei ausgehend vom Betrag von Fr. 1'533.– die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge und die Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung zu leisten seien und auf dem darauf resultierenden Nettobetrag und dem Betrag von Fr. 1'179.90 ein Zins zu 5% seit 31. Juli 2006 zu bezahlen sei. Eventualiter sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verurteilen, der Beschwerdeführerin Fr. 30'000.– als Entschädigung nach Art. 336a OR samt Zins zu 5% seit 31. Mai 2006 zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

4.

(...)

4.2.4 Zunächst ist festzuhalten, dass die Frage, ob aus dem Schreiben vom 16. Juni 2005 geschlossen werden könnte, dass der Verwaltungsratspräsident oder der Gesamtverwaltungsrat die erste Kündigung vom 20. August 2004 (rückwirkend) genehmigt habe, oder ob der Verwaltungsratspräsident alleine eine solche Genehmigung hätte aussprechen können, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, wie die Vorinstanz zu Recht erwo. Die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin gehen damit ins Leere, denn im vorliegenden Verfahren ist nur die zweite Kündigung vom 23. November 2005 streitig. Diese zweite Kündigung erfolgte rund fünf Monate nach dem erwähnten Schreiben des Verwaltungsratspräsidenten. Insoweit kam die Vorinstanz in der Beweiswürdigung zum Schluss, dass die hier streitige zweite Kündigung vom 23. November 2005 seit dem 16. Juni 2005 «dem Willen des Verwaltungsrats» der Beschwer-

degegenerin entsprochen habe bzw. dass «sich der Verwaltungsrat (...) ebenfalls für eine Kündigung der [Beschwerdeführerin] aussprach».

Diese Beweiswürdigung vermag die Beschwerdeführerin nicht als willkürlich auszuweisen. Zunächst bringt sie vor, dass sich dieser Schluss der Vorinstanz nicht aus dem Inhalt des Schreibens des Verwaltungsratspräsidenten vom 16. Juni 2005 ergebe. Es mag zwar zutreffen, dass der damalige Verwaltungsratspräsident darin nicht ausdrücklich festhält, dass sich der Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin für die Kündigung der Beschwerdeführerin ausgesprochen habe. Der Verwaltungsratspräsident erklärt aber in diesem Schreiben, dass die «B.» überzeugt sei, bezüglich der Kündigung der Beschwerdeführerin korrekt gehandelt zu haben. Inwiefern es geradezu unhaltbar sein soll, wenn die Vorinstanz gestützt auf diese Aussage schloss, dass spätestens ab diesem Zeitpunkt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Beschwerdeführerin auch dem Willen des Verwaltungsrats der Beschwerdegegnerin entsprochen habe bzw. sich auch der Verwaltungsrat für eine Kündigung der Beschwerdeführerin ausgesprochen habe, vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen.

Im Weiteren legt die Beschwerdeführerin auch keine Willkür dar, indem sie vorbringt, dass aus dem Schreiben vom 16. Juni 2005 nicht ersichtlich sei, dass die Kündigung dem Willen des Gesamtverwaltungsrats entsprochen habe. Es gelingt ihr nicht aufzuzeigen, inwiefern es geradezu unhaltbar sein soll, wenn die Vorinstanz gestützt auf die Aussage im genannten Schreiben, wonach die «B.», und damit nicht nur der unterzeichnende Verwaltungsratspräsident, der Auffassung sei, in Bezug auf die Kündigung korrekt gehandelt zu haben, zum Schluss kam, dass die Kündigung dem Willen des Verwaltungsrats der Beschwerdegegnerin entsprochen habe.

Nachfolgend ist daher von dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt auszugehen, dass die zweite Kündigung vom 23. November 2005 spätestens seit dem 16. Juni 2005 dem Willen des Verwaltungsrats der Beschwerdegegnerin entsprach bzw. sich spätestens ab diesem Datum auch dieser für eine Kündigung der Beschwerdeführerin aussprach. Soweit sich die Beschwerdeführerin im Weiteren auf tatsächliche Elemente stützt, die von diesem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt abweichen, kann darauf nicht abgestellt werden.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht sodann eine Verletzung von Art. 718 und Art. 718a OR geltend, weil die Kündigung vom 23. November 2005 durch zwei Mitglieder des operativen Managements der Beschwerdegegnerin erfolgte, denen die Befugnis für die Aussprechung der Kündigung fehle. Nach der Audit-Committee-Charta der Beschwerdegegnerin habe der Gesamtverwaltungsrat über ihre Entlassung zu entscheiden. Sie kenne diese interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis und könne dies entsprechend der Beschwerdegegnerin entgegenhalten.

5.2 Nach Art. 718 Abs. 1 Satz 1 OR vertritt der Verwaltungsrat die Aktiengesellschaft nach aussen, wobei er gemäss Art. 718 Abs. 2 OR die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern oder Dritten übertragen kann. Nach Art. 718a Abs. 1 OR können die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Diese Vorschrift wird zum Schutz gutgläubiger Dritter weit ausgelegt. Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 116 II 320 E. 3a S. 323; Urteil 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1; je mit Hinweisen). Nur in Extremfällen sind Vertretungshandlungen wegen Zweckwidrigkeit und damit Überschreitung der Vertretungsmacht als von Anfang an für die Gesellschaft unverbindlich und ungültig anzusehen. Der Umfang der Vertretungsmacht des Verwaltungsrats im Aussenverhältnis erfasst demnach alle Rechtsgeschäfte, die vom objektiv verstandenen Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind (Urteil 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1 mit Hinweis).

Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen sind ins Handelsregister einzutragen (Art. 720 OR). Durch die Publikation im Handelsregister gibt die Gesellschaft gegen aussen kund, wer sie vertreten kann; damit sind Handlungen der gemäss Handelsregistereintrag zur Vertretung ermächtigten Personen der Gesellschaft zuzurechnen und zwar unabhängig davon, ob die entsprechenden Organe die gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien beachtet haben (Urteile 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.2.5; 4A_617/2013 vom 30. Juni 2014 E. 5.2; 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.1.3; 4A_357/2007 vom 8. April 2008 E. 4.2).

Ob sich Dritte auf die Nichteinhaltung der gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien berufen können (kritisch hierzu: THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, ZBJV 145 [2009], S. 912 f.), braucht nicht beurteilt zu werden, wenn wie vorliegend von vornherein festgestellt werden kann, dass diese internen Richtlinien bei der Entlassung der Beschwerdeführerin beachtet wurden.

5.3 Aus den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz ergibt sich, dass das Kündigungsschreiben vom 23. November 2005 von zwei Mitgliedern der Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin unterzeichnet wurde. Sodann erwog die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin nicht bestreite, dass die beiden Unterzeichnenden aufgrund ihrer Funktion grundsätzlich eine Kündigung aussprechen durften und sie im Rahmen der Vertretungsmacht handelten. Soweit die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht neu vorbringt, dass die beiden Handelnden keine Vertretungsmacht gehabt hät-

ten, da die Kündigung nicht vom Zweck der Beschwerdegegnerin gedeckt sei, kann ihr nicht gefolgt werden, gehört doch die Entlassung von Mitarbeitern ohne Zweifel zum Kreis der Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (BGE 128 III 129 E. 1b.aa S. 134).

Die Vorinstanz erwog alsdann, dass gemäss der Audit-Committee-Charta als Anhang 1 zum Organisationsreglement der Verwaltungsrat über die Entlassung der Beschwerdeführerin als Leiterin der internen Revision zu entscheiden gehabt habe. Dementsprechend gehen sowohl die Vorinstanz wie auch die Beschwerdeführerin davon aus, dass nach den gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien der Beschwerdegegnerin der Verwaltungsrat über die Entlassung der Beschwerdeführerin zu entscheiden hat. Sodann wurde durch die Vorinstanz festgestellt, dass spätestens ab dem 16. Juni 2005 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin dem Willen des Verwaltungsrats der Beschwerdegegnerin entsprochen habe bzw. sich auch der Verwaltungsrat für eine Kündigung der Beschwerdeführerin ausgesprochen habe (Erwägung 4.2.4).

Hat sich aber der Verwaltungsrat spätestens ab dem 16. Juni 2005 für die Entlassung der Beschwerdeführerin ausgesprochen bzw. hat diese Kündigung dem Willen des Verwaltungsrats entsprochen, wurde spätestens ab diesem Zeitpunkt durch den Gesamtverwaltungsrat der Beschwerdegegnerin entschieden, der Beschwerdeführerin zu kündigen. Damit wurde der Entschluss, das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin aufzulösen, von dem nach den gesellschaftsinternen Vorschriften zuständigen Organ gefällt und daher die gesellschaftsinternen Kompetenz- und Handlungsrichtlinien der Beschwerdegegnerin eingehalten. Da diese Richtlinien eingehalten wurden, braucht nicht beurteilt zu werden, ob sich die Beschwerdeführerin auf deren Nichtbeachtung berufen könnte.

Eine Verletzung von Art. 718 f. OR ist damit nicht dargetan. Weitere Rechtsverletzungen macht die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht geltend, zumindest nicht hinreichend.

5.4 Die Vorinstanz ist damit zu Recht zum Schluss gekommen, dass die Kündigung vom 23. November 2005 gültig ist.

6.

6.1 Für den Fall, dass die Kündigung als gültig erachtet werde, verlangt die Beschwerdeführerin in ihrem Eventualbegehren eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR.

(...)

Die Vorinstanz prüfte sodann die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Missbrauchstatbestände nach Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. d OR und verwarf beide. Da «die Missbräuchlichkeit nicht genügend substantiiert» sei, erübrige sich, so die Vorinstanz schliesslich, eine Rückweisung an die Erstinstanz, und die Klage sei in diesem Punkt sogleich abzuweisen.

(...)

7.

(...)

7.4 Die Beschwerde erweist sich demnach auch als unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung des Eventualbegehrens richtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 20. Juni 2016, Doss.-Nr. 2C_703/2015 (Bestätigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2015)

Verletzung des Arbeitsgesetzes; verantwortlicher Betrieb bei Arbeitsverhältnis in Dreieckskonstellationen, Frage der Direktionsgewalt und Arbeitsorganisation, Art. 1 ArG. Das Arbeitsgesetz ist, unter Vorbehalt der Art. 2 bis 4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe (Art. 1 Abs. 1 ArG). Der Begriff des Betriebes ist im Gesetz bewusst sehr weit gefasst. Als Betrieb gilt jede Arbeitsorganisation, in der mindestens ein Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt wird. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass der Betrieb im Sinne des ArG mit dem Arbeitgeber identisch ist. Es ist sehr wohl möglich, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Betriebsinhaber, sondern mit einem Dritten besteht, wie beispielsweise bei der Leiharbeit. Der Betrieb ist dann jenes Unternehmen, welches die Direktionsgewalt ausübt und die Arbeit organisiert (E. 2.1).

Sachverhalt:

Die X. AG führt im Auftrag diverser Bahnunternehmen in der Schweiz Bau- und Unterhaltsarbeiten an Gleistrassees durch. Anlässlich einer Kontrolle des Betriebs betreffend die Einhaltung der gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeiten im Januar 2014 stellte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) fest, dass die X. AG die notwendigen Schritte zur Umsetzung des Arbeitsgesetzes nicht eingeleitet habe. Am 20. März 2014 verfügte das AWA, die X. AG habe umgehend die Vorschriften des Arbeitsgesetzes einzuhalten. Dies betraf insbesondere Art. 9, 10, 15, 15a, 17a und 21 des Bundesgesetzes ArG, Art. 13 und 18 ArGV1 sowie Art. 48 ArGV2. Für den Fall der Nichtbeachtung dieser Anordnung drohte das AWA der X. AG ein Vorgehen nach Art. 51 Abs. 2 ArG (Erlass einer Verfügung mit Strafandrohung) an, wies auf Art. 52 ArG (Massnahmen des Verwaltungszwangs) hin und behielt sich eine Anzeige nach

Art. 59 ff. ArG vor. Weiter verpflichtete es die X. AG, bis spätestens 15. Oktober 2014 eine Liste der von ihr von Juli bis September 2014 im Bereich Gleisbau beschäftigten Arbeitnehmer einzureichen.

Einen von der X. AG dagegen erhobenen Rekurs wies die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 25. November 2014 ab. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hiess die von der X. AG dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 10. Juni 2015 teilweise (in einem Nebenpunkt) gut und wies sie im Übrigen ab. Mit Eingabe vom 26. August 2015 erhebt die X. AG Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sie beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2015 und die Verfügung des AWA vom 20. März 2014 seien aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das Arbeitsgesetz ist, unter Vorbehalt der Artikel 2 bis 4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe (Art. 1 Abs. 1 ArG). Ein Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Gesetzes nur für einzelne Teile eines Betriebes gegeben sind, ist das Gesetz nur auf diese anwendbar (Art. 1 Abs. 2 ArG).

Der Begriff des Betriebes ist im Gesetz bewusst sehr weit gefasst. Als Betrieb gilt jede Arbeitsorganisation, in der mindestens ein Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt wird. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass der Betrieb im Sinne des ArG mit dem Arbeitgeber identisch ist. Es ist sehr wohl möglich, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Betriebsinhaber, sondern mit einem Dritten besteht, wie beispielsweise bei der Leiharbeit. Der Betrieb ist dann jenes Unternehmen, welches die Direktionsgewalt ausübt und die Arbeit organisiert (THOMAS GEISER, in: Arbeitsgesetz, 2005, Art. 1 ArG N. 7; vgl. auch Wegleitung des Staatssekretariates für Wirtschaft [SECO] vom Februar 2016 zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Art. 1 Abs. 2 ArG; ROLAND A. MÜLLER, Kommentar Arbeitsgesetz, 7. Aufl. 2009, Art. 1 Abs. 2 ArG N. 1).

2.2 Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass es im Zusammenhang mit der Erbringung von Gleisbauarbeiten durch die Beschwerdeführerin während der Monate Juli bis September 2013 zu zahlreichen Verstössen gegen das Arbeitsgesetz gekommen ist. Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz offenbarte die stichprobenweise Prüfung der dem AWA anlässlich einer Betriebskontrolle im Januar 2014 vorgelegten Arbeitszeitaufzeichnungen mehrfache und teilweise massive Überschreitungen der wöchentlichen Arbeitszeit (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG und Art. 13 ArGV1), der täglichen Arbeitszeit (Art. 10 Abs. 3 ArG), der Dauer der

Nacharbeit (Art. 17a ArG), wiederholtes Nichteinhalten der gesetzlich vorgeschriebenen Pausen (Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV1) sowie der täglichen Ruhezeit (Art. 15a ArG). In Bezug auf den Umstand, dass zwei Arbeitnehmer im Juli 2013 acht Tage in Folge gearbeitet hatten (Verstoss gegen Art. 21 Abs. 1 ArG) hat die Vorinstanz die Beschwerde aufgrund einer rechtfertigenden Notfallsituation dagegen (teilweise) gutgeheissen.

2.3 Ebenfalls unbestritten geblieben ist, dass das AWA gestützt Art. 51 Abs. 1 ArG grundsätzlich gehalten war, die von ihm anlässlich der Kontrolle des Betriebs der Beschwerdeführerin festgestellten Zuwiderhandlungen zu rügen und gegenüber dem fehlbaren Betrieb eine Verwarnung auszusprechen. Streitig ist indessen, ob die Beschwerdeführerin die richtige Adressatin der Verwarnung ist. Sie macht geltend, aufgrund der mit den einzelnen Bahnunternehmen bestehenden Verträge läge die Verantwortung für die Einhaltung der relevanten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes nicht bei ihr, sondern bei den Bahnunternehmen. Aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtungen habe sie ihre Mitarbeitenden an die Bahnunternehmen verliehen, sodass der ihr verbleibende Handlungsspielraum hinsichtlich der Länge der Einsätze ihrer Angestellten verschwindend klein sei. Die Vertragsverhältnisse wiesen Parallelen zum klassischen Personalverleih auf, weshalb die Pflichten aus dem Arbeitsgesetz auf die Vertragspartner zu verteilen sei.

3.

3.1 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihres Unternehmenszweckes Verträge mit Bahnunternehmen abschliesst, deren wesentlicher Regelungsinhalt die entgeltliche Überlassung von Maschinen und Fachpersonal für Gleisbaumaschinenleistungen ist. Die Vorinstanz hat sodann die von der Beschwerdeführerin eingereichten Rahmenwerkverträge mit den Bahnen Z. vom 30. April 2007 eingehend analysiert und festgestellt, dass die damit begründeten Vertragsverhältnisse nicht als Personalverleih zu qualifizieren seien, was auch von der Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist unabhängig von der Qualifikation der vorliegenden Vertragsverhältnisse (als Werkverträge, Aufträge oder gemischte Verträge mit Elementen des Personalverleihs sowie der Miete) indes nur relevant, inwieweit die Beschwerdeführerin mit Eingehen der vorliegenden Vertragsverpflichtungen jeweils ihre arbeitsvertraglichen Weisungsbefugnisse gegenüber ihren Angestellten auf ihre Vertragspartner übertragen hat (vgl. E. 2.1 hiervor).

3.2 In Anlehnung an diverse Bestimmungen der Rahmenwerkverträge (Ziff. 3.3.1, 3.3.3, 4, 5, 9.3) hat die Vorinstanz festgestellt, dass das Bahnunternehmen zwar jeweils den Ort, die Zeit und die Art der einzelnen Arbeitseinsätze der Maschinen der Beschwerdeführerin und der diese bedienenden Fachkräfte bestimmt und damit faktisch befugt ist, den Arbeitsteams der Beschwerdeführerin Zielweisungen bezüglich Arbeitsort und Einsatzzeitpunkt sowie Verhaltensweisungen hinsichtlich Arbeitsbeginn,

Arbeitszeit und Unfallverhütung zu geben. Dennoch ist gemäss ausdrücklicher Vereinbarung (Ziff. 12 der Rahmenwerkverträge) die Beschwerdeführerin verpflichtet, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen am Ort der Leistung einzuhalten, wobei sie bei Verletzung der genannten Pflichten den Bahnen Z. eine Konventionalstrafe schuldet. So hat die Vorinstanz auch festgestellt, dass es aufgrund der sich in den Akten befindlichen Arbeitszeitrapporte der Beschwerdeführerin und nicht den Bahnunternehmen obliegt, die Arbeitszeitaufzeichnungen ihrer Angestellten zu kontrollieren und zu unterzeichnen. Schliesslich liegt die Verantwortung für die Planung und Koordination der einzelnen Arbeitseinsätze gemäss den Feststellungen der Vorinstanz alleine bei der Beschwerdeführerin, welche die Dispositionsbefugnis behält. Daraus hat die Vorinstanz den Schluss gezogen, dass die Beschwerdeführerin unter den Betriebsbegriff gemäss Art. 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ArG fällt und sie daher die richtige Adressatin der Verwarnung des AWA ist.

3.3 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, stimmt in weiten Teilen wortwörtlich mit ihren Darlegungen in der Beschwerde vom 12. Januar 2015 an das Verwaltungsgericht überein. So entspricht etwa Ziff. 2.3 der Beschwerdeschrift («Beschwerdeführerin als falsche Adressatin der Verfügung des AWA vom 20. März 2014»; S. 6–13) im Wesentlichen Ziff. 2.2 der Beschwerdeschrift an die Vorinstanz (S. 4–11). Eine Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz findet folglich nicht bzw. nur teilweise statt, so dass insoweit die Anforderungen an die Beschwerdebegründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) und erst recht die strengeren Rüge-Anforderungen nach Art. 106 Abs. 2 BGG nicht erfüllt sind (BGE 134 II 244 E. 2.3 S. 246 f.; Urteil 2C_589/2014 vom 27. März 2015 E. 1.2), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

3.4 Was die Beschwerdeführerin im Weiteren vorbringt, ist nicht geeignet, den angefochtenen Entscheid als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen.

3.4.1 Soweit sie geltend macht, die Vorinstanz habe wegen unterlassener Beweisabnahme (Befragung des Zeugen H.) gegen Art. 29 Abs. 2 BV verstossen, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Zum Anspruch auf rechtliches Gehör gehört zwar das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern sowie das Recht auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismittel. Indessen steht Art. 29 Abs. 2 BV – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – einer vorweggenommenen Beweiswürdigung nicht entgegen. Das Gericht kann auf die Abnahme von Beweisen verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148 mit Hinweisen). Hier ist das Verwaltungsgericht den Beweisansträgen der Beschwerdeführerin nicht gefolgt,

weil es diese als nicht entscheidungswesentlich eingestuft hat, was grundsätzlich – wie soeben aufgezeigt – nicht zu beanstanden ist.

3.4.2 Die Beschwerdeführerin räumt sodann ein, dass Ziff. 12 der Rahmenwerkverträge u.a. besagt, sie habe die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen am Ort der Leistung einzuhalten. Sie ist jedoch der Ansicht, es handle sich dabei «nach dem Vertrauensprinzip» um eine untergeordnete Standardklausel aus dem Vergaberecht. Da im vorliegenden Fall die Bahnen Z. der «materielle Arbeitgeber» seien, erweise sich Ziff. 12 sogar als nichtig.

Diese Ausführungen vermögen indes nicht zu überzeugen: In den Rahmenwerkverträgen wurde lediglich privatrechtlich darauf hingewiesen, was auch im öffentlichen Recht gilt: Die Beschwerdeführerin ist als Arbeitgeberin für die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Pflichten gegenüber ihren Arbeitnehmenden verantwortlich (vgl. Art. 6 und 59 ARG). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern aus dem Vertrauensprinzip geschlossen werden kann, die Klausel von Ziff. 12 erweise sich als unbedeutend oder sogar nichtig. Dies gilt umso mehr, als das Vertrauensprinzip grundsätzlich von beiden beteiligten Vertragsparteien angerufen werden kann.

3.4.3 Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, es sei zwar richtig, dass ihre Mitarbeiter ihr die Arbeitszeitrapporte abgeben würden. Darüber hinaus würden aber gemäss den Rahmenwerkverträgen auch den Bahnen Z. Arbeitsrapporte abgegeben. Dieser Umstand vermag aber nichts daran zu ändern, dass es gemäss eindeutiger vertraglicher Regelung der Beschwerdeführerin obliegt, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen am Ort der Leistung einzuhalten. Diesbezüglich liegt denn auch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – keine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vor.

3.4.4 Soweit die Beschwerdeführerin moniert, die Planungshoheit für die Einsätze liege einzig bei den Bahnen, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid alles Wesentliche dargelegt: Die Bahnunternehmen können das von der Beschwerdeführerin eingesetzte Personal nicht nach Belieben auswechseln oder gar selbst bestimmen, welche Arbeitnehmenden im Einzelnen wann und wie lange auf den Baustellen arbeiten. In diesem Sinne übt die Beschwerdeführerin – zumindest zu einem wesentlichen Teil – die tatsächliche Direktionsgewalt in den massgeblichen Punkten aus. Der Umstand, dass auch die Bahnunternehmen, hier die Bahnen Z., aus sicherheitstechnischen Gründen vor Ort entsprechende Weisungen erteilen können, zeigt einzig, dass auch die Bahnunternehmen eine begrenzte Weisungsbefugnis haben, die aus sachlichen Gründen notwendig ist. Es trifft indes nicht zu, dass die Beschwerdeführerin die gesamte Direktionsgewalt an die Bahnunternehmen abgetreten hätte.

3.4.5 Insgesamt überzeugt der Einwand der Beschwerdeführerin, es sei ihr aufgrund der eingegangenen Verträge nicht möglich, die arbeitsgesetzlichen Bestimmungen einzuhalten, nicht. Zu Recht hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin

mit ihren Vertragspartnern Vertragsbedingungen auszuhandeln habe, die ihr die Planung der einzelnen Arbeitseinsätze erleichtern.

3.5 Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin als richtige Adressatin der Verwarnung des AWA betrachten durfte. Der angefochtene Entscheid verletzt kein Bundesrecht und ist nicht zu beanstanden.

4.

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 juin 2016, Doss.-No 4A_557/2015 (Confirmation du jugement de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 28 août 2015), in: ATF 142 III 456

Art. 322 und 322d OR; Bonus (Bank), sehr hohes Einkommen; tatsächliches Entgelt des Arbeitnehmers. Bei der Bestimmung des «sehr hohen Einkommens» ist auf das tatsächliche Entgelt des Arbeitnehmers abzustellen, das für das Einkommen repräsentativ ist, das er regelmässig erzielt hat. Im Allgemeinen wird das während des Jahres erzielte Einkommen massgebend sein, ausnahmsweise das während der streitigen Zeitperiode (hier 17 Monate) erlangte (E. 3).

Art. 322 et 322d CO; bonus (banque), très haut revenu; rémunération effective de l'employé. Dans la détermination du «très haut revenu», il s'impose de tenir compte de la rémunération effective de l'employé qui est représentative des revenus qu'il a régulièrement perçus. En règle générale, il s'agira des revenus perçus durant l'année, exceptionnellement de ceux acquis durant la période litigieuse (en l'occurrence, une période de 17 mois) (consid. 3).

Extraits des faits:

A.

Par contrat de travail signé les 6 et 13 juin 2006, X. (ci-après: l'employée) a été engagée par Z. Banque SA (ci-après: l'employeuse ou la banque), en qualité de gestionnaire responsable du marché x, avec le titre de directrice, à compter du 1^{er} novembre 2006.

A.a La rémunération de l'employée se composait comme suit:

a) Premièrement, sur la base du contrat de travail de juin 2006, l'employée percevait un salaire fixe de 300'000 fr.

b) Deuxièmement, aux termes de la même convention, elle recevait, toujours à titre de salaire, une part variable consistant en une participation aux résultats.

Les «revenus nets à partager» étaient calculés en fonction des revenus générés sur les actifs déposés par les clients apportés par l'employée et acceptés par la banque, moins les coûts. Il était précisé que ces revenus (résultant des comptes des clients) étaient déterminés par un système appelé «Management Information System» (ou IMIS).

En revanche, les revenus générés par les parts (détenues par les clients) des fonds de placement (ou: fonds internes) n'étaient, quant à eux, pas calculés dans le système IMIS, mais à l'aide d'un tableau séparé; ils étaient pris en considération dans le calcul des bonus accordés aux employés (cf. infra let. c).

c) Troisièmement, l'employée a reçu des bonus extraordinaires et des bonus discrétionnaires.

Les parties sont en litige au sujet des revenus générés par les fonds de placement (ou: fonds internes) pour les années 2011 et 2012. L'employée, qui tire argument du contrat de juin 2006, soutient avoir droit à une participation calculée sur ces revenus, à titre de salaire variable. L'employeuse estime au contraire que, en lien avec les fonds de placement, elle versait des bonus, qui dépendaient de son bon vouloir.

d) Quatrièmement, l'employée percevait, selon une convention du 20 novembre 2009, une part à la plus-value de la banque, son attribution étant faite de manière échelonnée. A ce titre, le montant de 216'662 fr. lui a été versé le 31 décembre 2009, puis une somme de 264'665 fr. le 28 février 2011. Cette part de la rémunération de l'employée n'est plus litigieuse devant la Cour de céans.

A.b A partir de l'été 2011, l'employée a reçu deux avertissements de la banque, à la suite de plaintes émises par le département juridique et compliance, qui reprochait principalement à l'employée de ne pas fournir une documentation (ouverture de comptes, entrée de fonds, entretien avec les clients, aspects juridiques, ...) appropriée.

Le 6 octobre 2011, l'employée a reçu 200'000 fr. à titre «d'avance sur bonus».

Le 28 mars 2012, la banque a proposé à l'employée la conclusion d'un contrat de travail à de nouvelles conditions.

Par lettre du 30 avril 2012, l'employée a déclaré démissionner, ce à quoi la banque a consenti, avec effet au 31 mai 2012.

B.

B.a Le 20 décembre 2012, la conciliation sollicitée par l'employée ayant échoué, celle-ci a actionné la banque devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, concluant à ce que sa partie adverse soit condamnée à lui verser le montant de 1'923'267 fr. 20 au titre de salaire variable pour 2011 et 2012, et de remboursement de frais.

La banque a conclu au rejet intégral de la demande.

L'employée a amplifié ses conclusions, sollicitant les montants de 1'609'440 fr. 338 au titre de salaire variable 2011 et de 647'808 fr. 645 au titre de salaire variable 2012.

Par jugement du 5 novembre 2014, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné la banque à verser à l'employée les montants bruts de 1'591'920 fr. 10, intérêts en sus (salaire variable 2011), et 213'888 fr. 80, intérêts en sus (salaire variable 2012), ainsi que le montant net de 5'231 fr. 20 (remboursement de frais), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et débouté les parties de toutes autres conclusions.

B.b Par arrêt du 28 août 2015, la Cour de justice du canton de Genève, admettant partiellement l'appel formé par la banque, a annulé ce jugement sur les deux points visant le salaire variable (2011 et 2012) et, réformant ceux-ci, elle a abaissé les montants dus par la banque à 156'730 fr. (salaire variable 2011), et à 45'469 fr. (salaire variable 2012). Elle a confirmé le jugement attaqué pour le surplus.

C.

L'employée exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 28 août 2015. Elle conclut à son annulation et à sa réforme en ce sens que la banque soit condamnée à lui verser le montant brut de 1'591'920 fr. 10, intérêts en sus, et le montant brut de 213'888 fr. 80, intérêts en sus, sous suite de frais et dépens.

La banque intimée conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extraits des considérants:

3.

La cour cantonale ayant qualifié de gratifications les revenus générés par les fonds de placement perçus par l'employée pour les exercices 2011 et 2012 (période litigieuse), il y a lieu d'examiner si, par exception, ces revenus doivent être requalifiés en éléments (variables) du salaire, comme le soutient la recourante en invoquant l'art. 322d CO (sur l'ensemble de la question: ATF 141 III 407 consid. 4.3 p. 408 s. et consid. 5.3.1 p. 412).

3.1 En cas de revenus moyens et supérieurs, le Tribunal fédéral a estimé qu'un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être, par exception, considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. La gratification (art. 322d CO) doit en effet rester accessoire par rapport au salaire (art. 322 s. CO); elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur, le but visé par la jurisprudence étant de répondre au besoin de protection du travailleur (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409 et les arrêts cités). En cas de revenus modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà avoir le caractère d'un salaire variable (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1 p. 408 s. et les arrêts cités; ATF 142 III 381 consid. 2.2.1 p. 383 s.).

3.2 Lorsque l'employé perçoit un très haut revenu, une restriction de la liberté contractuelle des parties (fondée sur le caractère nécessairement accessoire de la gratification) n'est plus justifiée par le besoin de protection de l'employé; il n'y a alors pas lieu d'admettre une exception: le bonus reste toujours une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409). Le salaire d'un employé doit être qualifié de très haut lorsque la totalité de la rémunération qu'il a effectivement perçue au cours d'une année donnée équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé) (ATF 141 III 407 consid. 5.3. et 5.4 p. 412 ss; ATF 142 III 381 consid. 2.2.2 p. 384).

La jurisprudence étant fondée sur l'existence (ou l'absence) d'un besoin de protection de l'employé, il s'impose de tenir compte de la rémunération (effective) de l'employé qui est représentative des revenus qu'il a régulièrement perçus.

En règle générale, on prendra en considération les revenus effectivement perçus par l'employé durant l'année (ATF 141 III 407 consid. 5.3 et 5.4 p. 412 ss; ATF 142 III 381 consid. 2.2-2.4 p. 383 ss; approuvant cette «approche factuelle»: WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 164).

Exceptionnellement, la représentativité sera toutefois mieux assurée si l'on tient compte de la rémunération effectivement perçue durant la période litigieuse (cf. RICHARD/RAEDLER, *La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?*, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2015 ch. 2.1 p. 567*, qui proposent d'examiner si, «dans l'ensemble», la rémunération du travailleur constitue ou non un très haut revenu). La prise en considération de cette période sera en particulier plus adaptée lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'employé a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse.

3.3 En l'occurrence, l'employée a exercé son activité professionnelle toute l'année en 2011 et seulement cinq mois en 2012 (jusqu'au 31 mai 2012).

La rémunération perçue pendant cinq mois en 2012 n'étant pas représentative des revenus précédemment réalisés par l'employée, il convient de se fonder sur l'ensemble de la rémunération qu'elle a perçue durant la période litigieuse (de 2011 et 2012, soit 17 mois).

En 2011, l'employée a reçu, au titre de salaire, le montant de 300'000 fr., une «avance sur bonus» de 200'000 fr. (le 6 octobre 2011) et le montant de 264'665 fr. (le 28 février 2011) sur la base du contrat du 20 novembre 2009, soit une rémunération totale de 764'665 fr. A cette somme, il convient d'ajouter le montant de 125'000 fr. perçu par l'employée entre janvier et fin mai 2012. La somme totale s'élève à 889'665 fr.

Pour calculer la valeur seuil, il faut additionner la valeur seuil pour 2011 (12 mois) et celle relative à 2012 (5 mois). Pour l'année 2011, (année impaire), il n'existe pas de données statistiques sur le salaire médian suisse

(secteur privé). Celui-ci peut toutefois être déterminé en partant des statistiques établies pour l'année 2010 (année paire). Il résulte des données mises à disposition sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique que le salaire médian suisse (secteur privé) en 2010 était un salaire mensuel brut de 5'929 fr. (Tableau TA1_b «Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse 2010», disponible sur le site www.bfs.admin.ch). Pour l'année 2011, le salaire médian peut alors être évalué sur la base de l'indice suisse des salaires nominaux 2011–2015 (Tableau T1.10 disponible sur le site www.bfs.admin.ch), à 5'988 fr. (chiffre arrondi) (5'929 fr. + 5'929 fr. x $\frac{1}{100}$, soit la variation en pourcent par rapport à l'année 2010). Pour 2012, la valeur seuil doit être établie sur la base d'un salaire médian de 6'118 fr. (Tableau TA1_b «Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse 2012», disponible sur le site www.bfs.admin.ch).

Le seuil au-delà duquel on est en présence d'un très haut revenu est donc de 359'280 fr. (5'988 fr. x 12 [mois] x 5) pour 2011 et de 152'950 fr. (6'118 fr. x 5 [mois] x 5) pour 2012, soit un total de 512'230 fr. pour la période litigieuse.

Force est de constater que, pour cette période de 17 mois, la rémunération effectivement perçue par l'employée (889'665 fr.) est supérieure à la valeur seuil portant sur la même période (512'230 fr.). Partant, le bonus de l'employée reste une gratification.

Le moyen tiré de la violation de l'art. 322d CO est dès lors infondé.

(...)

Bundesgericht, Urteil vom 1. Juli 2016, Doss.-Nr. 4A_680/2015 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Aargau vom 20. Oktober 2015)

Konkurrenzverbot, Konventionalstrafe, Art. 340 OR und Art. 340c OR; Simulation, Art. 18 OR. Haben die Parteien eine schriftliche Entlassung zwecks Täuschung der Arbeitslosenkasse simuliert und in Tat und Wahrheit eine Aufhebungsvereinbarung abgeschlossen, kann der Arbeitnehmer nachträglich nicht geltend machen, das Konkurrenzverbot sei aufgrund von Art. 340c Abs. 2 OR dahingefallen (E. 3.3-3.5).

Sachverhalt:

Die B. AG mit Sitz in U. (Arbeitgeberin, Klägerin und Beschwerdegegnerin) betreibt ein Personalvermittlungsunternehmen. A. (Arbeitnehmer, Beklagter und Beschwerdeführer) war ab 20. Juni 2011 als Personalberater bei der B. AG angestellt. Im Arbeitsvertrag vom 21./22. Juni 2011

vereinbarten die Parteien was folgt: «(8.) Der Mitarbeiter verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der B. AG, während zwei Jahren, in einem Umkreis von 100 km um seinem Hauptarbeitsplatz, die B. AG in keiner Art und Weise zu konkurrenzieren. Insbesondere verpflichtet er sich, weder auf eigene noch auf fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit B. AG in Wettbewerb steht, oder dessen Zweck in der Anwerbung und zur Verfügungstellung oder Vermittlung von Personal besteht. (9.) Für jede Nichteinhaltung der in Artikel 7 und 8 aufgeführten Verpflichtungen und insbesondere bei Übertretung des Konkurrenzverbotes schuldet der Mitarbeiter eine Konventionalstrafe in der Höhe des sechsfachen Monatsgehältes (brutto inklusive Erfolgsbeteiligung), welches bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestand. Die Zahlung der Konventionalstrafe befreit den Mitarbeiter nicht von der Einhaltung der oben erwähnten Bestimmungen und des Konkurrenzverbotes, und er bleibt im Weiteren für jeden der B. AG zugefügten Schaden vollumfänglich ersatzpflichtig. Die B. AG ist berechtigt, neben der Leistung der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens, die unmittelbare Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes (Aktenrückgabe, Einhaltung des Konkurrenzverbotes usw.) zu verlangen.» Mit Schreiben vom 28. Juni 2012 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis «unter Einhaltung der Kündigungsfrist von 2 Monaten auf den 31. August 2012». Im Schreiben wurde ausdrücklich festgehalten, dass das Konkurrenzverbot bestehen bleibe. Der Arbeitnehmer unterzeichnete dieses Schreiben neben einer Klausel mit dem Wortlaut: «Gelesen und akzeptiert.» In der Folge nahm der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit als Personalberater bei der C. AG in U. auf.

Mit Klage vom 20. September 2013 beantragte die Arbeitgeberin dem Arbeitsgericht Baden, der Arbeitnehmer sei zur Zahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 25'800.– nebst Zins zu 5% seit 5. Juni 2013 zu verurteilen. Der Arbeitnehmer beantragte in seiner Klageantwort die Abweisung der Klage und erhob seinerseits Widerklage auf Zahlung von Fr. 4'300.– für «Lohn für die Verlängerung der krankheitsbedingten Kündigungsfrist» nebst Zins zu 5% seit 30. September 2012. Mit Entscheid vom 12. Januar 2015 hiess das Arbeitsgericht die Klage vollumfänglich gut und wies die Widerklage ab, soweit es darauf eintrat. Dagegen erhob der Arbeitnehmer Berufung beim Obergericht des Kantons Aargau mit dem Antrag, das Urteil des Arbeitsgerichts sei aufzuheben, die Klage sei abzuweisen und die Widerklage sei gutzuheissen. Mit Entscheid vom 20. Oktober 2015 wies das Obergericht die Berufung ab. Wie bereits das Arbeitsgericht kam das Obergericht zum Schluss, dass das Konkurrenzverbot, das die Parteien in den Ziffern 8 und 9 des Arbeitsvertrags vereinbart hatten, gültig zustande gekommen und wirksam sei. Art. 340c Abs. 2 OR gelange vorliegend nicht zur Anwendung, da die Parteien das Arbeitsverhältnis nach ihrem subjektiv übereinstimmendem Willen durch einen Aufhebungsvertrag aufgelöst hätten. Die (einseitige) Kündigung durch die Arbeitgeberin vom 28. Juni 2012 sei lediglich simuliert gewesen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt

der Arbeitnehmer dem Bundesgericht die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Konkurrenzverbot gemäss den Ziffern 8 und 9 des Arbeitsvertrags sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht verbindlich. Denn im vorliegenden Fall beruhe der Erfolg, den der Beschwerdeführer bei den Kunden gehabt habe, nicht auf Kenntnissen des Kundenkreises, sondern auf seinen besonderen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten.

2.1 Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

Nach der Rechtsprechung ist ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer dank seiner Kenntnis der Stammkunden und ihrer Gewohnheiten in der Lage ist, selber ähnliche Leistungen wie sein Arbeitgeber zu erbringen und damit Stammkunden abzuwerben. Denn diesfalls kann der Arbeitnehmer den Arbeitgeber aufgrund des Einblicks in den Kundenkreis und der Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen. Anders ist die Situation hingegen, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbringt, die überwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt sind, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers. Wendet sich in einem solchen Fall ein Kunde vom Arbeitgeber ab, um dem Arbeitnehmer zu folgen, resultiert für den Arbeitgeber kein Nachteil daraus, dass der Arbeitnehmer Kenntnisse über den Kundenkreis verwendet; der Nachteil entsteht ihm vielmehr dadurch, dass der Arbeitnehmer seine persönlichen Fähigkeiten nicht mehr für den Arbeitgeber einsetzt. In einem solchen Fall, in dem die Leistung des Arbeitnehmers durch eine gewichtige persönliche Komponente gekennzeichnet ist, rechtfertigt sich kein Konkurrenzverbot (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 S. 71).

2.2 Die Vorinstanz hat zutreffend auf diese Rechtsprechung Bezug genommen und erwogen, dass im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltspunkte bestünden, wonach die «Bande des Kunden zum Betrieb des Arbeitgebers» in erster Linie auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Beschwerdeführers beruhe. Dieser habe in erster Instanz vielmehr so-

gar selber ausgeführt, dass die Kunden ihn persönlich gar nicht gekannt hätten.

2.3 Was der Beschwerdeführer vor Bundesgericht gegen diese Erwägungen vorbringt, verfährt nicht. Er beschränkt sich im Wesentlichen darauf, allgemein zu behaupten, dass «im Bereich der Personalvermittlung die persönlichen Fähigkeiten der Mitarbeitenden ausschlaggebend seien», ohne auch nur ansatzweise darzutun, inwiefern im vorliegenden Fall die Kunden – die er nach eigenen Angaben ja gar nicht persönlich gekannt haben will – seinen persönlichen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimessen haben sollen als der Identität der Arbeitgeberin. Die Rüge geht fehl.

3.

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gelangt, die Parteien hätten das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag aufgelöst. Vielmehr habe die Beschwerdegegnerin ihm gegenüber eine Kündigung ausgesprochen, womit das Konkurrenzverbot gemäss Art. 340c Abs. 2 OR dahingefallen sei.

3.1 Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst. Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses findet diese Bestimmung keine Anwendung (Urteile 4A_261/2013 vom 1. Oktober 2013 E. 6.3; 4A_209/2008 vom 31. Juli 2008 E. 3 mit Hinweisen).

3.2 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen. Im letzteren Fall spricht man von Simulation (vgl. die Marginalie von Art. 18 OR). Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich die Parteien einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen (BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68; 112 II 337 E. 4a S. 343 mit Hinweisen). Das simulierte Rechtsgeschäft ist sowohl zwischen den Parteien als auch im Verhältnis zu Dritten (mit gewissen Einschränkungen) unwirksam (BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68), während das dissimulierte Rechtsgeschäft gültig ist, sofern die übrigen Gültigkeitsvoraussetzungen bezüglich Form und Inhalt erfüllt sind (BGE 117 II 382 E. 2a S. 385; Urteil 4A_429/2012 vom 2. November 2012 E. 4.2).

Wer sich auf eine Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR beruft, der hat den vom Wortlaut des Vertrages bzw. Rechtsgeschäfts abweichenden wirk-

lichen Willen der Parteien zu beweisen (BGE 131 III 49 E. 4.1.1 S. 55; 112 II 337 E. 4a S. 342). Zur Beantwortung der Frage, ob die Parteien ein simuliertes Rechtsgeschäft abschliessen wollten, ist mithin ihr wirklicher Wille im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Rechtsgeschäfts festzustellen (Urteile 4A_429/2012 vom 2. November 2012 E. 4.2; 4A_362/2012 vom 28. September 2012 E. 4.2), wobei auch nachträgliches Parteiverhalten auf einen tatsächlichen Willen der Parteien im Abschlusszeitpunkt schliessen lassen kann (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1; je mit Hinweisen). Diese subjektive Auslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274, 626 E. 3.1 S. 632; 131 III 606 E. 4.1 S. 611, je mit Hinweisen).

Das Bundesgericht greift in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur ein, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; 134 II 124 E. 4.1 S. 133; 132 III 209 E. 2.1 S. 211). Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Verweisen). Erforderlich ist zudem, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 19 mit Hinweisen).

3.3 Die Beschwerdegegnerin behauptete vor Arbeitsgericht, dass die mit Schreiben vom 28. Juni 2012 ausgesprochene Kündigung simuliert gewesen sei. Die Parteien hätten in Tat und Wahrheit auf Wunsch des Beschwerdeführers einen Aufhebungsvertrag geschlossen; die «Kündigung» sei einzig deshalb ausgesprochen worden, um zu gewährleisten, dass der Beschwerdeführer allenfalls Arbeitslosenentschädigung beziehen könne.

Das Arbeitsgericht kam in ausführlicher Würdigung diverser Zeugenaussagen sowie weiterer Indizien zum Schluss, dass die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdegegnerin zutrifft. Dementsprechend führte es aus, dass das im Arbeitsvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot mangels tatsächlich gewollter Kündigung durch die Arbeitgeberin nicht dahingefallen und somit nach wie vor gültig sei. Die Vorinstanz prüfte die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts im Einzelnen nach und kam zum Schluss, dass diese zutreffend sei.

3.4 Was der Beschwerdeführer gegen die Erwägungen im angefochtenen Entscheid vorbringt, ist unbehelflich. Er beschränkt sich im Wesentlichen darauf, der vor- bzw. erstinstanzlichen Beweiswürdigung eine Würdigung der einzelnen Beweismittel, namentlich der Glaubwürdigkeit einer Zeugin und ihrer Aussagen, aus eigener Sicht entgegenzustellen. Damit verkennt er aber, dass das Bundesgericht in tatsächlicher Hinsicht lediglich

über eine Willkürkognition verfügt und die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht frei nachprüfen kann. Der Beschwerdeführer unterlässt es denn auch, in einer den Begründungsanforderungen nach Art. 106 Abs. 2 BGG genügenden Weise darzutun, inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht nur unzutreffend, sondern geradezu willkürlich sein soll. Mit der blossen Behauptung, aus dem einen oder anderen Beweismittel seien andere Schlüsse zu ziehen, vermag er keine Willkür aufzuzeigen.

3.5 Somit ist von der vorinstanzlichen Feststellung auszugehen, wonach die am 28. Juni 2012 ausgesprochene Kündigung durch die Arbeitgeberin gemäss dem wirklichen Willen der Parteien simuliert war und diese das Arbeitsverhältnis vielmehr einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag aufgelöst haben. Es liegt damit weder eine Verletzung von Art. 18 Abs. 1 OR vor, noch ist das vereinbarte Konkurrenzverbot nach Art. 340c Abs. 2 OR dahingefallen, womit auch alle weiteren Rügen in diesem Zusammenhang ins Leere zielen.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 6 juillet 2016, Doss.-No 8C_817/2015 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre la décision de la Chambre des recours de l'Eglise réformée évangélique de la République et Canton du Jura du 1^{er} octobre 2015)

Droit d'être entendu. En matière de rapports de travail de droit public, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pourrait entrer en ligne de compte à son encontre. La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans le sens d'une certaine direction est envisagée à son égard. Par exemple, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire. En l'espèce, même si l'employeur a fait part à l'employée de son mécontentement et a évoqué devant elle des mesures de restructuration en relation avec son poste d'animatrice, il n'est pas établi qu'elle dût comprendre que ses rapports de travail pourraient être résiliés. Son droit d'être entendue a donc été clairement violé (c. 4.3.1).

La sanction de la violation du droit d'être entendu réside dans la règle de l'annulabilité et non dans la nullité absolue de la décision administrative en cause, en l'espèce du licenciement. Ainsi, même si l'employée n'a pas été formellement entendue avant la décision en question, celle-

ci lui a été notifiée et elle a eu – ou du moins aurait eu – la possibilité de l’attaquer. L’employée a donc eu connaissance de la procédure de licenciement. La possibilité de faire annuler cette décision par le tribunal lui offrait la protection nécessaire, dès lors que celui-ci aurait eu le pouvoir de constater le vice de procédure et d’en tirer des conséquences juridiques (c. 4.3.3).

Extraits des faits:

A. a été engagée par le Conseil de l’Eglise réformée évangélique de la République et Canton du Jura (ci-après: le Conseil de l’Eglise) en qualité d’animatrice jeunesse au sein de la Paroisse de U. à partir du 1^{er} septembre 2009. Par lettre du 29 octobre 2014, qui faisait suite à un entretien du même jour avec l’employée, le Conseil de l’Eglise a résilié ses rapports de service pour le 30 avril 2015. L’employeur motivait cette mesure par une «restructuration de l’animation jeunesse de la Paroisse de U.». Par lettre du 25 mars 2015, A., agissant par son mandataire, a contesté cette résiliation, notamment le motif invoqué par l’employeur. Elle se prévalait de l’irrégularité de la résiliation, prise selon elle en violation du droit d’être entendu et, de surcroît, par une simple lettre non munie de l’indication des voies de droit. Le 8 avril 2015, le mandataire de l’intéressée a écrit au Conseil de l’Eglise que celle-ci maintenait sa position en ce qui concerne la nullité du licenciement. Il lui demandait de surseoir à la résiliation. Il proposait une entrevue entre les parties, en précisant que celle-ci ne pourrait avoir lieu qu’à partir du mois de mai 2015, attendu que sa cliente se trouvait alors à l’étranger jusqu’au 26 avril 2015 «dans le cadre de son travail». Par lettre du 20 avril 2015, le Conseil de l’Eglise a prononcé le licenciement extraordinaire de l’employée pour le 30 avril 2015, au motif qu’elle avait abandonné son poste de travail sans en informer l’employeur.

A. a recouru contre cette décision devant la Chambre des recours de l’Eglise réformée évangélique de la République et Canton du Jura (ci-après: la Chambre des recours). Elle a conclu à l’annulation de la décision du 20 avril 2015, à la «nullité» de la résiliation de ses rapports de travail et à sa réintégration dans ses fonctions avec effet immédiat. Statuant le 1^{er} octobre 2015, la Chambre des recours a prononcé l’irrecevabilité du recours. A. forme un recours en matière de droit public.

Extraits des considérants:

4.

(...)

4.2 La recourante ne prétend pas avoir valablement recouru contre la décision du 29 octobre 2014. Elle soutient que la violation de son droit d’être entendue était un motif de nullité de cette décision, contrairement à l’avis de la Chambre des recours. Elle invoque diverses circonstances qui

tendent, selon elle, à démontrer qu'elle n'avait pas conscience que son employeur envisageait un licenciement, de sorte qu'il conviendrait de conclure à un manquement particulièrement grave à ses droits essentiels. Ce faisant, la recourante se fonde sur des faits qui n'ont pas été retenus par l'autorité précédente ou qui divergent de l'état de fait ressortant du jugement attaqué. Comme elle n'expose pas en quoi les conditions rappelées ci-dessus seraient réunies, les faits en question ne peuvent pas être pris en considération, le Tribunal fédéral étant fondé à vérifier l'application du droit sur la seule base de ceux qui ressortent de l'arrêt attaqué.

4.3

4.3.1 En matière de rapports de travail de droit public, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pourrait entrer en ligne de compte à son encontre (arrêt 8C_243/2015 du 17 mars 2016 consid. 5.5 et les arrêts cités). La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans le sens d'une certaine direction est envisagée à son égard (consid. 5 non publié aux ATF 136 I 39 de l'arrêt 8C_158/2009 du 2 septembre 2009 et les arrêts cités; arrêt 8C_62/2014 du 29 novembre 2014 consid. 2.3.1). Par exemple, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire (GABRIELLE STEFFEN; Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique, juste une question de procédure?, Recueil de jurisprudence neuchâteloise [RJN], p. 51 ss, plus spécialement p. 64; cf. aussi arrêt 8C_413/2014 du 17 août 2015 consid. 3.2.1). En l'espèce, même si l'employeur a fait part à la recourante de son mécontentement et a évoqué devant elle des mesures de restructuration en relation avec son poste d'animatrice, il n'est pas établi qu'elle dût comprendre que ses rapports de travail pourraient être résiliés. Son droit d'être entendue a donc été clairement violé, ainsi que l'a retenu avec raison la Chambre des recours.

4.3.2 Pour autant, et même si le vice n'est pas dépourvu de gravité, on ne saurait conclure à la nullité du congé signifié le 29 octobre 2014. La nullité absolue d'une décision peut être invoquée en tout temps devant toute autorité et doit être constatée d'office. Elle ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou du moins facilement reconnaissables, et pour autant que sa constatation ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Sauf dans les cas expressément prévus par la loi, il ne faut admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (ATF 130 II 249 consid. 2.4 p. 257). Des vices de fond d'une décision n'entraînent qu'exceptionnellement sa nullité. Entrent avant tout en considération comme motifs de nullité l'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité appelée à statuer,

ainsi qu'une erreur manifeste de procédure. Des vices de procédure qui tiennent à des violations du droit d'être entendu sont en soi guérissables et ne conduisent en règle générale qu'à l'annulabilité de la décision entachée du vice. S'il s'agit cependant d'un manquement particulièrement grave aux droits essentiels des parties, les violations du droit d'être entendu entraînent aussi la nullité. C'est en particulier le cas quand la personne concernée par une décision, à défaut d'avoir été citée, ignore tout de la procédure ouverte à son encontre et, partant, n'avait pas eu l'occasion d'y prendre part (ATF 129 I 361 consid. 2.1 p. 363, sur ces divers points, voir aussi MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd. 2011, n. 2.3.3.3 p. 366 ss et n. 2.3.4.3 p. 372 ss).

4.3.3 En l'espèce, on doit admettre que les conditions de la nullité ne sont pas remplies. Même si elle n'a pas été formellement entendue avant la décision en question, celle-ci lui a été notifiée et elle a eu – ou du moins aurait eu – la possibilité de l'attaquer. La recourante a donc eu connaissance de la procédure de licenciement. La possibilité de faire annuler cette décision par le tribunal lui offrait la protection nécessaire, dès lors que celui-ci aurait eu le pouvoir de constater le vice de procédure et d'en tirer des conséquences juridiques. Suivre la recourante reviendrait, pratiquement, à sanctionner par la nullité toute décision administrative prise en violation du droit d'être entendu du justiciable, alors que c'est la règle de l'annulabilité qui prévaut.

Bundesgericht, Urteil vom 11. August 2016, Doss.-Nr. 4A_109/2016 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 15. Dezember 2015), in: BGE 142 III 579

Art. 337 OR; fristlose Auflösung des Arbeitsvertrags. Ein Kündigungsgrund kann nachgeschoben werden, auch wenn er nicht ähnlich oder von gleicher Art ist wie der in der Kündigung genannte (E. 4.2 und 4.3).

Art. 337 CO; résiliation immédiate du contrat de travail. Un motif de congé peut être ajouté après coup même s'il n'est pas similaire ni de même nature que celui indiqué pour justifier la résiliation (consid. 4.2 et 4.3).

Sachverhalt:

Einen Monat, nachdem B. sein Arbeitsverhältnis mit der A. AG ordentlich gekündigt hatte, kündigte diese fristlos; als Grund dafür führte sie geschäftsschädigendes Verhalten gegenüber einer wichtigen Geschäftspartnerin an. Im Rahmen des von B. gegen die A. AG angestregten Ver-

fahrens schob die A. AG als weiteren Grund für die fristlose Kündigung das unerlaubte Kopieren einer Festplatte nach.

Aus den Erwägungen:

4.

(...)

4.2 Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31, BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 f.; BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist sodann auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Urteil 4C.95/2004 vom 28. Juni 2004 E. 2). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 127 III 153 E. 1a S. 155; BGE 116 II 145 E. 6a S. 150).

4.3 Als wichtiger Grund kommt nur ein Ereignis in Frage, das sich vor der fristlosen Kündigung abgespielt hat. Nachträglich kann sich der Kündigende darauf aber nur berufen, wenn ihm dieser Umstand im Zeitpunkt der Kündigung weder bekannt war noch bekannt sein konnte. Diesfalls ist zu fragen, ob dieser Umstand derart ist, dass er – wenn der Kündigende ihn gekannt hätte – zu einem Vertrauensbruch hätte führen können und damit zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte. Insofern ist das Nachschieben von Kündigungsgründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig (BGE 127 III 310 E. 4a S. 314; BGE 124 III 25 E. 3c S. 29 f.; BGE 121 III 467 E. 5a S. 472 f.).

In der Lehre wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Teil so wiedergegeben, dass zusätzlich verlangt werde, der nachgeschobene Grund müsse ähnlich bzw. «von gleicher Art» sein wie der in der Kündigung genannte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 19 zu Art. 337 OR; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 337 OR; GABRIEL AUBERT, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 14 zu Art. 337 OR; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 10 zu Art. 337 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2013, S. 226 Rz. 772). Darauf bezieht sich denn auch die Vorinstanz. Diese Auffassung beruht wohl ursprünglich auf einer unzutreffenden Übersetzung von BGE 121 III 467 E. 5a S. 473 in der «Praxis»,

wo die relevante Passage «[D]ès l'instant où l'art. 337 CO prescrit au juge (...) de tenir compte des règles de la bonne foi, ce serait méconnaître ces dispositions que d'ignorer l'existence d'un semblable motif» wie folgt wiedergegeben wird: «Ab dem Zeitpunkt, wo Art. 337 OR dem verantwortlichen Richter vorschrieb, bei der Entscheidung über die Gültigkeit der Gründe für eine fristlose Kündigung den Regeln des guten Glaubens Rechnung zu tragen, würde es bedeuten, die Vorschriften zu verkennen, wenn man die Existenz eines ähnlichen Grundes nicht beachten würde» (Pra 1996 Nr. 207 S. 804; Hervorhebung beigefügt). Die korrekte Übersetzung lautet indessen: «(...) wenn man die Existenz eines solchen Grundes nicht beachten würde»; gemeint also eines Grundes, der nach Treu und Glauben Grund für eine fristlose Kündigung hätte sein können, wenn der Kündigende ihn gekannt hätte (insofern zutreffend die Übersetzung von BGE 124 III 25 in Pra 1998 Nr. 54 S. 360). Soweit in derselben Passage sodann festgehalten ist, das Gericht prüfe den Vertrauensverlust aufgrund des nachgeschobenen Grundes «sur la base des motifs déjà allégués», wird auch damit nicht gesagt, der bei der Kündigung genannte und der nachgeschobene Grund müssten gleicher Art oder ähnlich sein. Missverständlich ist allerdings die Formulierung in BGE 127 III 310 E. 4a S. 314. Dort wird die Vorinstanz in dem Sinn zitiert, sie habe erkannt, der nachgeschobene Kündigungsgrund «était de même nature» wie der bei der Kündigung genannte, und am Schluss des Absatzes festgestellt, dem vorinstanzlichen Entscheid, in dem der nachgeschobene Grund zugelassen wurde, sei zuzustimmen, da er sich strikt an die bundesgerichtliche Rechtsprechung halte. Die eigene Rechtsprechung des Bundesgerichts wird jedoch gemäss und unter Hinweis auf die Formulierungen in BGE 124 III 25 E. 3c S. 29 f. und BGE 121 III 467 E. 5a und 5b S. 472 f. wiedergegeben. An letzteren ist festzuhalten. Entscheidend ist stets, ob aufgrund des bei der Kündigung genannten und des – allenfalls auch andersartigen – nicht bekannten, nachgeschobenen Grundes davon auszugehen ist, dass diese insgesamt einen hinreichenden Vertrauensverlust hätten bewirken können. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 11. August 2016, Doss.-Nr. 8C_90/2016 (Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 25. November 2015), in: BGE 142 II 425

Art. 8 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BV; Art. 16c Abs. 2 EOG; § 20 Abs. 1 und § 22 der Verordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau vom 18. November 1998 über die Besoldung des Staatspersonals (Besoldungsverordnung).

Eine Arbeitnehmerin, welche die Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c Abs. 2 EOG aufgeschoben hat und in der Zeit bis zur Entlassung ihres Kindes aus dem Spital aus gesundheitlichen Gründen selbst voll arbeitsunfähig ist, hat Anspruch auf Lohnersatz wie bei Krank-

heit; § 22 Besoldungsverordnung widerspricht dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV und dem Vorrang des Bundesrechts nach Art. 49 Abs. 1 BV (E. 4-6).

Art. 8 al. 1 et art. 49 al. 1 Cst.; art. 16c al. 2 LAPG; § 20 al. 1 et § 22 de l'ordonnance du Grand Conseil du canton de Thurgovie du 18 novembre 1998 sur le traitement du personnel de l'Etat (ordonnance sur le traitement).

L'employée qui a demandé l'ajournement de l'allocation de maternité selon l'art. 16c al. 2 LAPG et qui, durant cette période et jusqu'à la sortie de son enfant de l'hôpital, est elle-même en incapacité de travail pour raison de santé, a droit au salaire de remplacement comme en cas de maladie; le § 22 de l'ordonnance sur le traitement contrevient au principe de l'égalité de traitement selon l'art. 8 al. 1 Cst. et à la primauté du droit fédéral selon l'art. 49 al. 1 Cst. (consid. 4-6).

Sachverhalt:

A.

A., geboren 1973, war ab 2001 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Thurgau (AWA) angestellt. Am 1. September 2014 gebar sie ihre Tochter, welche in der Folge aus medizinischen Gründen bis 31. Oktober 2014 hospitalisiert war. A. machte deshalb von der Möglichkeit des Aufschiebens des Mutterschaftsurlaubs Gebrauch und bezog diesen nach Entlassung ihrer Tochter aus dem Spital ab 1. November 2014. Das AWA regelte mit Verfügung vom 10. September 2014 den Bezug des Mutterschaftsurlaubs neu, indem es festhielt, bis zur Entlassung des Kindes aus dem Spital habe die Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung und deshalb unbezahlten Urlaub zu beziehen. Die Personalrekurskommission des Kantons Thurgau bestätigte dies mit Entscheid vom 20. Februar 2015.

B.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wies die dagegen erhobene Beschwerde am 25. November 2015 ab.

C.

A. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und ihr vom 1. September bis 31. Oktober 2014 Lohnfortzahlung zu gewähren; eventua-liter sei die Sache an die Vorinstanz zur Festsetzung der Lohnfortzahlung zurückzuweisen.

Das AWA schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz hat die Anordnung des AWA, wonach die Beschwerdeführerin in der Zeit zwischen der Niederkunft und dem aufgeschobenen Beginn der Mutterschaftsentschädigung unbezahlten Urlaub zu beziehen habe, bestätigt.

Die Beschwerdeführerin macht hingegen geltend, sie habe während dieser Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung wegen Krankheit. Die Betrachtungsweise der Vorinstanz sei geschlechterdiskriminierend, da die männlichen Arbeitnehmer nicht in eine Situation kämen, in welcher sie trotz ärztlich attestierter Krankheit ohne Lohnfortzahlung seien. Zudem verstosse diese Anordnung gegen das auch im öffentlichen Dienstrecht geltende Beschäftigungsverbot in den ersten acht Wochen nach der Niederkunft.

Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf Lohnersatz für die acht Wochen und fünf Tage zwischen ihrer Niederkunft und dem Beginn der Mutterschaftsentschädigung bei Entlassung ihres Kindes aus dem Spital hat. Nicht Streitig ist hingegen, dass sie die Voraussetzungen für den Aufschub der Mutterschaftsentschädigung erfüllt.

4.

4.1 Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln. Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts kann als verfassungsmässiges Individualrecht angerufen werden. Das Bundesgericht prüft mit freier Kognition, ob die kantonale Norm mit dem Bundesrecht im Einklang steht (BGE 138 I 468 E. 2.3.1 S. 470 f., BGE 138 I 356 E. 5.4.2 S. 360 f.; BGE 137 I 31 E. 4.1 S. 41).

4.2 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Gestaltungsspielraum (BGE 138 I 225 E. 3.6.1 S. 229; BGE 137 I 167 E. 3.5 S. 175; BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5).

4.3 Nach Art. 16c Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. September 1952 über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbssersatzgesetz, EOG; SR 834.1) beginnt der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung am Tag der Niederkunft. Bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen kann die Mutter beantragen, dass die Mutterschaftsentschädigung erst ausgerichtet wird, wenn das Kind nach Hause kommt (Art. 16c Abs. 2 EOG). Der Beginn des Entschädigungsanspruchs wird nach Art. 24 Abs. 1 der Verordnung vom 24. November 2004 zum Erwerbssersatzgesetz (EOV; SR 834.11) aufgeschoben, wenn die Mutter den Antrag nach Art. 16c Abs. 2 EOG stellt (lit. a) und durch ein Arztzeugnis nachgewiesen wird, dass das Neugeborene kurz nach der Geburt mindestens drei Wochen im Spital verbleiben muss (lit. b). Der Aufschub beginnt mit dem Tag der Geburt und endet am Tag, an welchem das Neugeborene zur Mutter zurückkehrt oder stirbt (Art. 24 Abs. 2 EOV).

4.4 Art. 35a Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) hält fest, dass Wöchnerinnen während acht Wochen nach der Niederkunft nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden dürfen.

4.5 Nach § 20 Abs. 1 der Verordnung des Grossen Rates des Kantons Thurgau vom 18. November 1998 über die Besoldung des Staatspersonals (Besoldungsverordnung, BesVO; RB 177.22) haben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall während zwölf Monaten Anspruch auf den vollen Lohn, anschliessend während weiterer zwölf Monate auf 80% der bisherigen Besoldung. Gemäss § 33 Abs. 1 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 21. September 1999 zur Besoldungsverordnung (RRVBesVO; RB 177.223) ist bei einer Abwesenheit infolge Krankheit und Unfall von mehr als fünf Tagen in der Regel ein Arztzeugnis vorzulegen.

§ 22 Abs. 1 BesVO statuiert für Mitarbeiterinnen, welche die Voraussetzungen für die Mutterschaftsentschädigung gemäss EOG erfüllen, den Anspruch auf 16 Wochen Urlaub bei voller Besoldung gemäss dem Beschäftigungsgrad vor der Niederkunft. Der Urlaub beginnt in der Regel zwei Wochen vor dem ärztlich bestimmten Niederkunftstermin (Abs. 2). Der Regierungsrat regelt nach Abs. 3 Ziff. 2 den Beginn des Urlaubs in besonderen Fällen, etwa bei Niederkunft vor oder nach dem errechneten Termin.

Gestützt auf § 22 Abs. 3 BesVO hat der Regierungsrat in § 39a Abs. 3 RRVBesVO festgehalten, dass der bezahlte Urlaub unterbrochen und für diese Zeit unbezahlter Urlaub gewährt wird, wenn eine Mitarbeiterin den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nach EOG wegen längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen aufschiebt.

5.

5.1 Sinn und Zweck des Mutterschaftsurlaubs ist es, dass sich die Mutter von Schwangerschaft und Niederkunft erholen kann und ihr die nö-

tige Zeit eingeräumt wird, sich in den ersten Monaten intensiv um ihr Kind zu kümmern, ohne dabei in finanzielle Bedrängnis zu kommen (Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002 [Bericht Komm. NR], BBl 2002 7522, 7545 Art. 16c sowie Protokoll der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002, S. 6; vgl. auch STÉPHANIE PERRENOUD, *La protection de la maternité*, 2015, S. 1113 f. mit Hinweisen). Zugleich soll damit auch eine Entlastung der Arbeitgeber sowie eine Verbesserung der Chancen von jungen Frauen auf dem Arbeitsmarkt erreicht werden (PERRENOUD, a.a.O., S. 1114 mit Hinweis; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7. Aufl. 2012, N. 16 zu Art. 342a/b OR).

5.2 Nach kantonalem Personalrecht haben Angestellte des Kantons Thurgau während eines Jahres Anspruch auf vollen Lohnersatz bei ärztlich attestierter gesundheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, sei dies infolge Unfalls oder infolge einer Krankheit (vgl. E. 4.5). Gestützt auf die kantonrechtlichen Bestimmungen haben hingegen Mütter, welche nach der Niederkunft infolge Hospitalisation des Neugeborenen den Bezug der Mutterschaftsentschädigung aufgeschoben haben, keinen Anspruch auf Lohnersatz, sondern sind für die Zeit zwischen Niederkunft und Entlassung des Neugeborenen aus dem Spital gezwungen, unbezahlten Urlaub zu beziehen (E. 4.5). Im hier strittigen Fall soll dies auch gelten, obwohl die Beschwerdeführerin im Rahmen der mehr als zwei Monate vor dem errechneten Termin erfolgten Geburt für insgesamt 14 Tage hospitalisiert und danach gemäss ärztlichem Attest während mehrerer Wochen arbeitsunfähig war. Dadurch wird die gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit mit Lohnfortzahlungspflicht nicht anerkannt. Dies kommt einer Ungleichbehandlung mit jenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons gleich, welche aus gesundheitlichen Gründen infolge Unfalls oder Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert sind und vollen Lohnersatz erhalten. Zu prüfen ist, ob diese Ungleichbehandlung vor Bundesrecht standhält.

5.3 Im Allgemeinen tritt die gesundheitliche Arbeitsunfähigkeit als Folge einer Krankheit oder eines Unfalles ein (§ 20 Abs. 1 BesVO). Bei der Beschwerdeführerin hingegen war die Niederkunft ursächlich (§ 22 BesVO). Beiden Konstellationen ist gemeinsam, dass die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung auf gesundheitlichen Gründen beruht. Es gibt keinen sachlichen Grund, einer Arbeitnehmerin, welche aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, zu arbeiten, den Lohnersatz zu verwehren, bloss weil der Grund der gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit im Nachgang zu einer Geburt und nicht als Folge einer Krankheit oder eines Unfalles eintritt. Dies muss umso mehr gelten, als in der Regel von Gesetzes wegen die Arbeitsaufnahme nach der Niederkunft während acht Wochen verboten ist (Art. 35a Abs. 3 ArG). Ob dies auch im vorliegenden Fall zutrifft, kann offenbleiben, da die Ungleichbehandlung so oder anders unrechtmässig ist.

5.4 Daran ändert auch die Absicht des Bundesgesetzgebers, die Arbeitgeber durch die Mutterschaftsentschädigung zu entlasten, nichts. Der eigentliche Zweck der Mutterschaftsentschädigung, den Müttern die Zeit für die Erholung von der Geburt und die intensive Betreuung des Neugeborenen in den ersten Monaten finanziell abzusichern, geht vor. Überdies ist die Anzahl Fälle, bei welchen ein Aufschub und demnach ein Lohnersatz zu Lasten des Arbeitgebers überhaupt in Frage kommt, angesichts der restriktiven Voraussetzungen von Art. 16c Abs. 2 EOG gering (mindestens dreiwöchiger Spitalaufenthalt des Kindes; vgl. Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016 als Antwort auf die Postulate 10.3523 Maury Pasquier vom 17. Juni 2010 und 10.4125 Teuscher vom 17. Dezember 2010, S. 15 f., www.parlament.ch). Weiter ist nicht ausser Acht zu lassen, dass auf Bundesebene Bestrebungen im Gange sind, die Lohnfortzahlung in Fällen des Aufschubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG explizit in jedem Fall sicherzustellen (vgl. Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016, a.a.O.). Zudem hat die Rechtsprechung in Fällen des Aufschubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG bei dem Arbeitsrecht des OR unterstellten Frauen eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (insbesondere gestützt auf die gesetzliche Pflicht der Eltern zur Betreuung ihres Kindes) bejaht (einlässlich ROGER RUDOLPH, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes, ARV 2013 S. 235 ff.; in diesem Sinne auch bereits der Entscheid des Genfer Appellationsgerichts in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vom 17. Oktober 2008, publiziert in JAR 2009 S. 522 ff.). Auch ist sich die herrschende Lehre einig, dass in diesen Fällen ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht (vgl. etwa STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 16 zu Art. 324a/b OR; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, N. 22 zu Art. 324a OR S. 185 und N. 3 zu Art. 329f OR S. 279; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 41 zu Art. 324a OR und N. 5 zu Art. 329f OR; RUDOLPH, a.a.O., S. 239 mit Hinweisen; SABINE STEIGER-SACKMANN, Mutterschaftsentschädigung, in: Recht der Sozialen Sicherheit, Steiger-Sackmann/Mosimann [Hrsg.], 2014, Rz 32.73; PERRENOUD, a.a.O., S. 1153 ff. und S. 1349; a.M. wohl FRANK EMMEL, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 329f OR; vgl. auch JEAN-MICHEL DUC, L'allocation de maternité et la coordination avec les autres prestations des assurances, AJP 2005 S. 1010 f.). Diese Bestrebungen stehen denn auch in Einklang mit der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Mutterschaftsentschädigung (Art. 116 Abs. 3 BV), wonach die wirtschaftlichen sprich finanziellen Folgen von Mutterschaft abgesichert werden sollen (vgl. etwa Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016, a.a.O., S. 3 sowie GÄCHTER/FILIPPO, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 22 ff. zu Art. 116 BV).

5.5 Ob diese Ungleichbehandlung allein genügt, um in allen Fällen des Aufschubs des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 16c Abs. 2 EOG einen Anspruch auf Lohnersatz zu begründen, kann offenbleiben, wie sich aus der nachfolgenden Erwägung ergibt.

6.

6.1 Die freie Wahl der Mütter, vom bundesrechtlich vorgesehenen Aufschub der Mutterschaftsentschädigung nach Art. 16c Abs. 2 EOG Gebrauch zu machen, wird durch die thurgauische Regelung wesentlich beeinträchtigt. Sie könnten aus finanziellen Gründen gezwungen sein, sich trotz Erfüllung der restriktiven Voraussetzungen von Art. 16c Abs. 2 EOG gegen einen Aufschub zu entscheiden. Damit aber wird die Erreichung des von Art. 16c Abs. 2 EOG verfolgten Zwecks, der Mutter die Möglichkeit zu geben, sich in den ersten Monaten zu Hause selbst intensiv um das Kind kümmern zu können (vgl. etwa Bericht Komm. NR, BBl 2002 7522, 7545 zu Art. 16c), wesentlich erschwert oder gar aus finanziellen Überlegungen verunmöglicht. Der kantonale rechtlich vorgesehene zwangsweise Bezug von unbezahltem Urlaub für die Zeit zwischen Niederkunft und aufgeschobenem Beginn der Mutterschaftsentschädigung infolge Hospitalisation des Kindes ist umso stossender, als eine Mutter, auch wenn sie bei bester Gesundheit ist und arbeiten könnte, dies in der Regel in den ersten acht Wochen nach der Geburt nicht tun darf (Art. 35a Abs. 3 ArG) und durch eine vorzeitige Arbeitsaufnahme ihren Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung erst noch verwirkt (Art. 16d Satz 2 EOG; BGE 139 V 250; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 329f OR). Eine tatsächlich freie Wahl ist unter diesen Umständen nicht gewährleistet.

6.2 Damit erweist sich die kantonale Regelung insofern als bundesrechtswidrig, als sie die Verwirklichung des Bundesrechts übermässig erschwert oder verhindert (Art. 49 Abs. 1 BV; vgl. auch BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 20 zu Art. 49 BV und ALEXANDER RUCH, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 17 zu Art. 49 BV). Daran ändert nichts, dass auch andere Kantone eine ähnliche Lösung in ihrem Personalrecht vorgesehen haben (vgl. dazu den Anhang zum Bericht des Bundesrates vom 28. April 2016, a.a.O., S. 44 ff.).

7.

7.1 Im vorliegenden Fall ist die Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin nach ihrer Niederkunft eingetreten und durch ärztliche Atteste ausgewiesen. Im Rahmen der Gleichbehandlung mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons, welche aus gesundheitlichen Gründen infolge eines Unfalles oder einer Krankheit arbeitsunfähig sind und vollen Lohnersatz erhalten, und unter Beachtung des Vorranges von Bundesrecht hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf vollen Lohnersatz zu Lasten ihres Arbeitgebers.

7.2 Da sich die Lohnfortzahlungspflicht bereits aus den genannten Gründen ergibt, erübrigt sich eine Prüfung des Falles unter dem Aspekt der

Geschlechtergleichbehandlung wie es die Beschwerdeführerin geltend macht. Ebenfalls braucht nicht geprüft zu werden, ob bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung auch ohne persönliche Arbeitsunfähigkeit der Mutter gestützt auf die elterliche Betreuungspflicht Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht (vgl. E. 5.4). (...)

Bundesgericht, Urteil vom 23. August 2016, Doss.-Nr. 4A_236/2016 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 30. März 2016)

Der für den Gerichtsstand relevante gewöhnliche Arbeitsort ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen und befindet sich dort, wo tatsächlich der Mittelpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers zu lokalisieren ist. Ein flüchtiger Arbeitsort begründet noch keinen Gerichtsstand nach Art. 34 ZPO. Die absolute Zeitdauer spielt keine Rolle, sondern der relative Vergleich zur Dauer des Arbeitsverhältnisses und der anderen Arbeitsorte. Arbeitet der Arbeitnehmer gleichzeitig an mehreren Orten, ist auf den Hauptarbeitsort abzustellen (E. 2).

Der gewöhnliche Arbeitsort, anders als beispielsweise derjenige am Sitz des Unternehmens, knüpft nicht an einem formellen Kriterium an, sondern an der tatsächlichen Verbindung zwischen dem konkreten Arbeitsverhältnis und dem Gerichtsort. Deshalb sind Arbeitsorte ausgeschlossen, die bloss hypothetisch bleiben, weil die an ihnen geplante Arbeit nicht aufgenommen wurde. Vorliegend erfolgte die Sitzverlegung von O. nach U. zu einem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer faktisch seinen letzten Arbeitstag bereits hinter sich hatte. Erfolgte aber nach dem Sitzwechsel tatsächlich keine Arbeitsleistung mehr, hat dieser auf das konkrete Arbeitsverhältnis in Bezug auf den Ort, an dem die Leistungen tatsächlich hauptsächlich erbracht wurden, keinen Einfluss (E. 5.5.1, 5.5.2).

Sachverhalt:

B. (Arbeitnehmer, Beschwerdegegner) arbeitete vom 1. Dezember 2003 bis am 31. Dezember 2014 für A. (Arbeitgeber; Beschwerdeführer), einen Verein nach Art. 60 ZGB. Vom 20. Oktober 2013 bis zur Auflösung des Vertrages konnte der Arbeitnehmer seiner Arbeit (nach seinen Angaben krankheitsbedingt) nicht mehr nachkommen. Per 1. August 2014 hatte der Arbeitgeber seinen Sitz von Olten nach U. verlegt.

Nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung reichte der Arbeitnehmer am 19. August 2015 beim Richteramt Olten-Gösigen Klage ein und verlangte vom Arbeitgeber Fr. 20'165.50 (Ferienguthaben per 2013) nebst Zins. Nachdem der Arbeitgeber die örtliche Zuständigkeit bestritten hatte,

fällte der Amtsgerichtspräsident am 6. Januar 2016 einen Zwischenentscheid. Darin entschied er im Wesentlichen, auf die Klage werde eingetreten. Die dagegen vom Arbeitgeber erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 30. März 2016 ab (Dispositivziffer 1), erhob keine Kosten (Dispositivziffer 2) und auferlegte ihm eine Parteientschädigung (Dispositivziffer 3). Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Arbeitgeber dem Bundesgericht, die Dispositivziffern 1 und 3 dieses Urteils aufzuheben, das Richteramt Olten-Gösigen anzuweisen, auf die Klage infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten, und den Beschwerdegegner zu verpflichten, ihm für das kantonale Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache an das Obergericht zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner beantragt, die Beschwerde kostenfällig abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Nach Art. 34 Abs. 1 ZPO ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort wurde in Angleichung an die Regelung des Internationalen Rechts geschaffen (vgl. Art. 19 Ziff. 2 LugÜ, Art. 115 IPRG). Der gewöhnliche Arbeitsort ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen und befindet sich dort, wo tatsächlich der Mittelpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers zu lokalisieren ist (FELLER/BLOCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Thomas Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 25 zu Art. 34 ZPO; SENTI/WAGNER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner und andere [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl. 2016, N. 30 ff. zu Art. 34 ZPO; NOËLLE KAISER JOB, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 16 zu Art. 34 ZPO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, S. 27 Der Arbeitsprozess Ziff. 3.1.1.1.e; je mit Hinweisen). Ein lediglich vorübergehender flüchtiger Arbeitsort begründet keinen Gerichtsstand nach Art. 34 ZPO. Die absolute Zeitdauer spielt keine Rolle, sondern der relative Vergleich zur Dauer des Arbeitsverhältnisses und der anderen Arbeitssorte (FELLER/BLOCH, a.a.O., N. 25 zu Art. 34 ZPO; KAISER JOB, a.a.O., N. 16 zu Art. 34 ZPO; je mit Hinweis). Arbeitet der Arbeitnehmer gleichzeitig an mehreren Orten, ist auf den Hauptarbeitsort abzustellen (KAISER JOB, a.a.O., N. 17 zu Art. 34 ZPO; FELLER/BLOCH, a.a.O., N. 27 zu Art. 34 ZPO; vgl. auch SENTI/WAGNER, a.a.O., N. 32 zu Art. 34 ZPO; je mit Hinweisen).

3.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Ort, an dem der Beschwerdegegner gewöhnlich seine Arbeit verrichtete, in Olten liegt. Die Vor-

instanz hielt fest, der Beschwerdegegner sei gemäss Stellenbezeichnung im Arbeitsvertrag vom 27. August 2003 als Leiter Prüfungswesen des A. und als Prüfungsleiter Marketingplaner in einem 100% Pensum engagiert worden. In dieser Funktion sei er verantwortlich gewesen für:

- die professionelle Administration und Durchführung der dem A. anvertrauten Berufsprüfungen;
- die Organisation und Führung des Prüfungssekretariats;
- die Kontaktpflege mit Behörden, Schulungsinstituten, Fachvorständen, Prüfungsleitungen, Kandidaten und Medien;
- den Wissenstransfer für die aktive Beteiligung am Projekt «C.» der D.;
- die Koordination der Abläufe in der Geschäftsstelle A. in enger Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer;
- das Qualitätsmanagement und die Qualitätssicherung für das Prüfungswesen und – in Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer – deren Koordination über die Schnittstellen zur Administration des A.

Seit dem 1. August 2005 sei der Beschwerdegegner zudem Mitglied der Geschäftsleitung (Führungsteam) gewesen.

Die Vorinstanz erkannte, selbst wenn der Stellenbeschrieb darauf hindeute, dass der Beschwerdegegner keinen ausschliesslichen Bürojob ausgeübt habe, lasse sich den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen nicht entnehmen, der Beschwerdegegner sei hauptsächlich im Aussendienst tätig gewesen beziehungsweise habe keinen gewöhnlichen Arbeitsort begründet. Der Umstand, dass dem Beschwerdegegner ein Generalabonnement zur Verfügung gestellt worden sei, lasse ebenso wenig einen gegenteiligen Schluss zu, wie der Umstand, dass im Arbeitsvertrag kein Arbeitsort genannt werde. Entsprechend behaupte der Beschwerdeführer nur, der Beschwerdegegner habe keinen gewöhnlichen Arbeitsort begründen können, ohne dafür irgendwelche Belege einzureichen. Hingegen seien die Ausführungen des Beschwerdegegners, er sei seiner Arbeit hauptsächlich in Olten nachgekommen, nachvollziehbar. Mangels anderer Hinweise könne somit davon ausgegangen werden, der Beschwerdegegner sei bis zu seinem faktischen letzten Arbeitstag am 20. Oktober 2013 hauptsächlich in Olten seiner Arbeit nachgegangen, wo der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt sein Verbandssekretariat, seinen Sitz und seine Büroräumlichkeiten hatte. Dass im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 26. März 2015 infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Dezember 2014 kein ordentlicher Arbeitsort mehr bestanden habe, sei unerheblich, da der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses weiter bestehen bleibe, wobei auf den letzten gewöhnlichen Arbeitsort abzustellen sei. Der Beschwerdeführer habe zu Recht nie behauptet, der ordentliche Arbeitsort des Beschwerdegegners sei nach U. verlegt worden.

4.

Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung. Er macht geltend, die Vorinstanz habe lediglich die Stellenbezeichnung gemäss Arbeitsvertrag wiedergegeben und festgehalten, der Beschwerdegegner sei seit dem 1. August 2005 Mitglied der Geschäftsleitung gewesen. Sie habe jedoch den ihr dargelegten weiterentwickelten Aufgabenbereich des Beschwerdegegners unberücksichtigt gelassen. Die behauptete Weiterentwicklung stellt der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Akten dar und bittet das Bundesgericht den Sachverhalt entsprechend zu ergänzen. Damit verkennt er den Sinn der Begründungsanforderungen an eine Beschwerde in Zivilsachen. In der Beschwerde in Zivilsachen ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht im Sinne der Art. 95 ff. BGG verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Mit einer blossen Aufzählung sämtlicher Vorbringen im kantonalen Verfahren wird dem Bundesgericht der Fall wie bei einer ersten Instanz zur Beurteilung unterbreitet. Das ist nicht seine Aufgabe. Wer eine Ergänzung des Sachverhalt beantragt, muss konkret aufzeigen, inwiefern sich aus der beantragten Ergänzung ergibt, dass der angefochtene Entscheid in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich unhaltbar ist oder Recht verletzt. Eine bloss pauschale Behauptung genügt dazu ebenso wenig wie die (insoweit korrekten) Ausführungen des Beschwerdeführers, zur Beurteilung der Frage, ob ein gewöhnlicher Arbeitsort des Beschwerdegegners bestand, sei konkret zu evaluieren, wie dessen Arbeitsalltag ausgesehen habe. Zur rechtsgenügenden Begründung der Rüge müsste der Beschwerdeführer darlegen, inwiefern angesichts der behauptetermassen nicht berücksichtigten Umstände der angefochtene Entscheid in tatsächlicher Hinsicht im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, oder inwiefern diese den Entscheid als rechtsfehlerhaft erscheinen lassen. Das Gesuch um Ergänzung des Sachverhalts genügt diesen Anforderungen nicht.

5.

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, der Beschwerdegegner trage die Beweislast für das Vorliegen eines gewöhnlichen Arbeitsortes. Wenn die Vorinstanz aber ausführe, der Beschwerdeführer behaupte nur, der Beschwerdegegner habe keinen gewöhnlichen Arbeitsort begründet, ohne dafür irgendwelche Belege einzureichen, während die Ausführungen des Beschwerdegegners nachvollziehbar seien, gehe sie davon aus, es sei am Beschwerdeführer, das Nichtbestehen eines gewöhnlichen Arbeitsortes zu beweisen. Gelte korrekterweise der Beschwerdegegner als beweisbelastet, könne er einen gewöhnlichen Arbeitsort in Olten nicht beweisen, da er vor Vorinstanz nicht ein einziges Beweismittel dafür genannt habe.

5.1 Zunächst legt der Beschwerdeführer nicht dar, weshalb der Beschwerdegegner vor Vorinstanz hätte Beweismittel anrufen müssen, zumal er nicht Berufung geführt hat. Selbst wenn der Stellenbeschrieb sodann darauf hindeutete, dass der Beschwerdegegner keinen ausschliesslichen Bürojob ausgeübt hat, kam die Vorinstanz aufgrund des Stellenbeschriebs, der

Mitgliedschaft des Beschwerdegegners in der Geschäftsleitung und dessen nachvollziehbaren Ausführungen zur Überzeugung, der Beschwerdegegner sei bis am 20. Oktober 2013 seiner Arbeit hauptsächlich in Olten nachgegangen, wo der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt sein Verbandssekretariat, seinen Sitz und seine Büroräumlichkeiten hatte. Damit war es Sache des Beschwerdeführers, im Rahmen des ihm offenstehenden Gegenbeweises (BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326; 115 II 305 je mit Hinweisen; vgl. Art. 152 Abs. 1 und Art. 154 ZPO) Zweifel an dieser Überzeugung aufkommen zu lassen. Dies ist ihm nicht gelungen. Eine Verletzung der Beweislastverteilung ist nicht dargetan. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann aus der Tatsache, dass die Vorinstanz die Ausführungen des Beschwerdegegners als nachvollziehbar bezeichnete, nicht abgeleitet werden, sie sei von einem zu geringen Beweismass ausgegangen. Sie hat ihre dem üblichen Beweismass entsprechende Überzeugung vielmehr gestützt auf den Stellenbeschrieb im Vertrag, die Mitgliedschaft des Beschwerdegegners in der Geschäftsleitung und seine nachvollziehbaren Ausführungen gebildet. Dass seine Ausführungen für sich allein vielleicht nicht gereicht hätten, um den vollen Beweis zu erbringen, spielt keine Rolle.

5.2 Soweit der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung der Vorinstanz als willkürlich auszugeben versucht, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer begnügt sich damit, dem Bundesgericht seine eigene Sicht der Dinge darzulegen. Derart appellatorische Kritik genügt den Anforderungen an eine Willkürüge nicht.

5.3 Der Beschwerdeführer rügt als Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, indem sie lediglich pauschal festgehalten habe, aus den eingereichten Unterlagen lasse sich nicht entnehmen, dass der Beschwerdegegner keinen gewöhnlichen Arbeitsort begründet habe. Weshalb dies so sein sollte, habe sie nicht ausgeführt. Der Beschwerdeführer verkennt, dass der Entscheid zwar zu begründen ist, damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Es ist aber nicht erforderlich, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Es hätte genügt darzulegen, dass eine willkürfreie Würdigung der Unterlagen zwingend zum Schluss führe, der Beschwerdegegner habe keinen gewöhnlichen Arbeitsort begründet.

(...)

5.4.2 Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die Befragung seines Präsidenten hätte ergeben, dass der Beschwerdegegner den durch den Beschwerdeführer behaupteten Aufgabenbereich wahrzunehmen hatte, woraus sich eine Vielzahl von Arbeitsorten des Beschwerdegegners – und

entsprechend das Fehlen eines gewöhnlichen Arbeitsortes – ergebe. Auch F., ein Arbeitscoach der Psychiatrischen Dienste Aargau, der zum Teil Gespräche zwischen den Parteien begleitet habe, in denen zur Sprache gekommen sei, dass die Arbeit durch den Beschwerdegegner nach wie vor an verschiedenen Arbeitsorten zu verrichten sei, sei zweifelsfrei ein tauglicher Zeuge.

Mit dieser Argumentation übergeht der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz den Vertrag als Indiz dafür erachtete, der Beschwerdegegner habe keinen ausschliesslichen Bürojob ausgeübt. Sie ging also bereits davon aus, die vom Beschwerdegegner zu versehenden Aufgaben führten dazu, dass er an verschiedenen Orten für den Beschwerdeführer tätig war. Dafür mussten keine weiteren Zeugen abgenommen werden. Entscheidend war für die Vorinstanz, dass sie aufgrund der im Arbeitsvertrag aufgelisteten Tätigkeiten und der Unterlagen des Beschwerdeführers nicht zum Schluss kam, der Beschwerdegegner sei hauptsächlich im Aussendienst tätig gewesen, sondern vielmehr der Version des Beschwerdegegners Glauben schenkte, wonach dieser hauptsächlich in Olten tätig war. Soweit der Beschwerdeführer meint, gerade durch die Befragung der genannten Personen hätten weitere entscheidende Umstände über den Arbeitsalltag des Beschwerdegegners in Erfahrung gebracht werden können, verkennt er, dass es grundsätzlich Sache der Beweisabnahme ist, die aufgestellten Behauptungen zu erhärten. Im Rahmen des ihm offenstehenden Gegenbeweises hätte der Beschwerdeführer die entscheidenden Umstände über den Arbeitsalltag des Beschwerdegegners behaupten und dafür Beweismittel anbieten können. Wenn er dies nicht getan hat (obwohl er dies aufgrund des Wissens seines Präsidenten hätte tun können), kann er aus der Tatsache, dass die Zeugen diesbezüglich nicht befragt wurden, nichts ableiten.

5.5 Der Beschwerdeführer weist (mit Aktenhinweis) darauf hin, er habe vor der Vorinstanz geltend gemacht, sollte je ein gewöhnlicher Arbeitsort in Olten bestanden haben, sei dieser infolge der Sitzverlegung definitiv weggefallen. Er macht vor Bundesgericht geltend, mit dem Sitzwechsel von Olten nach U. habe in Olten gar kein gewöhnlicher Arbeitsort mehr bestehen können, da dieser Erfüllungsort weggefallen sei. Es habe für den Beschwerdegegner keine Möglichkeit gegeben, in Olten Arbeit zu verrichten. Es liege eine definitive Aufgabe des Arbeitsortes vor. Die in der Literatur vertretene Auffassung, wonach bei Auflösung der Arbeitsstelle der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort bestehen bleibe, beziehe sich auf die Konstellation, dass der ehemalige gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers grundsätzlich nach wie vor bestehe, was hier gerade nicht der Fall sei. Es stelle sich zudem die Frage, ob der Beschwerdegegner nicht sogar einen neuen gewöhnlichen Arbeitsort begründet habe, indem er während seiner angeblichen Krankheit tätig geworden sei.

5.5.1 Mit dem gewöhnlichen Arbeitsort hat der Gesetzgeber einen Gerichtsstand geschaffen, der anders als beispielsweise derjenige am Sitz des Unternehmens, nicht an einem formellen Kriterium anknüpft, sondern

an der tatsächlichen Verbindung zwischen dem konkreten Arbeitsverhältnis und dem Gerichtsort (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 29; FELLER/BLOCH, a.a.O., N. 28 zu Art. 34 ZPO; BALZ GROSS, in: Gerichtsstandsgesetz, Müller/Wirth [Hrsg.], 2001, N. 78 zu Art. 24 GestG). Deshalb sind Arbeitsorte ausgeschlossen, die bloss hypothetisch bleiben, weil die an ihnen geplante Arbeit nicht aufgenommen wurde (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 28; FELLER/BLOCH, a.a.O., N. 28 zu Art. 34 ZPO; SENTI/WAGNER, a.a.O., N. 33 zu Art. 34 ZPO; GROSS, a.a.O., N. 87 zu Art. 24 GestG). Diese Verbindung (und damit der Gerichtsstand) bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 28; FELLER/BLOCH, a.a.O., N. 29 zu Art. 34 ZPO). Ob der ehemalige gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers nach wie vor besteht, kann insoweit keine Rolle spielen, weil dies nicht mehr die Verbindung zum konkreten Arbeitsverhältnis betrifft. Nur soweit der Arbeitnehmer weiter für die Arbeitgeberin arbeitet, ohne dass die Parteien eine erneute Arbeit am gewöhnlichen Arbeitsort vorsähen und ohne über einen neuen gewöhnlichen Arbeitsort zu verfügen, entfällt der Gerichtsstand am bisherigen, irrelevant gewordenen, gewöhnlichen Arbeitsort (PETER REINERT, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker/McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 13 zu Art. 34 ZPO).

5.5.2 Die Vorinstanz hat festgehalten, der Beschwerdegegner sei bis zu seinem faktischen letzten Arbeitstag am 20. Oktober 2013 hauptsächlich in Olten seiner Arbeit nachgegangen. Die tatsächliche Verbindung des konkreten Arbeitsverhältnisses besteht zu diesem Ort. Die Sitzverlegung von Olten nach U. erfolgte nach der Feststellung der Vorinstanz per 1. August 2014, also zu einem Zeitpunkt, in dem der Beschwerdegegner faktisch seinen letzten Arbeitstag bereits hinter sich hatte. Erfolgte aber nach dem Sitzwechsel tatsächlich keine Arbeitsleistung mehr, hat dieser auf das konkrete Arbeitsverhältnis in Bezug auf den Ort, an dem die Leistungen tatsächlich hauptsächlich erbracht wurden, keinen Einfluss. Es entsteht keine intensive, effektive Beziehung des Arbeitnehmers zum neuen Sitz des Arbeitgebers (vgl. GROSS, a.a.O., N. 87 zu Art. 24 GestG). Die Situation entspricht vielmehr derjenigen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, der Gerichtsstand am in Olten begründeten gewöhnlichen Arbeitsort bleibe trotz der Sitzverlegung bestehen.

5.5.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Beschwerdegegner habe allenfalls sogar einen neuen gewöhnlichen Arbeitsort begründet, indem er während seiner angeblichen Krankheit tätig geworden sei. Gemäss dem Beschwerdeführer liegt zwar nur eine E-Mailkorrespondenz vor, doch könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdegegner noch weitere Tätigkeiten ausgeübt habe. Der Beschwerdeführer verweist auf eine Eingabe an die Vorinstanz und rügt, diese habe die von ihm beantragten Beweismittel nicht abgenommen, weshalb die Tätigkeit nicht habe zum Vorschein kommen können. Damit zeigt der Beschwerdeführer nicht

rechtsgenüßlich auf, dass er entgegen den Feststellungen der Vorinstanz eine Verlegung des gewöhnlichen Arbeitsorts nach U. rechtsgenüßlich behauptet hätte. An der Stelle der Eingabe, auf die er verweist, bestritt er, dass der Beschwerdegegner seine Tätigkeit für ihn ab dem 20. Oktober 2013 nicht mehr hätte ausüben können. Rund zwei Monate nachdem der Beschwerdeführer seinen Sitz nach U. verlegt habe, sei der Beschwerdegegner in einer vom Arbeitsverhältnis umfassten Funktion (Prüfungsleiter der Prüfungskommission der Verkaufsleiter) tätig gewesen, aber gegen die Interessen des Beschwerdeführers, was aber nicht von Bedeutung sei. Dies ist keine genügende Behauptung eines neuen Arbeitsorts, sondern eine Bestreitung der Arbeitsunfähigkeit.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 12. September 2016, Doss.-Nr. 4A_169/2016 (Aufhebung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 15. Dezember 2015), in: BGE 142 III 626

[Fristlose Entlassung] Verrechnungserklärung im Prozess. Die Rechtshängigkeit eines Anspruchs steht der Geltendmachung des gleichen Anspruchs durch Verrechnungseinrede in einem anderen Verfahren nicht entgegen (E. 8.4).

[Licenciement immédiat] Déclaration de compensation dans le procès. Une partie peut faire valoir une créance par l'exception de compensation même si ladite créance fait l'objet d'une action dans un autre procès (consid. 8.4).

Aus den Erwägungen:

8.

8.1 Für den Fall, dass die Klage des Beschwerdegegners bezüglich der Entschädigung aufgrund einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gutgeheissen werde, erhob der Beschwerdeführer in der Klageantwort vor der Erstinstanz eine Verrechnungseinrede.

Die Vorinstanz erwog dazu, der Beschwerdeführer habe mit Eingabe vom 13. November 2013 im Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner «Privatklage» erhoben und diese sei am 19. November 2013 bei der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft eingegangen. Spätestens am 19. November 2015 [recte: 19. November 2013] sei die «Privatklage» des Beschwerdeführers rechtshängig geworden. Am 23. Juni 2014 habe der Beschwerdeführer in der Klageantwort für den Fall, dass das Gericht eine Forderung des Beschwerdegegners zulasten des Beschwerdeführers erkennen würde,

die Einrede der Verrechnung «im Umfang der vom Beschwerdegegner erhaltenen Fr. 76'954.–» erhoben. Da im Moment der Geltendmachung dieser Verrechnungseinrede die «Privatklage» des Beschwerdeführers im Strafverfahren schon rechtshängig gewesen sei, sei die Erstinstanz zufolge bereits bestehender Rechtshängigkeit zu Recht auf die Verrechnungseinrede des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

8.2 Der Beschwerdeführer rügt unter Berufung auf BGE 141 III 549, dass die Vorinstanz das Institut der Verrechnung verkannt und Art. 120 OR verletzt habe. Die Vorinstanz hätte auf die Verrechnungseinrede eintreten müssen, da die Rechtshängigkeit der Forderung die Verrechnungseinrede in einem späteren Verfahren nicht verhindere.

8.3 Zunächst ist festzuhalten, dass sich der vorliegende Sachverhalt von dem BGE 141 III 549 zugrundeliegenden unterscheidet. Im Verfahren BGE 141 III 549 stellte die beklagte Partei in mehreren Prozessen jeweils die identische Verrechnungsforderung zur Eventualverrechnung. Demgegenüber machte der Beschwerdeführer vorliegend zunächst seine Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner mittels Zivilklage adhäsionsweise im Strafverfahren rechtshängig (Art. 119 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 122 Abs. 3 StPO; vgl. Urteil 6B_483/2012 vom 3. April 2013 E. 1.3.1), bevor er die gleiche Forderung im vorliegenden Verfahren als beklagte Partei einredeweise zur Eventualverrechnung stellte.

8.4 Wie der Beschwerdeführer aber richtig erkennt, hat das Bundesgericht in BGE 141 III 549 E. 6.5 mit der herrschenden Lehre entschieden, dass die in einem Prozess erhobene Verrechnungseinrede nicht von der Rechtshängigkeit i.S. von Art. 62 ZPO erfasst wird. Demnach kann die in einem ersten Prozess einredeweise zur Verrechnung gestellte Forderung in einem anderen Prozess erneut einredeweise zur Verrechnung gebracht werden (so in BGE 141 III 549 E. 6.5) oder separat mittels Klage oder Widerklage eingeklagt werden (ALEXANDER ZÜRCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 31 zu Art. 59 ZPO).

Es gilt aber auch: Da die in einem Prozess erhobene Verrechnungseinrede nicht ihrerseits von der Rechtshängigkeit i.S. von Art. 62 ZPO erfasst wird, kann ihr folgerichtig die Rechtshängigkeit einer zuvor selbstständig eingeklagten Forderung nicht entgegengehalten werden. Durch die Rechtshängigkeit des Anspruchs in einem Verfahren wird die Geltendmachung des gleichen Anspruchs durch Verrechnungseinrede in einem anderen Prozess also nicht ausgeschlossen (SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 64 ZPO; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, in: Berner Kommentar, 2012, N. 174 ff. zu den Vorbemerkungen zu Art. 120–126 OR; zu den kantonalen Zivilprozessordnungen bzw. zum Gerichtsstandsgesetz: KELLERHALS/GÜNGERICH, in: Gerichtsstandsgesetz, Kellerhals und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2005, N. 3 zu Art. 35 GestG; RUGGLE/TENCHIO-KUZMIC, in: Bundesgesetz über den Gerichts-

stand in Zivilsachen [GestG], Spühler und andere [Hrsg.], 2001, N. 16 zu Art. 35 GestG; LEUCH UND ANDERE, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, N. 6b zu Art. 160 ZPO/BE; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 233 f.).

Aus prozessökonomischen Gründen und aufgrund der Gefahr widersprüchlicher Urteile ist aber in diesen Konstellationen im Rahmen der Prozessleitung eine Koordination der Verfahren in Betracht zu ziehen, was etwa durch eine Prozessüberweisung (Art. 127 Abs. 1 ZPO), eine Verfahrensvereinigung (Art. 125 lit. c ZPO) oder durch eine Sistierung (Art. 126 ZPO) geschehen kann (vgl. dazu BGE 141 III 549 E. 6.5 S. 553; so schon für eine Aussetzung eines Verfahrens: HERMANN BECKER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1941, N. 20 zu Art. 120 OR; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. 1974, S. 197 f.; wohl auch: WOLFGANG PETER, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 4 vor Art. 120–126 OR, nach welchem aber eine Aussetzung des Verfahrens nicht immer alle Probleme lösen dürfte).

8.5 Nach dem Gesagten kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie auf die vom Beschwerdeführer erhobene Verrechnungseinrede mit der Begründung nicht eintrat, dass die Forderung bereits in einem anderen Verfahren rechtshängig gemacht worden sei. Diesbezüglich ist die Beschwerde gutzuheissen.

Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück (Art. 107 Abs. 2 BGG). Da die Vorinstanz (bzw. die Erstinstanz) auf die Verrechnungseinrede des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist, fehlen dem Bundesgericht die tatsächlichen Grundlagen, um reformatorisch zu entscheiden. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG). Dabei hat sie insbesondere die oben erwähnten Koordinationsmöglichkeiten für die Verfahren in Betracht zu ziehen, wobei sie auch berücksichtigen kann, ob die Verrechnungseinrede allenfalls bloss zur (missbräuchlichen) Verschleppungstaktik erhoben wurde. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 septembre 2016, Doss.-No 4A_348/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 22 mai 2015)

Art. 84 et 322 CO. Interprétée selon le principe de la confiance, la clause selon laquelle le salaire correspond à «3'000 Euros brut par mois au taux de change fixe de 1.2015, X 12», signifie que les parties ont précisé les modalités du salaire fixé en réalité en francs suisses. D'ailleurs, si l'on devait considérer que le salaire a été fixé en Euros,

cela signifie que l'employeur aurait pu choisir chaque mois de verser le salaire en Euros ou en francs suisses, selon le cours du change de l'Euro, et donc déterminer de manière unilatérale la solution la plus avantageuse pour lui (c. 3.3).

Extraits des faits:

Nel 2012 B. ha iniziato a collaborare con la A. SA in qualità di consulente ed è stato assunto alle dipendenze della predetta società a partire dal 1° settembre 2012 con la funzione di «Country Manager per il Nord Italia» e un salario di «EUR 3'000.00 mensili lordi al cambio fisso di 1.2015 x 12 mensilità». Con e-mail del 29 agosto 2013 la società ha informato il dipendente di ritenere concluso il rapporto di lavoro con effetto retroattivo al mese di aprile 2013, non potendo essa continuare a sostenere costi ripetitivi. Fra le parti è sorta una controversia concernente la fine del rapporto di lavoro.

La Pretora del distretto di Lugano ha, con sentenza 3 ottobre 2014, accolto la petizione con cui B. ha chiesto di condannare la A. SA a pagargli fr. 29'999.– lordi, oltre interessi, per i salari arretrati per i mesi da settembre a dicembre 2012 e da maggio a settembre 2013. Con sentenza 22 maggio 2015 la II Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino ha respinto, nella misura in cui era ricevibile, l'appello presentato dalla A. SA e ha confermato la sentenza pretorile.

Con ricorso in materia civile del 2 luglio 2015 la A. SA chiede, in via principale, la riforma della sentenza di appello nel senso di respingere la petizione. In via subordinata postula l'annullamento del giudizio impugnato e il rinvio degli atti all'autorità inferiore per nuovo giudizio.

Extraits des considérants:

3.

3.1 La Corte cantonale ha premesso che, giusta la giurisprudenza sviluppata in applicazione dell'art. 84 CO, se un debito è stato contratto in valuta estera, il creditore è tenuto a chiedere la condanna del debitore in tale valuta e che la facoltà di scegliere in virtù del secondo capoverso della predetta norma di saldare il debito nella moneta del luogo di pagamento spetta unicamente al debitore. Procedendo a un'interpretazione oggettiva del contratto di lavoro, l'autorità inferiore ha però negato che in concreto il contratto prevedesse uno stipendio in valuta estera, indicando che secondo il principio dell'affidamento il riferimento all'euro e un tasso di cambio fisso contenuti nel contratto costituiscono una modalità per determinare l'entità del salario in franchi svizzeri, atteso inoltre che i conteggi sono stati allestiti in franchi svizzeri.

3.2 Dopo essersi soffermata sull'art. 84 CO e la relativa giurisprudenza, la ricorrente sostiene che non era necessario interpretare il chiaro

testo del contratto. Afferma che da quest'ultimo risulta in modo palese che la valuta del credito è l'euro, nulla mutando l'indicazione di un tasso di cambio fisso, tanto più che esso nemmeno menziona i franchi svizzeri.

3.3 Per l'interpretazione di disposizioni contrattuali è in primo luogo decisiva la vera e concorde volontà delle parti contraenti. Se non è possibile determinarla le dichiarazioni contrattuali vanno interpretate, secondo il principio dell'affidamento, e cioè come il destinatario poteva e doveva in buona fede capirle nella situazione concreta (DTF 138 III 29 consid. 2.2.3; 135 III 295 consid. 5.2). Il senso di un testo, apparentemente chiaro, non è necessariamente determinante, motivo per cui un'interpretazione meramente letterale è proibita. Anche se il tenore di una clausola contrattuale appare a prima vista limpido, può risultare da altre condizioni contrattuali, dallo scopo previsto dalle parti o da altre circostanze che la lettera di tale clausola non restituisca esattamente il senso dell'accordo. Non ci si allontana invece dal senso letterale del testo adottato dagli interessati, se non vi è alcuna ragione seria per ritenere che esso non corrisponda alla loro volontà. L'interpretazione del contratto giusta il principio dell'affidamento è una questione concernente l'applicazione del diritto, che può essere esaminata liberamente dal Tribunale federale (DTF 136 III 186 consid. 3.2.1, con rinvii).

In concreto giova innanzi tutto rilevare che la ricorrente non afferma che la Corte cantonale avrebbe potuto procedere a un'interpretazione soggettiva del contratto. L'interpretazione fondata sul principio dell'affidamento contenuta nella sentenza impugnata non viola il diritto, atteso che non può nemmeno essere seriamente messo in dubbio che il cambio fisso menzionato nel contratto fosse riferito al franco svizzero, in particolare alla luce delle cifre contenute nel conteggio di salario agli atti. Del resto, quando contesta di essere « la parte che trarrebbe vantaggio dal contratto di lavoro », la ricorrente medesima conferma indirettamente l'interpretazione della Corte cantonale. È infatti unicamente possibile giungere a tale conclusione se è stato concordato un salario in franchi svizzeri, perché nell'ipotesi di una pattuizione in euro la datrice di lavoro avrebbe avuto ogni mese la possibilità di scegliere se versare la retribuzione nella valuta estera o in quella nazionale (utilizzando il tasso di conversione fisso), optando per la variante a lei più favorevole a dipendenza dell'effettiva quotazione dell'euro. In altre parole essa sarebbe stata l'unica a poter beneficiare delle fluttuazioni del tasso di cambio.

Poiché la motivazione principale della sentenza impugnata non viola il diritto federale non è necessario esaminare le censure rivolte contro l'argomentazione abbondanziale della sentenza impugnata, secondo cui anche nel denegato caso in cui nel contratto fosse stata stabilita una retribuzione in euro, le parti avrebbero proceduto a una modifica dello stesso per atti concludenti.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 septembre 2016, Doss.-No 8C_826/2015 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 29 septembre 2015)

Selon l'art. 44A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du canton de Genève (RPAC), l'art. 336c CO est applicable par analogie en cas de résiliation en temps inopportun. Cette disposition s'applique donc à titre de droit cantonal supplétif (c. 3.3.2.1).

Les éventualités prévues par les différentes lettres de l'art. 336c al. 1 CO font chacune courir une période de protection indépendante l'une de l'autre. Il peut y avoir chevauchement et cumul entre les différentes situations (cumul interlittéral). Selon la jurisprudence, il peut aussi y avoir chevauchement et cumul entre différentes situations ressortissant à la même lettre de l'art. 336c CO, comme des maladies et/ou des accidents n'ayant aucun lien entre eux (cumul intralittéral). En revanche, une nouvelle incapacité de travail ne fait pas courir un nouveau délai lorsqu'elle est due à la même cause médicale que la précédente, comme une rechute d'une affection précédente (c. 3.3.1).

Dans le cas d'espèce, en retenant l'existence d'un lien entre l'affection gynécologique qui avait nécessité la seconde opération et celle qui avait fait l'objet de la première intervention, et en refusant par voie de conséquence de reconnaître l'existence d'un deuxième délai de protection, la cour cantonale n'a pas appliqué l'art. 336c CO de manière arbitraire (c. 3.3.2.2).

Extraits des faits:

A. a été engagée par le service B., rattaché au département des finances de la République et canton de Genève (ci-après: DF), en qualité de secrétaire 1, auxiliaire dès le 8 octobre 2001, puis employée dès le 1^{er} janvier 2002, pour un taux d'activité de 100%, soit 40 heures par semaine. Le 14 janvier 2004, elle a été confirmée dans sa fonction de secrétaire 2 auprès du service B. et, à compter du 1^{er} janvier 2005, elle a été nommée fonctionnaire. Elle a exercé la fonction de secrétaire de direction auprès du service B.. Par décision du 15 août 2013, le conseiller d'Etat en charge du DF a résilié les rapports de service de A. pour motifs fondés, avec effet au 30 novembre 2013.

Par mémoire daté du 16 septembre 2013, A. a recouru devant la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève, en concluant à ce que la décision attaquée soit déclarée nulle, subsidiairement à ce qu'elle soit annulée et l'intéressée réintégrée dans sa fonction. Par décision du 18 novembre 2014, l'intéressée a été mise au bé-

néfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité à partir du 1^{er} août 2012 et la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (ci-après: la CPEG) lui a alloué une pension d'invalidité à compter de cette date. Après avoir tenu deux audiences de comparution personnelle des parties les 14 janvier et 11 juin 2015, la cour cantonale a rejeté le recours par jugement du 29 septembre 2015. A l'audience du 11 juin 2015, l'intéressée a produit deux rapports des docteurs N. et O. faisant état de deux interventions chirurgicales les 17 janvier et 18 mars 2013.

A. forme un recours en matière de droit public en concluant principalement à l'annulation du jugement attaqué et à ce que la décision du DF du 15 août 2013 de résiliation des rapports de service soit déclarée nulle.

Extraits des considérants:

3.

3.1

3.1.1 Se fondant sur un certificat du docteur L. (du 30 janvier 2013) et un rapport du docteur P., spécialiste en neurologie (du 20 février 2014), la cour cantonale a retenu que la recourante a été entièrement incapable de travailler à partir du 2 novembre 2012 en raison d'une affection neurologique. Par ailleurs, l'intéressée a présenté des troubles gynécologiques qui ont nécessité deux interventions chirurgicales, les 17 janvier et 18 mars 2013. Se référant aux déclarations de la recourante lors de la première audience de comparution personnelle des parties le 14 janvier 2015, ainsi qu'au rapport de la clinique M. du 26 juin 2013, la cour cantonale a constaté que l'affection gynécologique qui avait nécessité la seconde opération était en lien avec celle qui avait fait l'objet de la première intervention. Le fait que l'opération du 17 mars 2013 a engendré des douleurs encore plus vives au ventre permet, certes, de conclure à l'existence d'une aggravation mais ne constitue pas une nouvelle atteinte à la santé sans lien avec la cause de la première intervention. Cela étant, les premiers juges ont considéré que l'incapacité de travail attestée depuis le 18 mars 2013 ne faisait pas courir un nouveau délai de protection du travailleur au sens de l'art. 336c al. 1 CO, applicable par analogie en vertu de l'art. 44A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RPAC; RSG B 5 05.01). En tant qu'il a trait à l'affection gynécologique, le délai de protection de 180 jours applicable en l'occurrence (pour plus de cinq années de service) a commencé à courir le 17 janvier 2013 et était dès lors expiré au moment du prononcé de la décision de licenciement du 15 août 2013.

3.1.2 Par surabondance, la cour cantonale a jugé que la recourante avait commis un abus de droit manifeste en n'invoquant pas la nullité de la résiliation des rapports de service dans son recours, voire éventuellement dans les deux mois qui ont suivi le licenciement, mais seulement dans sa

réplique du 30 mai 2014, soit un peu plus de neuf mois après. En effet, étant représentée par un avocat, la recourante ne pouvait pas ignorer, depuis la réception de la décision querellée, qu'un éventuel cumul «intra-littéral» découlant d'une nouvelle incapacité de travail pouvait le cas échéant avoir pour conséquence la nullité du congé litigieux. Par son comportement, la recourante a, sciemment, non seulement empêché le DF de lui notifier une nouvelle décision de résiliation dans les quelques mois qui ont suivi la décision querellée, mais elle a aussi empêché celui-ci de se défendre valablement relativement à la question de la prétendue nullité de sa décision avant le premier semestre 2015, de telle sorte qu'en cas d'admission de la nullité par la chambre administrative, il encourrait le risque de devoir payer durant une très longue période des montants correspondant à une partie du salaire de l'intéressée.

3.2 De son côté, la recourante invoque une violation du droit fédéral en tant que le jugement cantonal a confirmé la résiliation des rapports de service, alors que celle-ci est intervenue en temps inopportun, soit pendant une période d'incapacité de travail du travailleur (art. 336c al. 1 let. b CO). Subsidiairement, dans le cas où cette disposition légale devait s'appliquer à titre de droit cantonal supplétif en raison du renvoi prévu à l'art. 44A RPAC, l'intéressée fait valoir que la mauvaise application de cette disposition constitue une violation du droit fédéral en tant qu'elle est arbitraire. Elle conteste le point de vue de la cour cantonale dans la mesure où elle a nié l'existence d'un cumul entre les différentes affections subies, soit en particulier entre l'intervention chirurgicale du 17 janvier 2013 (avec entrée en clinique le 16 janvier) et celle du 18 mars 2013 (avec entrée en clinique le 17 mars). Ayant fixé le début de l'incapacité de travail le 17 janvier 2013, la juridiction précédente a ainsi retenu que la résiliation des rapports de service n'était pas intervenue durant la période de protection contre les congés au sens de l'art. 336c al. 1 CO.

Selon la recourante, il faut distinguer entre l'affection de nature gynécologique qui a entraîné une incapacité de travail dès le 16 janvier 2013 à la suite de la première opération et la dégradation de l'état de santé due à la seconde intervention chirurgicale, à l'origine d'une nouvelle période d'incapacité à partir du 17 mars 2013. Cette dégradation n'est pas liée à l'affection gynécologique mais elle est due à la seconde intervention chirurgicale elle-même, laquelle a motivé le dépôt par la recourante d'une action en responsabilité contre les chirurgiens pour violation des règles de l'art. Cela étant, l'intéressée est d'avis que la seconde période d'incapacité de travail survenue à compter du 17 mars 2013 ne découle pas d'une maladie comme précédemment, mais d'une «atteinte extraordinaire extérieure et non volontaire à la santé». Elle semble inférer de cela que la survenance de cette seconde période d'incapacité de travail était de nature à faire courir un nouveau délai de protection contre le licenciement au sens de l'art. 336c al. 1 CO, conformément au principe dit du cumul «intra-littéral», voire «inter-littéral», consacré par la jurisprudence rendue au sujet de cette disposi-

tion légale. Ce délai courant «du 18 mars 2013 au 18 septembre 2013», la juridiction cantonale a violé l'art. 336c al. 1 CO, voire en a fait une application arbitraire en confirmant la résiliation des rapports de service du 15 août 2013, laquelle doit être déclarée nulle.

3.3

3.3.1 Aux termes de l'art. 44A RPAC, intitulé «résiliation en temps inopportun», les articles 336c et 336d CO sont applicables par analogie. Selon l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service. Le congé donné pendant une période de protection est nul (art. 336c al. 2, 1^{ère} phrase, CO).

Les éventualités prévues par les différentes lettres de l'art. 336c al. 1 CO (let. a: service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou service civil, en vertu de la législation fédérale; let. b: incapacité de travail due à une maladie ou à un accident; let. c: grossesse et période de seize semaines suivant l'accouchement; let. d: service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale) font chacune courir une période de protection indépendante l'une de l'autre. Il peut y avoir chevauchement et cumul entre les différentes situations (cumul interlittéral; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3^{ème} éd. 2014, n. 8a ad art. 336c CO; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, n. 39 ad art. 336c CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7^{ème} éd. 2012, p.1075). Selon la jurisprudence, il peut aussi y avoir chevauchement et cumul entre différentes situations ressortissant à la même lettre de l'art. 336c CO, comme des maladies et/ou des accidents n'ayant aucun lien entre eux (cumul intralittéral; ATF 124 III 474 consid. 2b/aa p. 476; 120 II 124 consid. 3 p. 125 ss; arrêt 1C_296/2008 du 5 mars 2009 consid. 2.1; cf. également JÜRIG BRÜHWILER, op. cit., n. 8b ad art. 336c CO; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, op. cit., n. 37 ad art. 336c CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 1075). En revanche, une nouvelle incapacité de travail ne fait pas courir un nouveau délai lorsqu'elle est due à la même cause médicale que la précédente, comme une rechute d'une affection précédente (arrêt dans les causes jointes 4A_117/2007 et 4A_127/2007 du 13 septembre 2007 consid. 5).

3.3.2

3.3.2.1 Le jugement attaqué repose sur l'art. 44A RPAC, selon lequel l'art. 336c CO est notamment applicable par analogie en cas de résiliation en temps inopportun. Cette disposition s'applique donc à titre de droit cantonal supplétif (ATF 138 I 232 consid. 2.4 p. 236; 126 III 370 consid. 5 p. 372; 118 II 213 consid. 4 p. 220 et les références).

Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, le recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel, y compris les dispositions de droit fédéral appliquées à titre de droit cantonal supplétif. En revanche, il est toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier, qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres motifs de droits constitutionnels (ATF 138 I 143 consid. 2 p. 149; 137 V 143 consid. 1.2 p. 145). Appelé à revoir l'application ou l'interprétation d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain (ATF 139 I 57 consid. 5.2 p. 61). En revanche, si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale n'est pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de la législation en cause, cette interprétation sera confirmée, même si une autre solution éventuellement plus judicieuse paraît possible (ATF 140 III 167 consid. 2.1 p. 168 et l'arrêt cité). En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 140 III 167 consid. 2.1 précité).

3.3.2.2 En l'occurrence, la recourante n'expose pas en quoi la cour cantonale aurait appliqué l'art. 336c al. 1 CO de manière arbitraire en retenant l'existence d'un lien entre l'affection gynécologique qui avait nécessité la seconde opération (le 18 mars 2013) et celle qui avait fait l'objet de la première intervention (le 17 janvier 2013). En particulier, et quoi qu'en dise l'intéressée, qui invoque une dégradation très sérieuse de son état de santé, il sied de constater qu'elle n'a pas apporté la preuve de l'absence de lien entre les deux cas médicaux. En effet, elle se contente d'alléguer avoir été victime d'un accident dû à une erreur médicale commise lors de la seconde intervention. Ce faisant, elle ne démontre pas en quoi l'appréciation des preuves par la cour cantonale est manifestement insoutenable mais elle se contente de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité précédente. Le recours ne contient dès lors aucune démonstration du caractère arbitraire des constatations des premiers juges, selon lesquelles l'incapacité de travail découlant de la seconde intervention est due à la même cause médicale que la précédente.

Vu ce qui précède, la cour cantonale pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, considérer que l'incapacité de travail attestée depuis le 18 mars 2013 ne faisait pas courir un nouveau délai de protection du travailleur au sens de l'art. 336c al. 1 CO et que le délai de protection de 180 jours applicable en l'occurrence avait commencé à courir le 17 janvier 2013 et était dès lors expiré au moment du prononcé de la décision de licenciement du 15 août 2013.

Cela étant, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé des critiques soulevées par la recourante contre l'argument invoqué par surabondance par la cour cantonale, selon lequel l'intéressée avait commis un abus de droit manifeste en n'invoquant la nullité de la résiliation des rapports de service que dans sa réplique du 30 mai 2014, soit un peu plus de neuf mois après la décision de licenciement.

Bundesgericht, Urteil vom 27. September 2016, Doss.-Nr. 4A_327/2016 (Aufhebung des Urteils des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 12. April 2016), in: BGE 142 III 767

Art. 9 VVG (Verbot der Rückwärtsversicherung); Kollektivkrankentaggeldversicherung, zwischen den Krankentaggeldversicherern abgeschlossenes Freizügigkeitsabkommen (FZAKV).

Offengelassen, ob es sich beim FZAKV um einen Vertrag zugunsten Dritter, der versicherten Personen, handelt (E. 7.1).

Art. 4 Abs. 2 FZAKV, wonach bei einem Versichererwechsel der neue Versicherer laufende Schadenfälle nach den Bedingungen des bisherigen Versicherungsvertrages übernehmen muss, verstösst nicht gegen das Verbot der Rückwärtsversicherung (E. 7.2).

Art. 9 LCA (interdiction de l'assurance rétroactive); assurance indemnité journalière collective, convention de libre passage entre les assureurs d'indemnités journalières maladie (convention de libre passage).

Question laissée ouverte de savoir si la convention de libre passage représente une stipulation pour autrui en faveur des personnes assurées (consid. 7.1).

L'art. 4 al. 2 de la convention de libre passage, selon lequel, en cas de changement d'assureur, le nouvel assureur doit reprendre les sinistres en cours aux conditions du contrat d'assurance antérieur, ne viole pas l'interdiction de l'assurance rétroactive (consid. 7.2).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer, Streitverkündender) war bis am 28. Februar 2014 bei der D. AG angestellt und dabei bei der C. AG (Streitberufene) kollektiv-krankentaggeldversichert. Vom 12. Dezember 2013 bis am 28. Februar 2014 war er arbeitsunfähig. Am 1. März 2014 begann sein neues Arbeitsverhältnis bei der E. GmbH; kollektiv-krankentaggeldversichert war er dabei bei der B. AG (Beklagte). Seinen ersten Arbeitstag hatte er am 3. März 2014. Ab dem 14. März 2014 wurde ihm wiederum eine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Per 31. Juli 2014 wurde dieses Arbeitsverhältnis

beendet. Alsdann forderte der Kläger von der Beklagten Krankentaggelder, was diese jedoch ablehnte.

Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau wies seine Klage mit der Begründung ab, eine Leistungspflicht der Beklagten würde gegen das Rückwärtsversicherungsverbot gemäss Art. 9 VVG (SR 221.229.1) verstossen. Da diese Norm absolut zwingend sei, könne sie auch durch eine allfällige anderslautende Vereinbarung im zwischen den Krankentaggeldversicherern abgeschlossenen Freizügigkeitsabkommen vom 1. Januar 2006 (www.svv.ch/de/ubersicht-leaf/465/freizuegigkeitsabkommen-der-kollektivkrankentaggeldversicherung; nachfolgend: FZAKV) nicht derogiert werden. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen gut und weist die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurück.

Aus den Erwägungen:

7.

7.1 Beim FZAKV handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen den Versicherern; diese sind untereinander nicht (direkt) durch Art. 9 VVG gebunden, da Art. 9 VVG die Gestaltung des Versicherungsvertrages betrifft, also das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer resp. Versichertem. In der Lehre werden unterschiedliche Ansichten vertreten, wie dieses FZAKV rechtlich einzuordnen ist. Nach Auffassung des Schweizerischen Versicherungsverbandes selber handelt es sich nicht um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, der den Versicherten einen direkten Anspruch gegen die betreffenden Versicherer verschafft. Insofern bestehe kein Konflikt zu Art. 9 VVG (THOMAS MATTIG, Freizügigkeit in der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, S. 106 f.; ihm folgend HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, S. 208). Nach anderer Auffassung wird der Abkommensinhalt «selbstverständlicher Bestandteil des [jeweiligen] individuellen Kollektivvertrages», weil sich mit dem FZAKV alle namhaften VVG-Taggeldversicherer zu diesen Leistungen verpflichten haben. Soweit durch das FZAKV aber Deckung versprochen werde für Ereignisse, die den Tatbestand von Art. 9 VVG erfüllen, könne der versicherten Person dadurch gegenüber dem Versicherer kein versicherungsvertraglicher Anspruch entstehen, sondern höchstens ein Schadenersatzanspruch, falls ihr überhaupt ein eigenständiges Forderungsrecht zuzugestehen sein sollte (GEBHARD EUGSTER, Vergleich der Krankentaggeldversicherung [KTGV] nach KVG und nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, S. 72 f.).

Der Beschwerdeführer geht davon aus, es liege ein Vertrag zugunsten Dritter vor. Seine Argumentation stützt er auf Art. 5 Abs. 1 FZAKV, wonach der neue Versicherer die Übertrittsbedingungen gemäss FZAKV ohne besonderen Antrag des Versicherungsnehmers einzuräumen hat. Diese Be-

stimmung besagt zwar, dass der neue Versicherer diese Verpflichtung hat, nicht aber gegenüber wem – diese Frage wird gerade nicht beantwortet.

Ob es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt, kann hier letztlich offenbleiben. In Umsetzung des FZAKV bestimmt nämlich Art. 9 Abs. 1 lit. a der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (nachfolgend: AVB) der Beklagten, dass keine Versicherungsdeckung besteht für Krankheiten, die bei Eintritt in den Betrieb oder bei Beginn der Versicherung bestehen, solange sie eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, «es sei denn, [die Beschwerdegegnerin] müsse die Weiterführung des Versicherungsschutzes aufgrund von Freizügigkeitsabkommen zwischen den Versicherern gewährleisten». Soweit das FZAKV zur Übernahme eines laufenden Schadenfalls bzw. eines Rückfalls verpflichtet, wird damit durch den Versicherungsvertrag selber den Versicherten ein entsprechender direkter Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin eingeräumt. Entscheidend ist daher, ob das FZAKV Regelungen enthält, die inhaltlich gegen das Verbot der Rückwärtsversicherung gemäss Art. 9 VVG verstossen und dementsprechend zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer resp. Versichertem gar nicht vereinbart werden können (etwa – wie hier – durch Einbezug des FZAKV in den AVB).

7.2 Wie dargelegt ist nicht mehr strittig, dass es sich bei der Arbeitsunfähigkeit ab 14. März 2014 um einen Rückfall handelt.

Dieser Sachverhalt wird von Art. 4 Abs. 2 FZAKV erfasst, wonach der neue Versicherer den laufenden Schadenfall übernehmen muss (vgl. auch das entsprechende Beispiel bei MATTIG, a.a.O., S. 105). Art. 4 Abs. 4 FZAKV enthält zudem eine spezifische Regelung für den Rückfall. Betrachtet man isoliert das neue Versicherungsverhältnis mit dem Versicherer des neuen Arbeitgebers, wäre dies ein Fall einer unzulässigen Rückwärtsversicherung gemäss Art. 9 VVG (so denn auch MATTIG, a.a.O., S. 106; EUGSTER, a.a.O., S. 73; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., S. 208).

Eine Beschränkung des Blickwinkels allein auf den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer des neuen Arbeitgebers übergeht aber, dass es hier um eine Koordination zwischen zwei Kollektivversicherern geht. Deshalb ist zu prüfen, ob es Sinn und Zweck von Art. 9 VVG entspricht, auch eine solche Koordinationsregelung zu verbieten. Der Beschwerdeführer beruft sich sinngemäss auf diesen Gesichtspunkt, wenn er ausführt, es liege eine Vertragsübernahme (des alten Versicherungsvertrages) durch den neuen Versicherer vor und nicht eine Rückwärtsversicherung. Um eine eigentliche Vertragsübernahme handelt es sich allerdings offenkundig nicht, denn es wird ja nicht der ganze bisherige Versicherungsvertrag übernommen. Vielmehr geht es um ein Problem der Nachhaftung, also der Haftung für laufende Schadenfälle über die Beendigung des Versicherungsvertrages hinaus. Beim echten Nachhaftungsfall tritt die Arbeitsunfähigkeit erst nach der Beendigung der Betriebszugehörigkeit (bzw. der Vertragslaufzeit) ein. In der Praxis regeln die AVB der verschiedenen Versicherer diese Fälle sehr unterschiedlich. Nach Ziffer 6 AVB eines Versicherers etwa erlöscht

der Versicherungsschutz mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (also mit dem Ausscheiden eines Versicherten aus dem Kreis der versicherten Personen); eine solche Bestimmung lasse letztlich offen, wie die Nachhaftung geregelt sei (STEPHAN FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung – aktuelle Fragen, in: Jahrbuch SGHVR 2014 S. 88 und bei Fn. 73 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Ziff. 6 dieser AVB). Das Bundesgericht erkannte in einem Fall, in dem die Arbeitsunfähigkeit bereits während dem bisherigen Versicherungsverhältnis eingetreten war und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort dauerte (sog. gedehnter Versicherungsfall; vgl. FUHRER, a.a.O., S. 87), dass der Versicherte mangels entgegenstehender vertraglicher Klauseln den Leistungsanspruch auch nach dem Erlöschen des Versicherungsverhältnisses bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer behält (BGE 127 III 106 E. 3b S. 109 f.; vgl. auch EUGSTER, a.a.O., S. 63). Es wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, eine Regelung in den AVB, gemäss welcher bei gedehnten Versicherungsfällen der Versicherer beim Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem versicherten Betrieb keine Leistungen mehr erbringen müsse, wäre ungewöhnlich und damit unzulässig (FUHRER, a.a.O., S. 89 f.).

Jedenfalls würde nichts dagegen sprechen, dass der bisherige Kollektivtaggeldversicherer ausdrücklich die Nachhaftung für laufende Schadfälle bzw. für Rückfälle übernimmt. Die im FZAKV enthaltene Regelung ist inhaltlich nichts anderes als die Gewährleistung einer solchen Nachhaftung für Krankheiten, die bereits im bisherigen Arbeitsverhältnis bestanden und zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben. Dass es um eine Nachhaftung nach dem bisher geltenden Versicherungsvertrag geht, zeigt sich – wie der Beschwerdeführer zutreffend erwähnt – auch daran, dass die Leistungen nach den Bedingungen des beim alten Versicherer bestehenden Vertrages zu erbringen sind und nicht nach dem neuen Versicherungsvertrag; und zwar sowohl hinsichtlich der Höhe des Taggeldes, der Wartefrist und der Leistungsdauer (Art. 4 Abs. 2 FZAKV) als auch betreffend Anrechnung der vom bisherigen Versicherer bereits geleisteten Taggelder an die Leistungsdauer (Art. 4 Abs. 4 FZAKV). Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Vereinbarung zwischen den Versicherern, wonach statt des bisherigen Versicherers der neue Versicherer diese Nachhaftung zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrags und beschränkt auf dessen Leistungsdauer übernimmt, inhaltlich nicht zulässig sein soll. Ein unzulässiges «Umgehungsgeschäft» ist das nicht (so aber EUGSTER, a.a.O., S. 72 bei Fn. 76). Das Bundesgericht hat denn auch im Fall eines Übertritts von der Kollektivtaggeldversicherung zur Einzeltaggeldversicherung (des gleichen Versicherers), mit welcher der Versicherer eine allfällige aus der Kollektivversicherung bestehende Nachleistung als Einzelversicherer übernommen hatte, entschieden, diesfalls liege keine unzulässige Rückwärtsversicherung vor, da der betreffende Rückfall bereits in der Kollektivversicherung versichert gewesen sei (Urteil 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5.2).

Demnach hat der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a AVB i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 4 FZAKV Anspruch darauf, dass die Beschwerdegegnerin ihm gegenüber Nachhaftungsleistungen zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrags und beschränkt auf dessen Leistungsdauer erbringt; Art. 9 VVG wird dadurch nicht verletzt.

(...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 10 octobre 2016, Doss.-No 4A_63/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 17 décembre 2015 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 93 al. 1 LTF et 163 CPC. Ordonnance de preuves exigeant la production par l'employeur des certificats de salaire et justificatifs de bonus pour les années 2009 à 2014 de cinq collègues de travail de l'employé demandeur. Un recours immédiat peut-il être interjeté par l'employeur, alors que celui-ci invoque un risque de préjudice irréparable au détriment de tiers (droits de la personnalité des employés concernés)? La question peut rester indécise même si, prima facie, des éléments semblent plaider pour la recevabilité d'un tel recours (c. 1.2). L'art. 85 CPC autorise le demandeur à intenter une action en paiement non chiffrée lorsqu'il est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention, ou qu'une telle indication ne peut pas être exigée d'emblée. Le demandeur doit cependant mentionner une valeur litigieuse minimale à titre provisoire et préciser ses conclusions après l'administration des preuves ou la délivrance par le défendeur des informations requises. Cas échéant, il pourra introduire de nouvelles allégations en fonction des éléments découverts grâce à l'administration des preuves (c. 2.2).

Dans le procès civil pendant, la communication de données relève de l'art. 163 CPC, et non de la LPD qui est inapplicable (art. 2 al. 2 let. C LPD). En l'espèce, point n'est besoin de déterminer si les documents litigieux sont «protégés par la loi» au sens de l'art. 163 al. 2 CPC. En effet, si tel devait être le cas, il faudrait de toute façon admettre un intérêt prépondérant de l'employé demandeur à la manifestation de la vérité. En outre, les juges cantonaux n'avaient pas à éclaircir au préalable la question du droit au bonus avant d'ordonner la production de ces titres (c. 5.4).

Extraits des faits:

B. a travaillé au service de A. SA du 1^{er} septembre 2008 au 31 janvier 2014. Le contrat de travail prévoyait que dès 2009, l'employé serait «intégré» dans un système de calcul de bonus défini par contrat séparé. Ledit

contrat réglait à son art. 1 le droit de l'employé à un bonus annuel, correspondant à une part proportionnelle du profit généré par l'unité opérationnelle au sein de laquelle il devait exercer son activité («Team United Kingdom Geneva»). Dans un premier temps (art. 2), le bonus revenant à cette unité dans son ensemble devait être calculé selon une formule décrite dans des annexes 1 à 3 et sur la base de différentes variables. 80% du montant ainsi déterminé était réputé garanti, le solde pouvant être distribué – ou non – de façon discrétionnaire. Dans un second temps (art. 3), la part du montant garanti revenant à chaque employé de l'unité était déterminée selon une formule décrite dans une annexe 4. Le contrat de bonus n'a jamais été appliqué, en ce sens qu'aucun bonus calculé selon ses dispositions n'a jamais été attribué à l'employé.

L'employé a saisi l'autorité de conciliation le 25 août 2014, puis déposé une demande le 25 septembre 2014 devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il requérait que l'employeuse soit condamnée à lui verser un montant minimal de 806'699 fr. 60 à titre de bonus pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 31 janvier 2014. Dans sa demande, l'employé expliquait ne pas avoir reçu de calcul de bonus ni d'autres données chiffrées permettant de déterminer le montant qui lui était dû à titre de bonus; aussi avait-il conclu au paiement d'un montant minimal établi sur la base de suppositions, conformément à l'art. 85 al. 1 CPC. Il demandait la production de divers titres, dont des certificats de salaire et justificatifs de bonus pour les années 2009 à 2014 concernant cinq autres employés de la banque, soit trois membres de l'unité opérationnelle «[...] Far East & UK», un collaborateur des ressources humaines et un membre du comité exécutif. L'employeuse s'est opposée à la production de ces pièces.

Par «ordonnance d'instruction et ordonnance de preuves» du 10 juin 2015, le Tribunal des prud'hommes a notamment enjoint l'employeuse de produire les certificats de salaire et/ou les lettres ou documents attestant le montant du bonus et sa méthode de calcul s'agissant des cinq collaborateurs mentionnés par le demandeur (chiffre 2 de l'ordonnance). L'employeuse était «autorisée à caviarder les documents (...) afin de ne faire apparaître que ce qui concerne le montant du bonus». Statuant par arrêt du 17 décembre 2015, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise a rejeté le recours formé par l'employeuse à l'encontre du chiffre 2 de l'ordonnance précitée. En substance, la Chambre a jugé que les documents requis contenaient des données personnelles protégées par les art. 12 ss LPD (loi fédérale sur la protection des données; RS 235.1) et représentaient ainsi un secret protégé par la loi au sens de l'art. 163 al. 2 CPC. L'employeuse ne pouvait toutefois pas se prévaloir du droit de refus prévu par cette disposition car l'intérêt à la manifestation de la vérité était prépondérant.

L'employeuse a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile tendant à réformer l'arrêt du 17 décembre 2015.

Considérants:

1.

1.1 Le recours est dirigé contre une décision ordonnant la production de diverses pièces, soit une décision incidente ne pouvant faire l'objet d'un recours immédiat que si l'une ou l'autre hypothèse de l'art. 93 al. 1 LTF est réalisée. La seconde hypothèse (lettre b) n'entre manifestement pas en considération. Il convient donc d'examiner si la décision peut causer un préjudice irréparable (lettre a).

Selon la jurisprudence, la partie recourante doit encourir un préjudice de nature juridique qui ne pourrait pas être entièrement réparé par une décision finale qui lui serait favorable; un dommage économique ou de pur fait n'est pas considéré comme irréparable de ce point de vue. En principe, les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont pas de nature à causer un préjudice irréparable, puisqu'il est normalement possible, en recourant contre la décision finale, d'obtenir l'administration de la preuve refusée à tort ou d'obtenir que la preuve administrée à tort soit écartée du dossier (ATF 141 III 80 consid. 1.2). La règle comporte des exceptions, notamment lorsque la sauvegarde de secrets est en jeu; la divulgation forcée de secrets d'affaires est susceptible de léser irrémédiablement les intérêts juridiques de la partie concernée, en tant qu'elle implique une atteinte définitive à sa sphère privée (arrêt 4A_315/2008 du 27 avril 2009 consid. 1.5).

Cette réglementation est dictée par des motifs d'économie de procédure. Le Tribunal fédéral ne doit en principe s'occuper d'une affaire qu'une seule fois, lorsqu'il est certain que la partie recourante subit effectivement un dommage définitif (ATF 141 III 80 consid. 1.2 p. 81).

1.2 En l'occurrence, l'ordonnance de production vise des certificats de salaire et autres documents permettant d'établir le montant des bonus versés à cinq employés. La recourante fonde son refus de collaborer sur l'art. 163 CPC et invoque la sphère privée de ses employés dont elle prétend protéger les droits de la personnalité.

Si la recourante doit attendre le jugement final pour faire contrôler l'application de l'art. 163 CPC, une correction en faveur de celle-ci sera possible, en ce sens que les moyens de preuve produits en exécution d'un ordre par hypothèse contraire à l'art. 163 CPC ne seront pas pris en compte dans l'appréciation des preuves. Néanmoins, il y aura eu divulgation d'un élément protégé, opération qui est irréversible.

Dans un procès où une travailleuse réclamait une participation au bénéfice de l'employeuse, la cour de céans a admis un risque de préjudice irréparable alors que l'ordonnance attaquée imposait à l'employeuse de produire ses comptes de pertes et profits, ses bilans et le décompte des participations au bénéfice accordées à divers salariés. L'employeuse opposait son droit au secret d'affaires et le droit de ses employés à la protection de leur personnalité (arrêt 4A_195/2010 du 8 juin 2010 spéc. consid. 1.1). Dans le

cas présent, l'employeuse invoque uniquement les droits de la personnalité de ses cinq employés. Un recours immédiat peut-il être interjeté alors que le risque de préjudice irréparable menace des tiers?

La ratio legis de l'art. 163 CPC est avant tout de protéger des secrets dont la partie au procès est porteuse (PETER HIGI, in *Schweizerische Zivilprozessordnung [...]*, Brunner et alii [éd.], 2^e éd. 2016, n^o 6 ad art. 163 CPC). La procédure civile tient ainsi compte du fait que d'autres lois – par exemple l'art. 321 CP ou l'art. 47 LB (loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne; RS 952.0) – imposent à la partie au procès de refuser sa collaboration (STAEHELIN ET ALII, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd. 2013, § 18 n. 70). Si on exclut le recours immédiat contre une ordonnance qui, par hypothèse, exige à tort la divulgation d'éléments secrets concernant une tierce personne, on cause un préjudice irréparable pour le tiers, dont le législateur veut précisément protéger la situation. Une telle solution n'apparaît pas satisfaisante. La lettre de l'art. 93 al. 1 let. a LTF n'exige au demeurant pas que le risque de préjudice irréparable menace la partie recourante elle-même.

Prima facie, des éléments semblent plaider pour la recevabilité du recours immédiat dans cette constellation. La question peut toutefois rester indécise dans la mesure où le recours doit de toute façon être rejeté sur le fond.

2.

2.1 La recourante reproche à l'autorité précédente d'ordonner la production de titres en violation des art. 152 et 221 CPC. Elle relève qu'aucun allégué de la demande ne propose comme moyens de preuve les titres requis, ce que l'arrêt attaqué omet au demeurant de constater. La recourante ne pourrait ainsi pas mesurer les conséquences d'un refus de collaborer et déterminer quels allégués risqueraient d'être admis.

2.2 Selon l'art. 221 al. 1 let. d et e CPC, la demande doit contenir les allégations de fait et l'indication, pour chaque allégation, des moyens de preuves proposés. L'art. 152 al. 1 CPC confère à toute partie le droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuves adéquats proposés régulièrement et en temps utile.

Il découle de cette réglementation que les offres de preuves doivent en principe être énoncées directement à la suite des allégations qu'elles doivent permettre de prouver (arrêt 4A_56/2013 du 4 juin 2013 consid. 4.4).

L'art. 85 CPC autorise le demandeur à intenter une action en paiement non chiffrée lorsqu'il est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention, ou qu'une telle indication ne peut pas être exigée d'emblée. Le demandeur doit cependant mentionner une valeur litigieuse minimale à titre provisoire et préciser ses conclusions après l'administration des preuves ou la délivrance par le défendeur des informations requises. Cas échéant, il pourra introduire de nouvelles allégations en fonction des éléments découverts grâce à l'administration des preuves

(art. 229 CPC; FRANÇOIS BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 22 ad art. 85 CPC).

2.3 La lecture de la demande confirme qu'aucune allégation dans la partie consacrée aux faits ne propose des moyens de preuves en mains de l'employeuse. Cela étant, l'employé a intenté une action en paiement non chiffrée en faisant valoir qu'il lui manque diverses pièces permettant de déterminer précisément le bonus auquel il prétend sur la base de la convention spéciale. Il a par ailleurs allégué que selon celle-ci, le bonus doit être calculé au niveau de l'équipe avant d'être réparti entre les membres de l'équipe (n° 10 de la demande); lorsqu'il a demandé pour quels motifs la convention spéciale sur le bonus n'était pas appliquée, l'employeuse a répondu que le bonus ainsi déterminé aurait été de 0 en 2012 et que le «[...] Bonus Model» n'avait jamais été appliqué au cours des dernières années (n°s 46-48 de la demande). Dans la partie droit, le demandeur explique avoir invité sans succès l'employeuse à établir le calcul des bonus 2009-2013 selon la méthode convenue et à lui fournir les indicateurs de performance nécessaires au calcul du bonus. Il dit ignorer si d'autres membres de son équipe «[...] Far East & UK» ont reçu un bonus calculé selon le contrat spécial (n°s 154-156 de la demande).

Dans sa réponse, l'employeuse a allégué qu'elle allouait des bonus discrétionnaires selon la bonne marche des affaires (n° 164 de la réponse); en 2008, il avait certes été question d'introduire un système de bonus par équipe intitulé «[...] Bonus Model 2008», qui était identique à celui convenu avec l'employé; elle avait toutefois renoncé à le mettre en œuvre notamment parce que le calcul aboutissait à un résultat nettement moins favorable que les bonus alloués de manière discrétionnaire en fonction des résultats généraux (n°s 168-173 de la réponse). Elle tire aussi argument du fait que l'équipe de deux personnes surnommée «United Kingdom» dans laquelle le travailleur devait initialement œuvrer a été dissoute, de sorte que le bonus ne saurait être calculé selon une convention qui a été de facto et de jure annulée (n°s 114, 118 et 193 de la réponse).

La recourante ne conteste pas que les conditions d'une action non chiffrée sont réalisées. Dans un tel contexte, et vu les faits exposés dans les écritures, force est d'admettre que la cour cantonale n'a pas enfreint le droit fédéral en ordonnant l'administration des preuves litigieuses. La demande de production de fiches de salaire et de calcul des bonus peut notamment être rattachée aux éléments évoqués ci-dessus. Il s'ensuit le rejet du grief.

3.

3.1 La recourante fait valoir que les titres requis ne sont pas pertinents. La cour cantonale aurait méconnu – et omis de constater – que l'employé ne pouvait prétendre qu'à une quote-part du bonus revenant à son équipe; or, les pièces requises concernent deux collaborateurs ne faisant pas partie de son équipe. De surcroît, la comparaison devrait se faire avec des collaborateurs dotés d'une position comparable à celle de l'intimé, plutôt qu'avec des supérieurs hiérarchiques.

3.2. L'arrêt attaqué précise que trois des collaborateurs concernés par les réquisitions appartenaient à l'équipe «[...] Far East & UK», dans laquelle l'intimé avait travaillé entre 2010 et 2013, tandis que les deux autres collaborateurs étaient rattachés respectivement aux ressources humaines et au comité exécutif. On rappelle en outre que la recourante affirme ne pas avoir distribué de bonus calculés selon la convention spéciale. Au regard des éléments litigieux résumés ci-dessus (cf. aussi supra consid. 2.3), force est d'admettre que les preuves requises sont pertinentes. L'autorité précédente a jugé que la mesure se justifiait également à l'égard d'employés non membres de l'équipe dans la mesure où il s'agissait de mieux comprendre la manière dont les bonus étaient calculés au sein de l'entreprise; pour le surplus, il importait peu que les fonctions occupées par ces différentes personnes diffèrent de celle de l'employé puisque cet élément devait être pris en compte au stade de la clé de répartition du bonus revenant à l'équipe. Il n'y a pas à revenir sur cette analyse pertinente.

4.

4.1 La recourante reproche ensuite à l'autorité précédente d'avoir enfreint l'art. 125 let. a CPC en refusant à tort de limiter la procédure à la question de savoir si l'employé avait droit à un bonus calculé conformément au contrat spécial. Une telle mesure permettrait d'éviter la production inutile de pièces relevant de la sphère privée d'autres collaborateurs, ainsi qu'un second tour d'écritures.

4.2 La Cour de justice a rappelé que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 125 CPC et conclu qu'il n'avait en l'occurrence pas abusé de ce pouvoir en refusant de restreindre la procédure à la question du droit au bonus. Elle a relevé qu'une telle mesure était à double tranchant dans la mesure où elle pouvait simplifier la procédure si le droit au bonus devait être nié, comme elle pouvait la compliquer dans l'hypothèse inverse. La recourante ne discute pas cette analyse fondée. Elle insiste sur le caractère prétendument sensible des données requises; or, la nature de ces données ne justifie pas de s'assurer au préalable de l'existence d'un droit au bonus calculé selon la méthode convenue (cf. infra consid. 5).

5.

5.1 La recourante plaide enfin qu'elle peut légitimement refuser de produire des pièces relevant de la sphère hautement privée de ses employés, eu égard aux art. 163 et 165 [recte: 156] CPC, 328b CO et 12 LPD. L'employé intimé ne saurait se voir reconnaître un intérêt privé prépondérant alors qu'il n'est même pas démontré, ne serait-ce que prima facie, qu'il a droit à un bonus calculé selon le contrat spécial.

5.2

5.2.1 Les parties au procès peuvent refuser de collaborer dans les cas énoncés à l'art. 163 CPC. Selon l'alinéa 2, les dépositaires de secrets protégés par la loi autres que ceux visés par l'alinéa 1 (lequel n'entre pas en considération) peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable

que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Sont en particulier visés le secret bancaire (art. 47 LB), le secret commercial ou de fabrication (art. 162 CP) et les données tombant sous le devoir de discrétion au sens de l'art. 35 LPD (cf. entre autres SVEN RÜETSCHI, in *Berner Kommentar*, 2012, n° 54 ss ad art. 166 CPC). Certains auteurs précisent que les secrets protégés par des normes du droit civil peuvent aussi fonder un refus de collaborer (HIGI, op. cit., n° 14 ad art. 163 CPC), refus qui peut émaner en particulier du mandataire, du travailleur ou de l'employeur (ERNST F. SCHMID, in *Basler Kommentar*, 2^e éd. 2013, n° 8d ad art. 163 CPC; FRANZ HASENBÖHLER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm et alii [éd.], 3^e éd. 2016, n° 73 ad art. 166 CPC; moins affirmatif, HANS SCHMID, in *Kurzkommentar ZPO*, Oberhammer et alii [éd.], 2^e éd. 2014, n° 18 ad art. 163 CPC).

5.2.2 L'art. 328 al. 1 CO impose à l'employeur de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. L'art. 328b CO renvoie à la LPD, tout en précisant que l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

La LPD ne s'applique pas aux procédures civiles pendantes (art. 2 al. 2 let. c LPD). Les règles spéciales de la procédure assurent déjà suffisamment la protection de la personnalité et il s'agit d'éviter un conflit de normes (ATF 138 III 425 consid. 4.3 p. 429; arrêt 4A_188/2015 du 31 août 2015 consid. 3.1 et 3.2.2).

5.3 Dans l'affaire précitée (4A_195/2010, consid. 1.2 supra), l'employeuse s'estimait autorisée, de par la procédure cantonale, à refuser la production de sa comptabilité et de décomptes relatifs à la rémunération d'autres employés; elle invoquait son droit au secret d'affaires et la protection de la sphère privée de ses employés.

La cour de céans a fait l'analyse suivante: l'art. 322a al. 2 CO oblige l'employeur à laisser le travailleur consulter ses livres de comptabilité dans la mesure nécessaire. L'employeur doit certes protéger et respecter la personnalité des travailleurs (art. 328 CO), mais cette obligation ne fait pas obstacle à la divulgation des revenus de ces derniers; l'employeur ne peut pas refuser de fournir ces données dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur, dans la mesure où le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre. La consultation de la comptabilité, garantie par l'art. 322a CO au travailleur partie à la procédure, implique d'ailleurs la divulgation de ces informations. En l'occurrence, les documents requis sont nécessaires pour fixer le montant dû à l'employée à titre de participation aux bénéficiaires. Le débauchage de collaborateurs que pourrait prétendument entraîner la divulgation de leurs rémunérations est assez théorique, et d'une incidence limitée sur la marche des affaires; il ne saurait contrebalancer l'intérêt de l'em-

ployée à obtenir la rémunération convenue (arrêt précité 4A_195/2010, consid. 2.2 et 2.3).

5.4. Le raisonnement tenu dans ce précédent de 2010 s'applique mutatis mutandis dans la présente affaire, où la question des bonus touchés par d'autres collaborateurs importe pour l'issue du litige (cf. supra consid. 3.2). Point n'est besoin de déterminer si les documents litigieux sont «protégés par la loi» au sens de l'art. 163 al. 2 CPC. En effet, si tel devait être le cas, il faudrait de toute façon admettre, à l'instar de la Cour de justice, un intérêt prépondérant du demandeur à la manifestation de la vérité. Les juges genevois n'avaient pas à éclaircir au préalable la question du droit au bonus avant d'ordonner la production de ces titres.

La recourante se prévaut vainement de la LPD, qui ne lui est d'aucun secours. En effet, dans le procès civil pendant, la communication de données relève de l'art. 163 CPC, dont l'autorité précédente a fait une juste application.

Bundesgericht, Urteil vom 18. Oktober 2016, Doss.-Nr. 4A_99/2016 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Januar 2016), in: BGE 142 III 683

[Zusätzlicher Lohnanspruch in Form von Bar-Boni] Art. 86 und 90 ZPO; Teilklage, objektive Klagenhäufung, Bestimmtheit des Rechtsbegehrens. Die Kombination von Teilklage und objektiver Klagenhäufung ist eine Frage des genügend bestimmten Rechtsbegehrens, nicht der Substanziierung (E. 4).

Genügende Bestimmtheit des Rechtsbegehrens, wenn mehrere Ansprüche in einer Teilklage gehäuft werden, ohne dass dabei angegeben wird, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang sie geltend gemacht werden (E. 5)?

Art. 86 et 90 CPC; action partielle, cumul objectif d'actions, détermination des conclusions. La combinaison d'une action partielle et d'un cumul objectif d'actions est une problématique afférente à la formulation de conclusions suffisamment déterminées, non à la motivation de celles-ci (consid. 4).

Les conclusions sont-elles suffisamment déterminées quand plusieurs prétentions sont cumulées dans une action partielle sans qu'il soit précisé dans quel ordre et/ou quelle étendue elles sont invoquées (consid. 5)?

Aus den Erwägungen:

3.

Der Beschwerdegegner macht geltend, er habe Anspruch auf zusätzlichen Lohn in Form von Bar-Boni, und zwar auf Fr. 180'000.– im Jahr

2011, auf ebenso viel im Jahr 2012 und auf Fr. 120'000.– im Jahr 2013. Von diesen Fr. 480'000.– hat er Fr. 30'000.– als Teilklage hängig gemacht. Die Vorinstanz kam zum Schluss, im Jahr 2012 resp. für dieses stünden dem Beschwerdegegner mindestens noch Fr. 30'000.– zu, weshalb sie die Klage guthies; wie es sich mit den Jahren 2011 und 2013 verhält, liess sie ebenso offen wie die exakte (aber jedenfalls Fr. 30'000.– erreichende) Höhe des Anspruchs im Jahr 2012.

Die Beschwerdeführerin hält auch vor Bundesgericht vorab daran fest, die Klage hätte mangels hinreichender Substanziierung abgewiesen werden müssen. Die unzureichende Substanziierung leitet sie einzig daraus ab, dass sich der Beschwerdegegner zur Begründung seiner Teilklageforderung auf mehrere, voneinander unabhängige Ansprüche stütze, ohne dabei zu präzisieren, in welcher Reihenfolge und/oder Höhe die eingeklagte Teilforderung darauf basiere. Dass die einzelnen Tatsachenbehauptungen des Beschwerdegegners als solche ungenügend wären, macht sie nicht geltend.

4.

Wieweit ein Sachverhalt zu substanziieren ist, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann, ergab sich vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung aus dem materiellen Bundesrecht (BGE 133 III 153 E. 3.3 S. 162 mit Hinweisen). Nach diesem ist der Gläubiger berechtigt, eine Teilzahlung zu fordern. Dass er dabei angibt, worauf die Teilzahlung angerechnet wird, verlangt das materielle Bundesrecht nicht. Vielmehr bestimmt das Gesetz in Art. 86 ff. OR, an welche von mehreren Schulden eine Zahlung anzurechnen ist. Vor Inkrafttreten der ZPO hielt das Bundesgericht deshalb fest, es genüge, wenn der Gläubiger hinreichend substanziert behaupte, es bestehe eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung (Urteile 4A_194/2012 vom 20. Juli 2012 E. 1.4; 4A_71/2012 vom 27. November 2012 E. 2; 4A_519/2012 vom 30. April 2013 E. 4; 4A_91/2014 vom 11. Juli 2014 E. 5). Zur Begründung, weshalb es seitens des Beschwerdegegners keiner weitergehenden Präzisierung bedurfte, beruft sich die Vorinstanz auf diese Rechtsprechung.

Aus dieser ergibt sich allerdings «bloss», dass die Kantone aufgrund des materiellen Bundesrechts eine Teilklagemöglichkeit zur Verfügung zu stellen hatten (was nunmehr – seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung – ohne Belang ist) und dass das materielle Bundesrecht sowie die daraus fliessenden Anforderungen an die Substanziierung nicht nach einer weitergehenden Präzisierung der Zusammensetzung des eingeklagten Betrags im Prozess verlangen. Beim Erfordernis einer solchen Präzisierung handelt es sich demnach – entgegen der Beschwerdeführerin und einer auch in der Lehre vertretenen Ansicht (ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 220 f.; DANIEL FÜLLEMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner und andere [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 86 ZPO; ALEXANDER MARKUS, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 12 zu

Art. 86 ZPO; RENÉ HIRSIGER, Arbeitsrechtlicher Prozess – ausgewählte prozessuale und materiell-rechtliche Fallstricke, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR] 2014/2015 S. 59 ff.) – nicht um ein Problem der (ungenügenden) Substanziierung; im Einklang damit sind denn auch die diversen Tatsachenbehauptungen des Beschwerdegegners unter die materiellen Normen subsumierbar und ein substanziiertes Bestreiten war ohne weiteres möglich. Vielmehr geht es hierbei um die prozessrechtliche Frage der genügenden Individualisierung des Rechtsbegehrens (so auch STEPHEN BERTI, Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Haftpflichtprozess 2010, Fellmann/Weber [Hrsg.], 2010, S. 43 Fn. 21; LORENZ DROESE, Note zum Urteil 4A_519/2012 [nachfolgend: Note], SZPP 2013 S. 386).

Vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung waren aber die prozessrechtlichen Vorgaben in den kantonalen Prozessgesetzen verankert (betreffend Teilklage siehe Urteile 2C_110/2008 vom 3. April 2009 E. 6; 4A_255/2010 vom 29. Juni 2010 E. 5.2; 4A_104/2011 vom 27. September 2011 E. 3.2; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2001, S. 67 Rz. 259). Sie waren deshalb einer freien Überprüfung durch das Bundesgericht nicht zugänglich und die genannten Urteile äussern sich – teilweise mangels diesbezüglich hinreichender Rügen (so etwa zit. Urteil 4A_91/2014 E. 5) – dementsprechend auch nicht dazu (nicht anders verhält es sich mit Urteil 4A_111/2016 vom 24. Juni 2016 E. 4.5 f., das einzig die Kostenverteilung nach ZPO durch das kantonale Obergericht nach rechtskräftiger Beurteilung durch das Bundesgericht betrifft; die [erstinstanzliche] Klageeinleitung erfolgte hingegen noch unter kantonalem Prozessrecht). Entgegen der Beschwerdeführerin lässt sich diesbezüglich auch aus dem Urteil 4P.19/2003 vom 25. März 2003 E. 3 nichts ableiten, da dort die Frage mangels materieller Ausschöpfung des Instanzenzuges nicht abschliessend zu beurteilen und die korrekte Anwendung von Bundesrecht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nicht zu prüfen war (so schon zit. Urteil 4A_194/2012 E. 1.4).

5.

Zu prüfen bleibt folglich, welche prozessualen Anforderungen sich hinsichtlich Präzisierung bzw. Individualisierung des geltend gemachten Anspruchs aus der Schweizerischen Zivilprozessordnung ergeben (in dem Sinne auch BOPP/BESSENICH, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 86 ZPO).

5.1 Der Beschwerdegegner stellt ein einziges Rechtsbegehren über Fr. 30'000.–, wobei er ausdrücklich einen Nachklagevorbehalt anbringt – er erhebt also eine Teilklage. In der Sache macht er geltend, er habe von der Beschwerdeführerin insgesamt noch Fr. 480'000.– zugute. Dieser Betrag setze sich zusammen aus den Bar-Boni in den Jahren 2011 und 2012 à je Fr. 180'000.– sowie demjenigen im Jahr 2013 à Fr. 120'000.–, die ihm noch zustünden. Die Vorinstanz hielt sodann für das Bundesgericht ver-

bindlich fest, der Beschwerdegegner habe sich «nie darüber ausgesprochen, welchen Teil jedes Anspruches er in welcher Reihenfolge fordert bzw. auf welche Jahre die mit der Teilklage eingeklagte Summe in welcher Höhe zu verteilen ist».

5.2 Die Teilklage wird in Art. 86 ZPO geregelt. Liegt ein teilbarer Anspruch vor, so ist es zulässig, auch nur einen Teil davon einzuklagen. Als einzige spezifische Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Teilklage statuiert das Gesetz somit die Teilbarkeit des Anspruchs, die bei Geldforderungen stets gegeben ist (statt anderer PAUL OBERHAMMER, in: ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 1b zu Art. 86 ZPO mit Hinweisen). Freilich ist bei der Erhebung von Teilklagen das überall geltende Verbot des Rechtsmissbrauchs ebenfalls zu respektieren. Aus Art. 86 ZPO ergibt sich demnach keine zusätzliche prozessuale Anforderung hinsichtlich der Präzisierung.

5.3

5.3.1 Der Beschwerdegegner stellt ein Rechtsbegehren auf eine Geldleistung. Dieses Begehren ist für sich nicht individualisierend (statt anderer LORENZ DROESE, *Res iudicata ius facit* [nachfolgend: *Res iudicata*], 2015, S. 89 f. e contrario) und kann deshalb mehrere Streitgegenstände umfassen (BENEDIKT SUTER, *Zur objektiven Klagenhäufung, insbesondere zur eventuellen Häufung nach baselstädtischem Zivilprozessrecht*, BJM 1997 S. 287 f.; MICHEL HEINZMANN, *Gedanken zur Kombination von Streitgegenständen*, ZSR 131/2012 I S. 473). Werden damit Forderungen aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten eingeklagt, so liegen mehrere Streitgegenstände vor (BGE 142 III 210 E. 2.1 S. 212 f.; BGE 139 III 126 E. 3.1 S. 128 und E. 3.2.3 S. 131). Bei nicht individualisierenden Rechtsbegehren ist daher der Lebenssachverhalt, d.h. das Tatsachenfundament, auf das sich das Rechtsbegehren stützt, heranzuziehen (SUTER, a.a.O., S. 287; HEINZMANN, a.a.O., S. 473; zum Beizug des Lebenssachverhalts zur Individualisierung auch DROESE, *Res iudicata*, a.a.O., S. 90 ff.). Dieser gibt Aufschluss darüber, ob es beim fraglichen Rechtsbegehren letztlich um einen einzelnen Streitgegenstand geht oder – wenn auch zusammengefasst in einem Rechtsbegehren – mehrere Streitgegenstände zur Beurteilung vorgelegt werden. Werden mit dem nicht individualisierenden Rechtsbegehren mehrere Ansprüche aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten eingeklagt, liegen mehrere Streitgegenstände vor, die in objektiver Klagenhäufung geltend gemacht werden (SUTER, a.a.O., S. 288; HEINZMANN, a.a.O., S. 473; in dem Sinne auch GREGOR VON ARX, *Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess*, 2007, S. 75 und 77 f.).

Der Beschwerdegegner macht gestützt auf seinen Arbeitsvertrag mit der Beschwerdeführerin drei Forderungen aus resp. für drei verschiedene Jahre geltend. Die Ansprüche fussen damit zwar alle auf demselben Arbeitsvertrag, betreffen aber jeweils unterschiedliche Perioden und damit verschiedene Lebenssachverhalte. Folglich handelt es sich bei ihnen um drei separate, eigenständige Ansprüche (BGE 141 III 173 E. 2.2.2 S. 177;

HEINZMANN, a.a.O., S. 473; OBERHAMMER, a.a.O., N. 3 zu Art. 86 ZPO; SUMMERMATTER/SIDIROPOULOS, Rechtskraft und Rechtsschutzinteresse bei Teilklage und negativer Feststellungswiderklage, HAVE 2013 S. 224), weshalb bei ihrer gleichzeitigen Geltendmachung in einer Klage eine objektive Klagenhäufung vorliegt (DENIS TAPPY, Cumul objectif et concours d'actions selon le nouveau CPC, in: Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, 2012, S. 173; DROESE, Res iudicata, a.a.O., S. 330 f. Fn. 1614; je mit Hinweisen).

5.3.2 Eine objektive Klagenhäufung ist gemäss Art. 90 ZPO zulässig, wenn für die einzelnen Ansprüche das gleiche Gericht sachlich zuständig und dieselbe Verfahrensart anwendbar ist. Unterschieden wird zwischen kumulativer und eventueller Häufung: bei Erster werden mehrere Ansprüche nebeneinandergestellt und das Gericht hat alle zu beurteilen, während bei Zweiter ein Anspruch (Eventualananspruch) nur für den Fall gestellt wird, dass der andere Anspruch (Hauptanspruch) nicht durchdringt, womit die klagende Partei dem Gericht eine Reihenfolge der Beurteilung vorgibt (statt anderer MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. 1984, S. 154; SPÜHLER/WEBER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 90 ZPO).

Die alternative Häufung – die klagende Partei macht mehrere Ansprüche geltend, überlässt es jedoch dem Gericht oder der beklagten Partei, zu entscheiden, über welchen bzw. welche davon befunden wird – wird hingegen (vorbehältlich einer Wahlobligatio mit noch nicht ausgeübtem Wahlrecht des Schuldners) als gegen das Bestimmtheitsgebot von Rechtsbegehren verstossend und daher unzulässig erachtet (BESSENICH/BOPP, a.a.O., N. 5 zu Art. 90 ZPO; MARKUS, a.a.O., N. 5 zu Art. 90 ZPO; VON ARX, a.a.O., S. 85 ff., der eine hier nicht weiter interessierende Ausnahme von der Unzulässigkeit befürwortet; SPÜHLER/WEBER, a.a.O., N. 1 zu Art. 90 ZPO; SUTER, a.a.O., S. 290; KUMMER, a.a.O., S. 154; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 214; JEAN-MARC RAPP, Le cumul objectif d'actions, 1982, S. 40 ff.; TAPPY, a.a.O., S. 170; vgl. auch Urteil 5A_603/2008 vom 14. November 2008 E. 2). Ebenfalls um eine alternative Klagenhäufung handelt es sich, wenn die klagende Partei ihrem nicht individualisierenden Rechtsbegehren mehrere verschiedene Lebenssachverhalte zu Grunde legt und dabei offenlässt, welcher davon beurteilt werden soll (SUTER, a.a.O., S. 290; VON ARX, a.a.O., S. 86).

5.3.3 Es ist offenkundig, dass der Beschwerdegegner nicht alle drei Ansprüche kumulativ mit ihrem vollen Betrag geltend macht. Über die Reihenfolge, in der er die drei Ansprüche beurteilt wissen will, äussert er sich dennoch nicht (vgl. E. 5.1). Daher liegt auch keine eventuelle Klagenhäufung vor und entsprechend steht deren Zulässigkeit hier nicht zur Beurteilung.

Vielmehr handelt es sich um eine objektive Klagenhäufung, bei der nur ein Teil der Ansprüche – eben als Teilklage – eingeklagt wurde. Mangels Präzisierung seitens des Beschwerdegegners bleibt allerdings ungewiss, wie sich die gemäss Rechtsbegehren verlangten Fr. 30'000.– aus den

drei separaten Ansprüchen zusammensetzen sollen – die Anzahl Möglichkeiten ist Legion. Damit wird ins Gutdünken des Gerichts gestellt, welcher Anspruch in welcher Höhe es als eingeklagt (und daher als zu beurteilen) erachten will. Bei Lichte betrachtet verbirgt sich hinter dem klägerischen Rechtsbegehren somit eine alternative objektive Klagenhäufung. Bei einer solchen genügt das Rechtsbegehren regelmässig – und so auch hier – den prozessualen Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsbegehren nicht, weshalb sie unter der Geltung der ZPO grundsätzlich unzulässig ist.

Dass das materielle Bundesrecht resp. das Erfordernis der Substanziierung keine Präzisierung erheischt (siehe E. 4), vermag an dieser prozessualen Voraussetzung der ZPO nichts zu ändern. Materiellrechtlich mögen in Art. 86 ff. OR Regeln vorgesehen sein, wie Zahlungen des Schuldners bei mehreren Schulden gegenüber demselben Gläubiger anzurechnen sind; in welcher Reihenfolge mehrere Ansprüche in einem gerichtlichen Verfahren zu beurteilen sind, lässt sich aus diesen Normen allerdings nicht ableiten (sondern eben nur, wie eine erfolgte Zahlung auf mehrere Schulden anzurechnen wäre). Dass der Regelungsgedanke dieser materiellrechtlichen Bestimmungen als prozessuale Vorgabe unpassend wäre und sich daher nicht übertragen lässt, zeigt insbesondere Art. 86 Abs. 1 OR – sinngemäss angewandt, wäre es diesfalls die beklagte Partei, die die Prüfungsreihenfolge im gerichtlichen Verfahren bestimmen könnte, womit es an ihr (anstatt an der klagenden Partei) wäre, die notwendige Bestimmtheit des klägerischen Rechtsbegehrens herbeizuführen.

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass immer, wenn mehrere teilbare Ansprüche gegen denselben Schuldner in einer Klage gehäuft werden, davon aber bloss ein Teil eingeklagt wird, in der Klage zu präzisieren ist, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden (ebenso BERTI, a.a.O., S. 43; DROESE, *Res iudicata*, a.a.O., S. 347; SUTER, a.a.O., S. 291 f.; im Ergebnis auch MEIER, a.a.O., S. 220; FÜLLEMANN, a.a.O., N. 7 zu Art. 86 ZPO; MARKUS, a.a.O., N. 12 zu Art. 86 ZPO; HIRSIGER, a.a.O., S. 61, der allerdings noch weitere Angaben zu verlangen scheint), sodass letztlich dank dieser Präzisierungen keine alternative objektive Klagenhäufung vorliegt. Andernfalls genügt das Rechtsbegehren den Bestimmtheitsanforderungen der ZPO nicht, weshalb darauf nicht einzutreten ist (BERTI, a.a.O., S. 43 Fn. 21 f.; DROESE, *Note*, a.a.O., S. 386; ders., *Res iudicata*, a.a.O., S. 347 f.; ebenso die Rechtsprechung und Lehre in Deutschland, statt anderer EKKEHARD BECKER-EBERHARD, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. I, 5. Aufl. 2016, N. 104 ff. zu § 253 der deutschen Zivilprozessordnung [dZPO]; HERBERT ROTH, in: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Stein/Jonas [Hrsg.], Bd. IV, 22. Aufl. 2008, N. 28 f. zu § 253 dZPO; je mit zahlreichen Hinweisen; a.A. MARKUS, a.a.O., N. 12 zu Art. 86 ZPO, der für eine Klageabweisung votiert).

Auf die Klage des Beschwerdegegners ist nach dem Gesagten nicht einzutreten. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 24 octobre 2016, Doss.-No 4A_227/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 19 novembre 2015)

Art. 321c CO. Il faut distinguer les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*). Les parties peuvent ainsi convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages «bloquées») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur doit spontanément compenser par un congé le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps. Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées, à l'intérieur de l'horaire de travail flexible; il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (c. 4.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail de durée indéterminée du 18 juin 2007, Z. SA (l'employeuse ou la société) a engagé à partir du lundi 2 juillet 2007 X. (le travailleur) en qualité de responsable des forces de vente de son réseau. L'art. 6 du règlement interne de l'employeuse, daté de janvier 2010, fixait les délais de congé après le temps d'essai et l'art. 7 arrêta la durée de travail hebdomadaire (pauses comprises), qui était pour le travailleur de 40 h., la semaine de travail étant de cinq jours ouvrables.

L'art. 8, intitulé «Heures supplémentaires», avait la teneur suivante:

«La société a le droit d'exiger que le collaborateur accomplisse des heures supplémentaires, dans le cadre prévu par la loi. Tout travail supplémentaire n'est admis que sur ordre et autorisation de la société. Sont considérées comme heures supplémentaires les heures de travail au-delà de la durée normale du travail (horaire contractuel). Les heures supplémentaires suivantes donnent droit à majoration: – Pour le travail supplémentaire effectué de jour (été 05h00/20h00; hiver 6h00/20h00) en dehors de l'horaire contractuel ainsi que le samedi jusqu'à 17h00 = majoration 25% – Pour le travail supplémentaire effectué de nuit (20h00/resp. 05h00 en été; 6h00 en hiver) ainsi que le dimanche et les jours fériés et le samedi dès 17h00 = majoration de 50%. Les majorations ne peuvent être cumulées; la plus im-

portante l'emporte. Les heures supplémentaires sont, en principe, non remboursées, mais compensées par un congé. Dans la mesure du possible, cette compensation est à effectuer dans les deux mois. Les collaborateurs, cadres de la société, appelés à travailler les samedis, dimanches et jours fériés, peuvent compenser ces heures par un congé, sans majoration.

(...) Pour le surplus, les dispositions spéciales complémentaires au présent règlement sont applicables (notamment en matière d'horaire variable)».

Le règlement interne de l'employeuse est complété par la «Procédure horaire de travail» (version août 2010), document dont l'objectif est de définir et rappeler les règles concernant l'horaire de travail, la gestion des présences et des absences. Ce document comporte en particulier les dispositions suivantes:

«4 Règles opérationnelles

4.1 Types d'horaires

4.1.1 Horaire variable

Ce type d'horaire concerne tant les employés du Siège que le personnel administratif des unités périphériques (dépôts et bureaux régionaux). L'entreprise est ouverte du lundi au vendredi de 7h30 à 19h00. La durée réglementaire de travail hebdomadaire (pour un plein temps) est de 40h00; la moyenne quotidienne est de 8h00. Le principe de l'horaire libre est appliqué à l'ensemble du personnel, à l'exception des personnes pour lesquelles un statut particulier a été défini.

Chaque bureau s'organise pour assurer une permanence en fonction de son activité.

- Les périodes bloquées durant lesquelles la présence de tous les collaborateurs est obligatoire sont:
- Matin: 9h00–12h00
- Après-midi: 14h15–16h30 (16h00 le vendredi)
- Les périodes «variables» durant lesquelles chaque collaborateur peut fixer librement le début et la fin de son travail (sous réserve du point 3.1.4) sont:
 - Matins: 07h30–09h00
 - Midi*: 12h00–14h15
 - Après-midi: 16h30–19h00
- * dont au moins 30 minutes de pause obligatoire

Une pause quotidienne de 15min est comprise dans le temps de travail. Les périodes bloquées et les périodes variables forment ensemble le temps cadre. Les heures effectuées en dehors du temps cadre ne sont pas comptabilisées (à moins que l'on ait à faire (sic) à des heures supplémentaires). La période bloquée (temps de travail journalier minimum) est de 5h45. Le temps cadre, déduction faite de la pause obligatoire de midi (temps de travail journalier maximum) est de 11h00. Les heures de travail effectuées durant la période d'ouverture des bureaux ne peuvent être considérées comme heures supplémentaires conformément au principe même

de l'horaire variable. Il appartient à chacun de gérer son temps de travail afin d'arriver en fin de mois avec un écart de +/- 10heures par rapport au temps théorique.

4.2 Gestion de l'horaire

4.2.1 Gestion des présences

Chaque employé soumis à l'horaire variable (personnel du siège et personnel administratif des périphéries) doit timbrer. Pour ce faire, il existe un système de timbrage (via pointeuse ou/et via l'ordinateur).

(...)

4.2.3 Heures supplémentaires

L'article 8, pages 9 et 10 du règlement d'entreprise, explique précisément ce que l'on entend par heures supplémentaires et comment elles sont traitées; il n'est donc pas nécessaire de le répéter ici. Rappelons simplement qu'elles doivent être autorisées par votre supérieure avant qu'elles n'aient lieu et que la Société est en droit de vous demander d'en faire au besoin.

(...)

En cours d'emploi, le travailleur a requis la conversion en heures supplémentaires payées d'heures de travail qu'il avait effectuées les fins de semaine (samedi/dimanche) et les jours fériés; l'employeuse a accédé à ces requêtes.

Le 29 octobre 2012, le travailleur a fait savoir à l'employeuse qu'il souhaitait mettre un terme à son contrat de travail pour le 28 février 2013. Par lettre du 28 novembre 2012, cette dernière l'a notamment relevé de son obligation de travailler dès le 31 décembre 2012, terme ramené plus tard au 17 décembre 2012. Il résulte d'un décompte produit par le travailleur, ni daté ni signé, qu'il aurait accumulé 624 heures supplémentaires durant ses années de service chez l'employeuse, soit de 2007 à 2012; sur ce total, 107 heures auraient été effectuées de nuit. Ce décompte correspond en gros au tableau produit par l'employeuse, qui indique, selon les relevés du système de pointage et par rapport à l'horaire contractuel, les excédents d'heures par année représentant un total de 633,26 heures pour la même période et qui distingue les excédents d'heures par mois; ces excédents sont inférieurs ou égaux à 10 heures par mois en 2007 et de 2009 à 2012, et se montent à 12,3 heures par mois pour l'année 2008. Selon le témoin S., responsable Administration & Control au sein de la société, celle-ci n'a jamais requis du travailleur qu'il effectue des heures supplémentaires. A la suite d'un accident, X. a été incapable de travailler du 12 janvier au 1^{er} mars 2013.

X. (demandeur) a ouvert action le 28 octobre 2013 devant les autorités vaudoises contre Z. SA (défenderesse), lui réclamant le montant de 64'018 fr.50 plus intérêts à titre de rétribution d'heures supplémentaires, plus divers autres montants qui ne sont plus litigieux. Par jugement du 8 avril 2015, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a entièrement débouté le demandeur. Saisie d'un appel du travailleur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 19 novembre

2015, l'a rejeté et a confirmé le jugement du 8 avril 2015. En substance, la cour cantonale a jugé que le demandeur n'a pas établi que les heures supplémentaires invoquées, soit celles excédant la durée contractuelle de 40 heures, dépassaient la marge mensuelle de 10 heures prévue dans le contrat de travail, hormis en 2008 pour 27,7 heures supplémentaires. Elle a également admis que le demandeur n'a de toute façon pas apporté la preuve que les besoins de la défenderesse ou les directives de celle-ci l'auraient empêché de récupérer les heures supplémentaires alléguées dans le cadre de son temps de travail variable.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

Devant le Tribunal fédéral, le litige ne porte plus que sur la question des heures supplémentaires, pour lesquelles le recourant réclame une rémunération de 64'018 fr. 50 en capital.

(...)

4.

4.1 Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir transgressé les art. 18 et 321c CO. A l'en croire, il n'existerait aucune clause contractuelle prévoyant d'exclure la rémunération des dix premières heures mensuelles dépassant l'horaire contractuel, ni dans le contrat du 18 juin 2007, ni dans le règlement interne de l'intimée, ni dans la «Procédure horaire de travail». Il prétend que ce dernier document ne contiendrait à cet égard qu'une simple règle de comportement concernant l'utilisation de la timbreuse. Le fait qu'une telle règle figure dans un document contractuel annexe, poursuit-il, confirmerait sa nature de pure règle de comportement. Il serait exclu d'interpréter au regard du principe de la confiance ladite règle comme excluant la rémunération des heures supplémentaires se situant «à l'intérieur de l'écart de dix heures mensuelles dans le cas où (l'employeuse) a connaissance des heures supplémentaires accumulées par son employé». Se référant à WYLER/HEINZER et à l'arrêt 4C.337/2001 du 1^{er} mars 2002, il allègue que si un employeur a connaissance des heures supplémentaires, il doit s'y opposer, sinon il doit les rétribuer. En ayant retenu que les parties avaient exclu la rémunération des heures supplémentaires ne dépassant pas la limite mensuelle de dix heures, la Cour d'appel aurait gravement violé les règles d'interprétation du contrat déduites de l'art. 18 CO.

4.2 L'art. 321c CO dispose que les heures supplémentaires sont compensées en nature ou en espèces. Plus précisément, l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2); l'employeur est tenu de rétribuer les

heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé (al. 3 in principio).

Constituent des heures supplémentaires, au sens de l'art. 321c CO, les heures accomplies au-delà du temps de travail prévu par le contrat ou l'usage, par un contrat-type ou une convention collective (ATF 116 II 69 consid. 4a; arrêt 4A_172/2012 du 22 août 2012 consid. 4.1).

Selon la jurisprudence, sous l'une des formes prescrites par l'art. 321c al. 3 CO, soit par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, les parties peuvent déroger au système légal de rétribution et convenir que les heures supplémentaires accomplies à l'avenir seront rémunérées sans supplément ou ne seront pas rémunérées, à tout le moins lorsque la rémunération de ces heures est forfaitairement comprise dans le salaire de l'intéressé (ATF 124 III 469 consid. 3a p. 472 et les références; arrêt 4A_172/2012 du 22 août 2012 déjà cité, consid. 6.1).

Par ailleurs, il convient de faire une distinction entre les heures supplémentaires et le solde positif accumulé dans le contexte d'un horaire de travail flexible (*gleitende Arbeitszeit*). Les parties peuvent ainsi convenir que le travailleur, dans un cadre prédéfini, détermine librement la durée de son temps de travail journalier, pourvu qu'à l'issue d'une période de référence, il ait accompli le nombre d'heures contractuellement dues. Généralement, des heures de présence obligatoire (plages «bloquées») doivent être respectées, le travailleur pouvant s'organiser librement le reste du temps. En contrepartie de cette autonomie, le travailleur doit spontanément compenser par un congé le solde de travail excédentaire qu'il a librement accumulé. S'il laisse croître ce solde positif dans une mesure importante, il assume le risque de ne pas pouvoir le compenser en cas de résiliation du contrat, laquelle peut survenir en tout temps (arrêt 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 3.2; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon éd., 2013, n° 10 ad art. 321c CO; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 110 s.).

Une indemnisation du travail effectué en plus n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées, à l'intérieur de l'horaire de travail flexible; il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires (ATF 123 III 469 consid. 3).

S'il peut paraître délicat de délimiter les heures supplémentaires du solde bénéficiaire dans le cadre d'un horaire flexible, il faut garder à l'esprit que les premières sont imposées par les besoins de l'entreprise ou les directives de l'employeur, tandis que le solde excédentaire est librement accumulé par la volonté du travailleur (arrêt 4A_611/2012 du 19 février 2013 déjà cité, *ibidem*).

4.3 In casu, le contrat de travail conclu par les plaideurs le 18 juin 2007 renvoyait expressément au règlement interne de l'employeuse. Le règlement interne, à son art. 8 in fine, prescrivait pour sa part que les «dispo-

sitions spéciales complémentaires au présent règlement sont applicables (notamment en matière d'horaire variable)». C'est ainsi que le règlement interne est complété par la «Procédure horaire de travail», qui fixait en particulier les règles concernant l'horaire de travail.

A considérer ces renvois successifs, il ne fait nul doute, quoi qu'en pense le recourant, que le document «Procédure horaire de travail» faisait partie intégrante du contrat de travail.

Le chiffre 4.1.1 de ce document, sous l'intitulé «Horaire variable», rappelait que la durée réglementaire de travail hebdomadaire était de 40 h. à plein temps; il instaurait des périodes bloquées durant lesquelles la présence de tous les collaborateurs était obligatoire (de 9h. à 12 h. tous les matins, de 14h.15 à 16 h.30 du lundi au jeudi et de 14h. 15 à 16 h. le vendredi) et des périodes variables durant lesquelles chaque collaborateur pouvait organiser librement le début et la fin de son travail (de 7h.30 à 9 h., de 12h. à 14 h.15 et de 16 h.30 à 19 h.).

Il est incontestable que le chiffre 4.1.1 de la «Procédure horaire de travail » mettait en place un horaire de travail flexible au sens décrit ci-dessus.

Le travailleur mis au bénéfice d'un tel horaire de travail doit en principe compenser dans un délai raisonnable les heures qu'il a effectuées en supplément par un congé (WYLER/HEINZER, op. ci., p. 110 in medio).

4.4 Le chiffre 4.1.1 in fine de la «Procédure horaire de travail» stipulait qu'il appartenait «à chacun de gérer son temps de travail afin d'arriver en fin de mois avec un écart de +/- 10 heures par rapport au temps théorique».

Il sied d'interpréter cette clause selon le principe de la confiance (ATF 140 III 134 consid. 3.2 p. 138 s.; 138 III 29 consid. 2.2.3 p. 35 s.), la volonté réelle et concordante des parties n'ayant pas pu être déterminée à ce propos.

Le temps théorique, selon le sens ordinaire des mots, est la durée de travail convenue, qui était, d'après le règlement interne, de 40 h. par semaine. Le recourant bénéficiant de cinq semaines de vacances annuelles (25 jours ouvrables), il travaillait, par année de 52 semaines, effectivement 47 semaines (52 - 5); en semaines par mois, on obtient le chiffre de 3,91 semaines, ramené par simplification à 3,9 (47 semaines: 12 mois). Autrement dit, chaque mois il devait accomplir 156 heures de travail (3,9 x 40 h.).

La clause en question se rapportait à un écart de plus ou moins 10 heures avec le «temps théorique», qui, comme on vient de le voir, était de 156 heures mensuelles. Le devoir de gérer son temps de travail pour respecter cette marge devait être compris, de bonne foi, en ce sens que le recourant était tenu d'accomplir chaque mois au minimum 146 heures de travail (156 - 10) et que jusqu'à un maximum de 166 heures de travail par mois (156 + 10), les heures dépassant l'horaire convenu de 156 heures n'étaient ni compensées, ni rétribuées.

Le passage invoqué par le recourant de WYLER/HEINZER (op. cit., p. 100) ainsi que l'arrêt qu'il cite (arrêt 4C.337/2001 du 1^{er} mars 2002 consid. 2) traitent du devoir du travailleur d'annoncer les heures supplémentaires effectuées. Cette problématique ne se pose pas en l'occurrence, puisque l'intimée disposait d'un système de timbrage (par pointeuse ou ordinateur) et qu'elle ne pouvait donc ignorer les heures supplémentaires accomplies (cf. WYLER/HEINZER, op. cit., p. 101 en haut).

Il a été retenu sans arbitraire (cf. considérant 3 supra) qu'en 2007, 2009, 2010, 2011 et 2012 les excédents d'heures mensuels effectuées par le recourant ne dépassaient pas 10 heures.

Conformément à l'art. 4.1.1 de la «Procédure horaire de travail», ces excédents mensuels ne devaient pas être compensés par un congé, ni être rémunérés en espèces.

En revanche, pour l'année 2008, les excédents mensuels d'heures accomplies par le travailleur se montaient à 12,3 heures. Déduction faite de la marge de 10 heures mensuelles de l'art. 4.1.1, seul un reliquat de 2,3 heures par mois, représentant 27,6 heures pour l'année (2,3 x 12), se devait d'être compensé, en vertu de l'art. 8 du règlement interne de l'intimée, par un congé avec une majoration de 25%, le recourant n'ayant pas démontré que les heures en cause résultaient d'un travail de nuit, du dimanche ou des jours fériés.

Le droit à la compensation par un congé des heures supplémentaires en question sera examiné avec le dernier grief du recourant.

(...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 31 octobre 2016, Doss.-No 4A_364/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 3 mai 2016 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 20 al. 2 CO. Il est théoriquement possible qu'un accord de résiliation ne soit frappé que de nullité partielle. Il faut dans ce cas pouvoir admettre que le contrat aurait été conclu par les parties même sans la ou les clauses frappées de nullité, qui doivent pouvoir être détachées du contrat sans affecter l'ensemble (c. 4.2.4). En l'espèce, les conditions d'une nullité partielle ne sont toutefois pas réunies. En effet, il est manifeste que l'employeur, respectivement toute personne raisonnable placée dans la même situation, s'il avait envisagé la nullité de la convention quant à l'accord sur la résiliation immédiate du contrat de travail, n'aurait pas accepté de conclure uniquement un accord par lequel il renonçait au profit de l'employé à percevoir des commissions pour un montant total de plusieurs centaines de milliers de francs (c. 4.2.5).

Lorsqu'il a été mis fin aux rapports de travail, au moyen de l'accord inefficace, avant l'expiration du délai de résiliation, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'aurait pas été conclu. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO; c'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve (c. 5.2.1). En l'espèce, l'employé n'a pas été en mesure de prouver que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat si les parties n'avaient pas conclu l'accord de résiliation. En effet, comme il le relève à raison, l'employeur n'a jamais allégué de juste motif de résiliation immédiate ou de faute du travailleur; on ne voit ainsi pas quel motif il aurait eu de procéder à un licenciement immédiat, et l'employé lui-même n'a nullement allégué un tel motif (c. 5.2.3).

Extraits des faits:

La société Z. SA (ci-après: l'employeuse) était liée à X. (ci-après: le travailleur) par un «contrat de collaboration» signé le 9 août 2000. Le 29 février 2008, les parties ont conclu une convention dactylographiée selon laquelle il avait été décidé, d'un commun accord entre elles, de mettre un terme au contrat «avec effet de ce jour»; le travailleur était autorisé à conserver 318 dossiers clients, sur lesquels l'employeuse renonçait à son droit de propriété. Le chiffre de 318 était apposé à la main et assorti de la mention manuscrite suivante: «sous réserve de quelques dossiers en cours non encore listés». En mai 2008, le travailleur a requis le transfert des portefeuilles de clients dont il pensait qu'ils lui avaient été cédés par l'employeuse. Cette dernière n'a pas procédé au transfert. Par courrier du 25 janvier 2011, le travailleur a élevé diverses prétentions vis-à-vis de l'employeuse, dont une indemnité pour licenciement abusif liée à la «non-reconnaissance du contrat de travail».

Après avoir saisi l'autorité de conciliation le 1^{er} avril 2011, le travailleur (ci-après: le demandeur) a déposé une demande devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait à la délivrance de divers documents et au paiement de 950'000 fr., soit 75'000 fr. bruts à titre de salaires pour les mois de mars à mai 2008, 150'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif correspondant à six mois de salaire, 75'000 fr. à titre d'indemnité de vacances, 125'000 fr. à titre d'heures supplémentaires impayées, 75'000 fr. à titre de commissions et 450'000 fr. à titre d'indemnité pour les dossiers clients non transférés.

Statuant par jugement du 4 août 2015, le Tribunal des prud'hommes a considéré que la défenderesse avait imposé au demandeur un licenciement

immédiat injustifié. Il l'a condamnée à remettre au demandeur des certificats annuels de salaires (ch. 6 du dispositif) et à lui verser 39'292 fr. 55 bruts à titre de commissions et d'indemnité salariale (ch. 3), plus 85'948 fr. 80 nets à titre d'indemnité pour congé injustifié (ch. 5). Le Tribunal a invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales légales usuelles (ch. 4) et a rejeté toutes autres conclusions (ch. 7). Les deux parties ont fait appel. Le demandeur a conclu à la réforme du chiffre 7 du dispositif du jugement attaqué, en ce sens que la défenderesse devait être condamnée à lui verser 450'000 fr. pour les dossiers clients non transférés. Par appel joint, la défenderesse a requis l'annulation du chiffre 5 du dispositif.

Par arrêt du 3 mai 2016, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise a annulé le chiffre 5 du dispositif de la décision attaquée et, statuant à nouveau sur ce point, a débouté le demandeur de ses conclusions tendant au versement d'une indemnité de six mois de salaire. Elle a confirmé le chiffre 7 du dispositif.

Le demandeur a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Selon la jurisprudence, cette norme prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, mais ne s'oppose pas à un arrangement comportant des concessions réciproques – d'importance comparable –, pour autant qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction (Aufhebungsvertrag; ATF 136 III 467 consid. 4.5 p. 473; 118 II 58 consid. 2b p. 61; arrêt 4A_563/2011 du 19 janvier 2012 consid. 4.1). Les parties restent libres de rompre le contrat d'un commun accord pour une date précise, pour autant qu'elles ne cherchent pas à détourner par ce biais une disposition impérative de la loi (ATF 119 II 449 consid. 2a).

Une résiliation conventionnelle ne doit être admise qu'avec retenue. Elle suppose notamment que soit prouvée sans équivoque la volonté des intéressés de se départir du contrat (arrêt 4A_362/2015 du 1^{er} -décembre 2015 consid. 3.2 et les arrêts cités). Lorsque l'accord est préparé par l'employeur, il faut en outre que le travailleur ait pu bénéficier d'un délai de réflexion et n'ait pas été pris de court au moment de la signature (arrêts 4A_103/2010 du 16 mars 2010 consid. 2.2; 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 consid. 3c).

3.2 L'accord de résiliation qui ne satisfait pas aux conditions susmentionnées ne lie pas les parties. Jurisprudence et doctrine considèrent qu'il faut faire abstraction dudit accord et appliquer, en son lieu et place, les dispositions relevant du régime légal ordinaire, c'est-à-dire les règles du

Code des obligations ou d'une convention collective de travail qui régissent l'extinction des rapports de travail, seul étant disputé le point de savoir si ceux-ci prennent fin, nonobstant le défaut de validité de l'accord en question, ou s'ils se poursuivent de ce fait sous réserve du cas particulier visé par l'art. 336c al. 2 CO. En d'autres termes, il y a lieu de replacer les parties dans la situation qui serait la leur si elles n'avaient pas conclu l'accord de résiliation non valable (arrêt 4A_495/2007 du 12 janvier 2009 consid. 4.3.1.2 et les références citées).

Lorsque, comme c'est généralement le cas, il a été mis fin aux rapports de travail, au moyen de l'accord inefficace, avant l'expiration du délai de résiliation, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'eût pas été conclu. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, le cas échéant pour la durée prolongée découlant de l'application des art. 324a et 336c CO, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO. C'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve (arrêt précité 4A_495/2007, *ibidem*).

4.

4.1 Le demandeur conteste d'abord le rejet de sa prétention en allocation d'une indemnité de 450'000 fr., basée sur l'inexécution de la clause lui conférant le droit de conserver certains dossiers clients, clause insérée dans la convention du 29 février 2008, dont les juges cantonaux auraient selon lui dû reconnaître la validité partielle.

A cet égard, les juges cantonaux ont exposé que le demandeur avait plaidé avec succès l'invalidité de la convention du 29 février 2008, de sorte qu'il n'était pas fondé à en tirer l'avantage lié à la concession de la défenderesse, dont il était désormais acquis qu'elle n'était pas suffisante pour admettre la validité de cet accord. Il n'y avait ainsi pas place, dans ce cadre, pour une nullité partielle qui n'affecterait pas la clause précitée, au regard de l'économie de la convention.

4.2

4.2.1 Il est constant que les parties ont mis fin à leurs rapports contractuels avec effet immédiat, par une convention datée du 29 février 2008, laquelle comportait notamment une clause selon laquelle le demandeur était autorisé à conserver 318 dossiers clients, sur lesquels la défenderesse renonçait à son droit de propriété.

4.2.2 Le Tribunal des prud'hommes a considéré que la convention du 29 février 2008 n'était pas valable, pour les motifs suivants: le demandeur n'avait pas la volonté de résilier son contrat de travail avec la défenderesse; il avait en outre été pris de court lors de la signature et n'avait pas bénéficié du délai de réflexion nécessaire; enfin, si la convention était interprétée comme le proposait la défenderesse – à savoir qu'elle permettait au de-

mandeur de conserver les données de certains clients, mais pas les mandats d'assurance les concernant, de sorte qu'il ne pouvait pas toucher les commissions y relatives –, la défenderesse n'avait accordé au demandeur aucune concession justifiant qu'il ne bénéficie notamment d'aucun délai de congé et se retrouve de façon immédiate sans source de revenu.

4.2.3 Au stade de l'appel, le constat de l'invalidité de la convention n'a pas été remis en cause par les parties, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir. Le demandeur reproche toutefois à la cour cantonale de ne pas avoir examiné la question de la validité partielle de la convention, comme il l'avait dûment requis. Reprenant les références doctrinales relatives à la nullité partielle d'un contrat selon l'art. 20 al. 2 CO qu'il avait soumises à la cour cantonale, le demandeur soutient qu'il y aurait lieu de constater l'invalidité de la convention en ce qu'elle le privait de ses droits résultant du contrat de travail, mais de reconnaître sa validité en ce qu'elle lui donnait le droit à une «rémunération complémentaire sous la forme d'une remise des dossiers pour une valeur de CHF 450'000.–».

4.2.4 L'art. 20 al. 2 CO prévoit que si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles. Conformément à cette disposition, le juge doit rechercher la volonté hypothétique des parties, c'est-à-dire déterminer ce qu'elles auraient convenu de bonne foi si elles avaient envisagé la possibilité de la nullité partielle (ATF 120 II 35 consid. 4b). Il faut pouvoir admettre que le contrat aurait été conclu par les parties même sans la ou les clauses frappées de nullité, qui doivent pouvoir être détachées du contrat sans affecter l'ensemble (TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5^e éd. 2012, n. 509 s.). Il s'agit là d'une question de droit; le Tribunal fédéral est cependant lié par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité précédente s'est fondée pour déterminer cette volonté hypothétique (ATF 120 II 35 consid. 4b; 107 II 216 consid. 3b). En l'absence d'une intention établie des parties, on retient la position de personnes loyales et honnêtes placées dans la même situation, en procédant à une interprétation selon le principe de la confiance (TERCIER/PICHONNAZ, *op. cit.*, n. 510; arrêt 4A_133/2012 du 28 juin 2012 consid. 2.3; cf. ATF 124 III 57 consid. 3c p. 60).

4.2.5 En l'espèce, on peut se demander quel est le sens de la clause habilitant le demandeur à conserver 318 dossiers clients, sur lesquels la défenderesse renonçait à son droit de propriété. Le demandeur soutient que cette clause obligeait la défenderesse à lui céder 318 mandats en cours, et avec eux le droit au versement des commissions y relatives. La défenderesse plaide quant à elle que cette clause visait uniquement la conservation des dossiers physiques de clients – contenant des informations sur lesdits clients – et qu'il incombait au demandeur de faire les démarches nécessaires auprès des 318 clients dont il avait pu conserver les dossiers pour leur faire conclure de nouveaux contrats, ce qu'il n'avait pas fait.

Point n'est toutefois nécessaire de trancher cette question. En effet, faire droit au demandeur – qui requiert une indemnité correspondant aux commissions qu'il aurait pu percevoir sur les primes versées par les 318 clients concernés – supposerait nécessairement d'interpréter la clause dans le sens plaidé par le demandeur, à savoir que la défenderesse lui aurait cédé le droit de percevoir des commissions qu'il évalue à 450'000 fr. Or, en pareille hypothèse, il est manifeste que la défenderesse, respectivement toute personne raisonnable placée dans la même situation, si elle avait envisagé la nullité de la convention du 29 février 2008 quant à l'accord sur la résiliation immédiate du contrat de travail, n'aurait pas accepté de conclure uniquement un accord par lequel elle renonçait au profit du demandeur à percevoir des commissions pour un montant total de plusieurs centaines de milliers de francs. Cette constatation s'imposerait même dans l'hypothèse – non réalisée – où il faudrait prendre en compte les éléments factuels invoqués par le demandeur en marge de l'état de fait retenu par la cour cantonale (cf. consid. 2.1 supra).

4.3 En bref, c'est à bon droit que la cour cantonale a refusé d'allouer au demandeur une indemnité de 450'000 fr. qu'il fondait sur la prémisse juridique erronée d'une validité partielle de la convention du 29 février 2008.

5.

5.1 Le demandeur conteste ensuite le rejet de sa prétention en allocation d'une indemnité de 85'948 fr. 80 pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO).

(...)

5.2

5.2.1 Lorsque, comme en l'espèce, il a été mis fin aux rapports de travail, au moyen de l'accord inefficace, avant l'expiration du délai de résiliation, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'aurait pas été conclu. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO; c'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve (cf. consid. 3.2 supra).

5.2.2 En l'occurrence, le demandeur reproche à la cour cantonale d'avoir réduit la problématique à la question du fardeau de la preuve, qui ne serait pas pertinente au vu de la nature particulière du cas d'espèce; du fait que la défenderesse aurait longtemps persisté à nier avoir été liée par un contrat de travail, il ne serait pas possible de rapporter une preuve stricte et, comme celle-ci porterait sur un fait négatif, il incomberait à la défenderesse de démontrer qu'elle aurait résilié le contrat pour l'échéance ordinaire si la convention du 29 février 2008 n'avait pas été conclue. Toutefois, on ne discerne pas en quoi les circonstances du cas d'espèce, telles

que plaidées par le demandeur, justifieraient de ne pas appliquer les règles sur le fardeau de la preuve, voire de renverser ce fardeau.

5.2.3 Pour le surplus, le raisonnement de la cour cantonale et la conclusion selon laquelle le demandeur n'a pas prouvé que son employeuse l'aurait licencié avec effet immédiat si les parties n'avaient pas conclu l'accord de résiliation échappent au grief d'arbitraire, tant au regard des faits constatés par cette autorité qu'au regard des éléments invoqués par le recourant, qui auraient prétendument dû être pris en compte. En effet, comme elle le relève à raison, la défenderesse n'a jamais allégué de juste motif de résiliation immédiate ou de faute du travailleur; on ne voit ainsi pas quel motif elle aurait eu de procéder à un licenciement immédiat, et le demandeur lui-même n'a nullement allégué un tel motif. Par ailleurs, les éléments mis en avant par le demandeur ne démontrent nullement que la défenderesse, dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'aurait pas été conclu, aurait résilié le contrat avec effet immédiat; ces éléments sont tout aussi bien compatibles avec une résiliation ordinaire du contrat, assortie d'une libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé et d'une autorisation d'exercer une activité indépendante pendant le préavis.

*Bundesgericht, Urteil vom 16. November 2016, Doss.-Nr. 8C_397/2016
(Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons
St. Gallen vom 27. April 2016)*

Bei öffentlich-rechtlichen Angestellten kann die Meinungsäusserungsfreiheit durch die Treuepflicht eingeschränkt werden, die sich auf das ausserdienstliche Verhalten erstreckt. Treuepflicht bedeutet, dass der Staatsangestellte bei der Erfüllung seiner Aufgabe über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus die Interessen des Gemeinwesens wahrt. Die Treuepflicht bezweckt, die Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern, indem das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat nicht untergraben wird. Die Tragweite der Treuepflicht wird durch Interessenabwägung bestimmt. Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gestützt auf die Treuepflicht sind nur zulässig, soweit sie sachlich begründet sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu deren Zweck stehen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit prüft das Gericht namentlich, ob der Staatsangestellte andere – wirkungsvolle – Mittel gehabt hätte, um gegen die von ihm (nach aussen) kritisierte Situation anzugehen, insbesondere behördeninterne Vorgehensweisen. Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint (E. 5.5, 5.6).

Sachverhalt:

A. war seit 1. August 2010 als Abteilungsleiter am gewerblichen Schulzentrum B. tätig. Am 3. Dezember 2013 kündigte der Rektor des ge-

werblichen Schulzentrums B. das Arbeitsverhältnis per Ende März 2014 und stellte A. mit sofortiger Wirkung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei. Ein Schlichtungsverfahren endete ohne Einigung.

Die dagegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 27. April 2016 ab. A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, es sei ihm in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 30'000.– samt 5% Zins zuzusprechen. Der Kanton St. Gallen, das gewerbliche Schulzentrum B. und die Vorinstanz schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Strittig ist, ob die vorinstanzliche Bestätigung der Kündigung vom 3. Dezember 2013 bundesrechtswidrig ist.

3.2 Der angefochtene Entscheid stützt sich dabei auf das Personalgesetz des Kantons St. Gallen vom 25. Januar 2011 (PersG; SGS 143.1). Nach Art. 21 Abs. 1 PersG bedarf die Kündigung durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber eines ausreichenden sachlichen Grundes. Nach Ablauf der Probezeit liegt u.a. ein ausreichender sachlicher Grund vor, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen ungenügender Arbeitsleistung oder unbefriedigenden Verhaltens der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters (Art. 21 Abs. 2 lit. c PersG) oder wegen schwerwiegender oder wiederholter schuldhafter Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erfolgt (Art. 21 Abs. 2 lit. d PersG).

4.

4.1

4.1.1 Das kantonale Gericht erkannte, die Kündigung vom 3. Dezember 2013 sei aus sachlich ausreichenden Gründen im Sinne von Art. 21 Abs. 2 lit. c und d PersG ausgesprochen worden. Es führte dazu aus, die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers sei im Zusammenhang mit dem Durchführungsentscheid des Lehrgangs mit Start im August 2013 ungenügend gewesen. So habe er in Kompetenzüberschreitung den nach der Kalkulation nicht kostendeckenden Lehrgang durchführen lassen, obwohl die ihm vorgesetzte Bereichsleiterin Weiterbildung/Brückenangebote für sämtliche Durchführungsentscheide aller Angebote der gewerblichen Schule zuständig gewesen sei. Er habe damit klar gegen die Weisung vom 26. Oktober 2011 verstossen. Der Rektor des gewerblichen Schulzentrums B. habe ihn daraufhin ermahnt, verbunden mit Verhaltensweisungen, einer Bewährungsfrist sowie einer Kündigungsandrohung. Innert dieser Frist habe der Rektor am 8. November 2013 eine zweite Ermahnung mit Kündigungsandrohung ausgesprochen, da der Beschwerdeführer u.a. eigenmächtig und ohne Rücksprache mit der Bereichsleiterin oder des Rektors im Zusam-

menhang mit dem gestalterischen Vorkurs für Erwachsene nach aussen kommuniziert habe.

4.1.2 Das Gericht führte weiter aus, trotz laufender Bewährungsfrist und zweiter Kündigungsandrohung habe der Beschwerdeführer erneut in treuwidriger Weise seine Arbeitnehmerpflichten verletzt, indem er – wie er selbst einräume – bewusst die allgemeinen Schulvorschriften und die konkrete Weisung des Rektors missachtet habe. Er sei hinsichtlich der Neuregelung der Schulgebühren des Vorkurses für Erwachsene, wiederum ohne Absprache mit dem Rektor oder der Bereichsleiterin, an die vorberatende Kommission des Kantonsrates und die Presse gelangt. Dies sei geschehen, obwohl es keine Veranlassung mehr gegeben habe, einen angeblich falschen Sachverhalt sowohl gegenüber dem Bildungsdepartement intern als auch gegenüber der vorberatenden Kommission und der Öffentlichkeit gegen aussen zu berichtigen. Denn zuvor hatten der Rektor am 24. August und 22. Oktober 2013 und der Beschwerdeführer am 25. September 2013 das Amt für Berufsbildung bereits mit berichtigenden Informationen über den Vorkurs für Erwachsene bedient gehabt, welche gemäss E-Mail vom 26. September 2013 an die beratende Kommission weitergeleitet worden seien. Auch die weiteren Zahlen und Fakten zum Vorkurs bezüglich Stipendienberechtigung und Schulgeldhöhe in anderen Kantonen seien der vorberatenden Kommission bekannt gewesen, wie deren Präsident am 5. November 2013 dem Beschwerdeführer mit einer E-Mail mitgeteilt habe. Somit habe er ohne Grundlage öffentlich Missstände in der Verwaltung angeprangert, indem er der Regierung vorgeworfen habe, sie habe den Kantonsrat falsch informiert.

4.1.3 Gemäss Vorinstanz wäre es dem Beschwerdeführer mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit offen gestanden, nach Erlass der Pressemitteilung der vorberatenden Kommission am 31. Oktober 2013 das Bildungsdepartement unter Einhaltung des Dienstweges intern zu kontaktieren, damit das Departement oder der zuständige Regierungsrat die allenfalls falschen Angaben der vorberatenden Kommission im Rahmen der ersten Lesung des Kantonsrates am 25. November 2013 hätte berichtigen können. Unentschuldig nicht wahrgenommen habe er überdies ein auf den 20. November 2013 vereinbartes Gespräch mit dem Rektor des gewerblichen Schulzentrums B. und dem Präsidenten der Berufsfachschulkommission (BFSK) zum weiteren Vorgehen in Bezug auf diese Falschinformationen der vorberatenden Kommission. Die Äusserungen in der Presse seien geeignet gewesen, das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat, d.h. in das Bildungsdepartement und in das gewerbliche Schulzentrum B. und damit letztlich in dessen Funktionsfähigkeit zu untergraben. Die Meinungsäusserungsfreiheit vermöge seine Treuepflichtverletzung nicht zu rechtfertigen, wobei ihm in seiner Funktion als Abteilungsleiter eine erhöhte Treuepflicht zugekommen sei.

4.1.4 Zusammenfassend erachtete das Verwaltungsgericht die Kündigung mit sofortiger Freistellung als nicht missbräuchlich und sachlich

gerechtfertigt. Denn der Beschwerdeführer habe mehrfach seine Kompetenzen überschritten und Weisungen missachtet; insbesondere die von ihm initiierten Presseberichte im Zusammenhang mit dem Betrieb der Schule seien geeignet gewesen, deren Angestellte zu verunsichern.

4.2 Demgegenüber beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe in willkürlicher Sachverhaltsfeststellung auf Bejahung der Kündigungsgründe gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. c und d PersG geschlossen. Sein Recht auf Meinungsäusserungsfreiheit sei verletzt. Zudem habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht gewahrt, indem sie massgeblich auf ein Protokoll der vorberatenden Kommission des Kantonsrates über die Sitzung vom 28. Oktober 2013 abgestellt habe, welches vorher nicht Prozessthema gewesen sei und sich nicht in den Akten befinde.

5.

5.1 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben, deren Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots prüft. Unabhängig vom kantonalen Recht greifen die aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz (BGE 134 I 159 E. 2.1.1 S. 161). Ob diese Grundsätze eingehalten wurden, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 124 I 241 E. 2 S. 242 f. mit Hinweisen). Dass sich aus dem kantonalen Recht ein weitergehender Gehörsanspruch als aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben würde, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

5.2 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass des Entscheides zur Sache zu äussern, Einsicht in die Akten zu nehmen und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 S. 370). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (nicht publizierte Erwägung 5.2 des Urteils BGE 136 I 39, BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494; 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f., je mit Hinweisen).

5.3 Die Rüge der Gehörsverletzung im Zusammenhang mit dem vorinstanzlichen Verweis auf die Aussagen der Kommissionsmitglieder C. und D. gemäss Protokoll der vorberatenden Kommission vom 31. Oktober 2013 (recte: 28. Oktober 2013) ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil die Vorinstanz nicht entscheidungswesentlich darauf abstellte. Dass kein hinreichender Grund für eine öffentliche Richtigstellung bestanden habe, ergab sich vielmehr bereits aus der E-Mail der juristischen Stabsmitarbeiterin des

Amtes für Berufsbildung vom 26. September 2013, der Pressemitteilung der Kommission vom 31. Oktober 2013, welche gegenüber der regierungsrätlichen Botschaft präzisierende Aussagen zum Vorkurs für Erwachsene enthielt, sowie aus der E-Mail des Präsidenten der vorberatenden Kommission vom 5. November 2013. Der Umstand, dass die Vorinstanz dabei in einer Klammerbemerkung vergleichsweise auf die erwähnten Aussagen der zwei Kommissionsmitglieder hinwies, verletzt sein Grundrecht auf rechtliches Gehör nicht.

5.4 Der Beschwerdeführer vermag ferner nicht darzutun, inwieweit die Feststellung der Vorinstanz, es habe für ihn keinen Anlass gegeben, der Regierung öffentlich Falschinformation vorzuwerfen, nachdem die Berichtigung der relevanten Daten über den Vorkurs für Erwachsene den Kommissionsmitgliedern zugekommen war, offensichtlich unrichtig ist. Er führt lediglich aus seiner Sicht nochmals auf, weshalb er sich zum Handeln gegen aussen veranlasst sah. Es steht vielmehr fest, dass sich der Beschwerdeführer bewusst dem Schulreglement und der Weisung des Rektors widersetzte, obwohl er – wegen eines kompetenzüberschreitenden Entscheids und weil er sich u.a. nicht an die Kommunikationsrichtlinien hielt – vorgängig bereits zweimal mit Kündigungsandrohung ermahnt worden war.

5.5 Das kantonale Gericht hielt sodann zutreffend fest, dass gegenüber öffentlich-rechtlichen Angestellten die Meinungsfreiheit durch die Treuepflicht eingeschränkt sein kann, die sich auch auf das ausserdienstliche Verhalten erstreckt. Nach Art. 61 lit. b PersG wahrt der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin die Interessen von Arbeitgeberin oder Arbeitgeber. Treuepflicht bedeutet, dass der Staatsangestellte bei der Erfüllung seiner Aufgabe über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus die Interessen des Gemeinwesens wahrt. Die Treuepflicht bezweckt, die Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern, indem das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat nicht untergraben wird. Als unbestimmter Rechtsbegriff muss ihre Tragweite durch Interessenabwägung bestimmt werden. Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gestützt auf die Treuepflicht sind nur zulässig, soweit sie sachlich begründet sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu deren Zweck stehen (BGE 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335 mit Hinweisen). Im Rahmen der Verhältnismässigkeit prüft das Gericht namentlich, ob der Staatsangestellte andere – wirkungsvolle – Mittel gehabt hätte, um gegen die von ihm kritisierte Situation anzugehen, insbesondere behördeninterne Vorgehensweisen (vgl. BGE 136 I 332 E. 3.2.2 S. 336 mit Hinweisen).

5.6 Die Vorinstanz zeigte auf, dass dem Beschwerdeführer durchaus interne Möglichkeiten offen gestanden wären, um seine Angaben zum Vorkurs einbringen zu können. Bei dieser Sach- und Rechtslage nahm das kantonale Gericht keine falsche Gewichtung der Interessen vor. Es gelangte zu Recht zum Schluss, dass die Treuepflicht die Meinungsäusserungsfreiheit nicht unzulässig beschränkte. Das in Art. 16 Abs. 2 BV, Art. 10 EMRK und Art. 19 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politi-

sche Rechte (UNO-Pakt II) gewährleistete Grundrecht wurde nicht verletzt. Das Vorgehen des Beschwerdeführers ist demnach auch unter diesem Aspekt nicht zu schützen. Nachdem er unbestrittenermassen den Dienstweg wiederholt nicht einhielt und damit verbundene Kommunikations- und Entscheidungskompetenzen missachtete, durfte die Vorinstanz von einer Treuepflichtverletzung ausgehen. Sie hat bundesrechtskonform die auf Art. 21 Abs. 2 lit. c und d PersG gestützte Kündigung als sachlich gerechtfertigt bezeichnet und deren Missbräuchlichkeit verneint.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 novembre 2016, Doss.-No 4A_297/2016 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 27 novembre 2015)

Art. 321a CO. Interprétation d'un avenant au contrat de travail. En mentionnant, après la référence au devoir de fidélité, l'interdiction d'effectuer des activités pouvant être concurrentes à celles de la holding, l'avenant ne fait que mettre l'accent sur l'aspect négatif de l'obligation de fidélité, qui prescrit au travailleur d'éviter tout comportement qui pourrait causer un dommage à l'employeur. Autrement dit, l'interdiction précitée n'est qu'une composante du devoir de fidélité imposé au salarié (c. 4.2).

Le devoir de fidélité, sous son aspect positif, comprend un devoir d'information et de renseignements à charge du travailleur, qui l'astreint notamment à avertir l'employeur d'éventuels dommages imminents, des perturbations dans l'exécution du travail et d'autres irrégularités ou abus. Le travailleur libéré de l'obligation de travailleur, à l'instar du recourant, reste tenu d'observer son devoir de fidélité envers son employeur. Le respect du devoir de fidélité est apprécié avec une rigueur accrue pour les cadres supérieurs (c. 4.3.1).

Art. 154 CO. En l'espèce, l'employé, président de la direction générale du holding depuis janvier 2000, devait raisonnablement comprendre que le mécanisme de non-imputation des revenus qu'il percevrait de différents mandats d'administrateur avant la fin de son contrat était subordonné au respect de son devoir de fidélité. De bonne foi, le recourant devait saisir que le non-respect de son obligation de fidélité l'obligerait à imputer l'ensemble des rémunérations qu'il encaisserait auprès de tiers pendant la période allant du 1^{er} mai 2009 au 30 juin 2011 sur les revenus que lui payait l'employeur pendant ces 26 mois conformément à l'art. 3 de l'avenant. La violation du devoir de fidélité a donc juridiquement les effets d'une condition résolutoire dont l'avè-

nement mettait fin au principe de non-imputation de tous les revenus, quelles que soient leurs natures, touchés auprès de tiers avant l'échéance contractuelle (c. 4.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 3 janvier 2000, Z. SA (ci-après: l'employeuse), à... (VD), société spécialisée dans l'équipement et les services destinés à l'industrie de l'emballage, a engagé X. (le salarié) en qualité de président de la direction générale de la holding Z. Group SA, avec le titre d'administrateur délégué du conseil d'administration. Le salarié avait été engagé par l'employeuse dès le 1^{er} avril 1982 dans le cadre d'une mission de plusieurs années aux Etats-Unis d'Amérique, puis à partir du 1^{er} septembre 1989 comme assistant de la direction générale de Z. SA.

Le 6 mai 2009, l'employeuse et le salarié ont signé un «Avenant au contrat de travail» dont la teneur est notamment la suivante:

«Préambule

(...) En application de l'art. 3 du Contrat de travail, le délai de résiliation est de 24 mois. Des divergences de vues sont apparues entre les parties à la fin de l'année 2008 s'agissant de l'avenir de la direction du Groupe M. X. ayant exprimé le souhait d'être libéré de ses fonctions et de pouvoir prendre sa retraite anticipée à l'âge de 60 ans, les parties ont recherché un accord réglant de manière définitive les conditions qui y présideront. Le présent Avenant a ainsi pour but de régler les modalités de fin des rapports de travail. Les parties conviennent de ce qui suit, étant précisé que le contrat de travail du 3 janvier 2000 continue à faire foi pour tous les points qui ne sont pas expressément réglés ci-après.

Article 1 – Fin des rapports de travail

D'un commun accord, les parties conviennent irrévocablement de mettre un terme à leurs rapports de travail au 30 juin 2011. Au vu des engagements pris par l'employeur envers le directeur en vertu du présent avenant, notamment ceux prévus aux articles 2, 3 et 4 ci-dessous, le directeur accepte que le terme de son contrat ne soit en aucun cas reporté à une date postérieure au 30 juin 2011 nonobstant tout (sic) incapacité de travail (pour cause de maladie ou accident par exemple) qui pourrait survenir entre la signature de la présente convention et le 30 juin 2011.

De même, l'employeur ne pourra en aucun cas procéder à la résiliation anticipée du contrat de travail avant le 30 juin 2011, sous réserve d'une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'article 337 CO.

Article 2 – Libération de l'obligation de travailler et obligation d'assistance

Le Directeur sera libéré de ses fonctions directoriales à compter du 7 mai 2009, soit au lendemain de l'Assemblée générale de Z. Group SA. A partir de cette date et jusqu'au 30 juin 2009, l'activité de Directeur consistera à faciliter la prise de fonctions du nouveau Président de la Direction

générale de l'Employeur. Le Directeur s'engage à se présenter, sur simple préavis de 48 heures de l'Employeur, dans les locaux de ce dernier afin de contribuer, par tous services et conseils nécessaires, à faciliter la prise de fonctions du nouveau Président de la Direction générale. Le Directeur sera lié par cette obligation d'assistance entre le 30 juin et le 31 décembre 2009 ce à raison de 40 jours ouvrables au maximum. Pour le surplus, le Directeur est libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme des rapports contractuels.

Article 3 – Salaire et frais de représentation

Jusqu'au 30 juin 2011, le Directeur percevra son salaire selon les modalités définies ci-dessous:

A. Salaire fixe: Dès le 1^{er} mai 2009 et jusqu'au 30 juin 2011, l'Employeur versera au Directeur un salaire mensuel fixe de CHF 59'769.25.

B. Frais de représentation: Le Directeur ayant déjà perçu un montant de CHF 28'500.– à titre de frais de représentation pour l'année 2009, l'employeur lui versera:

- un montant de CHF 28'500.– brut à titre de frais de représentation pour l'année 2010, payable le 10 janvier 2010; et
- un montant de CHF 14'250.– brut à titre de frais de représentation pour le premier semestre de l'année 2011, payable le 11 janvier 2011.

C. Salaire variable: L'Employeur versera au Directeur à titre de part variable du salaire:

- un montant de CHF 697'236.70 brut pour l'année 2009, payable au 31 mars 2010;
- un montant de CHF 678'392.50 brut pour l'année 2010, payable au 31 mars 2011, et
- un montant de CHF 339'196.25 brut pour le premier semestre de l'année 2011, payable au 31 mars 2012.

En cas de prédécès, l'Employeur versera les montants prévus ci-dessus aux héritiers du Directeur.

Article 4: Liquidation du plan d'intéressement «LTIP»

Le Directeur conservera la propriété des 9'697 actions de Z. Group SA qu'il a souscrites dans le cadre du plan «Long Term Incentive Program». Ces actions lui seront transférées par l'Employeur au terme de la période de blocage de trois ans.

Article 5: Restitution des propriétés réciproques

Au 30 juin 2009, le Directeur restituera à l'Employeur tout matériel appartenant à la société qu'il a reçu ou utilisé dans le cadre de ses activités pour l'Employeur (effets et fichiers personnels, badges, clés et appareils de sécurité, etc.), ainsi que tout document ou toute autre information, sous quelque forme que ce soit, concernant la société ou ses clients, entrés en sa possession durant les rapports de travail. Les Parties confirment par souci de clarté que le Directeur conservera son véhicule de fonction y compris ses accessoires et percevra une prime de CHF 45'000.– net destinée au

remplacement dudit véhicule. Ce montant lui sera versé le 30 juin 2009. Dès le 1^{er} juillet 2009, le directeur assumera tous les frais relatifs à l'entretien dudit véhicule (réparations, assurances, pneus, lavage et essence).

Moyennant bonne et fidèle exécution de ces dispositions, les parties confirment ne plus avoir de prétentions l'une envers l'autre à cet égard. (...)

Article 7: Nouvelles activités du Directeur

Moyennant le respect par le Directeur des obligations mises à sa charge par le présent avenant, l'Employeur s'engage à verser au Directeur les montants mentionnés aux articles 3 à 5 du présent Avenant même si ce dernier devait exercer une nouvelle activité lucrative, dépendante ou indépendante, notamment au sein de conseils d'administration. L'acceptation par le Directeur de mandats d'administrateurs n'est pas subordonnée à l'accord de l'Employeur et le nombre de mandats que peut accepter le Directeur n'est pas limité. De même, l'Employeur renonce à imputer sur les montants mentionnés aux articles 3 à 5 du présent Avenant la rémunération, les honoraires, le remboursement de frais, etc. perçus par le Directeur auprès d'autres employeurs, mandants, etc. en vertu d'une telle activité. Toutefois, le Directeur demeure lié envers l'Employeur par son devoir de fidélité et ne pourra ni entreprendre, ni accepter d'activités dépendantes ou indépendantes susceptibles d'être concurrentes à celles des Sociétés de Z. Group SA, directement ou indirectement.

Article 8: Clause de non-concurrence

En considération des engagements pris par l'Employeur aux termes des articles 3 à 5 du présent Avenant, le Directeur s'engage à n'entreprendre, directement, indirectement ou par la prise d'un emploi, par la fourniture de conseils, par la conclusion ou le maintien de relations d'affaires avec des clients actuels ou anciens de l'Employeur ou d'une quelconque autre manière, en Suisse ou à l'étranger, aucune activité économique concurrente (sic) celles de l'Employeur et ses sociétés affiliées, ce pendant une période de deux ans à compter du 30 juin 2011. (...) En cas de violation de cette clause de non-concurrence, le Directeur devra payer à l'Employeur une pénalité de CHF 100'000.– pour chaque violation. (...)

Article 15: Solde de tout compte

Sous réserve de l'exécution correcte de leurs obligations telles que fixées dans le présent Avenant et le Contrat de travail, les Parties se confirment réciproquement qu'elles n'auront plus aucun droit, prétention ou créance l'une envers l'autre, à quel que (sic) titre que ce soit, et elles s'accordent mutuellement quittance pour solde de tout compte.»

De janvier 2010 au 30 juin 2011, date de la fin de ses rapports de travail, le salarié a occupé des fonctions dirigeantes dans d'importantes sociétés en Suisse. Avant le terme de son contrat de travail (i. e. le 30 juin 2011), le salarié a encaissé depuis 2010 à titre de rémunérations auprès de tiers un total brut de 1'804'223 fr. 20 (218'986,35 + 893'563 + 408'333,35

+ 283'340,50) et non de 1'904'225 fr.70 comme l'a constaté à tort la Cour d'appel en raison de l'erreur de calcul susmentionnée. Pour sa part, l'employeuse a versé au salarié entre le 1^{er} mai 2009 et le 30 juin 2011, soit pendant une période de 26 mois, à titre de salaires mensuels fixes bruts, de frais forfaitaires bruts et de salaires variables un total brut de 2'758'967 fr. 45 (1'554'000,50 + 61'750 + 1'143'216,95), et non de 2'805'195 fr. 50 comme l'a retenu à tort la Cour d'appel.

Le 7 janvier 2010, l'ingénieur E. et trois autres ingénieurs de l'employeuse (F., G., H.) ont adressé le courriel suivant au salarié: «Bonjour M. X., (...) Après avoir tenté de vous joindre par téléphone en vain, nous nous permettons de reprendre contact avec vous suite au bref entretien que vous avez eu avec Maître V. concernant notre création d'entreprise. Ayant eu un retour favorable de votre sentiment de réalisation, nous nous permettons de vous demander un rendez-vous afin de vous présenter notre projet plus précisément. Pouvez-vous nous communiquer votre disponibilité afin que nous puissions organiser ce meeting. Nous vous confirmerons le lieu après avoir pris connaissance de votre disponibilité. (...)»

Le 11 janvier 2010, un entretien téléphonique s'est déroulé entre E. et le salarié. Le même jour, E. a envoyé au salarié un courriel ayant le contenu suivant: «Bonsoir M. X., Pour donner suite à notre conversation de ce jour, veuillez trouver ci-joint le courrier que nous avons écrit il y a deux mois à notre intermédiaire qui vous était destiné... Nous sommes une équipe d'ingénieurs (sic) multitechnologies et d'encadrement de Z. group capitalisant une longue expérience produit. Nous souhaitons créer notre propre entreprise dans le but (sic) développer (sic) et de mettre sur le marché un produit directement concurrentiel (sic) à Z. group. Notre équipe n'étant plus réellement en phase avec les décisions stratégiques et les processus d'entreprise depuis votre départ (sic) du groupe, nous souhaitons vous demander si vous auriez la motivation de jouer le rôle (sic) de sponsor voir (sic) même de sponsor investisseur pour crédibiliser (sic) l'image de notre nouvelle structure industrielle.

Le projet est avancé au sein de l'équipe, un planning à suivre avec objectif... 2012, un budget et des avants-projets techniques avancés dans une ligne directrice plus moderne que les technologies utilisées actuellement chez Z.. Un des fils conducteurs sera notamment une notion de développement durable avec des machines consommant moins d'énergie. Un partenaire commercial et un partenaire industriel ont été approchés. Le projet est donc avancé dans les idées et il est maintenant question de rentrer en matière en contactant des fournisseurs, des investisseurs, des partenaires et des collaborateurs potentiels de cette structure. (...)»

Il a été constaté que le salarié a admis que le projet décrit dans ce courriel était concurrent aux machines commercialisées par l'employeuse, tout en précisant ignorer que les ingénieurs en cause utilisaient du matériel et du savoir-faire appartenant à celle-ci. Toujours en janvier 2010, un collaborateur inconnu de l'employeuse a pris langue avec le responsable des

stages auprès de l'Ecole I. dans le but que des étudiants/ingénieurs de cette école rédigent un cahier des charges pour la plieuse-colleuse concurrente. Il s'en est suivi des échanges de courriels et des rencontres entre les quatre ingénieurs susnommés, plus trois autres ingénieurs de l'employeuse (i. e. J., K. et L.) et des ingénieurs de I. Au cours de l'été 2010, les sept ingénieurs précités ainsi qu'un tiers ont constitué une société à responsabilité limitée, inscrite au registre du commerce en juillet 2010 sous la raison sociale M. Sàrl (ci-après: M.), dont le but était notamment de développer, réaliser et commercialiser des machines industrielles. Il n'a pas été établi que le salarié a contribué d'une quelconque manière au projet développé par les sept ingénieurs et M., ni qu'il aurait promis de le faire. Dans ce contexte, N. AG, société allemande concurrente de l'employeuse sur le marché des plieuses-colleuses, a été abordée par l'ingénieur F. Une rencontre s'est tenue le 17 juin 2010 entre le précité, O., directeur général de N. AG et un avocat, dans lequel un projet qui prévoyait la vente par M. d'une première machine en 2012 et d'une seconde en 2014 a été présenté à O. Entendu comme témoin, O. a déclaré qu'il était clair que les collaborateurs de l'employeuse souhaitaient devenir indépendants et faire concurrence à cette dernière. A l'issue de la rencontre du 17 juin 2010, N. AG a alerté l'employeuse sur les activités déployées par certains de ses collaborateurs. L'employeuse a résilié les contrats de travail des sept ingénieurs entre le 14 juin et le 6 septembre 2010, pour le 31 août 2010 pour l'un deux, pour le 30 novembre 2010 pour cinq autres et pour le 31 décembre 2010 pour le dernier; tous ont été libérés de l'obligation de travailler avec effet immédiat. Le 19 août 2010, l'employeuse a déposé plainte pénale contre les sept ingénieurs.

Par demande du 13 juillet 2012, Z. SA (demanderesse) a ouvert action contre X. (défendeur) devant la Chambre patrimoniale du canton de Vaud. La demanderesse a conclu à ce que le défendeur lui verse le montant de 1'964'113 fr.15 avec intérêts, qui représente, selon elle, la totalité des revenus réalisés par le défendeur dans le cadre de son activité pour des tiers durant le délai de congé.

Le défendeur a conclu à libération. Reconventionnellement, il a conclu à ce que son adverse partie lui verse le montant brut de 339'196 fr. 25, dont à déduire les cotisations sociales, légales et contractuelles, plus intérêts. Par jugement du 20 juin 2014, la Chambre patrimoniale a dit que la demanderesse est débitrice du défendeur de la somme brute de 339'196 fr. 25, sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles, avec intérêts. Saisie d'un appel de la demanderesse, qui reprenait ses conclusions de première instance, et d'un appel joint du défendeur, qui souhaitait obtenir un peu moins du double des dépens qui lui avaient été alloués par la Chambre patrimoniale, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 27 novembre 2015, a admis partiellement l'appel principal et rejeté l'appel joint. La cour cantonale a condamné le défendeur à verser à la de-

manderesse la somme brute de 1'904'225 fr. 70 avec intérêts, sous déduction de 339'196 fr. 25, montant brut, valeur au 1^{er} avril 2012.

Le défendeur exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

Dans l'arrêt attaqué, la cour cantonale a interprété selon le principe de la confiance l'art. 7 de l'avenant du 6 mai 2009, qui prévoit la non-imputation, sur la rémunération due au défendeur pendant qu'il a été libéré de l'obligation de travailler (i. e. du 7 mai 2009 au 30 juin 2011), des revenus obtenus par celui-ci dans le cadre de son activité pour des tiers jusqu'à l'échéance des relations de travail. Par cette interprétation normative, elle a admis que, pour la demanderesse, la contrepartie de cette clause, qui dérogeait au régime légal et qui avantageait économiquement le salarié, était que l'intéressé respecte à son endroit son obligation de fidélité. Elle a examiné le respect de ce devoir à la lumière de l'art. 321a CO, et non au regard de l'art. 717 CO, norme du droit des sociétés qui impose du reste à l'administrateur qu'était le recourant un devoir de fidélité plus étendu.

S'agissant d'un cadre de direction, l'obligation de fidélité incluait le devoir d'informer l'employeuse de tout événement susceptible d'entraver la bonne marche de l'entreprise. La Cour d'appel a retenu que le défendeur avait le devoir d'annoncer à la demanderesse l'existence du projet que lui avait révélé l'ingénieur E. dans un courriel du 11 janvier 2010, cela quel que soit l'avancement dudit projet. Il était sans importance à cet égard que l'activité concurrente en question n'était pas imputable à l'activité du défendeur. Pour ne pas l'avoir fait, le défendeur a violé son devoir de fidélité ancré à l'art. 321a CO. La cour cantonale en a inféré qu'en application de l'art. 7 de l'avenant, la demanderesse était fondée à imputer sur le salaire dû au salarié les revenus qu'il avait réalisés pour des tiers durant le délai de congé, qu'elle a arrêtés à 1'904'225 fr.70, sous déduction du bonus dû pour 2011 selon l'avenant précité, par 339'196 fr.25, que l'employeuse a reconnu n'avoir pas versé au défendeur.

(...)

4.

Le recourant prétend que l'autorité cantonale a enfreint les art. 55 CPC, 8 CC et 18 CO en tenant un raisonnement à partir d'hypothèses pour déterminer la supposée commune volonté des parties contractantes de l'avenant du 6 mai 2009. Il affirme que la Cour d'appel ne disposait d'aucune circonstance factuelle lui permettant d'affirmer que l'intimée n'a renoncé à l'imputation des revenus obtenus auprès de tiers pendant le délai de congé qu'en échange du strict respect de son devoir de fidélité par le salarié. Il fait valoir que l'art. 7 de l'avenant, interprété littéralement, prévoit une renonciation inconditionnelle de l'intimée à l'imputation de toute

forme de revenu qu'il pouvait percevoir avant la fin de son contrat de travail. Les parties à cet acte voulaient surtout éviter que le recourant ne mette son expérience au service d'entreprises concurrentes, ce qu'il n'a pas fait. Selon lui, les «obligations mises à sa charge» par l'art. 7 en cause ne pouvaient pas englober l'obligation de fidélité. Si les parties avaient une autre intention, elles auraient rédigé l'art. 7 de manière différente. Il serait incohérent d'instituer une clause pénale de 100'000 fr. en cas de violation de la clause de non-concurrence prévue à l'art. 8 du même avenant et d'instaurer une exception à la renonciation à l'imputation des salaires acquis auprès de tiers pendant le délai de congé, laquelle permet présentement à l'employeuse de réclamer au salarié des montants sans commune mesure avec la peine conventionnelle. Si une clause contractuelle est rédigée de façon obscure, elle doit s'interpréter en défaveur de la partie qui l'a rédigée.

A titre subsidiaire, le recourant allègue, sur la problématique du devoir de fidélité, qu'il n'était tenu de signaler à l'employeuse que les faits économiques qui pouvaient lui porter atteinte de façon illicite. Comme rien ne permettrait d'affirmer que le projet des sept ingénieurs était illicite, il n'avait pas de devoir d'information à ce sujet. De toute manière, il a pris ses distances avec les ingénieurs. A supposer même qu'il ait enfreint son devoir de fidélité, l'intimée n'aurait pas établi avoir subi un dommage. Enfin, le recourant soutient qu'une pesée correcte des intérêts en présence ne pouvait conduire à la décision prise par les magistrats vaudois.

4.1 A considérer l'ensemble des preuves pertinentes apportées devant elle, la cour cantonale n'est pas parvenue à une conviction sur ce que les parties voulaient réellement lorsqu'elles ont adopté l'art. 7 de l'avenant du 6 mai 2009. C'est ainsi en parfaite conformité avec le droit fédéral qu'elle a interprété les déclarations des parties matérialisées dans la clause litigieuse, nullement à partir d'hypothèses non prouvées – ainsi que le prétend le recourant –, mais bien selon le principe de la confiance (ATF 140 III 134 consid. 3.2 p. 138 s.; 138 III 29 consid. 2.2.3 p. 35 s.).

Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF). Mais pour trancher cette question, il faut se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, dont la constatation ressortit au fait. Les circonstances déterminantes à cet égard sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs, à l'exemple du comportement adopté par les parties contractantes après qu'elles ont conclu l'accord (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 p. 188; 135 III 295 consid. 5.2 p. 302).

4.2 Comme l'indique clairement son préambule, l'avenant du 6 mai 2009 a été conclu pour régler les modalités de la fin des rapports de travail du recourant, lequel avait souhaité être libéré de ses fonctions pour pouvoir prendre une retraite anticipée à l'âge de 60 ans. Les parties sont convenues,

à l'art. 1 de cet acte, de mettre un terme aux relations de travail au 30 juin 2011 (soit plus de deux ans après la date de l'avenant) et de libérer immédiatement jusqu'à ce terme le recourant de son obligation de travailler, celui-ci devant seulement, à raison de 40 jours ouvrables au maximum entre le 30 juin 2009 et le 31 décembre 2009, contribuer, sur demande de l'employeuse, à faciliter la prise de fonctions de son successeur (cf. art. 2 de l'avenant qui se réfère à une obligation d'assistance).

Les deux premiers paragraphes de l'art. 7 de l'avenant prévoient, contrairement au régime légal de l'art. 324 al. 2 CO, que le salarié n'est pas tenu d'imputer sur les importants éléments de salaire que l'intimée s'est engagée à lui verser entre le 1^{er} mai 2009 et le 30 juin 2011 (comprenant des salaires fixes, des frais de représentation et des salaires variables pour un total brut de 2'758'967 fr. 45, sans le bonus de 2011) toutes les sortes de revenu («rémunération», «honoraires», «remboursement de frais», comme le 2^e paragraphe de l'art. 7 en donne une liste exemplative) qu'il pouvait retirer d'une activité lucrative, dépendante ou indépendante, exercée singulièrement dans des conseils d'administration de sociétés tierces, mandats qu'il était totalement libre d'accepter sans que l'employeuse n'ait rien à y redire, toutefois «moyennant le respect... des obligations mises à sa charge par le présent avenant».

Les obligations en question sont explicitées au dernier paragraphe de l'art. 7, où il est précisé que le salarié demeure lié envers l'employeuse par son devoir de fidélité et qu'il ne pourra entreprendre ou accepter d'activités, dépendantes ou indépendantes, susceptibles de concurrencer le groupe de société (holding) dont fait partie l'intimée, que ce soit directement ou indirectement.

Le recourant, président de la direction générale du holding depuis janvier 2000, devait raisonnablement comprendre que le mécanisme de non-imputation des revenus qu'il percevrait de différents mandats d'administrateur avant la fin de son contrat était subordonné au respect de son devoir de fidélité. De bonne foi, le recourant devait saisir que le non-respect de son obligation de fidélité l'obligerait à imputer l'ensemble des rémunérations qu'il encaisserait auprès de tiers pendant la période allant du 1^{er} mai 2009 au 30 juin 2011 sur les revenus que lui payait l'intimée pendant ces 26 mois conformément à l'art. 3 de l'avenant.

La violation du devoir de fidélité a donc juridiquement les effets d'une condition résolutoire (cf. art. 154 CO) dont l'avènement mettait fin au principe de non-imputation de tous les revenus, quelles que soient leurs natures, touchés auprès de tiers avant l'échéance contractuelle. A considérer que l'employeuse, durant les 26 mois du délai de congé, s'est engagée à verser au recourant, sans qu'il ait à fournir de prestations de travail (hormis une éventuelle obligation d'assistance de 40 jours au maximum), une très haute rémunération devant dépasser en tout les trois millions de fr. si l'on inclut le bonus non encore versé de 339'196 fr. 25 pour 2011, l'interprétation objective de l'avenant conduit à admettre que les parties ont prévu que

l'imputation des revenus perçus auprès de tiers s'appliquerait dès la réalisation de la condition résolutoire, laquelle déploierait un effet rétroactif au jour de la conclusion de l'avenant (cf. art. 154 al. 2 CO; PASCAL PICHON-NAZ, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 28 ad art. 154 CO).

En mentionnant, après la référence au devoir de fidélité, l'interdiction d'effectuer des activités pouvant être concurrentes à celles de la holding, le dernier paragraphe de l'art. 7 ne fait que mettre l'accent sur l'aspect négatif de l'obligation de fidélité, qui prescrit au travailleur d'éviter tout comportement qui pourrait causer un dommage à l'employeur (JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon éd., 2013, n° 14 ad art. 321a CO; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 77). Autrement dit, l'interdiction précitée n'est qu'une composante du devoir de fidélité imposé au salarié.

Quoi qu'en pense le recourant, le principe de la confiance a permis de dégager le sens de la clause litigieuse, qui n'est en rien obscure, si bien qu'il n'y a pas lieu de recourir à la présomption selon laquelle la clause doit être interprétée en défaveur de la partie qui l'a rédigée.

Le recourant ne peut rien tirer du libellé de l'art. 8 de l'avenant, qui est une clause de non-concurrence déployant ses effets jusqu'à deux ans après la fin du contrat de travail, mais nullement pendant le délai de congé comme l'art. 7 précité.

4.3 Reste à voir ce que recouvre cette obligation de fidélité, si le recourant a violé ce devoir, comme l'a admis la cour cantonale, et les conséquences qui découleraient de cette violation quant aux conclusions prises par la demanderesse.

4.3.1 A raison de son obligation de fidélité, le travailleur doit sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et par conséquent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice économiquement (ATF 140 V 521 consid. 7.2.1 p. 534; 117 II 560 consid. 3a p. 561). Il ne doit pas faire concurrence à l'employeur pendant la durée du contrat (art. 321a al. 3 CO). L'obligation de fidélité complète l'obligation de travailler en ce sens qu'elle confère au travail un but, des objectifs: la défense des intérêts de l'employeur (ATF 140 V 521 consid. 7.2.1 *ibidem*).

Le devoir de fidélité, sous son aspect positif, comprend un devoir d'information et de renseignements à charge du travailleur, qui l'astreint notamment à avertir l'employeur d'éventuels dommages imminents, des perturbations dans l'exécution du travail et d'autres irrégularités ou abus (PORTMANN/RUDOLPH, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6^e éd. 2015, n° 12 ad art. 321a CO; DUNAND, *op. cit.*, n° 13 ad art. 321a CO; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, ch. 3383 p. 497 s.).

Le travailleur libéré de l'obligation de travailler, à l'instar du recourant, reste tenu d'observer son devoir de fidélité envers son employeur (ATF 128 III 271 consid. 4a/bb p. 281 s.).

Le respect du devoir de fidélité est apprécié avec une rigueur accrue pour les cadres supérieurs (ATF 127 III 86 consid. 2c p. 89; cf. JEAN-TRISTAN MICHEL, *Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme*, Lausanne 2016, p. 322).

4.3.2 Il résulte de l'état de fait déterminant (art. 105 al. 1 LTF) que, le 11 janvier 2010, le recourant a reçu un courriel de l'ingénieur E., alors employé de l'intimée, l'informant que le prénommé et d'autres de ses collègues ingénieurs souhaitaient créer leur propre entreprise pour mettre sur le marché des machines industrielles qui feraient «directement» concurrence à celles développées par la demanderesse et consommeraient moins d'énergie; l'ingénieur y précisait que le projet était «avancé dans les idées».

En cours d'instruction, le recourant a admis que le projet ainsi décrit dans le courriel faisait concurrence aux machines commercialisées par l'employeuse.

Le témoin O., directeur général d'une société allemande concurrente de l'intimée, lequel avait été approché par un des ingénieurs de celle-ci, a du reste confirmé que lesdits ingénieurs souhaitaient faire concurrence à leur employeuse.

Il n'est nul besoin de longues explications pour admettre que le recourant, averti que plusieurs des collaborateurs de l'intimée entendaient faire concurrence à celle-ci sur le marché des machines industrielles, devait signaler à l'employeuse qu'elle était menacée d'un dommage économique imminent.

L'activité des ingénieurs était évidemment illicite, étant donné qu'ils consacraient notamment une partie de leurs heures de travail à créer des machines pour leur propre compte et qu'ils ne mettaient donc pas toutes leurs forces au service de l'intimée, ce qui constituait une violation flagrante de leur obligation de fidélité résultant des relations de travail qu'ils avaient nouées avec l'employeuse.

Et le projet n'était pas dans les limbes puisqu'il était «avancé au sein de l'équipe», ainsi que l'avait mentionné E. au recourant.

Il suit de là que, du fait de son silence, le recourant, durant le délai de congé, a violé son devoir de fidélité au sens de l'art. 321a CO.

4.3.3 La transgression par le recourant de son obligation de fidélité a rendu caduque la non-imputation, sur les revenus que l'intimée lui a versés entre le 1^{er} mai 2009 et le 30 juin 2011, de toutes les rémunérations qu'il a touchées auprès de tiers, conformément à l'art. 7 de l'avenant. Le recourant, enrichi illégitimement en vertu d'une cause qui a cessé d'exister (art. 62 al. 2 CO), est en conséquence débiteur envers l'intimée de la totalité des rémunérations provenant de tiers.

Il a été constaté ci-dessus que le recourant a encaissé auprès de sociétés tierces, avant le terme de son contrat de travail, un total brut de 1'804'223 fr.20, et non de 1'904'225 fr.70, montant retenu à tort par la cour cantonale.

C'est donc la somme brute de 1'804'223 fr.20, avec intérêts à 5% l'an dès le 28 mars 2012 que devra payer le recourant à l'intimée, sous déduction du bonus pour 2011, par 339'196 fr.25, montant brut, valeur au 1^{er} avril 2012, le recourant ayant invoqué la compensation.

L'opposition de l'intimée à la poursuite du 2 août 2012 est maintenue.

Bundesgericht, Urteil vom 1. Dezember 2016, Doss.-Nr. 4A_521/2016 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. Juni 2016)

Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag jederzeit fristlos auflösen. Folglich kann der Arbeitgeber die fristlose Entlassung auch im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aussprechen, trotz zeitlicher Kündigungsbeschränkung nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für die ordentliche Kündigung. Nach Art. 337 Abs. 3 OR darf das Gericht aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für die fristlose Entlassung anerkennen (E. 2.2.3).

Vorliegend kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos mit der Begründung, der Arbeitnehmer sei drei Tage unentschuldig der Arbeit ferngeblieben. Nachweislich hatte die Arbeitgeberin in diesen Tagen 13 Mal erfolglos versucht, den Arbeitnehmer telefonisch zu erreichen. Am Tage der Kündigung stellte der Arbeitnehmer der Beklagten ein Arztzeugnis zu, worin ihm eine befristete, 100% Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde. Das Bundesgericht stellt fest, dass vorliegend der Grund für die Entlassung nicht die Krankheit, sondern die verspätete Abwesenheitsmeldung des Arbeitnehmers gewesen sei. Es fliesse aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers, die Arbeitgeberin über nicht vorhersehbare Absenzen umgehend zu informieren. Auch das Mitarbeiterhandbuch der Arbeitgeberin präzisiere ausdrücklich, dass Arbeitsverhinderungen umgehend zu melden seien. Angesichts der wichtigen Funktion des Arbeitnehmers im Betrieb und der gesamten Umstände erweise sich die fristlose Entlassung als gerechtfertigt (E. 3.5).

Sachverhalt:

Am 11. Mai 2013 schlossen A. als Arbeitnehmer (Kläger, Beschwerdeführer) und die B. AG als Arbeitgeberin (Beklagte, Beschwerdegegnerin) einen als «Leih-Arbeitsvertrag» betitelten Vertrag ab. Zweck des Arbeitsvertrags war nach dessen Ziffer 1.1 der Verleih des Arbeitnehmers an einen Drittbetrieb (Einsatzbetrieb) für eine unbestimmte Anzahl Einsätze

als Sicherheitswärter. Der Arbeitsvertrag war vom 1. Juli 2013 bis 31. Dezember 2014 befristet und konnte ordentlich unter Einhaltung der entsprechenden Kündigungsfrist gekündigt werden. Ab dem 7. Juli 2014 blieb der Kläger der Arbeit im Einsatzbetrieb C. fern. Mit Schreiben vom 9. Juli 2014 sprach die Beklagte die fristlose Kündigung aus mit der Begründung, der Kläger sei drei Tage unentschuldig der Arbeit ferngeblieben; sämtliche Versuche, ihn zu kontaktieren, seien gescheitert. Gleichentags stellte der Kläger der Beklagten ein Arztzeugnis zu, worin ihm eine Arbeitsunfähigkeit von 100% vom 7. bis 13. Juli 2014 wegen Krankheit attestiert wurde. Das Arztzeugnis ging am 10. Juli 2014 bei der Beklagten ein.

Der Kläger reichte am 23. Februar 2015 Klage am Bezirksgericht Frauenfeld ein. Er beantragte mit dem mit Eingabe vom 22. Juni 2015 angepassten Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm einen Betrag von Fr. 15'121.54 nebst 5% Zins seit 1. Januar 2015 zu bezahlen. Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 14. April 2015, die Klage sei abzuweisen. Gleichzeitig erhob sie Widerklage mit dem Antrag auf Herausgabe verschiedener Arbeitsutensilien; eventualiter beantragte sie unter Nachklagevorbehalt Schadenersatz für die fehlenden Arbeitsutensilien. Mit Urteil vom 8. September 2015 wies die Einzelrichterin des Bezirksgerichts sowohl die Klage als auch die Widerklage ab, soweit letztere betreffend einzeln genannter Utensilien nicht gegenstandslos geworden sei. Dagegen gelangte der Kläger an das Obergericht des Kantons Thurgau, das mit Entscheid vom 28. Juni 2016 die Berufung für unbegründet befand und das erstinstanzliche Urteil schützte. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen und beantragt, es sei der Entscheid des Obergerichts dergestalt abzuändern, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet werde, dem Beschwerdeführer einen Betrag von Fr. 15'121.54 nebst 5% Zinsen seit 1. Januar 2015 zu bezahlen. Eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Vor Bundesgericht ist einzig streitig, ob die Voraussetzungen für die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers am 9. Juli 2014 durch die Beschwerdegegnerin gegeben sind. Dabei ist unbestritten, dass sich diese Frage nach Art. 337 ff. OR beurteilt, da weder die in Frage stehenden Gesamtarbeitsverträge noch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) Regelungen zur fristlosen Kündigung enthalten.

2.2

2.2.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhanden-

sein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3).

2.2.2 Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (Urteil 4A_109/2016 vom 11. August 2016, E. 4.2, zur Publ. vorgesehen; BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31, 213 E. 3.1 S. 220 f.; 129 III 380 E. 2.1; je mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (Urteil 4A_109/2016 vom 11. August 2016, E. 4.2, zur Publ. vorgesehen; BGE 127 III 153 E. 1a S. 155; 116 II 145 E. 6a S. 150).

Derartige Ermessensentscheide der Vorinstanz überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 137 III 303 E. 2.1.1 S. 305; 130 III 213 E. 3.1 S. 220; Urteil 4A_153/2016 vom 27. September 2016 E. 2.1; je mit Hinweisen).

2.2.3 Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag jederzeit fristlos auflösen. Folglich kann der Arbeitgeber die fristlose Entlassung auch im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aussprechen, trotz zeitlicher Kündigungsbeschränkung nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für die ordentliche Kündigung (Urteile 8C_417/2011 vom 3. September 2012 E. 4.3; 4C.247/2006 vom 27. Oktober 2006 E. 2.1).

Nach Art. 337 Abs. 3 OR darf das Gericht aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für die fristlose Entlassung anerkennen. Mit dem Begriff der unverschuldeten Verhinderung wird auf Art. 324a OR verwiesen, der unter anderem Krankheit des Arbeitnehmers als Grund für ein berechtigtes Fernbleiben von der Arbeit nennt (Urteil 4C.10/2002 vom 9. Juli 2002 E. 2; unpubliziertes Urteil 4C.146/1995 vom 1. Februar 1996 E. 2b). Ob im Zeitpunkt der Entlassung eine solche Verhinderung vorliegt, beurteilt sich einzig aufgrund der tatsächlichen Situation des Arbeitnehmers. Unerheb-

lich ist, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Entlassung um die Verhinderung des Arbeitnehmers wusste (Urteil 4C.413/2004 vom 10. März 2005 E. 2.2 f.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 23 zu Art. 337 OR).

3.

3.1 Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer sei im Juli 2014 von der Beschwerdegegnerin an den Einsatzbetrieb C. verliehen worden. Am [recte: ab dem] 7. Juli 2014 sei er der Arbeit ferngeblieben. Mit Schreiben vom 9. Juli 2014 habe die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer fristlos gekündigt. Es sei davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin nicht abmeldete und eine vom 7. bis 9. Juli 2014 erfolgte Abmeldung im Einsatzbetrieb C. sei nicht nachgewiesen. Der Beschwerdeführer sei damit unentschuldig ohne Meldung seiner Arbeitsunfähigkeit krankheitshalber der Arbeit fern geblieben. Die Beschwerdegegnerin habe erst mit Zustellung des Arztzeugnisses am 10. Juli 2014 Kenntnis von der Krankheit des Beschwerdeführers erhalten. Wie die Beschwerdegegnerin im Kündigungsschreiben vom 9. Juli 2014 anführe, sei der Beschwerdeführer für sie telefonisch nicht erreichbar gewesen. Aufgrund der Verbindungsnachweise sei ausgewiesen, dass seitens der Beschwerdegegnerin am 8. und 9. Juli 2014 insgesamt 13 vergebliche Telefonanrufe sowohl auf das Geschäfts- als auch auf das Privathandy des Beschwerdeführers erfolgt seien. Wäre der Beschwerdegegnerin bekannt gewesen, dass der Beschwerdeführer krank gewesen sei, hätte sie sicherlich nicht versucht, ihn derart häufig zu kontaktieren.

Die Beschwerdegegnerin berufe sich darauf, den Beschwerdeführer am 23. und 28. Oktober 2013 sowie am 6. Januar 2014 verwarnt zu haben, weil der Beschwerdeführer regelmässig die Arbeit nicht pünktlich angetreten und bei Krankheit keine oder zu späte Rückmeldungen erteilt habe. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass am 23. Oktober 2013 keine Verwarnung im technischen Sinn erfolgt sei. Die Zustellung an den Beschwerdeführer des mit «Verweis» betitelten Schriftstücks der Beschwerdegegnerin vom 28. Oktober 2013 sei nicht nachgewiesen und damit sei eine schriftliche Verwarnung nicht erstellt. Das Beurteilungsgespräch zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Vorgesetzten D. vom Einsatzbetrieb C. vom 6. Januar 2014 zusammen mit dem vom Beschwerdeführer unterzeichneten Beurteilungsblatt würden aber eine Verwarnung im technischen Sinne darstellen. Der Beschwerdeführer sei damit am 6. Januar 2014 verwarnt worden, weil er öfters unpünktlich zur Arbeit erschienen sei. Die Beschwerdegegnerin habe am 9. Juli 2014 die fristlose Kündigung ausgesprochen, weil der Beschwerdeführer unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei. Der Verwarnungs- und der Kündigungsgrund würde nicht dasselbe betreffen, aber gleichartige Verhalten. Ähnliche Verstösse nach einer Verwarnung würden unter dem Aspekt von Treu und Glauben schwerer ins Gewicht fallen. Wie die Erstinstanz korrekt festgehalten habe, sei es gravierender, wenn ein Arbeitnehmer während mehreren Tagen gar nicht mehr zur Ar-

beit erscheine, als wenn er mit Verspätung zur Arbeit komme. Aufgrund der vorangegangenen Verwarnung sei der Vorfall vom 7. Juli 2014 – unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit – damit grundsätzlich geeignet, die fristlose Kündigung vom 9. Juli 2014 zu rechtfertigen.

Die Vorinstanz erwog weiter, dass für die Beurteilung der Voraussetzung des wichtigen Grunds nach Art. 337 OR der Funktion des Beschwerdeführers als Sicherheitswärter eine entscheidende Bedeutung zukomme. Nach den unbestrittenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin seien Sicherheitswärter für den Betrieb einer Baustelle im Gleisbau unerlässliche Mitarbeiter, die eine verantwortungsvolle Position innehaben. Sicherheitswärter seien eine Voraussetzung für den Betrieb einer Gleisbaustelle. Dafür seien sie geschult und erhielten eine besondere Arbeitsausrüstung. In ihrer Funktion hätten sie die Strecke stets zu überwachen und die Arbeitenden auf den Gleisen beim Herannahen eines Zuges zu warnen. Ohne die vorgeschriebene Anwesenheit eines Sicherheitswärters stünden die Arbeiten einer gesamten Gruppe von Gleisarbeitern still. Der Beschwerdegegnerin – sollte nicht sonst ein Sicherheitswärter vor Ort sein – entstünden in solchen Fällen nicht unwesentliche wirtschaftliche Einbussen, weil einerseits die bereitstehenden Gleisarbeiter nicht mit ihrer Arbeit beginnen bzw. fortfahren und andererseits Verspätungen im gesamten Ablauf entstehen könnten. Neben der verantwortungsvollen Funktion komme hinzu, dass bei Fehlen des Sicherheitswärters, sei es wegen Verspätung oder Krankheit, eine rechtzeitige Abmeldung besonders wichtig sei, ansonsten eine ganze Arbeitsgruppe stillstehe. Auf diese Umstände habe auch der Zeuge D. hingewiesen.

Gemäss Mitarbeiterhandbuch der Beschwerdegegnerin müsse sich der Arbeitnehmer, wenn er infolge einer Krankheit an der Dienstleistung verhindert sei, sofort bei seinem direkten Vorgesetzten (Bauführer, Polier/Vorarbeiter oder Gruppenleiter) melden. Am ersten Ausfalltag sei auch das Büro [der Beschwerdegegnerin] bis 08.00 Uhr zu informieren. Es sei nachvollziehbar, dass beim Ausfall eines Sicherheitswärters aufgrund der Abhängigkeit einer ganzen Arbeitsgruppe von seinem Arbeitseinsatz eine äussert vordringliche Notwendigkeit für die Arbeitgeberin bestehe, sofort umdisponieren zu können. Dass der Beschwerdeführer diese ihm arbeitsrechtlich obliegende Verhaltenspflicht missachtete und sich bis zur Zustellung des Arzzeugnisses vom 9. Juli 2014, das bei der Beschwerdegegnerin am 10. Juli 2014 einging, nicht meldete, sei bereits deswegen als schwerwiegende Verfehlung einzustufen.

Hinzu komme, so die Vorinstanz weiter, dass der Beschwerdeführer, dem ein Geschäftshandy zur Verfügung gestanden habe, für die Beschwerdegegnerin telefonisch nicht erreichbar gewesen sei. Zahlreiche Kontaktversuche [insgesamt 13 vergebliche Telefonanrufe am 8. und 9. Juli 2014 auf das Geschäfts- und Privathandy des Beschwerdeführers] seien fehlgeschlagen. Die Beschwerdegegnerin sei damit während drei Tagen über den Grund der Abwesenheit des Beschwerdeführers und seine weitere Ein-

satzmöglichkeit völlig im Ungewissen geblieben, was namentlich mit Bezug auf die Funktion des Beschwerdeführers als Sicherheitswärter, von dem die Arbeitsabläufe einer ganzen Arbeitsgruppe abhängen würden, inakzeptabel sei. Dadurch liege ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor. Die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage sei entzogen, und der Beschwerdegegnerin sei eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar gewesen.

Dass die Beschwerdegegnerin berechtigt gewesen sei, den Beschwerdeführer fristlos zu entlassen, gelte umso mehr, wenn die früheren Vorfälle und die am 6. Januar 2014 erfolgte Verwarnung in die Beurteilung miteinbezogen werde. Auch wenn im Zusammenhang mit dem Telefonat, das E. [der damalige Vorgesetzte des Beschwerdeführers] mit dem Beschwerdeführer im Oktober 2013 führte, eine Verwarnung im technischen Sinn nicht nachgewiesen sei, seien die entsprechenden Umstände hier im Rahmen einer Gesamtwürdigung doch miteinzubeziehen. Der Beschwerdeführer selber habe erklärt, dass ihn E. «wegen des Zuspätkommens» angerufen habe. Gemäss den Aussagen des Zeugen E. sei der Beschwerdeführer anlässlich dieses Telefonats auf die Pünktlichkeit und seine Meldepflicht angesprochen worden. Damit sei ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer bereits im Oktober 2013 auf seine diesbezüglichen Verhaltenspflichten hingewiesen worden sei. Am 6. Januar 2014 sei sodann eine Verwarnung des Beschwerdeführers [durch seinen Vorgesetzten D. im Einsatzbetrieb] zufolge von Unpünktlichkeit erfolgt. Zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden schon früher bekannte Vorfälle könnten zusammen mit einem für sich allein allenfalls nicht ausreichenden neuen Vorfall eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Sie würden gleichsam den Tropfen bilden, der das Fass zum Überlaufen bringen würde. Erforderlich sei in diesem Fall jedoch, dass der Kündigende auf die früheren Verfehlungen mit einer Mahnung oder Verwarnung reagiert habe, was hier geschehen sei.

Entgegen den Darlegungen des Beschwerdeführers handle es sich bei der Verfehlung im Juli 2014 auch keineswegs um eine «gänzlich andere» als im Gespräch mit dem Zeugen D. im Januar 2014 thematisiert worden sei. Wie die Erstinstanz zutreffend festgehalten habe, handle es sich zwar nicht um genau dasselbe, aber immerhin um ein gleichartiges Fehlverhalten. Sowohl die Unpünktlichkeit als auch die Nichtmeldung einer Arbeitsunfähigkeit krankheitshalber und damit ein unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz betreffen die Wahrnehmung von Pflichten im Zusammenhang mit der Arbeitspräsenz des Arbeitnehmers. Damit nach einer Verwarnung eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sei, sei nicht erforderlich, dass nach einer Verwarnung ein genau gleicher Verstoss begangen worden sei. Bereits ein weniger schwerwiegendes, ähnliches Fehlverhalten vermöge dann eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

Unter diesen Umständen sei es der Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten gewesen, mit der Kündigung bis zum

Ablauf der Kündigungsfrist zuzuwarten. Die fristlose Kündigung vom 9. Juli 2014 sei daher gerechtfertigt.

3.2 Dagegen bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz gehe irrtümlich davon aus, er sei unentschuldig der Arbeit ferngeblieben. Nach der Aktenlage sei erstellt, dass er im fraglichen Zeitraum aus gesundheitlichen Gründen zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei. Insoweit sei davon auszugehen, dass er sehr wohl entschuldigt gewesen sei, weil er krankheitshalber seine Beschäftigung nicht habe ausüben können. Ihm sei einzig vorzuwerfen, dass er seine Erkrankung und die damit zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit nicht rechtzeitig bzw. nicht sofort bei der Beschwerdegegnerin gemeldet habe. Hier sei zu berücksichtigen, dass auch eine rechtzeitige Meldung nichts daran geändert hätte, dass er am 7. Juli 2014 seine Arbeit nicht hätte antreten können.

Anknüpfend an diese lediglich verspätete Meldung könne aber entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanz nicht davon ausgegangen werden, dass durch diese allein ein Grund für die fristlose Kündigung gesetzt worden wäre. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine weniger schwerwiegende Pflichtverletzung vorliege, die nur nach vorangegangenen Verwarnungen für gleichartige Pflichtverletzungen allenfalls zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte. Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts erreiche dieser Umstand für sich allein gesehen nicht jene Schwere, um von einem Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses auszugehen. Denn es sei nicht ersichtlich, weshalb es der Beschwerdegegnerin trotz dieser einmal vorgekommenen zu späten Meldung der unstrittig bestandenen Erkrankung des Beschwerdeführers nicht zumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

3.3 Die Vorinstanz geht in der Tat davon aus, dass der Beschwerdeführer «unentschuldig» der Arbeit fernblieb. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz handelt es sich vorliegend nicht um ein «unentschuldigtes» Fernbleiben (dazu Urteil 4C.222/2003 vom 2. September 2003 E. 2.2). Vielmehr reichte der Beschwerdeführer für die Zeit seiner Abwesenheit ein Arzteugnis ein, das ihm eine vollständige Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit attestierte. Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ist sodann nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin vorgebracht hätte, dass der Beschwerdeführer vom 7. Juli 2014, als er nicht am Arbeitsplatz erschien, bis zum 9. Juli 2014, als die Beschwerdegegnerin die fristlose Kündigung aussprach, nicht arbeitsunfähig gewesen wäre oder dass er die Arbeitsunfähigkeit verschuldet hätte. Dass die Beschwerdegegnerin von der Krankheit nichts wusste und erst einen Tag nach der Kündigung von der Krankheit des Beschwerdeführers erfuhr, ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht massgebend (dazu oben Erwägung 2.2.3). Es ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer vom 7. bis 9. Juli 2014 aufgrund einer Krankheit unverschuldet arbeitsunfähig war und damit entschuldigt der Arbeit fernblieb.

3.4 Da die unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung nach Art. 337 Abs. 3 OR keinen Grund für die fristlose Entlassung darstellen kann (dazu Erwägung 2.2.3), kommt als Grund für die fristlose Entlassung einzig in Frage, dass der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin bzw. den Einsatzbetrieb nicht umgehend über seine Abwesenheit am Arbeitsplatz orientierte.

Ob das Beurteilungsgespräch vom 6. Januar 2014 durch den damaligen Vorgesetzten des Beschwerdeführers im Einsatzbetrieb zusammen mit dem vom Beschwerdeführer unterzeichneten Beurteilungsblatt eine Verwarnung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellen würde (dazu Urteil 4A_188/2014 vom 8. Oktober 2014 E. 2.3), braucht nicht beurteilt zu werden, wenn die Verfehlung des Beschwerdeführers als besonderes schwer zu qualifizieren ist, sodass er auch ohne vorgängige Verwarnung fristlos entlassen werden kann.

3.5 Die Vorinstanz stützte sich für die dem Beschwerdeführer vorgeworfene schwerwiegende Verfehlung einzig auf einen Verstoss gegen das Mitarbeiterhandbuch der Beschwerdegegnerin. Diesbezüglich ist zu ergänzen, dass sich bereits aus der Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR ergibt, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über nicht vorhersehbare Absenzen, wie beispielsweise eine Krankheit, umgehend zu informieren hat (vgl. Urteile 4C.359/2006 vom 12. Januar 2007 E. 6; 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005 E. 5.1). Die Vorinstanz berücksichtigte sodann für ihre Beurteilung zu Recht, dass diese Pflicht im vorliegenden Fall zusätzlich in einer klaren Weisung im Mitarbeiterhandbuch der Beschwerdegegnerin bekräftigt und insoweit präzisiert wurde, dass sich der Arbeitnehmer bei Verhinderung sofort bei seinem direkten Vorgesetzten im Einsatzbetrieb und am ersten Tag auch bis 08.00h bei der Beschwerdegegnerin abzumelden habe.

Die Vorinstanz legte nach dem oben Ausgeführten (Erwägung 3.1) zunächst in ihrer Hauptbegründung ohne Berücksichtigung der Verwarnung vom 6. Januar 2014 dar, dass das Verhalten des Beschwerdeführers als schwerwiegende Verfehlung einzustufen sei. Anschliessend erwog sie in einer bekräftigenden Zusatzbegründung, warum die Entlassung «umso mehr» gerechtfertigt sei, wenn die früheren Vorfälle und die genannte Verwarnung miteinbezogen werde.

Der Beschwerdeführer bringt gegen die vorinstanzliche Hauptbegründung zunächst vor, dass die rechtzeitige Abmeldung nichts daran geändert hätte, dass er aufgrund der Krankheit an diesen Tagen nicht hätte arbeiten können. Es ist zwar zutreffend, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Krankheit an den fraglichen Tagen die Arbeit nicht hätte antreten können. Grund für die fristlose Entlassung war aber nicht, dass der Beschwerdeführer der Arbeit fernblieb (dazu oben Erwägung 3.3), sondern vielmehr, dass er die Beschwerdegegnerin nicht umgehend, sondern erst mit der Zustellung des Arztzeugnisses vom 9. Juli 2014, das bei der Beschwerdegegnerin am 10. Juli 2014 einging, über seine Abwesenheit am

Arbeitsplatz informierte. Inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten hätte, ist damit nicht dargetan.

Sodann behauptet der Beschwerdeführer bloss, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz sein Verhalten nicht als schwere Verfehlung einzustufen sei. Diese pauschale Kritik verfängt nicht. Im Gegenteil: Es ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, namentlich der Funktion des Beschwerdeführers als Sicherheitswärter, bei der eine umgehende Abmeldung bei Abwesenheit am Arbeitsplatz aufgrund der von der Vorinstanz zutreffend dargelegten Gründen besonders wichtig ist, der klaren Weisung der Beschwerdegegnerin im Mitarbeiterhandbuch über das Verhalten bei einer Absenz, dem nochmaligen ausdrücklichen Hinweis über diese Meldepflicht durch den damaligen Vorgesetzten des Beschwerdeführers im Oktober 2013 und unter Beachtung, dass dem Beschwerdeführer ein Geschäftshandy zur Verfügung gestanden ist und die Beschwerdegegnerin ihn während der Abwesenheit insgesamt 13 Mal vergeblich zu erreichen versuchte, die nicht umgehende Meldung der Abwesenheit am Arbeitsplatz als schwerwiegende Verfehlung einstuft.

Schliesslich stellt sich der Beschwerdeführer insbesondere nicht auf den Standpunkt, dass er sich aufgrund seiner Krankheit oder aus anderen Gründen nicht bei der Beschwerdegegnerin bzw. beim Einsatzbetrieb hätte abmelden können (dazu Urteil 4C.359/2006 vom 12. Januar 2007 E. 6). Vielmehr behauptete er im vorinstanzlichen Verfahren, dass er sich am Tag der Erkrankung bei seinem Vorgesetzten F. im Einsatzbetrieb C. telefonisch und per SMS abgemeldet habe, wobei er diese Behauptung aber mittels Verbindungsnachweisen nicht nachweisen konnte. Jedoch bestätigt der Beschwerdeführer mit diesem Vorbringen selbst, dass es ihm einerseits möglich gewesen wäre, die Beschwerdegegnerin bzw. den Einsatzbetrieb über seine Abwesenheit am Arbeitsplatz trotz seiner Krankheit zu informieren, und andererseits, dass er sich seiner Pflicht, seine Arbeitgeberin bzw. den Einsatzbetrieb umgehend über die Abwesenheit zu informieren, sehr wohl bewusst gewesen ist.

Für das Bundesgericht besteht nach dem Gesagten kein Grund in den Ermessensentscheid der Vorinstanz einzugreifen. Es ist damit zusammenfassend nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in der vorliegenden konkreten Situation zum Schluss kam, der Beschwerdeführer habe durch sein Verhalten eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen, so dass die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zerstört und die Fortsetzung des Arbeitsvertrags der Beschwerdegegnerin nicht mehr zumutbar gewesen war. Damit erweist sich die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers vom 9. Juli 2014 auch ohne vorgängige Verwarnung als gerechtfertigt.

3.6 Damit hält bereits die Hauptbegründung der Vorinstanz der bundesgerichtlichen Überprüfung stand. Es erübrigt sich demnach, auf die Zu-

satzbegründung der Vorinstanz und die dagegen vom Beschwerdeführer vorgetragene Einwände einzugehen.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 13 décembre 2016, Doss.-No 4A_161/2016
(Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 28 octobre 2015 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)*

Fondé sur l'art. 337c al.1 CO, applicable en cas de licenciement immédiat injustifié, le droit du recourant au paiement en espèces de 3,15 jours de vacances est reconnu. Le salaire afférent aux vacances (art. 329d al.1 CO) doit être calculé sur la base du salaire complet; en particulier, les indemnités versées à titre d'heures supplémentaires ou pour du travail effectué de nuit ou le dimanche seront prises en compte pour autant qu'elles revêtent un caractère régulier et durable. A la fin des rapports de travail, une éventuelle indemnité pour vacances non prises doit également être calculée sur la base du salaire complet, lequel comprend notamment le treizième salaire éventuellement convenu par les parties (c. 2.1).

Il est généralement admis que le salaire brut est déterminant lorsqu'il s'agit d'arrêter l'indemnité réparatrice et punitive fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. Mais cela ne signifie pas encore qu'une part du treizième salaire doit nécessairement y être incluse; il est possible en effet de se fonder sur le montant que le travailleur a gagné chaque mois avant le licenciement. Au demeurant, la loi n'impose pas de s'en tenir strictement à une quote-part de salaire (c. 3.3).

En l'espèce, l'employeur a commis indéniablement une faute en licenciant sur-le-champ le recourant en raison d'une altercation ayant prétendument dégénéré en bagarre. En effet, l'employeur ne disposait alors pas d'éléments suffisants pour retenir que le recourant s'était battu avec son collègue. Toutefois, en ayant une dispute verbale avec son collègue et en allant à son contact physique, le recourant a lui-même adopté un comportement répréhensible dont l'autorité précédente pouvait tenir compte au moment de fixer l'ampleur de l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. Dans les circonstances de l'espèce, il n'apparaît pas que la cour cantonale ait abusé de son (large) pouvoir d'appréciation en allouant au recourant l'équivalent d'un mois de salaire à titre d'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (c. 3.4).

Extraits des faits:

Z. SA est une société active dans le traitement et la récupération de papier et de tous déchets recyclables. Depuis le 1^{er} mai 2008, X. travaillait en qualité d'ouvrier polyvalent à la succursale de... de cette entreprise. En février 2013, son salaire mensuel brut s'élevait à 4'150 fr. Le matin du 7 juin 2013, une altercation a eu lieu sur le lieu de travail entre X. et son collègue A. Ce dernier a notamment fait tomber X. et lui a donné des coups alors qu'il se trouvait à terre. Selon deux certificats médicaux établis les 7 et 27 juin 2013, X. a subi une incapacité de travail totale jusqu'au 20 juin 2013.

Après avoir entendu les deux travailleurs ainsi que deux autres employés ayant assisté à la scène, l'employeur a, le matin même, licencié X. et A. avec effet immédiat pour des motifs identiques ainsi décrits dans les lettres de congé: «Aux environs de 7.30 h, vous avez eu une altercation violente avec un de vos collègues de travail, laquelle a dégénéré en bagarre avec agression physique et verbale.»

Le 25 juin 2013, X. a contesté la résiliation du contrat de travail avec effet immédiat, niant l'existence de justes motifs. L'employeur a refusé de revenir sur sa décision, soulignant qu'il ne pouvait en aucun cas tolérer la violence sur le lieu de travail. Le 11 juillet 2013, X. a déposé une plainte pénale contre A.. Par ordonnance pénale du 11 mars 2014, ce dernier a été reconnu coupable de lésions corporelles simples au sens de l'art. 123 al. 1 CP et condamné à 40 jours-amende à 50 fr., peine assortie du sursis pendant deux ans. L'ordonnance pénale relate les faits suivants: «Le vendredi 7 juin 2013 vers 07h00, au sein de l'entreprise Z. SA à..., le plaignant X. et le prévenu A., après s'être échangé quelques mots, se sont bousculés. A. a alors poussé X., qui est tombé à terre. Alors qu'il se trouvait au sol, le prévenu a encore donné des coups de pied et de poing dans les jambes, sur la poitrine, dans le dos et sur la tête du plaignant. X. a subi une plaie de 0.5 cm de longueur superficielle temporale gauche, des douleurs à la palpation antérieure du gril costal et du muscle trapèze gauche, une tuméfaction antérieure tibiale de 5 x 10 cm sans rougeur, avec des douleurs locales à la palpation ainsi qu'une légère douleur du tibia, sans déformation ni tuméfaction.» Jusqu'au 30 juin 2014, X. a perçu des indemnités journalières de la SUVA à hauteur de 80% de son salaire.

Par demande du 25 novembre 2014, X. a ouvert action contre Z. SA en paiement de 4'131 fr.60 à titre d'indemnité pour les vacances non prises entre le 7 juin 2013 et le 28 février 2014, de prime annuelle et de salaire pendant les trois jours du délai d'attente de la SUVA, ainsi que de 17'983 fr.40 à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Par jugement du 8 avril 2015, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a rejeté les conclusions en paiement du demandeur.

X. a interjeté appel. Par arrêt du 28 octobre 2015 dont les considérants ont été notifiés le 10 février 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal

cantonal vaudois a admis partiellement l'appel et réformé le jugement attaqué en ce sens que Z. SA est condamnée à verser à X. les montants de 602 fr.45 brut et 4'150 fr. net, le tout plus intérêts à 5% dès le 8 juin 2013.

X. interjette un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 329b (*recte*: 329d) al. 1 et 2 CO. Il ne remet pas en cause la réduction de son droit aux vacances, fixé à 3,15 jours par la cour cantonale, mais reproche à celle-ci d'avoir pris en compte, lors de la rémunération de ces jours, un salaire journalier brut faisant abstraction du treizième salaire.

2.1 Fondé sur l'art. 337c al. 1 CO, le droit du recourant au paiement en espèces de 3,15 jours de vacances est reconnu.

Le salaire afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO) doit être calculé sur la base du salaire complet; en particulier, les indemnités versées à titre d'heures supplémentaires ou pour du travail effectué de nuit ou le dimanche seront prises en compte pour autant qu'elles revêtent un caractère régulier et durable (ATF 138 III 107 consid. 3 p. 109; 132 III 172 consid. 3.1 p. 174). A la fin des rapports de travail, une éventuelle indemnité pour vacances non prises doit également être calculée sur la base du salaire complet, lequel comprend notamment le treizième salaire éventuellement convenu par les parties (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 399 s.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7^e éd. 2012, n° 3 p. 686; ERIC CEROTTINI, Le droit aux vacances – Étude des articles 329a à d CO, 2001, p. 197 s.).

2.2 Pour calculer l'indemnité correspondant à 3,15 jours de vacances, la cour cantonale est partie du salaire mensuel brut de février 2013 (4'150 fr.) qu'elle a divisé par 21,7 pour obtenir un salaire journalier (191 fr.25), multiplié ensuite par 3,15 (602 fr.45). Ce faisant, elle n'a pas tenu compte du treizième salaire, dont elle fait pourtant mention dans les faits au travers du décompte de salaire établi par l'employeur au 7 juin 2013. Par cette omission, l'autorité précédente a violé le droit fédéral. Le recours est fondé sur ce point et il convient de rectifier en conséquence le calcul de l'indemnité pour vacances non prises. Le montant à verser à ce titre par l'intimée s'élève à 652 fr.70 ($4'150 \times 13 = 53'950$; $53'950/12 = 4495,85$; $4495,85/21,7 = 207,20$; $207,20 \times 3,15 = 652,70$).

3.

Le recourant reproche également à la cour cantonale une violation de l'art. 337c al. 3 CO. En fixant à 4'150 fr., correspondant à un mois de salaire brut, l'indemnité due en cas de résiliation immédiate injustifiée, les juges vaudois n'auraient, là non plus, pas tenu compte de la part du treizième salaire à englober dans le salaire mensuel. Par ailleurs, ils auraient omis de prendre en considération des circonstances déterminantes, telles la durée

des rapports de travail, la qualité des prestations et le bon comportement de l'employé, ainsi que son état physique après l'agression. Invoquant l'art. 105 al. 2 LTF, le recourant entend faire compléter l'état de fait sur ces deux derniers points: d'une part, il fait état d'un certificat de travail élogieux, datant du 7 mai 2010; d'autre part, il relève que les juges de première instance, contrairement à la cour cantonale, ont retenu que l'employé agressé s'était plaint de douleurs auprès de son supérieur et que l'arrêt attaqué ne contient pas la description de l'état de santé de l'intéressé figurant dans les deux certificats médicaux mentionnés.

S'agissant des fautes respectives des parties, le recourant conteste toute faute concomitante, que la cour cantonale aurait admise sur la base d'une appréciation arbitraire des preuves; il relève en revanche la gravité de la faute de l'intimée, qui, au lieu d'apporter soutien et protection au collaborateur agressé et blessé, lui a réservé le même traitement qu'à l'agresseur en le licenciant sur-le-champ.

3.1 L'art. 337c al. 3 CO prévoit qu'en cas de résiliation immédiate injustifiée, le juge peut allouer au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances, mais sans dépasser l'équivalent de six mois de salaire. Cette indemnité, qui s'ajoute aux droits découlant de l'art. 337c al. 1 CO, revêt une double finalité, à la fois réparatrice et punitive, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à la peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407; 120 II 209 consid. 9b p. 214). Sauf cas exceptionnel, elle doit être versée pour tout licenciement immédiat dénué de justes motifs (ATF 133 III 657 consid. 3.2 p. 660 et les arrêts cités).

L'indemnité est fixée d'après la gravité de la faute de l'employeur, la mesure de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur et la manière dont la résiliation a été annoncée; d'autres critères tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale, une éventuelle faute concomitante et les effets économiques du licenciement entrent aussi en considération (arrêts 4A_153/2016 du 27 septembre 2016 consid. 3.1; 4A_135/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.2; 4A_218/2012 du 24 juillet 2012 consid. 2.2; 4A_660/2010 du 11 mars 2011 consid. 3.2). Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation; le Tribunal fédéral ne substitue qu'avec retenue sa propre appréciation à celle de la juridiction cantonale (arrêt précité du 27 septembre 2016 consid. 3.1).

3.2 En ce qui concerne les éléments permettant d'apprécier l'ampleur de l'indemnité à verser par l'intimée, il n'y a pas lieu de compléter l'état de fait sur lequel la cour cantonale s'est fondée. En effet, un certificat de travail établi trois ans avant l'épisode litigieux n'est pas susceptible d'établir une circonstance pertinente pour la fixation de l'indemnité due en vertu de l'art. 337c al. 3 CO. Quant aux lésions subies par le recourant, elles ressor-

tent précisément de l'ordonnance pénale, dont l'état de fait est repris dans l'arrêt attaqué; les juges cantonaux ont retenu en outre que les deux certificats médicaux invoqués par le recourant font état d'une incapacité de travail totale jusqu'au 20 juin 2013.

Enfin, contrairement à ce que le recourant soutient, déterminer si le comportement qu'il a adopté le jour litigieux constitue une faute concomitante ne relève pas d'une appréciation des preuves, prétendument arbitraire, mais constitue une question de droit.

3.3 Pour fixer l'indemnité due sur la base de l'art. 337c al. 3 CO, la cour cantonale est partie du salaire brut mensuel versé avant la résiliation, sans y inclure une part du treizième salaire.

Dans l'arrêt 4A_234/2015 du 5 août 2015 invoqué par le recourant, le Tribunal fédéral relève qu'il est généralement admis que le salaire brut est déterminant lorsqu'il s'agit d'arrêter l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (consid. 3.2). Mais cela ne signifie pas encore qu'une part du treizième salaire doit nécessairement y être incluse; il est possible en effet de se fonder sur le montant que le travailleur a gagné chaque mois avant le licenciement (même arrêt consid. 3.2 *in fine* et l'arrêt cité). Au demeurant, la loi n'impose pas de s'en tenir strictement à une quote-part de salaire (même arrêt consid. 3.3). Compte tenu du large pouvoir d'appréciation réservé au juge en la matière, le mode de procéder adopté par la cour cantonale ne prête dès lors pas le flanc à la critique.

3.4 La cour cantonale a limité à un mois de salaire l'indemnité due en vertu de l'art. 337c al. 3 CO. Dans son appréciation, elle n'a pas qualifié de grave la faute de l'employeur, lequel, en licenciant les deux protagonistes de l'incident du 7 juin 2013, avait cherché à prévenir d'autres disputes violentes dans un milieu multiculturel à risque de dérapages; elle a retenu par ailleurs une faute concomitante à la charge du recourant.

L'intimée a commis indéniablement une faute en licenciant sur-le-champ le recourant en raison d'une altercation ayant prétendument dégénéré en bagarre. En effet, elle ne disposait alors pas d'éléments suffisants pour retenir que le recourant s'était battu avec son collègue. Entendus le jour même, les deux témoins de la scène avaient déclaré que c'était A. qui avait fait tomber à terre le recourant; de plus, ce dernier était blessé alors que rien n'indiquait que A. avait subi une atteinte à son intégrité physique. Il n'en demeure pas moins qu'une altercation, qui s'est manifestée de part et d'autre par des cris et une bousculade, a bien opposé les deux protagonistes avant que le recourant soit poussé au sol et frappé. Or, en ayant une dispute verbale avec son collègue et en allant à son contact physique, le recourant a adopté un comportement répréhensible dont l'autorité précédente pouvait tenir compte au moment de fixer l'ampleur de l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. Dans les circonstances de l'espèce, il n'apparaît pas que la cour cantonale ait abusé de son (large) pouvoir d'appréciation en allouant au recourant l'équivalent d'un mois de salaire à titre d'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO.

Bundesgericht, Urteil vom 12. Dezember 2016, Doss.-Nr. 2C_625/2016 (Aufhebung Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2016), in: BGE 143 II 102

Art. 360a und 360b OR; Art. 1 und 7 EntsG; Art. 11 und 16c EntsV; Personenfreizügigkeit, flankierende Massnahmen gegen Lohndumping, Auskunftsrecht der tripartiten Kommissionen.

Rechtliche Grundlagen und Zweck der so genannten flankierenden Massnahmen (E. 2.1 und 2.2); Funktion und Aufgaben der tripartiten Kommissionen, insbesondere Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in Dokumente gemäss Art. 360b Abs. 5 OR (E. 2.3 und 2.4). Werden die Entstehungsgeschichte, die systematische Einordnung der Norm und die entsprechende Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 EntsG miteinbezogen, führt die Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR zum Ergebnis, dass eine Verpflichtung der kontrollierten Unternehmen besteht, den tripartiten Kommissionen alle notwendigen Unterlagen, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind, herauszugeben bzw. zuzustellen (E. 3).

Art. 360a et 360b CO; art. 1 et 7 LDét; art. 11 et 16c Odét; libre circulation des personnes, mesures d'accompagnement contre le dumping salarial, droit de renseignement des commissions tripartites.

Bases légales et but des mesures d'accompagnement (consid. 2.1 et 2.2); fonction et tâches des commissions tripartites, en particulier le droit d'obtenir des renseignements et de consulter des documents conformément à l'art. 360b al. 5 CO (consid. 2.3 et 2.4). Il ressort tant des travaux préparatoires, de la systématique de la loi que de la règle spécifique prévue à l'art. 7 al. 2 LDét que l'art. 360b al. 5 CO doit être interprété en ce sens que l'entreprise contrôlée est tenue de mettre à disposition, respectivement transmettre aux commissions tripartites tous les documents nécessaires à l'exécution de l'enquête (consid. 3).

Sachverhalt:

A.

Die Arbeitskontrollstelle für den Kanton Zürich (im Folgenden: AKZ) führte am 16. Februar 2015 auf einer Baustelle in U./ZH eine Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch. Am Einsatzort angetroffen und kontrolliert wurde unter anderem der portugiesische Staatsangehörige A., Angestellter der X. AG mit Sitz in V./ZH. Bezugnehmend auf die Baustellenkontrolle vom 16. Februar 2015 forderte die AKZ die X. AG am 4. März 2015 zur Edition diverser Unterlagen betreffend die Lohn- und Arbeitsbedingungen von A. auf. Die mit diesem Schreiben bzw. mit Ermahnungsschreiben vom 1. April 2015 angesetzten Fristen liess die X. AG ungenutzt verstreichen.

B.

Mit Verfügung vom 19. Mai 2015 ordnete das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) an, B., einzelzeichnungsberechtigtes und einziges Mitglied des Verwaltungsrates der X. AG, habe ihm bis spätestens 19. Juni 2015 Kopien des Arbeitsvertrages, der Lohnabrechnungen der Monate Dezember 2014, Januar und Februar 2015 sowie der entsprechenden Arbeitszeitrapporte des Arbeitnehmers A. zuzustellen (Dispositiv-Ziff. 1) und drohte ihm bei Nichtbefolgung dieser Verfügung eine Strafanzeige wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen an (Dispositiv-Ziff. 2).

Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 25. Januar 2016 ab und setzte der X. AG eine neue Frist zur Einreichung der streitigen Unterlagen bis 1. März 2016. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, hiess die von der X. AG dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 18. Mai 2016 gut, soweit es darauf eintrat. Es hob Dispositiv-Ziff. 1 des Rekursentscheides vom 25. Januar 2016 (Bestätigung der Herausgabepflicht) sowie Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des AWA vom 19. Mai 2015 auf und regelte die Kosten des Rekursverfahrens (Dispositiv-Ziff. 2 des Rekursentscheides) neu.

C.

Mit Eingabe vom 4. Juli 2016 erhebt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Es beantragt, das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Mai 2016 sei aufzuheben und die Verfügung des AWA vom 19. Mai 2015 zu bestätigen. Der Beschwerdegegnerin sei eine neue Frist von 10 Tagen ab Rechtskraft des Bundesgerichtsurteils anzusetzen, um die in der Verfügung des AWA vom 19. Mai 2015 genannten Unterlagen einzureichen.

Das AWA und die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich beantragen die Gutheissung der Beschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verzichtet auf eine Vernehmlassung. Die X. AG hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Zur Abfederung der Auswirkungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) auf den Arbeitsmarkt hat der schweizerische Gesetzgeber so genannte flankierende Massnahmen erlassen. Diese bezwecken namentlich den Schutz vor Sozial- und Lohndumping und sollen für die hiesigen Anbieter und diejenigen der EU/

EFTA-Staaten, die von der beschränkten Dienstleistungsfreiheit des Freizügigkeitsrechts profitieren, gleiche Bedingungen («gleich lange Spiesse») schaffen (Urteil 2C_81/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 1.2; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 1 und 2 zu Art. 360a OR; JEANNERAT/MAHON, in: Commentaire du contrat de travail, 2013, N. 3 zu Art. 360a OR).

2.2 Im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen wurden unter anderem Art. 360a und Art. 360b OR (in der Fassung vom 8. Oktober 1999; AS 2003 1370; BBl 1999 6128) per 1. Juni 2003 (Art. 360b OR) bzw. 1. Juni 2004 (Art. 360a OR) in Kraft gesetzt. Diese Mindestlohnvorschriften lauten wie folgt:

Art. 360a OR: 1. Voraussetzungen

1 Werden innerhalb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten und liegt kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über Mindestlöhne vor, der allgemein verbindlich erklärt werden kann, so kann die zuständige Behörde zur Bekämpfung oder Verhinderung von Missbräuchen auf Antrag der tripartiten Kommission nach Artikel 360b einen befristeten Normalarbeitsvertrag erlassen, der nach Regionen und gegebenenfalls Orten differenzierte Mindestlöhne vorsieht.

(...)

Art. 360b OR: 2. Tripartite Kommissionen

1 Der Bund und jeder Kanton setzen eine tripartite Kommission ein, die sich aus einer gleichen Zahl von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern sowie Vertretern des Staates zusammensetzt.

2 (...)

3 Die Kommissionen beobachten den Arbeitsmarkt. Stellen sie Missbräuche im Sinne von Artikel 360a Absatz 1 fest, so suchen sie in der Regel eine direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern. Gelingt dies innert zwei Monaten nicht, so beantragen sie der zuständigen Behörde den Erlass eines Normalarbeitsvertrages, der für die betroffenen Branchen oder Berufe Mindestlöhne vorsieht.

4 Ändert sich die Arbeitsmarktsituation in den betroffenen Branchen, so beantragt die tripartite Kommission der zuständigen Behörde die Änderung oder die Aufhebung des Normalarbeitsvertrages.

5 Um die ihnen übertragenen Aufgaben wahrzunehmen, haben die tripartiten Kommissionen in den Betrieben das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind. Im Streitfall entscheidet eine hierfür vom Bund beziehungsweise vom Kanton bezeichnete Behörde. (...)

Ebenfalls im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen ist per 1. Juni 2004 das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20) in Kraft getreten. Die-

ses regelt gemäss Art. 1 Abs. 1 EntsG zunächst die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum a) auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen oder b) in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört. Gemäss dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Art. 1 Abs. 2 EntsG regelt das Entsendegesetz ebenfalls die Kontrolle der Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen, und die Sanktion gegen solche Arbeitgeber, wenn sie gegen Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, die in einem Normalarbeitsvertrag im Sinne von Art. 360a OR vorgeschrieben sind. Art. 7 Abs. 2 EntsG hält weiter fest, dass der Arbeitgeber den tripartiten Kommissionen auf Verlangen alle Dokumente zustellen muss, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer belegen.

2.3 In Bezug auf die Funktion und Aufgaben der tripartiten Kommission (vgl. für den Kanton Zürich: Verordnung vom 30. Oktober 2002 über die tripartite Kommission für arbeitsmarktliche Aufgaben und die Kontrollbehörde gemäss Entsendegesetz [LS 823.41; nachfolgend: VTPK/ZH]) sind sich die Verfahrensbeteiligten einig, dass der Begriff «beobachten» in Art. 360b Abs. 3 Satz 1 OR nicht zur Annahme verleiten darf, die tripartiten Kommissionen könnten sich auf ein passives Beobachten beschränken; vielmehr sind diese mit breiten Untersuchungskompetenzen ausgestattet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 360b OR; JEANNERAT/MAHON, a.a.O., N. 15 zu Art. 360b OR; Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6407 Ziff. 276.23). Ebenfalls unbestritten ist, dass die tripartiten Kommissionen ihre Kontrolltätigkeiten (vgl. § 4 VTPK/ZH) an Hilfspersonen delegieren dürfen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 360b OR; vgl. auch Art. 7a Abs. 1 EntsG).

2.4 Umstritten und im Folgenden näher zu prüfen ist die Frage, ob den tripartiten Kommissionen und ihren Hilfspersonen gestützt auf Art. 360b Abs. 5 Satz 1 OR nicht nur ein Einsichtsrecht in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind, zusteht, sondern ob sie auch berechtigt sind, die Arbeitgeber zu verpflichten, diese Dokumente an sie herauszugeben. Aus der kantonalen Gesetzgebung (VTPK/ZH) lassen sich keine Hinweise entnehmen, ob es sich um ein blosses Einsichtsrecht oder um ein Herausgaberecht der tripartiten Kommissionen handelt.

2.4.1 Aufgrund ihrer Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass den tripartiten Kommissionen lediglich die Befugnis zukomme, in den Betrieben Einsicht in alle Dokumente zu nehmen, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig seien. Aus

Art. 360b Abs. 5 OR lasse sich indes kein eigentlicher Herausgabeanspruch auf Lohnabrechnungen, Arbeitsverträge und Arbeitszeitrapporte herauslesen; die Bestimmung bilde keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Editionsverpflichtung des kontrollierten Arbeitgebers. Die Vorinstanz hat sodann geprüft, ob die Herausgabepflicht gemäss Art. 7 Abs. 2 EntsG im vorliegenden Fall eine solche begründe und ob sich diese Norm analog anwenden lasse. Sie verneint diese Frage und führt aus, dass den tripartiten Kommissionen bei der Kontrolle lediglich ein Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in sämtliche für eine Untersuchung nach Art. 360b OR erforderlichen Dokumente des kontrollierten Betriebs zukomme; dagegen bestehe kein Recht auf Herausgabe dieser Unterlagen analog der Regelung von Art. 7 Abs. 2 EntsG. Aus diesen Gründen erweise sich die Editionsverfügung des AWA vom 19. Mai 2015 zur Herausgabe der Kopie des Arbeitsvertrags, der Lohnabrechnungen und der Arbeitszeitrapporte des auf der Baustelle angetroffenen und befragten Arbeitnehmers als rechtswidrig und sei aufzuheben.

2.4.2 Das WBF macht dagegen geltend, die Herausgabe von Dokumenten sei vom Wortlaut und Sinn von Art. 360b Abs. 5 OR gedeckt. Für die Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR sei das Entsendegesetz heranzuziehen. Gemäss Art. 7 Abs. 2 EntsG müssten die Arbeitgeber den tripartiten Kommissionen auf Verlangen alle Dokumente zustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen belegen würden. Die dem Urteil der Vorinstanz zu Grunde liegende Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR hätte zur Folge, dass der Vollzug der Arbeitsmarktbeobachtung erheblich eingeschränkt würde, weil keine schriftlichen Kontrollen mehr durchgeführt werden könnten.

3.

3.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes (grammatikalisches Element). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), auf den Zweck der Norm (teleologisches Element), auf die ihr zugrunde liegenden Wertungen und auf ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) abzustellen (statt vieler: BGE 142 I 135 E. 1.1.1 S. 138 mit Hinweisen).

3.2 Ob das in Art. 360b Abs. 5 OR geregelte «Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind», einen Herausgabeanspruch der tripartiten Kommissionen mitumfasst, ergibt sich nicht eindeutig aus dem Wortlaut

des Gesetzes und bedarf daher der Auslegung unter Einbezug sämtlicher erwähnter Auslegungselemente.

3.3 Die tripartiten Kommissionen haben den gesetzlichen Auftrag, den Arbeitsmarkt zu beobachten und Abklärungen über die üblichen Löhne in einer bestimmten Branche vorzunehmen (Art. 360b Abs. 3 i.V.m. Art. 360a Abs. 1 OR). Die Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG hält dazu Folgendes fest: «Damit die tripartiten Kommissionen die ihnen übertragenen Aufgaben wahrnehmen können, räumt ihnen der Entwurf ein Untersuchungsrecht in den Betrieben ein. Wenn sich die Kommissionen ein genaues Bild der arbeitsmarktlichen Situation machen wollen – sei dies vor Erlass eines Normalarbeitsvertrags oder in der Beobachtungsphase nach dem Erlass eines solchen – so ist es notwendig, dass sie sich die Informationen beschaffen können, die sie benötigen» (BBl 1999 6407 Ziff. 276.23). Der Botschaft vom 1. Oktober 2004 betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (BBl 2004 6587 Ziff. 1.4.4) kann sodann entnommen werden, dass der betroffene Betrieb gemäss Art. 360b Abs. 5 OR verpflichtet ist, die beantragten Dokumente herauszugeben. Auch wenn diese Formulierung nicht im Rahmen der Entstehung von Art. 360b OR verwendet worden ist, sondern erst nachträglich im Zusammenhang mit einer Teilrevision der flankierenden Massnahmen, liesse sich schon daraus der Schluss ziehen, der Gesetzgeber habe mit Art. 360b Abs. 5 OR einen eigentlichen Herausgabeanspruch der tripartiten Kommissionen einführen wollen. Obwohl die Vorinstanz auf diese recht eindeutige Formulierung in der Botschaft verwiesen hat, ist sie der Auffassung, Art. 360b Abs. 5 OR bilde keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Editionsverpflichtung, wie sie vorliegend im Streit stehe.

3.4 Entscheidend ist hier nun aber Folgendes: Für eine historische und systematische Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR ist auch das Entsendegesetz heranzuziehen. Das Entsendegesetz ist am 1. Juni 2004 – zusammen mit Art. 360a OR – in Kraft getreten; Art. 360b OR wurde bereits auf den 1. Juni 2003 in Kraft gesetzt (AS 2003 1375). Das EntG hat eine gemeinsame Entstehungsgeschichte mit Art. 360a ff. OR. Bei beiden gesetzlichen Regelungen handelt es sich um flankierende Massnahmen zur Einführung der Personenfreizügigkeit, und sie sollten – zusammen mit der Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen – «eine gesetzliche Grundlage schaffen, um ein Sozial- und/oder Lohndumping zu Lasten der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in der Schweiz zu verhindern» (Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6392 Ziff. 276.12). Die flankierenden Massnahmen sind – mit Ausnahme von Art. 360b OR – am 1. Juni 2004 in Kraft getreten. Nach sieben Jahren Durchführung wurden Anpassungen nötig, die Gegenstand der Botschaft vom 2. März 2012 zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit waren (BBl 2012 3397). Was

das EntsG betrifft, wollte der Gesetzgeber die Kontrolle und die Sanktionen der Bestimmungen über die von den Normalarbeitsverträgen gemäss Art. 360a OR vorgesehenen Mindestlöhne auf alle Arbeitgeber ausweiten, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, nicht nur auf diejenigen mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Daher wurde eine Änderung des Titels, des Anwendungsbereichs (Art. 1 Abs. 2 EntsG) sowie verschiedener anderer Bestimmungen notwendig, die eben gerade die Kontrolle und die Sanktionen betreffen (Botschaft vom 2. März 2012, BBl 2012 3407 Ziff. 1.1.3.2 und 3420 ff. Ziff. 2.2). Seit dem Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung am 1. Januar 2013 werden somit alle Arbeitgeber, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, ob entsandt oder nicht, in Bezug auf die in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, gleich behandelt (Urteil 4C_3/2013/4C_4/2013 vom 20. November 2013 E. 8.2 und 8.3, nicht publ. in: BGE 140 III 59).

3.5 Diese Ausführungen sprechen – wie auch die Vorinstanz an sich richtig erkannt hat – für einen möglichst breiten Anwendungsbereich des Entsendegesetzes. Auch in der Literatur herrscht die Auffassung vor, die Bestimmungen des Entsendegesetzes seien auf die arbeitsmarktlichen Kontrollen solcher Arbeitgeber anzuwenden, d.h. Art. 7 Abs. 2 EntsG könne – direkt oder analog – auf die Tätigkeit der tripartiten Kommissionen bei der Arbeitsmarktbeobachtung angewendet werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 und 13 zu Art. 360b OR; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 13 zu Art. 360b OR; GIACOMO RONCORONI, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, 2009, Art. 360b Rz. 120; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, S. 381; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3. Aufl. 2014, S. 140; KARIN KAUFMANN, Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen, 2010, S. 70 f.; vgl. auch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, 2008, S. 74; offengelassen bei JEANNERAT/MAHON, a.a.O., N. 15 und 16 zu Art. 360b OR).

3.6 Für einen breiten Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 EntsG sprechen weiter auch die Ausführungsbestimmungen in Art. 11 ff. der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV; SR 823.201). Das dritte Kapitel über die tripartiten Kommissionen (Art. 10–16e EntsV) bezieht sich sowohl auf die Kontrollaufgaben gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b EntsG (Einhaltung der durch Normalarbeitsverträge erlassenen Mindestlöhne) als auch auf die Arbeitsmarktbeobachtung gemäss Art. 360b OR (Art. 11 Abs. 1 lit. c und f EntsV). Die Arbeit der tripartiten Kommissionen im Rahmen der Arbeitsmarktbeobachtung ist in Art. 16c EntsV näher definiert. Die Inspektorentätigkeit umfasst dabei u.a. die Einforderung, Evaluierung und Nachbearbeitung der für die Kontrolltätigkeit notwendigen Dokumente (lit. c) sowie die Abklärung von Zweifelsfällen, namentlich durch das Ein-

holen von ergänzenden Dokumenten (lit. f). Auch aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, die Kontrolle bei der Arbeitsmarktbeobachtung auf eine blossе Einsichtnahme in den Räumlichkeiten des betroffenen Arbeitgebers zu beschränken; vielmehr sollten die Arbeitgeber auch dazu verpflichtet werden können, die beantragten Dokumente an die tripartiten Kommission herauszugeben.

3.7 Schliesslich hat die tripartite Kommission auch gestützt auf Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) die Kompetenz, von den Arbeitgebern sowie den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern alle erforderlichen Auskünfte zu verlangen (lit. a) sowie alle erforderlichen Unterlagen zu konsultieren und zu kopieren (lit. b). Gemäss Art. 8 BGSA sind die kontrollierten Personen und Betriebe verpflichtet, den mit der Kontrolle betrauten Personen auf Verlangen alle für den Kontrollauftrag erforderlichen Unterlagen herauszugeben und Auskünfte zu erteilen. Sie müssen ihnen freien Zutritt zu Betrieben und Arbeitsplätzen während der Arbeitszeit der dort tätigen Personen gewähren. Im Kanton Zürich führen gemäss § 2 der Vollzugsverordnung vom 30. Januar 2008 zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (VVSA/ZH; LS 823.44) auch die tripartiten Kommissionen nach Art. 360b OR die Kontrollen gemäss BGSA im Auftrag des AWA durch. Es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber im Bereich der Schwarzarbeitsbekämpfung andere Befugnisse der Kontrolleure als im Bereich des damit eng zusammenhängenden Schutzes der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen hätte vorsehen wollen. Auch im Zusammenhang mit Art. 8 BGSA ist damit von einem Herausgabeanspruch der tripartiten Kommissionen gestützt auf Art. 360b OR auszugehen.

3.8 Werden die Entstehungsgeschichte von Art. 360b Abs. 5 OR, die systematische Einordnung der Norm und die entsprechende Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 EntsG miteinbezogen, führt die Auslegung von Art. 360b Abs. 5 OR zum Ergebnis, dass eine Verpflichtung der kontrollierten Unternehmen besteht, den tripartiten Kommissionen alle notwendigen Unterlagen, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind, herauszugeben bzw. zuzustellen. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 21. Dezember 2016, Doss.-Nr. 6B_1151/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Nidwalden vom 12. Mai 2015), in: BGE 143 IV 63

[Widerhandlungen gegen die Chauffeurverordnung] Anklageprinzip; Anwendbarkeit des AETR sowie der ARV 1 bei Auslandtaten. Anforderungen an die Anklageschrift hinsichtlich örtlicher Konkretisierung und Angabe der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft anwendbaren Gesetzesbestimmungen (E. 2.2 und 2.3).

Durchbrechung des Territorialitätsprinzips bei im Ausland begangenen Widerhandlungen gegen das AETR respektive die ARV 1. Frage des anwendbaren Sanktionsrechts (E. 3.1 und 3.2).

Principe d'accusation; champ d'application de l'AETR et de l'OTR 1 en cas d'infractions à l'étranger.

Exigences que doit respecter l'acte d'accusation concernant la description du lieu de commission de l'infraction et les références des dispositions légales applicables de l'avis du ministère public (consid. 2.2 et 2.3).

Dérogation au principe de la territorialité en cas d'infractions à l'AETR resp. à l'OTR 1 commises à l'étranger. Question du droit des sanctions applicable (consid. 3.1 et 3.2).

Sachverhalt:

A.

X. geriet am 6. Oktober 2013 als Führer eines Reisebusses mit deutscher Zulassung im Kanton Nidwalden in eine Schwerverkehrskontrolle. Nach der Auswertung des Fahrtenschreibers erliess die Staatsanwaltschaft Nidwalden am 7. Januar 2014 einen Strafbefehl und sprach ihn des vorsätzlichen Überschreitens der täglichen Höchstlenkzeit, des mehrfachen fahrlässigen Nichteinhaltens der vorgeschriebenen Lenkpausen sowie des fahrlässigen Nichteinhaltens der täglichen Ruhezeiten, begangen am 12. bzw. 13. September 2013, schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 1'250.-. X. erhob Einsprache gegen den Strafbefehl.

B.

Das Kantonsgericht Nidwalden sprach X. am 1. September 2014 von der Anklage frei.

C.

Die Staatsanwaltschaft Nidwalden erhob Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts. Das Obergericht Nidwalden sprach X. am 12. Mai 2015 im Sinne der Anklage schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 1'250.-.

D.

X. führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts vom 12. Mai 2015 sei aufzuheben und das Urteil des Kantonsgerichts zu bestätigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E.

Das Obergericht verzichtet mit Hinweis auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil auf eine Vernehmlassung. Die Oberstaatsanwaltschaft beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt den Anklagegrundsatz als verletzt. In der Anklageschrift fehlten jegliche Ortsangaben. Dies sei von Bedeutung, da er die Übertretungen im Ausland begangen haben soll. Weiter sei aus der Anklage nicht ersichtlich, welche allfälligen ausländischen Strafbemessungsgrundlagen angewendet werden sollen. Schliesslich fehle es an einer Umschreibung des subjektiven Tatbestands. Auf seine Rügen gehe die Vorinstanz nicht ein, weshalb auch sein rechtliches Gehör verletzt sei.

2.2 Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 9 und Art. 325 StPO; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (vgl. Art. 350 StPO). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Das Akkusationsprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1; BGE 140 IV 188 E. 1.3; BGE 133 IV 235 E. 6.2 f.; BGE 126 I 19 E. 2a; je mit Hinweisen). Die beschuldigte Person muss unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann. Er darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (vgl. BGE 103 Ia 6 E. 1b; Urteile 6B_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 141 IV 437; 6B_1073/2014 vom 7. Mai 2015 E. 1.2; 6B_344/2011 vom 16. September 2011 E. 3; je mit Hinweisen).

2.3 Die Einwände erweisen sich als unbegründet. Dem Beschwerdeführer wird in der Anklageschrift vorgeworfen, gegen Art. 5, Art. 8 und Art. 9 der Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1; SR 822.221) verstossen zu haben, indem er am 12. September 2013 die tägliche Höchstlenkzeit um 2 Stunden 56 Minuten überschritten und die vorgeschriebenen Lenkpausen um 1 Stunde 19 Minuten sowie um 2 Stunden 37 Minuten unterschritten habe. Ferner habe er am 12./13. September 2013 die vorgeschriebenen Ruhezeiten nicht eingehalten. Damit wird der Vorwurf in zeitlicher Hinsicht ausreichend präzise umschrieben. Dem Umstand, dass die Verstösse in Deutschland und Polen begangen wurden, misst die Staatsanwaltschaft deshalb keine besondere

Bedeutung zu, da dies ihrer Auffassung nach keinen Einfluss auf die anzuwendenden Bestimmungen hat. Unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion des Anklageprinzips ist massgebend, dass die beschuldigte Person genau weiss, was ihr angelastet wird, damit sie ihre Verteidigungsrechte angemessen ausüben kann. Vorliegend bestehen keine Zweifel darüber, welches Verhalten dem Beschwerdeführer zur Last gelegt wird. Inwiefern aufgrund der fehlenden örtlichen Konkretisierung der Anklageschrift eine wirksame Verteidigung erschwert oder gar verunmöglicht worden sein soll, ist weder ersichtlich noch dargelegt. Gleiches gilt in Bezug auf den subjektiven Tatbestand, wobei die Anforderungen an dessen Umschreibung in der Anklageschrift ohnehin nicht hoch sind (Urteil 6B_1262/2015 vom 18. April 2016 E. 4.2.2 mit Hinweisen). In der Anklage wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, die Höchstlenkzeit vorsätzlich überschritten und die beiden anderen Verstösse fahrlässig begangen zu haben. Damit wird auch impliziert, dass er mit Wissen und Willen handelte beziehungsweise die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht hat. Schliesslich wird dem Beschwerdeführer in der Anklageschrift vorgeworfen, gegen verschiedene Bestimmungen der ARV 1 verstossen zu haben, weshalb er nach Art. 47, Art. 49 Abs. 1 und Art. 106 StGB zu bestrafen sei. Inwiefern ausländische Strafbemessungsgrundlagen aufzuführen gewesen wären, ist nicht ersichtlich. Insgesamt genügt die Anklageschrift den gesetzlichen Anforderungen. Das Anklageprinzip ist ebenso wenig verletzt wie das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers.

3.

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die ARV 1 und insbesondere deren Strafbestimmung (Art. 21 ARV 1) seien nicht anwendbar auf Verstösse, die mit einem im Ausland immatrikulierten Fahrzeug auf ausländischem Staatsgebiet begangen worden seien.

3.1 Die Vorinstanz setzt sich ausführlich mit der Frage des anwendbaren Rechts auseinander. Ihre diesbezüglichen Erwägungen sind zutreffend. Diese können mit einigen Ergänzungen übernommen werden. Die Bestimmungen des SVG und der dazugehörigen Verordnungen sind nach dem Territorialitätsprinzip grundsätzlich nur auf Sachverhalte anwendbar, welche sich in der Schweiz zugetragen haben. Art. 56 SVG durchbricht das Territorialitätsprinzip, indem der Bundesrat ermächtigt wird, auf Verordnungsebene Bestimmungen zu erlassen, die für berufsmässige Motorfahrzeugfahrer auch auf ausländischem Territorium Geltung haben (BRUNO SCHLEGEL, in: Basler Kommentar, Strassenverkehrsgesetz, 2014, N. 183 zu Art. 56 SVG). Gestützt auf diese Bestimmung sowie Art. 103 SVG hat der Bundesrat die ARV 1 erlassen. Nebst der genannten Verordnung ist im internationalen Verkehr das Europäische Übereinkommen vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR; SR 0.822.725.22) zu berücksichtigen. Sowohl die Schweiz, wo die Verstösse festgestellt wurden, als auch Deutschland und

Polen, wo der Beschwerdeführer die Verstösse begangen hat, sind Vertragsparteien des AETR. Die Zielsetzung des AETR besteht in der Verbesserung des internationalen Personen- und Güterverkehrs auf der Strasse, der Erhöhung der Strassenverkehrssicherheit und der Regelung bestimmter Arbeitsbedingungen im internationalen Strassenverkehr nach den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation. Ferner sollen gemeinsam bestimmte Massnahmen getroffen werden, um die Beachtung dieser Regelungen zu sichern. Die Zielsetzung des AETR stimmt mit jener des Art. 56 SVG sowie der gestützt darauf erlassenen ARV 1 überein. Im Hinblick auf die Ratifikation des AETR wurde die ARV 1 denn auch revidiert und die notwendigen Ausführungsbestimmungen für die Umsetzung des AETR geschaffen (Botschaft vom 5. Mai 1999 zum Europäischen Übereinkommen vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals, BBl 1999 6089 Ziff. 11). Bei internationalen Transporten von ausländischen Chauffeuren in der Schweiz gelangt grundsätzlich direkt das AETR zur Anwendung (FABIAN SCHMID, Die Chauffeurverordnung im internationalen Würgegriff – Entwicklungen, Spannungsfelder, Streiflichter, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009 S. 467 ff., 479 f.). Der Beschwerdeführer vertritt die gegenteilige Ansicht, wonach die direkte Anwendbarkeit des Übereinkommens zu verneinen sei. Ihm kann nicht gefolgt werden. Die vorliegend interessierenden Art. 6–8 AETR, welche Vorschriften betreffend Lenkzeiten, Pausen und Ruhezeiten enthalten, sind inhaltlich ausreichend bestimmt, so dass sie justiziabel und direkt anwendbar sind (vgl. BGE 133 I 286 E. 3.2 mit Hinweis betreffend die direkte Anwendbarkeit von Staatsverträgen).

Die Durchführungsbestimmungen des AETR sehen vor, dass jede Vertragspartei alle geeigneten Massnahmen trifft, um die Beachtung des Übereinkommens sicherzustellen. Diese Kontrollen sind ohne Diskriminierung nach gebietsansässigen oder gebietsfremden Fahrzeugen, Unternehmen und Fahrern sowie unabhängig von Ausgangspunkt und Ziel der Fahrt durchzuführen (Art. 12 Ziff. 1 AETR). Die Vertragsparteien ermächtigen die zuständigen Behörden, gegen einen Fahrer bei einem in ihrem Hoheitsgebiet festgestellten Verstoss gegen dieses Übereinkommen eine Sanktion zu verhängen, sofern hierfür noch keine Sanktion verhängt wurde, und zwar selbst dann, wenn der Verstoss im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei oder eines Nichtvertragsstaats begangen wurde (Art. 12 Ziff. 6 lit. a AETR).

Daraus geht hervor, dass weder der Ort der Widerhandlung noch die Fahrzeugimmatrikulation oder der Wohnsitz des Fahrzeugführers ausschlaggebend sein können für die Zuständigkeit der Strafverfolgung. Demnach können auch im Ausland begangene Verstösse gegen das AETR respektive die ARV 1 von den schweizerischen Strafbehörden verfolgt und bestraft werden. Im Lichte dieser Erwägungen ist denn auch Art. 3 Abs. 3 ARV 1 auszulegen. Die Bestimmung sieht vor, dass Führer und Führerin-

nen, die im Ausland immatrikulierte Fahrzeuge in der Schweiz lenken, (nur) die Vorschriften der Art. 5, Art. 7, Art. 8 Abs. 1, 2, 4 und 5 sowie Art. 9–12, Art. 14–14c und Art. 18 Abs. 1 ARV 1 einhalten müssen. Art. 3 Abs. 3 ARV 1 fungiert, wie dies in der Literatur postuliert wird (SCHMID, a.a.O., S. 480), als Platzhalter für das AETR. Der Regelungsinhalt der Art. 5, Art. 8 und Art. 9 ARV 1 entspricht denn auch vollständig demjenigen der Art. 6–8 AETR. Dies hat zur Folge, dass die genannten Bestimmungen der ARV 1 auch in einem Fall wie dem vorliegenden zur Anwendung gelangen, wo die Widerhandlungen mit einem ausländischen Fahrzeug auf ausländischem Staatsgebiet begangen wurden. Entsprechend können die Verstösse gemäss Art. 21 ARV 1 sanktioniert werden.

3.2 Die übrigen Einwände des Beschwerdeführers sind unbehelflich. So rügt er eine Verletzung von Art. 3 und Art. 104 StGB, denn es ergebe sich aus keiner Gesetzesbestimmung, dass das schweizerische Verschuldenssanktionsrecht zur Anwendung gelange. Zudem hätten bei einer ausländischen Regelverletzung die «dortigen Verhältnisse» bei der Sanktionierung berücksichtigt werden müssen. Wie bereits ausgeführt, ermächtigt Art. 12 Ziff. 6 lit. a AETR die Vertragsparteien, gegen einen Fahrer bei einem in ihrem Hoheitsgebiet festgestellten Verstoss gegen das Übereinkommen eine Sanktion zu verhängen, und zwar selbst dann, wenn der Verstoss im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei oder eines Nichtvertragsstaats begangen wurde. Die Sanktionen für Verstösse gegen das Übereinkommen unterscheiden sich in den verschiedenen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Art der Sanktion, der Höhe der Bussgelder usw. Diese Problematik ist bekannt. Auf internationaler Ebene sind Bestrebungen im Gange, für eine einheitlichere Anwendung und Sanktionierung der Vorschriften zu sorgen (SCHMID, a.a.O., S. 487 f.). Dass sich die Schweizer Behörden bei der Verhängung der Sanktion auf das schweizerische Strafrecht und die hiesigen Grundsätze der Strafzumessung stützen, ist nicht zu beanstanden. Vielmehr sieht das Übereinkommen genau dies vor, wobei Diskrepanzen zu ausländischen Sanktionssystemen nach dem aktuellen Stand der Dinge hinzunehmen sind. Inwiefern die Vorinstanz bei der Bemessung der Busse nicht von den massgebenden Verhältnissen ausgegangen sein soll, begründet der Beschwerdeführer nicht, weshalb auf die Rüge nicht eingetreten werden kann (Art. 42 Abs. 2 BGG).

3.3 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe sich nicht mit dem Einwand der allfälligen «Absorption» der Vorwürfe befasst. Bereits am 28. Juli 2014 habe er darauf hingewiesen, dass bei den polizeilichen Berechnungen der Lenk- und Ruhezeiten offensichtlich mehrfach dieselben Perioden berücksichtigt worden seien, wodurch Überschneidungen in Kauf genommen würden.

Das Absorptionsprinzip wird im Strafrecht in Zusammenhang mit den Strafzumessungsmethoden diskutiert. Allerdings hat sich der Gesetzgeber in Art. 49 StGB für das Asperationsprinzip ausgesprochen (JÜRIG-BEAT

ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 49 StGB). Es ist daher weder ersichtlich noch erschliesst sich aus der knappen Beschwerdebegündung, was der Beschwerdeführer aus dem Argument der «Absorption» zu seinen Gunsten ableiten könnte. (...)

Kanton Appenzell Ausserrhoden

Obergericht Appenzell Ausserrhoden, Urteil vom 23. Mai 2016 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 13. April 2015)

Art. 335b Abs. 2 OR. Vorliegend ging die Initiative zur Verlängerung der Probezeit über die dreimonatige Maximaldauer hinaus vom Arbeitnehmer aus. Anlässlich des Gespräches mit der Arbeitgeberin vom 7. August 2013 (sieben Tage, nachdem die reguläre, dreimonatige Probezeit abgelaufen war) brachte der Arbeitnehmer selbst an, dass eine Verlängerung der Probezeit über drei Monate hinaus von Gesetzes wegen nicht möglich sei. Trotz dieser Kenntnis und weil er keine Zukunft bei der Arbeitgeberin sah, kündigte er am 9. August 2013 das Arbeitsverhältnis per 16. August 2013 und erklärte dabei ausdrücklich, dass das Arbeitsverhältnis seinerseits in der Probezeit gekündigt werde. Wie er richtig darstellte, ist die durch die Parteien am 7. August 2013 vereinbarte Verlängerung der Probezeit nichtig. Dass er jedoch nur zwei Tage nach diesem Gespräch – trotz besseren Wissens – seine Kündigung ausdrücklich «innerhalb der Probezeit» aussprach, durfte die Arbeitgeberin als Angebot auf eine zeitnahe Auflösung des Arbeitsverhältnisses verstehen. Sie nahm dieses Angebot – durch Freistellung des Arbeitnehmers für die verbleibende Kündigungszeit – ausdrücklich an, was sie am 22. August 2013 schriftlich bestätigte. Das Gericht kam zum Schluss, dass beide Parteien übereinstimmend den Willen äusserten, das Arbeitsverhältnis zeitnah, d.h. ohne Einhalten der vertraglichen Kündigungsfrist von vier Monaten beenden zu wollen, und dass sie sich dabei auch tatsächlich richtig verstanden (E. 2.2.6, 2.3).

Sachverhalt:

Die Parteien unterzeichneten am 19. Dezember 2012 einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn 1. Mai 2013. Die Probezeit wurde auf drei Monate und die Kündigungsfrist auf vier Monate festgelegt. Mit E-Mail vom 5. Juli 2013 zog der Arbeitnehmer (Kläger und Berufungskläger) ein Resümee betreffend die Teamsitzung vom 4. Juli 2013. Unter Bezugnahme auf das vorgenannte Schreiben bat er die Arbeitgeberin (Beklagte und Berufungsbeklagte) am 23. Juli 2013 um Verlängerung der Probezeit um mindestens vier Wochen. Diese Bitte erfolgte ausdrücklich im Hinblick auf das anstehende Probezeitgespräch. Gleichzeitig machte der Berufungskläger verschiedene Terminvorschläge für das Gespräch und bat um die Bestätigung der Probezeitverlängerung. Am 7. August 2013 trafen

sich die Parteien zu einer Besprechung, bei welcher abschliessend die Verlängerung der Probezeit um die Dauer der vom Berufungskläger bereits bezogenen Ferien (eine Kalenderwoche) bis 9. August 2013 vereinbart wurde. Am 9. August 2013 kündigte der Berufungskläger den Arbeitsvertrag mit dem Vermerk, dass die Kündigung innerhalb der Probezeit erfolge. Am 13. August 2013 wurde er von der Berufungsbeklagten freigestellt. Mit Schreiben vom 15. August 2013 teilte der Berufungskläger der Berufungsbeklagten mit, dass seine Kündigung nach Ablauf der Probezeit erfolgt sei, weshalb er – entsprechend der viermonatigen Kündigungsfrist – eine Lohnfortzahlung bis Ende Dezember 2013 erwarte. Weiter bot er dieser am 21. August 2013 seine Arbeitsleistung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende Dezember 2013 an. Die Berufungsbeklagte verzichtete am 22. August 2013 ausdrücklich auf sein Arbeitsangebot und bestätigte dessen Freistellung per 13. August 2013. Weiter hielt sie fest, dass das Arbeitsverhältnis am 16. August 2013 beendet gewesen sei, weshalb auch nur bis dahin eine Lohnfortzahlungspflicht bestehe.

Am 21. März 2014 reichte der Berufungskläger das Vermittlungsbegehren beim Vermittleramt Kreis 2 ein. Der Schlichtungsversuch vom 16. April 2014 blieb erfolglos. Am 9. Mai 2014 reichte der Berufungskläger fristgerecht Klage beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden ein; die Klageantwort datiert vom 20. Juni 2014. Mit Schreiben vom 17. Juli 2014 lud der Vorsitzende des Kantonsgerichts die Parteien für den 10. September 2014 zu einer Einigungsverhandlung ein, wobei keine Einigung zustande kam. Nach erfolgter Replik und Duplik verzichteten die Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung. Mit Urteil vom 13. April 2015 wies das Kantonsgericht die Klage ab. In der Folge verlangte der Berufungskläger fristgerecht die Begründung des Urteils. Dessen Versand an die Parteien erfolgte am 13. August 2015. Am 10. September 2015 reichte der Berufungskläger beim Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden Berufung ein. Mit Verfügung vom 18. September 2015 forderte das Obergericht den Berufungskläger auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu leisten, welcher am 5. Oktober 2015 bei der Gerichtskasse einging. Die Berufungsbeklagte reichte am 2. November 2015 fristgerecht ihre Berufungsantwort ein, worauf das Obergericht mit Verfügung vom 5. November 2015 den Parteien mitteilte, dass der Fall auf Grund der Akten entschieden werde. In der Folge gingen die Kostennoten der beiden Rechtsvertreter ein. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Aus den Erwägungen:

2. Materielles

2.1 Verlängerung der Probezeit

2.1.1 Das Kantonsgericht hat in seinem Entscheid ausgeführt, dass die hier getroffene Parteivereinbarung – die dreimonatige Probezeit, um

die vom Berufungskläger während dieser Zeit bezogenen Ferien zu verlängern – nichtig und deshalb auf die gesetzlich zulässige Höchstdauer von drei Monaten herabzusetzen sei. Ferner sei festzustellen, dass die vorliegende Verlängerung der Probezeit um eine Woche – mangels Schriftlichkeit – ohnehin ungültig sei.

2.1.2 Der Berufungskläger machte geltend, dass er die Berufungsklage am 23. Juli 2013 schriftlich darum gebeten habe, die Probezeit um mindestens vier Wochen zu verlängern. Anlässlich des Gespräches vom 7. August 2013 habe er dieser jedoch mitgeteilt, dass eine Verlängerung der Probezeit über die maximale Dauer von drei Monaten hinaus unzulässig sei. Trotzdem habe die Berufungsklagte resolut darauf bestanden, dass die Probezeit um die Dauer der während der Probezeit bezogenen Ferien und damit bis 9. August 2013 verlängert werde.

2.1.3 Die Berufungsklagte hielt dem entgegen, dass der Berufungskläger nichts von der Unzulässigkeit einer Verlängerung der Probezeit um ein bis zwei Monate gewusst haben soll; sie selbst habe ihn bereits früher darauf hingewiesen, was die Aktennotiz vom 24. Juli 2013 belege. Weiter führte sie aus, dass die Probezeit den Vertragsparteien dazu diene, sich kennenzulernen. Die Berufungsklagte stellt sich dementsprechend auf den Standpunkt, dass während der Probezeit bezogene Ferien eine Probezeitverlängerung im Umfang der effektiv bezogenen Ferien rechtfertigen würden, weshalb eine diesbezügliche Parteiabmachung keinesfalls nichtig sei.

2.1.4 Gemäss Art. 335b Abs. 1 OR kann ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Die vertraglich vereinbarte Probezeit darf dabei das gesetzliche Höchstmass von drei Monaten grundsätzlich nicht überschreiten (Abs. 2). Das Gesetz regelt die Ausnahmen abschliessend (Abs. 3); weitere Gründe für die Verlängerung der Probezeit – insbesondere Urlaub – sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich (BGE 136 III 562 E. 3). Eine Parteiabrede, welche über das gesetzliche Höchstmass hinausgeht, ist deshalb nichtig.

Die vorliegende mündliche Parteivereinbarung – die vertraglich vereinbarte Probezeit von drei Monaten um die bezogenen Ferien des Berufungsklägers zu verlängern – verstösst gegen das gesetzliche Höchstmass. Der Entscheid der Vorinstanz, die Abrede für (teil-)nichtig zu erklären und die Probezeit auf das erlaubte Höchstmass herabzusetzen, ist zu bestätigen. Im Weiteren kann auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid Nr. K3Z 14 14 verwiesen werden.

2.2. Auflösung des Arbeitsverhältnisses

2.2.1 Die Vorinstanz geht davon aus, dass beide Parteien das Arbeitsverhältnis auflösen wollten und diese somit einen zulässigen und gültigen Aufhebungsvertrag abgeschlossen haben. So sei es der Berufungskläger gewesen, welcher die Probezeit habe verlängern wollen. Und obwohl ihm am 7. August 2013 bekannt gegeben wurde, dass eine Verlängerung

der Probezeit über drei Monate hinaus nicht zulässig sei, habe er am 9. August 2013 (neun Tage nachdem die reguläre Probezeit abgelaufen war) mit dem Wortlaut «innerhalb der Probezeit» gekündigt. Der Berufungskläger könne sich somit nicht darauf berufen, versehentlich auf einen falschen Zeitpunkt bzw. zu kurzen Termin gekündigt zu haben. Aufgrund der gesamten Umstände und des Verhaltens des Berufungsklägers habe die Berufungsbeklagte dies nach Treu und Glauben so verstehen dürfen, dass der Berufungskläger das Arbeitsverhältnis innerhalb der während der Probezeit geltenden Kündigungsfrist von sieben Tagen aufgelöst haben wollte. Dies insbesondere, da er in der E-Mail vom 23. Juli 2013 die Berufungsbeklagte bat, die Probezeit bis nach dem Probezeitgespräch vom 7. August 2013 zu verlängern. Weiter sei aus der E-Mail des Berufungsklägers vom 23. Juli 2013 an die Berufungsbeklagte ersichtlich, dass er mit der bestehenden Situation auf seiner Arbeitsstelle unzufrieden war und deshalb eine zeitnahe Klärung der Firmenstrategie forderte. Diese gesamten Umstände liessen einzig den Schluss zu, dass sich der Berufungskläger die Möglichkeit, der innerhalb der Probezeit geltenden kürzeren Kündigungsfrist von sieben Tagen zu kündigen, offenhalten wollte, sollte das Gespräch nicht nach seiner Zufriedenheit verlaufen. Letzteres habe er in seiner Klageschrift auch als Grund für seine Kündigung dargelegt. Die Initiative, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der in der Anstellungsvereinbarung festgelegten dreimonatigen Probezeit dennoch innert kurzer, siebentägiger Kündigungsfrist auflösen zu können, sei demnach klar von Seiten des Berufungsklägers ausgegangen. Damit habe er aus freien Stücken auf eine längere Lohnfortzahlung verzichtet. Die Berufungsbeklagte, welche den Berufungskläger ab dem 13. August 2013 freigestellt habe und den Standpunkt einnahme, dass das Arbeitsverhältnis am 16. August 2013 geendet habe, habe damit ihr Einverständnis zur Vertragsaufhebung innerhalb von sieben Tagen deutlich zum Ausdruck gebracht. Indem sie ihn freigestellte, habe sie auf dessen Arbeitsleistung verzichtet. Der Berufungskläger habe sich – auf Grund der unbefriedigenden Arbeitssituation – die kurze Kündigungsfrist von sieben Tagen bis nach dem Gespräch vorbehalten wollen und diese für ihn unbefriedigende Situation auch als Kündigungsgrund angegeben. Die Berufungsbeklagte habe in der Folge auf dessen Arbeitseinsatz verzichtet. Deshalb sei der gegenseitige übereinstimmende Wille, das Arbeitsverhältnis innert sieben Tagen ab dem 9. August 2013 vorzeitig beenden zu wollen, erstellt und der Aufhebungsvertrag gültig zustande gekommen. Ergänzend hält die Vorinstanz betreffend den vom Berufungskläger geltend gemachten Grundlagennirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR fest, dass ein Willensmangel ausgeschlossen werden könne. Der Berufungskläger habe behauptet, dass er in Kenntnis der Rechtslage das behauptete Angebot zur Vertragsauflösung nie gemacht hätte. Sein Rechtsirrtum sei subjektiv unerlässliche Voraussetzung für die Erklärung gewesen. Diesen Ausführungen könne jedoch nicht gefolgt werden, da es der Berufungskläger war, der sich das Recht habe vorbehalten wollen, das Ar-

beitsverhältnis binnen sieben Tagen kündigen zu können. So sei ihm bereits vor dem Aufsetzen seines Kündigungsschreibens bekannt gewesen, dass die Probezeit nicht über drei Monate hinaus verlängert werden könne. Der vorliegend geltend gemachte Irrtum beziehe sich deshalb – wie in BGE 118 II 58 dargelegt – ausschliesslich auf die finanziellen Nachwirkungen einer Kündigung und es gehe daher um einen Irrtum über die Nebenwirkungen des Rechtsgeschäftes. Ein solcher Irrtum sei jedoch als einfacher Motivirrtum zu qualifizieren, weshalb sich die vorliegende Vertragsauflösung als zulässig und gültig erweise. Demzufolge habe das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 16. August 2013 geendet und da bis zu diesem Zeitpunkt keine Lohnansprüche des Berufungsklägers mehr offen gewesen seien, sei die Klage abzuweisen.

2.2.2 Der Berufungskläger macht geltend, dass seine Kündigung vom 9. August 2013 innerhalb der Probezeit erfolgt und er sich der Nichtigkeit der verlängerten Probezeit nicht bewusst gewesen sei. Insofern sei seine Kündigung einfach auf den falschen Termin erfolgt, wobei es bei einer solchen unzulässig sei, diese in einen Antrag zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages umzudeuten, den die Gegenpartei durch ausbleibende Reaktion bzw. Stillschweigen angenommen habe. Selbst wenn seine Kündigung eine Offerte gewesen wäre, läge kein Akzept der Berufungsbeklagten vor, da deren Freistellung des Berufungsklägers am 13. August 2013 nicht als Annahme gedeutet werden könne. Die Freistellung bedeute einzig, dass ein Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers verzichte. Zusammenfassend habe zwischen den Parteien kein übereinstimmender Wille zur Aufhebung des Arbeitsvertrages – innert sieben Tagen – bestanden.

2.2.3 Die Berufungsbeklagte hält dem entgegen, dass der Berufungskläger sowohl die Verlängerung der Probezeit – dies trotz Kenntnis der Gesetzeswidrigkeit – als auch die Kündigung innerhalb der Probezeit gewollte habe, was der Vermerk: «... kündige ich meinen Arbeitsvertrag ... innerhalb meiner Probezeit.»... beweise. Deshalb habe sie am 13. August 2013 auch dessen Freistellung verfügt. Die Berufungsbeklagte habe das Kündigungsschreiben des Berufungsklägers als eine Offerte zur Vertragsaufhebung innerhalb von sieben Tagen verstanden und diese per 16. August 2013 ausdrücklich akzeptiert. Hätte dieser das Arbeitsverhältnis nicht innerhalb von sieben Tagen kündigen wollen, so hätte er kaum vermerkt, dass die Kündigung in der Probezeit erfolge.

2.2.4 Das Obergericht schliesst sich den Erwägungen der Vorinstanz im Ergebnis vollumfänglich an. Folgende ergänzende Bemerkungen sind anzufügen: Ob die Parteien – wie die Vorinstanz angenommen hat – tatsächlich einen Aufhebungsvertrag im klassischen Sinne abgeschlossen haben, ist fraglich. So muss bei der Beendung eines Arbeitsverhältnisses, soweit dabei auf Ansprüche aus zwingendem Recht verzichtet wird, vorausgesetzt sein, dass der Aufhebungsvertrag einen echten Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen (Urteil des Bundesge-

richts 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2). Weiter wird in der Lehre insbesondere die Meinung vertreten, dass aus dem blossen Akzeptieren der Kündigung oder gar aus dem Stillschweigen zur Kündigung nicht auf einen Aufhebungsvertrag geschlossen werden könne (WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 28 zu Art. 335 OR, mit Verweisen; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 10 zu Art. 335 OR).

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, braucht diese Problematik jedoch nicht weiter erörtert zu werden, da das Obergericht die Meinung vertritt, dass vorliegend sowohl der Berufungskläger als auch die Berufungsbeklagte übereinstimmend den Willen geäussert haben, das Arbeitsverhältnis zeitnah, d.h. ohne Einhalten der vertraglichen Kündigungsfrist von vier Monaten, beenden zu wollen und sich dabei auch tatsächlich richtig verstanden haben.

2.2.5. Um zu prüfen, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, muss das Gericht in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien und nicht auf die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise abstellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn kein solcher festgestellt werden kann, hat das Gericht zu klären, welchen Sinn die Parteien ihren gegenseitigen Äusserungen nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zumessen durften und mussten (Urteil des Bundesgerichts 4C.305/1999 vom 19. Januar 2001 E. 3). Dabei sind nicht nur die Erklärungen der Parteien massgebend, sondern ebenso die Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind (BGE 126 III 119 E. 2a). Haben sich die Parteien übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist (BGE 123 III 35 E. 2b). In diesem Fall liegt ein normativer Konsens vor.

2.2.6 Der Berufungskläger hat in seiner E-Mail vom 23. Juli 2013 der Berufungsbeklagten mitgeteilt, dass für ihn die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses von verschiedenen Punkten abhängt. Ausdrücklich sprach er dabei die unterschiedlichen Vorstellungen betreffend Geschäftsstrategie an. So sei ihm vermittelt worden, dass man nicht hinsehen solle und dies ginge für ihn nicht. Gerade diese letzte Bemerkung unterstreicht den Willen des Berufungsklägers, nicht durch einen ordentlichen Vertrag an das Arbeitsverhältnis gebunden zu sein, sollten die unterschiedlichen Auffassungen nicht beigelegt werden können. Deshalb sollte aus seiner Sicht und auf seinen Wunsch hin die Probezeit bis zur Klärung der unterschiedlichen Vorstellungen verlängert werden. Die Initiative zur Verlängerung der Probezeit – und somit zur vorläufigen Nichtüberführung des Arbeitsverhältnisses in ein ordentliches Vertragsverhältnis – ging somit klar vom Berufungskläger aus. Anlässlich des Gespräches mit der Berufungs-

beklagten vom 7. August 2013 hat der Berufungskläger selbst angebracht, dass eine Verlängerung der Probezeit von Gesetzes wegen nicht möglich sei. Trotz dieser Kenntnis und weil er – nachdem das Gespräch offenbar nicht zu seiner Zufriedenheit ausfiel – keine Zukunft bei der Berufungsbeklagten sah, kündigte er am 9. August 2013 das Arbeitsverhältnis per 16. August 2013 und erklärte dabei ausdrücklich, dass das Arbeitsverhältnis seinerseits in der Probezeit gekündigt werde. Wie der Berufungskläger richtig darstellte (vgl. dazu auch Ziff. 2.1.), ist die durch die Parteien am 7. August 2013 vereinbarte Verlängerung der Probezeit nichtig. Dass der Berufungskläger jedoch nur zwei Tage nach diesem Gespräch – trotz besseren Wissens – seine Kündigung ausdrücklich «innerhalb der Probezeit» ausspricht, durfte die Berufungsbeklagte als Angebot auf eine zeitnahe Auflösung des Arbeitsverhältnisses verstehen. Letztere nahm dieses Angebot – durch dessen Freistellung für die verbleibende Kündigungszeit – ausdrücklich an, was sie am 22. August 2013 schriftlich bestätigte.

Unter Würdigung der Verhaltensweise der Parteien und der gesamten Umstände geht das Gericht davon aus, dass sich der Berufungskläger die Verlängerung der Probezeit vorbehalten wollte, damit er – sollte das Gespräch vom 7. August 2013 nicht zu seiner Zufriedenheit ausfallen – kurzfristig kündigen konnte. Die Berufungsbeklagte ihrerseits verstand dieses Verhalten und die darauf folgende Kündigung als Offerte zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welche sie akzeptierte, indem sie ihn freistellte und am 22. August 2013 ausdrücklich an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 16. August 2013 festhielt.

Nur der Form halber sei erwähnt, dass, selbst wenn der Berufungskläger, wie er in seiner Berufungsschrift geltend machen lässt, auf den falschen Zeitpunkt, bzw. mit zu kurzer Frist gekündigt haben sollte, diesbezüglich ein versteckter Dissens zwischen den Parteien vorliegen würde. Auch in diesem Fall wäre vorliegend von einer einvernehmlichen Vertragsauflösung (im Sinne eines normativen Konsenses) auszugehen. Dies, weil die Berufungsbeklagte – auf Grund des Verhaltens des Berufungsklägers – das Kündigungsschreiben als Offerte zur vorzeitigen Vertragsauflösung verstanden hat und verstehen durfte, und sie gemäss dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen ist (BGE 123 III 35 E. 2b).

2.3. Fazit

Gestützt auf die rechtlichen Ausführungen (vgl. Ziff. 2.2.5.) und die nachfolgende Sachverhaltswürdigung kommt das Gericht deshalb zum Schluss, dass beide Parteien übereinstimmend den Willen geäussert haben, das Arbeitsverhältnis zeitnah, d.h. ohne Einhalten der vertraglichen Kündigungsfrist von vier Monaten beenden zu wollen und dass sie sich dabei auch tatsächlich richtig verstanden haben. Die Feststellung der Vorinstanz, dass das Arbeitsverhältnis in beidseitigem Einvernehmen per 16. August 2013 aufgelöst worden ist, ist deshalb nicht zu beanstanden. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 25. Februar 2016 (Bestätigung des Urteils des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 24. August 2015)

Auch wenn Schwarzarbeit nach Art. 321a Abs. 3 OR weit zu verstehen ist, setzt diese zumindest eine treuwidrige Nebentätigkeit des Arbeitnehmers voraus. Fehlt es sowohl an der Konkurrenzierung als auch an einer verminderten Leistungsfähigkeit bei der eigentlichen Arbeitsstelle, liegt keine Schwarzarbeit vor. Eine blossе Treuepflichtverletzung – Schwarzarbeit stellt einen Sonderfall der Treuepflichtverletzung dar – berechtigt nicht zu einer Lohnkürzung, da die Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht mit der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers korreliert. Als Sanktion bei einer Treuepflichtverletzung kommen u.a. Schadenersatz oder Herausgabe- und Unterlassungsansprüche in Frage (E. 20.1, 20.4).

Das Arbeitszeugnis hat grundsätzlich wohlwollend, aber auch wahr, vollständig und klar zu sein sowie die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Negative Tatsachen sind zu erwähnen, soweit diese für die Gesamtbeurteilung erheblich sind. Einmalige negative Vorfälle, die für den Gesamteindruck unerheblich waren, dürfen nicht erwähnt werden. Dasselbe gilt grundsätzlich für strafbare Handlungen, die hinsichtlich Leistungen und dienstlichem Verhalten des Arbeitnehmers nicht wesentlich waren. Da nur erwiesene Tatsachen zu berücksichtigen sind, ist der blossе Verdacht auf Straftaten im Zeugnis nicht zu erwähnen. Vorliegend richtete sich die Strafanzeige gegen unbekannte Täterschaft, womit der umstrittene Abschnitt im Arbeitszeugnis zu streichen war (E. 21.1, 21.5).

Sachverhalt:

Der Arbeitnehmer A. (Kläger/Berufungsbeklagter) stand seit dem Jahr 2005 in einem Arbeitsverhältnis mit der B. AG (Beklagte/Berufungsklägerin). A. klagte auf Zahlung ausstehender Lohnansprüche sowie Ausstellung eines den gesetzlichen Anforderungen genügenden Arbeitszeugnisses. Die B. AG warf A. hauptsächlich vor, er sei bereits während seiner Anstellung bei ihr für die X. AG tätig gewesen und habe in deren Interesse gehandelt sowie Projekte – insbesondere das Projekt «Z» – zur Konkurrenz mitgenommen. Zudem habe er gegen das Verbot der Schwarzarbeit verstossen. Daher schulde sie ihm keinen Lohn und das Arbeitszeugnis habe einen Hinweis auf das wegen der fehlenden Projektunterlagen eingeleitete Strafverfahren sowie das hängige Zivilverfahren zu enthalten. Am 24. August 2015 fällte das Regionalgericht Bern-Mittelland folgenden Entscheid:

1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen Betrag von Fr. 125'642.80 brutto abzüglich Sozialabgaben und zuzüglich 5% Zins seit 1. April 2011 zu bezahlen. 2. Weiter wird die Beklagte verurteilt, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit dem Wortlaut des eingereichten Entwurfes abzüglich der nachfolgenden Passage auszustellen: «Im Januar 2011 traten in der Geschäftsstelle Bern Ungereimtheiten zu tage, die strafrechtlich abgeklärt werden. Zurzeit laufen bei der Kantonalen Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte des Kantons Bern Strafuntersuchungen gegen unbekannt TÄTERSCHAFT. Zudem ist zwischen A. und der B. AG ein zivilrechtlicher Streit betreffend Lohnforderungen bzw. Schadenersatz wegen Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten hängig.» Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 25. September 2015 Berufung und beantragte die Abweisung der Klage. Ferner sei das Arbeitszeugnis wie folgt anzupassen: «Im Januar 2011 traten in der Geschäftsstelle Bern Ungereimtheiten zu tage, die strafrechtlich abgeklärt werden. Zurzeit laufen bei der Kantonalen Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte des Kantons Bern Strafuntersuchungen gegen unbekannt TÄTERSCHAFT. Im Zusammenhang mit Geschäften Dritter kam es zu arbeitsrechtlichen Pflichtverletzungen durch A.» Eventualiter sei das Arbeitszeugnis ohne folgende Passage auszustellen: «Im Januar 2011 traten in der Geschäftsstelle Bern Ungereimtheiten zu tage, die strafrechtlich abgeklärt werden. Zurzeit laufen bei der Kantonalen Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte des Kantons Bern Strafuntersuchungen gegen unbekannt TÄTERSCHAFT.»

Aus den Erwägungen:

20.

Zu prüfen ist, ob die Berufungsklägerin aufgrund des Verhaltens des Berufungsbeklagten berechtigt war, Teile seines Lohns zurückzubehalten.

20.1 Auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen kann verwiesen werden. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass der Arbeitgeber die Lohnzahlung verweigern kann, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht schuldhaft nicht oder nicht gehörig erbringt (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage 2013, N 203 ff und N 301). Der Inhalt der Arbeitspflicht bestimmt sich insbesondere nach gesetzlichen Vorschriften und nach der vertraglichen Vereinbarung. Soweit der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, hat er die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen (REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2010, N 5 ff. zu Art. 321 OR). Neben der Arbeitspflicht als Hauptpflicht obliegt dem Arbeitnehmer nach Art. 321a OR die Treuepflicht als Nebenpflicht. Die Treuepflicht ist in erster Linie eine Unterlassungspflicht, wobei der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen kann (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 2 f. zu Art. 321a OR mit Hinweis auf BGE 117 II 560). In Sonderfällen ergibt sich aus der Treuepflicht auch die

Pflicht zum aktiven Handeln. So hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über alle wesentlichen Tatsachen von sich aus vollständig, rechtzeitig und wahrheitsgemäss zu informieren (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 6 zu Art. 321a OR). Einen Sonderfall der Treuepflichtverletzung stellt die Schwarzarbeit dar. Nach Art. 321a Abs. 3 OR darf der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert. Die Treuepflichten des Arbeitnehmers korrespondieren mit den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers. Als Sanktion kommen bei einer Treuepflichtverletzung unter anderem Schadenersatz oder Herausgabe- und Unterlassungsansprüche in Frage, nicht jedoch Lohnkürzungen, da Lohn die vereinbarte Gegenleistung zur Erbringung der Arbeitsleistung in der abgemachten Arbeitszeit darstellt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage 2012, N 3 zu Art. 321a OR; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 2 zu Art. 321a OR).

20.2 Die Vorinstanz erwoog zusammenfassend, das Beweisergebnis zeige, dass der Berufungsbeklagte nicht die faktischen Interessen der X. AG vertreten habe. Vielmehr habe er die Interessen der Y. Anlagestiftung im Sinne der Berufungsklägerin verfolgt, was keine faktische Interessenvertretung einer Dritten im Sinne des Schwarzarbeitsverbots darstelle. In der Umsetzung von Kundenwünschen – auch wenn diese kurzfristig negativ für die Berufungsklägerin gewesen seien – sei keine Nebentätigkeit zu sehen, sondern die sorgfältige Wahrnehmung der Arbeitspflicht. Wie bei den Treuepflichten allgemein, handle es sich beim Schwarzarbeitsverbot zudem um eine Unterlassungspflicht. Es könne dem Berufungsbeklagten daher auch nicht angelastet werden, dass er sich nicht aktiv um den Verbleib des Projekts bei der Berufungsklägerin bemüht habe. Zur Arbeitspflicht des Berufungsbeklagten als Leiter der Region Mitte hätten insbesondere die Planung und Realisierung von Projekten und die Ausführung sämtlicher Tätigkeiten zum Abschluss und zur Realisierung dieser Projekte im Rahmen eines Total- oder Generalunternehmervertrags gehört. Dem Arbeitsvertrag oder dem Code of Conduct könnten keine weitergehenden Arbeitspflichten entnommen werden. Vorliegend sei es dem Berufungsbeklagten nicht gelungen, das Projekt «Z» zu realisieren, was jedoch nicht auf eine Arbeitspflichtverletzung zurückzuführen sei, sondern auf den Entscheid der Y. Anlagestiftung, das Projekt mit der X. AG weiterzuführen. Urheber dieser Idee sei nicht der Berufungsbeklagte gewesen, sondern H., der Gewinner der Ausschreibung und externe Projektentwickler. Die Realisierung des Projekts durch die X. AG sei somit ausserhalb des Einflussbereichs des Berufungsbeklagten gelegen und könne nicht als Arbeitspflichtverletzung taxiert werden. Dasselbe gelte für die Übergabearbeiten an die X. AG während der Kündigungsfrist. Diese hätten so oder anders durch einen Mitarbeiter der Berufungsklägerin erfolgen müssen. Trotz dieser Arbeiten habe sich der Berufungsbeklagte für die Berufungsklägerin eingesetzt, indem er sich aktiv um eine Entschädigung für aufgelaufene Kosten

durch die X. AG bemüht habe. Hinzu komme, dass der Berufungsbeklagte den internen Entscheid zur Aufgabe des Projekts nicht selbst gefällt habe, sondern die Desinteressenerklärung kollektiv zeichnungsberechtigten Drittpersonen überlassen habe, welche in ihrem Entscheid frei gewesen seien. Die Wahrnehmung der Interessen der Y. Anlagestiftung sei als tatsächliche Ausübung der Arbeitspflicht durch den Berufungsbeklagten zu werten, da die Y. Anlagestiftung im Raum Schweiz und insbesondere in der Region Mitte eine sehr gute Kundin der Berufungsklägerin gewesen sei, deren Wünsche es auch im Hinblick auf künftige gemeinsame Projektplanungen zu berücksichtigen gegolten habe. Es sei angezeigt, die Wünsche der Y. Anlagestiftung in gewissem Mass mit denjenigen der Berufungsklägerin gleichzusetzen, mithin sei gerade darin die tatsächliche Wahrnehmung der Arbeitspflicht zu sehen. Eine erfolgreiche Arbeitsausführung schulde der Berufungsbeklagte dagegen nicht. Das Verhalten des Berufungsbeklagten während der Kündigungsfrist stelle keine Arbeitspflichtverletzung dar, weshalb die Berufungsklägerin nicht berechtigt sei, die Lohnzahlung zu verweigern.

20.3 Dagegen bringt die Berufungsklägerin im Wesentlichen vor, der Begriff der Schwarzarbeit sei weit zu verstehen. Dazu zähle grundsätzlich jede unerlaubte entgeltliche Tätigkeit sowie nach herrschender Lehre auch die unentgeltliche Schwarzarbeit. Die Handlungen und Unterlassungen des Berufungsbeklagten hätten dazu geführt, dass das Projekt «Z» nicht ausgeführt werden könne. Die Desinteressenerklärung habe dazu geführt, dass die Projektübertragung überhaupt möglich gewesen sei. Der Berufungsbeklagte habe sehr wohl Einfluss darauf gehabt, wer das Projekt ausführen werde. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach so oder anders ein Mitarbeiter der Berufungsklägerin die Arbeiten im Zusammenhang mit der Projektübertragung hätte ausführen müssen, sei willkürlich. Hätte die Berufungsklägerin um die Bemühungen zur Projektübertragung gewusst, hätte sie das Gespräch mit der Y. Anlagestiftung gesucht und die Projektarbeiten eingestellt, falls sich ein Wille der Y. Anlagestiftung zur Projektübertragung manifestiert hätte. Die Verfolgung von Kundeninteressen habe nicht im Interesse der Berufungsklägerin gelegen. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Schwarzarbeit seien unzutreffend. Die Vorinstanz bestätige indirekt, dass das Verhalten des Berufungsbeklagten kurzfristig zu negativen Auswirkungen bei der Berufungsklägerin geführt habe. Dies könne nicht mit den Arbeits- und Treuepflichten des Berufungsbeklagten in Einklang gebracht werden. Es könne nicht sein, dass negative Auswirkungen von Handlungen oder Unterlassungen eines Arbeitnehmers auf dessen Arbeitgeberin ohne Einschränkungen zu tolerieren seien. Der Schluss der Vorinstanz impliziere zudem, dass das Verhalten des Berufungsbeklagten mittel- bis langfristig im Interesse und zum Vorteil der Berufungsklägerin gewesen sei. Dies sei eine willkürliche Annahme, für die sich in den Akten keine Hinweise finden würden. Die Vorinstanz negiere auch, dass der Berufungsbeklagte eine hohe Kaderstellung innegehabt habe, weshalb ein

strengerer Massstab an die Treuepflicht anzulegen sei. Der Berufungsbe-
klagte sei spätestens ab dem Kündigungszeitpunkt seiner Arbeitspflicht
nicht mehr nachgekommen und habe hauptsächlich für die X. AG gearbei-
tet. Dies führe zu einem Wegfall des Lohnanspruchs. Weiter habe der Be-
rufungsbeklagte seine Treuepflicht verletzt, indem er gegenüber Dritten als
Vertreter der X. AG aufgetreten sei, Vertragsentwürfe für die X. AG an
Drittpersonen versandt habe, in Dokumenten bereits vor Stellenantritt als
Vertreter der X. AG bezeichnet worden sei, bei den Behörden auf die
Übertragung der Baubewilligung auf die X. AG hingewirkt habe, ihm un-
terstellte Mitarbeiter für die X. AG habe arbeiten lassen und unbeteiligte
Mitarbeiter die Desinteressenerklärung habe unterzeichnen lassen.

20.4 Die Kammer schliesst sich den schlüssigen rechtlichen Erwä-
gungen der Vorinstanz an. Das Beweisergebnis zeigt, dass der Berufungs-
beklagte während seiner Kündigungsfrist nicht als faktischer Interessenver-
treter der X. AG gearbeitet hat. Die Übertragung des Projekts «Z» auf die
X. AG erfolgte auf Initiative des externen Projektentwicklers H. sowie auf
Wunsch der Y. Anlagestiftung als Investorin. Die Entscheidkompetenz lag
bei diesen beiden und nicht beim Berufungsbeklagten, weshalb ihm die
Übertragung auch nicht als Arbeitspflichtverletzung angelastet werden
kann. Indem er sich nicht aktiv für einen Verbleib des Projekts bei der Be-
rufungsklägerin einsetzte, entsprach der Berufungsbeklagte dem Wunsch
der Y. Anlagestiftung als guter Kundin. Im Hinblick auf künftige Projekte
liegt es im mittel- und langfristigen Interesse jedes Unternehmens, gute
Geschäftsbeziehungen zu wichtigen Kunden aufrechtzuerhalten. Weshalb
dies bei der Berufungsklägerin anders gewesen sein sollte, wird nicht näher
begründet. Gerade vom Berufungsbeklagten als Kadermitglied durfte er-
wartet werden, nicht nur die kurzfristigen, sondern auch die mittel- und
langfristigen Interessen seiner Arbeitgeberin zu wahren. Indem er sich dem
Wunsch der Y. Anlagestiftung entsprechend verhielt, ist der Berufungsbe-
klagte daher seiner Arbeitspflicht nachgekommen. Es trifft zu, dass die Y.
Anlagestiftung ohne die Desinteressenerklärung nicht mit der Projektüber-
tragung einverstanden gewesen wäre. Die Erklärung wurde jedoch nicht
vom Berufungsbeklagten unterzeichnet, sondern von zwei anderen Mitar-
beitenden der Berufungsklägerin. Diese waren in ihrem Entscheid zur Un-
terschrift frei, weshalb dem Berufungsbeklagten daraus keine Arbeits-
pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Ebenso wenig können dem
Berufungsbeklagten die weiteren Übertragungsarbeiten vorgeworfen wer-
den, welche als logische Folge der Desinteressenerklärung erfolgten. In-
wiefern die Feststellung der Vorinstanz willkürlich sein soll, wonach diese
Arbeiten so oder anders von einem Mitarbeiter der Berufungsklägerin hät-
ten ausgeführt werden müssen, ist nicht nachvollziehbar. Für die Be-
rufungsklägerin bestand nach dem ausdrücklichen Verzicht auf das Projekt
mit der Desinteressenerklärung kein Grund mehr, weiter daran festzuhalten
und die Übertragungsarbeiten zu verweigern. Die Berufungsklägerin be-
hauptet nicht, dass sie die Übertragung des Projekts gegen den Willen von

H. und der Y. Anlagestiftung hätte verhindern können. Sie führt lediglich aus, wenn der Vorgesetzte des Berufungsbeklagten davon gewusst hätte, hätten sie das Gespräch gesucht und bei feststehendem Willen der Y. Anlagestiftung zur Projektübertragung die Projektarbeiten eingestellt. Für die fortgesetzten Arbeiten am Projekt wurde die Berufungsklägerin vollständig entschädigt. Dies wiederum ist nach dem Beweisergebnis auf die Bemühungen des Berufungsbeklagten zurückzuführen. Eine Arbeitspflichtverletzung des Berufungsbeklagten ist nach dem Gesagten zu verneinen.

Zu prüfen bleibt eine allfällige Treuepflichtverletzung. Die Treuepflichtverletzungen, die dem Berufungsbeklagten vorgeworfen werden, stehen grösstenteils in Zusammenhang mit dem behaupteten Tätigwerden für die X. AG während der Kündigungsfrist. Wie gezeigt, handelte der Berufungsbeklagte während der Kündigungsfrist nicht als faktischer Interessenvertreter seiner künftigen Arbeitgeberin, sondern im Einklang mit den Interessen der Berufungsklägerin. Den in diesem Zusammenhang vorgebrachten Klageantwortbeilagen lässt sich nicht entnehmen, dass der Berufungsbeklagte während der Kündigungsfrist Dokumente im Namen der X. AG unterzeichnet oder an Dritte verschickt hätte. Er trat weder intern noch Dritten gegenüber als Vertreter der X. AG auf. Die Unterzeichnung der Desinteressenerklärung durch zwei in ihrem Entscheid freie Mitarbeiter der Berufungsklägerin kann dem Berufungsbeklagten auch unter dem Titel der Treuepflicht nicht vorgeworfen werden. Eine Treuepflichtverletzung durch Tätigwerden für die künftige Arbeitgeberin ist daher zu verneinen. Mangels Interessenvertretung der X. AG fällt auch ein Verstoss gegen das Verbot der Schwarzarbeit nach Art. 321a Abs. 3 OR ausser Betracht. Auch wenn der Begriff der Schwarzarbeit weit zu verstehen ist, setzt diese zumindest eine treuwidrige Nebentätigkeit des Arbeitnehmers voraus. Fehlt es sowohl an der Konkretisierung als auch an einer verminderten Leistungsfähigkeit bei der eigentlichen Arbeitsstelle, liegt keine Schwarzarbeit vor (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 12 zu Art. 321a OR). Darin, dass der Berufungsbeklagte seinen direkten Vorgesetzten nicht umgehend über die Projektübertragung informiert hat, könnte allenfalls ein Verstoss gegen die Informationspflichten gesehen werden. Fraglich ist, ob die Weiterleitung dieser Information nach der internen Regelung überhaupt erforderlich war, hat der Berufungsbeklagte doch seinen Vorgesetzten unbestrittenermassen auch früher nie über das Projekt «Z» informiert, ohne dass dies beanstandet worden wäre. Auf Nachfrage hin gab der Berufungsbeklagte die Informationen zur Projektübertragung an C. weiter. Zudem hat der Berufungsbeklagte vor seinem Weggang auch andere Mitarbeitende über die Projektübertragung informiert, so dass die Berufungsklägerin davon Kenntnis hatte. Ein Verstoss gegen die Informationspflicht ist damit nicht nachgewiesen. So oder anders würde eine blossе Treuepflichtverletzung nicht zu einer Lohnkürzung berechtigen, da die Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht mit der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers korreliert.

20.5 Nach dem Gesagten stellt das Verhalten des Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin keine Arbeitspflichtverletzung oder Treuepflichtverletzung dar, die zur Verweigerung der Lohnzahlung berechtigenden würde. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten den ausstehenden Lohn zu bezahlen. Die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung des geschuldeten Lohnbetrags wurde von der Berufungsklägerin nicht gerügt. Entsprechend dem vorinstanzlichen Entscheid ist die Berufungsklägerin daher zu verurteilen, dem Berufungsbeklagten einen Betrag von Fr. 125'642.80 brutto abzüglich Sozialabgaben und zuzüglich 5% Zins seit dem 1. April 2011 zu bezahlen.

21.

Weiter zu prüfen ist der Wortlaut, den das Arbeitszeugnis des Berufungsbeklagten aufzuweisen hat.

21.1 Auch hier kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen verwiesen werden. Das Arbeitszeugnis hat grundsätzlich wohlwollend, aber auch wahr, vollständig und klar zu sein sowie die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Negative Tatsachen sind zu erwähnen, soweit diese für die Gesamtbeurteilung erheblich sind. Einmalige negative Vorfälle, die für den Gesamteindruck unerheblich waren, dürfen nicht erwähnt werden. Dasselbe gilt grundsätzlich für strafbare Handlungen, die hinsichtlich Leistungen und dienstlichem Verhalten des Arbeitnehmers nicht wesentlich waren (PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., N 541 ff.; BGE 136 III 511, E. 4.1). Da nur erwiesene Tatsachen zu berücksichtigen sind, ist der blosser Verdacht auf Straftaten im Zeugnis nicht zu erwähnen (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 8 zu Art. 330a OR).

21.2 Die Berufungsklägerin hat erstinstanzlich den Entwurf eines Arbeitszeugnisses eingereicht. Der Berufungsbeklagte hat sich mit dem Entwurf einverstanden erklärt, bis auf den letzten Abschnitt, welcher zu löschen sei. Der letzte Abschnitt des Entwurfs enthält einen Hinweis auf laufende Strafuntersuchungen gegen unbekanntes Täterschaft infolge Ungeheimheiten in der Geschäftsstelle Bern der Berufungsklägerin sowie auf das zwischen den Parteien hängige Zivilverfahren betreffend Lohnforderungen bzw. Schadenersatz wegen Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten.

21.3 Die Vorinstanz erwog, das Arbeitszeugnis attestiere dem Berufungsbeklagten in den ersten acht Abschnitten in jeder Hinsicht herausragende Leistungen. Diesem Bild stehe der letzte Abschnitt diametral gegenüber. Die Erwähnung einer Straftat im Arbeitszeugnis bedürfe stets eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, was umso mehr gelte, wenn es sich um den blossen Verdacht einer Straftat handle. Ein solcher Rechtfertigungsgrund sei vorliegend nicht ersichtlich, da der Berufungsbeklagte bereits eine neue Stelle angetreten habe bei einem Unternehmen, das über das laufende Strafverfahren unterrichtet sein dürfte. Die Berufungsklägerin könne somit kein überwiegendes Interesse an der Bekanntgabe der Strafuntersuchung gegenüber Dritten geltend machen und habe insbesondere keine Schadenersatzklage der X. AG zu befürchten. Dasselbe gelte für die zivil-

rechtliche Streitigkeit. Zu beachten sei auch, dass diese vom Berufungsbeklagten angehoben worden sei, während die gewählte Formulierung im Arbeitszeugnis den Eindruck erwecke, dass die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Berufungsbeklagten bereits feststehe. Dies sei jedoch im vorliegenden Verfahren verneint worden. Durch die Erwähnung der im Zusammenhang mit der Kündigung stehenden straf- und zivilrechtlichen Streitigkeiten werde ein falscher Gesamteindruck betreffend die Leistung des Berufungsbeklagten erweckt, da die Auseinandersetzung gegenüber der eigentlichen Arbeitsleistung Überhand gewinne. Es könne daher nicht mehr von einem wohlwollenden Zeugnis gesprochen werden. Es sei mit einem langwierigen Strafverfahren zu rechnen und auch das Zivilverfahren habe bereits rund drei Jahre in Anspruch genommen. Es könne dem Berufungsbeklagten unter diesen Umständen nicht zugemutet werden, bis zum Abschluss sämtlicher Verfahren auf ein Arbeitszeugnis zu verzichten. Es sei ihm daher ein Arbeitszeugnis entsprechend dem eingereichten Entwurf auszustellen, unter Weglassung des strittigen letzten Absatzes.

21.4 Dagegen bringt die Berufungsklägerin vor, die Verfehlungen des Berufungsbeklagten seien so gravierend, dass auch der Vorbehalt im Arbeitszeugnis gerechtfertigt sei. Es handle sich nicht um Kleinigkeiten, einzelne Missstimmungen oder dergleichen, sondern um gezielte Handlungen und Unterlassungen, die im Ergebnis dazu geführt hätten, dass ein existentiell wichtiges Auftragspotential der Berufungsklägerin gefährdet worden sei. Die Berufungsklägerin habe strafrechtliche Schritte eingeleitet und die Vorgänge seien durch die Staatsanwaltschaft untersucht worden. Aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung habe die Berufungsklägerin ihre Stellung als Privatklägerin im Strafverfahren verloren. Sie müsse davon ausgehen, dass das Verfahren gegen den Berufungsbeklagten rechtskräftig eingestellt worden sei, könne dies aber mangels Parteistellung im Strafverfahren nicht mit Sicherheit sagen. Für den Fall der Einstellung stelle sie den Antrag, dass zumindest der Vorbehalt bezüglich der Pflichtverletzung bestehen bleibe, andernfalls sei der Vorbehalt gemäss dem Entwurf gesamthaft zu bestätigen.

21.5 Der Stand des strafrechtlichen Verfahrens ist nicht erstellt. Die Berufungsklägerin bringt dazu keine Beweise vor und stellt auch keine Beweisanträge. Sie geht offenbar davon aus, dass das Strafverfahren gegen den Berufungsbeklagten mittlerweile eingestellt wurde, ohne dies mit Sicherheit sagen zu können. Indem die Berufungsklägerin beantragt, für den Fall der Einstellung des Strafverfahrens sei ihr Eventualbegehren gutzuheissen, andernfalls ihr Hauptbegehren, macht sie ihre Rechtsbegehren vom unklaren Stand des Strafverfahrens abhängig. Bedingte Rechtsbegehren, die sich nicht auf eine innerprozessuale Begebenheit beziehen, sind unzulässig (vgl. HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Band I, 2012, N 40 zu Art. 58 ZPO; BESSENICH/BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N 12 zu Art. 90 ZPO).

Bereits aus diesem Grund können die entsprechenden Rechtsbegehren nicht gutgeheissen werden. Hinzu kommt, dass ohne nähere Erkenntnisse zum Strafverfahren lediglich ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht. Die Strafanzeige richtete sich gegen unbekannte Täterschaft und die Strafverfolgung gegen den Berufungsbeklagten wurde möglicherweise bereits eingestellt. Ein blosser Verdacht auf eine Straftat ist im Arbeitszeugnis grundsätzlich nicht zu erwähnen. Der ebenfalls enthaltene Hinweis auf das hängige Zivilverfahren wurde gegenüber dem ursprünglichen Entwurf noch verstärkt, indem die Berufungsklägerin nun beantragt, im Arbeitszeugnis sei festzuhalten, dass es zu arbeitsrechtlichen Pflichtverletzungen durch den Berufungsbeklagten gekommen sei. Bereits zum ursprünglichen Entwurf hatte die Vorinstanz ausgeführt, es entstehe der Eindruck, dass die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Berufungsbeklagten bereits feststehe. Dies gilt für den oberinstanzlich beantragten Wortlaut umso mehr. Der Hinweis auf Pflichtverletzungen durch den Berufungsbeklagten ist insofern falsch und aus dem Arbeitszeugnis zu streichen, als die Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten im hängigen Zivilverfahren verneint und die Widerklage rechtskräftig abgewiesen wurde. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, gewinnt der am Ende des Entwurfs angebrachte Hinweis auf die laufenden straf- und zivilrechtlichen Verfahren gegenüber der eigentlichen Arbeitsleistung des Berufungsbeklagten Überhand, so dass nicht mehr von einem wohlwollenden Zeugnis gesprochen werden kann.

21.6 Die Rechtsbegehren der Berufungsklägerin zum Arbeitszeugnis sind demnach abzuweisen und das Arbeitszeugnis ist entsprechend dem erstinstanzlichen Entscheid unter Weglassung des umstrittenen letzten Abschnitts auszustellen.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 23. März 2016 (Bestätigung des Urteils Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 17. August 2015)

Art. 63, 65 und 91 ZPO. Streitwert bei arbeitsrechtlichen Lohnforderungen; Nichteintreten zufolge Ergreifens des falschen Rechtsmittels; Bestätigung der Rechtsprechung, wonach eine Konversion abzulehnen ist (E. 11).

In einer Eventualbegründung setzte sich das Gericht auch mit weiteren formellen Rügen des Rechtsmittelklägers auseinander. Von besonderem Interesse waren in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen für einen Rückzug «angebrachtermassen» und die «anderweitige Rechtshängigkeit» i.S. von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO (E. 15–17).

Aus den Erwägungen:

1.

Anlass zum vorliegenden Verfahren gibt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von weniger als Fr. 15'000.–. Nach Angaben von K. (Kläger/Beschwerdegegner) verrichtete er ab 25. Februar 2013 für B. (Beklagter/Beschwerdeführer) Umbau- und Renovationsarbeiten an dessen eigener Liegenschaft. Er erhielt dafür einen Stundenlohn von Fr. 30.–. Über Sozialversicherungsbeiträge wurde nicht abgerechnet.

Zwischen den Parteien besteht keine schriftliche Vereinbarung. Unter welchem Rechtsverhältnis der Kläger für den Beklagten Arbeit geleistet hat, ist umstritten. Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ab April 2013 die Lohnzahlungen eingestellt. Er macht klageweise ausstehende Löhne im Gesamtbetrag von Fr. 9'803.65 nebst Zins geltend.

2.

Am 19. August 2013 reichte der Kläger bei der (unzuständigen) Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Schlichtungsgesuch ein. Darin verlangte er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von ausstehendem Lohn im Gesamtbetrag von Fr. 12'500.– netto, nebst Verzugszinsen. Nach fruchtlosem Verlauf des Schlichtungsverfahrens belangte der Kläger den Beklagten am 14. Oktober 2013 (ein erstes Mal) beim Regionalgericht Berner-Jura Seeland. Der Beklagte erhob den Einwand, die Klagebewilligung sei von einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde ausgestellt worden, womit eine Prozessvoraussetzung fehle.

In der Folge wurde das gerichtliche Verfahren auf die Frage, ob eine gültige Klagebewilligung vorliegt, beschränkt. Daraufhin zog der Kläger die Klage am 29. Oktober 2013 unter dem Vorbehalt der späteren Wiederreichung zurück. Gleichentags reichte er ein neues Schlichtungsgesuch, diesmal bei der zuständigen Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland ein. Das Regionalgericht Berner-Jura Seeland schrieb das Verfahren CIV 13 4710 mit Verfügung vom 13. November 2013 als gegenstandslos ab.

Alsdann fand am 21. Januar 2014 vor der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland der zweite Schlichtungsversuch statt und dem Kläger wurde abermals eine Klagebewilligung erteilt.

3.

Schliesslich leitete der Kläger mit Klage vom 17. März 2014 das vorliegende Verfahren ein und beantragte die Verurteilung des Beklagten zur Leistung von ausstehenden Löhnen im Gesamtbetrag von Fr. 9'803.65 zuzüglich Zins.

Der Beklagte verlangte am 10. November 2014 u.a. die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der «*res iudicata*». Damit fand er beim Vorrichter jedoch kein Gehör. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2014 wies die Vorinstanz das Gesuch um Konzentration des Verfahrens ab und stellte fest, dass die Prozessvoraussetzungen am Termin der Hauptverhandlung im Rahmen der Vorfragen behandelt würden.

Mit Klageantwort vom 9. Februar 2015 schloss der Beklagte auf vollumfängliche Klageabweisung.

4.

Am 17. August 2015 fand die Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren statt. Vorfrageweise wurde der Einwand der abgeurteilten Sache behandelt und entschieden, dass keine «*res iudicata*» vorliege. Hierauf wurden beide Parteien sowie ein Zeuge zur Sache befragt. Schliesslich folgten die zweiten Parteivorträge, wobei beide Parteien die bereits schriftlich gestellten Anträge bestätigten.

Mit Entscheid vom 17. August 2015 verurteilte das zuständige Regionalgericht Berner Jura-Seeland den Beklagten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 9'787.40 (netto) nebst Zins zu 5% seit 15. Juli 2013 zu bezahlen (Ziff. 1), wies die Klage soweit weitergehend ab (ebenfalls Ziff. 1) und regelte die Kostenfolgen (Ziff. 2 bis 4).

5.

Die Vorinstanz erwog zunächst, Art. 65 ZPO müsse einschränkend ausgelegt werden. Eine nach Eintritt der Fortführungslast zurückgezogene Klage könne erneut anhängig gemacht werden, sofern im Verfahren über die erste Klage im Urteilsfall ein Nichteintretensentscheid ergangen wäre. Im Falle eines Nichteintretensentscheides sei der Kläger an keine Frist gebunden, wenn er seinen Anspruch erneut geltend machen wolle. Nichts anderes könne für den Rückzug wegen fehlender Prozessvoraussetzung gelten. Werde insbesondere bei einem «*Rückzug angebrachtermassen*» die Monatsfrist von Art. 63 ZPO nicht eingehalten, bewirke dies zwar den Verlust der Rechtshängigkeit, nicht aber den Verlust des materiellen Anspruchs.

In der Sache befand die Vorinstanz, es sei unbestritten dass der Kläger von Februar 2013 bis Juni 2013 Renovationsarbeiten (Maurer-, Verputz-, Isolations- und Dacharbeiten beim Beklagten bzw. auf dessen Betrieb durchgeführt habe. Klärungsbedürftig und umstritten sei dagegen, um was für ein Rechtsverhältnis (Arbeitsverhältnis, Auftrag oder Werkvertrag) es sich dabei gehandelt habe.

In einem ersten Schritt erörterte die Vorinstanz die Unterscheidungsmerkmale, welche den Arbeitsvertrag vom Werkvertrag abgrenzen. Als dann würdigte sie die vorhandenen Beweismittel (Aussagen der Parteien und des Zeugen, sowie verschiedene objektive Beweismittel) und qualifizierte das Rechtsverhältnis im Ergebnis als Arbeitsvertrag. Insbesondere verwarf sie das Vorbringen des Beklagten, es bestehe ein Entsendeverhältnis und dem Vater des Klägers komme in diesem Zusammenhang Arbeitgeberstellung zu. Ein solches Entsendeverhältnis habe der Beklagte nicht nachzuweisen vermocht, weshalb er als Arbeitgeber zu betrachten sei. Im Übrigen würde auch der Umgehungstatbestand für ein Arbeitsverhältnis sprechen.

Ebenfalls keinen Erfolg hatte der Beklagte mit der (Teil)Tilgungseinrede. Dem Beklagten sei nicht gelungen – so die Vorinstanz – die von ihm behaupteten weiteren Lohnzahlungen nachzuweisen.

Schliesslich berechnete die Vorinstanz den Lohnanspruch des Klägers und sprach ihm einen restanzlichen Nettolohn von Fr. 9'787.40 zu.

6.

Dagegen führte B. am 11. Dezember 2015 Beschwerde – obwohl die vorrichterliche Rechtsmittelbelehrung eine Berufung vorsah. Er verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung, eventualiter Abweisung der Klage.

7.

Er rügt zunächst formelle Mängel. So macht er geltend, im Zeitpunkt der Einreichung des zweiten Schlichtungsgesuches (29. Oktober 2013) sei zwischen den Parteien der identische Streit noch beim Regionalgericht hängig gewesen (Rückzug erst am 30. Oktober 2015). Dem neu angehobenen Verfahren stehe folglich Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO entgegen und die Vorinstanz hätte auf die Klage nicht eintreten dürfen.

Weiter stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, der erneuten Klage stehe die *«res iudicata»* entgegen. Die Vorinstanz habe Art. 65 ZPO falsch angewandt bzw. unzulässigerweise erweitert. Der Gesetzgeber habe ausschliesslich zwei Fälle des Klagerückzuges ohne Abstandsfolgen normiert, nämlich denjenigen von Art. 63 ZPO (der sog. Rückzug *«angebrachtermassen»*) oder wenn die Zustimmung der beklagten Partei vorliege.

Hier sei kein Anwendungsfall von Art. 63 ZPO auszumachen. Die erste Klage sei nicht beim unzuständigen Gericht eingereicht worden. Sodann habe der Kläger seine Klage zwischen der ersten und zweiten Einreichung modifiziert. Laut Bundesgericht setze die Anwendung von Art. 63 ZPO jedoch eine identische Klage voraus. Und schliesslich habe der Beklagte dem Klagerückzug nie zugestimmt.

Es gehe nicht an, weitere Ausnahmefälle von Art. 65 ZPO zuzulassen. Genau das tue indes die Vorinstanz mit ihrem Argument, ein Klagerückzug ohne Abstandsfolgen sei auch möglich, wenn die Klage wegen mangelnder Prozessvoraussetzungen durch das Gericht hätte zurückgewiesen werden müssen.

8.

In der Sache rügt der Beklagte eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und die falsche Anwendung von Art. 8 ZGB und Art. 319/320 OR.

Der Beklagte wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, sie habe den Sachverhalt aufgrund falscher, vielerorts lediglich auf Mutmassungen basierender, Tatsachen ermittelt. Im Zusammenhang mit der Würdigung der einzelnen Kriterien, welche für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses relevant sind, unterstellt er der Vorinstanz an diversen Stellen der Beschwerdebegründung, sie habe die *«erhobenen Beweise falsch gewürdigt*

und damit den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt» oder, sie habe «ihre Verpflichtung zur Sachverhaltsermittlung und zur korrekten Würdigung der Beweise und damit geltendes Recht verletzt» oder, sie habe «den rechtserheblichen Sachverhalt ganz offensichtlich unrichtig festgestellt und die vorliegenden Beweise falsch und wider ihre eigenen Feststellungen gewürdigt».

Bei einer korrekten Würdigung wie sie dem Beklagten vorschwebt sei hingegen klar festzuhalten, dass weder die Stundenblätter und Zahlungen, noch die sozialversicherungsrechtliche Optik oder gar der Wille der Parteien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen würden. Es habe auch zu keiner Zeit ein Unterordnungsverhältnis, ein Weisungsrecht des Klägers oder eine Eingliederung in eine Arbeitsorganisation bestanden. Die begriffsnotwendigen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses seien hier nicht erfüllt.

Im Übrigen räume die Vorinstanz selbst ein, dass die Indizien für ein Arbeitsverhältnis unklar, widersprüchlich und zweifelhaft seien. Bei entsprechenden Zweifeln hätten die vom Kläger vorgetragene Behauptungen indes nicht als bewiesen angenommen werden dürfen. Ein Beweis setze bekanntlich voraus, dass das Gericht keine erheblichen Zweifel mehr habe.

9.

Der Kläger schloss in seiner Beschwerdeantwort vom 28. Januar 2016 auf Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde. Er macht namentlich geltend, die Beschwerde sei das falsche Rechtsmittel. Im Übrigen hält er den angefochtenen Entscheid für korrekt.

10.

Der Beklagte hat bewusst das Rechtsmittel der Beschwerde gewählt, obwohl der Entscheid gemäss vorrichterlicher Rechtsmittelbelehrung mit Berufung anzufechten gewesen wäre. Er vertritt die Auffassung, die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung sei unzutreffend, zumal sich der Streitwert des zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehrens auf Fr. 9'803.65 belaufe.

Bei arbeitsrechtlichen Lohnforderungen bestimmt sich der Streitwert nach dem Bruttolohn, ohne Arbeitgeberbeiträge (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts Zürich AA090054 vom 13. Mai 2009 E 5 und die dort zitierte Literatur [noch zu aArt. 343 OR], DIGGELMANN, DIKE-Kommentar, N 47 ff zu Art. 91 ZPO, unter Hinweis auf den Umstand, dass bei Lohnforderungen die Grenzen für die Berufung und die Beschwerde in Zivilsachen häufig eine Rolle spielen; RÜEGG, BSK-ZPO, N 4 zu Art. 91 ZPO; DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, N 1475 zu Art. 51 BGG). Dabei ist unerheblich, in welcher Form der Lohn eingeklagt wurde. Auch ein zugesprochener Nettolohn löst Zahlungspflichten des Arbeitgebers an die Sozialversicherungen aus.

Hier liegt ein Nettolohn-Guthaben von Fr. 9'787.40 im Streit. Bereits die Hinzurechnung der gängigen Arbeitnehmerbeiträge für AHV/IV/EO/ALV (rund 7%) führt dazu, dass der Streitwert über Fr. 10'000.– zu liegen

kommt. Es kann daher offenbleiben, ob der Beklagte allenfalls noch weitere Arbeitnehmerbeiträge zu leisten hat. Diese Betrachtungsweise hat zur Folge, dass der Streitwert auf jeden Fall Fr. 10'000.- übersteigt. Der vorinstanzliche Entscheid hätte mit Berufung angefochten werden müssen.

11.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Eingabe des Beklagten dennoch als Berufung zu behandeln ist (Konversion). Nach der im Internet publizierten Praxis des Obergerichts des Kantons Bern ist eine Konversion grundsätzlich abzulehnen und nur ausnahmsweise zuzulassen (vgl. www.justice.be.ch > Rechtsprechung; Entscheid ZK 14 389 der 1. Zivilkammer vom 27. Januar 2015 bzw. der dort erwähnte Entscheid ZK 13 85 der 2. Zivilkammer vom 20. August 2013). Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich keine Ausnahme. Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz war korrekt. Es handelte sich auch nicht um eine falsche Bezeichnung des Rechtsmittels, sondern um eine Fehlüberlegung der das Rechtsmittel einlegenden Partei in Bezug auf den Streitwert.

12.

Mit Blick auf die erörterte Praxis des Obergerichts des Kantons Bern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

13.

Der Vollständigkeit halber sei dennoch cursorisch begründet, warum der Beschwerde auch im Falle eines Eintretens kein Erfolg beschieden gewesen wäre:

14.

In prozessualer Hinsicht soll die Vorinstanz Art. 59 ZPO und Art. 65 ZPO falsch angewendet haben. Der Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, der Klagerückzug vom 29. Oktober 2013 müsse einem Abstand gleichgestellt werden und führe zum Verlust des materiellen Anspruchs.

Die prozessualen Einwände des Beklagten sind nicht stichhaltig:

15.

Ein Klagerückzug *«angebrachtermassen»* bedeutet in Anlehnung an den Wortlaut des aufgehobenen Art. 139 OR, dass eine Klage unter Vorbehalt der Wiedereinreichung zurückgezogen wird. Das ist in jenen Fällen möglich, in denen es an einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 ZPO) fehlt (ähnlich Art. 73 Abs. 3 BZP), so dass die Klage mittels Nichteintretensentscheid zurückgewiesen werden müsste. Art. 63 ZPO normiert den Sonderfall des Klagerückzuges mangels Zuständigkeit und bei falscher Verfahrensart, wobei der Kläger dieselbe Klage innert einer Verwirkungsfrist von einem Monat bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu einzureichen hat.

Die Begründetheit der Klage wird bei fehlenden Prozessvoraussetzungen nicht geprüft, sodass diesbezüglich keine Rechtskraftwirkung eintreten kann (es liegt lediglich sog. prozessanspruchsbezogene materielle Rechtskraft im Gegensatz zur sachanspruchsbezogenen materiellen Rechts-

kraft vor). Es wäre stossend, wenn bei einem ebenfalls wegen fehlender Prozessvoraussetzungen erfolgten Klagerückzug eine Neueinreichung ausgeschlossen wäre. Ferner ist ein frühzeitiger Klagerückzug bei fehlenden Prozessvoraussetzungen auch prozessökonomisch wünschenswert. Ob ein Klagerückzug «*angebrachtermassen*» tatsächlich möglich gewesen ist, wird allerdings erst vom späteren Gericht, bei dem die Klage wieder eingereicht wird, geprüft. Verneint es die Voraussetzungen eines Klagerückzuges «*angebrachtermassen*», so bewirkt der Klagerückzug doch Rechtsverlust und auf die neue Klage wird zufolge «*res iudicata*» nicht eingetreten. Der Kläger trägt das Risiko, dass seine «*angebrachtermassen*» zurückgezogene Klage sich später als normale Rückzugserklärung erweist. Der Klagerückzug «*angebrachtermassen*» ist demnach kein Mittel, um den Folgen der Eventualmaxime zu entgehen (zum Ganzen ausführlich LEUMANN LIEBSTER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Schulthess-Kommentar zu ZPO, Zürich u.a. 2016, N 18 zu Art. 241 ZPO).

16.

Wie diese Ausführungen zeigen, ist ein Rückzug ohne Abstandsfolge nicht nur unter dem Regime von Art. 63 ZPO sondern generell beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung möglich, sofern im Verfahren über die (erste) Klage im Urteilsfall ein Nichteintretensentscheid ergangen wäre. Diese Voraussetzung war im ersten Verfahren (CIV 13 4710) klarerweise erfüllt und ein Rückzug «*angebrachtermassen*» somit statthaft. Anders entscheiden würde zu prozessuaem Leerlauf führen. Um ihren materiellen Anspruch nicht zu verlieren, müsste die Klägerschaft stets ein Prozessurteil provozieren bzw. abwarten. Das macht prozessökonomisch keinen Sinn.

Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde stellt diese Ansicht zu den Wirkungen des Klagerückzugs auch nicht die singuläre Meinung von BERGER-STEINER im Berner Kommentar dar. In der bereits erwähnten Schulthess-Kommentierung wird der Rückzug «*angebrachtermassen*» im Zusammenhang mit Art. 65 ZPO zwar nur rudimentär erörtert (SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., N 15 zu Art. 65 ZPO). Die oben referierten Ausführungen finden sich aber unter Art. 241 ZPO und decken sich weitgehend mit der Ansicht von BERGER-STEINER zu Art. 65 ZPO. Die Vorinstanz folgte deshalb nicht irgendeiner vernachlässigbaren Minderheitsmeinung, so dass ein Verstoß gegen Art. 65 ZPO nicht auszumachen ist.

17.

Falsch liegt der Beklagte auch, wenn er behauptet, der zweiten Klage stehe die «*anderweitige Rechtshängigkeit*» im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO entgegen.

Es mag sein, dass im Zeitpunkt des Absendens des zweiten Schlichtungsgesuches (29. Oktober 2013) das erste Verfahren noch rechtshängig war, weil der Rückzug erst mit dem Eintreffen beim Gericht (30. Oktober 2013) wirksam wurde. Für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen ist allerdings der Zeitpunkt des Entscheides massgeblich (GASSER/RICKLI,

Kurzkommentar zur ZPO, N 4 zu Art. 59 ZPO). In diesem Zeitpunkt war das erste Verfahren aber längst abgeschlossen, so dass Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO dem neu angehobenen Verfahren nicht entgegenstand.

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 28. September 2016 (Aufhebung des Urteils des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 4. März 2016)

Die Abnahme des Führerausweises nach einem schweren Verkehrsunfall mit Personenschaden zieht die umgehende Arbeitsuntauglichkeit des Lastwagenchauffeurs nach sich, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer ausschliesslich als Chauffeur im Betrieb einzusetzen vermag. Das strafrechtlich relevante Verhalten wirkt sich somit unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus, was eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Dem Arbeitnehmer ist demzufolge auch im arbeitsrechtlichen Sinne anzulasten, dass er durch sein Verhalten die Erfüllung seiner vertraglichen Hauptpflicht, nämlich die Leistung der Arbeit i.S.v. Art. 321 OR, verunmöglicht hat (E. 24.2 und 24.3).

Enthält der Arbeitsvertrag eine Klausel, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das SVG zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen kann, wobei solche Klauseln den wichtigen Grund gemäss Art. 337 OR ausdehnen oder einschränken, können sie für den Richter Bedeutung als Konkretisierungen dessen erlangen, was aus Sicht der Parteien als zumutbar oder unzumutbar angesehen wurde. Er kann dies bei der Abwägung der beidseitigen Interessen berücksichtigen, auch wenn die Klausel rechtlich nicht durchsetzbar ist (E. 24.5).

Sachverhalt:

Der Arbeitnehmer A. (Kläger und Berufungskläger) wurde am 17. Juni 2013 von der B. GmbH (Beklagte und Berufungsbeklagte) unbefristet als Lastwagenchauffeur angestellt. Am 13. Mai 2014 um ca. 07:35 Uhr fuhr der Berufungskläger mit dem Lastwagen der Berufungsbeklagten mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11 km/h über ein Stoppsignal hinaus auf die Strasse und kollidierte mit einem korrekt fahrenden Personenwagen. Der Lenker des Personenwagens wurde verletzt und musste in Spitalpflege gebracht werden, sein Wagen erlitt Totalschaden. Nach dem Unfall kümmerte sich der Berufungskläger um die verletzte Person und rief die Ambulanz. Anschliessend informierte er seinen Arbeitgeber über den Unfall. Die vom Berufungskläger gerufene Polizei entzog ihm vor Ort den Führerausweis. Die Berufungsbeklagte kündigte dem Berufungskläger noch am gleichen Tag, d.h. am 13. Mai 2014, fristlos i.S.v. Art. 337 OR. Die fristlose Kündigung erfolgte zunächst mündlich und wurde anschliessend schriftlich

bestätigt. Als Begründung gab die Berufungsbeklagte an, dass infolge des vom Berufungskläger verschuldeten Unfalls eine Person verletzt worden sei und somit das Ansehen des Unternehmens Schaden genommen habe. Zudem sei dem Berufungskläger gemäss Auskunft der Polizei der Führerausweis mit sofortiger Wirkung entzogen worden. Die seitens der Berufungsbeklagten unternommenen Bemühungen, den Berufungskläger als Magaziner bei einer anderen Firma zu beschäftigen, seien erfolglos gewesen, da kein freier Platz vorhanden gewesen sei. Im eigenen Betrieb sei ebenfalls kein Angebot zur Verfügung gestanden. Nach dem Unfall war der Berufungskläger vom 14. Mai 2014 bis am 15. Juni 2014 krankgeschrieben. Mit Entscheid der Kommission für Administrativmassnahmen im Strassenverkehr des Kantons Freiburg (KAM) vom 20. Mai 2014 erhielt der Kläger seinen Führerausweis provisorisch zurück. Mit Strafbefehl vom 16. Mai 2015 wurde der Kläger von der Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland wegen grober Verkehrsregelverletzung schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe und einer Verbindungsbusse verurteilt. Gestützt darauf verfügte die KAM am 27. Mai 2015 einen Führerausweisentzug von drei Monaten.

Das erstinstanzliche Gericht verneinte mit Urteil vom 4. März 2016 die Voraussetzungen für die fristlose Entlassung und sprach dem Arbeitnehmer den noch geschuldeten Lohn von Fr. 3651.70 für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zu, verweigerte jedoch die Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Berufungskläger habe, wenn auch nicht mit Absicht, doch mit erheblichem Verschulden gehandelt und eine wichtige Verkehrsvorschrift in gravierender Weise verletzt. Hingegen sei die strafrechtliche Qualifikation nicht entscheidend für die Bejahung des wichtigen Grundes i.S.v. Art. 337 OR. Die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sei vorliegend vielmehr zu verneinen: Der Berufungskläger habe sich nach dem Unfall korrekt verhalten, indem er dem Verletzten geholfen, die Ambulanz gerufen und den Arbeitgeber informiert habe. Vorher habe er auch keinen Unfall mit Verletzten verursacht. Die Arbeitgeberin müsse zwar eine fristlose Kündigung rasch aussprechen, vorliegend habe sie jedoch wissen müssen, dass die vorläufige Abnahme des Führerausweises durch die Polizei lediglich eine provisorische Massnahme sei unter Vorbehalt des späteren Administrativverfahrens. Es sei für sie aufgrund der gesamten Umstände zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen. Am 3. Mai 2016 erhob der Berufungskläger gegen den Entscheid vom 4. März 2016 Berufung und beantragte eine Entschädigung von drei Monatslöhnen in der Höhe von total Fr. 12'700.-. Am 9. Juni 2016 reichte die Berufungsbeklagte eine Berufungsantwort und eine Anschlussberufung ein und stellte das Rechtsbegehren auf Abweisung der Berufung.

Aus den Erwägungen:

21.

Der Arbeitsvertrag zwischen der Berufungsbeklagten und dem Berufungskläger wurde per 17. Juni 2013 für eine unbestimmte Dauer abgeschlossen. In den Schlussbestimmungen des Vertrages wird für die Kündigungsfristen auf das OR verwiesen. Dieses sieht bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen eine Kündigungsfrist von einem Monat vor (Art. 335c Abs. 1 OR). Weiter werden in den Schlussbestimmungen des Arbeitsvertrages Alkohol und/oder Drogen am Steuer sowie jegliche schwere fahrlässige Wiederhandlung gegen das SVG als Grund für eine sofortige Entlassung genannt. Art. 361 Abs. 1 OR sieht jedoch vor, dass von der Vorschrift von Art. 337 Abs. 1 und 2 zur fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages aus wichtigen Gründen nicht vertraglich abgewichen werden darf. Solche Vereinbarungen sind von Gesetzes wegen nichtig (Art. 361 Abs. 2 OR). Massgebende Rechtsgrundlage bildet somit vorliegend das Kündigungsrecht gemäss OR.

22.

Zu prüfen ist, ob die fristlose Entlassung des Berufungsklägers durch die Berufungsbeklagte gerechtfertigt war.

22.1 Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR können der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Nach Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Als aussergewöhnliche Massnahme darf die fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen nur restriktiv zugelassen werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt nur eine besonders schwere Verfehlung der anderen Partei eine fristlose Auflösung. Wiegt die Verfehlung weniger schwer, kann sie nur eine fristlose Auflösung zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt erfolgte. Unter Verfehlung des Arbeitnehmers ist die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, z.B. der Treupflicht oder der Pflicht zur Verschwiegenheit, zu verstehen (Art. 321a Abs. 1 und 4 OR; siehe zum Ganzen BGE 127 III 310 E. 3 S. 313).

22.2 Besonders schwere Verfehlungen des Arbeitnehmers müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (Entscheide des Bundesgerichts 4C.407/2004 vom 7. Januar 2005 E. 2.2 und 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005 E. 3.2; BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 121 III 467 E. 4d S. 472; 117 II 560 E. 3b S. 561; 116 II 145 E. 6a S. 150, je mit Hinweisen).

22.3 Als ultima ratio ist die fristlose Kündigung erst zulässig, wenn dem Vertragspartner nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (BGE 117 II 560 E. 3b S. 562).

22.4 Dass der wichtige Grund in einer (schweren) Vertragsverletzung, insb. der Arbeits- oder Treuepflicht, durch die andere Partei besteht, ist nicht zwingend notwendig. Auch von den Parteien nicht zu verantwortende und nicht erwartete Ereignisse oder Umstände können ausserordentliche Vertragsbeendigung rechtfertigen, wenn sie die wesentlichen Grundlagen der vertraglichen Bindung derart erschüttern, dass eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehung subjektiv und objektiv als nicht zumutbar erscheint. Die ausserordentliche Vertragsauflösung nach Art. 337 OR konkretisiert damit die *clausula rebus sic stantibus*. Objektiver Grund für eine fristlose Entlassung kann deshalb ein Ereignis sein, mit dem die Parteien bei Vertragsbegründung weder rechnen konnten noch rechnen mussten (BGE 129 III 380 E. 2.2 S. 283 mit Hinweisen).

22.5 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an (Urteil des Bundesgerichts 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.1).

22.6 Das Gericht beurteilt nach freiem Ermessen, ob wichtige Gründe vorliegen (Art. 337 Abs. 3 OR). Indem die Beurteilung gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu erfolgen hat, soll der Ermessensentscheid der Gerechtigkeit durch Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles dienen. Dabei sind insbesondere die Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, die Art und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie die Natur und Schwere der Verfehlungen zu berücksichtigen (BGE 127 III 310 E. 3 S. 313).

23.

Vorliegend zu berücksichtigen sind vorab die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis ist, desto restriktiver wird die fristlose Kündigung zugelassen. Fristlose Kündigungen in der Probezeit werden aufgrund der regelmässig sehr kurzen Kündigungsfristen oder im bereits gekündigten Verhältnis deshalb nur zurückhaltend anerkannt (zum Ganzen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 16 zu Art. 337 OR). Vorliegend war das Stadium der Probezeit bereits überschritten und es galt die einmonatige Kündigungsfrist auf das Ende eines Monats i.S.v. Art. 335c Abs. 1 OR. Der Arbeitsvertrag hätte im konkreten Fall noch 6 Wochen gedauert, während denen der Lohn weiter geschuldet gewesen wäre und zwar allenfalls auch ohne entspre-

chende Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer. Das Arbeitsverhältnis dauerte gerade einmal 11 Monate. In der Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Anforderungen an die Arbeitsleistung einen mildereren Massstab erfordern, wenn sich ein Arbeitnehmer über jahrelange Dauer des Arbeitsverhältnisses bei seiner Arbeit bewährt hat (PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 21 zu Art. 337 OR mit Hinweisen). Im Umkehrschluss bedeutet dies für das vorliegend unterjährige Arbeitsverhältnis, dass in Bezug auf die Anforderung an die Arbeitsleistung des Berufungsklägers ein eher strenger Massstab anzuwenden ist. Die Berufungsbeklagte hätte demnach vom Berufungskläger erwarten dürfen, dass dieser seine Arbeit mangelfrei ausführt.

24.

Zur Natur und Schwere der Verfehlung ist Folgendes festzuhalten:

24.1 Der Berufungskläger führte aus, es handle sich nicht um einen «Verkehrsvorfall», der auf ein schweres Verschulden zurückzuführen sei, wie z.B. erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen oder Fahren unter Alkoholeinfluss. Dem kann jedoch nicht beigespflichtet werden: Vorliegend bestand die grobe Verletzung der Verkehrsregeln im Überfahren eines Stoppsignals mit einem Lastwagen mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11 km/h, was zur Verletzung der aus dem Arbeitsvertrag fliessenden Pflichten geführt hat. Die Vorinstanz qualifizierte das Verschulden des Berufungsklägers an der erfolgten Kollision mit dem Personenwagen als «erheblich». Wie der Berufungskläger anlässlich des Parteiverhörs an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz zum Unfallhergang ausführte, habe er auf der Kreuzung zunächst nach rechts und nach links geschaut und sei daraufhin, als er niemanden gesehen habe bzw. keine Autolichter habe erkennen können, weitergefahren. Er habe nicht ganz angehalten, sondern nur gebremst. Das Stoppsignal am Boden habe er gesehen. Der Berufungskläger hat das Stoppsignal wissentlich und willentlich und somit vorsätzlich überfahren und dabei das entgegenkommende Fahrzeug übersehen. Ein schweres Verschulden ist folglich zu bejahen.

24.2 Diese Verfehlung des Berufungsklägers ist nicht nur im strafrechtlichen Sinne, wie dem Strafbefehl zu entnehmen ist, sondern auch in Bezug auf die Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten als schwer einzustufen: Nach dem Unfall mit Personen- und Sachschaden erfolgte umgehend ein Führerausweisentzug durch die Polizei. Bis zum Entscheid der Entzugsbehörde hat die Abnahme des Ausweises durch die Polizei die Wirkung eines Entzugs. Dies bedeutet, dass die betroffene Person nach der Führerausweisabnahme kein Fahrzeug der betreffenden Kategorie mehr führen darf (Art. 10 Abs. 2 SVG; BERNHARD WALDMANN/SIMON HENSELER, Die Abnahme des Führerausweises durch die Polizei [Art. 54 SVG], recht 2016 S. 55). Diese vorgezogene Entzugswirkung führte im konkreten Fall insbesondere auf der Stelle dazu, dass der Berufungskläger kein Fahrzeug der betreffenden Kategorie mehr führen durfte. Dies wiederum zog die umgehende Arbeitsuntauglichkeit des Berufungsklägers im

Betrieb der Berufungsbeklagten nach sich, da Letztere den Berufungskläger ausschliesslich als Chauffeur im Betrieb einzusetzen vermochte. Die Verfehlung des Berufungsklägers führte somit unweigerlich zu seiner sofortigen Arbeitsuntauglichkeit. Das strafrechtlich relevante Verhalten wirkte sich somit unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus, was eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann (PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 22 zu Art. 337 OR mit Hinweisen; siehe auch E. 22.5 oben).

24.3 Dem Berufungskläger ist demzufolge auch im arbeitsrechtlichen Sinne anzulasten, dass er durch sein Verhalten die Erfüllung seiner vertraglichen Hauptpflicht, nämlich die Leistung der Arbeit i.S.v. Art. 321 OR, verunmöglicht hat. Diese Verfehlung kann nicht, wie es der Berufungskläger macht, durch das «stark erhöhte Risiko von Verkehrsvorfällen» bzw. dem «inhärenten Berufsrisiko» bei Berufschauffeuren bagatellisiert werden: Denn gerade Berufschauffeure müssten aufgrund ihrer Erfahrung und des klar erhöhten Betriebsrisikos ihres Fahrzeugs besonders aufmerksam sein und an ihr Verhalten dürfen diesbezüglich besonders strenge Anforderungen gestellt werden.

24.4 Das Überfahren des Stoppschildes, das Verursachen eines Unfalles mit Personen- und Sachschaden sowie die daraus resultierende Folge des Führerausweistzuges erschütterten die wesentlichen Grundlagen der vertraglichen Bindung derart, dass unter den gegebenen Umständen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als objektiv nicht mehr zumutbar erscheint.

24.5 Der Arbeitsvertrag vom 17. Juni 2013 enthält eine Klausel, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das SVG zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen kann. Solche Klauseln, die den wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes ausdehnen oder einschränken, können für den Richter Bedeutung als Konkretisierungen dessen erlangen, was in der Sicht der Parteien als zumutbar oder unzumutbar angesehen wurde. Er kann dies bei der Abwägung der beidseitigen Interessen berücksichtigen (REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 337 OR). Folglich ist der Klausel, auch wenn sie rechtlich nicht durchsetzbar ist, zu entnehmen, was aus der Sicht der Parteien als unzumutbar für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses angesehen werden durfte. Es musste dem Berufungskläger somit bewusst sein, dass sein Verhalten die entsprechende Rechtsfolge, d.h. die fristlose Kündigung, nach sich ziehen konnte. Insofern erschien auch aus subjektiver Sicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als nicht mehr zumutbar.

24.6 Das korrekte Verhalten des Berufungsklägers nach dem Unfall ist als lobenswert hervorzuheben: So hat er dem Verletzten geholfen, die Ambulanz und die Polizei gerufen und den Arbeitgeber umgehend informiert. Das für den Kündigungsgrund ausschlaggebende Verhalten manifestierte sich jedoch bereits zuvor in der groben Verkehrsregelverletzung und konnte durch das spätere vorbildliche Verhalten nicht mehr aufgewogen werden. Hinzu kommt, dass der Berufungsbeklagten auch trotz des korrek-

ten Verhaltens des Berufungsklägers ein Imageschaden entstanden ist: Der unfallverursachende Lastwagen war mit dem Firmenlogo der Berufungsbeklagten ausgestattet, wie sich unzweifelhaft aus den im Internet abrufbaren Bildern des Bieler Tagblatts zum Unfallhergang vom 13. Mai 2014 (<www.bielertagblatt.ch/nachrichten/seeland/kollision-mit-einem-lastwagen-autofahrer-schwer-verletzt>) und dem dazugehörigen Text erschliessen lässt. Das Verursachen eines Personenschadens, welches offensichtlich ein mediales Interesse nach sich zog, führte somit unweigerlich zu einem, wenn auch möglicherweise nur geringen, Imageschaden der Berufungsbeklagten.

24.7 Schliesslich standen der Berufungsbeklagten auch keine milderen Mittel als die Kündigung zur Verfügung: Eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder in einen anderen Betriebsteil scheiterten an der fehlenden Ausbildung des Berufungsklägers bzw. wegen Fehlens eines entsprechenden Angebots. Sodann hätte eine Änderungskündigung oder eine Abmahnung den Berufungskläger nicht wieder arbeitsfähig gemacht.

25.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung einen Angestellten beschäftigte, der aufgrund des selbstverschuldeten Hindernisses keine vertragsgemässe Arbeitsleistung mehr erbringen konnte. Insofern war es der Berufungsbeklagten sowohl aus objektiver wie auch aus subjektiver Sicht nicht mehr zumutbar, das Vertragsverhältnis weiterhin aufrecht zu erhalten. Folglich lag zu diesem Zeitpunkt ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Kanton Genf

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 14 janvier 2016 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 21 juillet 2015)

Art. 336b al. 1 CO. Congé abusif. Il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la formulation de l'opposition écrite. Il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié. L'opposition a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus (c. 5.1).

Dans le cas d'espèce, l'avocat de l'employée a fait part dans un courrier de l'étonnement de sa mandante d'avoir été licenciée et du caractère abusif du licenciement. Par ailleurs, l'employée a respecté la procédure prévue en matière de contestation du licenciement dans la CCT applicable. De son côté, l'employeur a bien compris qu'il était saisi d'une opposition formulée par l'employée, qu'il a examinée, de même qu'il a examiné l'hypothèse d'une annulation du congé. Il faut donc considérer que l'employée a valablement formé opposition (c. 5.2).

Extraits des faits:

T. s'est engagée au service de E. le 1^{er} janvier 1976, en qualité notamment d'opératrice vidéo et de monteuse. Son lieu de travail était à Genève. Elle percevait un salaire annuel brut fixé en dernier lieu à 99'090 fr. 90. Une convention collective de travail règle les conditions de travail du personnel; il y est, en particulier, instauré une protection en cas de licenciement, qui prévoit notamment que la personne licenciée peut faire opposition auprès du directeur ou de la directrice dans un délai de 30 jours après avoir reçu sa lettre licenciement et qu'elle a le droit de se faire entendre et assister (art. 54.3). En raison d'une maladie professionnelle, T. a connu, au cours de son emploi, de nombreuses incapacités de travail.

Par lettre du 24 juin 2013, E. a résilié le contrat de travail de T. pour le 31 décembre 2013, et l'a libérée de l'obligation de travailler. Cette résiliation était «motivée par les besoins du service, du fait de [ses] absences nombreuses et prolongées». E. ajoutait: «Nous tenons à relever que cette décision intervient au terme d'un très long processus au cours duquel nous avons entrepris tout ce qui était en notre pouvoir pour vous proposer des solutions qui vous soient favorables, notamment en termes d'aménagement de l'horaire de travail ou de reconversion professionnelle, propositions

auxquelles vous n'avez cependant pas jugé utile de donner suite. Par ailleurs, nos obligations liées au versement du salaire en cas d'empêchement de travailler sont, elles aussi, largement échues. Il en va du reste de même du droit aux prestations de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, la limite des 730 jours ayant été franchie. Ce nonobstant, nous avons, jusqu'ici, continué à vous verser votre salaire, à bien plaisir et de manière exceptionnelle. Nous nous voyons cependant contraint d'y mettre un terme, et ce à compter du 1^{er} juillet 2013. En revanche, nous verserons l'indemnité dont il est question à l'article 55.1 CCT ainsi que, le cas échéant, le montant prévu par l'art. 54.5 CCT [...] Nous vous précisons que conformément à l'art. 54.3 CCT, il vous est loisible de former opposition à l'encontre de votre licenciement auprès du directeur D., dans un délai de 30 jours dès réception de la présente, avec la possibilité de vous faire entendre et assister».

Par pli de son conseil du 19 juillet 2013, T. a écrit à D. pour lui confirmer sa requête tendant à ce que l'indemnité de départ lui soit versée dès à présent et jusqu'à la fin de l'année en six mensualités et lui a annoncé qu'elle lui reviendrait au sujet de la lettre de licenciement. Par courrier du 23 juillet 2013 adressé au directeur D., le conseil de T. a écrit à E. en ces termes: «Dans le délai prévu par l'art. 54.3 de la convention collective de travail, je suis en mesure de formuler les objections suivantes: A titre liminaire, T. s'étonne d'avoir été licenciée après plus de trente ans de bons et loyaux services dans votre entreprise. Elle considère que le congé qui lui a été notifié est abusif et ne comprend pas pour quels motifs vous avez décidé de cesser le versement de son salaire, six mois avant la fin des rapports de travail. Malgré différents pourparlers transactionnels, vous avez refusé de verser le salaire de T. jusqu'à la fin de l'année. Cette manière de faire est contraire au droit et ne saurait être acceptée par ma cliente. [...] L'article 336 al. 1 let. d CO stipule que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise en particulier le cas du congé-représailles ou congé-vengeance. La notion de prétentions découlant du contrat de travail doit être interprétée de manière large. Lorsque l'employé se plaint d'une atteinte à sa personnalité ou à sa santé et sollicite la protection de l'employeur, il fait également valoir des prétentions résultant du contrat de travail (art. 328 CO). En l'espèce, vous avez mis fin aux rapports de travail de T. parce que cette dernière a formulé des prétentions à votre égard à titre de dommages-intérêts en raison de sa maladie professionnelle. Pour ces motifs, le licenciement doit être considéré comme étant abusif. [...] Je vous prie de bien vouloir reprendre le versement du salaire de T. avec effet immédiat pour les six derniers mois durant lesquels elle est encore sous contrat de travail avec E.». T. allègue que plusieurs tentatives de conciliation ont été entreprises sans que celles-ci n'aboutissent, offrant en preuve de cet allégué une lettre de E. du 4 octobre 2013. E. a pris position de la façon suivante sur cet allégué: «Partiellement

contesté en ce sens que le cas a été examiné par le directeur D. [...] lequel a confirmé le congé au vu de tout ce que la défenderesse avait accompli en faveur de la demanderesse durant plus de onze ans». Elle a offert en preuve le même titre que T. ainsi que son propre courrier du 24 avril 2012 à la caisse de pension, dans lequel elle présentait un historique des faits et requérait le versement d'une rente d'invalidité. Dans la lettre du 4 octobre 2013 précitée, E., sous la signature de son directeur, se référant au courrier du 25 [recte 23] juillet 2013, ainsi qu'à une audition du 23 septembre 2013, a contesté avoir donné congé à son employée en raison des prétentions élevées par l'employée à titre de dommages-intérêts par suite de sa maladie professionnelle, a renvoyé à la motivation donnée dans la lettre de licenciement, et a maintenu sa décision de renvoi.

Le 12 août 2014, T. a ouvert action en paiement du montant brut de 49'454 fr. 45 contre E. Par jugement du 21 juillet 2015, le Tribunal des prud'hommes a débouté T. de toutes ses conclusions. Par acte du 14 septembre 2015, T. a formé appel contre la décision précitée.

Extraits des considérants:

5.

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir retenu qu'elle n'avait pas formé d'opposition, au sens de l'art. 336b al. 1 CO, au congé notifié le 24 juin 2013.

5.1 Selon l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander une indemnité pour résiliation abusive (art. 336 et 336a CO) doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.

Selon la jurisprudence, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la formulation de cette opposition écrite. Il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié (ATF 136 III 96 consid. 2 p. 97; 123 III 246 consid. 4c p. 253; arrêts du Tribunal fédéral 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 4.1.2; 4C.233/2006 du 25 octobre 2006 consid. 3; 4C.39/2004 du 8 avril 2004 consid. 2.1). L'opposition a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus (cf. art. 336b al. 2 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_571/2008 déjà cité consid. 4.1.2; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 667). Dans cette perspective, le droit du travailleur de réclamer l'indemnité pour licenciement abusif s'éteint si le travailleur refuse l'offre formulée par l'employeur de retirer la résiliation (ATF 134 III 67 consid 5 p. 70; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 667). Il n'y a pas d'opposition lorsque le travailleur s'en prend seulement à la motivation de la résiliation, ne contestant que les motifs invoqués dans la lettre de congé, et non à la fin des rapports de travail en tant

que telle (arrêts du Tribunal fédéral 4A_320/2014 du 8 septembre 2014 consid. 3.1; 4A_571/2008 déjà cité consid. 4.1.2; 4C.39/2004 déjà cité consid. 2.4; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 664 s.). Savoir si l'on est en présence d'une opposition au congé est affaire d'interprétation de la volonté du travailleur selon le principe de la confiance, lorsque la volonté réelle du travailleur n'a pas été comprise par le destinataire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.39/2004 déjà cité consid. 2.1). L'interprétation selon le principe de la confiance consiste à établir le sens que, d'après les règles de Bonne foi, une partie pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (ATF 135 III 410 consid. 3.2; 132 III 268 consid. 2.3.2, consid. 3.1). Cette interprétation objective doit partir du texte du contrat et examiner ensuite celui-ci dans son contexte, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont précédé ou accompagné sa conclusion (ATF 131 III 377 consid. 4.2; 119 II 449 consid. 3a), à l'exclusion des événements postérieurs (arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2012 du 30 juillet 2012 consid. 2.5 publié in RSDIE 2013 p. 447). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral contrôle librement l'interprétation objective des manifestations de volonté (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2).

5.2 En l'espèce, il est constant que le courrier du 23 juillet 2013 d'une part émane de l'avocat de l'appelante, d'autre part ne comporte pas le terme «opposition». Il est, en revanche, fait explicitement référence au délai prévu par l'art. 54.3 de la CCT interne à l'intimée, à l'étonnement de l'employée d'avoir été licenciée, et au caractère abusif du licenciement, considéré comme un congé-représailles. En outre, sont exprimées l'incompréhension de l'appelante face à la décision de cesser le versement du salaire six mois avant la fin des rapports de travail, et la requête de reprendre ce versement pour les six derniers mois encore sous contrat avec l'intimée.

L'appelante affirme que la volonté qu'elle a ainsi manifestée par le truchement de son conseil était celle de tenir le licenciement lui-même, et non les motifs de celui-ci, pour abusif, ce qui impliquait son opposition à la fin des rapports de travail, opposition qui avait été comprise par l'employeur, lequel l'avait manifesté notamment par sa lettre du 4 octobre 2013 et n'avait, dans la présente procédure, initialement pas contesté ce point.

Il apparaît, en effet, que l'intimée, en dépit de ses dénégations ultérieures, a compris que l'appelante avait formulé une opposition au sens de l'art. 54.3 CCT (qui stipule «la personne licenciée peut faire opposition auprès du directeur [...]»). Cela résulte expressément de la lettre de l'intimée du 4 octobre 2013, qui fait allusion à une audition intervenue le 23 septembre précédent, preuve que la procédure de protection en cas de licenciement, conventionnellement instituée, a été suivie. L'analyse de la position de l'intimée au début de la présente procédure conduit à la même

constatation, puisque cette dernière n'a pas explicitement contesté l'allégué selon lequel l'appelante avait formé opposition par correspondance du 23 juillet 2013, ni n'a contesté que le directeur D. avait examiné le cas de l'employée, offrant à cet égard en preuve également le courrier susmentionné du 4 octobre 2013. L'intimée a toutefois, accompagné sa détermination d'une remarque, dans les développements de droit de son écriture, selon laquelle il était contradictoire de demander à la fois l'annulation du congé et le paiement du salaire durant les six derniers mois.

Cette double exigence révèle, en effet, une attitude de l'appelante à première vue équivoque, laquelle s'est traduite également, comme le souligne pertinemment l'intimée, dans le courrier du 19 juillet 2013, qui requérait le paiement d'une indemnité de départ. Il n'en demeure pas moins qu'il est établi que le directeur de l'employeur est entré en matière sur la démarche initiée par l'appelante en recevant celle-ci pour une audition, conformément à la procédure conventionnelle prévue en cas d'opposition selon l'art. 54.3, et en concluant ladite procédure par sa décision de ne pas procéder à l'annulation du licenciement prononcé pour les motifs énoncés dans sa lettre du 4 octobre 2013. Force est d'en conclure que le précité a ainsi considéré qu'il était saisi d'une opposition formulée par l'appelante, qu'il a examinée, de même qu'il a examiné l'hypothèse d'une annulation du congé, hypothèse qu'il a décidé d'écarter. Et cela, en dépit de ce que l'appelante avait déjà et par ailleurs requis le versement d'une indemnité de départ et le paiement de son salaire durant les «derniers mois» de son emploi.

Le but de l'opposition, au sens de l'art. 336b al. 1 CO, rappelé par la jurisprudence susmentionnée, a ainsi été atteint.

En définitive, au vu des circonstances d'espèce, l'appelante a montré qu'elle n'avait pas été d'accord avec le congé signifié, qu'elle a qualifié d'abusif, ce dont l'intimée a pris la juste mesure comme elle l'a manifesté par ses actes.

Dès lors, c'est à tort que le Tribunal a retenu que l'employée n'avait pas valablement formé opposition à son licenciement, et n'a, par voie de conséquence, pas examiné, le caractère abusif ou non de ce congé, ni, dans l'hypothèse où le caractère abusif serait retenu, la prétention en indemnité de ce chef. Les chiffres 3 et 4 du dispositif du jugement entrepris seront dès lors annulés.

Comme il n'a pas été statué sur un élément essentiel de la demande, et dans le respect du principe de double degré de juridiction, la cause sera retournée aux premiers juges (art. 318 al. 1 let. c ch. 1 CPC) pour nouvelle décision sur les conclusions de l'appelante tendant au versement d'une indemnité si le licenciement devait être qualifié d'abusif.

Arrêt communiqué par M^e Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 19 janvier 2016 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 7 juillet 2015)

Art. 321c CO. Lorsque l'employeur connaissait ou aurait dû connaître, compte tenu des circonstances, les heures supplémentaires travaillées par son employé, ce dernier peut faire valoir sa prétention salariale supplémentaire même après la résiliation des rapports de travail, sous réserve d'une exception de prescription invoquée avec succès par l'employeur. En revanche, lorsque l'employeur ignorait la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires ou l'exercice effectif de celles-ci et qu'il n'avait pas de raison de les connaître, l'employé qui accepte sans réserve le salaire habituel perd sa prétention à une rémunération supplémentaire (c. 2.2). Dans le cas d'espèce, l'employeur était régulièrement présent au restaurant en sa qualité de cuisinier et de patron, de sorte qu'il ne pouvait ignorer que l'employé effectuait des heures supplémentaires. L'employé pouvait donc, de bonne foi, déduire du silence de son employeur que celui-ci approuvait le principe des heures supplémentaires effectuées (c. 2.5).

Art. 8 CC et art. 21 CCNT. L'employé qui réclame la rémunération d'heures supplémentaires supporte le fardeau de la preuve de l'existence de celles-ci (c. 2.3). La Convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse institue un régime particulier quant au contrôle de l'exécution d'heures supplémentaires et quant au fardeau de la preuve y relatif. L'employeur doit tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs (art. 21 al. 3 CCNT). Si cette obligation n'est pas respectée, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (art. 21 al. 4 CCNT). Il ne s'agit pas d'un renversement du fardeau de la preuve; toutefois, le juge peut accorder une pleine valeur probante au décompte personnel de l'employé (c. 2.4). En l'espèce, l'employé a fourni des décomptes d'heures détaillés établis par lui-même. La Cour admet ces décomptes comme preuves tant de l'existence que de l'ampleur des heures travaillées. Est sans pertinence, à cet égard, l'absence de reconnaissance écrite de l'exactitude de ces décomptes par l'employeur (c. 2.5).

Extraits des faits:

E. exploite à Genève un restaurant, en qualité de titulaire d'une raison individuelle. Ce restaurant, qui est ouvert midi et soir du mardi au vendredi et samedi soir, est de petite taille. Il compte une trentaine de couverts en salle et huit en terrasse, et E. en est l'unique cuisinier. L'activité du restaurant est plus importante durant la saison de la chasse, soit depuis octobre jusqu'à février-mars, sans que cela ne modifie les horaires d'ouverture de

l'établissement durant cette période. Par contrat de travail du 1^{er} février 2011, E. a engagé T. à compter de la même date, en qualité de serveur de son restaurant. Le cahier des charges de T. comprenait notamment la préparation de la salle, la prise de réservations, la commande de boissons, l'accueil de la clientèle, le service, la mise à jour de la carte, le nettoyage, la commande du stock de vins et de minérales ainsi que plusieurs autres tâches hebdomadaires ou mensuelles relevant du nettoyage et de la gestion des stocks. La durée hebdomadaire de travail était de 45 heures et la durée de ses vacances annuelles de cinq semaines. Son salaire mensuel brut s'élevait à 3'900 fr. puis à 4'200 fr. dès le 1^{er} septembre 2012 et, enfin, à 4'400 fr. dès le 1^{er} avril 2013. S'y ajoutait un treizième salaire, son contrat de travail se référant à ce sujet à l'art. 12 de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après: CCNT).

Pendant la durée des rapports de travail liant E. à T., ce dernier était l'unique serveur du restaurant. Un autre employé œuvrait aux côtés de E. à la cuisine, y compris pour le nettoyage de la vaisselle. La sœur de E., C., assurait la comptabilité et aidait aussi lors du service, de manière non régulière. Selon les allégués de T., contestés par E., le premier a travaillé, pendant toute la durée de son engagement chez le second, de nombreuses heures supplémentaires, non compensées par des congés, rendues nécessaires par l'ampleur de son cahier des charges et connues de E. qui côtoyait son unique serveur tous les jours au restaurant. Jusqu'au 27 janvier 2014, E. n'avait instauré aucune comptabilisation des heures effectivement travaillées par ses employés. T. allègue avoir régulièrement consigné ses heures supplémentaires dans des décomptes personnels.

Par courrier remis en mains propres le 20 février 2014, E. a licencié T. avec effet au 31 mars 2014. Interpellé par écrit au sujet du motif du congé, E. a précisé par retour de courrier que ce motif, déjà communiqué oralement à T. lors de son licenciement, était l'insuffisance caractérisée de ses prestations, notamment de son service à table. Par demande déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 15 janvier 2015, T. a assigné E. en paiement. Par jugement du 7 juillet 2015, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à verser à T. la somme brute de 21'017 fr. 89 avec intérêts. Par acte du 7 septembre 2015, E. a formé appel.

Extraits des considérants:

2.

L'appelant se plaint d'une constatation inexacte des faits et d'une violation de l'art. 321c CO et de l'art. 21 al. 4 CCNT, en contestant principalement l'existence des heures supplémentaires alléguées par l'intimé et, subsidiairement, son approbation de ces heures supplémentaires.

2.1 Une convention collective de travail peut être étendue à tous les employeurs et employés d'une branche économique, en vertu de la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collec-

tive de travail (RS 221.215.311). Tel est le cas dans l'hôtellerie et de la restauration: pour tous les employeurs et employés de cette branche dans toute la Suisse, les rapports de travail sont régis par la CCNT du 6 juillet 1998, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998, et y compris les modifications survenues dans ce texte ultérieurement. En l'espèce, les rapports de travail s'étant déroulés du 1^{er} février 2011 au 31 mars 2014, c'est la version de la CCNT en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010 qui trouve application, puis celle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

2.2 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Lorsque le salaire est fixé d'après le temps et que les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (art. 321c al. 1 CO). Sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins (art. 321c al. 3 CO). Les heures supplémentaires au sens de cette disposition correspondent aux heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel (arrêt du Tribunal fédéral 4C.47/2007 du 8 mai 2007 consid. 3.1). Par ailleurs, le paiement du salaire est la prestation principale de l'employeur, et un salaire horaire doit être déterminé sur la base du temps employé à travailler. C'est pourquoi la péremption de la prétention salariale doit dépendre de conditions strictes : l'employé ne perd pas automatiquement son droit à une rémunération supplémentaire s'il tarde à annoncer ses heures supplémentaires. Dans le cas d'un salaire horaire, on ne peut pas facilement présumer que l'employé renonce à une rémunération supplémentaire s'il fournit des heures supplémentaires non compensées par des congés (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 2.3). L'indemnisation des heures supplémentaires ne dépend d'ailleurs pas de la question de savoir si l'employeur les a exigées ou si l'employé en a pris l'initiative; leur caractère objectivement nécessaire pour l'employeur est seul déterminant pour leur rémunération (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 2.2). Ainsi, lorsque l'employeur connaissait ou aurait dû connaître, compte tenu des circonstances, les heures supplémentaires travaillées par son employé (ATF précité consid. 2.3), l'employé peut faire valoir sa prétention salariale supplémentaire même après la résiliation des rapports de travail, sous réserve d'une exception de prescription invoquée avec succès par l'employeur (AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n° 21 ad art. 321c CO). En revanche, lorsque l'employeur ignorait la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires ou l'exercice effectif de celles-ci et qu'il n'avait pas de raison de les connaître, l'employé qui accepte sans réserve le salaire

habituel perd sa prétention à une rémunération supplémentaire (WYLER/HEINZER/MIKA-PANCHAUD, Droit du travail, 3^{ème} éd. 2014, p. 100).

2.3 L'employé qui réclame la rémunération d'heures supplémentaires supporte le fardeau de la preuve de l'existence de celles-ci, en vertu de l'art. 8 CC (arrêts du Tribunal fédéral 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2; 4P.96/2003 du 30 juillet 2003 consid. 2.3.1). Toutefois, la jurisprudence admet une preuve facilitée tant de l'existence même de ces heures supplémentaires que de leur ampleur, en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.307/2006 du 25 mars 2007 consid. 3.2 avec références). L'application analogique de l'art. 42 al. 2 CC entre en considération lorsque tous les indices fournis par le dossier permettent, en considération du cours ordinaire des choses, de conclure avec une certaine force à l'existence d'heures supplémentaires (arrêt précité consid. 3.2 : «... dass die Leistung solcher Mehrstunden ... als annähernd sicher erscheint»).

Bien entendu, cette preuve facilitée ne renverse pas le fardeau de la preuve. L'employé doit donc établir, dans la mesure possible et raisonnable exigible, toutes les circonstances qui permettent de conclure à l'existence d'heures supplémentaires et d'en apprécier l'ampleur (arrêt précité consid. 3.2). Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise; l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêts du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2; 4A_543/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3.1.3).

2.4 La CCNT institue un régime particulier quant au contrôle de l'exécution d'heures supplémentaires et quant au fardeau de la preuve y relatif. L'employeur est responsable de l'enregistrement de la durée du travail effectué, et cet enregistrement doit être signé au moins une fois par mois par le collaborateur – respectivement par l'employeur – si celui-ci a délégué l'enregistrement au collaborateur (art. 21 al. 2 CCNT). L'employeur doit tenir un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs (art. 21 al. 3 CCNT). Si cette obligation n'est pas respectée, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige (art. 21 al. 4 CCNT) (arrêts du Tribunal fédéral 4A_86/2008 du 23 septembre 2008 consid. 4.2; 4A_73/2008 du 4 juin 2008 consid. 3.2). Il ne s'agit pas d'un renversement du fardeau de la preuve; toutefois, le juge peut accorder une pleine valeur probante au décompte personnel de l'employé (arrêt du Tribunal fédéral 4A_467/2011 du 3 janvier 2012 consid. 5; DUNAND in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n° 50 ad art. 321c CO).

2.5 En l'espèce, l'intimé allègue avoir fourni des heures supplémentaires de travail, non compensées par des congés. L'appelant conteste toute heure supplémentaire travaillée par l'intimé et non compensée par des con-

gés. Les témoignages n'ont pas permis d'établir avec certitude des heures supplémentaires travaillées par l'intimé. En effet, les heures travaillées par les deux aides-cuisine étaient suffisamment inférieures aux 45 heures de travail contractuelles de l'intimé pour permettre à celui-ci de rester dans le cadre des 45 heures par semaine, tout en arrivant avant les aides-cuisine et en partant après eux. Quant au témoignage de la serveuse ayant remplacé l'intimé, il ne permet pas de conclure à des heures supplémentaires travaillées par l'intimé, mais ne les exclut pas non plus de façon certaine, puisque la nouvelle serveuse pouvait aussi être plus efficace et mieux organisée que l'intimé, de manière à économiser du temps sur les travaux ne relevant pas directement du service aux clients, mais par exemple de la préparation de la salle, des commandes, de la mise à jour de la carte et du nettoyage des locaux. Un certain indice d'heures supplémentaires travaillées par l'intimé résulte toutefois du témoignage de l'un des aides-cuisine qui a déclaré avoir parfois travaillé lui-même des heures supplémentaires non compensées, ni payées. L'intimé fournit des décomptes d'heures détaillés établis par lui-même, à sa propre initiative, dont résultent des heures supplémentaires non compensées, tandis qu'avant le 28 janvier 2014, l'appelant n'a pas enregistré les heures travaillées par l'intimé, en violation de son obligation découlant de la convention collective applicable aux parties. Cette convention collective était par ailleurs applicable à toute la gastronomie suisse depuis de plus de dix ans, au moment de l'engagement de l'intimé au restaurant de l'appelant, de sorte que ce dernier devait déjà bien la connaître. Le nombre d'heures supplémentaires résultant des décomptes précis établis par l'intimé ne paraît pas invraisemblable en tant que tel. La diminution des heures travaillées par l'intimé à partir de l'enregistrement de ces heures par l'appelant peut s'expliquer, d'une part, par une prise de conscience, par l'appelant, du nombre d'heures dont l'intimé avait besoin pour accomplir ses tâches et, d'une part, par l'aide apportée à l'intimé par l'appelant et par la sœur de celui-ci. Dans ces conditions, la Cour admet les décomptes précis établis par l'intimé comme preuves tant de l'existence que de l'ampleur des heures travaillées par celui-ci. Est sans pertinence, à cet égard, l'absence de reconnaissance écrite de l'exactitude de ces décomptes, par l'appelant. Celui-ci n'a qu'à s'en prendre à lui-même si, avant le 28 janvier 2014, il n'a pas enregistré par écrit les heures travaillées par l'appelant, ni délégué cet enregistrement écrit à l'intimé, avant de signer le décompte, respectivement avant de le faire signer par l'intimé au moins une fois par mois, comme il en avait l'obligation. Par ailleurs, l'appelant était régulièrement présent au restaurant en sa qualité de cuisinier et de patron, de sorte qu'il ne pouvait ignorer que l'intimé travaillait des heures supplémentaires. L'intimé pouvait donc déduire du silence de l'appelant, de bonne foi, que celui-ci approuvait le principe de ce travail supplémentaire. Les heures supplémentaires travaillées par l'intimé étaient d'ailleurs aussi indispensables à la bonne marche du restaurant, compte tenu de l'ampleur du cahier des charges de l'intimé, d'une part, et de son efficacité

et rapidité, d'autre part. En particulier, une éventuelle lenteur ou inefficacité de l'intimé n'enlevait rien au caractère nécessaire de ses heures supplémentaires puisque son salaire avait été fixé d'après son temps de travail, et non pas d'après son travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche, cf. art. 319 al. 1 CO *in fine*).

Par conséquent, les heures supplémentaires travaillées par l'intimé ont été fournies en faveur de l'appelant qui doit les rémunérer. Pour le calcul du nombre des heures supplémentaires et de la rémunération supplémentaire en résultant, la Cour renvoie au calcul précis du Tribunal des prud'hommes, non contesté en tant que tel.

Arrêt communiqué par M^e Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 19 janvier 2016 (Déclaration d'irrecevabilité du recours interjeté contre l'ordonnance d'instruction et de preuves du Tribunal des prud'hommes du 8 juin 2015)

Art. 319 let. b ch. 2 CPC. La notion de «préjudice difficilement réparable» est plus large que celle de «préjudice irréparable» au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Constitue un «préjudice difficilement réparable» toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, qui ne peut être que difficilement réparée dans le cours ultérieur de la procédure. L'instance supérieure doit se montrer exigeante, voire restrictive, avant d'admettre la réalisation de cette condition. Un tel préjudice est notamment admis lorsque la sauvegarde de secrets est en jeu; par exemple, la divulgation forcée de secrets d'affaires est propre à léser irrémédiablement les intérêts juridiques de la partie concernée, en tant qu'elle implique une atteinte définitive à sa sphère privée. Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (c. 1.2).

En l'espèce, l'allégation générale de la banque que les documents à produire lui causeraient un préjudice difficilement réparable dès lors qu'ils contiennent des informations susceptibles d'être concernées par le secret bancaire et/ou d'affaires, sans autres précisions, n'est pas suffisante. En tous les cas, même si un tel préjudice devait être retenu, les documents requis sont de nature à renseigner le Tribunal sur le motif ayant conduit au licenciement de l'employé et sur l'éventuelle atteinte à sa personnalité. Ces éléments sont d'autant plus utiles que ce dernier à la charge de la preuve sur ces deux questions. En outre, bien que cette réquisition soit d'une certaine ampleur, le Tribunal l'a circonscrite aux documents concernant l'employé, son arrestation et sur une période précise. Une telle désignation générique est toutefois admissible, dès lors qu'il est objectivement possible de distinguer les pièces

visées par l'ordonnance querellée de celles qui ne le seraient pas, du fait de la référence à une personne et un fait précis, ainsi qu'à compter d'une date précise. Dès lors la production de pièces litigieuses ne consacre pas un cas de «*fishing expedition*» prohibé par l'ordre juridique suisse (1.3.1).

Lorsqu'un tribunal ordonne à un employeur, en application des règles de procédure civile, la production de documents contenant des données personnelles, la question ne relève pas de la problématique de l'accès aux données personnelles au sens de la LPD, mais de l'administration des preuves dans le cadre d'un procès prud'homal. En effet, la clause d'exception prévue à l'art. 2 al. 2 let. c LPD, dans le but d'éviter un concours objectif de normes, prescrit que la LPD ne doit pas intervenir dans le déroulement de procédures judiciaires pendantes (c. 1.3.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 17 décembre 2011, la banque E. (ci-après: E. ou la banque) a engagé T. dans sa succursale genevoise à compter du 1^{er} mai 2012 en qualité de chef d'équipe. Il répondait directement au chef du département, C. En date du ... 2013, T. a été arrêté à son arrivée aux Etats-Unis afin de comparaître, en qualité de témoin, dans une procédure ouverte à la suite de dénonciations d'un employé de la banque aux autorités fiscales américaines. Le délateur a indiqué que T. aurait ouvert des comptes bancaires auprès de E. pour son client X., sans indiquer la nationalité et la résidence américaine de celui-ci. T. a comparu en qualité de témoin devant la justice américaine en date des 22 avril et 7 mai 2013. Le 10 mai 2013, dès le retour de T. en Suisse, E. a suspendu l'activité de ce dernier et mis en place un audit interne afin de rendre des comptes à la FINMA et aux autorités américaines sur cette affaire. T. n'a dès lors plus eu accès à son poste de travail.

Le 18 juin 2013, la banque a licencié T. avec effet au 30 septembre 2013, reporté au 31 décembre 2013 compte tenu de son incapacité de travail. Il a été libéré de son obligation de venir travailler. E. lui reprochait, d'une part, d'avoir violé les règles internes relatives à l'utilisation des moyens de communication privés, en correspondant avec des clients par le biais de son téléphone portable et de son compte email privés et, d'autre part, d'avoir violé les règles internes relatives à l'ouverture de compte pour des clients ayant un lien avec les Etats-Unis.

Le 9 juillet 2014, T. a adressé au Tribunal des prud'hommes une demande en paiement de la somme totale de 3'364'913 fr. 40, plus intérêts, dirigée contre E. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, de bonus pour l'année 2012, de dommages-intérêts pour gain manqué, de tort moral et de frais d'avocat avant procès. Préalablement, il a conclu à ce que le Tribunal ordonne à la banque de produire diverses pièces.

Par ordonnance du 8 juin 2015, le Tribunal, statuant sur ordonnance d'instruction, a notamment ordonné à E. de produire les documents internes (emails, notes, lettres, mémos, etc.) datés entre le 18 avril 2013 et le 10 mai 2013 concernant T., son arrestation en tant que témoin et/ou la procédure pénale qui s'ensuit aux Etats-Unis, en particulier tout email et toute note des cadres de la banque, spécialement D., C., E., F. et G. ainsi que tout communiqué interne à ce sujet destinés à ses employés (chiffre 2 du dispositif), les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant des données personnelles concernant T. qu'elle a transmises à la FINMA, ainsi que les rapports et autres documents qu'elle a fournis à cette autorité en lien avec les faits de cette affaire et le litige qui l'oppose à T., y compris sur la délation commise (ch. 3) et les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant des données personnelles concernant T. qu'elle a transmises au Département de la Justice américaine en lien avec les faits de cette affaire et le litige qui l'oppose à T., y compris sur la délation commise (ch.4). Le Tribunal a imparti un délai de quinze jours à la banque dès réception de cette ordonnance pour s'exécuter (ch. 5).

Par acte déposé le 19 juin 2015 au greffe de la Cour de justice, E. forme recours contre cette ordonnance, concluant à l'annulation des chiffres 2, 3, 4 et 5 de son dispositif et, principalement, au rejet des conclusions préalables de T. en production des pièces sous n° 3, 5 et 6. A titre préalable, la banque a requis la restitution de l'effet suspensif attaché aux chiffres 2 à 5 du dispositif de l'ordonnance entreprise, ce que la Cour a accordé à titre superprovisionnel par décision du 23 juin 2015, puis par arrêt du 6 juillet 2015.

Extraits des considérants:

1.

La décision querellée est une ordonnance d'instruction.

1.1 Une telle décision est susceptible de recours immédiat stricto sensu, dans un délai de 10 jours (321 al. 2 CPC), pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC), pour autant que le recourant soit menacé d'un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC). En l'espèce, le recours a été déposé dans le délai et les formes requis par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC). Reste à examiner si la décision querellée peut causer à la recourante un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

1.2 La notion de «préjudice difficilement réparable» est plus large que celle de «préjudice irréparable» au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 137 III 380 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5D_211/2011 du 30 mars 2012 consid. 6.3; ACJC/327/2012 du 9 mars 2012 consid. 2.4). Constitue un «préjudice difficilement réparable» toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, qui ne peut être que difficilement réparée dans le cours ultérieur de la procédure. L'instance supérieure

doit se montrer exigeante, voire restrictive, avant d'admettre l'accomplissement de cette condition. Retenir le contraire équivaldrait à permettre à un plaideur de contester immédiatement toute ordonnance d'instruction pouvant avoir un effet sur le sort de la cause, ce que le législateur a justement voulu éviter (ACJC/35/2014 du 10 janvier 2014 consid. 1.2.1 et références citées).

Un tel préjudice est notamment admis lorsque la sauvegarde de secrets est en jeu; par exemple, la divulgation forcée de secrets d'affaires est propre à léser irrémédiablement les intérêts juridiques de la partie concernée, en tant qu'elle implique une atteinte définitive à sa sphère privée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_195/2010 du 8 juin 2010 consid. 1.1.1). Par secret d'affaires, il faut entendre des connaissances spécifiques que l'employeur veut tenir secrètes et qui touchent à des questions organisationnelles ou financières (arrêt du Tribunal fédéral 4A_31/2010 consid. 2.1; AUBERT, in Commentaire romand CO I, 2012, n. 4 ad art. 340 CO).

Il ne suffit cependant pas que la partie requise de produire une pièce affirme que celle-ci contient un secret d'affaires pour que le risque d'un dommage difficilement réparable en cas de production de ladite pièce doive être automatiquement admis (cf. par analogie arrêt du Tribunal fédéral 4A_712/2011 du 13 février 2012 consid. 2.2.2). La Cour de justice a également admis que la production de documents par une banque comportant les données de clients était susceptible de causer un dommage difficilement réparable, du fait de la violation du secret bancaire (ACJC/604/2015 du 22 mai 2015 consid. 2.1.3; CAPH/122/2014 du 25 août 2014; ACJC/615/2014 du 23 mai 2014 consid. 1.4.2). Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie ATF 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1).

1.3.1 En l'espèce, la recourante soutient, dans un premier argument, que les documents à produire lui causeraient un préjudice difficilement réparable, dès lors qu'ils contiennent des informations susceptibles d'être concernées par le secret bancaire et/ou d'affaires, sans autres précisions. Les explications de la recourante à cet égard, à qui le fardeau de la preuve incombe, ne sont pas suffisamment développées, ni étayées. Elle n'allègue pas que les documents en cause contiennent des données relatives à ses clients – excepté le client X. dont les documents le concernant ont déjà été produits par la recourante – ou à ses employés sans lien avec cette affaire (secret bancaire) ou encore des données relatives à des connaissances spécifiques liées à sa structure ou ses finances (secret d'affaires), nécessitant de rester confidentielles dans son intérêt, notamment pour la préservation de son image, et pour cause. Les documents requis concernent uniquement l'intimé, son arrestation en tant que témoin aux Etats-Unis et la procédure afférente, ainsi que ses données personnelles, les rapports ou documents en lien avec cette affaire, transmis par la recourante à la FINMA et aux autori-

tés judiciaires américaines. S'agissant des documents transmis à la FINMA et aux autorités américaines, le Tribunal a précisé que la recourante était en droit de les caviarder, empêchant la révélation d'éventuels secrets bancaires et/ou d'affaires. Au regard de la jurisprudence précitée, le simple fait d'invoquer son statut de banque, de sorte que les documents à produire contiennent des informations couvertes par le secret bancaire et/ou d'affaires – comme en l'espèce –, ne peut raisonnablement suffire à admettre un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

En tous les cas, même si un tel préjudice devait être retenu, les documents requis sont de nature à renseigner le Tribunal sur le motif ayant conduit au licenciement de l'intimé et sur l'éventuelle atteinte à sa personnalité. Ceux-ci sont en effet à même d'établir si d'autres personnes au sein de la banque étaient, ou non, impliquées dans cette affaire et avaient ou non, connaissance de la double nationalité du client X., ainsi que sur les éventuelles instructions données aux cadres et aux employés sur ce point, à la suite de l'arrestation de l'intimé.

Ces éléments sont d'autant plus utiles que l'intimé à la charge de la preuve que des motifs de résiliation avancés par la banque étaient fictifs et le fait qu'il ait subi une atteinte à sa personnalité de la recourante, alors même qu'il n'a plus eu accès à son poste de travail dès le 18 avril 2013. Force est ainsi de constater que ce dernier ne dispose pas, au contraire de la banque, des pièces nécessaires à sa défense. En outre, bien que cette réquisition soit d'une certaine ampleur, le Tribunal l'a circonscrite aux documents concernant l'intimé, son arrestation et la période postérieure au 18 avril 2013. Une telle désignation générique est toutefois admissible, dès lors qu'il est objectivement possible de distinguer les pièces visées par l'ordonnance querellée de celles qui ne le seraient pas, du fait de la référence à une personne et un fait précis, ainsi qu'à compter d'une date précise. Dès lors la production de pièces litigieuses ne consacre pas un cas de «*fishing expedition*» prohibé par l'ordre juridique suisse (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, n° 11 ad art. 160 CPC; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2009 du 23 décembre 2009 consid. 2).

1.3.2 Par un deuxième argument, la recourante invoque un préjudice difficilement réparable du fait que les documents à produire sous chiffres 3 et 4 du dispositif de l'ordonnance entreprise concernent des données personnelles au sens de la LPD, de sorte que cette ordonnance la prive des moyens juridiques institués par la loi précitée, soit le droit de restreindre l'accès à ce type de données, et avait été prise en violation de la procédure applicable au sens de cette loi.

Cette argumentation tombe à faux.

Le présent litige ne concerne pas une problématique d'accès aux données personnelles – comme le soutient la recourante –, mais d'administration des preuves dans le cadre d'un procès prud'homal. En effet, la recourante méconnaît clause d'exception prévue à l'art. 2 al. 2 let. c LPD, dont

le but est justement d'éviter un concours objectif de normes, en ce sens que la LPD ne doit pas intervenir dans le déroulement de procédures judiciaires pendantes – comme en l'espèce – (MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privés, 2010, p. 189 et ss). En effet, le Tribunal a ordonné à la recourante la production de documents contenant des données personnelles relatives à l'intimé en application des règles de procédure civile, soit celles relatives à l'administration des preuves, dont le devoir des parties de collaborer à celle-ci (art. 160 CPC).

La recourante ne subit dès lors pas de préjudice difficilement réparable à cet égard, d'autant plus, que cette dernière fait valoir son droit de refuser de collaborer (art. 163 CPC) dans le cadre du présent recours. (...)

1.3.4 Au regard de l'ensemble de ce qui précède, le risque d'un préjudice difficilement réparable n'a donc pas été établi par la recourante, de sorte que le présent recours sera déclaré irrecevable.

Arrêt communiqué par M^c Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 23 mars 2016 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 23 novembre 2015)

Art. 322d CO. En l'espèce, la politique d'octroi de bonus de l'entreprise a fait l'objet, dès 2011, d'un règlement. Ce document précise que l'attribution du bonus est liée à une situation de non résiliation du contrat de travail au moment du versement. L'employé a reconnu devant le Tribunal qu'il avait bien eu connaissance de ce règlement et celui-ci lui est par conséquent opposable. Le fait que neuf bonus lui aient été versés avant la publication de ce règlement n'est pas déterminant. En effet, aucun bonus n'est prévu par le contrat de travail écrit signé par les parties et l'appelant n'allègue pas que les règles relatives à l'octroi de celui-ci contenues dans le règlement constituent une modification contractuelle qui aurait nécessité son approbation expresse. Au demeurant, il s'agit d'une modification du contrat en sa faveur de sorte qu'il convient de retenir qu'en ne s'opposant pas à cette disposition du règlement, l'appelant l'a acceptée tacitement. L'employé ayant résilié son contrat de travail en cours d'année, son employeur était légitimé à ne pas lui verser de bonus selon les modalités du règlement (c. 2.3.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail signé le 9 avril 2002, E. a engagé T. en qualité de technicien pour son bureau à Genève. Ce document ne prévoit aucune disposition concernant l'octroi d'un bonus. En cas de résiliation, T. s'était engagé à ne pas demander de compensation pour le portefeuille apporté aux sociétés du groupe E. Le 9 juin 2011, E. a édité sur l'intranet de l'en-

treprise un document intitulé «X.», lequel précise, sous la rubrique «Y.» ce qui suit: «L'atteinte des objectifs personnels fixés, le résultat global de l'entreprise ainsi que la loyauté démontrée vis-à-vis de l'entreprise sont les conditions essentielles à la base du calcul de la rémunération variable du salaire mesuré en fonction des performances, de la gratification volontaire non garantie ou encore du bonus facultatif non garanti. Le versement d'une gratification ou d'un bonus pour une année calendaire spécifique est déterminé par le comité de direction à la clôture de l'année civile. L'attribution d'une gratification ou d'un bonus est liée à une situation de non résiliation du contrat de travail au moment du versement». Une gratification était allouée aux collaborateurs (niveau 1), tandis qu'un bonus était attribué aux cadres (niveau 2) et aux membres de la direction (niveau 3).

T. soutient avoir été un collaborateur de niveau 2. De 2002 à 2013, il a perçu les rémunérations suivantes (salaires mensuels bruts et bonus calculés sur une période antérieure):

2003:	Salaire: 6'300 fr. x 13	Bonus: 1'500 fr.
2004:	Salaire: 6'250 fr. x 13	Bonus: 2'000 fr.
2005:	Salaire: 6'800 fr. x 13	Bonus: 7'000 fr.
2006:	Salaire: 7'000 fr. x 13	Bonus: 8'000 fr.
2007:	Salaire: 7'350 fr. x 13	Bonus: 9'000 fr.
2008:	Salaire: 8'550 fr. x 13	Bonus: 13'000 fr.
2009:	Salaire: 9'479 fr. x 13	Bonus: 11'000 fr.
2010:	Salaire: 9'650 fr. x 13	Bonus: 12'000 fr.
2011:	Salaire: 9'650 fr. x 13 (au moins)	Bonus: 13'000 fr.
2012:	Salaire: 10'250 fr. x 13	Bonus: 13'000 fr.
2013:	Salaire: 11'000 fr. x 13 (au moins)	Bonus: 15'000 fr.

En 2014, le salaire mensuel brut de T. s'est élevé à 11'300 fr. Le 18 février 2014, il a perçu un bonus de 17'000 fr., en relation avec une période antérieure. Les fiches de salaire sur lesquelles ces bonus apparaissaient ne faisaient mention d'aucune réserve quant à leur versement.

Le 25 mars 2014, T. a résilié son contrat de travail avec effet au 31 juillet 2014 et a été libéré de son obligation de travailler dès le 21 mai 2014. Le 20 mai 2014, les parties ont conclu une convention relative à la fin des rapports de travail, comprenant la clause suivante: «Monsieur T. s'engage à sauvegarder les intérêts [des sociétés du groupe E.], à respecter le portefeuille et à conserver le secret professionnel en toutes circonstances. Il s'engage à ne pas demander de compensation pour le portefeuille apporté aux sociétés [du groupe E.] et à ne pas avoir de prétentions complémentaires». A la même date, T. a signé la déclaration suivante: «Le secret professionnel- Par la présente, le/la soussignée confirme ne faire valoir aucune prétention à l'encontre de la maison E. En outre, il/elle s'engage à respecter le secret professionnel. (...)». T. n'a pas évoqué la question du bonus avec D, directeur de l'intimée.

Par courrier du 25 août 2014, T. a réclamé à E. le versement d'un bonus de 10'000 fr. pour la période du 1^{er} décembre 2013 au 31 juillet 2014,

calculé à partir du bonus moyen alloué au cours des trois dernières années ([13'000 fr. + 15'000 fr. + 17'000 fr.] ÷ 3 ans = 15'000 fr.) et *pro rata temporis* (15'000 fr. x 8 mois ÷ 12 mois). E. lui a opposé une fin de non-recevoir. T. a déclaré, lors de sa comparution personnelle, avoir pris connaissance du document du 9 juin 2011 lors de sa publication et avoir eu conscience que le fait de donner son congé pouvait avoir une incidence sur le versement du bonus.

En date du 15 avril 2015, T. a déposé une demande en paiement contre E. devant le Tribunal des prud'hommes. Par décision du 23 novembre 2015, le Tribunal a rejeté la demande de T. Par acte du 5 janvier 2016, T. a interjeté un appel contre cette décision.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Selon le Tribunal, les montants alloués à l'appelant étaient des gratifications, en raison du pouvoir d'appréciation de l'intimée quant à leur octroi et du caractère accessoire des sommes en cause par rapport au salaire annuel. Leur octroi sans réserve et durant cinq années consécutives les rendaient en principe obligatoires. Toutefois, celles-ci n'étaient pas dues en cas de résiliation du contrat de travail, selon le règlement de l'intimée.

2.2 Selon l'appelant, il avait perçu des bonus à titre de part variable de son salaire, puisque ceux-ci lui avaient été alloués sans réserve durant douze années consécutives, les rendant ainsi obligatoires dans leur principe. La publication du document du 9 juin 2011 sur l'intranet, après neuf ans d'allocation de bonus, n'y changeait rien. Les termes de la clause «Y.» étaient contradictoires, puisqu'ils évoquaient la rémunération variable du salaire, la gratification non volontaire et le bonus facultatif non garanti. La clause d'exclusion du bonus en cas de résiliation du contrat de travail n'était pas claire, puisqu'elle paraissait se référer uniquement aux modes de rémunération discrétionnaires et non pas à la rémunération variable du salaire. Par ailleurs, la phrase «*et à ne pas avoir de prétentions complémentaires*» contenue dans la convention du 20 mai 2014 de fin des rapports de travail se référait uniquement à la phrase qui la précédait, relative à la renonciation aux compensations pour le portefeuille apporté aux sociétés du groupe E. Enfin, la clause relative à l'absence de prétention à l'encontre de l'intimée figurant sous la rubrique «*secret professionnel*» de la «*Déclaration*» du 20 mai 2014 lui avait été présentée «*dans la foulée*» et il ne s'était pas avisé de ce qu'elle pouvait concerner un objet différent de celui énoncé par le titre de cette rubrique.

2.3. Le droit suisse ne contient aucune définition du bonus. Il faut déterminer au cas par cas s'il s'agit d'une gratification au sens de l'art. 322d CO ou d'un élément du salaire (art. 322 CO; ATF 141 III 401 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015 du 6 janvier 2016 consid. 4.2).

2.3.1 Selon l'art. 322d al. 1 CO, si l'employeur accorde en sus du salaire une rétribution spéciale à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel, le travailleur y a droit lorsqu'il en a été convenu ainsi. Selon l'al. 2 de cette disposition, en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi. La gratification est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Elle se distingue en outre par son caractère accessoire, secondaire vis-à-vis du salaire. Le salaire étant un élément essentiel du contrat de travail, il est contraire à l'esprit de la loi que la gratification, comme rétribution spéciale dépendant du bon vouloir et du pouvoir d'appréciation de l'employeur, représente la contrepartie exclusive ou principale du travail fourni par le travailleur. Celle-ci doit donc rester un élément accessoire (ATF 141 III 407 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2015 du 6 janvier 2016 consid. 4.2).

En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives, sans qu'il y ait d'interruption et sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 5.1). La réserve peut figurer dans un règlement d'entreprise rappelant le caractère facultatif de la gratification. Aucune forme particulière ne doit être respectée. Il suffit que l'employé ait effectivement eu connaissance de la réserve ou qu'il ait réellement pu en prendre connaissance. Toutefois, même si la réserve figure dans le contrat de travail ou dans un règlement d'entreprise, elle doit être renouvelée lors de chaque paiement (arrêt du Tribunal fédéral 4A.325/2002 du 24 janvier 2003 consid. 3.2; DANTHE, in: Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 23 ad art. 322d CO; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 160). La gratification est alors privée de son caractère facultatif quant à son principe, la liberté de l'employeur ne subsistant plus qu'en ce qui concerne son montant. Cela ne signifie pas pour autant que la rétribution doit automatiquement être qualifiée de salaire. Le Tribunal fédéral admet notamment que cette rétribution n'est pas due pour l'année où les rapports de travail prennent fin lorsque l'employeur subordonne le versement du bonus à la non-résiliation du contrat (arrêts du Tribunal fédéral 4A_235/2010 du 25 juin 2010 consid. 2; DANTHE, in: Dunand/Mahon, op. cit., n. 22 ad art. 322d CO; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 161).

2.3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que le bonus litigieux revêt, de par son montant, un caractère accessoire au salaire. L'intimée a défini sa politique d'octroi de bonus dans sa directive «X.» du 9 juin 2011. Contrairement à ce que soutient l'appelant, le texte de ce document est clair

puisqu'il en ressort explicitement que, pour les collaborateurs de niveau 2, comme l'appelant, le versement d'un bonus est facultatif et non garanti. Son versement dépend, pour une année calendaire spécifique, de plusieurs facteurs, à savoir l'atteinte des objectifs personnels fixés, le résultat global de l'entreprise, ainsi que la loyauté démontrée vis-à-vis de celle-ci. Le règlement précise en outre que l'attribution du bonus est liée à une situation de non résiliation du contrat de travail au moment du versement. L'appelant a reconnu devant le Tribunal qu'il avait bien eu connaissance de ce règlement et celui-ci lui est par conséquent opposable. Le fait que neuf bonus lui aient été versés avant la publication de ce règlement n'est pas déterminant. En effet, aucun bonus n'est prévu par le contrat de travail écrit signé par les parties et l'appelant n'allègue pas que les règles relatives à l'octroi de celui-ci contenues dans le règlement du 9 juin 2011 constituent une modification contractuelle qui aurait nécessité son approbation expresse. Au demeurant, il s'agit d'une modification du contrat en sa faveur de sorte qu'il convient de retenir qu'en ne s'opposant pas à cette disposition du règlement, l'appelant l'a acceptée tacitement (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 58). Cela étant, la réserve du caractère facultatif figurant dans le règlement d'entreprise n'a pas été renouvelée expressément lors de chaque paiement de bonus à l'appelant. Dans la mesure où celui-ci a reçu douze paiements consécutifs de bonus non assortis de réserves expresses, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que le paiement du bonus était devenu obligatoire dans son principe. C'est également à bon droit qu'il a considéré que cela ne signifiait pas que l'intimée était obligée de verser le bonus lorsque les conditions fixées dans le règlement d'entreprise n'étaient pas réalisées.

En l'occurrence, le règlement prévoit que le bonus n'est pas dû lorsque les rapports de travail ont été résiliés au moment où le paiement devait intervenir. L'appelant ayant résilié son contrat de travail durant le mois de mars 2014, soit en cours d'année, l'intimée était légitimée à ne pas lui verser de bonus pour la période de décembre 2013 à fin juillet 2014, en application de ce règlement. Compte tenu de ce qui précède, le jugement du Tribunal doit être confirmé, sans qu'il soit nécessaire de trancher les questions de savoir si les autres conditions d'octroi du bonus sont réalisées et si l'appelant a valablement renoncé à son bonus en signant, le 20 mai 2014, une convention selon laquelle il s'engageait à ne pas formuler de prétentions complémentaires.

Arrêt communiqué par M^e Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 15 novembre 2016 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 3 décembre 2015)

Art. 28 Cst. fédérale. La grève n'est pas le seul moyen de lutte collective susceptible d'être admissible. Les autres moyens de lutte doivent être examinés à la lumière des conditions régissant la licéité de la grève. En particulier, il découle du principe de la proportionnalité que les mesures collectives de combat ne sont licites qu'au titre *d'ultima ratio*. Elles ne sont admissibles que si elles sont nécessaires pour atteindre le but auquel tend la lutte. Sont par exemple disproportionnés les moyens de combat faisant usage de la violence ou ceux qui portent atteinte aux biens de l'entreprise. Une grève peut aussi entraîner une occupation – pacifique – des lieux de travail. Il faut alors opérer une distinction: lorsque l'occupation est due au fait que la grève se déroule physiquement à la place de travail, elle apparaît comme un prolongement naturel, qui est indissociable du mouvement de grève. En revanche, lorsque l'occupation est systématique et exercée aux seuls fins d'entraver durablement la poursuite d'une exploitation, on peut douter qu'elle relève encore d'un exercice licite du droit de grève (c. 2.4).

Art. 53 CO. Le juge n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illégitime était capable de discernement (art. 53 al. 1 CO). Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage (art. 53 al. 2 CO). Par ailleurs, l'on ne trouve dans l'actuelle procédure civile unifiée aucune disposition selon laquelle le juge civil serait lié par le juge pénal quant à l'établissement des faits et l'appréciation des preuves (c. 2.5).

Art. 337 CO. En pénétrant dans les locaux de l'employeur malgré son opposition clairement exprimée et en suivant à l'intérieur des locaux un mouvement de foule qui n'était pas pacifique, les six employés sont sortis du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat. Leur comportement ne permettait pas d'exiger de l'intimée la continuation des rapports de travail. Leur licenciement immédiat était donc justifié (c. 2.8).

Extraits des faits:

E. est une société à responsabilité limitée sise à (ZH) et disposant d'une succursale genevoise, dont le but est la production de repas, boissons et prestations de services dans le domaine de la gastronomie aérienne. T. s'est engagée à travailler au service de E. à compter du 1^{er} janvier 1987 en qualité d'employée polyvalente. Il est admis que son dernier salaire mensuel brut était de 2'256 fr. 40 pour une activité à temps partiel. Les rela-

tions de travail entre E. et son personnel ont été soumises à la Convention collective de travail conclue le 30 mars 2012 entre E. et le Syndicat S. Par lettre du 21 juin 2013, E. a informé le Syndicat qu'elle résiliait la convention collective avec effet au 31 décembre 2013. Elle précisait qu'il ne lui paraissait pas possible que les négociations en cours puissent se conclure avant le 30 juin 2013, le délai de résiliation étant de six mois pour la fin d'un semestre. En juillet 2013, E. a soumis à ses collaborateurs de nouvelles conditions générales devant entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014, applicables en complément de l'arrêté du Conseil fédéral du 12 juin 2013 étendant le champ d'application de la Convention collective de travail pour les hôtels, restaurants et cafés. En septembre 2013, E. a notifié des congés-modifications aux 86 collaborateurs qui n'avaient pas accepté les nouvelles conditions de travail proposées. Le 14 septembre 2013, des membres du personnel, dont E., se sont mis en grève. A partir de cette date, les grévistes ont manifesté tous les jours devant les locaux. Le mouvement de grève a finalement pris fin le 31 mai 2014, avec la signature d'un accord entre le Département genevois de la sécurité et de l'économie, E. et le Syndicat.

Le 26 septembre 2013, sur le site internet de la Communauté genevoise d'action syndicale, le comité de soutien aux grévistes de E. a annoncé une manifestation prévue pour le samedi 28 septembre 2013, avec un rendez-vous à 9h. au pied de la tour de contrôle de l'aéroport. A cette époque, les grévistes étaient quatorze, y compris T. Le but de la manifestation était de ramener l'employeur à la table des négociations. La manifestation a débuté à la tour de contrôle, puis s'est déplacée jusqu'aux locaux de E.

Par courrier du 30 septembre 2013, E. a licencié avec effet immédiat six employés, dont T. Les lettres de congé évoquent des agissements contraires au droit commis le 28 septembre 2013, l'usage de moyens illicites et un manquement particulièrement grave. Toujours en date du 30 septembre 2013, E. a déposé plainte pénale pour violation de domicile et émeute, notamment à l'encontre des six employés licenciés avec effet immédiat. Les autorités pénales ont décidé de ne pas entrer en matière.

Par acte du 11 juillet 2014, T. a saisi le Tribunal d'une action dirigée contre E. tendant au paiement par celle-ci des divers montants. Elle a invoqué le caractère injustifié du licenciement immédiat, en faisant valoir que le motif invoqué par l'employeur avait été jugé par le Ministère public, puis par la Chambre pénale, comme étant de peu d'importance, de sorte que le comportement reproché à l'employé ne rendait pas les rapports de travail insupportables. De plus, la Chambre pénale avait considéré que ledit comportement avait été sans conséquence et qu'il se justifiait par la volonté des grévistes de pouvoir obtenir un entretien avec la direction dans un contexte de conflit social. Les cinq autres employés licenciés ont saisi le même jour le Tribunal. Par ordonnance du 8 septembre 2014, le Tribunal, après avoir recueilli l'accord des parties, a dit que les six causes seraient instruites conjointement.

Par jugement du 3 décembre 2015, le Tribunal a débouté T. de toutes ses conclusions. Le Tribunal a considéré qu'en s'associant à un mouvement de foule dont l'objectif premier était d'intimider l'employeur et de lui mettre la pression dans le but qu'il cède aux revendications, en frappant contre les vitres du bâtiment, puis en pénétrant sans droit dans les locaux de l'employeur et en scandant des slogans attentatoires à la réputation de celui-ci et qu'ils savaient infondés, les six employés, dont T., avaient incontestablement manqué de manière grave à leur obligation de diligence et de fidélité, détruisant irrémédiablement le lien de confiance qui les unissait à leur employeur et justifiant de ce fait leurs licenciements immédiats. Ainsi, les six employés devaient être déboutés de leurs prétentions en paiement du salaire durant le délai de congé et d'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Par ailleurs, le licenciement immédiat étant considéré comme justifié, aucune indemnité pour tort moral ne pouvait être allouée aux employés. Par acte du 19 janvier 2016, T. a formé appel contre ce jugement, dont elle requiert l'annulation.

Extraits des considérants:

2.

L'appelante conteste l'existence de justes motifs à l'appui du congé immédiat. Elle reproche au Tribunal de ne pas avoir pris en considération le contenu et le résultat des décisions qui avaient été rendues par le Ministère public et la Cour dans le cadre de la procédure pénale. Elle reproche également aux premiers juges d'avoir substitué sa propre appréciation de la situation à celle de l'intimée et d'avoir considéré que le licenciement immédiat se justifiait pour des motifs que cette dernière n'avait pas invoqués.

2.1 L'art. 337 al. 1 CO consacre le droit de résilier le contrat de travail sans délai pour de justes motifs. D'après l'art. 337 al. 2 CO, on considère notamment comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués par la partie qui résilie doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave justifie le licenciement immédiat du travailleur ou l'abandon abrupt du poste par ce dernier. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement de l'une des parties, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 129 III 380 consid. 2.2). Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité déterminants selon l'art. 4 CC, si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). A cette fin, il prend en

considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_228/2015 du 29 septembre 2015 consid. 4).

2.2 Les infractions que le travailleur perpète à l'occasion de son travail, telles qu'un vol commis au préjudice de l'employeur, d'autres collaborateurs ou de clients, constituent des motifs classiques de résiliation immédiate. Néanmoins, et comme pour d'autres motifs de licenciement abrupt, cette mesure extrême suppose que la continuation des rapports de travail soit inexigible de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 4A_228/2015 du 29 septembre 2015 consid. 5 et les références citées).

2.3 La grève est définie par la jurisprudence comme le refus collectif de la prestation de travail due dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou de plusieurs employeurs (ATF 132 III 122 consid. 4.3; ATF 125 III 277 consid. 3a = JdT 2000 I 240). La question de savoir quand et à quelles conditions une grève est licite est tranchée par l'art. 28 Cst. Elle doit se rapporter aux relations de travail (soit elle doit porter sur les conditions de travail proprement dites et non sur des objectifs d'ordre corporatiste ou politique, extérieurs à l'entreprise ou à la branche), être conforme à l'obligation de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (condition ayant trait au rapport entre la grève et la convention collective de travail), elle doit être le fait d'un groupement organisé, à savoir d'une organisation syndicale et elle ne doit intervenir qu'en dernier lieu (c'est une *ultima ratio*, qui ne se justifie qu'en cas d'échec des négociations) (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3^{ème} éd. 2013, n° 1641). L'expiration de la convention collective de travail met fin à l'obligation de préserver la paix du travail (ANDERMATT, Liberté syndicale et droit de grève, in Droit collectif du travail, n° 77). La participation à une grève licite ne constitue pas un motif justifiant une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO (ATF 125 III 277 consid. 3c = JdT 2000 I 240).

2.4 La grève n'est pas le seul moyen de lutte collective susceptible d'être admissible (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd. 2014, p. 800). Les autres moyens de lutte doivent être examinés à la lumière des conditions régissant la licéité de la grève (ATF 132 III 122 consid. 4.5). En particulier, il découle du principe de la proportionnalité que les mesures collectives de combat ne sont licites qu'au titre d'*ultima ratio*. Elles ne sont admissibles que si elles sont nécessaires pour atteindre le but auquel tend la lutte. La doctrine moderne écrit à ce propos que vaut en la matière le principe de la conduite du combat loyal (faire *Kampfführung*). Sont donc par exemple disproportionnés les moyens de combat faisant usage de la violence ou ceux qui portent atteinte aux biens de l'entreprise. En revanche, il est licite d'organiser des piquets de grève afin d'empêcher pacifiquement l'accès de l'entreprise à des travailleurs, par exemple en les persuadant de

ne pas occuper leur place de travail (*peaceful picketing*); mais dès que les piquets de grève usent de la violence pour contraindre des personnes à ne pas se présenter au travail, ils sortent du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat (ATF 132 III 122 consid. 4.5.4.1 et les références citées). Une grève peut aussi entraîner une occupation – pacifique – des lieux de travail. Il faut alors opérer une distinction: lorsque l'occupation est due au fait que la grève se déroule physiquement à la place de travail, elle apparaît comme un prolongement naturel, qui est indissociable du mouvement de grève (par exemple, un arrêt de travail d'une heure ou d'une journée dans un atelier). En revanche, lorsque l'occupation est systématique et exercée aux seuls fins d'entraver durablement la poursuite d'une exploitation, on peut douter qu'elle relève encore d'un exercice licite du droit de grève (AUBERT-PIGUET, L'exercice du droit de grève, in PJA 1996 1497 et ss, p. 1503).

Si certaines mesures de combat syndical peuvent être licites au titre d'*ultima ratio*, la liberté syndicale ne saurait en elle-même fonder un droit d'accès à une entreprise, tout du moins hors du contexte d'une grève licite (arrêt du Tribunal fédéral 6B_758/2011 du 24 septembre 2012 consid. 1.3.2 *in fine* et 1.3.4).

2.5 Le juge n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement (art. 53 al. 1 CO). Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage (art. 53 al. 2 CO). L'on ne trouve dans l'actuelle procédure civile unifiée aucune disposition selon laquelle le juge civil serait lié par le juge pénal quant à l'établissement des faits et l'appréciation des preuves (arrêts du Tribunal fédéral 4A_169/2016 du 12 septembre 2016, destiné à la publication, consid. 6.4.3, 4A_276/2014 du 25 février 2015 consid. 2.5). En revanche, pour dire s'il y a ou non une infraction pénale, le juge civil est lié par une condamnation prononcée au pénal ou une décision libératoire (ATF 137 III 481 consid. 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_947/2013 du 2 avril 2014 consid. 7.1).

2.6 Si la culpabilité de l'auteur d'une infraction pénale et les conséquences de son acte sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine (art. 52 CP). Le ministère public et les tribunaux renoncent à toute poursuite pénale lorsque le droit fédéral le prévoit, notamment lorsque les conditions visées aux art. 52, 53 et 54 CP sont remplies (art. 8 al. 1 CPP). Selon l'art. 310 al. 1 CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions de l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunies (let. a), qu'il existe des empêchements de procéder (let. b) ou que les con-

ditions mentionnées à l'art. 8 CPP imposent de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale (let. c).

2.7 Il y a lieu d'admettre qu'il est possible, sous certaines conditions restrictives, de se prévaloir après coup, dans le cadre d'une résiliation pour justes motifs, d'une circonstance qui existait déjà au moment de la déclaration de licenciement abrupte, mais que l'auteur de celle-ci ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître, bien que cela soit contraire au principe qui veut que les faits allégués doivent avoir effectivement entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 121 III 467 consid. 5.1).

2.8 En l'espèce, il y a lieu d'examiner uniquement les motifs de congé invoqués par l'intimée, qui soutient que le lien de confiance aurait été irrémédiablement rompu par l'infraction pénale commise le 28 septembre 2013 par les six employés qui se sont introduits dans ses locaux malgré les mesures prises pour les en empêcher et plus largement par leur participation active lors de l'opération «coup de poing» contre l'employeur et les membres de la direction qui se trouvaient sur les lieux. A juste titre, en première instance, l'intimée ne s'est pas prévalué d'autres circonstances existant au moment de la déclaration de licenciement immédiat. Dans la mesure où elle le fait en appel, ses allégations nouvelles sont irrecevables (art. 317 al. 1 CPC).

Dans son arrêt du 15 mai 2014, la Chambre pénale a confirmé la non-entrée en matière prononcée par le Ministère public, au motif que la culpabilité et les conséquences des actes des six employés, en relation avec la violation de domicile, étaient peu importantes et qu'il fallait ainsi faire application des art. 52 CP, 8 al. 1 et 310 al. 1 let. c CPP, et non pas parce que les conditions de l'infraction de violation de domicile n'étaient pas réalisées. Ainsi, c'est à raison que les parties admettent que l'autorité pénale a retenu la commission d'une infraction. Au vu des principes rappelés ci-dessus, cette décision lie le juge civil. L'infraction pénale commise au préjudice de l'employeur constituant en principe un motif de licenciement immédiat, il sied d'examiner si la continuation des rapports de travail pouvait être exigée de l'intimée.

Pour ce faire, il faut garder à l'esprit que le juge civil n'est pas lié par le juge pénal quant à l'établissement des faits et à l'appréciation des preuves. Dès lors, il y a lieu de s'en tenir aux faits établis dans la présente procédure, d'autant plus qu'aucune pièce de la procédure pénale cantonale, à part les deux décisions, n'a été versée à la présente procédure.

La licéité de la grève est, à juste titre, admise par l'intimée. Il est donc superflu d'examiner les quatre conditions rappelées sous consid. 2.3 en relation avec la grève initiée le 14 septembre 2013. En tout état, la condition de la proportionnalité, mise en doute par le Tribunal, était remplie, dans la mesure où la direction refusait toute discussion. Il n'y a pas lieu non plus d'analyser les trois premières conditions précitées en relation avec le moyen

de lutte que les six employés ont utilisé le 28 septembre 2013, soit la participation à une manifestation devant les locaux de l'entreprise.

Demeure litigieuse la question de la proportionnalité de l'action menée par les six employés dans le cadre de ladite manifestation. A cet égard, il résulte du dossier que ceux-ci ne pouvaient ignorer que depuis le début de la grève, l'accès libre aux locaux de l'entreprise leur était refusé. Ils manifestaient tous les jours devant lesdits locaux depuis le 14 septembre 2013 et avaient pu constater qu'une agence de sécurité surveillait la porte d'entrée; il n'est pas allégué qu'ils auraient tenté de pénétrer dans les locaux, même lorsque leurs badges étaient encore actifs. Le (samedi) 28 septembre 2013, les grévistes manifestaient avec des représentants syndicaux et avec de nombreux tiers étrangers à l'entreprise devant la porte d'accès du personnel. Ils ont remarqué que divers cadres se trouvaient dans les locaux et que deux agents de sécurité surveillaient ladite porte, dans le but évident d'éviter que les manifestants accèdent aux locaux. Par la suite, les grévistes ont suivi les représentants syndicaux et le comité de soutien, afin de pénétrer dans les locaux par une porte qu'ils n'utilisaient habituellement pas. A ce moment, les six employés n'ont pas pu ne pas voir que les deux agents de sécurité se précipitaient vers ladite porte afin d'empêcher l'entrée des manifestants. Lorsqu'ils ont dépassé la porte, les six employés se sont retrouvés dans un couloir mesurant trente à cinquante mètres, de sorte qu'ils ne pouvaient pas, quoi qu'ils en disent, ne pas remarquer ce qui se passait. Des membres de la direction criaient que les manifestants ne pouvaient pas entrer et tentaient de bloquer la foule. Ensuite, deux membres de la direction ont bloqué la porte d'accès au premier étage. Lors de l'entrée des manifestants, qui a été brutale selon la témoin A., trois employés de l'intimée ont été malmenés et blessés – ce qui est corroboré par les certificats médicaux produits – en tentant de retenir la foule. Le témoin B. est tombé, ce qui lui a causé des douleurs dorso-lombaires. Il a également présenté un choc psychologique réactionnel. Le témoin C. a reçu un coup au visage, ce qui lui a causé une contusion de la mandibule gauche. La témoin A., agent de sécurité, a reçu un coup au visage et au genou ensuite de quoi ses lunettes sont tombées et se sont cassées. Par ailleurs, la témoin D., selon laquelle la manifestation n'était pas pacifique, a été effrayée de voir le groupe arriver sur elle et de voir ses collègues malmenés. Même si la police est intervenue rapidement et n'a pas dû évacuer les manifestants par la force, il apparaît que ceux-ci ont usé d'une certaine violence pour forcer l'entrée, puis pour avancer dans les locaux de l'intimée, en dépit de l'opposition des membres de la direction et des agents de sécurité.

En pénétrant dans les locaux de l'intimée malgré son opposition clairement exprimée et en suivant à l'intérieur des locaux un mouvement de foule qui n'était pas pacifique, les six employés sont sortis du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat. Leur comportement ne permettait pas d'exiger de l'intimée la continuation des rapports de travail.

C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a considéré que la résiliation immédiate était justifiée et que l'appelante ne pouvait réclamer ni ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'expiration du délai de congé, ni une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée. C'est également à raison que le Tribunal a rejeté les prétentions de la caisse de chômage.

Le jugement attaqué sera donc confirmé, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner les autres griefs de l'appelante, lesquels visent la constatation par le Tribunal de faits qui ne sont pas déterminants pour la solution du litige.

Arrêt communiqué par M^c Werner Gloor, avocat à Genève

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 29. Februar 2016 (Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 6. März 2014)

Der Begriff des «höheren leitenden Angestellten» (Art. 9 ArGV1) ist sehr eng gefasst und zudem einschränkend auszulegen. Unwesentlich ist die Bezeichnung einer Position; massgebend sind die (Mit-)Entscheidungsrechte. Dabei sind sämtliche Merkmale einer bestimmten Stelle miteinzubeziehen. Ein einzelner Aspekt wie Lohnhöhe, Zeichnungsberechtigung etc. ist somit nicht entscheidend (E. 4.c).

Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG beträgt die wöchentliche Höchst Arbeitszeit für alle nicht unter lit. a fallenden Arbeitnehmer 50 Stunden. Vorliegend fällt der Arbeitnehmer deshalb nicht unter die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG, weil der Verkaufsshop keinen Grossbetrieb des Detailhandels darstellt. Definitionsgemäss handelt es sich bei Grossbetrieben des Detailhandels um Betriebe, die im gleichen Gebäude oder in benachbarten Gebäuden einschliesslich des Kassenspersonals insgesamt mehr als 50 Arbeitnehmer im Detailverkauf beschäftigen. Die vorgenannte wöchentliche Höchst Arbeitszeit darf ausnahmsweise überschritten werden wegen (a.) Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges, (b.) für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten sowie (c.) zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehren zugemutet werden können (Art. 12 Abs. 1 ArG). Dabei darf die Überzeit für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden im Tag nicht überschreiten und für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchst Arbeitszeit von 50 Stunden im Kalenderjahr insgesamt nicht mehr als 140 Stunden betragen (Art. 12 Abs. 2 lit. b ArG). Art. 13 Abs. 1 ArG schreibt vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25% auszurichten hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 13 Abs. 1 ArG zwingend, was jede abweichende Vereinbarung betreffend Überzeit ausschliesst, auch solche, wonach die Überzeit im Lohn inbegriffen sei oder durch andere Sonderleistungen abgegolten werde (E. 5.b).

Sachverhalt:

Am 24./27. November 2009 schlossen X. (Arbeitnehmer; Kläger und Berufungskläger) und die Y. GmbH (Arbeitgeberin; Beklagte und Berufungsbeklagte) einen Arbeitsvertrag ab, welcher mit Änderungsvertrag vom 25. Januar 2010 angepasst wurde. Gemäss Arbeitsvertrag wurde X.

mit Wirkung ab 1. Dezember 2009 als Shop-Manager des Y.-Shops in O.1 angestellt. In der Stellenbeschreibung wurde die betreffende Stelle als Fachverkäufer bezeichnet, dessen Aufgabengebiet in der Umsetzung der strategischen Neuausrichtung des Y.-Shops in O.1 bestand. Für diese Tätigkeit wurde ein Jahresgehalt in Höhe von Fr. 78'000.– brutto vereinbart, welches nach Abzug der gesetzlichen Abgaben in 12 gleichen Teilbeträgen (Fr. 6'500.– brutto pro Monat) ausgezahlt werden sollte. Für den Fall der erfolgreichen Erfüllung der von der Geschäftsführung festzusetzenden Kennziffern oder Schwerpunktaufgaben bestand ab dem Jahr 2010 zudem die Möglichkeit des Erhalts einer Zielprämie von bis zu Fr. 5'000.– pro Jahr. Mit Schreiben vom 20. Juni 2011 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 30. September 2011. Aufgrund der Sperrfrist infolge Krankheit verlängerte sich dieses bis zum 31. Dezember 2011. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte X. eine Auszahlung von Überstunden, Überzeit sowie Ferientagen, was von Seiten der Y. GmbH verweigert wurde.

In der Folge meldete X. seine Klage am 14. Dezember 2011 bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Maloja mit folgendem Rechtsbegehren an: Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 29'900.– abzüglich Sozialleistungen im gesetzlichen und vertraglichen Umfang zuzüglich 5% Zins seit 1. Oktober 2011 zu bezahlen. Das Bezirksgericht Maloja wies mit Entscheid vom 28. Januar 2014 die Klage vollumfänglich ab. Gegen diesen Entscheid liess X. mit Eingabe vom 27. Mai 2014 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erheben.

Aus den Erwägungen:

2.

Gegenstand der vorliegenden Berufung bilden mehrere Fragen in Zusammenhang mit geltend gemachten Entschädigungsansprüchen aus Arbeitsvertrag. Unter den Parteien unbestritten ist, dass sie am 24./27. November 2009 einen schriftlichen und unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Berufungsbeklagte das Arbeitsverhältnis am 20. Juni 2011 per 30. September 2011 gekündigt hat und dass sich dieses aufgrund der Sperrfrist infolge Krankheit des Berufungsklägers bis am 31. Dezember 2011 verlängert hat. Streitig sind hingegen der Beginn des Stellenantritts sowie die geltend gemachte Entschädigung für Überstunden, Überzeit und nicht bezogene Ferientage.

3.

(...)

f. Da der angefochtene Entscheid – wie nachfolgend aufgezeigt wird – ohnehin aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, kann vorliegend von einer weitergehenden Auseinandersetzung mit der Höhe der für die Zeit vom 24.–27. November 2009 geltend gemachten Entschädigung abgesehen werden. Damit wird

sich die Vorinstanz zu befassen haben. In diesem Zusammenhang wird sie zu beurteilen haben, ob es sich bei der vom Berufungskläger während dieses Zeitraums erbrachten Leistung um eine üblicherweise entlohnte Tätigkeit handelt und hierfür aufgrund von Art. 320 Abs. 2 OR und nach Massgabe von Art. 322 ff. OR Anspruch auf Lohn besteht. Bejahendenfalls wird zur konkreten Berechnung einer allfälligen Entschädigung der ab 1. Dezember 2009 verabredete Lohn von jährlich Fr. 78'000.– bzw. monatlich Fr. 6'500.–, jeweils brutto, als Grundlage heranzuziehen sein. Die Vorinstanz wird in diesem Zusammenhang ebenfalls zu prüfen haben, ob ein allfälliger Anspruch – wie von der Berufungsbeklagten vorgebracht – zwischenzeitlich verwirkt ist.

4.

a. Was die vom Berufungskläger geforderte Entschädigung für während des Arbeitsverhältnisses geleistete Überstundenarbeit betrifft, steht nach Auffassung der Vorinstanz fest, dass dieser für den Laden in O.1 in Bezug auf den Verkauf, das Sortiment, die Art der Führung des Geschäftes, die Teilnahme an lokalen Events und die Buchhaltung verantwortlich gewesen sei. Er habe zudem die Arbeitszeit der zeitweise dort tätigen Mitarbeiterin zu kontrollieren bzw. ihre Stundenzettel gegenzuzeichnen gehabt. Die von ihm übernommenen Aufgaben seien somit umfassender gewesen als diejenigen eines gewöhnlichen Verkäufers. Dafür habe er auch überdurchschnittliche Vergünstigungen erhalten. Des Weiteren habe der Arbeitsvertrag keine Arbeitszeit des Berufungsklägers vorgesehen und er habe diese selber einteilen bzw. die Öffnungszeiten abändern können. Durch den vertraglichen Ausschluss des Anspruchs auf Entschädigung der Mehrarbeit hätten die Parteien zum Ausdruck bringen wollen, dass die Leistung eines überdurchschnittlichen Pensums durch den höheren Lohn inklusive Zielprämie als abgegolten zu gelten habe. Aufgrund der gesamten Umstände stehe somit fest, dass der Berufungskläger leitender Angestellter gewesen sei, demzufolge er keinen Anspruch auf eine Entschädigung für die geltend gemachten Überstunden habe. Die Klage sei deshalb auch bezüglich der zweiten Position abzuweisen.

b. Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, ihn völlig zu Unrecht als leitenden Angestellten, der keinen Anspruch auf Überstunden haben soll, qualifiziert zu haben. Dadurch habe sie Art. 321c OR sowie Art. 3 lit. d ArG i.V.m. Art. 9 ArGV1 und diesbezüglich den Sachverhalt falsch festgestellt. Zur Begründung wird vom Berufungskläger ausgeführt, dass er tatsächlich keinerlei selbständige Kompetenzen gehabt habe. Ihm sei vorgeschrieben worden, wann er den Laden geöffnet halten müsse, sodass insofern von einer freien Einteilung der Arbeitszeit nicht ernsthaft die Rede sein könne. Er habe von sich aus keinerlei Rabatte geben dürfen und habe keinerlei Zeichnungsberechtigung gehabt. Ständige Mitarbeiter, die es zu führen gegeben habe, seien nicht vorhanden gewesen. Mit anderen Worten habe er in wesentlichen Angelegenheiten des Unternehmens bzw. des Ladens in O.1 keine Entscheidungsmacht gehabt. Selbst wenn im Arbeitsver-

trag und/oder Stellenbeschrieb etwas anderes stünde, würde dies nichts ändern. Er sei definitiv kein leitender Angestellter gewesen.

c. Diesbezüglich ist zunächst mit der Berufungsbeklagten festzuhalten, dass der Berufungskläger aus der Definition der höheren leitenden Tätigkeit gemäss Art. 9 ArGV1 zumindest insofern nichts zu seinen Gunsten herzuleiten vermag, als er damit aufzeigen will, dass er kein leitender Angestellter gewesen sein soll. Die erwähnte Bestimmung spricht ausdrücklich von «höherer» leitender Tätigkeit. Dass der Berufungskläger aufgrund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrags ein «höherer» leitender Angestellter gewesen sein soll, wird jedoch nicht einmal von der Berufungsbeklagten geltend gemacht. Dass dem nicht so ist bzw. war, ist aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich. Seitens der Berufungsbeklagten ist denn auch ausschliesslich von einer «leitenden Tätigkeit» des Berufungsklägers die Rede. Angesichts dessen ist für die Beurteilung der strittigen Frage, ob der Berufungskläger ein leitender Angestellter war, nicht massgeblich, ob er «aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügte oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen konnte» (vgl. Art. 9 ArGV1). Dieser Begriff des «höheren leitenden Angestellten» ist sehr eng gefasst und zudem einschränkend auszulegen (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 6 zu Art. 321c OR mit Hinweisen). Von (gewöhnlichen) leitenden Angestellten wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erwartet, dass sie etwas mehr leisten als nur das übliche Pensum. Wegleitend sei die Überlegung, dass mit der Übernahme einer leitenden Funktion der Umfang und das Gewicht der vom Arbeitnehmer zu erfüllenden Aufgaben die Gegenleistung des Arbeitgebers in bedeutenderem Masse bestimmen als die wöchentliche Arbeitszeit und leitende Angestellte ihrer verantwortungsvollen und selbständigen Stellung entsprechend die Arbeitszeit weitgehend frei einteilen können (BGE 129 III 171 E. 2.1 S. 173). Da dies in der Arbeitswirklichkeit auch auf weitere, gut bezahlte Hierarchiestufen als nur die obersten Entscheidungsebenen des Art. 9 ArGV1 zutrifft, muss von einem eigenen, privatrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten ausgegangen werden, wobei dessen Konturen noch unscharf sind. Allgemein kann gesagt werden, dass für eine Leitungsfunktion spricht, wenn der Betreffende seine Arbeitszeit weitgehend frei einteilen kann, wohingegen die Pflicht zum Stempeln bei Arbeitsbeginn und -ende ein Indiz gegen eine solche Stellung ist. Ein relativ hoher Lohn spricht gegen, ein relativ niedriger für einen Anspruch auf Überstundenentschädigung. Unwesentlich ist die Bezeichnung einer Position; massgebend sind die (Mit-)Entscheidungsrechte. Dabei sind sämtliche Merkmale einer bestimmten Stelle miteinzubeziehen; ein einzelner Aspekt wie Lohnhöhe, Zeichnungsberechtigung etc. ist so-

mit nicht entscheidend (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 321c OR; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, N 2 zu Art. 321c OR; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 10 f. zu Art. 321c OR).

d. Für die Frage, ob der Berufungskläger als leitender Angestellter anzusehen ist, ist nicht auf die von den Parteien im Arbeitsvertrag oder in der Stellenbeschreibung verwendeten Begriffe abzustellen, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Ausschlaggebend sind dabei insbesondere die Entscheidungsfreiheit bzw. der Entscheidungsspielraum, über den er verfügt hat, namentlich auch im Budgetbereich, sowie die mit Verantwortung verbundene selbständige Stellung im Betrieb, die eine freie Gestaltung der Arbeitszeit ermöglicht (Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2007 vom 5. Juni 2007 E. 2.1 mit Hinweisen). Aufgrund der im Recht liegenden Unterlagen sowie den aktenkundigen Aussagen kann nachstehend im Sinne eines Zwischenfazit festgehalten werden, dass der Berufungskläger keine Führungsaufgabe bekleidete, über keinerlei Entscheidungskompetenzen verfügte und die Berufungsbeklagte auch nicht rechtlich vertreten konnte, sprich keine Zeichnungsberechtigung besass. Ferner waren dem Berufungskläger keine weiteren Mitarbeiter direkt unterstellt und er verfügte auch über keinerlei zusätzliche fachliche Weisungsbefugnisse.

Von besonderer Bedeutung ist zudem, dass der Berufungskläger die Öffnungszeiten entgegen der bei der Berufungsbeklagten vorherrschenden Auffassung gerade nicht eigenverantwortlich bestimmen konnte, sondern diese von Letzterer festgelegt wurden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er gemäss Aussage der Personalleiterin die Befugnis gehabt haben soll, den Laden ausserhalb der Saison nach seinem Ermessen bereits um 18.00 Uhr – und somit eine Stunde früher als vorgegeben – zu schliessen sowie den Laden einfach zu schliessen, wenn er private Erledigungen, wie beispielsweise Arztbesuche, gehabt habe. Wie die Vorinstanz allein aufgrund dieser nicht sehr weitreichenden Befugnisse zur Feststellung gelangen konnte, dass der Berufungskläger nicht an die vorgegebenen Öffnungszeiten gebunden gewesen sei, sondern diese und somit auch seine Arbeitszeit vielmehr habe abändern bzw. auch selbständig habe festlegen können, vermag sich dem Kantonsgericht nicht zu erschliessen. Von einer selbständigen Festlegung der Öffnungszeiten bzw. Einteilung der Arbeitszeit kann unter den gegebenen Umständen keine Rede sein. Ebenso wenig wie die gute Entlohnung machen auch die eigenverantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben gemäss Stellenbeschreibung den Berufungskläger noch nicht zu einem leitenden Angestellten. Gemäss Aussagen der Personalleiterin erhielt er von seinem unmittelbaren Vorgesetzten in Y., A., denn auch laufend Anweisungen betreffend das tägliche Geschäft und die Sortimentspolitik. Ferner stand es ihm auch nicht frei, bestimmten Kunden von

sich aus und ohne Rücksprache mit A. Rabatte zu gewähren. Ein Blick auf die umfangreiche E-Mail-Korrespondenz verdeutlicht dieses Bild der fehlenden (Mit-)Entscheidungsrechte des Berufungsklägers. Beispielweise lässt sich daraus entnehmen, dass dieser selbst bei Finanzausgaben im dreistelligen Frankenbereich – Fr. 400.– bis Fr. 500.– für die Teilnahme an einer Charity Gala im B. Hotel, Fr. 800.– für die Teilnahme an einem Christmas Gala Dinner im C. sowie Fr. 950.– für Pflanzendekoration im Laden – vorgängig die Erlaubnis aus Y. einholen musste. Hätte der Berufungskläger tatsächlich eine leitende Stellung innegehabt, wäre wohl davon auszugehen, dass er Geschäftsausgaben in der genannten Grössenordnung in eigenständiger Kompetenz und ohne Rücksprache hätte beschliessen können. Dass dem nicht so war, spricht daher eher gegen eine leitende Stellung. Erstaunlicherweise wurde im bisherigen Verfahren zu keinem Zeitpunkt thematisiert, wie der Berufungskläger in der Firmenhierarchie der Berufungsbeklagten eingereiht war. Dies erstaunt auch deshalb, weil die Stelle als Shop-Manager in der Stellenbeschreibung in Rangstufe 3 eingeordnet wurde. Welche Bedeutung dieser Rangstufeneinteilung mit Bezug auf die Hierarchie bei der Berufungsbeklagten zukommt, lässt sich aufgrund der im Recht liegenden Akten jedoch nicht beurteilen. Namentlich fehlt es an einem Dokument, welchem einerseits die einzelnen Rangstufen und andererseits die sich für den in der jeweiligen Rangstufe eingeteilten Mitarbeiter ergebenden Kompetenzbereiche zu entnehmen sind. Es wird Sache der Vorinstanz sein, die Rangeinstufung bei der Berufungsbeklagten edieren zu lassen, um in Kenntnis auch dieses – für die Beurteilung der strittigen Frage bedeutenden – Elements die Qualifikation der Funktion des Shop-Managers vornehmen zu können und gestützt darauf zu beurteilen, ob der Berufungskläger tatsächlich leitender Angestellter im Betrieb der Berufungsbeklagten gewesen ist. In diesem Zusammenhang ist die Vorinstanz an die in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– zur Anwendung gelangende abgeschwächte Untersuchungsmaxime zu erinnern (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO), gemäss welcher das Gericht gehalten ist, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen, in dessen Rahmen es auch von sich aus Beweise erheben kann (BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N 33 zu Art. 247 ZPO). Es verhält sich nämlich so, dass das Gericht im Geltungsbereich des abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes eine (Mit-)Verantwortung für die Erstellung des Sachverhalts trägt. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Behauptungen und Beweisofferten der Parteien unvollständig sind, ist das Gericht verpflichtet, auf deren Ergänzung hinzuwirken (LAURENT KILLIAS, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 31 zu Art. 247 ZPO). Mit Blick darauf hätte die Vorinstanz die entsprechenden Unterlagen bereits vor Erlass des ange-

fochtenen Entscheidungs edieren lassen und in die Beurteilung der betreffenden Streitfrage miteinbeziehen müssen. Dies wird sie nunmehr nachzuholen haben.

e. Hält die Vorinstanz an ihrer Einschätzung, dass es sich beim Berufungskläger um einen leitenden Angestellten gehandelt haben soll, fest, so wird sie in der Folge zu beurteilen haben, inwieweit ihm unter diesen Umständen ein Anspruch auf Überstundenentschädigung zusteht (vgl. hierzu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 321c OR). Sollte sie hingegen zum Schluss kommen, dem Berufungskläger sei doch keine leitende Funktion zugekommen, wird die Frage nach der im konkreten Fall verabredeten bzw. üblichen Arbeitszeit im Zentrum stehen. Nach Art. 321c Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer nämlich zur Leistung von Überstunden verpflichtet, wenn Überstundenarbeit gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, notwendig ist, soweit er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Als Überstundenarbeit gilt Arbeit, die über die im Einzelarbeits-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird (BGE 129 V 105 E. 3.1 S. 107; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 321c OR). Erst wenn keine entsprechende Vereinbarung vorliegt, ist von der üblichen Arbeitszeit auszugehen (PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N 1 zu Art. 321c OR). Lässt sich keine vertragliche oder übliche Arbeitszeit nachweisen, gibt es auch keine Überstunden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 321c OR). Im konkreten Fall fehlt eine vertraglich vereinbarte feste Arbeitszeit. § 3 des Arbeitsvertrags bestimmt lediglich, dass der Berufungskläger seine Arbeitskraft im Interesse der Berufungsbeklagten einzusetzen und im Falle der Erforderlichkeit auch über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus zu arbeiten hat. Die regelmässige Arbeitstätigkeit wurde auf fünf Arbeitstage in der Woche festgelegt, wobei bei Erfordernis auch Samstag und Sonntag sowie Feiertage als Arbeitstage einbezogen werden sollten. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass sich die Arbeitszeit im Wesentlichen nach den festgelegten Öffnungszeiten für den Shop in O.1 zu richten habe. Aus dem Arbeitsvertrag selbst lässt sich somit keine feste Arbeitszeit entnehmen, weshalb, wenn möglich, von der im Betrieb der Berufungsbeklagten üblichen Arbeitszeit auszugehen ist. In den Akten lässt sich diesbezüglich nichts finden. Unter Umständen wird sich aus der zu edierenden Rangeinstufung eine für die Arbeitnehmer der Rangstufe 3 übliche wöchentliche Arbeitszeit ergeben. Ansonsten wird die Vorinstanz von der Berufungsbeklagten zusätzliche Dokumente zu edieren haben, welche über die in ihrem Betrieb üblichen Arbeitszeiten Aufschluss geben könnten. Dabei fällt namentlich die sich nicht im Recht befindliche Arbeitsordnung der Y. GmbH in Betracht, welche gemäss § 15 (1) des Arbeitsvertrags Bestandteil desselben bildet. Lässt sich auch anhand dieser Unterlagen keine feste Arbeitszeit nachweisen, sind im Lichte der vorgenannten

Erwägungen auch keine Überstunden möglich und eine entsprechende Entschädigung demzufolge ausgeschlossen.

5.

a. Selbst wenn die Vorinstanz den Berufungskläger nach umfassender Würdigung sämtlicher funktionsbestimmender Elemente auch in einem neuen Entscheid noch als leitenden Angestellten qualifizieren sollte, welcher keinen Anspruch auf Überstundenentschädigung haben soll bzw. eine Überstundenentschädigung aus anderen Gründen weiterhin ablehnen sollte, wird sie in einem nächsten Schritt zu prüfen haben, ob die vertragliche Regelung der Wegbedingung der Entschädigung für Mehr-, Samstags- und Sonntagsarbeit inklusive Feiertage und die tatsächlich erfolgte Umsetzung mit den einschlägigen arbeitsgesetzlichen Schutzbestimmungen in Einklang stehen. Im Gegensatz zur Überstundenarbeit, bei welcher Art. 321c Abs. 3 OR ausdrücklich vorsieht, dass von der Zuschlagszahlung abweichende Vereinbarungen getroffen werden dürfen, ist bei Überzeit Zeitkompensation oder die Bezahlung eines Zuschlags von 25% und nach dem Sinn von Art. 13 ArG über dessen strikten Wortlaut hinaus auch des Grundlohnes nämlich zwingend vorgeschrieben (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 321c OR mit Hinweisen; vgl. auch PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N 17 zu Art. 321c OR). Wie an vorangegangener Stelle ausgeführt wurde, ist im vorliegenden Fall nicht vom Begriff des «höheren leitenden Angestellten» gemäss Art. 9 ArGV1 auszugehen. Folglich ist entgegen der Meinung der Berufungsbeklagten das Arbeitsgesetz (ArG) im vorliegenden Fall sehr wohl massgeblich, ist dessen Anwendbarkeit doch nur für Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, ausgeschlossen (Art. 3 lit. d ArG; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 321c OR). Entsprechend sind auch die im Arbeitsgesetz enthaltenen zwingenden Arbeits- und Ruhezeitvorschriften zu beachten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 321c OR). Der zwingende Charakter von Art. 13 ArG äussert sich mitunter auch darin, dass ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Bezahlung von Überstunden kein Verzicht auf die Entgeltung von Überzeitarbeit darstellt (JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, N 14 zu Art. 13 ArG). Nach dem Gesagten kann sich die Frage nach einer Überschreitung der wöchentlich zulässigen Höchstarbeitszeit gemäss Art. 9 ff. ArG und damit nach einer allfälligen Überzeitarbeitentschädigung unabhängig davon stellen, ob eine feste Arbeitszeit vereinbart wurde oder nicht bzw. ob ein Überstundenanspruch besteht oder nicht.

b. Unter Überzeitarbeit versteht man die Arbeit, die über die gesetzliche wöchentliche Höchstarbeitszeit hinausgeht. Für ihre Zulässigkeit und ihr Ausmass ist – wie bereits erwähnt – das zwingende öffentliche Recht (Art. 9 ff. ArG) massgebend (BRÜHWILER, a.a.O., N 2 zu Art. 321c OR). Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit für alle nicht unter lit. a fallenden Arbeitnehmer 50 Stunden betragen. Der Be-

rufungskläger fällt deshalb nicht unter die Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG, weil der Verkaufsshop in O.1 keinen Grossbetrieb des Detailhandels darstellt. Definitionsgemäss handelt es sich bei Grossbetrieben des Detailhandels um Betriebe, die im gleichen Gebäude oder in benachbarten Gebäuden einschliesslich des Kassenpersonals insgesamt mehr als 50 Arbeitnehmer im Detailverkauf beschäftigen (ADRIAN VON KAENEL, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, N 35 zu Art. 9 ArG mit Hinweisen auf Art. 2 ArGV 1 und die Wegleitung des SECO). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der Berufungskläger – von einigen Monaten abgesehen – der einzige Arbeitnehmer im Shop in O.1 war. Die vorgenannte wöchentliche Höchstarbeitszeit darf ausnahmsweise überschritten werden, wegen (a.) Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges, (b.) für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten sowie (c.) zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehrungen zugemutet werden können (Art. 12 Abs. 1 ArG). Dabei darf die Überzeit für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden im Tag nicht überschreiten und für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden im Kalenderjahr insgesamt nicht mehr betragen als 140 Stunden (Art. 12 Abs. 2 lit. b ArG). Und wie gesehen schreibt Art. 13 Abs. 1 ArG vor, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25% auszurichten hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 13 Abs. 1 ArG zwingend, was jede abweichende Vereinbarung betreffend Überzeit ausschliesst, auch solche, wonach die Überzeit im Lohn inbegriffen sei oder durch andere Sonderleistungen abgegolten werde. Das entspricht auch dem Zweck des Arbeitsgesetzes. Wäre es nämlich zulässig zu vereinbaren, die Entschädigung für Überzeitarbeit sei im Lohn bereits enthalten oder durch gewisse Sonderleistungen pauschal entschädigt, bestünde für den Arbeitgeber keinerlei Anreiz, auf Überzeitarbeit zu verzichten oder die geleistete Überzeitarbeit mit Freizeit auszugleichen (BGE 138 I 356 E. 5.4.5.1 S. 364). Im Lichte dieser Rechtsprechung erweist sich der Hinweis der Berufungsklagten auf § 4 (3) des Arbeitsvertrags, wonach Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit mit der Vergütung von Fr. 78'000.– abgegolten sein soll, jedenfalls mit Blick auf allfällig geleistete Überzeitarbeit bereits zum Vorhinein als unbehelflich.

c. Wie bereits erwähnt, bestimmt § 3 des Arbeitsvertrags, dass der Berufungskläger seine Arbeitskraft im Interesse der Berufungsklagten einzusetzen und im Falle der Erforderlichkeit auch über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus zu arbeiten hat. Die regelmässige Arbeitstätigkeit wurde auf fünf Arbeitstage in der Woche festgelegt, wobei bei Erfordernis auch Samstag und Sonntag sowie Feiertage als Arbeitstage einbezogen werden sollten. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass sich die Arbeitszeit im Wesentlichen nach den festgelegten Öffnungszeiten für den Shop in O.1 zu richten habe. Aufgrund der seitens der Berufungsklagten unbestritten

gebliebenen Aussage der Personalleiterin D. steht sodann fest, dass die Öffnungszeiten für den Shop in O.1 montags bis samstags von 10.00 Uhr bis 12.30 Uhr und von 14.30 Uhr bis 19.00 Uhr festgelegt wurden. Zusätzlich wurde vom Berufungskläger anlässlich von abendlichen Kundenveranstaltungen erwartet, dass er den Laden länger geöffnet hielt. Gleiches galt an Abenden, an denen die Öffnungszeiten in ganz O.1 länger ausgestaltet waren. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass diese Öffnungszeiten von der Berufungsbeklagten und nicht vom Berufungskläger festgelegt wurden. Letzterer war weder gemäss Stellenbeschreibung noch gestützt auf eine andere Grundlage befugt, über die Erforderlichkeit von Mehrarbeit oder der Öffnung des Ladens an Samstagen, Sonntagen oder Feiertagen zu bestimmen. So ist BB 14 zu entnehmen, dass der Berufungskläger beispielweise vom 1. bis 11. Dezember 2010 (11 Tage), vom 13. bis 24. Dezember 2010 (12 Tage), vom 2. bis 10. Januar 2011 (9 Tage) und vom 24. Januar bis 19. Februar 2011 (27 Tage) jeweils durchgehend gearbeitet hat, und dies wohlbemerkt ohne Stellvertretung. Da ihm betreffend Öffnungszeiten keine Kompetenzen zustanden, ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Anordnungen der Ladenöffnungszeiten in den aufgeführten Zeiträumen von der Berufungsbeklagten ausgingen. Angesichts dessen erscheint die Aussage der Personalleiterin, welcher zufolge sie nicht gewusst hätten, dass der Berufungskläger die Ruhe-, Feier- und Ferientage nicht vollständig habe beziehen können, wenig glaubwürdig. Dass bei diesen vom Berufungskläger geleisteten Arbeitseinsätzen – namentlich wenn berücksichtigt wird, dass ihm kein Stellvertreter zur Seite stand – zwangsläufig Konflikte mit den zwingenden gesetzlichen Vorgaben betreffend Arbeits- und Ruhezeiten bestehen, welche nicht über eine allfällige Abgeltung für Mehrarbeit etc. ausgehebelt werden können, ist von der Vorinstanz nicht behandelt worden und deshalb zwingend nachzuholen. Sie wird sich namentlich mit der Frage auseinanderzusetzen haben, ob und inwiefern die arbeitszeitliche Regelung der Anstellung des Berufungsklägers die zwingenden gesetzlichen bzw. arbeitsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt und ob sich die geleisteten Arbeitseinsätze mit diesen in Einklang bringen lassen. Dabei wird sie sich nebst den Bestimmungen betreffend Überzeitarbeit (Art. 9 ff. ArG) auch mit den Bestimmungen betreffend Ruhezeit gemäss den Art. 15 ff. ArG, namentlich den Art. 20 und 21 ArG, auseinanderzusetzen haben. Erst im Anschluss wird die Vorinstanz darüber zu befinden haben, ob dem Berufungskläger eine Entschädigung zusteht und wie sich diese berechnet. In Zusammenhang mit der Beweiswürdigung als zutreffend erweist sich der Hinweis der Berufungsbeklagten, wonach die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Dokumentation der täglichen bzw. wöchentlichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers (Art. 46 ArG in Verbindung mit Art. 73 Abs. 1 ArGV1) in Anbetracht von Art. 8 ZGB und der Tatsache, dass die Aufzeichnungspflicht aus Art. 46 ArG als Pflicht gegenüber den Behörden konzipiert ist, keine Beweislastumkehr zur Folge hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 10 zu Art. 321c OR; Urteil des

Bundesgerichts 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1). Sollte die Berufungsbeklagte im vorliegenden Fall ihrer Dokumentationspflicht somit nicht bzw. nicht genügend nachgekommen sein, kann ihr allein aufgrund dessen nicht vorgeworfen werden, die Beweisführung des Berufungsklägers vereitelt zu haben. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers vermag die betreffende Verletzung somit keine Beweislastumkehr zu Lasten der Berufungsbeklagten zu bewirken. Vielmehr liegt die Beweislast dafür, dass Überstunden tatsächlich geleistet wurden und zur Erledigung der anfallenden Arbeit im Interesse des Arbeitgebers notwendig waren, beim Arbeitnehmer (BGE 129 III 171 E. 2.4 S. 176). Dieser Nachweis kann ihm aber durch die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR erleichtert werden, sofern nach der Natur der Sache ein strikter Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_42/2011 vom 15. Juli 2011 E. 6). Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält bzw. inwieweit hierfür die sich bei den Akten befindlichen Kassendaten und der vom Berufungskläger selbst erstellte Arbeitszeitnachweis sowie die noch zu edierenden Unterlagen herangezogen werden können, wird die Vorinstanz zu beurteilen haben. Jedenfalls kann von einer Anerkennung der geltend gemachten Mehrarbeit seitens der Berufungsbeklagten vorliegend keine Rede sein, auch wenn dies vom Berufungskläger in seiner Rechtschrift wiederholt geltend gemacht wird. Dass dem nicht so ist, geht aus sämtlichen Rechtsschriften sowie dem Verhalten der Berufungsbeklagten insgesamt hervor.

d. Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Diese wird vor erneuter Entscheidfindung bei der Berufungsbeklagten die Rangeinstufung, deren Arbeitsordnung sowie allenfalls weitere sachdienliche Unterlagen zu edieren haben, welche Aufschluss über die Qualifikation der Anstellung des Berufungsklägers als Shop-Manager und über die im Betrieb der Berufungsbeklagten übliche wöchentliche Arbeitszeit geben könnten. Gestützt auf das neue Beweisergebnis wird sie alsdann einen neuen Entscheid über die geltend gemachten Entschädigungsansprüche zu fällen haben.

(...)

Kanton Luzern

Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 16. März 2016

Art. 2, Art. 3 lit. a UWG. Das Abwerben von Mitarbeitenden durch Dritte ist grundsätzlich zulässig. Es ist dann unlauter im Sinn von Art. 2 UWG, wenn besondere Umstände hinzutreten, etwa die Verfolgung verwerflicher Zwecke oder die Anwendung verwerflicher Mittel und Methoden. Im vorliegenden Fall sind besondere Umstände klar gegeben, namentlich das planmässige «Abzügel» von Mitarbeitenden, insbesondere durch das Verbreiten von wahrheitswidrigen und irreführenden Informationen über die Arbeitgeberin. Zudem haben die Beklagten gegen Art. 3 lit. a UWG verstossen (E. 6.5.–6.7).

Die Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR ist eine jener Vertragsfolgen, die mit der Auflösung des Arbeitsvertrages ihre Wirkung nicht verlieren. Die Geheimhaltungspflicht gilt während der Dauer der Anstellung generell in Bezug auf alle geheim zu haltenden Tatsachen, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses indessen nur noch soweit, als es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers in Abwägung gegenüber denjenigen des Arbeitnehmers auf berufliche Entfaltung erforderlich ist. Damit wird eine Behinderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers weitgehend vermieden (E. 7.1).

Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Handelt ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Aktiengesellschaft, sondern in demjenigen von Aktionären, so sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre strenge Massstäbe anzulegen. Im Unterschied zu anderen Handelsgesellschaften hat der Gesetzgeber für die AG kein explizites Konkurrenzverbot statuiert. Nach der Lehre stellt jedoch die Konkurrenzierung der AG durch ein Verwaltungsratsmitglied eine Verletzung der Treuepflicht dar (E. 8.1).

Sachverhalt:

Die Klägerin forderte mit Klage vom 26. Juni 2012 und Klageerweiterung vom 19. August 2013 von den Beklagten 1 (A AG), 2 (B AG), 3 (C AG), 4 (D) und 5 (E) Schadenersatz in der Höhe von rund Fr. 26,4 Mio. Zur Begründung berief sie sich hauptsächlich auf eine Verletzung von Art. 2 und Art. 3 lit. a des Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241), bezüglich dem Beklagten 4 zusätzlich auf eine Verletzung von Art. 321a OR und bezüglich dem Beklagten 5 zusätzlich auf

Art. 717 OR. Zudem wurde eine Verletzung des Konkurrenzverbots durch die Beklagten 1 und 2 geltend gemacht. Zusammengefasst führte die Klägerin aus, sie sei bei ihrer Gründung ein im Wesentlichen kerngesundes und erfolgreiches IT-Unternehmen gewesen, das in den Jahren 2007, 2008 und 2009 ein Geschäftsergebnis von durchschnittlich rund 2 Mio. Franken erwirtschaftet habe. An einer kurzfristig einberufenen Mitarbeiterversammlung am 13. April 2010, 13.00 Uhr, hätten die Beklagten praktisch alle der gut 200 Mitarbeitenden der Klägerin abgeworben. Durch die sich ergebenden Folgen sei sie faktisch wirtschaftlich zerstört worden. Hauptverantwortliche Initianten und Koordinatoren dieser Aktion seien der Beklagte 5 als Delegierter des Verwaltungsrats der Beklagten 1 und 2, der am Vorabend des 13. April 2010 seinen Rücktritt als Mitglied des Verwaltungsrats der Klägerin erklärt habe, sowie der Beklagte 4, CEO der Klägerin, der sich entschlossen habe, mit einer eigenen Kündigung der unmittelbar bevorstehenden Kündigung seines Anstellungsvertrags durch die Klägerin zuzukommen. Die Beklagten beantragten mit Klageantwort vom 28. März 2013 und in ihrer Stellungnahme (zur Klageerweiterung) vom 13. Februar 2014 die vollumfängliche Abweisung der Klage. Vorab bestritten sie, Mitarbeitende der Klägerin abgeworben zu haben, weder gezielt noch geplant und weder am 13. April 2010 noch sonst zu irgendeinem Zeitpunkt. Zudem seien die Handlungen des Beklagten 5 mitnichten den Beklagten 1–3 zuzuordnen. Für eine allfällige Zurechnung von Handlungen des Beklagten 5 habe die Klägerin darzulegen und zu begründen, dass der Beklagte 5 in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Beklagten 1 und/oder der Beklagten 2 und/oder der Beklagten 3 gehandelt habe. Das Verhalten der Beklagten vom 13. April 2010 verstosse weder ansatzweise gegen Art. 2 UWG oder Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, noch gegen andere Normen des UWG. Selbst wenn die Beklagten die Mitarbeitenden der Klägerin abgeworben hätten, was nicht der Fall sei, sei das Abwerben von Mitarbeitenden grundsätzlich ein legitimes Instrument des Wettbewerbs. Dies dürfe lediglich nicht zu treuwidrigen Zwecken eingesetzt oder mit treuwidrigen Mitteln verfolgt werden. Auch hätten die Beklagten 1–5 die Mitarbeitenden der Klägerin keineswegs durch unrichtige Angaben verunsichert oder mit den Bestätigungsschreiben zur Massenkündigung bewegt; ein planmässiges und/oder systematisches Vorgehen werde bestritten. Sie hätten auch nicht mit Schädigungsabsicht gehandelt. Einzige Motivation des Beklagten 5 sei die Sicherstellung der Dienstleistungserbringung der Klägerin für die F-Gruppe (Anmerkung der Urteilsredaktion: F-Gruppe = Beklage 1 und 2 und weitere dazu gehörenden Gesellschaften). Die Beklagten 1–5 hätten auch nie Negativ-Aussagen über die Klägerin bzw. die G AG (Anmerkung der Urteilsredaktion: G AG = Muttergesellschaft der Klägerin) verbreitet und hätten nie die Absicht gehabt, die Kunden der Klägerin zu übernehmen oder die Klägerin aus dem Markt zu drängen. Sie hätten auch nie Abwerbeaktionen gemacht. Mit prozessleitender Verfügung vom 23. September 2015 wurde das Verfahren gemäss Art. 125 lit. a ZPO vor-

erst auf die umstrittenen Fragen beschränkt, ob die Beklagten 1–5 Art. 2 UWG und/oder Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG gegenüber der Klägerin verletzt haben, ob und gegebenenfalls welche arbeitsvertraglichen Pflichten der Beklagte 4 der Klägerin gegenüber verletzt hat, ob und gegebenenfalls welche gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Beklagte 5 gegenüber der Klägerin verletzt hat und ob und inwiefern die Beklagten 1 und 2 ein allenfalls vereinbartes Konkurrenzverbot verletzt haben. Diesbezüglich wurde ein Zwischenentscheid gemäss Art. 237 ZPO in Aussicht gestellt. Am 16. Dezember 2015 fand zum eingeschränkten Prozessthema die Hauptverhandlung statt.

Mit Urteil vom 16. März 2016 wies das Kantonsgericht die Klage gegen die Beklagte 3 ab (Dispositiv Ziff. I). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Beklagten 3 weder die Handlungen des Beklagten 4 und 5, noch die Handlungen der Beklagten 1 und 2 zugerechnet werden könnten und damit eine Anspruchsgrundlage für die eingeklagte Schadenersatzforderung fehle. Mit gleichzeitig ergangenem Zwischenentscheid vom 16. März 2016 stellte das Kantonsgericht fest, dass die Beklagten 1, 2, 4 und 5 gegenüber der Klägerin Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG und Art. 2 UWG verletzt haben. Dabei wurde davon ausgegangen, dass sämtliche Handlungen des Beklagten 5 im Zusammenhang mit den geltend gemachten Ereignissen den Beklagten 1 und 2 zuzurechnen seien. Zudem wurde festgestellt, dass der Beklagte 4 gegenüber der Klägerin die ihm obliegenden arbeitsrechtlichen Pflichten gemäss Art. 321a OR und der Beklagte 5 gegenüber der Klägerin die ihm obliegenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten gemäss Art. 717 OR verletzt hat (Dispositiv Ziff. II). Das Urteil (betreffend die Beklagte 3) wie auch der Zwischenentscheid (betreffend die Beklagten 1, 2, 4 und 5) wurden rechtskräftig, nachdem sich die Klägerin und die Beklagten 1 und 2 aussergerichtlich einigten und die Klägerin die Klage gegen die Beklagten 4 und 5 zurückzog. Der Erledigungsentscheid erging am 28. April 2016.

Aus den Erwägungen:

6.5 Widerrechtliches Verhalten der Beklagten 1 und 2

6.5.1 Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG

6.5.1.1 Unlauter handelt insbesondere, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG). Diese Bestimmung will nicht die vergleichende Werbung oder die Kritik, wohl aber die Verletzung der Persönlichkeit und des guten Rufes des Mitbewerbers unterbinden. Herabsetzend im Sinne des Gesetzeswortlauts ist nicht schon jede negative oder kritisierende Aussage, sondern erst diejenige, die eine gewisse Schwere aufweist und den anvisierten Wettbewerber schlecht macht. Der französische Text spricht deutlicher von «dénigrer» d.h. anschwärzen oder verächtlich machen. Eine An-

schwärzung ist z.B. dann vorhanden, wenn ein Erzeugnis als wertlos, seinen Preis nicht wert, unbrauchbar, fehlerhaft etc. hingestellt wird. Es besteht eine gewisse Analogie zur Ehrverletzung: Bei dieser wird ein Mensch herabgesetzt, dort seine Waren, Werke usw. (DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz 152; JUNG/SPITZ, Handkomm. zum UWG, Bern 2010, Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 29; BERGER in: Basler Komm. 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 27, vgl. auch BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, 2001., Art. 2 N 131, Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 3 und PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 2002., Rz 5.04).

Wenn eine herabsetzende Äusserung gegeben ist, so ist diese allein aufgrund ihres herabsetzenden Charakters noch nicht unlauter. Vielmehr ist eine qualifizierte Herabsetzung erforderlich, welche sich dadurch auszeichnet, dass die herabsetzende Äusserung zudem unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist. Massgebend ist dabei der Gesamteindruck der Äusserung beim Durchschnittsleser. Ist dieser so schwerwiegend negativ, dass eine Wettbewerbsverfälschung eintreten kann, liegt eine unlaute Herabsetzung vor (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 30; JUNG/SPITZ, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 34). Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Sondertatbestände in Zivilprozessen wie dem vorliegenden nicht restriktiv anzuwenden, denn die von den Beklagten zitierte Passage im Basler Kommentar betrifft die Sondertatbestände nur als Straftatbestände (vgl. BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG N 31).

6.5.1.2.a. Die Klägerin wurde als Gemeinschaftsunternehmen der Beklagten 2 (mit rund 30% der Aktien) und der G AG (mit rund 70% der Aktien) im Jahre 2002 gegründet. Die Klägerin übernahm in der Folge von der Beklagten 1 den Geschäftsbereich «Systems» für einen Kaufpreis von rund XX Mio. Franken. Es wurde vereinbart, dass die G AG zwei der drei Verwaltungsräte und die Beklagte 2 einen Verwaltungsrat stellt. Als Verwaltungsrat der Beklagten 2 amtierte ab 2002 bis 12. April 2010 der Beklagte 5. Seit 2002 waren die Klägerin und die Beklagten 1 und 2 mit dem Gemeinschaftsunternehmen (der Klägerin) wirtschaftlich eng verbunden; aufgrund der Beweiswürdigung ist davon auszugehen, dass sie eine langfristige, bis 20-jährige Zusammenarbeit (d.h. bis 2022) anstrebten.

b. Für die Zeit von 2002 bis 2008 ist erstellt, dass sich die Klägerin mit ihren rund 200 Mitarbeitenden gut entwickelte und in diesem Zeitraum ein gesundes und profitables Unternehmen war. Auch für die Zeit von 2009 bis 13. April 2010 ist davon auszugehen, dass die Klägerin grundsätzlich eine gesunde Firma war. Ab Herbst 2009 befürchteten die Beklagten 1, 2, 4 und 5, die G AG könnte die Strategie für die Klägerin jener der G AG anpassen, d.h. namentlich das Geschäftsfeld «Field Services» schliessen. Diesbezüglich hat jedoch das Beweisverfahren ergeben, dass die G AG keine Strategieänderung im Sinne der beklagten Behauptungen weder der Klägerin gegenüber ankündigte noch von einer solchen der Klägerin oder den Beklagten 1 und 2 gegenüber sprach. Widerlegt ist auch

die Behauptung der Beklagten, N habe alle jene Geschäftsfelder schliessen wollen, die nicht eine 10%ige EBIT-Marge erwirtschaften würden.

c. Für die Phase bis Mitte Dezember 2009 ist davon auszugehen, dass die Mitarbeitenden der Klägerin nicht in einem Ausmass verunsichert oder unzufrieden waren, dass dies für die Klägerin resp. für die Mitarbeitenden ein ernsthaftes Problem dargestellt hätte; auch die Bereichsleiter sowie die GL-Mitglieder der Klägerin und der Beklagte 5 gingen nicht von einer ernsthaften Verunsicherung des Personals aus. Analoges gilt grundsätzlich auch für die Phase ab Mitte Dezember 2009 bis 13. April 2010, in welcher der Beklagte 4 und die Geschäftsleitung der Klägerin keine anormale Verunsicherung der Mitarbeitenden wahrnahmen mit Ausnahme des Umstands, dass die geplante Wiedereinsetzung von P als CEO der Klägerin nicht nur beim Management der Klägerin, sondern auch bei den Mitarbeitenden zu einer erheblichen Verunsicherung führte. Es war allerdings die Pflicht des Managements der Klägerin, die Mitarbeitenden in diesem Punkt objektiv und korrekt zu informieren, weshalb die von der G AG geplante Massnahme aus objektiver Sicht nicht dazu geeignet war, zu einer erheblichen Verunsicherung zu führen. Weiter hat das Beweisverfahren ergeben, dass es vom 1. Januar 2009 bis 9. April 2010 bei der Klägerin eine einzige ungewollte personelle Veränderung gab.

d. Sodann ist erstellt, dass der Beklagte 5 – ohne den designierten Verwaltungspräsidenten der Klägerin zu informieren – ab September 2009 ein Szenario zur «Rückführung» der Klägerin in die F-Gruppe/Q Genossenschaft (Anmerkung der Urteilsredaktion: Q = damalige Mehrheits- und heutige Alleinaktionärin der F-Gruppe) und dies der Beklagten 1 und 2 an der Verwaltungsratssitzung vom 11. September 2009 vorstellte. Die Verwaltungsräte der Beklagten 1 und 2 waren damit einverstanden, sich mit entsprechenden Szenarien auseinanderzusetzen, um bei Bedarf in eine «proaktive Position» eintreten zu können. An der Verwaltungsratssitzung vom 7. Dezember 2009 entschieden die Verwaltungsräte der Beklagten 1 und 2, nicht proaktiv ein Angebot an die G AG für die Übernahme der Klägerin zu unterbreiten. Zudem entwickelte der Beklagte 5 mit dem Beklagten 4 einen als vertraulich gekennzeichneten «Business Plan Draft» für die nächsten drei Jahre inklusive Finanzkennzahlen für die Klägerin. Auch darüber wurde der Verwaltungsratspräsident der Klägerin vom Beklagten 5 nicht informiert. Es ist davon auszugehen, dass sowohl der Beklagte 5 (als Verwaltungsrat der Beklagten 1 und 2) wie auch der Beklagte 4 als Geschäftsführer der Klägerin im Bewusstsein der fehlenden Ermächtigung von N die bestehenden gesetzlichen und organisatorischen Regelungen, wonach geschäftliche Unterlagen beim Verwaltungsratspräsidenten zu beantragen waren, durch ihr Vorgehen umgingen bzw. verletzen.

e. Betreffend den Beklagten 4 ist erstellt, dass seine Leistungen als CEO der Klägerin beim Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin spätestens ab März 2010 umstritten waren und der Beklagte 4 mit seiner Kündigung rechnen musste und auch damit effektiv rechnete. Das Gerücht, dass

möglicherweise P als neuer CEO der Klägerin eingesetzt werden könnte, kommentierte der Beklagte 4 in der Vorwoche vom 13. April 2010 mit den Worten, dass er sich dann wohl nach einer anderen Stelle umzuschauen habe. Dies nahm der Beklagte 5 zum Anlass, dem Beklagten 4 mitzuteilen, er könne sich bei einer allfälligen Kündigung bei der F-Gruppe melden. Dies kam einer Stellenofferte durch die F-Gruppe gleich. Tatsächlich erhielt denn auch der Beklagte 4 am 13. April 2010 die «Vereinbarung Anstellungsverhältnis» der Beklagten 1 ausgehändigt. (...).

f. Weiter hat das Beweisverfahren ergeben, dass für die Beklagten 1 und 2 (und mit ihnen die Q Genossenschaft) das Verhalten der Klägerin und das Zusammenspiel mit ihr von hoher Bedeutung waren. So galt die Informatik für die Beklagten 1 und 2 sowie der Q Genossenschaft mit einem Jahresumsatz von rund 5.6 Mia Fr. und ca. 8'700 Beschäftigten als das zweitgrösste Risikoereignis, zumal rund 100 der total rund 200 Mitarbeitenden der Klägerin für die Q Genossenschaft arbeiteten und das diesbezügliche Kundenspezialwissen sehr gross war. Damit ist erstellt, dass für die Beklagten 1 und 2 sowie die Q Genossenschaft ein starker Know-how-Verlust bei der Klägerin existenzgefährdend gewesen wäre.

g. Bezüglich der Ereignisse vom 13. April 2010 ist erstellt, dass die Beklagten 1 und 2 (handelnd durch den Beklagten 5) an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 wahrheitswidrig festhielten, es stehe seitens der G AG ein Strategiewechsel bezüglich der Klägerin an. Irreführend und falsch war zudem die an derselben Mitarbeiterversammlung gemachte Aussage der Beklagten 1 und 2 (da die Beklagte 2 mit den Handlungen der Beklagten 1 einverstanden war, ist ihr das Vorgehen der Beklagten 1 vollumfänglich anzurechnen), N habe all jene Geschäftsfelder der Klägerin schliessen wollen, die nicht eine 10%ige EBIT-Marge erwirtschafteten. Unrichtig war zudem die an derselben Mitarbeiterversammlung sinngemäss gemachte Aussage der Beklagten 1 und 2 (handelnd durch den Beklagten 5), die G AG wolle die Klägerin, welche schwarze Zahlen schreibe, mutwillig zerstören, wie sie auch in Deutschland viel Funktionierendes zerstört habe; es dürfe nicht sein, dass dies in der Schweiz auch passiere; solches sei aber seitens der G-Gruppe geplant. Die Aussage «mutwillig zerstören» ist zudem als unnötig verletzend zu werten.

h. Auch die von den Beklagten 1 und 2 an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 abgegebene interne Mitteilung war insofern unrichtig und irreführend, als darin den Mitarbeitenden mitgeteilt wurde, die G AG wolle eine Strategieänderung (Neuausrichtung) vornehmen und die Klägerin könne nur bei einer Übernahme derer Mitarbeitenden durch die F-Gruppe überleben.

i. Betreffend den weiteren Verlauf des 13. April 2010, der Tage danach und namentlich der personellen Folgen für die Klägerin wird auf die bereits erfolgte ausführliche Darstellung verwiesen. Es ist davon auszugehen, dass erst die Ereignisse anlässlich der Mitarbeiterversammlung die Mitarbeitenden zur Kündigung bewogen. Es ist erstellt, dass die «Verein-

barung Anstellungsverhältnis» im Auftrag des Beklagten 5 und damit im Auftrag der Beklagten 1 und 2 erstellt und anlässlich der Mitarbeiterversammlung vom Nachmittag des 13. April 2010 aufgelegt worden war und sich an sämtliche Mitarbeitenden der Klägerin richtete. Die oben erwähnten (unrichtigen) Aussagen des Beklagten 5 (namens der Beklagten 1 und 2) sowie die «Vereinbarungen Anstellungsverhältnis» waren für die Willensbildung der Mitarbeitenden der Klägerin entscheidend. Sie bewirkten, dass gemäss der E-Mail des Beklagten 4 an N bereits am Abend des 13. April 2010 über 150 Mitarbeitende der Klägerin ihre Kündigung auf dem vorgefertigten Kündigungsschreiben ausgesprochen hatten. Darunter befanden sich alle Mitglieder der Geschäftsleitung, die gesamte zweite Führungsstufe sowie praktisch alle Niederlassungs- und Teamleiter und – last but not least – der Beklagte 4 selber. Zudem führten die Handlungen der Beklagten 1 und 2 dazu, dass in den nächsten Tagen rund 40 weitere Kündigungen von Mitarbeitenden der Klägerin erfolgten.

6.5.1.3 Nach der Rechtsprechung ist aufgrund der Generalklausel zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Verhalten vorliegt, das den Wettbewerb beeinflussen kann. Dies trifft vorliegend zu. Die Handlungen der Beklagten 1 und 2 waren klarerweise marktgeneigt, da sie zumindest aus objektiver Sicht unmissverständlich darauf ausgerichtet waren, die Geschäftslehre und den Ruf der Klägerin negativ darzustellen, um einen Grossteil der Mitarbeitenden der Klägerin zum eigenen Marktvorteil abwerben zu können. Der Einwand der Beklagten, es sei bloss die Übernahme von rund zehn Mitarbeitenden geplant gewesen, verfängt nicht. Zum einen sprechen die Beklagten 1 und 2 selber davon, dass rund 100 der rund 200 Mitarbeitenden der Klägerin für sie und die Q Genossenschaft gearbeitet hätten. Zum andern mussten die Beklagten 1 und 2 aufgrund ihres Verhaltens, namentlich auch wegen dem an sämtliche Mitarbeitenden erfolgten Angebot zur Weiterbeschäftigung, davon ausgehen, dass sämtliche Mitarbeitenden dieses attraktive Angebot auch annehmen würden. Es kommt hinzu, dass von den Beklagten 1, 2, 4 und 5 bereits im Herbst 2009 ein «Plan B» ins Auge gefasst wurde, wie man die G AG zu einem Verkauf der Klägerin zwingen (Beklagter 4, im Wissen und im Einverständnis der Beklagten 1, 2 und 5) bzw. wie man eine Rückführung der Klägerin (resp. derer wichtiger Geschäftsfelder) in die F-Gruppe/Q Genossenschaft bewerkstelligen könnte (Beklagte 1, 2 und 5). Auch dieses Verhalten spricht klar gegen die von den Beklagten geltend gemachte «Überraschung» resp. das ins Feld geführte «überrollt worden sein» durch die Geschehnisse (Kündigungswelle). Das dargelegte Vorgehen der Genannten lässt nur den Schluss zu, dass sie auf einen geeigneten Anlass warteten, um die seit Herbst 2009 verfolgte Planung der «Rückführung» der Klägerin zur F-Gruppe/Q Genossenschaft in die Tat umzusetzen; diese Gelegenheit sahen sie offenbar im Frühling 2010 (Gerüchte betreffend Auswechslung CEO, Differenzen betreffend Verrechnung von Konzerngebühren etc.).

Durch das Verhalten der Beklagten 1 und 2, das zu einem Abgang von praktisch allen Mitarbeitenden bei der Klägerin und dem Zugang bei der Beklagten 3 führte, wurde der Wettbewerb nachhaltig beeinflusst. Auch ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass sich diese und die Beklagten 1 und 2 im fraglichen Zeitpunkt zumindest als potentielle Mitbewerber und damit als Beteiligte im Sinne von Art. 1 UWG gegenüberstanden. Der Begriff des Mitbewerbers ist weit gefasst und das Konkurrenzverhältnis kann auch erst durch die angebliche Wettbewerbshandlung entstehen (JUNG/SPITZ, a.a.O., Art. 1 UWG Rz 24). Vorliegend steht fest, dass die Beklagten 1 und 2 mit der Übernahme praktisch sämtlicher Mitarbeitenden der Klägerin in den Tätigkeitsbereich der Klägerin eindringen und ausserdem die Klägerin als Dienstleistungserbringerin namentlich für die F-Gruppe und die Q Genossenschaft, mit welchen langjährige Verträge bestanden, vollständig verdrängen.

6.5.1.4 Mit der Klägerin ist sodann davon auszugehen, dass das geschilderte Verhalten der Beklagten 1 und 2 den Sondertatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllt. Vorab kann nicht zweifelhaft sein, dass die anlässlich der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 durch die Beklagten 1 und 2 (beide handelnd durch den Beklagten 5) gemachten Aussagen (inkl. die interne ...Mitteilung) das Tatbestandselement der Herabsetzung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllten, da dadurch die Geschäftslehre und der Ruf der Klägerin negativ tangiert wurden. Die erwähnten, anlässlich der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 durch die Beklagten 1 und 2 (beide handelnd durch den Beklagten 5) gemachten Aussagen waren sodann im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG unrichtig, für die Mitarbeitenden der Klägerin irreführend und bezüglich der Aussage, die G AG habe die Klägerin mutwillig zerstören wollen, ausserdem unnötig verletzend. Das Verhalten der Beklagten 1 und 2 vor dem 13. April 2010 sowie die Aussagen und das gesamte Verhalten der Beklagten 1 und 2 am 13. April 2010 und in den Tagen danach rückten die Klägerin in ein völlig falsches Licht und stellen eine Anschwärzung der Klägerin im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG dar.

6.5.1.5 Entgegen der Auffassung der Beklagten 1 und 2 ist ihr Vorgehen durch nichts zu entschuldigen und es bestehen auch keinerlei Rechtfertigungsgründe wie Notwehr, erlaubte Selbsthilfe oder Wahrnehmung berechtigter Interessen, die unlauteren Wettbewerb ausschliessen würden (JUNG/SPITZ, a.a.O., Art. 2 UWG Rz 121 ff.). Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Beklagten 1 und 2 wegen der Vorkommnisse in Deutschland, der möglichen Auswechslung des CEO der Klägerin (P anstelle des Beklagten 4) sowie aufgrund des Rücktritts des Beklagten 5 als Verwaltungsrat der Klägerin berechtigten Anlass hatten zu befürchten, dass bei der Klägerin nach dem Rücktritt des Beklagten 5 Kündigungen von Mitarbeitenden folgen könnten, berechnete sie dies nicht dazu, die geschäftliche Ehre der Klägerin durch zahlreiche unrichtige, irreführende und unnötig verletzende Äusserungen mit dem Ziel herabzusetzen, die Mitar-

beitenden der Klägerin zur Kündigung zu veranlassen. Zudem ist erneut auf die gemachten internen Überlegungen der Beklagten 1, 2, 4 und 5 im Herbst 2009 hinzuweisen. Auch aus diesem Blickwinkel sind tatbestandsausschliessende Rechtfertigungsgründe zu verneinen.

6.5.1.6 Die Beklagten 1 und 2 haben somit Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG zum Nachteil der Klägerin verletzt.

6.5.2. Art. 2 UWG

6.5.2.1 Erfüllt ein Wettbewerbsverhalten einen Spezialtatbestand, so ist dieses nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne weitere Prüfung auch unlauter im Sinne von Art. 2 UWG (BGE 133 III 431). Diese Prämisse ist vorliegend grundsätzlich gegeben, da das Verhalten der Beklagten 1 und 2 den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllt. Bei den gegebenen Verhältnissen und aufgrund der zitierten Lehre ist – auch im Sinne der klägerischen Behauptungen – zusätzlich zu prüfen, ob (nebst dem Spezialtatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG) die Generalklausel des Art. 2 UWG erfüllt ist.

6.5.2.2 Erfasst werden von Art. 2 UWG die unlautere Beeinflussung von Mitarbeitenden, insbesondere auch das unlautere Abwerben von Mitarbeitenden. Allerdings stellt das Abwerben von Mitarbeitenden (namentlich das sogenannte Headhunting) grundsätzlich ein legitimes Instrument im Wettbewerb dar. Es darf hingegen nicht zu treuwidrigen Zwecken, namentlich zur Ausbeutung durch Geheimnisverrat oder zur gezielten Schädigung des Konkurrenten ohne ein eigenes nennenswertes Beschäftigungsinteresse eingesetzt oder mit treuwidrigen Mitteln (z.B. irreführende Angaben über den Konkurrenten, Garantie von Besitzständen) verfolgt werden. Eine gezielte Schädigung des Konkurrenten liegt nahe, wenn die Abwerbung in grösserem Umfang (z.B. Abwerbung eines ganzen Mitarbeiter-teams) oder systematisch (z.B. wiederholte Abwerbung von Schlüsselfiguren) praktiziert wird (JUNG, a.a.O., Art. 2 UWG Rz 88 mit Hinweisen; BAUDENBACHER, a.a.O., Rz 289 f.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz 132 f.).

Urteile zu Art. 2 UWG sind – soweit ersichtlich – in der Schweiz nur vereinzelt ergangen. Gemäss einer Entscheidung des Obergerichts Zug vom 16. April 1996 (vgl. sic! 3/1997 S. 319-325) erscheint das Abwerben von Kunden oder von Mitarbeitenden nur dann als unlauter, wenn besondere Umstände vorliegen. Solche besonderen Umstände bejahte das Gericht im beurteilten Fall, indem es das Abwerben von Mitarbeitenden als unlauter ansah, da der Geschäftsführer und Verwaltungsrat der Klägerin zahlreiche Mitarbeitende der Klägerin für ein von ihm selber gegründetes resp. kontrolliertes Konkurrenzunternehmen unter «treuwidriger Ausnutzung der als früherer Verwaltungsrat erlangten Kenntnisse über Organisationsstruktur und persönlichen Beziehungen» abwarb und zudem den Mitarbeitenden der Klägerin Bestätigungsschreiben hatte abgeben lassen, welche ihnen die Wahrung ihres bei der Klägerin erlangten Besitzstandes zusicherten. Auch der Handelsgerichtspräsident St. Gallen geht in einer Entscheidung vom 13. Juni 2001 (GVP 2001 Nr. 47) davon aus, die Abwerbung von Mitarbei-

tenden könne durchaus unter die Generalklausel von Art. 2 UWG fallen, nämlich dann, wenn besondere Umstände hinzukämen. Dies entscheide sich unter anderem danach, ob die Abwerbung noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses erfolge und ob eine Vielzahl und/oder besonders wichtige Mitarbeitende abgeworben würden.

(...)

6.5.2.4 Somit ist davon auszugehen, dass in der Schweiz (...) das Abwerben von Mitarbeitenden durch Dritte grundsätzlich zulässig ist, da dies zum freien Wettbewerb gehört und grundsätzlich jeder Mitarbeitende das Recht hat, selbst über das Ende seines Arbeitsverhältnisses und den Wechsel zu einem neuen Arbeitgeber zu entscheiden. Unlauter im Sinne von Art. 2 UWG ist jedoch ein Verhalten eines Konkurrenten, der Mitarbeitende abwirbt, wenn besondere Umstände hinzukommen. Solche besonderen Umstände sind vorliegend klar gegeben:

a. Vorab ist festzustellen, dass die Beklagte 2 seit dem Jahre 2002 mit der Person des Beklagten 5 im dreiköpfigen Verwaltungsrat der Klägerin vertreten war. Damit hatte sie profunde Kenntnisse sowohl der gesamten Organisation als auch des Geschäftsfelds (inkl. Kundenbeziehungen) der Klägerin. Die Beklagte 1 hatte als wichtige Kundin der Klägerin umfassende Kenntnis des Geschäftsfelds der Klägerin. Bei den gegebenen Verhältnissen sind die Kenntnisse der Beklagten 1 der Beklagten 2 und jene der Beklagten 2 der Beklagten 1 zuzurechnen. Es kommen die persönlichen Beziehungen des Beklagten 5 zu den leitenden Angestellten der Klägerin hinzu. Diese Beziehungen sind den Beklagten 1 und 2 ebenfalls vollumfänglich zuzurechnen. Ihr umfassendes Wissen nutzten die Beklagten 1 und 2 am 13. April 2010 und in der nachfolgenden Zeit zu ihren Gunsten aus. So machten der Einfluss und die erwähnten Beziehungen der Beklagten 1 und 2 (handelnd durch den Beklagten 5) die kurzfristige Einberufung einer Versammlung der Mitarbeitenden der Klägerin und das Auftreten des Beklagten 5 (samt R, S und T von den Beklagten 1 und 2) anlässlich dieser Versammlung erst möglich. Insoweit kann der vorliegende Fall durchaus mit jenem des vom Obergericht des Kantons Zug am 16. April 1996 beurteilten Sachverhalts, bei welchem «besondere Verhältnisse» bejaht wurden, verglichen werden. Es kommt hinzu, dass der Beklagte 5 am 13. April 2010 bereits nicht mehr Verwaltungsrat der Klägerin war und daher keinerlei Legitimation besass, an der Versammlung vor die Mitarbeitenden der Klägerin zu treten, geschweige denn auf deren Willensbildung Einfluss zu nehmen. Dieses widerrechtliche Handeln des Beklagten 5 ist ebenfalls den Beklagten 1 und 2 zuzurechnen.

b. Wie bereits festgehalten, hat sodann das Beweisverfahren ergeben, dass die Beklagten 1 und 2 (handelnd durch den Beklagten 5) die Mitarbeitenden der Klägerin an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 in verschiedener Hinsicht wahrheitswidrig und irreführend informierten. Namentlich war die Aussage falsch, es stehe seitens der G AG ein Strategiewechsel bezüglich der Klägerin an. Irreführend und falsch war zudem die

gemachte Aussage der Beklagten 1 und 2 (handelnd durch den Beklagten 5), N habe all jene Geschäftsfelder der Klägerin schliessen wollen, die nicht eine 10%ige EBIT-Marge erwirtschafteten. Unrichtig war darüber hinaus die sinngemäss gemachte Aussage der Beklagten 1 und 2 (handelnd durch den Beklagten 5), die G AG wolle die Klägerin, welche schwarze Zahlen schreibe, mutwillig zerstören, wie sie auch in Deutschland viel Funktionierendes zerstört habe; es dürfe nicht sein, dass dies in der Schweiz auch passiere; solches sei aber seitens der G AG geplant. Schliesslich war auch die von den Beklagten 1 und 2 an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 abgegebene interne Mitteilung insofern unrichtig und irreführend, als darin den Mitarbeitenden mitgeteilt wurde, die G AG wolle eine Strategieänderung (Neuausrichtung) vornehmen und die Klägerin könne nur bei einer Übernahme derer Mitarbeitenden durch die Beklagten 1 resp. 2 überleben. All dies war für die Willensbildung der Mitarbeitenden mitentscheidend. Die wahrheitswidrige und irreführende Information ist als verwerfliches Mittel ein weiteres wichtiges Indiz für ein unlauteres Verhalten gemäss Art. 2 UWG.

c. Mitausschlaggebend für den Entschluss der Mitarbeitenden, ihre Arbeitsverträge bei der Klägerin zu kündigen, war die «Vereinbarung Anstellungsverhältnis». Diese war im Auftrag des Beklagten 5 erstellt und anlässlich der Mitarbeiterversammlung vom Nachmittag des 13. April 2010 aufgelegt worden. Sie richtete sich an sämtliche Mitarbeitenden der Klägerin und bewirkte zusammen mit den falschen, irreführenden und einseitig gefärbten Informationen sowie den erwähnten engen persönlichen Verflechtungen des Beklagten 5 zu den leitenden Angestellten der Klägerin, dass vorab diese ihren Kündigungsentschluss fassten und dies sogleich der Versammlung mitteilten. Das löste eine Kettenreaktion dergestalt aus, dass viele Mitarbeitende ihren Kündigungsentschluss mit dem Ergebnis fassten, dass bereits am Abend des 13. April 2010 Kündigungsschreiben von über 150 Mitarbeitenden der Klägerin (auf den vorgefertigten Kündigungsschreiben) vorlagen. Zudem führten die Handlungen der Beklagten 1 und 2 dazu, dass in den nächsten Tagen rund 40 weitere Kündigungen von Mitarbeitenden erfolgten. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Mitarbeitenden der Klägerin, an die sich die falschen und irreführenden Informationen der Beklagten 1 und 2 richteten und denen die «Vereinbarung Anstellungsverhältnis» unterbreitet wurde, in ungekündigtem Vertragsverhältnis zur Klägerin standen. Entgegen den Behauptungen der Beklagten war das beschriebene Vorgehen der Beklagten 1 und 2 für die Massenkündigung ausschlaggebend. Die Unterbreitung der «Vereinbarung Anstellungsverhältnis» ist als Zusicherung des Besitzstandes zu qualifizieren, die als solche ein wichtiges Indiz für ein unlauteres Abwerben gemäss Art. 2 UWG darstellt (vgl. sic! 3/1997 S. 319-325).

d. Das Handeln der Beklagten 1 und 2 war wirtschaftlich motiviert. Für diese waren das Verhalten der Klägerin und das Zusammenspiel mit ihr von grösster Bedeutung und ein starker Know-how-Verlust war exis-

tenzgefährdend. Ihre diesbezüglichen Befürchtungen waren aber – wie das Beweisergebnis ergeben hat – letztlich unbegründet. Bereits in einem frühen Stadium entwickelte der Beklagte 5 im Auftrag der Beklagten 1 und 2 Szenarien, wie einem solchen Know-how-Verlust begegnet werden könnte. Im Geheimen bereiteten daher die Beklagten 1 und 2 einen «Plan B» und ein «Rückführungsszenario» vor und beauftragten den Beklagten 5, alles zu unternehmen, um die Mitarbeitenden der Klägerin notfalls durch die F-Gruppe übernehmen zu können. Dabei umging der Beklagte 5 (als Verwaltungsrat der Beklagten 1 und 2), im Bewusstsein der fehlenden Ermächtigung von N die bestehenden gesetzlichen und organisatorischen Regelungen, wonach geschäftliche Unterlagen beim Verwaltungsratspräsidenten zu beantragen waren und nutzte damit interne Geschäftsgeheimnisse zum Vorteil der Beklagten 1 und 2 aus. Die Veranlassung der Massenkündigung und damit die gleichzeitige Übernahme des Grossteils der Mitarbeitenden durch eine der F-Gruppe nahestehende Firma erfolgte zwar nicht primär, um die Klägerin direkt zu schädigen. Hingegen ist – letztlich auch aufgrund der eigenen Darstellung der Beklagten – davon auszugehen, dass dies in der Absicht erfolgte, bei den Beklagten 1 und 2 sowie bei der Q Genossenschaft einen wirtschaftlichen Schaden durch Know-how-Verlust zu verhindern, was sie denn auch erreichten. Durch die Übernahme des wichtigsten Gutes der Klägerin (Mitarbeitende) nahmen die Beklagten jedoch die wirtschaftliche Schädigung der Klägerin in Kauf.

e. (...). Ihr Ziel (gemäss den eigenen Ausführungen der Beklagten: Sicherstellung der Dienstleistungserbringung der Klägerin für die F-Gruppe und Q Genossenschaft) hätte mit der Übernahme von bloss wenigen Mitarbeitenden nicht erreicht werden können, denn es arbeiteten rund 100 Mitarbeitende für die F-Gruppe/Q Genossenschaft. Auch unterbreitete die Beklagte 1 die Jobangebote nicht nur einzelnen, sondern allen Mitarbeitenden. Die Behauptung der Beklagten 1 und 2, sie hätten nicht alle der 200 Mitarbeitenden, sondern nur wenige, wechselwillige Mitarbeitende abwerben wollen, jedoch habe das Ganze eine unvorhergesehene Dynamik angenommen, ist bei dieser klaren Ausgangslage und angesichts der erwähnten «Geheimpläne» unglaubhaft.

f. Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass die Beklagten 1 und 2 systematisch vorgingen, um die Mitarbeitenden ab dem 13. April 2010 zur Kündigung zu bewegen. Vorab sprachen sich die Organe der Beklagten 1 und 2 am Morgen vor der Mitarbeiterversammlung mit der Q Genossenschaft ab. Diese hatte ja letztlich für die hohen finanziellen Folgen aufzukommen. Sodann liessen sie Verwaltungsrat P und seine Tochter aus dem E-Mailverzeichnis löschen, damit die Klägerin vor resp. an der allesentscheidenden Mitarbeiterversammlung nicht reagieren konnte. Weiter bereiteten sie die Mitarbeiterversammlung vom Nachmittag samt Manuskript vor. Auch liessen sie sich vor der Mitarbeiterversammlung von Rechtsanwalt U juristisch beraten. Zudem liessen die Beklagten 1 und 2 vor der Mitarbeiterversammlung die schriftlichen und persönlich für jeden Mitar-

beitenden adressierten Jobangebote durch die F-Gruppe (Vereinbarung Anstellungsverhältnis) erstellen und ausfertigen, sodass diese an die Mitarbeiterversammlung mitgenommen und verteilt werden konnten. An der Mitarbeiterversammlung vom Nachmittag liess sich alsdann der Beklagte 5 durch drei GL-Mitarbeiter sekundieren, um seinem Auftritt mehr Gewicht zu verleihen. Gezielt informierte er die Mitarbeitenden falsch und irreführend über die Absichten der G AG resp. die Zukunft der Klägerin. Im Anschluss an die Mitarbeiterversammlung liess die Beklagte 1 das von ihr verfasste interne Dokument «Informationen zur A AG» auflegen, das – nota bene – bereits am 9. April 2010 im Entwurf vorlag. Auch darin verbreiteten die Beklagten 1 und 2 gezielt unrichtige und irreführende Aussagen. Es folgten die Ereignisse, wie sie bereits beschrieben wurden.

g. Damit setzten die Beklagten 1 und 2 – gemäss seit Herbst 2009 erfolgter Planung und Vorbereitung – generalstabsmässig alles daran, die Mitarbeitenden der Klägerin ab dem 13. April 2010 für ihre eigenen Zwecke zu gewinnen. Dies erfolgte namentlich unter Ausnutzung ihrer profunden Kenntnisse der gesamten Organisation (inkl. des gesamten Geschäftsfelds der Klägerin), unter reglementswidriger Ausnutzung interner Geheimnisse, durch wahrheitswidrige und irreführende Informationen der Mitarbeitenden der Klägerin und durch das Angebot einer neuen Anstellung zu gleichen Bedingungen für alle Mitarbeitenden der Klägerin. Mit ihrem Vorgehen bewirkten sie, dass praktisch das gesamte Personal der Klägerin (inkl. dem gesamten Führungspersonal) bei der Klägerin kündigte. Sie erreichten damit, dass sie das Know-how der Mitarbeitenden für ihre eigenen wirtschaftlichen Bedürfnisse sicherstellen konnten. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagten 1 und 2 systematisch und generalstabsmässig vorgingen, um die Mitarbeitenden ab dem 13. April 2010 zur Kündigung zu bewegen. Dieses planmässige «Abzügeln» der Mitarbeiter und deren «Rückführung» zur F-Gruppe/Q Genossenschaft bzw. in eine bereitstehende Gesellschaft, ist das Aussergewöhnliche am vorliegenden Fall. (...).

h. Damit sind – wie einleitend festgehalten – besondere Umstände gegeben, die das Handeln der Beklagten 1 und 2 als unlauter und widerrechtlich im Sinne von Art. 2 UWG erscheinen lassen. Rechtfertigungsgründe sind keine auszumachen.

6.5.2.5 Die Beklagten 1 und 2 haben somit auch Art. 2 UWG zum Nachteil der Klägerin verletzt.

6.5.3 Damit steht fest, dass die Beklagten 1 und 2 gegenüber der Klägerin sowohl Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG als auch Art. 2 UWG verletzt haben.

6.6 Widerrechtliches Verhalten des Beklagten 4

6.6.1 Anwendbarkeit des UWG

6.6.1.1 Der Beklagte 4 war weder Organ der Beklagten 1 noch der Beklagten 2. Vorab ist zu prüfen, ob sein «privates» Handeln dem UWG untersteht.

6.6.1.2 Soweit rein «privates» Handeln so verstanden wird, dass es die Gefahr der Wettbewerbsbeeinflussung ausschliesst und ausschliesslich zur Befriedigung eines menschlichen Existenz- oder Kulturbedürfnisses oder dergleichen dient, ist es nicht statthaft, solches Verhalten unter das UWG zu stellen. Handlungen, die sich jedoch in relevanter Weise auf die verschiedenen Marktbeziehungen auswirken oder nach allgemeiner wirtschaftlicher Lebenserfahrung zumindest dazu eignen, werden vom Lauterkeitsrecht selbst dann erfasst, wenn sie aus «privatem» Kreis stammen. Der «private» Zweck einer Handlung vermag daran nichts zu ändern, da im UWG das Auswirkungsprinzip gilt. Danach bestimmt sich die wettbewerbsrechtliche Anknüpfung ausschliesslich nach der abstrakten Geeignetheit einer Handlung zur Wettbewerbsbeeinflussung. Massgebend ist, ob das betreffende Verhalten der Drittperson objektiv, d.h. nach allgemeiner Lebenserfahrung, geeignet ist, relevante Auswirkungen auf die betreffenden Wettbewerbsbeziehungen zu tätigen (TAUFER, Einbezug von Dritten im UWG, Diss. Zürich 1997, S. 72–74).

6.6.1.3 Vorliegend ist erstellt, dass die Handlungen des Beklagten 4 – nota bene war er seit dem 1. April 2008 CEO der Klägerin – mitentscheidend dazu führten, dass am 13. April 2010 und in den Tagen danach fast die gesamte Belegschaft der Klägerin kündigte, um später bei der Konkurrenzfirma (der Beklagten 3) in meist gleicher Funktion und zu gleichen Konditionen die ihnen von den Beklagten 1 und 2 versprochenen Stellen anzutreten. Es liegt auf der Hand, dass sein Handeln objektiv geeignet war, der Klägerin das wichtigste Gut, nämlich das Personal, für eine Konkurrenzfirma abzuwerben. Nach der allgemeinen wirtschaftlichen Erfahrung musste dieses Verhalten zu einer markanten Schwächung der Klägerin und gleichzeitig einer markanten Stärkung der Konkurrenz führen. Es ist bei der vorliegenden Sachlage davon auszugehen, dass der Beklagte 4 als Dritter den Wettbewerb aktiv beeinflusst hat. Er untersteht damit dem UWG.

6.6.2. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG

Der Beklagte 4 eröffnete am 13. April 2010, ca. 13:00 Uhr, die Mitarbeiterversammlung und teilte den ca. 80-120 anwesenden Mitarbeitenden der Klägerin unter anderem mit, die Geschäftsleitung vermute, ein Strategiewechsel sei seitens der Muttergesellschaft, der G AG, in Vorbereitung und die Geschäftsleitung könne sich mit einem solchen Strategiewechsel nicht identifizieren und werde einen solchen nicht mittragen. Der Beklagte 4 erklärte, mit dem Rücktritt des Beklagten 5 sei absehbar, dass es den Weg des Sonderfalls Schweiz nicht mehr geben werde. Weiter sprach der Beklagte 4 zu den Themen Kundensegmente und Geschäftsbereiche, ob die Klägerin noch Field Services anbiete oder nicht, mutmasste, was mit dem Spezialgeschäftsfeld K&S-Lösungen passiere, und legte den Mitarbeitenden dar, dass all dies auch Konsequenzen auf Mitarbeiterebene haben werde. Nicht so direkt wie der Beklagte 5, aber deutlich genug, teilte somit auch der Beklagte 4 den Mitarbeitenden wahrheitswidrig mit, es werde den Sonderfall Schweiz nicht mehr geben und machte insofern irreführende Aus-

führungen, als er mit seinem Verhalten suggerierte, dass den Mitarbeitenden durch die Klägerin gekündigt werden könnte. Damit hat er den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllt.

6.6.3 Art. 2 UWG

Im Gegensatz zu den Beklagten 1 und 2 war der Beklagte 4 zwar nicht für die Unterbreitung der «Vereinbarung Anstellungsverhältnis» an die Mitarbeitenden der Klägerin verantwortlich. Auch war er weder Sprachrohr der Beklagten 1 und 2 noch hatte er entsprechende Kompetenzen der Beklagten 1 und 2. Entscheidend ist jedoch, dass der Beklagte 4 am 13. April 2010 amtierender CEO der Klägerin war und als solcher (aktiv) durch falsche und irreführende Ausführungen einen wichtigen Beitrag zur Massenkündigung leistete. Zudem hat er gegen seine arbeitsrechtliche Treupflicht verstossen, indem er am 13. April 2010 keinerlei Anstrengungen unternahm, um den Massenexodus der Mitarbeitenden zu verhindern. Insbesondere unterliess er es, gegen die Teilnahme der Geschäftsdelegation der Beklagten 1 (inkl. dem Beklagten 5) an der nachmittäglichen Mitarbeiterversammlung zu intervenieren. Auch duldete er die unrichtigen und irreführenden Aussagen des Beklagten 5 anlässlich dieser Mitarbeiterveranstaltung. Dieses geschäftsschädigende Verhalten versties in krasser Weise gegen Treu und Glauben, beeinflusste – wie gesagt – nachhaltig das Verhältnis zwischen der Klägerin und der F-Gruppe als Mitbewerber und ist als unlauter und widerrechtlich im Sinne von Art. 2 UWG zu qualifizieren. Es kommt hinzu, dass der Beklagte 4 vor den Ereignissen vom 13. April 2010 interne Geschäftsgeheimnisse zum Vorteil der Beklagten 1 und 2 und zum Nachteil der Klägerin preisgab, indem er im Bewusstsein der fehlenden Ermächtigung von N, die bestehenden gesetzlichen und organisatorischen Regelungen umging. Zudem entwickelte er bereits ab Herbst 2009 den sogenannten «Plan B» (vgl. E. 6.2.3.9.).

6.6.4 Der Beklagte 4 hat somit gegenüber der Klägerin Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG und Art. 2 UWG verletzt.

6.7 Widerrechtliches Verhalten des Beklagten 5

6.7.1 Anwendbarkeit des UWG

6.7.1.1 Im Wettbewerbsrecht ist jede Person passivlegitimiert, die unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 2–8 UWG begeht. Neben der juristischen Person, der das von ihren Organen in Ausübung von geschäftlichen Verrichtungen getätigte unlautere Verhalten zugerechnet wird (Art. 55 Abs. 2 ZGB), können auch die Organpersonen selbst für eigenes unlauteres Wettbewerbsverhalten zur Rechenschaft gezogen werden. Entscheidend ist dabei, dass sie objektiv zur Störung des Wettbewerbs beigetragen haben (BGer-Urteil 4A_509/2011 vom 16.1.2012 E. 5; Art. 55 Abs. 3 ZGB; JUNG/SPITZ, a.a.O., Art. 9 UWG N. 39 f.).

6.7.1.2 Der Beklagte 5 war Verwaltungsrat der Beklagten 1 und 2. Für sein Handeln als Organ der Beklagten 1 und 2 ist er gemäss Art. 55 Abs. 3 ZGB auch selbst verantwortlich. Vorliegend ist erstellt, dass seine Äusserungen und Handlungen entscheidend dazu führten, dass am 13. April 2010 und

in den Tagen danach fast die gesamte Belegschaft der Klägerin kündigte, um später bei der Konkurrenzfirma (der Beklagten 3) in meist gleicher Funktion und zu gleichen Konditionen die ihnen von den Beklagten 1 und 2 versprochenen Stellen anzutreten. Sein Handeln war fraglos objektiv geeignet, der Klägerin deren wichtigstes Gut (Personal) für eine Konkurrenzfirma abzuwerben, die Klägerin dadurch markant zu schwächen und zugleich die Konkurrenz zu stärken. Damit hat der Beklagte 5 objektiv zur Störung des Wettbewerbs beigetragen.

6.7.2 Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG

Die in E. 6.5.1 erwähnten und den Beklagten 1 und 2 zugerechneten Widerhandlungen gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfolgten allesamt durch den Beklagten 5. Es wird vorab auf diese Erwägungen verwiesen. Bezüglich der Ereignisse vom 13. April 2010 ist erstellt, dass der Beklagte 5 an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 wahrheitswidrig festhielt, es stehe seitens der G AG ein Strategiewechsel bezüglich der Klägerin an. Irreführend und falsch war zudem seine an derselben Mitarbeiterversammlung gemachte Aussage, N habe all jene Geschäftsfelder der Klägerin schliessen wollen, die nicht eine 10%ige EBIT-Marge erwirtschafteten. Unrichtig war zudem die sinngemäss gemachte Aussage des Beklagten 5, die A-Gruppe wolle die Klägerin, welche schwarze Zahlen schreibe, mutwillig zerstören, wie sie auch in Deutschland viel Funktionierendes zerstört habe; es dürfe nicht sein, dass dies in der Schweiz auch passiere; solches sei aber seitens der G AG geplant. Die Aussage «mutwillig zerstören» ist zudem als unnötig verletzend zu werten. Auch die vom Beklagten 5 verfasste und an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010 abgegebene interne Mitteilung war insofern unrichtig und irreführend, als darin den Mitarbeitenden der Klägerin wahrheitswidrig mitgeteilt wurde, die G AG wolle eine Strategieänderung (Neuausrichtung) vornehmen und diese könne nur bei einer Übernahme derer Mitarbeitenden durch die F-Gruppe überleben. Es ist davon auszugehen, dass erst die Ereignisse anlässlich der Mitarbeiterversammlung die Mitarbeitenden zur Kündigung bewogen. Die erwähnten und unnötig verletzenden Aussagen des Beklagten 5 sowie die «Vereinbarungen Anstellungsverhältnis» waren für die Willensbildung der Mitarbeitenden der Klägerin entscheidend. Sie bewirkten, dass gemäss der E-Mail des Beklagten 4 an N bereits am Abend des 13. April 2010 über 150 Mitarbeitende der Klägerin ihre Kündigung auf dem vorgefertigten Kündigungsschreiben ausgesprochen hatten. Zudem führten die Handlungen des Beklagten 5 dazu, dass in den nächsten Tagen rund 40 weitere Kündigungen von Mitarbeitenden der Klägerin erfolgten (vgl. u.a. E. 6.5.1.2 lit. f-i). Somit hat der Beklagte 5 den Tatbestand der Herabsetzung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG erfüllt. Seine Aussagen und sein Verhalten am 13. April 2010 und in den Tagen danach rückten die Klägerin in ein völlig falsches Licht und schwärzten diese im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG an.

6.7.3 Art. 2 UWG

Die in E. 6.5.2 erwähnten und den Beklagten 1 und 2 zugerechneten Widerhandlungen gegen Art. 2 UWG erfolgten weitgehend durch den Beklagten 5. Auch auf diese Erwägungen kann vorab verwiesen werden. Der Beklagte 5 war der eigentliche Hauptakteur an der Mitarbeiterversammlung vom 13. April 2010, informierte dabei die Mitarbeitenden der Klägerin in verschiedener Hinsicht wahrheitswidrig und irreführend und liess die «Vereinbarung Anstellungsverhältnis» erstellen und an die Mitarbeitenden verteilen. Die «Vereinbarung Anstellungsverhältnis», die als Zusicherung des Besitzstandes zu qualifizieren ist, richtete sich an sämtliche Mitarbeitenden der Klägerin und bewirkte zusammen mit den falschen, irreführenden und einseitig gefärbten Informationen sowie den engen persönlichen Verflechtungen des Beklagten 5 zu den leitenden Angestellten der Klägerin, dass vorab diese ihren Kündigungsentschluss fassten und dies sogleich der Versammlung mitteilten. Das löste die in E. 6.5.2.4. lit. c. beschriebene Kettenreaktion aus. Sodann war der Beklagte 5 treibende Kraft bei der Erarbeitung eines «Plan B» und eines «Rückführungsszenario» seit Herbst 2009, wobei er die bestehenden gesetzlichen und organisatorischen Regelungen der Klägerin missachtete. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte 5 systematisch und generalstabsmässig vorging, um die Mitarbeitenden ab dem 13. April 2010 zur Kündigung zu bewegen und die Mitarbeitenden zur Q Genossenschaft/F-Gruppe bzw. in eine bereitstehende Gesellschaft zurückzuführen (vgl. dazu E. 6.5.2.4. lit. f.–h.). In diesem Sinne liegen besondere Umstände vor, die das Handeln des Beklagten 5 als unlauter und widerrechtlich im Sinne von Art. 2 UWG erscheinen lassen. Rechtfertigungsgründe sind keine auszumachen.

6.7.4 Somit ist festzustellen, dass der Beklagte 5 gegenüber der Klägerin Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG und Art. 2 UWG verletzt hat.

7.

Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Beklagten 4

7.1 Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Sodann darf gemäss Art. 321a Abs. 4 OR ein Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erhält, namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, weder Dritten mitteilen noch sie zu seinem eigenen Vorteil verwerten; auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bleibt der Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Die Geheimhaltungspflicht ist eine jener Vertragsfolgen, die mit der Vertragsauflösung ihre Wirkung nicht verlieren. Die Geheimhaltungspflicht gilt während der Dauer der Anstellung generell in Bezug auf alle geheim zu haltenden Tatsachen, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses indessen nur noch soweit, als es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers in Abwägung gegenüber denjenigen des Arbeitnehmers auf be-

rufliche Entfaltung erforderlich ist, also abgeschwächt. Damit wird eine Behinderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers weitgehend vermieden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskomm. zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 321a OR S. 139 f.).

7.2 Der Beklagte 4 war als Geschäftsführer/CEO bei der Klägerin tätig. Als solcher war er Arbeitnehmer und gleichzeitig Organ der Klägerin (gemäss Handelsregister kollektivzeichnungs berechtigt). Die Klägerin forderte den Beklagten 4 in ihrem Schreiben vom 14. April 2010 auf, den während der Freistellung anderweitig erzielten Verdienst zwecks Anrechnung mitzuteilen. Dementsprechend teilte der Beklagte 4 der Klägerin mit Schreiben vom 8. Mai 2010 mit, er habe beginnend mit 11. Mai 2010 eine neue Beschäftigung. Die neue Anstellung ist jene als CEO bei der Beklagten 3. Es ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis bei der Klägerin am 10. Mai 2010 einvernehmlich aufgehoben wurde, jedenfalls wird nichts Abweichendes geltend gemacht.

7.3 Mit seinem Vorgehen vom 13. April 2010 hat der Beklagte 4 während bestehendem Arbeitsverhältnis seine Treuepflichten als Arbeitnehmer und Geschäftsführer der Klägerin gravierend verletzt. Es kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (E. 6.6.).

7.4 Zudem hat der Beklagte 4 bereits vor dem 13. April 2010 die bestehenden gesetzlichen und organisatorischen Regelungen verletzt und interne Geschäftsgeheimnisse zum Vorteil der Beklagten 1 und 2 preisgegeben, indem er dem Beklagten 5 am 25. September 2009 und in der Zeit danach vertrauliche Informationen über die Klägerin weitergegeben hat (E. 6.6.3.).

7.5 Trotz der sofortigen Freistellung des Beklagten 4 am 14. April 2010, 10:00 Uhr, kommunizierte er vom 14.–17. April 2010 weiterhin mit seinen Mitgliedern der Geschäftsleitung und organisierte den Übertritt der Mitarbeitenden, die bei der Klägerin gekündigt hatten, zu ihrer neuen Arbeitgeberin. Auch damit verletzte er seine aus Art. 321a Abs. 1 und 4 OR fließenden Pflichten als Angestellter der Klägerin.

7.6 Der Beklagte 4 hat somit gegenüber der Klägerin die ihm obliegenden arbeitsrechtlichen Pflichten gemäss Art. 321a OR verletzt.

8.

Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten durch den Beklagten 5

8.1 Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Handelt ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Aktiengesellschaft, sondern in demjenigen von Aktionären, so sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre strenge Massstäbe anzulegen (WATTER/PELLANDA, Basler Komm., 4. Aufl. 2012, Art. 717 OR N 15 mit Hinweisen auf BGE 130 III 213 und weitere). Auch in Konzernverhältnissen erstreckt sich dabei die Treuepflicht grundsätzlich einzig auf die Interessen derjenigen AG, deren Organ das Verwaltungsratsmitglied ist, es sei denn, der statutarische Zweckartikel sehe die

Förderung des Konzerninteresses vor oder die Tochtergesellschaft sei vollständig beherrscht (BGE 130 III 219 E. 2.2.2). Als problematisch erweist sich die Stellung von gesetzlichen Interessenvertretern, wie jenem nach Art. 707 Abs. 3 OR, da sich diese Verwaltungsräte grundsätzlich in einem doppelten Pflichtenexus befinden, indem sie gegenüber den delegierten Personen oder Gruppen einer mandatsrechtlichen oder mandatsähnlichen Loyalitätskonflikt und gleichzeitig der AG gegenüber einer Treuepflicht unterliegen. Unbestritten ist dabei aber, dass bei Interessenkollisionen den Interessen der AG gegenüber denjenigen des Vertretenen der Vorrang eingeräumt werden muss (WATTER/PELLANDA, a.a.O., N 17a). Im Unterschied zu anderen Handelsgesellschaften hat der Gesetzgeber für die AG kein explizites Konkurrenzverbot statuiert. Nach der Lehre stellt jedoch die Konkurrenzierung der AG durch ein Verwaltungsratsmitglied eine Verletzung der Treuepflicht dar (WATTER/PELLANDA, a.a.O., N 18). Die Treuepflicht gebietet sodann eine Pflicht zur Verschwiegenheit der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder gegenüber Dritten. Diese erstreckt sich auch auf die Zeit nach Mandatsbeendigung, wobei ein Verstoss gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit dann nach Art. 41 OR zu ahnden ist (WATTER/PELLANDA, a.a.O., N 20e). Allgemein darf der Verwaltungsrat auch während einer gewissen Zeit nach Beendigung seines Mandats keine Tätigkeiten Dritter fördern, die der Gesellschaft schädlich sind (MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., 2014, S. 283). Die Treuepflicht eines Verwaltungsratsmitglieds zeitigt also eine Nachwirkung über den Zeitpunkt der Beendigung des Mandats hinaus. Der Ausgeschiedene muss nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für ein oder zwei Jahre Tätigkeiten unterlassen, die die Gesellschaft schädigen könnten (BGer-Urteil 6B_609/2010 vom 28.2.2011 E. 7.2. unter Hinweis auf BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 90a).

8.2 Der Beklagte 5 war bis am Vorabend des 13. April 2010 Verwaltungsrat der Klägerin, dies als Vertreter der Minderheitsaktionärin (Beklagte 2).

8.3 Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Beklagte 5 für die Kündigungen der Belegschaft der Klägerin am 13. April 2010 und in den Folgetagen hauptverantwortlich ist. Er tat dies in der Absicht, für seine Auftraggeberinnen, namentlich die Beklagten 1 und 2, das Know-how der Klägerin zu erhalten. Dabei brauchte er geheime Personallisten der Klägerin und verletzte auch anderweitig seine Geheimhaltungspflicht als Verwaltungsrat der Klägerin, indem er geheime Unterlagen der Klägerin an die Beklagten 1 und 2 weitergab. Er missbrauchte seine Stellung als ehemaliger Verwaltungsrat der Klägerin auch, indem er sein Insiderwissen über die Organisation der Klägerin ausnützte. Seine sicherlich mehrere Wochen über den Rücktritt als Verwaltungsrat (12.4.2010 abends) hinausgehende Treuepflicht verletzte er durch sein Verhalten vom 14.–17. April 2010 in gravierender Weise zum Schaden der Klägerin. Daneben verletzte er auch

das über seinen Rücktritt als Verwaltungsrat hinaus geltende Verbot der Konkurrenzierung.

8.4 Der Beklagte 5 hat gegenüber der Klägerin die ihm obliegenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten gemäss Art. 717 OR verletzt.

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 26. Oktober 2016

Art. 335 OR. Soll ein Arbeitsverhältnis nach einer emotional geführten Auseinandersetzung am Arbeitsplatz im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst werden, so ist dem Arbeitnehmer Gelegenheit einzuräumen, sich in zeitlichem und räumlichem Abstand vom Arbeitgeber mit der Aufhebungsvereinbarung auseinanderzusetzen (E. III.1). Rechtsfolgen bei Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung (E. III.2)

Sachverhalt:

Unmittelbar im Anschluss an eine emotional geführte Auseinandersetzung am Arbeitsplatz begaben sich der Geschäftsführer der beklagten Arbeitgeberin und die klägerische Arbeitnehmerin, Filialeiterin eines Coiffeursalons in A., am 28. August 2014 in ein nahegelegenes Restaurant, wo ersterer einen Vertrag aufsetzte, wonach das Arbeitsverhältnis per sofort enden sollte, und von letzterer unterschreiben liess. Im Anschluss hatte die Arbeitnehmerin ihren Arbeitsplatz zu räumen und den Schlüssel abzugeben.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Zu prüfen ist zunächst die Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung.

a) Die Vorinstanz erwog, dass die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses unzulässig gewesen sei. Die Vereinbarung sei in einer Konfliktsituation geschlossen worden, in der die Klägerin nicht in der Lage gewesen sei, rationale Entscheidungen zu treffen. Vielmehr wäre notwendig gewesen, ihr eine genügend lange Bedenk- und Überlegungsfrist zu gewähren bzw. ihr die ordentliche Kündigung brieflich auszusprechen und für den Fall, dass sie mit einem Arbeitseinsatz in B. nicht einverstanden gewesen wäre, eine fristlose Kündigung anzudrohen. Demgegenüber ist die Beklagte der Auffassung, dass die Vorinstanz die Aufhebungsvereinbarung fälschlicherweise als «unzulässig» erachte. Die Vorinstanz verkenne insbesondere, dass die Klägerin ein starkes Eigeninteresse an der Aufhebungsvereinbarung gehabt habe, zumal sie keinesfalls in B. habe arbeiten wollen. Sodann sei auch keine Bedenk- und Überlegungsfrist einzuräumen gewesen. Die Klägerin habe in der Vereinbarung schliesslich unmissverständlich und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, dass sie damit einverstanden sei, womit die von der Vorinstanz

verlangten Voraussetzungen für die Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung erfüllt seien. Insbesondere sei nicht auf die Äusserungen der Zeugin abzustellen, zumal diese nicht glaubwürdig sei, sie überdies wesentliche Gesprächsteile nicht mitbekommen habe und folglich aus ihrer Aussage nichts mit Bezug auf die Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung abgeleitet werden könne. Ausserdem habe sich die Klägerin von der Zeugin vor der Verhandlung eine schriftliche Eingabe zu ihren Gunsten verfassen lassen. Zudem habe zwecks Instruktion der Zeugin vor dem Prozess ein Treffen zwischen der Klägerin und der Zeugin stattgefunden. Demzufolge sei die Glaubwürdigkeit von deren Aussagen stark eingeschränkt und höchstens mit der Beweiskraft blosser Parteibehauptungen gleichzusetzen. Die Klägerin macht hingegen – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – die Unzulässigkeit der Aufhebungsvereinbarung geltend. So sei der Vertrag in einer vom Arbeitgeber veranlassten Konfliktsituation unterzeichnet worden, in der es ihr, der Klägerin, nicht möglich gewesen sei, klare Gedanken zu fassen. Ausserdem sei der besagte Vertrag keinesfalls in ihrem Interesse. Die unterzeichnete Aufhebungsvereinbarung habe keine Gültigkeit. Vielmehr liege eine fristlose Kündigung vor. Daneben erachtet die Klägerin die Kündigung als missbräuchlich und zudem als i.S.v. Art. 337c OR ungerechtfertigt und verlangt auf Grund dessen eine Entschädigung. Überdies beweise das Arztzeugnis vom 28. August 2014 ihre Arbeitsunfähigkeit, weshalb die Sperrfrist für Kündigungen ausgelöst und Lohn bis Ende Oktober 2014 zu entrichten sei. Mit der Forderung auf Auszahlung des abgezogenen (Lohn-) Depots aus dem Jahr 2011 macht die Klägerin die ihr nach eigener Darstellung zustehende volle Lohnzahlung geltend. Schliesslich fordert sie Leistungen auf Grund von nicht abgegoltenen Überstunden sowie die Auszahlung eines noch nicht entrichteten Feriensaldos.

b.aa) Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Diese sind dabei auf Grund von Denk- und Naturgesetzen sowie auf Basis von Erfahrungswissen zu werten und zu gewichten. Sodann können auch Indizien und das Verhalten der beteiligten Prozessparteien in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Dabei muss das Gericht seine Beweiswürdigung im Einzelnen begründen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 9.145 f.). Bei Zeugen- und Parteiaussagen sind insbesondere Wahrnehmungs- und Erinnerungsfehler, die Motivationslage der Aussagenden, das Aussageverhalten sowie die inhaltliche Glaubwürdigkeit und Stimmigkeit der Aussagen zu berücksichtigen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 9.147).

bb) Es trifft zu, dass sich die Zeugin mit der Klägerin unmittelbar vor der Verhandlung – wie von der Beklagten dargelegt – getroffen hat. Es ist jedoch unklar, zu welchem Zweck dieses Treffen erfolgte. Es scheint erstellt, dass Zeugin und Klägerin weder heute (die Zeugin ist nicht mehr am gleichen Arbeitsort wie die Klägerin tätig) noch zum Zeitpunkt der gemeinsamen Anstellung bei der Beklagten ein besonders enges Verhältnis zueinander pflegten. Ausserdem grenzt die Zeugin klar diejenigen Teile

der Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer der Beklagten, welche sie persönlich wahrgenommen hat, von solchen ab, welche sie nicht mitbekommen hat. Zudem erfolgten ihre Aussagen spontan und wirken nicht instruiert. Insbesondere versuchte die Zeugin nicht, den Sachverhalt zu Gunsten der Klägerin zu interpretieren. Somit bestehen keine grundlegenden Zweifel, weshalb – sofern überhaupt etwas zur Sache ausgesagt wurde – nicht auf die Ausführungen der Zeugin abgestellt werden soll. Diese scheint insgesamt glaubwürdig und glaubhaft.

c.aa) Den Parteien steht es frei, den Arbeitsvertrag nicht durch Kündigung, sondern mittels zweiseitiger Übereinkunft (sog. Aufhebungsvertrag oder Aufhebungsvereinbarung) aufzulösen. Das Bundesgericht hat Vertragsaufhebungen, in denen der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung und der Arbeitnehmer auf den Lohn während der Kündigungsfrist verzichteten, in verschiedenen Entscheiden als zulässig erachtet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsrecht, Art. 335 N 10, S. 906; vgl. hierzu auch BGE 118 II 58 E. 2b). Für die Gültigkeit einer entsprechenden Vereinbarung wird vorwiegend darauf abgestellt, ob der Arbeitnehmer ein latentes Interesse daran hat, den Vertrag mittels Vereinbarung aufzuheben (BGer 4C_230/2005 E. 2.2). Ebenfalls kann in Erwägung gezogen werden, von wem die Initiative für das Verfassen der Aufhebungsvereinbarung ausging (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 10, S. 907). Es ist folglich stets zu prüfen, was der mutmassliche Verzicht des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer tatsächlich bedeutet (BGer 4C_37/2005 E. 2.2). Im Einzelfall hat eine Interessenabwägung zu erfolgen, wobei zu beurteilen ist, ob die beidseitigen Ansprüche, auf die verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind. Es ist erforderlich, dass ein echter Vergleich vorliegt, bei dem beide Parteien Eingeständnisse machen (BGE 118 II 58 E. 2b; BGer 4A_103/2010 E. 2.2). Sodann darf der Arbeitgeber lediglich dann davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer zu einer konsensualen Vertragsauflösung bereit ist, wenn sich dies unmissverständlich und zweifelsfrei aus seinem Verhalten ergibt (BGE 102 Ia 417 E. 3c). Besondere, erhöhte Anforderungen stellt das Bundesgericht an Aufhebungsvereinbarungen, welche während einer laufenden Sperrfrist geschlossen werden. Schlussendlich darf ein Aufhebungsvertrag keinesfalls dazu dienen, zwingende Gesetzesbestimmungen zu umgehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 10, S. 910 f.). Gemäss geltender Rechtsprechung ist in gewissen Fällen den Umständen entsprechend eine Überlegungsfrist anzusetzen, wobei der Arbeitnehmer mit einem Aufhebungsvertrag keinesfalls überrumpelt werden darf (BGer 4A_495/2007 E. 2; BGer 4A_431/2008 E. 4.3.1.1). Dabei wird letztere Rechtsprechung bisweilen kritisiert und die Ansicht vertreten, dass eine entsprechende Überlegungsfrist durch den Gesetzgeber zu regeln gewesen wäre (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 10, S. 913 f.).

bb) Vorliegend nicht vollends klar ist zunächst, ob die Klägerin effektiv ein Interesse am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung hatte. Für

sie wäre eine solche einzig deshalb vorteilhaft gewesen, weil sie damit nicht in B. hätte arbeiten müssen. Es ist aber unklar und kann überdies auch offen bleiben, ob der Klägerin bewusst war, dass sie grundsätzlich vertraglich dazu verpflichtet gewesen wäre, in einer anderen Filiale als derjenigen in A. zu arbeiten. In der Parteibefragung vor Vorinstanz erklärte sie jedenfalls, dass sie darüber keine Kenntnis gehabt habe. Ebensowenig erstellt ist, von wem die Initiative für den Abschluss der Vereinbarung ausging. Während die Klägerin vorgibt, die Initiative sei vom Geschäftsführer der Beklagten ausgegangen, bringt dieser vor, die Vereinbarung auf Wunsch der Klägerin vorgeschlagen zu haben. Keine Aussage hierzu kann die Zeugin machen, zumal sie im Restaurant, wohin das Gespräch verlegt wurde, nicht zugegen war. Somit lässt sich auch diesbezüglich kaum etwas Rechtserhebliches für den vorliegenden Fall ableiten. Allerdings müssen im Rahmen einer Interessensabwägung die Folgen eines Verzichts auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beidseits betrachtet werden. Wie die Beklagte selbst ausführt, bestand der Vorteil für die Klägerin insbesondere darin, dass ihre Pflicht, in B. zu arbeiten, dahingefallen wäre. Dieser Umstand wird jedoch bereits dadurch relativiert, dass die Beklagte zur Vergütung der Fahrzeit sowie der Wegspesen verpflichtet gewesen wäre, die Klägerin sich demnach ausser einem etwas längeren Arbeitsweg keine Nachteile eingehandelt hätte. Umgekehrt hätte sie mit dem Unterzeichnen der Vereinbarung auf zahlreiche Ansprüche – namentlich auf Grund der Saldo-Klausel auf sämtliche Entschädigungen mit Ausnahme des explizit ausgenommenen Feriensaldos (gemeint ist der bis 26. August 2014 entstandene Ferienanspruch) sowie die Lohnzahlung während der Kündigungsfrist von einem Monat – verzichtet. Zudem wäre das Risiko von Kürzungen bei der Arbeitslosenentschädigung mit der Aufhebungsvereinbarung erheblich gewesen (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG; BGer 4A_563/2011 E. 4.1). Deshalb scheint es zumindest fraglich, ob nach objektiven Gesichtspunkten ein Gleichgewicht zwischen den Eingeständnissen der Arbeitnehmerin einerseits und der Arbeitgeberin andererseits besteht. Unter Beachtung des Umstandes, dass die Rechtsprechung in Konfliktsituationen eine Bedenkfrist für die Unterzeichnung solcher Vereinbarungen verlangt, hätte der Klägerin nach der emotional geführten Auseinandersetzung am Arbeitsplatz zudem die Gelegenheit eingeräumt werden müssen, sich in zeitlicher Distanz und im Abstand vom Geschäftsführer der Beklagten mit der Aufhebungsvereinbarung auseinanderzusetzen. Die Vorinstanz erkannte mithin zu Recht auf Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung.

2.

Nachdem die Gültigkeit der vorliegenden Aufhebungsvereinbarung zu verneinen ist, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen.

a) Während die Beklagte in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon ausgeht, dass die Kündigung dennoch Gültigkeit hat und eine ordentliche Kündigung vorliege, vertritt die Klägerin die Ansicht, dass auf

die Absicht des Arbeitgebers abzustellen sei. Dieser habe hier das Arbeitsverhältnis per sofort auflösen wollen, weshalb die Regelungen für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 ff. OR anzuwenden seien.

b) Liegt Unzulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung vor, sind sich Lehre und Rechtsprechung darüber uneins, wie zu verfahren ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 10, S. 915). Verschiedentlich wurde in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, es liege Nichtigkeit vor, weshalb die Parteien in die Lage zu versetzen seien, als ob nie ein Aufhebungsvertrag existiert hätte (BGer 4A_495/2007 E. 4.3.2.1; BGer 4A_376/2010 E. 3). Die Lehre stellt sich demgegenüber auch auf den Standpunkt, dass das Arbeitsverhältnis vorbehaltlich der Bestimmung von Art. 336c Abs. 2 OR dennoch als beendet anzusehen sei, wobei dem Arbeitnehmer jedoch die umgangenen gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche (z.B. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall) erhalten blieben. Dabei ist auf die zwingenden gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Kündigungsfristen abzustellen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335 N 29; VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, S. 358 f., Rz 200 f.; EMMEL, in: Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Vertragsverhältnisse Teil 2, Art. 335 OR N 4). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist gemäss Lehre und Rechtsprechung somit nicht ohne weiteres klar, wie im Falle einer unzulässigen Aufhebungsvereinbarung zu verfahren ist.

c) Im vorliegenden Fall erscheint es – nicht zuletzt aus praktischen Gesichtspunkten – wenig sachgerecht, von einer Nichtigkeit der Kündigung auszugehen, zumal offensichtlich zumindest die Beklagte nicht an einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses interessiert war. So zeigte sich beispielsweise der Geschäftsführer der Beklagten grundsätzlich unzufrieden mit der Leistung der Klägerin, da der Umsatztrend nach unten ging. Unklar ist indessen, was genau die Klägerin beabsichtigte. Immerhin kann alleine auf Grund des Umstandes, dass sie nicht gerne in B. gearbeitet hätte, noch nicht geschlossen werden, dass auch sie an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses interessiert war. Dies ändert indessen nichts am Gesamtergebnis, zumal eine Kündigung einseitig ausgesprochen werden kann und keiner Zustimmung bedarf. Es ist folglich von einer rechtswirksamen Kündigung auszugehen. Der Klägerin sind dabei aber die umgangenen gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche zuzugestehen. Relevant ist insbesondere, ob gemäss den Bestimmungen von Art. 337 ff. OR bei fristloser Kündigung oder nach Art. 336 OR bei einer ordentlichen Kündigung zu verfahren ist. Diesbezüglich ist darauf abzustellen, was die Arbeitgeberin ursprünglich beabsichtigt hat. In der Parteibefragung äusserte sich der Geschäftsführer der Beklagten dahingehend, dass er beabsichtigte, ordentlich zu kündigen und die Klägerin während der Kündigungsfrist in eine andere Filiale zu versetzen, was nachvollziehbar scheint. Da die Klägerin indessen nicht in B. arbeiten wollte – wobei ihr die Existenz einer entsprechenden Klausel im Arbeitsvertrag zum damaligen Zeitpunkt aber womöglich gar nicht bewusst war –, kam es zum Aufhebungsvertrag,

der deshalb nicht gültig war, weil er nur einen beschränkten Interessenausgleich beinhaltete und der Klägerin keine Bedenkzeit eingeräumt wurde (vgl. vorne E. III.1.c). Da dem Arbeitnehmer der Beweis obliegt, dass eine fristlose Kündigung angestrebt war (EMMEL, a.a.O., Art. 335 OR N 4) und dieser Beweis vorliegend nicht erbracht werden kann, ist von einer ordentlichen Kündigung auszugehen, womit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Bestimmungen von Art. 336 ff. OR zur Anwendung gelangen.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e chambre civile, Arrêt du 20 janvier 2016 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 30 août 2014)

Art. 321c al. 3 CO. En principe, l'employeur peut s'attendre d'un cadre supérieur qu'il fournisse un effort particulier sous la forme d'heures supplémentaires non rémunérées. Cette règle ne vaut toutefois pas lorsque la rémunération des heures supplémentaires est expressément prévue dans le contrat de travail (c. 2).

Art. 341 al. 1 CO. Le droit à la rémunération des heures supplémentaires fait partie des créances auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer. Ainsi, le travailleur ne commet pas d'abus de droit lorsqu'il attend la fin du rapport de travail pour réclamer la rémunération des heures supplémentaires effectuées (c. 3).

Ritenuto in fatto (estratti):

AO 1 ha iniziato a lavorare presso la AP 1 il 1° luglio 1975. Il rapporto di impiego è stato disdetto dalla datrice di lavoro il 30 aprile 2010, con effetto al 31 luglio successivo. Il 7 luglio 2010 la dipendente ha formulato opposizione alla disdetta, in quanto abusiva; oltre a chiederne la motivazione scritta, essa ha proposto di terminare l'attività il 9 luglio 2010 attraverso la compensazione delle vacanze residue e delle ore supplementari. L'attrice ha poi ottenuto di lasciare il posto di lavoro il 20 luglio 2010. Le parti non hanno invece potuto trovare un accordo sulle conseguenze economiche dello scioglimento del contratto.

Con petizione 25 maggio 2011 AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1AP 1, chiedendo la condanna della stessa al versamento in suo favore di complessivi fr. 87'285.20, oltre interessi, e meglio: fr. 55'690.-, oltre interessi, quale indennità a seguito di licenziamento abusivo giusta l'art. 336a CO; fr. 22'032.25, oltre interessi, a titolo di pagamento di 450.12 ore straordinarie prestate tra il 2005 ed il 2010; fr. 1'223.-, oltre interessi, quale retribuzione di 2.58 giorni di vacanza non goduti; fr. 8'339.92 a titolo di provvigione pro-rata per il 2010.

Con sentenza 30 agosto 2014 la Pretora aggiunta ha accolto parzialmente l'azione. Essa ha negato l'indennità rivendicata per il titolo di licenziamento abusivo e la domanda di versamento della gratifica per l'anno 2010. Ha invece accolto, integralmente, ovvero per fr. 22'032.25, la pretesa di pagamento delle ore straordinarie ed inoltre quella di retribuzione dei giorni di vacanza, il cui importo è stato leggermente ritoccato verso l'alto, a fr. 1'258.-.

Con atto di appello 9 ottobre 2014 AP 1 chiede la riforma del giudizio impugnato, nel senso di accogliere parzialmente la petizione, limitatamente all'importo di fr. 1'258.– oltre interessi.

Considerato in diritto (estratti):

2.

Nel caso di specie, il contratto di lavoro individuale che legava l'attrice alla convenuta prevedeva espressamente l'indennizzo delle ore straordinarie con tempo libero o con il pagamento di un supplemento sullo stipendio del 25%. Al termine del rapporto di lavoro l'attrice era pertanto legittimata a rivendicare il pagamento di tutte le ore supplementari prestate che non erano state compensate con tempo libero. L'appellante non è invece stata in grado di provare quanto asseverato, ossia che questo accordo fosse stato validamente modificato. Intanto non ha versato agli atti alcun «accordo scritto», come esige l'art. 321c CO, che attestasse un cambiamento di questa pattuizione. A questa carenza non hanno potuto supplire le deposizioni dei testi B. e C. Entrambi hanno, genericamente, riferito che ai quadri dell'azienda non venivano retribuite le prime 60 ore di lavoro straordinario prestate nel corso di un anno. Il primo teste non è tuttavia stato in grado di «dire se tale clausola fosse contenuta nel contratto di lavoro o nel regolamento aziendale», mentre che il secondo ha affermato che «ciò era previsto anche dal contratto di lavoro». In ogni caso, per i due testi, i quadri erano al corrente di questa regola. Sennonché, in concreto, non solo non è stato prodotto alcun regolamento aziendale, a prescindere dalla sua eventuale rilevanza ma, in più, il contratto di lavoro con l'attrice – il solo che risulta agli atti – non contemplava questa limitazione, per cui bisogna giocoforza ritenere che ogni ora di lavoro supplementare prestata dovesse essere remunerata.

Ferma questa premessa, può rimanere irrisolto il quesito di sapere se, come sostiene l'appellante, l'attrice facesse parte dei quadri dirigenti dell'azienda. In effetti se, da un lato, come ha rettamente rilevato la Pretora aggiunta sulla base della dottrina e della giurisprudenza, i quadri superiori sono tenuti a fornire uno sforzo supplementare, sotto forma di ore straordinarie, senza avere di principio diritto ad una retribuzione particolare, questa regola non trova applicazione quando – come si avvera in concreto – la remunerazione delle ore straordinarie è prevista dal contratto di lavoro (cfr. CHRISTIAN FAVRE/ROLF A. TOBLER/CHARLES MUNOZ, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2.a edizione, Losanna 2010, ad art. 321c n. 3.6; JEAN-PHILIPPE DUNAND in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon, *Commentaire du contrat de travail*, Berna 2013, ad art. 321c n. 66).

Del pari, è irrilevante determinare se l'attrice esercitasse un ufficio direttivo elevato ai sensi dell'art. 3 lett. d LL, di modo che la relativa legislazione federale di diritto pubblico sul lavoro non le ritornasse applicabile.

3.

Come ha ulteriormente argomentato la Pretora aggiunta, l'attrice non ha commesso un abuso di diritto per aver atteso la fine del rapporto di impiego per rivendicare il pagamento (integrale) delle ore straordinarie. Infatti, un abuso per ritardo nell'esercizio di questo diritto va ammesso solo in circostanze straordinarie – che, in concreto, non sono minimamente dimostrate, ma nemmeno sostenute dall'appellante – giacché secondo la giurisprudenza il diritto alla remunerazione delle ore supplementari rientra tra i crediti irrinunciabili ai sensi dell'art. 341 cpv. 1 CO; il silenzio del lavoratore non pregiudica pertanto in linea di principio la facoltà dello stesso di far valere solo in seguito il relativo credito verso il datore di lavoro (DTF 129 III 171 consid. 2.4 con rinvii; FAVRE/TOBLER/MUNOZ, op. cit., ad art. 321c n. 3.7; DUNAND, op. cit., ad art. 321c n. 57).

Invano l'appellante sostiene poi che la pretesa sia perentoria, a seguito di rinuncia alla stessa da parte dell'attrice; ora, una tale ipotesi può semmai entrare in linea di conto, secondo la giurisprudenza, solo quando il datore di lavoro non ha né, tenuto conto delle circostanze, dovrebbe avere conoscenza della necessità di svolgere delle ore straordinarie, per cui si può ammettere che l'accettazione da parte del lavoratore del salario abituale senza informare il datore di lavoro dell'effettuazione di ore straordinarie equivalga ad una rinuncia alla remunerazione delle stesse (cfr. DTF cit. consid. 2.2.–2.4; DUNAND, op. cit., ad art. 321c n. 58). In concreto, tuttavia, lo svolgimento delle ore supplementari in discussione, assodato, era perfettamente noto al datore di lavoro, il quale non ne ha del resto nemmeno contestato l'entità.

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e chambre civile, Arrêt du 31 mai 2016 (Admission partielle de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 25 mars 2015)

Art. 322 et 341 CO. Il est douteux qu'un travailleur puisse renoncer à toute rémunération par une acceptation tacite. En effet, le salaire constitue la prestation principale de l'employeur et l'essence du contrat de travail. Ce dernier est un contrat onéreux; sans salaire, il n'y a donc plus de contrat de travail (c. 3.5). La doctrine est divisée sur la question (c. 3.3). Quant au Tribunal fédéral, il a traité plusieurs cas d'une réduction de salaire par acceptation tacite, mais pas d'une suppression du salaire (c. 3.2 et 3.5).

La créance du travailleur fondée sur l'art. 337c al. 1 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, constitue une créance en dommages-intérêts et non un salaire. L'employeur peut donc la compenser libre-

ment, en respectant les règles générales sur la compensation (cf. art. 120 ss CO), l'art. 323b al. 2 CO étant inapplicable (c. 5.2).

Ritenuto in fatto (estratti):

AP 1 è stato azionista unico della AO 1 (in seguito: AO 1) dalla sua costituzione risalente al 30 marzo 2007 e sino al 14 maggio 2009, momento in cui il pacchetto azionario è stato ceduto per l'80% a M. Dall'aprile 2007 egli ha inoltre ricoperto la carica di direttore della società. Il contratto di lavoro, di durata indeterminata, prevedeva uno stipendio iniziale di fr. 5'000.– al lordo degli oneri sociali, poi aumentato a fr. 7'423.70 netti per tredici mensilità. Il termine di disdetta previsto contrattualmente era di tre mesi per la fine di un mese. Dopo la cessione parziale del pacchetto azionario del maggio 2009, la composizione dell'azionariato è da lì in poi rimasta invariata. AO 1 è così entrata a far parte del «Gruppo M.» la cui figura di riferimento risulta essere R.

Con scritto del 28 febbraio 2013 AO 1 ha comunicato ad AP 1 il licenziamento immediato giusta l'art. 337 CO. Con lettere del 20 marzo 2013 e del 28 marzo 2013 il dipendente ha contestato la disdetta e ha chiesto alla datrice di lavoro di motivare tale provvedimento. Questi scritti sono rimasti inevasi.

Il 12 luglio 2013 AP 1 ha inoltrato una petizione con cui ha chiesto la condanna di AO 1 al pagamento di fr. 90'226.50 per i salari da aprile 2012 a febbraio 2013 e relativa tredicesima e di fr. 44'542.20 quale indennità per licenziamento in tronco ingiustificato. In sintesi, l'attore ha sostenuto di non aver percepito il salario per i mesi indicati e ne chiede pertanto il versamento; egli ha inoltre contestato l'esistenza di gravi motivi giustificanti il licenziamento ragion per cui ha postulato il pagamento di un'indennità ex art. 337c cpv. 3 CO. AO 1 si è opposta alla petizione contestando integralmente le pretese creditorie dell'attore. In breve, essa ha negato il diritto di AP 1 a una remunerazione per il periodo in oggetto in quanto durante lo stesso egli non avrebbe prestato la propria opera a causa di malattia e le parti avrebbero concordemente escluso la stipulazione di un'assicurazione collettiva di indennità giornaliera per questa eventualità. A detta della stessa il dipendente potrebbe far valere una pretesa unicamente nei limiti fissati dall'art. 324a cpv. 2 CO. La convenuta ha opposto in compensazione alle pretese dell'attore l'importo di Euro 47'169.70, corrispondenti alle spese mediche da essa anticipate a favore dello stesso. Inoltre AO 1 ha giustificato il licenziamento in tronco di AP 1 sostenendo che questi avrebbe violato gravemente il suo dovere di fedeltà nei confronti della datrice di lavoro, in particolare preparando il campo per lo svolgimento di attività direttamente concorrenti e inducendo partner della società a rivolgersi altrove, nel contempo essa ha imputato al dipendente una violazione del divieto contrattuale di svolgere attività accessorie. Con sentenza del 25 marzo 2015 il Pretore ha accolto parzialmente la petizione condannando AO 1 al pagamento di

complessivi fr. 47'016.75. Nel contempo il magistrato ha accolto la pretesa posta in compensazione dalla convenuta per l'importo di Euro 47'169.70. Con atto di appello del 28 aprile 2015 AP 1 chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere integralmente la petizione.

Considerato in diritto (estratti):

2.

Per quanto ancora dibattuto in appello, il Pretore nella propria sentenza, dopo aver riassunto i fatti, ha accertato che anche nel periodo in cui era malato AP 1 ha continuato a lavorare, seppur in modo ridotto. Il magistrato ha constatato che durante questo periodo la società non ha più retribuito il dipendente e che questo non ha contestato questo stato di cose. Il primo giudice si è quindi chinato sulla questione a sapere se tale agire dell'attore andasse interpretato quale tacita rinuncia. Il magistrato, prendendo spunto dalla giurisprudenza del TF in ambito di riduzione di salario, secondo cui la mancata contestazione da parte del dipendente dopo 3 mesi di ricezione dello stipendio ridotto genera una presunzione di fatto a favore dell'accettazione della modifica, ha giudicato che nel caso in esame di soppressione di salario sarebbe stato legittimo aspettarsi, in caso di non accettazione, una pronta reazione del dipendente. Il Pretore ha quindi ritenuto data la presunzione di accettazione, avendo il dipendente tollerato questo stato di cose per 9 mesi. Egli ha quindi respinto la pretesa attorea relativa al salario con la sola eccezione della tredicesima mensilità pro rata per i mesi da gennaio ad aprile 2012.

In merito al licenziamento il magistrato ha di contro giudicato non convincenti le motivazioni addotte dalla datrice di lavoro a sostegno della disdetta immediata. Il Pretore ha quindi riconosciuto all'attore il diritto, ex art. 337c cpv. 1 CO, a quanto avrebbe percepito se il rapporto fosse cessato alla scadenza ordinaria di disdetta, corrispondente a tre mensilità di salario, come pure un'indennità ex art. 337c cpv. 3 CO pari al massimo in concreto attribuibile ovvero tre mensilità.

Da ultimo il giudice ha ammesso la pretesa posta in compensazione dalla convenuta. (...)

3.

Nella prima parte dell'appello AP 1 censura la decisione pretorile nella misura in cui non riconosce il pagamento dei salari arretrati per i mesi da aprile 2012 a febbraio 2013 e della relativa tredicesima. In particolare, l'appellante contesta la presunzione di fatto ammessa dal magistrato nel giudizio impugnato a favore dell'accettazione di una modifica del contratto in essere tra le parti e nega l'applicabilità alla fattispecie della giurisprudenza menzionata nella sentenza pretorile. Nel caso in esame, infatti, da un canto, non vi sarebbe stata alcuna proposta o offerta di riduzione di salario da parte del datore di lavoro e, dall'altro, il salario non sarebbe stato solo ridotto ma soppresso.

3.1 Il Pretore ha già esposto, in maniera però solo parziale, la giurisprudenza e la dottrina relative agli art. 322 CO e 341 CO, le considerazioni del giudice di prime cure devono pertanto essere completate e approfondite.

3.2 Al riguardo è necessario ricordare che giusta l'art. 322 CO il salario è una prestazione in denaro versata dal datore di lavoro al lavoratore quale controprestazione del lavoro fornito. Stando al tenore dell'art. 319 CO esso costituisce un elemento essenziale del contratto di lavoro. Nondimeno il Tribunale federale ha a più riprese sancito il carattere non imperativo della norma nel senso che le parti possono, con un accordo, decidere di diminuire il salario in corso di contratto, prima dello scadere del termine legale di disdetta.

In questo ambito l'Alta Corte ha nel corso degli anni precisato la sua giurisprudenza che sanciva il principio secondo cui l'art. 322 CO non sottostava all'art. 341 CO (cfr. DTF 124 II 436 consid. 10.e)aa), poi confermata anche in sentenza TF del 9 novembre 2005 inc. 4C.242/2005 consid. 4.2), indicando che un simile accordo non vale che per il futuro e non può portare su prestazioni salariali già compiute (cfr. per tutte sentenza TF del 27 marzo 2015 inc. 4A_434/2014 consid. 3.2 con riferimenti).

Nel contempo, la giurisprudenza federale ha chiarito che un accordo tacito ai sensi dell'art. 6 CO può essere ammesso solo in casi eccezionali. Il giudice deve dimostrare particolare prudenza quando si tratta di desumere dal silenzio del lavoratore un suo assenso a modifiche contrattuali che vanno a suo detrimento. L'assenso non può essere ammesso, secondo il Tribunale federale, che in quei casi in cui le regole della buona fede, il diritto e l'equità avrebbero imposto una reazione espressa del lavoratore in caso di suo disaccordo (cfr. per tutte sentenza del 27 marzo 2015 cit. con rinvii).

Analizzando l'ampia giurisprudenza federale sviluppata in materia, parrebbe che l'Alta Corte non sia ancora stata confrontata con la problematica di una presunzione di fatto a favore di un'accettazione tacita di una soppressione totale del salario ma abbia deciso unicamente casi in cui era in discussione l'accettazione tacita di una riduzione dello stipendio, tra questi i casi ricordati dal giudice di prime cure nella propria sentenza.

3.3 La dottrina affronta la problematica legata agli art. 322 e 341 CO in maniera variegata e si rivela in continua evoluzione. Per quanto qui interessa, allo stato attuale si distinguono sostanzialmente due correnti principali di pensiero. Una parte della dottrina si oppone, anche se con sfumature diverse, alla possibilità di rinunciare in toto allo stipendio e solleva la problematica della remunerazione della prestazione lavorativa osservando che, in assenza di salario, una relazione lavorativa non corrisponderebbe più alla definizione di contratto di lavoro (cfr. anche PORTMANN/RUDOLPH in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, note 9 e 19 ad art. 322 CO e note 3 e 4 ad art. 341 CO; DANTHE: in Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berna 2013, pag. 136 seg.).

Un'altra parte della dottrina, ponendo l'accento sul carattere dispositivo dell'art. 322 CO e sulla necessità di salvaguardare la libertà contrattuale delle parti, ammette la possibilità di rinunciare in tutto o in parte al salario per il futuro (cfr. AUBERT in: *Commentaire Romand, Code des obligations I*, nota 4 ad art. 341 CO; BOHNET/DIETSCHY: in *Dunand/Mahon, Commentaire du droit de travail*, Berna 2013, nota 22 ad art. 341 CO); una corrente minoritaria si spinge sino a ritenere possibile la rinuncia anche per prestazioni già effettuate (cfr. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag Praxiskommentar*, 2012, nota 5 ad art. 341 CO).

3.4 Dagli atti si evince che, malgrado la malattia, AP 1 ha continuato a prestare la propria attività a favore della datrice di lavoro e questo dalla primavera 2012 sino al febbraio 2013, momento del licenziamento, così come rettamente accertato dal Pretore. L'istruttoria ha infatti permesso di stabilire che malgrado una presenza in ufficio meno frequente, riconducibile alle assenze per sottoporsi alle cure mediche e ad alcuni brevi ricoveri, l'attore ha continuato ad avere contatti coi collaboratori, a gestire la clientela e a seguire direttamente alcune operazioni di rilievo.

Per sua parte, la convenuta non è riuscita a dimostrare l'inabilità lavorativa del dipendente e neppure l'esaurimento delle pretese giusta l'art. 324a CO da essa invocato. Le contestazioni sollevate da AO 1 su questo specifico aspetto si rivelano prive di buon fondamento.

Risulta dall'incarto che in tutto questo periodo l'attore, malgrado abbia fornito la propria attività lavorativa, non ha percepito alcun stipendio e neppure ha formulato richieste in tal senso. L'ultimo salario a lui versato è infatti quello del mese di marzo 2012. Parallelamente, da parte della datrice di lavoro non vi è stata alcuna manifestazione esplicita o presa di posizione al riguardo della prestazione lavorativa e della questione retributiva.

3.5 Sulla base di questo stato di cose il Pretore, riferendosi alla giurisprudenza del Tribunale federale in ambito di riduzione del salario, ha ritenuto che in assenza di contestazioni da parte del dipendente si potesse presumere un'accettazione tacita della modifica contrattuale. Al riguardo si osserva quanto segue. Vero è che AP 1 non ha sollevato obiezioni al mancato versamento dello stipendio, nel caso in esame però, diversamente da quelli su cui si è chinato il Tribunale federale, non siamo confrontati con una semplice riduzione di salario bensì con la sua soppressione. A questo vada altresì aggiunto che, diversamente dai casi citati, non vi è mai stata alcuna proposta o offerta da parte della convenuta intesa a una modifica contrattuale. Modifica che, in concreto, sarebbe andata a sopprimere un elemento essenziale del contratto in parola mettendo in discussione la qualifica giuridica del rapporto contrattuale medesimo. Il salario costituisce infatti la prestazione principale del datore di lavoro, è l'essenza del contratto di lavoro. Senza salario non vi è contratto di lavoro, essendo lo stesso per definizione a carattere oneroso. Con ogni evidenza in caso di mancata retribuzione, il rapporto venuto in essere tra le parti in causa non potrebbe essere qualificato come lavorativo, ipotesi questa oltretutto neppure accen-

nata dalla convenuta, la quale, anzi, ha dimostrato a più riprese di ritenersi legata all'attore da un rapporto lavorativo.

Già per questi motivi l'ammissione di un'accettazione tacita si rivela in concreto problematica.

3.6 Nel caso in esame è inoltre indispensabile considerare le particolari circostanze fattuali in cui si ascrive l'assenza di contestazione da parte del dipendente al mancato versamento dello stipendio, evento che va debitamente contestualizzato. Risulta infatti dall'istruttoria che tra l'inizio del 2012 e il febbraio 2013 erano in corso delle trattative tra R. e l'attore per la cessione a quest'ultimo di tutte le azioni della AO 1, trattativa non andata a buon fine ma di cui ha riferito anche la convenuta. Significative si rivelano a questo proposito le dichiarazioni del teste S. il quale ha descritto il particolare clima di quel periodo e ha affermato che «si era venuta a creare una situazione molto ambigua» nella gestione della società, connessa al ruolo svolto AP 1, rispettivamente da R. Se gli accordi si fossero conclusi AP 1 sarebbe tornato ad essere azionista totalitario della società. Il fatto che l'attore non abbia richiesto – in questo periodo che verosimilmente egli riteneva transitorio – lo stipendio, trova spiegazione proprio nella confusione venutasi a creare in relazione alla titolarità della gestione della società e, verosimilmente, anche nella volontà di non compromettere i già difficili rapporti tra le parti e, di riflesso, le trattative.

Per quanto attiene al doc. N, menzionato a più riprese dalla convenuta a sostegno dell'inesistenza dei crediti salariali attorei, si dà atto che detto documento non menziona gli stessi; stando alle indicazioni fornite dal teste S. scopo della tabella era però quello di regolare alcune questioni puntuali di dare e avere tra le parti e non, come parrebbe sostenere implicitamente la convenuta, tutte le pendenze esistenti. Sotto questo aspetto il documento si rivela inconferente ai fini di causa.

Tutto ben considerato, alla luce della giurisprudenza e della dottrina citata, questa Camera non ritiene dati quelli elementi di eccezionalità in base ai quali poter ammettere un accordo tacito da parte dell'attore alla soppressione dello stipendio. Ne consegue pertanto che su questo punto la decisione del Pretore non può essere condivisa e va riformata.

4.

In virtù di quanto precede, la pretesa salariale dell'attore deve pertanto essere accolta nella misura di complessivi fr. 90'226.50, di cui fr. 66'813.30 per i salari netti da aprile 2012 a dicembre 2012, fr. 7'423.70 quale tredicesima per l'anno 2012, fr. 14'847.40 quale salario per i mesi di gennaio e febbraio 2013, e fr. 1'142.10 quale tredicesima pro rata per l'anno 2013.

5.

L'appellante prosegue quindi contestando con un'argomentazione piuttosto articolata la compensazione accordata dal Pretore per i costi ospedalieri anticipati dalla società a suo favore.

5.1 Dal punto di vista procedurale la censura non può essere accolta. A giusta ragione il magistrato di prime cure ha rilevato che detta compensazione non era stata debitamente contestata in prima sede essendosi l'attore limitato a sostenerne in maniera generica la pretestuosità. Sollevata per la prima volta in appello, e pertanto irritualmente, essa è inammissibile.

5.2 In questo contesto l'appellante solleva però anche un'obiezione di diritto materiale connessa all'art. 323b cpv. 2 CO, di cui invoca la violazione. Questa norma, a carattere imperativo (art. 361 cpv. 1 CO), prevede la possibilità di compensare il salario con un credito del datore di lavoro soltanto nella misura in cui il salario sia pignorabile; fanno eccezione i crediti per danno cagionati intenzionalmente compensabili senza restrizioni.

Dal punto di vista giuridico la censura sollevata da AP 1 parrebbe fondata, infatti, dagli atti si evince che la questione della pignorabilità non è stata affrontata dalle parti in prima sede e che la sentenza pretorile è silente al riguardo, prova che la problematica è rimasta insoluta. Nondimeno dal punto di vista pratico questa contestazione ha delle ripercussioni minime sulla fattispecie in esame in quanto il credito vantato dalla parte appellata non è stato posto in compensazione con le sole pretese salariali, come sembra credere l'appellante, bensì con tutte le pretese oggetto del procedimento e pertanto anche con l'indennità prevista dall'art. 337c CO, che per sua natura è qualificabile come un credito per risarcimento danni (cfr. DTF 117 II 270 consid. 3 b; SJ 1997 pag. 149) e non rientra pertanto nel campo di applicazione dell'art. 323b CO (vedi anche STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., nota 16 ad art. 337c CO).

5.3 Il credito di Euro 47'169.70 vantato da AO 1 potrà pertanto essere posto parzialmente in compensazione con l'indennità ex art. 337c CO accordata ad AP 1 assommante, come si vedrà in seguito, a complessivi fr. 44'542.20, sino a concorrenza di quest'ultimo importo. (...)

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e chambre civile, Arrêt du 21 octobre 2016 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 23 décembre 2015)

Art. 337 CO. L'employeur qui notifie un congé ordinaire est réputé avoir renoncé à notifier un congé immédiat sur la base des mêmes motifs. En revanche, l'employeur est en droit de notifier postérieurement un congé immédiat lorsqu'il peut se prévaloir de nouveaux manquements, intervenus postérieurement au congé ordinaire, même s'il s'agit de motifs similaires (c. 6.2.2). Lorsque les mêmes manquements sont récurrents et continus, il est évident que le délai de réaction pour notifier le congé immédiat débute à partir du dernier manquement (c. 6.2.3).

En l'espèce, le licenciement immédiat de l'employé, qui n'a pas respecté de manière récurrente le règlement sur les horaires de travail, malgré plusieurs réprobations et un avertissement, alors que son activité ne donnait pas satisfaction et qu'il avait un statut de cadre, était parfaitement justifié. L'employeur pouvait donc, après avoir notifié en date du 20 décembre 2013 un licenciement ordinaire pour le 30 juin 2014, notifier un licenciement immédiat en date du 21 mars 2014 (c. 6.3).

Ritenuto in fatto (estratti):

Con contratto 27 novembre 2012 AO 1 ha assunto a far tempo dal 7 gennaio 2013 AP 1 con la funzione di consulente senior (con compiti di consulenza fiscale e legale nel mercato sudamericano, in vista di un suo ampliamento), ritenuto che dopo il periodo di prova di 3 mesi il lavoratore avrebbe assunto la carica di vicedirettore. Il contratto, di durata indeterminata con termine di disdetta di 6 mesi, prevedeva tra le altre cose una settimana lavorativa di 5 giorni con un orario di lavoro giornaliero di 8 ore e 24 minuti da distribuire secondo l'orario flessibile ed in particolare un obbligo di presenza dalle 9.00 alle 12.00 e dalle 14.30 alle 17.15, e una retribuzione mensile lorda di fr. 9'500.- per 13 mensilità.

Il 20 dicembre 2013 AO 1 ha notificato a AP 1 la disdetta ordinaria del contratto per il 30 giugno 2014 «per le ragioni che le sono state spiegate verbalmente». Il 21 marzo 2014, «preso atto della reiterata e manifesta violazione degli obblighi contrattuali» incombenti a quest'ultimo, essa gli ha quindi significato il licenziamento immediato.

Con petizione 18 agosto 2014 AP 1 ha convenuto in giudizio AO 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, per ottenerne la condanna al pagamento di fr. 95'387.- più interessi. Ritenendo ingiustificato il suo licenziamento in tronco, egli ha preteso il pagamento delle somme che sarebbero maturate a suo favore fino alla scadenza del termine ordinario di disdetta del 30 giugno 2014. Il Pretore, con la decisione 23 dicembre 2015 qui impugnata, ha respinto la petizione. Con l'appello 1° febbraio 2016 che qui ci occupa, l'attore ha chiesto di riformare il querelato giudizio.

Considerato in diritto (estratti):

6.2 L'attore ha in seguito contestato al Pretore un'errata applicazione del diritto, e meglio dell'art. 337 CO, per aver ammesso l'esistenza di un motivo grave nonostante lo stesso non potesse consistere né nella mancata effettuazione di ore di lavoro che la convenuta aveva già tenuto in debito conto tanto da prevedere una deduzione dello stipendio né nella giustificazione ex post delle missioni fuori ufficio in realtà sempre ammessa, per aver misconosciuto il principio secondo cui con la notifica di una disdetta

ordinaria il datore di lavoro rinuncia tacitamente ad avvalersi di un licenziamento in tronco e per non aver rilevato la mancanza di una reazione immediata della convenuta all'asserita condotta rimproverata all'attore.

Le censure devono essere disattese.

6.2.1 Il rimprovero mosso al Pretore di aver ammesso l'esistenza di un motivo grave giustificante la disdetta immediata dell'attore nonostante lo stesso non potesse consistere né nella mancata effettuazione di ore di lavoro che la convenuta aveva già tenuto in debito conto tanto da prevedere una deduzione dello stipendio né nella giustificazione ex post delle missioni fuori ufficio in realtà sempre ammessa dev'essere respinto già per il fatto che i motivi gravi ritenuti nell'occasione dal giudice di prime cure non erano solo quelli appena menzionati dall'attore, ma, come si è visto sopra, erano di gran lunga più ampi.

In ogni caso l'attore, giurista di formazione, è assai malvenuto a ritenere che a seguito dell'accordo concluso il 24 gennaio 2014, avente per oggetto la sola decurtazione dal salario del saldo negativo delle ore accumulate a fine mese («la informiamo che qualora il saldo ore a fine mese risultasse negativo queste le verranno decurtate dal salario»), egli sarebbe di fatto passato a una retribuzione «in base alle ore effettivamente prestate» nel senso che sarebbe stato pure autorizzato a non rispettare gli orari di presenza obbligatoria e le prescrizioni vigenti per le assenze per vacanze o missioni fuori ufficio, il cui rispetto era del resto stato riaffermato in quel medesimo scritto. Non è pertanto vero che le violazioni contrattuali in materia di orario di lavoro da lui successivamente commesse non potessero più essere prese in considerazione siccome erano già state sanzionate con la decurtazione salariale concordata in precedenza.

Quanto poi alle assenze per missioni fuori ufficio, è a torto, con una censura al limite del temerario, che l'attore ha preteso che le stesse fossero sempre state ammesse. L'istruttoria ha in effetti permesso di accertare quanto segue: che quelle assenze avrebbero sin dall'inizio dovuto essere comunicate, giustificate e autorizzate preventivamente; che nondimeno le stesse, fintanto che il superiore dell'attore era stato G., venivano sempre autorizzate anche a posteriori; che dal momento in cui il superiore dell'attore è diventato P., nel novembre 2013, l'obbligo di comunicarle, giustificarle e autorizzarle preventivamente è però stato riaffermato; e che, con email 12 febbraio 2014, all'attore, che quel giorno aveva effettuato una nuova assenza per missione fuori ufficio senza averla comunicata e giustificata e senza aver ricevuto la preventiva autorizzazione, è stato nuovamente chiesto di volersi attenere alle regole e soprattutto è stato comunicato che da quel momento eventuali assenze per missioni fuori ufficio non sarebbero più state autorizzate ex post («autorizzerò ex-post la missione ma per l'ultima volta»).

6.2.2 È poi a torto che l'attore ha preteso che la convenuta, notificando il 20 dicembre 2013 la disdetta ordinaria del contratto di lavoro con l'attore, si sarebbe preclusa la possibilità di licenziarlo in tronco per quegli

identici motivi. Il principio secondo cui il datore di lavoro che notifica una disdetta ordinaria rinuncia ad avvalersi di un licenziamento in tronco per quei medesimi motivi è di per sé corretto (cfr. DTF 123 III 86 consid. 2b). Sennonché, nel caso di specie l'attore misconosce il fatto che i motivi alla base dei due licenziamenti, quello ordinario e quello straordinario, non erano gli stessi, nel senso che oltre a quelli che avevano dato origine al primo se ne sono poi aggiunti altri, sicuramente analoghi ma verificatisi in epoca successiva, tali da far venir meno la necessaria fiducia tra le parti (AUBERT, Commentaire Romand, 2^a ed., n. 13 ad art. 337 CO; TF 1° ottobre 2004 4C.265/2004 consid. 3.2). Il licenziamento in tronco non è in effetti dovuto al fatto, posto alla base del licenziamento ordinario, che l'attore sino al 20 dicembre 2013 avesse avuto un rendimento nullo o avesse violato in modo tutto sommato non grave gli orari di lavoro (ritenuto in particolare che egli, oltre a non aver sino ad allora giustificato preventivamente le sue assenze per vacanze e missioni fuori ufficio e a non aver badato più di tanto al rispetto delle fasce orarie di presenza obbligatoria, disattese comunque non tutti i giorni e in misura tutto sommato moderata, aveva accumulato nei 12 mesi di lavoro precedenti un saldo negativo delle ore mensili di «sole» 52.57 ore [56.46 ore al 31 dicembre 2013 dedotte le 3.49 ore accumulate il 23 dicembre 2013], pari mediamente ad un saldo negativo mensile di «sole» circa 4 ore e mezza); esso è invece dovuto al fatto, che il Pretore ha ben definito essere un «climax ascendente» del suo disimpegno lavorativo riferito al rispetto degli orari lavorativi, che nonostante i richiami e gli avvertimenti ricevuti le sue violazioni contrattuali erano continuate anche in seguito senza alcun miglioramento, nemmeno dal punto di vista del rendimento, ed anzi con un netto peggioramento in tema di orari lavorativi sia da un punto di vista qualitativo (ritenuto in particolare che egli, oltre a persistere nel non giustificare preventivamente le sue assenze per vacanze e missioni fuori ufficio e a non rispettare le fasce orarie di presenza obbligatoria, aveva tentato di «ingannare» la convenuta nei termini di cui si è detto) sia da un punto di vista quantitativo (ritenuto che il mancato rispetto delle fasce orarie di presenza obbligatoria si verificava ora praticamente tutti i giorni e in modo sfacciato, tant'è che ad esempio diversamente che in precedenza in quel periodo i suoi arrivi mattutini avvenivano spesso e volentieri solo delle 11.00, ed oltretutto – circostanza questa di cui non andava invero tenuto conto per la questione del licenziamento immediato siccome la stessa doveva essere sanzionata con la decurtazione della retribuzione – l'attore dal 20 dicembre 2013 al 21 marzo 2014 aveva accumulato un saldo negativo delle ore mensili di addirittura 82.08 ore [78.29 ore al 21 marzo 2014 aumentate delle 3.49 ore accumulate il 23 dicembre 2013], pari mediamente ad un saldo negativo mensile di circa 27 ore.

6.2.3 È infine manifestamente a torto che l'attore ha evidenziato che la convenuta non gli avrebbe significato tempestivamente la disdetta immediata, notificata a distanza di oltre 10 giorni dalla sua ultima assenza per

missione fuori ufficio, avvenuta il 7 marzo 2014. L'attore misconosce in effetti che le violazioni contrattuali da lui commesse non erano limitate al tema delle assenze per missioni fuori ufficio ma erano ben altre e soprattutto erano avvenute praticamente tutti i giorni fino al mattino del 21 marzo 2014, quando egli si è presentato al lavoro solo alle 11.26, anche in questo caso senza aver rispettato l'obbligo di presenza mattutina dalle 9.00. È evidente che il termine per l'inoltro della disdetta immediata inizi a decorrere solo dal momento dell'ultima violazione contrattuale, specialmente se la stessa era ricorrente e continuata (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^a ed., n. 17 ad art. 337 CO; SARB 1999 N. 80).

6.3 A prescindere da quanto precede, il giudizio con cui il Pretore, nell'ambito dell'ampio potere di apprezzamento di cui dispone sul tema (censurabile in appello solo in caso di eccesso o di abuso, cfr. II CCA 2 febbraio 2016 inc. n. 12.2014.120), ha ritenuto che il licenziamento in tronco dell'attore fosse giustificato può senz'altro essere confermato: accertato da una parte che l'attore non aveva rispettato gli orari di presenza giornaliera obbligatoria, era incorso in assenze non giustificate e aveva giustificato solo a posteriori le assenze per vacanze e per missioni fuori ufficio; stabilito dall'altra che lo stesso era poi stato ripetutamente richiamato a rispettare il regolamento sul tema degli orari di lavoro di cui al doc. 3 ed era stato avvertito che non sarebbero state tollerate eccezioni; e appurato che, specie successivamente alla disdetta ordinaria, il suo disimpegno lavorativo riferito al rispetto degli orari lavorativi, neppure compensato o moderato da una performance lavorativa almeno soddisfacente, era stato un «climax ascendente» senza alcun miglioramento ed anzi aveva avuto quale unico seguito il suo tentativo di «ingannare» la convenuta nei termini di cui si è detto, è effettivamente a ragione che il giudice di prime cure ha ritenuto che questo modo di agire dell'attore, che – si aggiunga qui – era oltretutto un vicedirettore (con un ruolo dunque che implicava per la datrice di lavoro di poter confidare in una lealtà accresciuta da parte del lavoratore, cfr. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *op. cit.*, n. 8 ad art. 337 CO; DTF 130 III 28 consid. 4.1, 127 III 86 consid. 2c; TF 2 dicembre 2009 4A_476/2009 consid. 3.1, 11 dicembre 2009 4A_480/2009 consid. 6.1; II CCA 30 gennaio 2015 inc. n. 12.2013.95), fosse tale da far venir meno ogni fiducia nei suoi confronti e da rendere intollerabile, in assenza della volontà dell'attore di sottostare alle regole aziendali – quelle in materia di orario di lavoro – che gli era stato ripetutamente chiesto di almeno rispettare, la continuazione del contratto fino alla scadenza, sia pure imminente, del termine ordinario di disdetta.

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 13 avril 2016 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 22 janvier 2016 par le Tribunal de prud'hommes de l'administration cantonale)

Art. 324a CO. Une incapacité de travail peut être, de fait ou par décision du médecin inscrite dans le certificat médical, limitée au poste de travail occupé par le travailleur ou à un certain type d'activité dans l'entreprise. On parle alors d'incapacité de travail «à géométrie variable» ou d'incapacité de travail limitée à une place de travail. La relativisation de l'arrêt de travail à un poste précis ou à un type d'activité précis peut être due à un accident, une maladie professionnelle ou à une atteinte (exogène) à la santé physique ou psychique du travailleur. Mais l'empêchement de travailler peut aussi avoir été induit par l'environnement socio-professionnel du sujet (i.e. le climat de travail) dans un département ou à un poste de travail précis dans l'entreprise. En droit privé, de tels empêchements entrent dans le champ d'application de l'art. 324a CO, dans la mesure où l'empêchement de travailler est une notion fonctionnelle en relation avec l'emploi considéré. Le point de savoir si l'état de santé du travailleur lui permet ou non de trouver une nouvelle place de travail est sans importance. (c. 3.2.2).

Les mêmes principes s'appliquent dans la fonction publique vaudoise. En effet, il ne se justifie pas d'interpréter différemment la notion d'incapacité de travail suivant que le droit public ou privé est applicable (c. 3.4.1).

Extraits des faits:

A compter du 1^{er} juin 1999, par contrats de travail de durée déterminée successifs, le demandeur T. a travaillé pour le compte du Service des affaires culturelles de l'Etat de Vaud (ci-après: l'autorité d'engagement) en qualité «[d']employé de bibliothèque auxiliaire». Le 1^{er} octobre 2001, son travail étant apprécié de ses supérieurs, T. a été mis au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée, sa fonction étant désormais celle «[d']employé de bibliothèque».

Le 15 octobre 2004, l'autorité d'engagement, par l'intermédiaire de [...], responsable des ressources humaines, a notifié un avertissement au demandeur à la suite d'une altercation survenue sur son lieu de travail avec un chauffeur-livreur, qui avait garé son véhicule au mauvais endroit, et au cours de laquelle le demandeur avait utilisé une matraque télescopique

contre son interlocuteur. Par courrier du 18 octobre 2004 adressé à [...], directeur, le demandeur a réagi à cet avertissement en se plaignant d'être victime de *mobbing* notamment de la part de certains de ses supérieurs. Il y a notamment relevé ce qui suit: «Le harcèlement incessant de certains de mes collègues, malheureusement cumulé à des problèmes personnels m'ont poussé à cet acte irréfléchi et je vous demande par cette lettre d'intervenir et de faire cesser ce *mobbing*. Je ne désire pas porter plainte pour harcèlement et aimerais régler cette affaire en interne avec votre appui.» Par courrier non daté, [...] a pris acte des doléances du demandeur, l'assurant que tout serait mis en œuvre pour assainir la situation. En 2008 et 2009, la structure organisationnelle de la bibliothèque a été réformée, entraînant pour le demandeur la suppression de tâches qui lui étaient jusqu'alors confiées.

Depuis le 6 septembre 2011, le demandeur a été en arrêt de travail. Par courrier du 13 septembre 2011, [...] a requis du Service de la santé publique que le médecin cantonal reçoive le demandeur à sa consultation afin que son cas soit évalué. Elle a relevé l'état perturbé du demandeur en lien avec des événements de sa vie privée ainsi que la détérioration de ses rapports avec son supérieur hiérarchique, précisant que le demandeur s'était déjà illustré par le passé par des épisodes où son impulsivité avait dépassé la norme acceptable. Par courrier du 8 novembre 2011, le Dr [...], à Lausanne, médecin traitant du demandeur, a notamment indiqué ce qui suit au médecin cantonal: «[T.] est toujours à l'arrêt de travail à 100% et ceci jusqu'au 30 novembre 2011. Sur le plan médical, il ne suit aucun traitement particulier, l'arrêt de travail étant justifié par le conflit qui l'oppose à son chef. Dans le procès-verbal de [...] du 5 octobre 2011, il est mentionné que lorsqu'il reprendra le travail à 100%, une discussion sur le nouveau cahier des charges aura lieu. Vu les mauvaises relations de ce patient avec son chef, celui-ci craint un licenciement dès son retour, sous prétexte qu'il ne correspond pas à ce nouveau cahier des charges. Le patient se dit prêt à reprendre le travail si des garanties lui sont données concernant son emploi. [...] PS : Le patient se dit prêt à accepter un nouvel emploi dans le cadre de l'Etat de Vaud si une réorientation professionnelle était nécessaire.»

Par courrier du 29 novembre 2011 adressé à [...], le Service de la santé publique a indiqué que l'état de santé du demandeur permettait, en théorie, une reprise du travail à 100%, précisant néanmoins ce qui suit: «[...] la situation conflictuelle empêche la reprise du travail. En effet, une reprise dans les mêmes conditions risque d'avoir un effet négatif sur l'état de santé de T. T. se trouve très déstabilisé par une refonte de son cahier des charges, craignant la perte de son emploi. La situation du point de vue médical s'est stabilisée. Je vous laisse le soin d'évaluer les possibilités de faire avancer cette situation avec votre vision du point de vue des ressources humaines.» Le 18 janvier 2012, un certificat médical a été établi par le Dr [...] [...]. Il comportait la note manuscrite suivante: «La capacité de travail

est de 100% sur le plan médical mais de 0% dans l'activité actuelle comme déjà signalé tant qu'une solution à ce conflit du travail n'est pas résolue d'une façon ou d'une autre.»

Par décision du 24 août 2012, l'autorité d'engagement a dit qu'en application de la LPers-VD (loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001; RSV 172.31), la durée de l'arrêt de travail du demandeur impliquait l'adaptation de sa rétribution à 80% à compter du 28 août 2012. Par décision du 2 novembre 2012, l'autorité d'engagement a dit qu'en application de la LPers-VD, la durée de l'arrêt de travail du demandeur impliquait la suppression de sa rétribution à compter du 23 novembre 2012, précisant que cette mesure prenait effet avec le salaire du mois de novembre 2012.

Par demande du 24 janvier 2013 adressée au Tribunal de prud'hommes de l'administration cantonale (ci-après: le TRIPAC), T. a conclu à l'annulation des décisions rendues les 24 août et 2 novembre 2012 par l'Etat de Vaud. Par jugement du 22 janvier 2016, le TRIPAC a rejeté la demande. En droit, les premiers juges ont considéré que l'application de l'art. 58 RLPers-VD (règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud, RSV 172.31.1) était en l'espèce justifiée, dès lors que plusieurs certificats médicaux constataient l'incapacité de travail du demandeur à compter du mois de septembre 2011 et que, contrairement à ce que ce dernier prétendait, il n'avait pas été apte à travailler inconditionnellement dès le 1^{er} décembre 2011. Pour les premiers juges, c'était ainsi à juste titre que le demandeur avait perçu la totalité de son salaire durant douze mois, puis les quatre cinquièmes de celui-ci durant trois mois, soit jusqu'au 26 novembre 2012. Il s'ensuivait que les décisions rendues à ce sujet par le défendeur les 24 août et 2 novembre 2012 étaient valables. Par acte du 24 février 2016, T. a interjeté appel contre ce jugement, en concluant à sa réforme en ce sens que les décisions rendues par l'Etat de Vaud les 24 août et 2 novembre 2012 soient annulées.

Extraits des considérants:

3.

3.1 L'appelant invoque une violation de l'art. 58 RLPers-VD (règlement d'application du 9 décembre 2002 de la LPers-VD; RSV 172.31.1), qui règle le droit au versement du salaire en cas d'absence des collaborateurs, estimant que, faute d'absence due à une maladie ou à un accident, la réduction du droit au salaire, respectivement sa suppression, aurait été injustifiée.

Il se prévaut également à cet égard de la réglementation visée aux art. 56 ss du règlement du 19 décembre 2013 (ci-après: le RLCP) concernant les prestations de la Caisse des pensions de l'Etat de Vaud (CPEV), qui assurerait un revenu à l'employé une fois écoulés les différents délais visés à l'art. 58 RLPers-VD, ce dont l'exposé des motifs et projet de loi du

mois d'octobre 2010 (EMPL) en relation avec l'art. 33 LPers-VD attesteraient. Il en déduit qu'en appliquant l'art. 58 RLPers-VD à un collaborateur ni malade ni accidenté, celui-ci se trouverait indûment privé de revenu à l'échéance des délais réglementaires.

3.2

3.2.1 Conformément à l'art. 23 LPers-VD, les collaborateurs de l'Etat de Vaud ont droit à une rémunération sous la forme d'un salaire correspondant à la fonction qu'ils occupent en proportion de leur taux d'activité (let. a) ou sous la forme d'une indemnité ou émolument (let. b). Selon l'art. 33 al. 1 LPers-VD, le Conseil d'Etat arrête le droit au paiement du salaire en cas d'incapacité de travail et de service militaire ou civil. Il peut réduire ou supprimer les prestations lorsque l'incapacité résulte d'une faute du collaborateur (al. 3).

Aux termes de l'art. 58 al. 1 let b RLPers-VD, dont le titre marginal est « Paiement du salaire en cas d'incapacité de travail », qui règle, par référence expresse à la base légale figurant à l'art. 33 al. 1 LPers-VD, la durée du paiement du salaire en cas d'absence pour cause de maladie ou d'accident constaté par certificat médical, le salaire est payé, pour les collaborateurs engagés par contrat de durée indéterminée, en entier pendant les douze premiers mois et aux quatre cinquièmes pendant les trois mois suivants.

3.2.2 Une incapacité de travail peut être, de fait ou par décision du médecin inscrite dans le certificat médical, limitée au poste de travail occupé par le travailleur ou à un certain type d'activité dans l'entreprise (GLOOR, Incapacité de travail « à géométrie variable », in: *Liber amicorum* Gabriel Aubert, Zurich 2015, p. 163). On parle alors d'incapacité de travail « à géométrie variable » ou d'incapacité de travail limitée à une place de travail (« arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit »). La relativisation de l'arrêt de travail à un poste précis ou à un type d'activité précis peut être due à un accident, une maladie professionnelle ou à une atteinte (exogène) à la santé physique ou psychique du travailleur. Mais l'empêchement de travailler peut aussi avoir été induit par l'environnement socio-professionnel du sujet (i.e. le climat de travail) dans un département ou à un poste de travail précis dans l'entreprise; dans ce cas, on a généralement affaire à une incapacité de travail due à un *mobbing*, à un harcèlement sexuel, à un conflit de personnes ou à un *burnout* dû au stress au travail (GLOOR, *Ibidem*, p. 164).

La force probante d'un certificat médical attestant d'une telle incapacité de travail est toutefois controversée en doctrine, au motif que le médecin attesterait comme établi un comportement qu'il n'a pas observé lui-même, mais qui relève uniquement des déclarations de son patient (SUBILIA, Le juge civil face à l'incapacité du travailleur ou le pêcheur sans filet – le certificat médical (de complaisance) à l'épreuve de la procédure civile, in: RSPC 4/2007, pp. 422–423).

En droit privé, de tels empêchements entrent dans le champ d'application de l'art. 324a CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), dans la mesure où l'empêchement de travailler est une notion fonctionnelle en relation avec l'emploi considéré (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2014, p. 213). Le point de savoir si l'état de santé du travailleur lui permet ou non de trouver une nouvelle place de travail est sans importance (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7^e éd., Zurich 2012, p. 1083 ad art. 336c CO).

3.2.3 Selon le RLCP, est considéré comme temporairement invalide l'assuré qui, incapable ensuite de maladie ou d'accident de remplir tout ou partie de sa fonction, voit son salaire réduit ou supprimé provisoirement (art. 56 al. 1 RLCP). Est définitivement invalide l'assuré qui est durablement incapable, ensuite de maladie ou d'accident, de remplir tout ou partie de son emploi ou d'un autre emploi de substitution et dont le salaire est réduit ou supprimé à titre définitif (art. 59 al. 1 RLCP).

3.3 En l'espèce, les premiers juges ont estimé que l'art. 58 RLPers-VD devait trouver application, dès lors que plusieurs certificats médicaux attestaient de l'incapacité de l'appelant d'occuper son poste en raison des conflits existant sur sa place de travail. Se fondant sur les avis doctrinaux susmentionnés (cf. consid. 3.2.2, *supra*), les premiers juges ont en effet considéré qu'un tel empêchement entrait dans le champ d'application de l'art. 324a CO, consacrant une réglementation similaire à celle prévue à l'art. 58 RLPers-VD et auquel il était permis de se référer à titre de droit cantonal supplétif.

3.4

3.4.1 A l'examen de l'art. 33 LPers-VD, il y a lieu de constater que c'est bien l'incapacité de travail non imputable à la faute du travailleur qui, en tant que telle et quelle qu'en soit l'origine, fait l'objet d'une réglementation détaillée du Conseil d'Etat en fonction de la durée de l'empêchement, réglementation qui a en l'occurrence été adoptée aux art. 58 ss RLPers-VD.

Les art. 58 et 59 RLPers-VD visent ainsi les cas d'absence pour raison de maladie ou accident, tandis que les art. 60 et 61 RLPers-VD visent les cas d'absence pour cause de service militaire ou de service civil. Les circonstances ainsi détaillées dans le règlement d'application correspondent à celles visées à l'art. 324a CO et il ne se justifie pas d'interpréter différemment la notion d'incapacité de travail suivant que le droit public ou privé est applicable.

Cela correspond du reste à la volonté du législateur vaudois, à qui il est apparu nécessaire, sous l'empire de la loi du 9 juin 1947 sur le Statut des fonctions publiques cantonales – abrogée par l'entrée en vigueur de la LPers-VD –, d'aligner les obligations de l'Etat en tant qu'employeur sur ce qui était exigé des employeurs privés, de sorte que le législateur a renvoyé, en cas de doute, à la jurisprudence rendue par les tribunaux civils s'agissant de ce qu'il fallait entendre par maladie et par accident, de même que s'agissant des cas dans lesquels ces événements étaient réputés profession-

nels (BGC 28 mai 1947, Projet de loi sur le statut général des fonctions publiques cantonales, exposé des motifs, pp. 560 ss, spéc. p. 593). Le texte de l'art. 56 du projet de loi, réglementant le droit au paiement du traitement en cas de maladie ou d'accident, avait ainsi le même libellé initial que celui de l'art. 58 RLPers-VD, à savoir qu'il réglait le droit au salaire «en cas d'absence pour cause d'accident ou de maladie constatés par certificat médical». Après que l'entrée en matière a été acceptée, cet article a été adopté le 28 mai 1947 sans débats (BGC, séance du 28 mai 1947, p. 681). Quant à la LPers-VD, qui a remplacé la loi de 1947, elle a été de même adoptée sans débats sur cette question (BGC septembre 2001, EMPL, pp. 2208 ss, spéc. p. 2596).

A cet égard, l'argument de l'appelant selon lequel l'application de l'art. 58 RLPers-VD le priverait indûment du droit aux prestations de la CPEV est inconsistant. Il ressort en effet des art. 56 ss RLCP auquel l'appelant se réfère que le droit aux prestations d'invalidité est conditionné par la réduction ou la suppression du droit du salaire, qui est précisément l'enjeu du présent procès. Il n'y a donc rien d'extraordinaire à ce que la CPEV n'ait pas encore été amenée à rendre une décision en la matière – ce qui ne ressort au surplus pas du dossier.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon escient que les premiers juges ont retenu que, sous réserve du cas où le travailleur serait fautivement responsable de la situation (cf. WYLER/HEINZER, op. cit., p. 213), l'empêchement de travailler au sens des art. 33 LPers-VD et 58 RLPers-VD devait se comprendre comme une «notion fonctionnelle en relation avec l'emploi considéré», selon la définition qui en est donnée par la doctrine en matière de droit privé du travail.

Le grief doit donc être rejeté.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 20 juin 2016 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 23 mars 2016 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 247 al. 2 CPC. La procédure simplifiée s'applique aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs. Dans les litiges portant sur un contrat de travail, le tribunal établit alors les faits d'office (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). La maxime inquisitoire sociale est applicable. Selon cette maxime, le juge peut ordonner des mesures d'instruction qui n'ont été offertes ni par l'une ni par l'autre des parties, telles que la production de pièces. Le juge a en effet un devoir d'interpellation, en ce sens qu'il doit amener les parties, par des questions appropriées, à exposer tous les faits pertinents et invoquer tous les moyens de preuve nécessaires à la résolution de la cause. Le

juge peut également ordonner de lui-même les mesures d’instruction qu’il estime utiles, telles que la production d’une pièce ou l’audition d’un témoin, quand bien même elles n’auraient pas été proposées par l’une ou l’autre des parties (c. 4.2.2). Les faits doivent être établis d’office, même si l’une des parties fait défaut à l’audience de jugement (c. 4.3).

En l’espèce, force est de constater que les premiers juges n’ont procédé ni à l’instruction des qualifications de l’employée ni à l’instruction de la réalité, de la nécessité et de l’annonce des heures supplémentaires invoquées, conformément à la maxime inquisitoire sociale. Dès lors que le jugement attaqué est lacunaire sur des points essentiels, le dossier de la cause doit être renvoyé à l’autorité de première instance afin qu’elle complète l’état de fait (c. 4.3).

Art. 46 LTr. Même si l’art. 73 let. c OLT 1 prévoit que les registres et pièces doivent comporter toutes les données nécessaires à l’exécution de la loi, notamment les durées (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni, travail compensatoire et travail supplémentaire inclus, le non-respect de ces règles par l’employeur n’a pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve des heures supplémentaires, qui incombe au travailleur (c. 4.4).

Art. 73 al. 1 LPP. Selon les dispositions édictées par le canton de Vaud, la compétence d’ordonner à l’employeur de verser les cotisations de prévoyance professionnelle employeur/employé est dévolue à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal et non au Tribunal de Prud’hommes (c. 6.2).

Extraits des faits:

Par contrat de durée indéterminée signé le 13 mars 2012, E. Sàrl a engagé T. en qualité de coiffeuse à mi-temps à partir du 14 mars 2012. Le contrat prévoyait une durée de travail de 21 h 30, répartie sur deux jours et un après-midi, et un salaire brut de 1’650 francs. Il indiquait qu’il était conclu conformément à la CCNC (Convention collective nationale des coiffeurs). T. était la seule employée du salon de coiffure, dont les heures d’ouverture étaient les suivantes: du mardi au vendredi de 9 h à 18 h et le samedi de 8 h à 16 h 30. Par lettre du 5 avril 2012, E. Sàrl a confirmé à l’employée qu’elle travaillerait à plein temps à compter du 1^{er} juillet 2012 et que son salaire brut serait de 3’300 francs. Le contrat, signé le 13 août suivant, prévoyait une durée de travail de 42 heures, répartie sur six jours. Par lettre du 24 octobre 2014, E. Sàrl a annoncé à l’employée que son salaire brut serait augmenté à 3’700 fr. à partir du 1^{er} octobre 2014. Les bulletins de salaire indiquaient tous une retenue pour les cotisations AVS/AI/AGP, assurance-chômage, assurance-accident non professionnelle, assurance-maladie perte de gain et PC-familles. A partir d’octobre 2012, l’employeuse a procédé à une retenue d’impôt à la source à raison de 4% du sa-

laire brut. D'octobre 2014 à février 2015, l'employeuse a prélevé en sus 130 fr. par mois à titre de «Cotisation LPP – provision». En janvier et février 2015, elle a prélevé encore en sus 500 fr. par mois à titre de «Retenue pour rattrapage LPP et impôt à la source» pour le mois de janvier 2015 et à titre de «Retenue pour rattrapage LPP et impôt à la source selon décompte du 30.12.2015» pour le mois de février 2015.

T. a résilié les rapports de travail avec effet au 28 février 2015. Par lettre recommandée du 10 février 2015, T. a réclamé à son employeuse son salaire de janvier 2015. Elle lui a en outre imparté un délai de dix jours pour produire les attestations selon lesquelles elle était affiliée à l'AVS et à une caisse de prévoyance professionnelle. T. a déposé plainte pénale le 4 mars 2015 contre son employeuse. Selon l'acte d'accusation du 2 décembre 2015, le procureur du Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a dit que les infractions de détournement de retenues sur salaires (art. 159 CP), à l'AVS et à la LPP paraissaient réalisées à l'encontre de E. Sàrl. Le procureur a constaté notamment que l'employeuse avait éludé de payer les cotisations LPP du 1^{er} juillet 2012 (date à partir de laquelle T. avait dépassé le seuil d'entrée LPP) au 28 février 2015 à hauteur de 6'681 fr. 55.

Par demande du 22 juillet 2015, T. a actionné E. Sàrl par devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. L'audience de jugement a eu lieu le 1^{er} mars 2016. E. Sàrl, bien que régulièrement convoquée, ne s'y est pas présentée ni aucun représentant en son nom. Par jugement du 23 mars 2016, le Tribunal a condamné E. Sàrl à verser à T. les montants de 3'160 fr., au titre de différence salaire due en raison du statut de la demanderesse de travailleuse qualifiée au sens de la CCNC, et 9'209 fr., au titre de rémunération des heures supplémentaires, sous déduction des charges sociales. Le Tribunal a également ordonné à E. Sàrl de verser à la Fondation Institution supplétive LPP le montant total de 6'681 fr. 55, correspondant aux cotisations employeur et employé en faveur de T., dues entre le 1^{er} juillet 2012 et le 28 février 2015. Par acte du 3 mai 2016, E. Sàrl a fait appel de ce jugement.

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'appelante soutient que le premier juge n'aurait pas dû reconnaître le statut de travailleuse qualifiée à l'intimée, car celle-ci n'est pas titulaire d'un CFC, mais seulement celui de travailleuse semi-qualifiée, puisqu'elle bénéficie de plus de trois ans d'expérience. Selon ses calculs, l'appelante estime qu'elle aurait dû verser en réalité à son employée la somme totale de 106'875 fr. et non la somme de 113'375 fr. effectivement payée.

L'appelante admet que l'intimée a effectué des heures supplémentaires de manière occasionnelle, mais soutient que celles-ci auraient toujours été compensées par des congés de durée égale. Elle ajoute que l'in-

timée n'aurait jamais émis de prétentions à cet égard ni cité aucun témoin pouvant établir la véracité de ses propos. Contrairement à l'opinion des premiers juges, l'appelante considère qu'elle n'avait aucune obligation de tenir un registre des heures de travail effectuées par l'employée, de sorte que le renversement du fardeau de la preuve à charge de l'employeur ne se justifierait pas.

L'intimée soutient pour sa part que l'appelante ne se serait jamais déterminée sur ses allégations, ne s'étant présentée ni à l'audience de conciliation ni à l'audience de jugement du 1^{er} mars 2016 et n'ayant pas formé de réponse à sa demande du 22 juillet 2015, de sorte qu'elle devrait en supporter les conséquences.

4.2

4.2.1 Aux termes de l'art. 39 CCNC (Convention collective nationale des coiffeurs), les employés qualifiés sont les titulaires du certificat fédéral de capacité (CFC) ou d'un certificat équivalent (al. 1). Les employés semi-qualifiés sont: a) Les titulaires d'une attestation fédérale (AFP) ou d'une formation élémentaire (formation initiale en 2 ans) ou b) ceux qui ont achevé des écoles professionnelles sur 2 ans au minimum.

Les art. 40.3 et 40.4 CCNC, en vigueur jusqu'au 30 septembre 2013, prévoyaient que le salarié qualifié avait droit à un salaire de base mensuel de 3'400 fr. (40.3) et que le travailleur semi-qualifié avait droit à un salaire fixé au prorata de son savoir durant la première et deuxième année professionnelles suivant sa formation et à 90% du salaire de base dès la troisième année professionnelle suivant sa formation (40.4).

Le nouvel art. 40.3 CCNC, entré en vigueur au 1^{er} octobre 2013, prévoit que l'employé qualifié peut prétendre à un salaire de base mensuel de 3'600 fr. à partir du 1^{er} octobre 2013, de 3'700 fr. à partir du 1^{er} septembre 2014 et de 3'800 fr. à partir du 1^{er} septembre 2015.

4.2.2 Aux termes de l'art. 243 al. 1 CPC, la procédure simplifiée s'applique aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs.

Le tribunal établit les faits d'office, lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr., dans les litiges portant sur un contrat de travail (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). En cas de défaut d'une partie, le tribunal statue sur la base des actes qui ont, le cas échéant, été accomplis conformément aux dispositions de la présente loi. Il se base au surplus, sous réserve de l'art. 153 (administration des preuves d'office), sur les actes de la partie comparante et sur le dossier (art. 234 al. 1 CPC).

La maxime inquisitoire sociale est applicable à la cause à juger (art. 247 al. 2 CPC; TAPPY, CPC commenté, Bâle 2011, n. 16 ad art. 247 CPC; DIETSCHY, Les Conflits de travail en procédure civile suisse, Neuchâtel 2011, p. 140, n. 278). Selon cette maxime, le juge peut ordonner des mesures d'instruction qui n'ont été offertes ni par l'une ni par l'autre des parties, telles que la production de pièces. Le juge a en effet un devoir d'interpellation («Fragepflicht»), en ce sens qu'il doit amener les parties,

par des questions appropriées, à exposer tous les faits pertinents et invoquer tous les moyens de preuve nécessaires à la résolution de la cause (DIETSCHY, op. cit., pp. 143–144, n. 283). Le juge peut également ordonner de lui-même les mesures d’instruction qu’il estime utiles, telles que la production d’une pièce ou l’audition d’un témoin, quand bien même elles n’auraient pas été proposées par l’une ou l’autre des parties (DIETSCHY, op. cit., p. 147, n. 289).

4.3 En l’espèce, on cherche en vain dans le dossier de première instance toute pièce attestant que l’intimée serait titulaire d’un CFC de coiffeuse ou d’une formation équivalente, justifiant le statut de travailleuse qualifiée. Le procès-verbal de l’audience de jugement du 1^{er} mars 2016 mentionne certes que «la demanderesse est entendue sur les faits de la cause», mais les déclarations de celle-ci n’ont pas été verbalisées conformément aux art. 191 et 193 CPC, à supposer encore que ce mode de preuve puisse être qualifié d’adéquat au regard du fait à prouver. On ne voit donc pas sur quelles bases les premiers juges ont retenu que l’intimée serait d’une part diplômée d’une école professionnelle de coiffure reconnue – on ignore du reste laquelle –, d’autre part au bénéfice d’une longue expérience – dont on ne sait pas davantage en quoi elle consisterait. On ne saurait non plus retenir que l’intimée a formellement allégué son statut de travailleuse qualifiée. Par ailleurs, même s’il était établi que l’intéressée est au bénéfice de telles qualifications, on ignore si elle en a fait part à l’appelante en application du principe de la bonne foi.

En outre, hormis un décompte non daté, on ne trouve pas non plus de pièces au dossier de première instance étayant l’existence des heures supplémentaires invoquées par la travailleuse. Les éventuelles déclarations de l’intéressée à cet égard n’ont pas non plus été verbalisées selon les règles du CPC. A cela s’ajoute que la lettre de réclamation de l’intimée du 10 février 2015 contient des griefs relatifs au paiement du salaire du mois de janvier 2015, au certificat de travail et à l’absence d’affiliation de l’employeur auprès de la caisse AVS et d’une caisse de prévoyance professionnelle, mais ne fait nulle mention d’heures supplémentaires non payées ou non compensées.

Il semble que les premiers juges ont procédé selon l’ancien droit de procédure vaudois qui disposait, à son art. 306 al. 2 CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966), que lorsqu’une partie faisait défaut à l’audience de jugement, les faits allégués par la partie présente étaient réputés vrais dans la mesure où le contraire ne résultait pas du dossier, tandis que, selon le nouveau droit de procédure fédéral, les faits doivent désormais être établis d’office lorsque la procédure simplifiée s’applique, même si l’une des parties fait défaut à l’audience de jugement (réserve de l’art. 234 al. 1 CPC, cf. supra, consid. 4.2.2).

Au vu de ce qui précède, force est de constater que les premiers juges n’ont procédé ni à l’instruction des qualifications de l’intimée ni à l’instruction de la réalité, de la nécessité et de l’annonce des heures sup-

plémentaires invoquées, conformément à la maxime inquisitoire sociale. Dès lors que le jugement attaqué est lacunaire sur des points essentiels, soit entaché de vices de procédure (STEININGER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander Hrsg, 2^e éd., Zurich 2016, n. 7–8 ad art. 318 CPC), le dossier de la cause doit être renvoyé à l'autorité de première instance afin qu'elle complète l'état de fait dans le sens des considérants qui précèdent (art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC).

4.4 C'est le lieu de relever au surplus que, contrairement à ce qu'expose l'intimée dans sa réponse, même si l'art. 73 let. c OLT 1 (ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail) prévoit que les registres et pièces doivent comporter toutes les données nécessaires à l'exécution de la loi, notamment les durées (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni, travail compensatoire et travail supplémentaire inclus, cela ne renverse pas le fardeau de la preuve des heures supplémentaires, qui incombe au travailleur (ROGER RUDOLPH, Loi sur le travail, Berne 2005, p. 568 n. 18 ad art. 46 LTr).

(...)

6.

6.1 Aux termes de l'art. 73 al. 1 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (DUCRET/OSOJNAK/GUIGNARD/BYRDE/HACK/GIROUD/WALTHER, Procédures spéciales vaudoises, Lausanne 2008, n. 2 ad art. 1 LJT et les réf. citées).

Dans le canton de Vaud, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour connaître des contestations et prétentions en matière de responsabilité relative à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance et de libre passage, employeurs et ayants droit (art. 93 al. 1 let. c LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]). La compétence des juridictions désignées à l'art. 73 LPP est ainsi donnée lorsque le litige oppose employeur et employé et soulève une question spécifique, au sens étroit ou au sens large, du droit de la prévoyance professionnelle. Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter, en particulier, sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'art. 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail entre les parties doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 26 consid. 2 et les réf. citées).

6.2 Dans le cas particulier, c'est de manière erronée que les premiers juges ont ordonné à l'appelante de verser les cotisations de prévoyance professionnelle employeur/employé à la Fondation Institution Supplétive LPP. En effet, selon les dispositions édictées par le canton de Vaud, cette compétence est dévolue à la Cour des assurances sociales du Tribunal can-

tonal et non au Tribunal de Prud'hommes. L'ordre donné par les premiers juges doit par conséquent être annulé, aucune instruction supplémentaire n'étant nécessaire sur ce point.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 27 juin 2016 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 18 novembre 2015 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

L'art. 101 CO impute au débiteur le dommage causé par ses auxiliaires «dans l'accomplissement de leur travail». Il faut ainsi un rapport de connexité entre les tâches confiées à l'auxiliaire, le rapport d'obligation qui lie le débiteur au créancier lésé et le dommage causé au créancier. L'auxiliaire doit avoir causé le dommage dans l'exécution de ses tâches et pas seulement à l'occasion de leur exécution. Selon le principe du rapport de causalité fonctionnel, l'acte dommageable doit constituer en même temps une inexécution ou une exécution défectueuse de l'obligation contractée par l'employeur à l'égard du lésé (c. 3.2).

En l'espèce, les erreurs de manipulation de la timbreuse effectuées par les contremaîtres ne peuvent être imputées à l'employeur en vertu de l'art. 101 CO. En effet, on ne se trouve pas dans l'hypothèse où un auxiliaire (les contremaîtres) du débiteur (l'employeur) contrevient à une obligation du débiteur envers le créancier (l'employé) dans le cadre d'une obligation préexistante, mais dans l'hypothèse inverse où l'auxiliaire de l'employeur contrevient à ses obligations envers ce dernier dans le cadre d'une relation contractuelle avec un tiers (c. 3.3).

Art. 62 CO. L'action fondée sur l'enrichissement illégitime repose sur quatre conditions, à savoir l'enrichissement d'une personne, l'appauvrissement d'une autre, un rapport de causalité entre ces deux éléments et l'absence d'une cause légitime. Le demandeur doit établir, soit qu'il a exécuté la prestation involontairement, soit qu'il l'a faite ensuite d'une erreur sur l'existence de la dette (art. 63 CO). Le fardeau de la preuve de l'erreur est à la charge du demandeur (art. 8 CC): il doit alléguer et prouver qu'il s'est exécuté dans l'intention d'éteindre une dette, que celle-ci n'était en réalité pas due et qu'il a cru par erreur qu'elle l'était (c. 4.1).

Les conditions de l'enrichissement illégitime sont réalisées en l'espèce. En effet, le salaire a été versé sans cause, à savoir pour des heures pour lesquelles l'employé n'a en réalité pas travaillé, et sans que celui-ci puisse se prévaloir de ce que son employeur a versé ledit salaire en connaissance de cause (c. 4.2).

Art. 64 CO. L'enrichi de bonne foi n'est tenu à restituer que dans la mesure de l'enrichissement qui subsiste lors de la répétition de l'indu. Dans la mesure où la disparition de l'enrichissement est une objection, c'est à l'enrichi de prouver les faits qui diminuent ou suppriment son obligation de restituer (c. 5.2).

Extraits des faits:

Par contrat signé le 1^{er} janvier 2010, E. SA a engagé T. en qualité de boulanger-pâtissier à partir du 4 janvier 2010. La durée de travail mensuelle était de 182 heures. Le salaire brut, qui s'élevait tout d'abord à 5'000 fr., a été augmenté à 5'200 fr. à partir du 1^{er} avril 2010. T. avait pour mission principale de préparer des pâtes pour la fabrication de biscuits. Il se trouvait par conséquent tout au début de la chaîne de production, de sorte qu'il devait en règle générale commencer son travail très le tôt le matin, voire parfois au milieu de la nuit. Dès lors que les commandes fluctuaient en fonction des époques de l'année, les employés devaient davantage travailler durant certaines périodes. Ainsi est-il arrivé que T. travaille quelques samedis et dimanches. T. comptabilisait ses heures de présence au moyen d'une timbreuse. En octobre 2010, l'employeuse et les travailleurs ont convenu de répartir la semaine de travail sur quatre jours au lieu de cinq, ce qui correspondait à 10 h 30 de travail journalier. A la fin de chaque année civile, l'employeuse accordait une «prime qualité» aux travailleurs, lorsque les clients n'avaient pas ou peu formé de réclamations. Le montant de cette prime s'est élevé à 1'000 fr. en 2010, 560 fr. en 2011, 975 fr. en 2012 et 583 fr. 35 en 2013. En sus de cette prime, l'employeuse a majoré le salaire de T. à hauteur de 5'200 fr. en décembre 2010, de 3'000 fr. en décembre 2011 et de 5'200 fr. en décembre 2012. Selon un mémo interne adressé aux collaborateurs de l'entreprise le 2 février 2009, les trois premiers jours d'absence pour cause de maladie ou d'accident n'étaient pas rémunérés et le salaire était versé à raison de 80% dès le quatrième jour. Les rapports de travail ont pris fin au 31 juillet 2013.

Par demande du 19 décembre 2013 adressée au Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, T. a conclu à ce que E. SA lui verse le montant de 15'135 fr. 20 [augmenté ensuite à 23'631 fr. 45] net, à titre de majoration de salaire concernant les heures et le travail supplémentaires effectués, primes, treizièmes salaires et autres prestations non versées. Dans sa réponse et demande reconventionnelle du 7 août 2014, E. SA a conclu au rejet de la demande et à ce que T. lui verse la somme de 9'386 fr. 55, avec intérêt. Par jugement du 18 novembre 2015, le Tribunal a prononcé que E. SA doit payer à T. la somme de 8'551 fr. 15, montant brut, sous déduction des charges sociales. Par ailleurs, le Tribunal a rejeté la demande reconventionnelle. Les premiers juges ont notamment considéré que les erreurs (volontaires ou pas) de manipulation de la timbreuse par les contremaîtres devaient être imputées à l'employeuse – dès lors que ceux-ci

avaient agi en tant qu'auxiliaires au sens de l'art. 101 al. 1 CO –, de sorte que les conclusions reconventionnelles de l'employeuse tendant à réclamer la restitution du salaire versé pour des heures qui n'avaient en réalité pas été travaillées devaient être rejetées. Par acte du 6 mai 2016, E. SA a fait appel de ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

3.1 L'appelante conteste que l'art. 101 CO, qui constitue une norme de responsabilité de l'employeur vis-à-vis d'un tiers lorsque l'auxiliaire cause un dommage à ce tiers dans l'exercice de son travail, soit applicable en l'espèce. Elle fait valoir en outre que l'intimé aurait été enrichi de manière illégitime au sens des art. 62 ss CO, d'une part en ne timbrant pas plusieurs pauses de midi ou en ne timbrant pas les 30 minutes exigées, d'autre part en s'accommodant du fait que les contremaîtres avaient majoré tous les samedis de 25%, alors que le contrat de travail de l'intimé ne le prévoyait pas et que cela avait par ailleurs été un point d'achoppement entre la direction et les travailleurs. Sur ce dernier point, l'appelante considère que l'intimé ne pouvait raisonnablement penser que les contremaîtres la représentaient selon les règles générales des art. 32 ss CO.

3.2 Aux termes de l'art. 101 al. 1 CO, celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.

L'application de cette disposition suppose l'existence d'un rapport d'obligation préalable entre le débiteur et le créancier. Il s'agit le plus souvent d'un contrat, onéreux ou gratuit. Le rapport peut également résulter directement de la loi ou de pourparlers précontractuels, desquels l'art. 2 CC fait naître des obligations réciproques (THÉVENOZ, Commentaire romand, 2^e éd., 2012, n. 19 ad art. 101 CO). Le fait générateur de la responsabilité du débiteur est l'acte (ou l'omission) de l'auxiliaire qui contrevient à une obligation du débiteur envers le créancier. La forme de cette contravention (inexécution, demeure, «violation positive», etc.) est sans importance (THÉVENOZ, op. cit., n. 20 ad art. 101 CO).

L'art. 101 CO impute au débiteur le dommage causé par ses auxiliaires «dans l'accomplissement de leur travail». Il faut ainsi un rapport de connexité entre les tâches confiées à l'auxiliaire (ou assumées par lui du consentement du débiteur), le rapport d'obligation qui lie le débiteur au créancier lésé et le dommage causé au créancier (THÉVENOZ, op. cit., n. 22 ad art. 101 CO). Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire exigent que l'auxiliaire ait causé le dommage dans l'exécution de ses tâches et pas seulement à l'occasion de leur exécution. Il faut un rapport de causalité fonctionnel en ce sens de l'acte dommageable doit constituer en même temps

une inexécution ou une exécution défectueuse de l'obligation contractée par l'employeur à l'égard du lésé (THÉVENOZ, op. cit., n. 23 ad art. 101 CO; ATF 92 II 15, JdT 1966 I 526).

Il convient par ailleurs de distinguer l'auxiliaire du représentant. Représentation directe (art. 32 ss CO) et exécution par un auxiliaire (art. 101 CO) permettent à une personne (le tiers, le créancier) d'imputer à une autre personne (le représenté, le débiteur) les effets du comportement d'une troisième personne (le représentant, l'auxiliaire). Elles se distinguent par leurs conditions, la nature du comportement en question et leurs effets. La représentation consiste à émettre des déclarations de volonté, d'autres actes juridiques ou encore des actions analogues dans le but de produire des effets juridiques dans la sphère juridique du représenté, alors que l'auxiliaire déploie en principe une activité de fait pour le compte du débiteur dont la mauvaise exécution est source d'une responsabilité (dommages-intérêts) pour celui-ci (THÉVENOZ, op. cit., n. 18 ad art. 101 CO).

3.3 En l'espèce, on ne se trouve pas dans l'hypothèse où un auxiliaire du débiteur contrevient à une obligation du débiteur envers le créancier dans le cadre d'une obligation préexistante, mais dans l'hypothèse inverse où l'auxiliaire de l'employeur contrevient à ses obligations envers ce dernier dans le cadre d'une relation contractuelle avec un tiers. L'art. 101 CO, qui permet au tiers qui a subi un dommage de se retourner contre l'employeur, quand bien même c'est l'auxiliaire qui a mal exécuté la tâche contractuelle confiée, est donc inapplicable. En revanche, il y aura lieu d'examiner si les actes des contremaîtres sont susceptibles de lier l'employeur en vertu des art. 32 ss CO (cf. consid. 4.2, infra).

4.

4.1 Celui qui fournit une prestation supérieure à ce qu'il doit selon le contrat en s'imaginant l'exécuter ne peut réclamer la différence que selon les règles sur l'enrichissement illégitime et non en vertu du contrat (ATF 133 III 356 consid. 4.2.1, JdT 2008 I 91). Après avoir payé le salaire qu'il estimait approprié, l'employeur ne peut en obtenir la restitution qu'aux conditions de l'art. 63 CO; il ne peut réclamer à titre de dommages-intérêts ce qu'il aurait payé à titre de salaire excessif eu égard au temps consacré par le travailleur à son employeur (AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n. 103, p. 108; CREC I 21 février 2006/285; CREC I 9 mars 2005/221).

Aux termes de l'art. 62 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution (al. 1). La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister (al. 2).

Selon l'art. 63 CO, celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé (al. 1). Ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral ne peut être répété (al. 2).

L'action fondée sur l'enrichissement illégitime repose sur quatre conditions, à savoir l'enrichissement d'une personne, l'appauvrissement d'une autre, un rapport de causalité entre ces deux éléments et l'absence d'une cause légitime (ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., 1997, p. 584; CHAPPUIS, *Commentaire romand*, 2^e éd., 2012, n. 3 ad art. 62 CO). En revanche, l'enrichissement illégitime ne sanctionne pas la violation d'une norme de comportement ni ne repose sur un reproche moral adressé à l'enrichi, de sorte que la faute est absente des conditions de l'art. 62 CO (CHAPPUIS, *op. cit.*, n. 62 ad art. 62 CO).

L'art. 63 CO constitue une règle de preuve et exprime l'interdiction d'avoir des comportements contradictoires (CHAPPUIS, *op. cit.*, n. 2 s. ad art. 63 CO). Il n'y a lieu à répétition de l'indu conformément à l'art. 63 al. 1 CO que s'il est établi que le débiteur a fourni sa prestation volontairement et ensuite d'une erreur sur son devoir de payer. L'attribution involontaire est réalisée notamment lorsqu'elle est effectuée sous la pression d'une poursuite (art. 63 al. 3 CO), sous l'empire de la gêne (art. 21 al. 1 CO) ou en raison d'une crainte fondée (art. 29 CO). Est dans l'erreur celui qui s'exécute en partant de l'idée fausse que la dette est due; il suffit que l'erreur ait été déterminante pour le paiement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit excusable ou essentielle; elle peut être de fait ou de droit (TF 5C.51/2004 du 28 mai 2004 consid. 7.1; ATF 129 III 646 consid. 3.2, JdT 2004 I 105; ATF 123 III 101 consid. 3a, JdT 1997 I 586 consid. 3a; TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5^e éd., 2012., n. 1847, p. 309; CHAPPUIS, *op. cit.*, n. 8 ad art. 63 CO). Peut ainsi agir en enrichissement illégitime l'appauvri qui aurait pu se rendre compte de son erreur (SCHULIN, *Basler Kommentar*, 6^e éd., 2015, n. 4 ad art. 63 CO), ce qui se justifie par le fait que l'institution de la répétition de l'enrichissement illégitime a pour but de corriger un enrichissement qui est injustifié parce qu'il est en contradiction avec le droit matériel (ATF 129 III 646 consid. 3.2, JdT 2004 I 105; CHAPPUIS, *op. cit.*, n. 8 ad art. 63 CO).

Le demandeur doit établir, soit qu'il a exécuté la prestation involontairement, soit qu'il l'a faite ensuite d'une erreur sur l'existence de la dette. Le fardeau de la preuve de l'erreur est à la charge du demandeur (art. 8 CC): il doit alléguer et prouver qu'il s'est exécuté dans l'intention d'éteindre une dette, que celle-ci n'était en réalité pas due et qu'il a cru par erreur qu'elle l'était. Selon la jurisprudence, la preuve du fait négatif que constitue l'inexistence de la dette est toutefois tempérée par les règles de la bonne foi, qui obligent le défendeur à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la contre-preuve de l'existence de la dette. Pour que la contre-preuve soit couronnée de succès, il suffit qu'elle affaiblisse la preuve principale; il n'est pas nécessaire de convaincre le juge que la contre-preuve est concluante (TF 5C.51/2004 du 28 mai 2004 consid. 7.1; ATF 123 III 101 consid. 3a, JdT 1997 I 586 consid. 3a; PETITPIERRE, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 1^{er} éd., Bâle 2003, nn. 12-13 ad art. 63 CO). S'agissant de la preuve de l'erreur, le juge ne doit pas ap-

précier de façon trop stricte les circonstances. L'erreur est admissible lorsque, d'après les faits de la cause, il est exclu que l'auteur du paiement ait agi dans l'intention de donner. Il faut prendre en considération que dans les relations d'affaires, il n'y a en principe jamais intention de donner (ATF 64 II 121 consid. 4 et 5f, JdT 1938 I 599; PETITPIERRE, op. cit., n. 13 ad art. 63 CO).

4.2 Il convient dès lors d'examiner si le salaire a été versé sans cause, à savoir pour des heures pour lesquelles l'intimé n'a en réalité pas travaillé et sans que celui-ci puisse se prévaloir de ce que son employeur a versé ledit salaire en connaissance de cause.

4.2.1 L'appelante soutient que le premier juge n'a pas analysé la problématique des pauses de midi. Elle observe qu'à l'exception du témoin T7., tous les autres témoignages concorderaient en ce sens que la pause de midi était de 30 minutes et qu'il est établi qu'elle n'acceptait pas que les pauses de midi soient raccourcies. L'intimé se serait donc indûment enrichi pour les pauses de midi non timbrées ou insuffisamment timbrées.

En l'espèce, le témoin T1. a indiqué que les employés avaient toujours été en mesure de faire leurs pauses de midi, même à quelques jours de Noël où la charge de travail était importante, et que cela valait aussi pour ceux qui travaillaient à la production. La durée de la pause de midi était de 30 minutes, y compris pour ceux qui travaillaient à la production. Le témoin T2. a confirmé que la pause de midi était de 30 minutes et que les employés avaient toujours pris ces pauses et qu'ils pouvaient sortir. Le témoin a précisé qu'en tant que sous-chef, l'intimé pouvait prendre ses pauses lorsqu'il le désirait. Le témoin T3. a déclaré que la pause de midi était d'une demi-heure, y compris pour l'intimé. Interrogée sur le point de savoir si l'intimé pouvait parfois ne pas prendre ses pauses de midi pour cause de surcharge de travail, le témoin a répondu qu'elle le voyait manger à la cantine ou dehors et non à sa place de travail. Le témoin T4. a indiqué que tout le monde avait le droit de prendre sa pause de midi et que la direction ne l'avait jamais interdit. Le témoin T6. a exposé que la pause de midi était de 30 minutes et que, lorsqu'il travaillait au four, il pouvait toujours prendre sa pause de midi. Seul le témoin T7. a indiqué que l'intimé n'avait pas pu prendre sa pause entière à midi lors de certaines périodes, en précisant que les employés souhaitaient souvent prendre moins de temps à midi pour partir plus tôt après. Il a ajouté que l'entreprise n'admettait pas que les employés fissent une pause raccourcie, mais que cela se faisait quand même et arrangeait tout le monde.

Il y a lieu de s'en tenir aux déclarations concordantes des cinq premiers témoins dont il résulte que tous les employés, y compris l'intimé, ont régulièrement pris leur pause de midi, qui était d'une demi-heure. Les déclarations de T7., qui n'est pas précis sur les périodes durant lesquelles l'intimé n'aurait pas pu prendre sa pause de midi et dont le témoignage sur la pratique des pauses raccourcies de midi n'a pas été confirmé par les autres témoins, ne sont pas déterminantes sur ce point.

L'intimé ne conteste pas l'exactitude des décomptes de timbrage produits en procédure par l'appelante, ni avoir été rémunéré sur la base de ces décomptes. Il ne conteste pas non plus les explications qui ont été données à ce sujet par l'appelante, de sorte que celles-ci peuvent être suivies. On peut ainsi retenir que 7'575 minutes, soit 126,25 heures ont été comptées à tort comme temps de travail alors que l'intimé était en pause ou aurait dû l'être.

4.2.2 L'appelante fait valoir que les témoins T7. et T1. auraient majoré les samedis travaillés par l'intimé de 25%, alors que le contrat de travail ne le prévoit pas et que la direction avait refusé de majorer ces heures. L'intimé devrait donc restituer le trop perçu.

En l'espèce, il ressort des témoignages de T1. et de T7. que ce dernier a, de sa propre initiative, modifié les heures de pointage de certains employés, dont l'intimé, en majorant artificiellement leur temps de travail de 25%. T7. a précisé que, pour la majoration du travail le samedi et le dimanche, il rajoutait systématiquement en heures ce qui équivalait à la majoration due. En relation avec la pièce 116, il a précisé que lorsqu'il était écrit un certain nombre d'heures avec la mention «samedi 25%», il fallait comprendre que le total indiqué en heures incorporait déjà la majoration et que l'intimé avait donc travaillé concrètement 4/5^{es} de ce total et que, pour les samedis où il n'y avait pas la mention «samedi 25%», la correction manuelle correspondant à la majoration due avait quand même été opérée.

Il est par ailleurs établi que le contrat de travail ne prévoit aucune majoration de salaire pour les heures travaillées le samedi. Il résulte en outre des témoignages qu'il y avait eu du mécontentement parmi les employés et des vaines discussions avec l'employeur sur ces majorations (témoins T2. et T5.) et que l'intimé y avait été présent (témoin T2.). Dans ces circonstances, l'intimé ne pouvait de bonne foi considérer que ses supérieurs avaient le pouvoir de représenter l'employeuse dans la manipulation de la timbreuse dont il profitait, les conditions de la représentation des art. 32 ss CO n'étant pas réalisées.

Il ressort de la pièce 116 que 16,35 heures, avec la mention «samedi 25%», ont été décomptées comme travaillées, alors que tel n'était pas le cas. Comme le relève l'appelante, il faut tenir compte en réalité de tous les samedis, au vu du témoignage de T7., et il y a lieu de suivre le tableau figurant en p. 9 de l'appel – qui n'est pas contesté comme tel par l'intimé – en ajoutant 33,85 heures non travaillées mais rémunérées, soit un total de 50,2 heures.

4.2.3 L'appelante soutient que le premier juge n'a pas examiné la question des jours fériés. Elle fait valoir que l'intimé n'aurait en réalité pas travaillé durant 22 jours fériés de janvier 2010 à mai 2013, soit pendant 244,2 heures, alors que la timbreuse a retenu ces jours-là comme des jours de travail.

A cet égard, l'intimé n'a jamais prétendu qu'il avait travaillé durant ces 22 jours fériés et s'est contenté d'alléguer que c'était à l'appelante

d'assumer son erreur de rémunération des jours fériés. Il n'a pas plus contredit l'appelante sur le nombre d'heures concernées dans le cadre de sa réponse à l'appel et l'on peut dès lors retenir les allégations de l'appelante sur ce point, qui sont étayées par les décomptes de la timbreuse.

4.2.4 L'appelante prétend enfin que le premier juge n'a pas non plus examiné la question des jours d'absence de l'intimé pour cause de maladie. Elle expose que les décomptes de timbrage indiquent que l'intimé a travaillé durant cinq jours, soit durant 39,23 heures, alors qu'il était en réalité malade, et que le contremaître T7. a violé la directive interne de février 2009 en rajoutant ces heures à la timbreuse.

Le caractère indû de ce paiement ressort effectivement du témoignage de T7. qui a admis qu'il trouvait pénalisant pour ceux qui travaillaient bien de perdre trois jours de salaire, de sorte qu'il avait pris l'habitude de rajouter ces heures dans ces cas-là, à l'encontre des directives internes. On relèvera que, dans le cadre d'un accord dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO, il est admissible de mettre à charge du travailleur un délai de carence de deux-trois jours (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, p. 247).

4.2.5 Il résulte de ce qui précède que l'intimé a été rémunéré, alors qu'il n'avait pas travaillé, concernant les pauses de midi (126,25 heures), la majoration des heures effectuées le samedi (50,2 heures), les jours fériés (244,2 heures) et les jours d'incapacité de travail (39,38 heures), soit pour un total de 460,03 heures.

Il n'est pas contesté que ces heures ont été payées par erreur, soit dans l'ignorance de leur caractère indû, de sorte qu'il y a lieu de constater que l'intimé a été enrichi indûment pour toutes ces heures. C'est en vain que l'intimé se prévaut de sa bonne foi et de son absence de faute, qui n'est pas une condition de l'action en enrichissement illégitime. De toute manière, l'intimé ne pouvait considérer de bonne foi que ses supérieurs étaient habilités à manipuler la timbreuse.

Le fait que l'employeur n'ait pas effectué de contrôle sur les timbrages, respectivement sur les manipulations effectuées par les contremaîtres, est également sans pertinence, l'institution ayant pour but de corriger un enrichissement qui est injustifié parce qu'il est en contradiction avec le droit matériel.

5.

5.1 L'intimé fait valoir qu'il ne serait plus enrichi, de sorte qu'il ne serait plus tenu à restitution.

5.2 Il n'y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition; à moins cependant qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer (art. 64 CO). On comprend par dessaisissement le fait pour l'enrichi d'avoir notamment transféré, aliéné ou donné l'objet censé être restitué (CHAPPUIS, op. cit., n. 21 ad art. 64 CO). La bonne foi est niée quand

l'enrichi pouvait, au moment du transfert, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait ou devait savoir en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (art. 3 al. 2 CC; ATF 130 V 414; ATF 93 II 373, JdT 1969 249); l'enrichi ne peut valablement invoquer le dessaisissement intervenu de mauvaise foi (CHAPPUIS, op. cit., nn. 38 et 39 ad art. 64 CO).

L'enrichi de bonne foi n'est tenu à restituer que dans la mesure de l'enrichissement qui subsiste lors de la répétition de l'indu; il ne doit pas être placé dans une situation inférieure à celle qui serait la sienne si le versement indu ne s'était pas produit (TF 4A_296/2012 du 12 novembre 2012 consid. 5; CHAPPUIS, op. cit., nn. 26 à 28 ad art. 64 CO).

Dans la mesure où la disparition de l'enrichissement est une objection, c'est à l'enrichi de prouver les faits qui diminuent ou suppriment son obligation de restituer (PETITPIERRE, op. cit., n. 46 ad art. 64 CO; ATF 92 II 168 consid. 6c).

5.3 En l'espèce, les seules allégations d'absence d'enrichissement de l'intimé ne font pas la preuve, qui lui incombait, de cet élément.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 31 août 2016 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 13 mai 2016 par le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois)

Art. 319 al. 2 CO. De manière plus large que ce que laisse supposer le texte incomplet de la loi, le travailleur peut s'engager à travailler à temps partiel de manière régulière et irrégulière. Travaille de manière régulière l'employé qui fournit sa force de travail selon une durée stable par semaine, par mois ou par année, que l'horaire soit fixe ou variable (jours variables suivant les besoins de l'employeur). Travaille de manière irrégulière l'employé qui travaille selon une durée variable, par exemple quelques heures de travail dont le nombre varie de semaine en semaine (c. 4.2.1).

Si le travailleur a la liberté d'accepter ou de refuser la mission confiée et que néanmoins le temps de travail est partiel et n'est pas fixé de manière régulière, on se trouve en présence de travail à temps partiel irrégulier, qui se distingue du travail occasionnel ou auxiliaire par l'existence d'un rapport contractuel de base d'une certaine durée. Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut être tenu de garantir au travailleur un temps de travail minimum et le travailleur ne peut réclamer, même pendant le délai de résiliation, un salaire correspondant à la moyenne des heures effectuées antérieurement (c. 4.2.1).

En l'espèce, le contrat de travail conclu entre les parties est certes intitulé « contrat de travail sur appel ». La dénomination d'un contrat n'est toutefois pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (c. 4.2.2). En réalité, l'employé travaillait selon des horaires irréguliers, ceux-ci variant d'un mois à l'autre. Les horaires étaient planifiés à l'avance. Par ailleurs, l'employé n'avait pas l'obligation de se tenir à disposition de l'employeur. Ainsi, il convient de retenir que la volonté des parties était d'être liées par un contrat de travail à temps partiel irrégulier et non pas par un contrat de travail sur appel (c. 4.3.1).

Extraits des faits:

T. a été engagé par E. SA dès le 1^{er} février 2014, pour une durée indéterminée, en qualité de livreur de pièces. Le contrat a été signé par les parties le 12 février 2014. Ce contrat de travail avait notamment la teneur suivante:

«Contrat de travail sur appel

1. Type de travail: le travailleur est engagé en qualité de livreur de pièces détachées. Il est chargé notamment des tâches suivantes: tris + chargement des pièces du magasin et livraisons aux garages et clients. [...] 5. Temps de travail: le présent contrat porte sur du travail sur appel. Les plannings hebdomadaires sont fixés au minimum le lundi précédant. Le temps de travail sera fixé en fonction des tournées à effectuer. 6. Salaire: le salaire horaire est de CHF 25.- de l'heure brut. Ce montant est composé de la manière suivante: salaire horaire de base CHF 20.00; montant afférant aux vacances (8,33%) CHF 1.67; part au 13^{ème} salaire (8,33%) CHF 1.67; indemnité équitables pour les attentes CHF 1.67; salaire horaire total CHF 25.01; sous déduction des charges sociales qui sont en vigueur. [...]. 8. Droit applicable: pour le surplus, la Convention collective de travail des garages du canton de Vaud ainsi que les dispositions du Code des obligations sont applicables, font partie intégrante du présent contrat [...].»

Par courrier recommandé du 26 juin 2015, T. a demandé à E. SA d'appliquer la Convention collective de travail des garages du canton de Vaud et l'a mise en demeure de lui verser les différences de salaire et 13^e salaire, ainsi que les indemnités perte de gain maladie. Son courrier avait la teneur suivante: «[...] Vous m'avez engagé le 01.02.2014 en qualité de livreur de pièces détachées, mon travail consiste dans le tris + chargement des pièces du magasin et livraison aux garages et clients. Dans ce contrat, vous ne précisez pas mon horaire ni mon temps d'occupation, vous faites allusion à un temps de travail fixé en fonction des tournées à effectuer, qui ressemble au «travail sur appel» qui n'est pas autorisé par l'art. 26 de la dite CCT. D'autre part, vous me fixez un salaire de Frs. 25.00 de l'heure avec vacances, 13^{ème} salaire et indemnité d'attentes! Tout compris! Cette manière de faire n'est pas en conformité avec l'art. 33 de la dite CCT. En effet, mon salaire minimum en qualité d'assistant de commerce de détail,

logistique des pièces détachées devait être de Frs. 4'000.00 en 2014 et 4'070 par mois en 2015. De plus, vous ne me payez pas mon 13^{ème} salaire comme le prévoit l'art. 36 de la CCT, ni les jours fériés conformément à l'art. 31 de la dite CCT. Par conséquent, basé sur le décompte en annexe, je vous mets en demeure de me verser les montants de FRs. 10'860.90 bruts pour différence de salaire et Frs. 2'390.00 nets pour des indemnités perte de gain maladie. Sans réponse ni paiement de votre part d'ici le 17 juillet 2015, je me verrai dans l'obligation de saisir le tribunal de Prud'hommes [...]. » Le courrier est resté sans réponse de la part de E. SA.

En date du 27 août 2015, T. a actionné E. SA par devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois. Par jugement du 13 mai 2016, le Tribunal a admis partiellement la demande. En droit, les premiers juges ont considéré en substance que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail sur appel, mais par un contrat de travail ordinaire. Constatant ensuite que le contrat de travail ne mentionnait pas clairement un temps de travail partiel, ils ont retenu que l'employeur était tenu de rétribuer le demandeur selon le salaire mensuel pour la durée normale de travail, soit 42 heures par semaine. Par acte du 16 juin 2016, l'employeuse E. SA a interjeté appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'appelante ne conteste pas l'application de la CCT aux rapports de travail litigieux, ni la catégorisation de l'employé dans le groupe VI de l'art. 33 CCT. Elle reproche en revanche aux premiers juges d'avoir considéré que le contrat ne précisait pas clairement un temps de travail partiel et que l'employé devait ainsi être rétribué à raison de la durée normale du travail, soit 42 heures par semaine, même s'il avait effectivement travaillé à temps partiel.

4.2

4.2.1 Selon l'art. 319 al. 2 CO, est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel). Le critère de régularité du travail cité dans cette disposition n'exige pas que le travailleur déploie son activité à des intervalles réguliers (BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl. 2014, n. 11 ad art. 319 OR; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail Code annoté, 2^e éd. 2010, n. 2.1 ad art. 319 CO). De manière plus large que ce que laisse supposer le texte incomplet de la loi, le travailleur peut s'engager à travailler à temps partiel de manière régulière et irrégulière. Travaille de manière régulière l'employé qui fournit sa force de travail selon une durée stable par semaine, par mois ou par année, que l'horaire soit fixe ou variable (jours variables suivant les besoins de l'employeur). Travaille de manière irrégulière l'employé qui travaille selon une

durée variable, par exemple quelques heures de travail dont le nombre varie de semaine en semaine (DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, 2013, n. 50 ad art. 319 CO). Notre Haute Cour a eu l'occasion d'indiquer, référence faite notamment à l'auteur précité, qu'au sens étroit, la notion de travail à temps partiel correspond, en règle ordinaire, à un temps de travail réduit par rapport à l'horaire normal dans une entreprise; cependant, de manière plus large, elle englobe aussi le travail irrégulier, par exemple quelques heures de travail dont le nombre varie de semaine en semaine ou encore des périodes de travail qui se succèdent (TF 8C_859/2012 du 29 juillet 2013 consid. 7.2.1 et les références citées).

La doctrine distingue le travail à temps partiel, au sens de l'art. 319 al. 2 CO, du travail auxiliaire ou occasionnel et du travail sur appel (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.2 ad art. 319 CO, p. 28 s.). Le contrat de travail sur appel (*Arbeit auf Abruf* ou *kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit* – KAPOVAZ) se caractérise par le fait que le travailleur doit se tenir à disposition de l'employeur et ne peut refuser l'appel de celui-ci (CACI 11 août 2014/427 et réf.; CREC 10 mai 2000/185, publié in *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2001*, p. 333 et réf.; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.4 ad art. 319 CO; CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n. 13 ad art. 319 CO; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd., 2014, p. 38; PORTMANN/RUDOLPH, *Basler Kommentar OR I*, 6^e éd., 2015, n. 19 ad art. 321 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Praxiskommentar Arbeitsvertrag*, 7^e éd., 2012, n. 18 ad art. 319 CO p. 111; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2004, n. 6 ad Travail à temps partiel). Il se caractérise par un rapport contractuel de durée indéterminée dans lequel le moment et la durée de la prestation du travailleur sont définis unilatéralement par l'employeur (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.4 ad art. 319 CO). Si le travailleur a la liberté d'accepter ou refuser la mission confiée et que néanmoins le temps de travail est partiel et n'est pas fixé de manière régulière, on se trouve en présence de travail à temps partiel irrégulier (*uneigentliche Teilzeitarbeit*), qui se distingue du travail occasionnel ou auxiliaire par l'existence d'un rapport contractuel de base d'une certaine durée (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.3 ad art. 319 CO; CARRUZZO, op. cit., n. 12 ad art. 319 CO; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 132–133; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n. 18 ad art. 319 CO p. 116; EGLI, *Neue Tendenzen bei Teilzeitarbeit*, in *Revue suisse de jurisprudence [RSJ] 96/2000*, p. 208). Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut être tenu de garantir au travailleur un temps de travail minimum et le travailleur ne peut réclamer, même pendant le délai de résiliation, un salaire correspondant à la moyenne des heures effectuées antérieurement (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n. 2.3 ad art. 319 CO et réf.; EGLI, op. cit., p. 208 et réf.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n. 18 ad art. 319 CO pp. 116–117).

4.2.2 La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 131 III 217 consid. 3; ATF 129 III 664

consid. 3.1, rés. in JdT 2004 I 60; TF 4C.66/2006 du 28 juin 2006 consid. 2.1.1). Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Hormis la teneur de la convention des parties, il y a lieu de s'appuyer sur l'ensemble des circonstances de la conclusion et de l'exécution du contrat. Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les comportements et les déclarations selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvaient être comprises, de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, JdT 2006 I 568; ATF 131 III 606 consid. 4.1, rés. in JdT 2006 1126 ; ATF 129 III 664 consid. 3.1, rés. in JdT 2004 I 60 ; ATF 129 III 118 consid. 2.5, JdT 2003 I 144).

4.3

4.3.1 En l'espèce, il y a lieu de déterminer en premier lieu si le contrat conclu entre les parties est un contrat de travail sur appel, proscrit par la convention collective, ou un contrat de travail à temps partiel irrégulier.

Le contrat de travail est certes intitulé «contrat de travail sur appel» et son article 5 fait état de travail sur appel («Le présent contrat porte sur du travail sur appel»). Ce même article fait aussi état de plannings hebdomadaires et de temps de travail fixé en fonction des tournées à effectuer. Cette terminologie traduit un temps de travail variable ou irrégulier en fonction de la charge de travail, laquelle est formalisée par le biais des plannings hebdomadaires. Les décomptes de salaire produits montrent que l'employé travaillait selon des horaires irréguliers, ceux-ci variant d'un mois à l'autre. Le témoin L., chef direct du demandeur, a confirmé que des plannings de livraisons étaient communiqués environ un mois à l'avance aux employés, tout en restant modifiables en fonction des demandes. Il s'ensuit que l'intimé n'avait pas l'obligation de se tenir à disposition de l'appelante. Si son temps de travail pouvait varier de manière importante, il était néanmoins généralement défini à l'avance selon un planning hebdomadaire, communiqué un mois à l'avance, de sorte que l'intimé ne se trouvait jamais dans une situation d'attente d'un éventuel appel de l'appelante auquel il devait être en mesure de donner suite immédiatement. Dans ces circonstances, on ne saurait retenir que l'intimé était soumis à l'obligation de se tenir à disposition de l'appelante sans prévisibilité quant à ses périodes d'activité. Au contraire, les horaires étaient planifiés à l'avance. Par ailleurs, les rapports de travail s'étendent sur une longue période et impliquent de la part du travailleur des prestations à des intervalles plus ou moins réguliers. Ainsi, il convient de retenir que la volonté des parties était d'être liées par un contrat de travail à temps partiel irrégulier (uneigentliche Teilzeitarbeit) et non pas par un contrat de travail sur appel. Les premiers juges n'ont d'ailleurs pas considéré qu'il s'agissait d'un contrat de travail sur appel – ce qui n'est

pas contesté en seconde instance. Ils ont admis que le travailleur pouvait être employé à temps partiel, mais ont considéré que, comme aucune mention du temps de travail partiel ne figurait sur le contrat, il convenait de rétribuer le travailleur selon le salaire mensuel pour la durée normale du travail.

4.3.2 Il découle des définitions qui précèdent (supra, consid. 4.2.1) que la durée de travail dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel irrégulier n'est pas nécessairement connue, puisqu'elle est variable. Dans cette hypothèse, il est probable qu'au début de la relation contractuelle, le contrat de travail ne fera pas mention de la durée de travail, non connue en tous les cas la première année de service. Pour AUBERT, pendant la première année de service, les parties peuvent s'abstenir de fixer contractuellement la durée du travail; dès la deuxième année, elles doivent fixer une durée journalière, hebdomadaire ou mensuelle du travail; en l'absence d'accord à cet égard, c'est la durée moyenne qui fait règle (GABRIEL AUBERT, *Le travail à temps partiel irrégulier*, in: *Mélanges Alexandre Berenstein*, 1989, p. 215 ss, 229 et 234). La Cour d'appel civile a considéré que la protection impérative de l'art. 335c CO ne pouvait pas être étendue à toute la durée des rapports de travail et qu'ainsi le travailleur pouvait prétendre au versement d'un salaire égalant au moins la moyenne des salaires antérieurs uniquement pendant la durée du délai de congé; s'agissant de prétentions salariales hors délai de congé, elle a retenu que la rémunération devait être appréciée en fonction d'une moyenne d'heures calculées non pas sur toute la période de travail, mais année par année, voire semestre par semestre (CACI 11 août 2014/427, consid. 3.3.2 et 3.3.3).

On ne voit pas en quoi l'absence de toute mention de durée dans le contrat justifierait de ne pas admettre l'existence d'un contrat de travail à temps partiel irrégulier, dont il a été retenu ci-dessus qu'il correspondait à la volonté des parties. On ne saurait en particulier reprocher à l'employeur de ne pas avoir fait mention de la durée du temps de travail, puisque cette donnée factuelle lui était inconnue au moment de la signature du contrat. La teneur de l'art. 25 ch. 1 CCT, aux termes duquel la durée normale du travail est de 42 heures par semaine pour tous les travailleurs, ne permet pas d'aboutir à un résultat différent.

En conséquence, l'employé ne peut prétendre à un complément de salaire équivalent à la différence entre les heures effectuées et un plein temps. On observera encore, à titre superfétatoire, qu'il n'a pas été allégué par l'employé que pour la deuxième année d'emploi, son occupation, et donc sa rémunération, auraient été moindres que pour sa première année de service. A juste titre, puisque le salaire mensuel brut moyen de 3'003 fr. 55 pour la période de février 2014 à fin janvier 2015 (première année) est inférieur à celui correspondant aux mois de février à mai 2015 (deuxième année); on ne saurait y voir le fondement d'une quelconque prétention du travailleur. Il sied de relever que la prétention relative au mois d'août 2015

a été écartée par les premiers juges, sans que l'intimé n'y revienne. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question.

Le grief de l'appelante doit ainsi être admis.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 4 novembre 2016 (Admission partielle de l'appel principal interjeté contre le jugement rendu le 24 juillet 2015 par la Chambre patrimoniale cantonale)

Art. 34 al. 1 CPC. Les faits sont doublement pertinents ou de double pertinence lorsque les faits déterminants pour la compétence du tribunal sont également ceux qui sont déterminants pour le bien-fondé de l'action. C'est à ces faits que s'applique la théorie de la double pertinence. Sont doublement pertinents les faits qui ont trait à l'existence du contrat de travail. Ne sont, en revanche, que des faits de simple pertinence ceux de caractère purement géographique comme le siège ou le domicile du défendeur ou le lieu d'accomplissement du travail (c. 3.2.3).

Selon la théorie de la double pertinence, le juge saisi doit examiner sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des objections de la partie défenderesse. L'administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond (c. 3.2.4).

Selon la théorie de la double pertinence, si le tribunal se rend compte, après l'administration des preuves sur les faits doublement pertinents, que sa compétence n'est en réalité pas donnée, il ne peut pas et ne doit pas rendre un nouveau jugement sur sa compétence. Dans un tel cas, il doit bien plutôt rejeter la demande par un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée. Dans le cas d'espèce, les premiers juges qui ont constaté que le fait de double pertinence ayant trait à l'existence d'un contrat de travail n'était pas démontré, auraient dû rejeter la demande par un jugement au fond, et non prononcer l'irrecevabilité de la demande (c. 3.4.1).

Extraits des faits:

Le 6 avril 2007, le 23 février 2011, le 13 mai 2011 et le 2 septembre 2011 respectivement, D., A., C. et B. (les demandeurs) ont chacun conclu avec X. SA et Y. SA (les défenderesses) un contrat intitulé «contrat de collaboration». Les demandeurs ont été engagés en qualité de «conseiller indépendant» dans l'optique de «collaborer («conseiller associé») avec [...]

en vue de démarcher et d'obtenir des mandats en matière de consultation, coaching, entraînement et évaluation». Le chiffre 15 des contrats prévoyait notamment ce qui suit: «[...] Tous les différends qui apparaissent dans le cadre ou en relation avec le contrat devaient être réglés selon les règles de la Fédération suisse des associations de médiation. Jusqu'à la fin de la médiation, il sera renoncé à l'introduction d'une action en justice. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le médiateur, celui-ci sera choisi par le président de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM).» A leur même chiffre 15, les contrats de A., C. et D. contenaient par ailleurs une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux bernois («Le Tribunal compétent est à Berne»). S'agissant du contrat de B., la prorogation de for était effectuée en faveur des tribunaux fribourgeois («Le Tribunal compétent est à Fribourg»).

Dans le courant de l'année 2011, les défenderesses, en accord avec les demandeurs, ont loué des bureaux à [...], dans lesquels les demandeurs ont exercé leur activité. Par courrier recommandé du 25 novembre 2011, les demandeurs ont imparti aux défenderesses un délai de trente jours pour remédier à toute une série de prétendus manquements aux contrats, faute de quoi ils se réservaient de procéder à leur résiliation. Par courrier recommandé du 31 décembre 2011, relevant que les manquements invoqués dans leur courrier du 25 novembre 2011 n'avaient pas été réparés, les demandeurs ont signifié aux défenderesses la résiliation de leurs contrats avec effet immédiat. Ils les ont par ailleurs mises en demeure de leur verser différents montants. Le 6 janvier 2012, les défenderesses ont informé les demandeurs qu'elles rejetaient toute prétention de leur part et qu'elles se préparaient au contraire à agir contre eux.

En date du 25 juin 2012, A., B., C. et D. ont actionné X. SA et Y. SA, solidairement, par devant la Chambre patrimoniale cantonale. Les prétentions des demandeurs ont pour fondement des dommages-intérêts pour perte de salaire, des indemnités pour vacances non prises, des salaires impayés, des remboursements de frais de formation et de charges sociales ainsi que des indemnités forfaitaires contractuelles. En date du 10 décembre 2012, X. SA et Y. SA ont conclu au rejet de la demande et ont pris des conclusions reconventionnelles. Par jugement du 24 juillet 2015, la Chambre patrimoniale a déclaré la demande irrecevable. Par acte du 22 février 2016, A., B., C. et D. ont interjeté appel contre ce jugement. En date du 20 mai 2016, X. SA et Y. SA ont formé un appel joint.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Se fondant sur la théorie des faits de double pertinence et mettant en avant les critères qui commandent selon eux de retenir que les relations entre les parties relevaient du contrat de travail, les appelants font valoir

que leur demande du 25 juin 2012 déposée auprès de la Chambre patrimoniale cantonale était recevable.

Quant aux appelantes par voie de jonction, elles font valoir, subsidiairement à leur conclusion principale tendant au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, que ce dernier devrait être réformé en ce sens que la demande du 25 juin 2012 soit rejetée sur le fond. A l'appui de leur conclusion subsidiaire, elles font valoir que l'application de la théorie des faits de double pertinence telle qu'effectuée par les premiers juges devait les conduire à rejeter la demande du 25 juin 2012 et non à la déclarer irrecevable.

3.2

3.2.1 Sauf disposition contraire de la loi, les parties peuvent convenir d'un for pour le règlement d'un différend présent ou à venir résultant d'un rapport de droit déterminé; sauf disposition conventionnelle contraire, l'action ne peut être intentée que devant le for élu (art. 17 al. 1 CPC et art. 9 al. 1 aLFors).

La convention doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par texte (art. 17 al. 2 CPC et art. 9 al. 2 aLFors). La validité d'une renonciation au for du domicile du défendeur suppose que le cocontractant du renonçant puisse admettre de bonne foi que celui-ci, en acceptant le contrat, a aussi accepté la clause de prorogation de for. Lorsque la clause est claire et univoque, sa prise de conscience par une personne moyennement versée en affaires suffit (TF 4A_247/2013 du 14 octobre 2012 consid. 2.1.2; TF 4A_4/2015 du 9 mars 2015 consid. 2). La validité de la clause de prorogation de for nécessite que les parties aient déterminé de manière suffisamment claire quel tribunal elles déclarent compétent, afin que le tribunal désigné puisse constater sa compétence sans aucun doute (TF 4A_4/2015 du 9 mars 2015 consid. 2; ATF 132 III 268 consid. 2.3.3).

3.2.2 Aux termes de l'art. 35 al. 1 let. d CPC, qui reprend l'art. 21 aLFors, les demandeurs d'emploi ou les travailleurs ne peuvent renoncer aux fors prévus aux art. 32 à 34 CPC avant la naissance du litige ou par acceptation tacite.

Selon l'art. 34 al. 1 CPC, dont la teneur correspond à l'art. 24 al. 1 aLFors, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail.

3.2.3 Les faits déterminants pour l'examen de la compétence sont soit des faits «simples», soit des faits «doublement pertinents» (ATF 141 III 294 consid. 5.1; TF 4A_28/2014 du 10 décembre 2014 consid. 4.2).

Les faits sont simples lorsqu'ils ne sont déterminants que pour la compétence. Ils doivent être prouvés au stade de l'examen de la compétence, lorsque la partie défenderesse soulève l'exception de déclinatoire en contestant les allégués du demandeur (ATF 141 III 294 consid. 5.1; TF 4A_28/2014 du 10 décembre 2014 consid. 4.2.1; TF 4A_113/2014 du 15 juillet 2014 consid. 2.3, non publié in ATF 140 III 418; ATF 137 III 32

consid. 2.3; ATF 134 III 27 consid. 6.2.1; ATF 133 III 295 consid. 6.2; ATF 122 III 249 consid. 3b/bb).

Les faits sont doublement pertinents ou de double pertinence lorsque les faits déterminants pour la compétence du tribunal sont également ceux qui sont déterminants pour le bien-fondé de l'action. C'est à ces faits que s'applique la théorie de la double pertinence (ATF 141 III 294 consid. 5.1).

Sont doublement pertinents les faits qui ont trait à l'existence du contrat de travail. Ne sont que des faits de simple pertinence ceux de caractère purement géographique comme le siège ou le domicile du défendeur ou le lieu d'accomplissement du travail (ATF 137 III 32; RSPC 2011 p. 10).

3.2.4 Selon la théorie de la double pertinence, le juge saisi doit examiner sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande (der eingeklagte Anspruch und dessen Begründung), sans tenir compte des objections de la partie défenderesse (ATF 136 III 486 consid. 4 p. 487; TF 4A_630/2011 du 7 mars 2012 consid. 2.2, non publié in ATF 138 III 166).

L'administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond. Tel est notamment le cas lorsque la compétence dépend de la nature de la prétention alléguée, par exemple lorsque le for a pour condition l'existence d'un acte illicite ou d'un contrat (TF 4A_28/2014 du 10 décembre 2014 consid. 4.2.1; TF 4A_113/2014 du 15 juillet 2014 consid. 2.3; ATF 137 III 32 consid. 2.3; ATF 133 III 295 consid. 6.2; ATF 122 III 249 consid. 3b/bb).

Autrement dit, au stade de l'examen et de la décision sur la compétence, phase qui a lieu d'entrée de cause (cf. art. 60 CPC), les faits doublement pertinents n'ont pas à être prouvés; ils sont censés établis sur la base des allégués, moyens et conclusions du demandeur.

Ainsi, le tribunal doit décider, en fonction des écritures du demandeur, si, par exemple, un acte illicite a été commis:

- si tel n'est pas le cas, les conditions permettant de fonder la compétence du tribunal saisi ne sont pas remplies et la demande doit être déclarée irrecevable;
- si tel est le cas, le tribunal saisi admet sa compétence; l'administration des moyens de preuve sur les faits doublement pertinents, soit sur l'acte illicite, aura lieu ultérieurement dans la phase du procès au fond, soit au cours des débats principaux;
- si, dans cette dernière hypothèse, il se révèle alors que le fait doublement pertinent n'est pas prouvé, par exemple qu'il n'y a pas eu d'acte illicite, le tribunal rejette la demande, par un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée;
- s'il se révèle au contraire que le fait doublement pertinent est prouvé, par exemple que l'acte illicite a eu lieu, le tribunal examine alors les autres conditions de la prétention au fond (ATF 141 III 294 consid. 5.2).

Dans son arrêt du 10 décembre 2014 (TF 4A_28/2014), le Tribunal fédéral n'a pas entendu modifier ces principes qui sous-tendent la jurisprudence publiée, un changement de jurisprudence étant d'ailleurs soumis à des exigences strictes dont la réalisation n'y a pas été discutée (cf. ATF 136 III 6 consid. 3; ATF 140 II 334 consid. 6; TF 4A 546/2013 du 13 mars 2014 consid. 3; TF 5A 39/2014 du 12 mai 2014 consid. 3.2, non publié in ATF 140 III 167). Il relève cependant qu'il y a lieu de corriger l'erreur (cf. ATF 134 III 354 consid. 1.4 et 1.5) qui s'est glissée dans cet arrêt lorsqu'il y est dit que le «renvoi de l'administration des preuves au fond ne signifie évidemment pas qu'un rejet pour défaut de compétence ne puisse plus être prononcé» et «que le juge statuera sur la compétence [...]» (cf. BUCHER, Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, SJ 2015 II p. 67 ss).

Certes, après l'administration des preuves sur les faits doublement pertinents, le tribunal peut se rendre compte que, contrairement à ce qu'il avait décidé d'entrée de cause dans sa décision admettant sa compétence, celle-ci n'est en réalité pas donnée. Toutefois, il ne peut et ne doit pas alors rendre un nouveau jugement sur sa compétence, puisqu'il ne saurait revenir sur la décision qu'il a prise d'entrée de cause à ce sujet; lorsque, par exemple, l'existence d'un acte illicite n'est pas établie, il doit rejeter la demande par un jugement au fond, lequel est revêtu de l'autorité de la chose jugée. A cet égard, un défaut de la théorie pourrait en effet consister à autoriser le juge à constater sa compétence sans en vérifier toutes les conditions et à renvoyer l'examen des faits doublement pertinents à la procédure au fond, sans tenir compte de l'incidence des mêmes faits sur l'application des règles de compétence (BUCHER, op. cit., p. 72). Cette théorie est néanmoins justifiée dans son résultat, dès lors que le demandeur qui choisit d'introduire son action à un for spécial n'a pas un intérêt à pouvoir, en cas d'échec, la porter ensuite au for ordinaire ou à un autre for spécial (cf. en particulier MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, 2014, ch. 597 p. 157).

3.2.5 Il est fait exception à l'application de la théorie de la double pertinence – et au renvoi de l'administration des preuves sur les faits doublement pertinents à la phase du procès au fond – en cas d'abus de droit de la part du demandeur, par exemple lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable, lorsque les allégués sont manifestement faux (ATF 136 III 486 consid. 4 et les anciens arrêts cités; par la suite: ATF 137 III 32 consid. 2.3; TF 4A_31/2011 du 11 mars 2011 consid. 2; TF 4A_630/2011 du 7 mars 2012 consid. 2.2 publié in Pra 2012 no 102 p. 702; TF 4A_113/2014 déjà cité consid. 2.3; TF 4A_703/2014 du 25 juin 2015 consid. 5.3), ou encore lorsqu'au regard des allégués, il apparaît exclu de retenir la qualification du contrat ou de l'objet du litige telle que proposée par le demandeur, car la règle de for serait éludée (ATF 137 III 32 consid. 2.2 et 2.4.2). Dans ces cas, qui visent tous des situations d'abus, la partie adverse doit être protégée contre une tentative abusive du

demandeur de l'attirer au for de son choix (ATF 137 III 32 consid. 2.3; ATF 136 III 486 consid. 4).

3.3 En l'espèce, dans leur jugement du 24 juillet 2015, rendu à l'issue de plusieurs échanges d'écritures ainsi qu'après l'audition de témoins et la mise en œuvre d'une expertise, les premiers juges ont écarté la qualification de contrat de travail aux motifs que les demandeurs étaient libres d'organiser leur temps de travail et leur temps libre, qu'ils ont pu choisir les locaux de travail, qu'ils participaient au paiement du loyer relatifs à ces locaux tout en étant libres de travailler à un autre lieu, qu'à de très rares exceptions près, ils étaient libres d'accepter ou non les mandats qui leur étaient soumis, que la participation à des évaluations, à des séances de travail ou des colloques n'était pas obligatoire et n'entraînait pas de sanctions en cas d'absence, qu'ils concluaient les contrats avec leurs clients en leur nom propre, qu'ils n'avaient pas de revenus assurés, qu'ils assumaient le risque économique, qu'ils cotisaient aux assurances sociales, qu'ils étaient inscrits à une caisse de compensation ainsi qu'au registre du commerce en qualité d'indépendants et que, si la facturation était déléguée aux défenderesses, les demandeurs participaient toutefois financièrement à ces tâches administratives.

Les premiers juges ont encore relevé que des collaborateurs des défenderesses avaient signé des contrats intitulés «contrats de travail», prévoyant un salaire et d'autres aspects typiques d'un rapport de travail (par exemple, horaires et vacances), alors que les demandeurs avaient pour leur part été mis au bénéfice de «contrats de collaboration». Pour les magistrats de la Chambre patrimoniale cantonale, ce point démontrait que les défenderesses distinguaient les deux types de rapports.

Enfin, les clauses de non-concurrence figurant dans les contrats signés par les demandeurs – qui pouvaient laisser penser à des rapports de travail (cf. art. 340 al. 1 CO) – n'avaient qu'une portée limitée, puisque les demandeurs pouvaient continuer à travailler en gardant leurs propres clients, seuls les clients démarchés par d'autres conseillers des défenderesses étant visés par cette clause.

Pour tous ces motifs, les premiers juges ont retenu que la volonté commune des parties portait sur une large indépendance accordée aux demandeurs dans le cadre de leur activité professionnelle et que l'existence de rapports de travail était donc exclue.

Par conséquent, pour les premiers juges, les clauses de prorogation de for étaient valables et les fors régissant les conflits de droit du travail (art. 34 al. 1 CPC) ne trouvaient pas application, de sorte que la demande du 25 juin 2012 déposée par les demandeurs devant la Chambre patrimoniale cantonale devait être déclarée irrecevable *ratione loci*.

3.4

3.4.1 Alors qu'en présence de faits doublement pertinents, les premiers juges auraient dû admettre leur compétence sur la base des seules allégations des demandeurs et sans tenir compte des objections des défende-

resses, ils ont décliné leur compétence après avoir pourtant instruit au fond la question de l'existence d'un contrat de travail, notamment après l'audition de témoins et la mise en œuvre d'une expertise, en détaillant de manière complète et précise les raisons pour lesquelles on devait constater l'absence des éléments constitutifs d'un contrat de travail.

Or, selon la théorie de la double pertinence, si le tribunal se rend compte, après l'administration des preuves sur les faits doublement pertinents, que sa compétence n'est en réalité pas donnée, il ne peut pas et ne doit pas rendre un nouveau jugement sur sa compétence, puisqu'il ne saurait, après l'examen prévu à l'art. 60 CPC, réexaminer cette question qui doit être prise d'entrée de cause. Dans un tel cas, il doit bien plutôt rejeter la demande par un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée. Comme le relèvent à juste titre les auteurs cités plus haut (cf. consid. 3.2.3, supra), cette solution trouve sa justification par le fait que le demandeur qui choisit délibérément d'introduire son action à un for spécial n'a pas un intérêt à pouvoir, en cas d'échec, la porter ensuite au for ordinaire ou à un autre for spécial.

Ainsi, il faut en tirer la conclusion qu'en réalité, les premiers juges, constatant que le fait de double pertinence ayant trait à l'existence d'un contrat de travail n'était pas démontré, auraient dû rejeter la demande par un jugement au fond, et non prononcer l'irrecevabilité de la demande du 25 juin 2012.

Pour ces motifs, le jugement entrepris ne saurait être confirmé.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Kanton Zürich

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 11. Januar 2016 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 9. Februar 2015)

Teilklage (E. III.2.1–2.6); Medianlohn (E. III.3.2–3.3.); akzessorischer Charakter des Bonus (E. III. 3.4). Der Lohn für bereits geleistete Arbeit kann nicht von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis oder vom Verbleib im Unternehmen abhängig gemacht werden. Dies gilt namentlich für Sondervergütungen mit Lohncharakter. Dass die Fälligkeit des Bonus, der Lohnbestandteil darstellt, in das auf die Referenzperiode folgende Jahr verlegt wird, ändert daran nichts. Zwar können die Parteien aufgrund des dispositiven Charakters von Art. 322 OR den Lohn durch Vereinbarung während laufendem Arbeitsverhältnis vor Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist reduzieren. Eine solche Vereinbarung kann aber nur für die Zukunft Wirkungen entfalten und sich nicht auf bereits erbrachte Arbeitsleistungen beziehen (E. III.4.3).

Sachverhalt:

Der Kläger trat 1991 als Lehrling in den C. ein, um den Beruf eines kaufmännischen Angestellten zu erlernen. Nach Beendigung der Lehre erhielt er eine Festanstellung im Bereich Wertschriftenhandel/Obligationen als Trader. Am 29. Juni 1998 wurde das Arbeitsverhältnis von der Beklagten übernommen, die den Kläger per 1. Juli 1999 zum «Associate Director» und per 1. März 2006 zum «Director» beförderte. Aufgrund interner Restrukturierungen wurde der Kläger per 28. November 2012 freigestellt und in den sog. Coach-Prozess überführt; am 14. Januar 2013 erfolgte die Kündigung auf den 31. Juli 2013. Aufgrund einer Krankheit verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis 31. August 2013. Das fixe Jahressalär betrug im Jahre 2004 Fr. 100'000.– und erhöhte sich sukzessive auf Fr. 180'000.– (ab 1. März 2010). Zusätzlich kam der Kläger in den Genuss von variablen Vergütungen. Die Compensation Statements weisen für die Geschäftsjahre 2004 bis 2010 folgende Boni aus:

2004	Fr. 180'000.–
2005	Fr. 190'000.–
2006	Fr. 175'000.–
2007	Fr. 75'000.–
2008	Fr. 11'000.–
2009	Fr. 222'000.–
2010	Fr. 162'000.–

Für die Geschäftsjahre 2011, 2012 und 2013 erhielt der Kläger keinen Bonus. Im Geschäftsjahr 2011 fügte ein Mitarbeiter in ... der Beklagten

einen Verlust in Milliardenhöhe zu. In den Geschäftsjahren 2012 und 2013 stand der Kläger im Zeitpunkt der Ausrichtung in einem gekündigten bzw. in keinem Arbeitsverhältnis mehr. Die Abgangsentschädigung betrug Fr. 174'600.– brutto. Für einen bestimmten Vergütungsanteil konnte der Kläger Beteiligungsrechte beziehen («Equity Plus Programm» bzw. «Equity Ownership Plan [EOP] Award»). So wurden dem Kläger zuletzt für die Geschäftsjahre 2009/2010 und 2010/2011 «Awards» in der Höhe von Fr. 228'000.– bzw. Fr. 138'000.– zugeteilt. Gemäss den Lohnausweisen erzielte der Kläger in den Jahren 2007 bis 2013 das folgende steuerbare Einkommen:

	Beteiligungsrechte	Lohn (bis 2011 inkl. «Cashbonus»)
2007:	Fr. 63'924.–	Fr. 251'008.–
2008:	Fr. 30'464.–	Fr. 202'521.–
2009:	Fr. 9'087.–	Fr. 184'478.–
2010:	Fr. 16'760.–	Fr. 382'039.–
2011:	Fr. 113'923.–	Fr. 318'590.–
2012:	Fr. 98'941.–	Fr. 180'000.–
2013	Fr. 131'011.–	Fr. 120'000.–

Am 26. August 2014 reichte der Kläger Klage und Klagebewilligung bei der Vorinstanz mit folgendem Rechtsbegehren ein. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 30'000.– zu bezahlen. Der Kläger behält sich eine Mehrforderung und eine Nachklage ausdrücklich vor. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Dezember 2014 führte der Kläger aus, er habe in den Jahren 2011 bis 2013 zu Unrecht keinen Bonus, der zum Lohnbestandteil geworden sei, erhalten. Er habe daher für diese Jahre Anspruch auf zusätzlichen Lohn, und zwar auf Fr. 180'000.– im Jahr 2011, auf Fr. 180'000.– im Jahr 2012 und auf Fr. 120'000.– im Jahr 2013 (pro rata bis 31. August). Im Rahmen einer zulässigen Teilklage mache er von diesem Betrag einstweilen Fr. 30'000.– nebst Zins zu 5% ab 1. September 2013 geltend. Die Beklagte widersetzte sich der Klage. Am 22. Dezember 2014 erstattete die Beklagte eine Noveneingabe. Der Kläger nahm dazu am 5. Februar 2015 Stellung. Mit Urteil vom 9. Februar 2015 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich die Beklagte, dem Kläger Fr. 30'000.– zu bezahlen. Die Beklagte beantragt in der Berufung Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Die Vorinstanz erwog, die schriftlich getroffenen Vereinbarungen (Arbeitsvertrag samt Reglementen und Bonusschreiben) würden den Bonus zunächst als echte Gratifikation erscheinen lassen, weshalb zu prüfen sei, ob durch konkludentes Verhalten der Parteien eine Verpflichtung zur Ausrichtung der Gratifikation entstanden sei. Mit Rücksicht auf die Höhe der seit 2004 ausgerichteten Beträge, die den Fixlohn fast durchwegs deutlich

überstiegen hätten, schloss die Vorinstanz, dass aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Boni trotz der vertraglich vorgesehenen und ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalte zumindest teilweise als Lohnbestandteil zu qualifizieren seien. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob der Fixlohn des Klägers eine Höhe erreichte, welche seine Lebenshaltungskosten erheblich überstieg und nach der mit BGE 139 III 155 präzisierten Rechtsprechung den Lohncharakter der Sondervergütung (wieder) entfallen lässt. In zeitlicher Hinsicht stellte die Vorinstanz bei der Prüfung dieser Frage darauf ab, welche Vergütungen jeweils für ein bestimmtes Jahr ausgerichtet wurden. Demgegenüber hielt sie den Zeitpunkt bzw. das Jahr, in dem ein Bonus effektiv ausbezahlt oder Beteiligungsrechte definitiv erworben wurden, nicht für massgeblich. Die Vorinstanz stellte fest, dass dem Kläger in den Jahren 2011 und 2012 neben den «gevesteten» Beteiligungsrechten der Vorjahre einzig die Fixlöhne in der Höhe von Fr. 180'000.– ausgerichtet worden seien. Im Jahre 2013 seien – so die Vorinstanz weiter – zum anteilmässigen Lohn zwar eine Abgangsentschädigung und «Awards» erbracht worden, doch hätten diese Zahlungen ausser Acht zu bleiben, da sie im Zusammenhang mit der Kündigung und Beendigung des langjährigen Arbeitsverhältnisses stünden.

2.

Die Vorinstanz ermittelte das Durchschnittseinkommen anhand des Medianlohns des Kantons Zürich für den privaten Sektor gemäss Schweizerischer Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik, der im Jahre 2012 Fr. 6'118.– pro Monat bzw. Fr. 73'416.– im Jahr (brutto) betrug. Sie hielt dafür, es liege kein Fall vor, in welchem das Einkommen des Arbeitnehmers den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteige, habe das klägerische Einkommen mit einem Fixlohn von Fr. 180'000.– doch lediglich etwas mehr als das Doppelte des Medianlohns betragen. Auch die von der Beklagten dem Kläger zugestandenen Lebenshaltungskosten in der Grössenordnung von Fr. 120'000.– bis Fr. 140'000.– würden durch den Fixlohn nicht bei Weitem übertroffen. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn weitere Vergütungen im Auszahlungsjahr berücksichtigt würden. Der vom Bundesgericht in BGE 139 III 155 beurteilte Fall habe sich in ganz anderen finanziellen Dimensionen bewegt, weshalb es bei der wiederholt bestätigten konstanten Rechtsprechung bleibe und der Kläger dem Grundsatz nach zusätzlich zum Fixlohn Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus habe. Was die Höhe des Vergütungsanspruchs betreffe, stehe zufolge der Teilklage nur ein Betrag von Fr. 30'000.– zur Debatte, wobei die Beklagte die fehlende Auszahlung eines Bonus für das Jahr 2012 alleine damit begründe, dass sie dem Kläger vor der Auszahlung im Januar 2013 gekündigt habe. Die Beklagte mache damit nicht geltend, die Kläger hätte ohne Kündigung für das Jahr 2012 den einstweilen geforderten Betrag von Fr. 30'000.– nicht ausbezahlt erhalten. Bei dieser Sachlage sei die Klage gutzuheissen, wobei offen bleiben könne, was der Kläger für das Jahr 2012 gesamthaft zugute habe. Weiter könne offen bleiben, ob für das

Jahr 2011 aufgrund des schlechten Geschäftsjahres und ob für das Jahr 2013 aufgrund der Freistellung, der geleisteten Abgangsentschädigung und weiterer Vergütungen ein Bonusanspruch bestehe.

III.

1.

Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO). Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2.1 Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe das Recht unrichtig angewendet, indem sie die Teilklage trotz mangelnder Substantiierung gutgeheissen habe. Der Kläger habe seine Gesamtforderung auf Fr. 480'000.– beziffert, wobei sich diese aus jeweils Fr. 180'000.– als Bonus für die Jahre 2011 und 2012 und aus Fr. 120'000.– als Bonus für das Jahr 2013 (pro rata) zusammensetze. Der Kläger habe es unterlassen zu substantiieren, welchen Teil der behaupteten Gesamtforderung er mit seiner Klage über Fr. 30'000.– geltend mache. So sei aufgrund der Klagebegründung offen geblieben, ob sich der teilklageweise geforderte Betrag auf das Jahr 2011, 2012 oder 2013 beziehe, oder ob dieser Betrag in einem bestimmten Verhältnis auf alle Jahre verteilt gefordert werde. Es sei der Beklagten unter diesen Umständen nicht möglich gewesen, ihre Verteidigungsrechte umfassend wahrzunehmen und die Teilklage substantiiert zu bestreiten. Indem die Vorinstanz die Forderung ohne entsprechende Substantiierung der Teilklage durch den Kläger und ohne Begründung dem Jahr 2012 zugeordnet habe, habe sie Bundesrecht verletzt.

2.2 Der Kläger hält den Vorwurf der mangelnden Substantiierung für eine neue, unzulässige Tatsachenbehauptung. Nach seinem Verständnis wurde in der Klage hinreichend dargelegt, «welche Ansprüche geltend gemacht werden und dass [er] diese Ansprüche in der Klage nur zum Teil geltend macht.» Er habe sich gemäss Art. 86 ZPO darauf beschränken dürfen, nur einen Teil der Gesamtforderung einzuklagen. Die Beklagte habe ihre Verteidigungsrechte umfassend wahrgenommen und dargelegt, weshalb der Kläger ihrer Auffassung nach für die Jahre 2011 bis 2013 überhaupt keinen Bonusanspruch habe.

2.3 Bei der Frage, ob ein Anspruch ausreichend substantiiert wurde, handelt es sich um eine Rechtsfrage. Der Einwand der Beklagten kann daher nicht an der Novenschranke von Art. 317 ZPO scheitern.

2.4 Ist ein Anspruch (wie eine Geldforderung) teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Vorliegend behauptet der Kläger, über drei verschiedene, individualisierbare Ansprüche für die Jahre 2011, 2012 und 2013 zu verfügen. Der Kläger hat sich in der Tat nie darüber ausgesprochen, welchen Teil jedes Anspruches er in welcher Reihenfolge fordert bzw. auf welche Jahre die mit der Teilklage eingeklagte

Summe in welcher Höhe zu verteilen ist. Er hat lediglich ausgeführt, vom Total von Fr. 480'000.– würden einstweilen Fr. 30'000.– geltend gemacht.

2.5 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zur Subsumtion unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts nicht notwendig, dass die klagende Partei die Reihenfolge angibt, in welcher verschiedene Ansprüche, auf die sie ihre Teilforderung stützt, vom Gericht zu prüfen sind. Es genügt, wenn sie hinreichend substantiiert behauptet, dass eine die eingeklagte Summe übersteigende Forderung besteht. Das materielle Bundesrecht verlangt vom Berechtigten nicht, dass er angibt, worauf die von ihm geforderte Teilzahlung angerechnet wird (BGER 4A_91/2014 E. 5 und 4A_194/2012 E. 1.3 und 1.4).

2.6 Die Vorinstanz ging damit zu Recht davon aus, die Klage sei hinreichend substantiiert. Die Beklagte zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, wenn sie den eingeklagten Teilanspruch an den Bonusanspruch des Jahres 2012 anrechnet. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagten dadurch eine umfassende Verteidigung erschwert oder verunmöglicht worden wäre. Im Übrigen wäre dem Kläger bei unklarem oder unvollständigem Sachvortrag durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung einzuräumen gewesen (Art. 56 ZPO, Art. 247 Abs. 1 ZPO), zumal der vorliegende Prozess von der sozialen Untersuchungsmaxime beherrscht wird (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Beklagte legt nicht dar, welche «Verteidigungsrechte» sie nicht wahrnehmen konnte bzw. welche Tatsachenbehauptungen von ihr substantiiert bestritten worden wären, wenn sich der Kläger von allem Anfang an für die primäre Prüfung des Bonusanspruchs für das 2012 ausgesprochen hätte.

3.1 Die Beklagte macht geltend, bei der Prüfung der Frage, ob ein sehr hohes Einkommen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliege, seien alle in einem bestimmten Kalenderjahr ausgerichteten Vergütungen (und nicht nur der Fixlohn) zu berücksichtigen. Insbesondere müsse der Bonus dem Jahr der effektiven Auszahlung und der Wert einer Aktie der Periode des definitiven Erwerbs zugerechnet werden, sei doch entscheidend, ob der Arbeitnehmer genug Einkommen habe, um seine laufenden Kosten zu decken. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt und das Recht unrichtig angewendet, indem sie bei der Beurteilung der Akzessorietät den tatsächlich ausbezahlten Bonus, die ausgerichteten Beteiligungsrechte und die Abgangsentschädigung nicht berücksichtigt und den ausbezahlten Bonus dem falschen Jahr zugewiesen habe. Für die Ermittlung und Zuordnung des Einkommens sei auf die Lohnausweise abzustellen. Demzufolge seien dem Kläger im Jahr 2011 Fr. 432'513.– (das 5.9-fache des schweizerischen Durchschnittslohns), im Jahr 2012 Fr. 278'941.– (das 3.8-fache des schweizerischen Durchschnittslohns) und im Jahr 2013 Fr. 431'211.– (das 8.8-fache des schweizerischen Durchschnittslohns) als «eigentlicher Lohn» ausbezahlt worden. Damit habe der Kläger seine Lebenshaltungskosten von schätzungsweise Fr. 120'000.– bis

Fr. 140'000.– pro Jahr bei weitem decken können, weshalb vorliegend kein Anlass bestehe, mit Mitteln des zwingenden Arbeitnehmerschutzes in die Parteiabrede einzugreifen.

3.2 Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung in dem zur Publikation vorgesehenen Entscheid 4A_653/2014 vom 11. August 2015 präzisiert und sich eingehend zur Frage geäußert, wo die Grenze zum sehr hohen Einkommen («seuil du très haut revenu») zu ziehen ist. Es hat zunächst erwogen, dass von der gesamten in einem bestimmten Jahr ausbezahlten Vergütung (Grundgehalt und Bonuszahlung) auszugehen ist, um zu entscheiden, ob das Kriterium der Akzessorietät zu beachten und der Bonus – je nach dem Verhältnis zum Basislohn – unter Umständen als Lohnbestandteil zu qualifizieren ist. Insofern kommt es nur auf das Jahr der tatsächlichen Auszahlung an, auch wenn der Bonus auf den Geschäftszahlen und/oder auf der Leistung des Vorjahres beruht. Sodann hat das Bundesgericht entschieden, dass nur dann von einem sehr hohen Einkommen gesprochen werden kann, wenn die Gesamtvergütungen den fünffachen Betrag des schweizerischen Medianlohns im Privatsektor übersteigen.

3.3 Dieser Medianlohn betrug gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik im Jahr 2012 Fr. 6'118.– brutto pro Monat bzw. Fr. 73'416.– pro Jahr. Von einem sehr hohen Einkommen könnte im vorliegenden Zusammenhang daher erst gesprochen werden, wenn die Bruttobezüge des Klägers im Jahre 2012 Fr. 367'080.– überstiegen hätten. Gemäss Lohnausweis 2012 betrug das Basissalär Fr. 180'000.–. Zudem wurden im Jahre 2012 vom Kläger zu versteuernde Beteiligungsrechte von Fr. 98'941.05 erworben. Seine Gesamtvergütung betrug also Fr. 278'941.–. Sie bleibt damit um Fr. 88'139.– unter der Schwelle zum hohen Einkommen. Die Beklagte geht selbst davon aus, dass die Gesamtvergütung des Klägers im Jahre 2012 das fünffache des schweizerischen Durchschnittslohns nicht erreicht sondern lediglich das 3.8-fache davon betragen habe. Nachdem der Kläger lediglich Fr. 30'000.– eingeklagt hat und die Grenze zum hohen Einkommen auch nach Hinzurechnung dieser Summe nicht erreicht wird, entfällt das Kriterium der Akzessorietät auch nicht teilweise. Vielmehr bleibt für die Beurteilung der Teilklage das Verhältnis von Bonus zum Lohn vollumfänglich entscheiderelevant.

3.4 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die seit 2004 regelmässig ausbezahlten Boni, welche den Fixlohn mit Ausnahme der Jahre 2007 und 2008 fast durchwegs überstiegen hätten, nicht mehr bloss akzessorisch erschienen und zumindest teilweise zum Lohnbestandteil würden. Die Beklagte beanstandet zwar, die Vorinstanz habe aufgrund einer falsch ermittelten Gesamtvergütung (die in Tat und Wahrheit höher sei und das Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation bedeutungslos werden lasse) die Boni zu Unrecht auf ihren akzessorischen Charakter hin überprüft. Sie macht in der Berufung aber zu Recht nicht geltend, dass die Vorinstanz das Verhältnis zwischen Lohn und Sondervergütung falsch beurteilt habe, den über die Jahre ausbezahlten Boni lediglich eine zweitrangige Bedeutung

zukomme und der akzessorische Charakter noch gewahrt sei. Für die Jahre 2004 bis 2006 erfolgten Bonuszahlungen, die – wie bereits für die Jahre 2001 bis 2003 – das fixe Salär deutlich überstiegen. In den Jahren 2007 und 2008 ging der Bonus – nachdem die Beklagte im Geschäftsjahr 2007 einen Verlust von Fr. 4.4 Mia. eingefahren hatte – zwar auf gut die Hälfte bzw. auf 7% des fixen Salärs zurück, doch übertrafen die für die Jahre 2009 und 2010 ausgerichteten variablen Vergütungen das fixe Salär bei Weitem und kompensierten insofern die beiden «mageren» Jahre zuvor. Angesichts dieser Entwicklung ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, die von der Beklagten regelmässig ausbezahlten Boni erschienen nicht mehr akzessorisch.

4.1 Die Beklagte trägt weiter vor, sie sei selbst dann berechtigt, die Auszahlung in den Jahren 2011 bis 2013 vollumfänglich zu verweigern, wenn der Bonus teilweise zum Lohnbestandteil werde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werde der Bonus mangels Akzessorietät nicht zum Fixlohn, sondern sei dessen Höhe nach den im Vertrag vereinbarten Kriterien objektiv festzusetzen (mit Verweis auf BGer 4A_721/2012 E. 3.2 a.E.). Demnach seien vorliegend die vertraglichen Abreden, insbesondere das «Arbeitsvertragsreglement Direktion» für den Bonus massgebend. Im Zeitpunkt der Ausrichtung des Bonus für das Jahr 2012, d.h. im Februar 2013, sei das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt gewesen. Gestützt auf Art. 32a des Reglements habe die Beklagte die Auszahlung eines Bonus an den Kläger verweigern können. Für das Jahr 2012 bestehe gestützt auf die vertragliche Abrede zwischen den Parteien kein Bonusanspruch, da es an einer grundsätzlichen Voraussetzung einer Bonusauszahlung fehle.

4.2 Der Kläger entgegnet, der Bonus werde nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar nicht zum Fixlohn wohl aber zum Lohnbestandteil, über den der Arbeitgeber auch durch einseitig erlassene Reglemente etc. nicht nach freiem Belieben und Ermessen verfügen könne. Laut Coach Policy 2012 würden gekündigte Direktionsmitglieder im Coach-Prozess bis zur Beendigung des Arbeitsvertrags bonusfähig bleiben. Der Hinweis auf das Reglement sei daher unbehelflich und die willkürliche Verweigerung des Bonus für die Jahre 2011 bis 2013 durch nichts zu rechtfertigen.

4.3 Die Beklagte leitet das Recht, dem Kläger für das Jahr 2012 den Bonus zu verweigern, aus Art. 32a des Reglements ab. Demzufolge erhalten Direktionsmitglieder, deren Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung des Bonus gekündigt ist, keinen Bonus, auch nicht pro rata. Die Coach Policy bzw. die dazugehörigen Erläuterungen/Präzisierungen halten dazu fest, dass Angestellte, die sich im Coach-Prozess befinden, grundsätzlich bis zum Ende des Arbeitsvertrages bonusfähig bleiben. Ob dadurch Art. 32a des Reglements modifiziert wurde, kann dahingestellt bleiben: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Lohn für bereits geleistete Arbeit nicht von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis oder vom Verbleib im Unternehmen abhängig gemacht werden. Dies gilt auch für Sondervergütungen mit Lohncharakter. Dass die Fälligkeit des Bonus,

der Lohnbestandteil darstellt, in das auf die Referenzperiode folgende Jahr verlegt wird, ändert daran nichts. Zwar können die Parteien aufgrund des dispositiven Charakters von Art. 322 OR den Lohn durch Vereinbarung während laufendem Arbeitsverhältnis vor Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist reduzieren. Eine solche Vereinbarung kann aber nur für die Zukunft Wirkungen entfalten und sich nicht auf bereits erbrachte Arbeitsleistungen beziehen (BGer 4A_509/2008 E. 5.1, 4A_115/2007 E. 4.3.1; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, N 9 zu Art. 322d OR, S. 139 f.). Ein nachträglicher Verzicht auf Lohn, dem nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 342 OR nicht entgegensteht (BGer 4A_187/2015 und 4A_199/2015 E. 6.2.2.2 mit weiteren Verweisen), liegt hier nicht vor, da die Zustimmung des Klägers zum Reglement vorgängig erfolgt war. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass dem Kläger Art. 32a des Reglements bzw. der gekündigte Arbeitsvertrag nicht entgegengehalten werden kann, da der Bonus für das Jahr 2012 jedenfalls im eingeklagten Betrag von Fr. 30'000.– als Lohnbestandteil zu qualifizieren ist.

4.4 Andere Verweigerungsgründe macht die Beklagte für das Jahr 2012 nicht geltend. Sie behauptet insbesondere nicht, der Bonus hätte in ungekündigtem Arbeitsverhältnis weniger als Fr. 30'000.– betragen. Ob die Beklagte berechtigt wäre, für die Jahre 2011 oder 2013 einen Bonus ganz oder teilweise zu verweigern, braucht hier nicht entschieden zu werden. Desgleichen kann offengelassen werden, ob die dem Kläger im Jahre 2013 ausbezahlte Abgangsentschädigung von Fr. 174'600.– einem Bonusanspruch für das Jahr 2013 ganz oder teilweise entgegenstehen würde.

5.1 Die Beklagte hält schliesslich das angefochtene Urteil «auch im Ergebnis» für unhaltbar und stossend. Würden dem Kläger die eingeklagten Boni zugesprochen und für die Jahre 2011 und 2012 zusätzlich je Fr. 180'000.– sowie für das Jahr zusätzlich Fr. 120'000.– ausbezahlt, resultiere eine «haarsträubende» jährliche Gesamtvergütung von durchschnittlich Fr. 580'888.–, die der Kläger in den Jahren 2007 bis 2010 und während seiner gesamten Anstellung nicht erreicht habe, betrage die durchschnittliche jährliche Gesamtvergütung von 2007 bis 2010 doch lediglich Fr. 287'570.–. Dies sei auch deshalb nicht zu rechtfertigen, weil der Kläger im Rahmen des Coach-Programms vor der Kündigung zusätzlich den Lohn für zwei Monate erhalten habe, ohne dafür arbeiten zu müssen. Angesichts dieser Zahlen sei im Lichte der mit BGE 139 III 155 begründeten Rechtsprechung die arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit des Klägers zu verneinen.

5.2 Entgegen der Darstellung der Beklagten wurden seitens des Klägers nicht Fr. 480'000.– sondern lediglich Fr. 30'000.– eingeklagt. Es wurde bereits ausgeführt, dass eine dem Kläger im (hier allein zu beurteilenden) Jahr 2012 ausgerichtete Vergütung von Fr. 278'941.– auch unter Hinzurechnung von Fr. 30'000.– noch nicht zu den sehr hohen Einkommen gerechnet werden kann (Erw. III/3.3). Eine Gesamtentschädigung von

Fr. 308'941.– brutto führt unter Berücksichtigung der Vorjahre (2010 wurden dem Kläger Fr. 398'799.– und 2011 Fr. 432'513.– brutto vergütet) keineswegs zu einem falschen oder stossenden Ergebnis.

6.

Die Berufung ist demnach abzuweisen. Die Beklagte ist in Bestätigung des angefochtenen Urteils zu verpflichten, dem Kläger Fr. 30'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. September 2013 zu bezahlen.

(...)

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 15. Februar 2016 (Bestätigung des Urteils Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster vom 6. Oktober 2015)

Ein simuliertes Rechtsgeschäft (Art. 18 Abs. 1 OR) ist als Scheingeschäft nichtig. Es kann von beiden Parteien mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden. Ein Kündigungsschutz gemäss Art. 336 ff. OR besteht nicht. Vorliegend wollte man durch den simulierten Arbeitsvertrag bzw. die vorgeblichen Lohnzahlungen einzig den Unterhalt der langjährigen Liebhaberin des Verwaltungsratsmitglieds und Mehrheitsaktionärs der Arbeitgeberin sowie des gemeinsamen Sohnes sicherstellen (E. 1.2 und 2.1).

Die Mitarbeit des einen Konkubinatspartners im Betrieb des anderen vermag die Vermutung zum Abschluss eines Arbeitsvertrags gemäss Art. 320 Abs. 2 OR (faktisches Arbeitsverhältnis) nur dann zu begründen, wenn die Mitarbeit des Partners klar über den Rahmen der partnerschaftlichen Beistandspflicht hinausgeht. Vorliegend wurde durch die Arbeitstätigkeiten der Lebensgefährtin (normale Repräsentationsaufgaben) die partnerschaftliche Beistandspflicht noch nicht gesprengt (E. 3.3).

Sachverhalt:

Am 13. März 2015 erhob die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Uster, Arbeitspräsidium als Einzelgericht, unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Volketswill vom 4. März 2015 Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Monate September bis November 2014 Fr. 15'021.45 an Lohn zu bezahlen. Mit Urteil vom 6. Oktober 2015 wies der Vorderrichter das klägerische Begehren ab. Dagegen erhob die Klägerin Berufung. Gemäss Zuschrift vom 11. Januar 2016 erstattete die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) fristwährend (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) ihre Berufungsantwort mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Berufung.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Klägerin machte vor Vorinstanz (teilklageweise) Lohnansprüche für die Monate September, Oktober und November 2014 über insgesamt Fr. 15'021.45 geltend (3 x Fr. 5'007.15 [Fr. 4'622.– netto + Fr. 385.15 Anteil 13. Monatslohn netto]), unter Vorbehalt weiterer Lohnansprüche ab Dezember 2014. Sie stützt sich dabei auf den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 20. Januar 2011 und eine Lohnabrechnung vom 24. Januar 2011. Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 6. Mai 2014 unter Einhaltung der vertraglichen dreimonatigen Kündigungsfrist per Ende August 2014 gekündigt. Weil sie jedoch seit dem 23. Mai 2014 schwanger sei, sei die Kündigung nichtig und weiterhin Lohn geschuldet. Sie sei die Botschafterin der Beklagten gewesen. Bei Geschäftsanlässen habe der Geschäftsführer der Beklagten sie stets aufgeboten, um die Gäste zu empfangen. Sie habe den Geschäftsführer der Beklagten auch mit den Gästen zu Restaurantbesuchen begleitet. Häufig habe sie die Gäste auch bei sich zu Hause empfangen und selber gekocht, teilweise auch in Abwesenheit des Geschäftsführers. Zudem habe sie, zumal sie sowohl Deutsch als auch Russisch spreche, Übersetzerdienste für die meist russischsprachigen Gäste geleistet. Überdies habe sie den Geschäftsführer häufig auf Flügen nach Moskau begleitet. Auch dort habe sie mitgeholfen, die Gäste der Beklagten zu empfangen und zu bewirten. Sie habe den Geschäftsführer auch auf diversen Geschäftsreisen in andere Länder begleitet. Während einer Woche jährlich sei sie für das Damenprogramm der Kunden in St. Moritz zuständig gewesen. Sie habe die Frauen auch betreut, wenn deren Männer und Geschäftskunden nach Zürich gekommen seien. Sie habe mit ihrer Arbeit also die Basis für Geschäftsabschlüsse durch die Beklagte gelegt, indem sie mitgeholfen habe, Beziehungen zu knüpfen oder zu vertiefen. Sie habe ihre Arbeitsleistung der Beklagten auf zeitlicher Basis zur Verfügung gestellt.

1.2 Die Beklagte wandte vor Vorinstanz ein, ein Arbeitsverhältnis sei nur simuliert worden und daher nichtig, weshalb denn auch weder arbeitsrechtliche Kündigungsschutzbestimmungen noch Lohnfortzahlungsbestimmungen bestünden. Durch den simulierten Arbeitsvertrag bzw. die vorgeblichen Lohnzahlungen habe man einzig den Unterhalt der Klägerin und langjährigen Liebhaberin des Verwaltungsratsmitglieds und Mehrheitsaktionärs der Beklagten, C., sowie des gemeinsamen Sohnes der Klägerin und C. sicherstellen wollen. Die Klägerin habe nie eine arbeitsvertraglich relevante Tätigkeit für die Beklagte aufnehmen sollen und auch nicht aufgenommen. Sie habe denn auch keinen Arbeitsplatz bei der Beklagten gehabt, geschweige denn Arbeit auf Dauer gegen Entgelt im Subordinationsverhältnis der Beklagten erbracht. Die von der Klägerin behaupteten Tätigkeiten seien nicht als Arbeitsleistungen, sondern vielmehr als normale Repräsentationsaufgaben einer Partnerin eines Geschäftsführers zu qualifizieren. Hinzu trete, dass C. selbst sehr gut Russisch spreche und

daher nicht auf eine Übersetzungstätigkeit durch die Klägerin angewiesen gewesen sei. Der simulierte Arbeitsvertrag sei gekündigt worden, um die ganze Angelegenheit einvernehmlich zu bereinigen, so dass alle Beteiligten ihr Gesicht hätten wahren können. Weil dies aber dann nicht möglich gewesen sei, habe man die wahren Verhältnisse gezwungenermassen offen legen müssen. Auch daraus könne somit nicht auf einen wirklich gewollten Arbeitsvertrag geschlossen werden.

1.3 Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass die von der Klägerin geltend gemachten Tätigkeiten in einer eheähnlichen Gemeinschaft (welche in zeitlicher und umfangmässiger Hinsicht äusserst dürftig geblieben seien) in vergleichbarem sozialem und wirtschaftlichem Umfeld in aller Regel als übliche, nicht als Tätigkeit im Sinne des Arbeitsrechts geltende, sondern als unentgeltliche partnerschaftliche Leistungen zu qualifizieren seien. Zwar könnte mit Blick auf die Vertragsfreiheit etwas anderes vereinbart werden, allerdings könnten die von der Klägerin (mutmasslich) erbrachten Leistungen mit dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 20. Januar 2011 in keiner Art und Weise in Verbindung gebracht werden. Weil die von der Klägerin geschilderte, gelebte Arbeitswirklichkeit überhaupt nicht mit dem schriftlichen Vertragsinhalt zu vereinbaren sei (z.B. 42-Stundenwoche, obligatorischer Beitritt Pensionskasse und detaillierte Ferien- und Kurzabsenzenregelungen), müsse klar auf einen bloss simulierten Vertrag geschlossen werden. Es existierten denn auch durchaus Motive steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Natur, einen solchen simulierten Vertrag abzuschliessen. Unter Berücksichtigung aller Umstände könne nur gefolgert werden, dass die Parteien (die Beklagte durch C.) nie die Absicht gehabt hätten, ein gegenseitiges Arbeitsverhältnis einzugehen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der simulierte Vertrag von der Beklagten ordentlich gekündigt worden sei, obschon solches nicht vonnöten gewesen wäre. Es leuchte ein, dass man damit in dieser Angelegenheit bis zuletzt gegen innen und aussen das «offizielle» Gesicht habe wahren wollen. Mit der Qualifikation des (sogenannten) Arbeitsvertrages vom 20. Januar 2011 als Simulationsgeschäft sei dieser nichtig und zeitige keinerlei Wirkungen und die Kündigungsschutzvorschriften nach Art. 336 OR und Art. 336c OR kämen nicht zur Anwendung, weshalb die Lohnklage vollumfänglich abzuweisen sei.

2.1 Ein simuliertes Rechtsgeschäft (Art. 18 Abs. 1 OR) liegt gemäss Rechtsprechung vor, wenn sich beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen. Im ersten Fall wird von sogenannter absoluter (reiner) Simulation, im zweiten Fall von sogenannter Dissimulation (Vollsimulation oder Teilsimulation) gesprochen. Das simulierte Rechtsgeschäft ist als Scheingeschäft nichtig. Es kann von beiden Parteien mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden. Ein Kündigungsschutz gemäss Art. 336 ff. OR be-

steht nicht. Sind sowohl die Arbeitgeberin wie der Arbeitnehmer bösgläubig, ist Art. 320 Abs. 3 OR gleichwohl anzuwenden (KOSTKIEWICZ, OFK-OR, 2. A. 2009, Art. 18 N 17 f. und Art. 320 N 19). Eine allfällige Rückabwicklung ex tunc oder die Gültigkeit eines dissimulierten Geschäfts brauchen vorliegend – mit der Vorinstanz – mangels entsprechender Anträge nicht geprüft zu werden.

2.2 Die Vorinstanz hat zunächst richtig erkannt, dass der vorliegende schriftliche Arbeitsvertrag vom 20. Januar 2011, wenngleich er einzig von C. und nicht auch der Klägerin unterschrieben wurde, vorerst als Ausdruck gegenseitiger übereinstimmender Willensäusserungen zu qualifizieren ist und ein klares Indiz für die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses darstellt. Auch ist der Erstinstanz ohne weiteres darin zuzustimmen, dass der persönliche Wille von C., welcher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine beherrschende Rolle innerhalb der Beklagten als Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift und Mehrheitsaktionär hatte, nicht von demjenigen der Beklagten getrennt werden kann. Es ist notorisch, dass Privatpersonen, welche eine beherrschende Stellung in einer juristischen Person innehaben, über den Deckmantel dieser Person zuweilen auch private Geschäfte abschliessen. Wenn die Klägerin einwendet, es müsse davon ausgegangen werden, dass sich die Willensbildung des Verwaltungsrates im Rahmen des Zweckes der Beklagten bewege, und es könne nicht angenommen werden, dass der Verwaltungsrat in der Beklagten private Zwecke, wie die Zahlung von Unterhalt, verfolge, ist sie damit demnach nicht zu hören und es kann daraus entsprechend auch nicht abgeleitet werden, dass C. wirklich einen Arbeitsvertrag schliessen wollte. Vorauszuschicken ist, dass zwischen C. und der Klägerin unbestrittenermassen eine längere Liebesbeziehung bestand, aus welcher am 8. Juli 2007 auch ein gemeinsamer Sohn hervorgegangen war. Entsprechend vermag die Beklagte denn auch ein einsichtiges Motiv für den Abschluss eines bloss simulierten Arbeitsvertrages zu liefern, nämlich die Sicherstellung des (freiwillig geleisteten) Unterhalts der Klägerin und langjährigen Geliebten/Partnerin ihres Geschäftsführers und Verwaltungsrats (für den Sohn bestand offenbar ein Unterhaltsvertrag). Solche Unterhaltszahlungen über die Firma bei beherrschender Stellung des Unterhaltsleistenden in Gestalt von vermeintlichen Lohnzahlungen sind aus sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Überlegungen für die Betroffenen angängig, auch wenn sie rechtlich problematisch sind, und meistens Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Verstösse beinhalten. Wie beim Theoretischen erwähnt, kann ein Geschäft selbstredend auch nur teilweise simuliert und teilweise, so namentlich betreffend den sozialversicherungsrechtlichen Schutz der Klägerin, tatsächlich gewollt sein. Allfällige straf- und steuerrechtliche Konsequenzen dieses Vorgehens sind nicht im vorliegenden Verfahren zu klären. Aufgrund objektiver Umstände kann sehr wohl auf einen subjektiven Simulationswillen geschlossen werden. Lässt sich der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien nicht feststellen, muss durch objektivierende Auslegung der indi-

viduell konkretisierte mutmassliche Wille der Parteien gesucht werden. Gerade auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss, insbesondere die Erfüllung, kann als wichtiges Indiz für den Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dienen (vgl. KOSTKIEWICZ, OFK-OR, 2. A. 2009, Art. 18 N 5 f. u. N 11 mit Hinweisen). Wie dies die Vorinstanz richtig getan hat, drängt es sich vorliegend zwecks Ermittlung des inneren Willens der Parteien beim Vertragsabschluss denn auch auf, die von der Klägerin geschilderte gelebte Wirklichkeit den sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Pflichten gegenüberzustellen. Laut schriftlichem Arbeitsvertrag war ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 5'000.– bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart. Weiter wurde eine Ferien-, Feiertage- sowie detaillierte Kurzabsenzenregelung getroffen. Angestellt war die Klägerin als «Mitarbeiterin im Verkauf Russland». Unbestritten blieb, dass die Klägerin nie irgendwelche Arbeitstätigkeiten innerhalb der Büroräumlichkeiten der Beklagten, wie beispielsweise Buchhaltung, Korrespondenz oder Offerten erstellen etc., ausführte. Die Klägerin gab folgende Arbeitstätigkeiten an, welche bereits die Vorinstanz korrekt auflistete: Empfang und Unterhaltung von Gästen des Geschäftsführers im privaten Rahmen, Begleitung von Gästen des Geschäftsführers in Restaurants, häufig auch Empfang von Gästen bei sich zu Hause mit selber kochen, teilweise auch in Abwesenheit des Geschäftsführers, Beitrag zum Wohlbefinden der (häufig russischen) Gäste, indem sie mit ihnen Russisch habe sprechen können, häufig Begleitung des Geschäftsführers auf Geschäftsreisen nach Moskau, wobei sie auch dort mitgeholfen habe, Gäste der Beklagten zu empfangen und zu bewirten, Begleitung des Geschäftsführers auf diversen Geschäftsreisen in andere Länder sowie Zuständigkeit für das Damenprogramm, wie «shoppen», einmal pro Jahr eine Woche in St. Moritz für die besten Kunden. Diese von der Klägerin geschilderten Tätigkeiten blieben in zeitlicher Hinsicht – ausgenommen die jährliche Woche in St. Moritz betreffend das Damenprogramm – äusserst vage und unbestimmt. Insbesondere wird in keiner Weise substantiiert, wie oft sie in der Zeitspanne von Januar 2011 bis Mai 2014 regelmässig für die Beklagte arbeitstätig gewesen sein soll, ob dies beispielsweise monatlich, wöchentlich oder gar täglich der Fall gewesen sei. Die dürftigen Angaben der Klägerin lassen nicht auf regelmässige, substantielle Einsätze schliessen. Etwas anderes wurde jedenfalls nicht rechtsgenügend behauptet. In keiner Weise ersichtlich ist, wie die angeblichen Arbeitstätigkeiten der Klägerin, welche offensichtlich nicht an fixe und vorhersehbare Arbeitszeiten gebunden waren, unter den schriftlichen Arbeitsvertrag und insbesondere die vereinbarte, offensichtlich unwahre 42-Stunden-Woche zu subsumieren wären. Die Behauptungen der Klägerin, wonach sie der Beklagten jederzeit (quasi auf Abruf) zur Verfügung gestanden habe und die Parteien, weil die Arbeitszeiten nicht leicht zu quantifizieren gewesen seien, diese zeitliche Verfügbarkeit im Vertrag mit einer standardisierten 42-Stundenwoche definiert hätten, sind neu und zufolge Verspätung (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) nicht mehr zu hören, zumal

die Klägerin mit keinem Wort dartut, weshalb sie solches nicht bereits vor Vorinstanz hätte vortragen können. Nachsubstantiieren ist im Berufungsverfahren nicht möglich. Im Übrigen wäre von der, mit der Abfassung von Arbeitsverträgen durchaus vertrauten Beklagten ohne weiteres zu erwarten gewesen, eine entsprechende Formulierung, beispielsweise: «auf Abruf», «unregelmässige Arbeitszeiten, entsprechend einem Vollpensum» etc. zu wählen, wenn wirklich ein entsprechender Arbeitsvertrag gewollt gewesen wäre. Insbesondere im Zusammenhang mit der sichtlich nicht den Tatsachen entsprechenden vereinbarten 42-Stunden-Woche bildet der Umstand, dass die Klägerin ihre Tätigkeiten nicht in den Büroräumlichkeiten der Beklagten ausführte, durchaus einen Hinweis auf einen bloss simulierten Willen. Auch die Ferien-, Feiertage- und Kurzabsenzenregelung ergibt vorliegend keinen Sinn. Wenngleich es sich dabei um einen blossen Nebenpunkt handelt, rundet solches das Bild einer Simulation doch ab. Die Klägerin hat nicht konkretisiert, wie häufig sie den Geschäftsführer auf Geschäftsreisen begleitete und wie lange diese Reisen jeweils dauerten. Mit der Vorinstanz vermochte sie betreffend die Geschäftsreisen – ausgenommen bezüglich der Flüge nach Moskau [Gästabbetreuung/Übersetzung], die aber auch nicht beziffert wurden, – eine aktive Rolle ihrerseits nicht konkret zu behaupten. Aber selbst wenn aufgrund ihrer generellen Angaben, sie sei als Botschafterin der Beklagten tätig gewesen und habe zur Geschäftstätigkeit der Beklagten beigetragen, indem sie geholfen habe, Beziehungen zu knüpfen oder zu vertiefen, von der Behauptung einer aktiven Rolle auch bezüglich der Reisen, die nicht nach Russland geführt hätten, auszugehen wäre, fehlte es doch auch diesbezüglich an der Darlegung konkreter Verkaufsbemühungen. Es mag sein, dass die Klägerin im Rahmen von Geschäftsanlässen jeweils ihren Charme und ihre Freundlichkeit spielen liess, aber solches qualifiziert sie noch nicht als Verkaufsmitarbeiterin der Beklagten. Die Schilderungen der Klägerin erschöpfen sich in durch nichts konkretisierten Pauschalbehauptungen. Es wurde namentlich in keiner Weise substantiiert, was für Geschäfte mit welchen Partnern durch ihr «Networking» begünstigt worden wären. Die neuen beklagtischen Angaben, wonach nur einige wenige Geschäftsreisen unternommen worden seien, die Klägerin angebliche Abendessen mit Geschäftspartnern nie habe vorbereiten müssen und sie die angeblichen Shoppingtouren mit den Ehefrauen der Geschäftspartner vielmehr alleine und auf Kosten von C. unternommen habe, erfolgen im Berufungsverfahren nunmehr verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Mangels hinreichender Substantiierung der klägerischen repräsentativen Arbeitstätigkeit erübrigen sie sich allerdings ohnehin. Im Übrigen blieb vor Vorinstanz unbestritten, dass C. selbst sehr gut Russisch spricht und daher auf die klägerischen Übersetzungsdienste nicht angewiesen war. Die verspäteten Relativierungsversuche mit Bezug auf die Russischkenntnisse von C. und die entsprechend dennoch erforderlichen Übersetzerdienste der Klägerin im Berufungsverfahren sind nicht zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Laut Erstinstanz soll auch der Umstand, dass aufgrund der (einzi-

gen) aktenkundigen (ersten) Lohnabrechnung vom 24. Januar 2011 entgegen dem Arbeitsvertrag keine Pensionskassenabzüge getätigt worden seien, für eine bloss Simulation des Arbeitsvertrages sprechen. Im Berufungsverfahren macht die Klägerin geltend, es handle sich dabei um ein offensichtliches Versehen der ersten Instanz. Neu reicht sie die Lohnausweise der Jahre 2011 bis 2014 sowie ein Formular Austrittsleistung vom 7. August 2014 zu den Akten, woraus ersichtlich ist, dass Beiträge an die berufliche Vorsorge geleistet wurden. Die Klägerin hält dafür, die Beklagte habe wohl, in Verkenntung der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, fälschlicherweise während der ersten drei Monate die berufliche Vorsorge nicht bezahlt, weshalb insbesondere auf der Lohnabrechnung Januar 2011 kein solcher Abzug erfolgt sei. Später seien die Beträge jedoch bezahlt worden. Die Beklagte habe vor Vorinstanz nicht bestritten, dass die Sozialversicherungsabgaben tatsächlich bezahlt worden seien. Sie habe daher damals keine Veranlassung zu Weiterungen gehabt. Weil sich die Klägerin in nachvollziehbarer Weise erst durch die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu den neuen Vorbringen und Unterlagen betreffend die Pensionskassenbeiträge veranlasst sah, können diese zwar berücksichtigt werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO; Art. 99 Abs. 1 BGG analog). Am Gesamtbild vermag dieser Umstand jedoch nichts zu ändern. Im Gegenteil deuten die Abzüge darauf hin, dass der sozialversicherungsrechtliche Schutz der Klägerin gewollt war und auch umgesetzt wurde, was gerade nicht heisst, dass auch der Arbeitsvertrag bzw. eine entgeltliche Arbeitsleistung gewollt war (Teilsimulation). Dass dieser sozialversicherungsrechtliche Schutz die Beklagte etwas kostete, ändert nichts. Es braucht denn auch nicht ausgerechnet zu werden, ob durch die freiwilligen Unterhaltszahlungen an die Klägerin in Form von vermeintlichen Lohnzahlungen letztlich die Steuerersparnis höher war, als die von der Beklagten bezahlten Sozialversicherungsabgaben. Die Vorinstanz erwog weiter, die Beklagte habe in ihrer Organisation – was auch für einen simulierten Vertrag sprechen könnte – für die Klägerin selbst gar keine Funktion vorgesehen, zumal sie laut Lohnabrechnung ausdrücklich als «Keine(r) Abteilung» zugehörig geführt worden sei. Aus diesem Umstand allein könnte in der Tat noch kein simulierter Vertragswille abgeleitet werden. Allerdings wurde die Klägerin, wie erwähnt, als «Mitarbeiterin im Verkauf Russland eingestellt» und die Beklagte führt sichtlich Abteilungen, weshalb es dann doch erstaunt, dass die Klägerin keiner entsprechenden Abteilung zugeordnet wurde. Der Umstand der fehlenden Zugehörigkeit der Klägerin zu einer Abteilung rundet das Bild der blossen Simulation jedenfalls ab. Offenbar begleitete die Klägerin den Geschäftsführer auch, wenn dieser Firmen in anderen Ländern als Russland besuchte. Solches ging indessen über ihre angebliche vertraglich vereinbarte Tätigkeit als «Mitarbeiterin im Verkauf Russland» hinaus. Zwar sind die Parteien weitgehend frei, die Höhe des Arbeitslohnes zu bestimmen, allerdings steht das vereinbarte fixe Bruttogehalt von 13 mal Fr. 5'000.– in keinem vernünftigen Verhältnis zu den unregelmässigen, im privaten Rahmen erfolg-

ten Einsätzen der Klägerin und lässt vielmehr auf verdeckte freiwillige Unterhaltszahlungen denn auf Arbeitslohn schliessen. Im Gesamtzusammenhang passt jedenfalls auch der vereinbarte Lohn ins Bild des bloss simulierten Arbeitsvertrages. Die Ausführungen der Klägerin betreffend den Wert einer Arbeitsleistung und ihren neuen Vergleich mit prominenten Personen und deren Werbeverträgen sind aus dem Gesamtzusammenhang gerissen, passen hier nicht und ändern vorliegend auch nichts. Die erste Instanz hat auch richtig geschlossen, dass aus dem Sachverhalt, dass (unnötigerweise) eine ordentliche Kündigung des simulierten Arbeitsverhältnisses erfolgte, entgegen der Klägerin nicht auf ein tatsächlich gewolltes Arbeitsverhältnis geschlossen werden könne. Vielmehr leuchtet ein, dass C., welcher die Kündigung selbst unterschrieb, im Wissen um das rechtlich grenzwertige Vorgehen bis zuletzt den Schein wahren wollte. Wenn die Beklagte den Arbeitsvertrag subjektiv gewollt hätte, dann hätte sie diesen im Übrigen unter Einhaltung der arbeitsrechtlichen zeitlichen Kündigungsschutzbestimmungen mit Blick auf die Schwangerschaft der Klägerin bis zum Ablauf der entsprechenden Sperrfrist überhaupt nicht (gültig) gekündigt. Aus der nun gewählten «Mittellösung» kann jedenfalls nicht auf einen subjektiven Vertragswillen der Beklagten geschlossen werden. Wurde ein Arbeitsverhältnis nur simuliert, besteht schliesslich keine Pflicht zur Arbeitsleistung und kann auf eine solche auch nicht verzichtet werden. Auch dieses klägerische Argument verfängt somit nicht. Zudem behauptete die Klägerin gerade nicht, dass sie keine Arbeitsleistungen erbracht habe.

2.3 Zusammengefasst ist der ersten Instanz nach dem Gesagten beizupflichten, dass der schriftliche Arbeitsvertrag vom 20. Januar 2011 nicht der Realität entspricht, zumal sich die von der Klägerin (mutmasslich) zugunsten von C. (und damit der Beklagten) ausgeübten Tätigkeiten nicht ansatzweise im Vertrag widerspiegeln. Daraus kann jedoch nur auf das Vorliegen eines (beidseits) bloss simulierten Vertrages geschlossen werden. Die Vertragsfreiheit ist damit nicht verletzt, weil diese den Abschluss bloss simulierter Verträge selbstredend nicht beinhaltet.

3.1 Eine andere (isoliert und unabhängig von der simulierten schriftlichen Arbeitsvereinbarung zu beurteilende) Frage ist, ob sich die Klägerin mit Blick auf ihre Tätigkeiten für die Beklagte gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR (sogenanntes faktisches Vertragsverhältnis) auf die Kündigungsschutz- und Lohnfortzahlungsbestimmungen berufen kann.

3.2 Die Vorinstanz hielt, wie bereits erwähnt, dafür, es zeige sich, dass die von der Klägerin geltend gemachten Tätigkeiten in einer eheähnlichen Gemeinschaft in vergleichbarem sozialem und wirtschaftlichem Umfeld in aller Regel als übliche, nicht als Tätigkeit im Sinne des Arbeitsrechts geltende, partnerschaftliche Leistungen zu qualifizieren seien.

3.3 Gemäss Lehre und Praxis sind in Konkubinatsverhältnissen bezüglich Arbeitsleistungen analog die gleichen gesetzlichen Bestimmungen und die entsprechende Rechtsprechung wie bei Ehegatten anwendbar (BGE 109 II 228; BGE 113 II 414; BGE 130 V 553). Die Mitarbeit des ei-

nen Konkubinatspartners im Betrieb des anderen vermag die Abschlussvermutung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR zu begründen, sobald die Mitarbeit des Partners klar über den Rahmen der Beistandspflicht hinausgeht. Es ist daher vor allem darauf abzustellen, ob sich die Tätigkeit im häuslichen oder im gewerblichen Bereich abspielt. Liegt eine Tätigkeit im gewerblichen Bereich vor und liegt nicht ein Gesellschaftsvertrag vor, sondern im Subordinationsverhältnis erbrachte Arbeitsleistung, so dürfte auch ohne ausdrückliche Absprache ein Arbeitsverhältnis und damit grundsätzlich eine Pflicht zur Erbringung eines Entgeltes anzunehmen sein (vgl. ZR 100 [2001] Nr. 69 mit weiteren Hinweisen). Auch auf das Konkubinat findet Art. 320 Abs. 2 OR Anwendung. Voraussetzung ist, dass nach den konkreten Umständen die Arbeitsleistung nur gegen Entgelt zu erwarten war und ein Subordinationsverhältnis vorliegt. Letzteres fehlt etwa bei der Hausarbeit (BGer JAR 2000, 109 ff.; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 320 N 8). Entgegen der klägerischen Ansicht ist BGE 113 II 414 (betreffend die Mitarbeit des Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen) auf eine ausser-eheliche Lebensgemeinschaft nur analog anzuwenden. Auf (gesetzliche) güter- und erbrechtliche Anwartschaften kommt es hier gerade nicht an.

Die neuen Behauptungen der Klägerin im Berufungsverfahren, wonach ihre Beziehung zu C. nicht als Konkubinat bezeichnet werden könne, weil sie nicht zusammengewohnt hätten, sondern der Verwaltungsrat der Beklagten verheiratet und am Wohnort der Ehegattin angemeldet sei und ausserdem (zumindest) noch eine andere aussereheliche Beziehung unterhalte, sind als verspätete Noven (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen. Ob die Klägerin und C. zusammenlebten bzw. ein eheähnliches (ausschliessliches) Konkubinat vorlag, ist allerdings ohnehin nicht von entscheidender Bedeutung. Es bestand, wie bereits erwähnt, jedenfalls eine längere Liebesbeziehung/intime Freundschaft, woraus gewisse moralische Beistandspflichten abgeleitet werden können. Eine rechtliche Beistandspflicht, wie sie unter Ehegatten besteht (vgl. Art. 159 Abs. 3 ZGB), ist denn praxisgemäss gerade nicht Voraussetzung für die Unentgeltlichkeit gewisser Arbeitstätigkeiten einer Lebensgefährtin.

Wie dargetan, blieben die von der Klägerin geschilderten angeblichen Tätigkeiten für die Beklagte äusserst vage, insbesondere auch betreffend deren zeitlichen Umfang. Zudem spielte sich das Wirken der Klägerin überwiegend im privaten Bereich ab. Inwiefern sich die Klägerin dabei der Betriebsorganisation der Beklagten untergeordnet haben soll, wird nicht näher dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Zwar führte die Klägerin aus, dass sie jeweils vom Verwaltungsrat aufgeboten worden sei, wenn Gäste hätten empfangen werden müssen bzw. dass der Verwaltungsrat sie jeweils informiert hätte, dass Gäste kämen. Daraus kann jedoch noch nicht auf eine arbeitsrechtliche Weisungsgebundenheit bzw. ein Subordinationsverhältnis geschlossen werden, zumal solches im privaten Rahmen, nicht regelmässig und zudem in Erfüllung partnerschaftlichen Obliegenheiten geschah. Dass auf Geschäftsreisen nicht nur gearbeitet wird, ist notorisch. Es ist durchaus

üblich, dass ein Geschäftsführer sich dabei von seiner Ehefrau oder Partnerin begleiten lässt und diese dann auch mit den Geschäftskunden in Kontakt kommt. Konkrete, weisungsgemässe Empfangstätigkeiten der Klägerin, welche das übliche gesellschaftliche Mass übersteigen, wurden nicht behauptet. Im Rahmen von Art. 320 Abs. 2 OR und insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, ob das übliche Mass der Beistandspflicht überschritten wurde, ist denn auch sehr wohl von Bedeutung, wie viel die Klägerin tatsächlich gearbeitet bzw. wie häufig sie repräsentative Aufgaben wahrgenommen hat. Mit Blick auf die erwähnten, von der Klägerin geschilderten Tätigkeiten ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass solches vorliegend die partnerschaftliche Beistandspflicht noch nicht sprengt. Dass die Begleitung auf Geschäftsreisen der Intensivierung und Pflege der partnerschaftlichen Beziehung dienlich ist, ist denn auch notorisch und insbesondere vorliegend nicht abwegig, zumal C. offenbar verheiratet war und ist. Zudem profitierte die Klägerin jeweils auch selbst von den Annehmlichkeiten im Rahmen von Restaurantbesuchen und Geschäftsreisen und erhielt, ohne dass eine gesetzliche Unterhaltsleistungspflicht seitens des Verwaltungsrates der Beklagten bestand, monatlich Fr. 5'000.– brutto. Insbesondere mit Blick auf diese freiwilligen Unterhaltszahlungen erscheinen die klägerischen Repräsentationstätigkeiten nicht als übermässig. Ein Lohnanspruch der Klägerin ist daher auch gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR zu verneinen. Zu bemerken ist, dass, wenn ein Lohn bloss simuliert wurde, die monatlichen Zahlungen an die Klägerin vernünftigerweise nur Unterhaltszahlungen gewesen sein können. Etwas anderes ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht behauptet.

4.

Resümiert ist die Klage somit in Bestätigung des angefochtenen Entscheides und in Abweisung der Berufung abzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. März 2016 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 5. Juni 2015)

Schwangere Arbeitnehmerin; fristlose Kündigung. Nach Ansicht der Vorinstanz ist die «sofortige Arbeitsniederlegung» einer schwangeren Arbeitnehmerin mit Vorsicht zu beurteilen; insbesondere könne eine Schwangere ein Arbeitsverhältnis auch dergestalt auflösen, indem sie nach dem Mutterschaftsurlaub nicht mehr zur Arbeit erscheine. Diese Argumentation der Vorinstanz findet in den Partei- und Zeugenaussagen jedoch keine Stütze (E. II.4.e).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz vermochte der Arbeitgeber den Hauptbeweis dafür, dass das Arbeitsverhältnis seitens der Arbeitnehmerin fristlos aufgelöst worden sei, zu erbringen. Die Zeugenaussage, wonach klar zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Arbeitneh-

merin per sofort dort nicht mehr arbeiten wolle, ist eindeutig und beinhaltet keinen Interpretationsspielraum, zumal die Aussage nicht in einem konkreten Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Krankheit gemacht wurde, sondern im Kontext mit Kritik an den Arbeitsbedingungen. Der Arbeitgeber konnte und durfte diese Erklärung als fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses verstehen (E. II.4.f).

Sachverhalt:

Die Klägerin war ab 13. Juli 2008 als Physiotherapeutin für den Beklagten tätig. Der letzte Arbeitstag war der 14. September 2009. Der Arbeitsvertrag datiert vom 1. Oktober 2008 und sah einen Arbeitsbeginn ab dem gleichen Tag vor. Inwieweit die Klägerin bereits ab 13. Juli 2008 für den Beklagten tätig war, war unter den Parteien zuerst umstritten. Sie konnten sich dann aber über diese Periode einigen. Vertraglich vorgesehen war ein 60%-Pensum, entsprechend 25,2 Stunden (basierend auf 42 Stunden bei 100%). Auch hier kamen die Parteien zum Schluss, dass die Klägerin eigentlich immer 100% gearbeitet hat. Der Arbeitsort des Beklagten befindet sich an der ...-Strasse ... in Zürich. Daneben leistete die Klägerin für den Beklagten noch Einsätze in den Räumlichkeiten der C. im ... und im D. im Entgegen der vertraglichen Regelung rechnete der Beklagte die Arbeitszeit nicht nach der effektiv gearbeiteten Zeit ab, sondern die Klägerin gab ihm jeweils die Anzahl der behandelten Patienten pro Tag bekannt, wobei der Beklagte dafür eine halbe Stunde pro Patient berechnete. Auf dieser Basis wurde der Lohn berechnet, wobei im Falle von Überstunden nur der Grundlohn berücksichtigt wurde. Lohnabrechnungen für die Dauer der Anstellung erhielt die Klägerin erst nach deren Beendigung. Am 10. August 2009 erlitt die Klägerin einen Zusammenbruch, worauf sie ein paar Tage krank war. Am 10. September 2009 erfuhr die Klägerin, dass sie schwanger war. Da sie immer noch unter dem Zusammenbruch vom August litt, vereinbarte ihr damaliger Partner für sie einen Arzttermin für den 15. September 2009. Dazu verschob sie kurzfristig die mit den Patienten vereinbarten Termine für den Morgen des 15. September 2009 und ihr Partner informierte den Beklagten. Nach dem Arzttermin begaben sich die Klägerin und ihr Partner zum Beklagten an die ...-Strasse. Der Inhalt dieses Gesprächs und der weitere Verlauf der Kommunikation zwischen den Parteien an diesem Tag sind umstritten. Jedenfalls arbeitete die Klägerin ab diesem Tag nicht mehr. Es fand dann noch ein Briefwechsel zwischen den Parteien statt. Ab dem 15. September 2009 war die Klägerin arbeitsunfähig geschrieben. Vom 21. bis 28. September 2009 bezog sie Ferien und war dann weiterhin arbeitsunfähig geschrieben. In der Woche vom 28. September 2009 erfolgte ein Schwangerschaftsabbruch. Die Klägerin war bis Ende Oktober 2009 arbeitsunfähig. Mit Mail vom 30. Oktober 2009 bot die Klägerin ihre Arbeit wieder an. Der Beklagte lehnte dies ab, da seiner Mei-

nung nach das Arbeitsverhältnis am 15. September 2009 durch die Klägerin fristlos aufgelöst worden war.

Mit Urteil vom 5. Juni 2015 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 28'358.90 brutto bzw. Fr. 23'973.20 netto nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Forderung abgewiesen. Der Beklagte wurde ausserdem verpflichtet, der Klägerin die Lohnabrechnungen für die Monate September 2009 bis und mit Januar 2010 aus- und zuzustellen. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Klägerin für die Jahre 2008/2009 noch Fr. 1'805.85 brutto für geleistete Überstunden erhalte. Der Beklagte führte in seiner Berufungsbegründung aus, dass er die der Klägerin von der Vorinstanz unter diesem Titel zugesprochene Restforderung von Fr. 1'805.85 brutto anerkenne. Die Dispositivziffern 2, 3 und 4 [nämlich: (2.) der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Lohnabrechnungen für die Monate September 2009 bis und mit Januar 2010 aus- und zuzustellen; (3.) das Begehren um Ausstellung einer BVG-Abrechnung wird abgewiesen; (4.) die Entscheidegebühr wird auf Fr. 14'100.– festgesetzt] des vorinstanzlichen Urteils wurden überdies nicht angefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil somit am 20. November 2015 rechtskräftig geworden, was vorzumerken ist.

2.

a) Im Berufungsverfahren ist somit einzig noch umstritten, ob die Klägerin am 15. September 2009 das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst und damit keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Umfang von Fr. 26'553.35 brutto habe. Die Vorinstanz hatte dazu ein Beweisverfahren durchgeführt und dem Beklagten mit Beschluss vom 8. März 2011 den Beweis dafür auferlegt, dass der damalige Partner der Klägerin, E., in Anwesenheit der Klägerin dem Beklagten erklärt habe, man müsse sich überlegen, ob das Arbeitsverhältnis noch zumutbar sei, die Klägerin werde an dieser Arbeitsstelle nicht mehr arbeiten und kündige die Stelle per sofort. Weiter wurde dem Beklagten der Beweis dafür auferlegt, dass die Klägerin dies ausdrücklich bestätigte und auf nochmalige Nachfrage des Beklagten sowohl die Klägerin als auch E. bekräftigten, dass das Arbeitsverhältnis per sofort beendet sein solle. Die Vorinstanz kam im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zum Schluss, dass sich die Aussagen der Parteien diametral entgegenstehen würden. Der Zeuge E. könne sich nicht mehr an den genauen Wortlaut des Gesprächs mit dem Beklagten erinnern. Es sei daher vor allem auf die Aussagen des Zeugen F. abzustellen. Dieser habe erklärt, dass in den Gesprächen zwischen dem Beklagten und der Klägerin sowie

E. klar zum Ausdruck gekommen sei, dass die Klägerin beim Beklagten nicht mehr arbeiten wolle. Für ihn sei das eine klare Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewesen. Dass dieser Disput für den Zeugen eine eindeutige Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstelle, erstaune jedoch nicht weiter, da der Zeuge weder gewusst habe, dass die Klägerin kurz zuvor einen Zusammenbruch erlitten habe, noch dass sie schwanger und krank geschrieben gewesen sei. Unter diesen Umständen sei die sofortige «Arbeitsniederlegung» mit Vorsicht zu betrachten, da eine schwangere Mitarbeiterin jederzeit der Arbeit fernbleiben könne. Dass das Arbeitsverhältnis durch die Klägerin ausdrücklich «fristlos» beendet worden sei, habe auch der Zeuge nicht bestätigen können. Auch die Aussagen der Klägerin und des Zeugen E. seien deshalb mit Vorsicht auszulegen, da eine Schwangere ein Arbeitsverhältnis auch so auflösen könne, indem sie nach dem Mutterschaftsurlaub nicht mehr zur Arbeit erscheinen müsse. Die sofortige Arbeitsniederlegung, weil die Arbeit unzumutbar sei, könne daher nicht mit einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gleichgesetzt werden. Dieser Beweis sei dem Beklagten deshalb nicht gelungen.

b) Der Beklagte kritisierte diese durch die Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung. Der Beklagte machte geltend, dass er als Zeugen F. und E. genannt habe. Letzteren habe er angerufen, weil er geglaubt habe, dass dieser unter der Strafandrohung für wissentlich falsches Zeugnis wahrheitsgemäss aussagen werde, woran nun jedoch erhebliche Zweifel bestünden. Es sei ihm zwar nicht gelungen, mit diesem Zeugen den Hauptbeweis zu erbringen, doch sei es auch der Klägerin nicht gelungen, den Hauptbeweis zu erschüttern. Der Zeuge sei offensichtlich bemüht gewesen, die Folgen der unbedachten fristlosen Kündigung, zu welcher er die Klägerin veranlasst habe, rückgängig zu machen. Der Zeuge sei unglaubwürdig und seine Aussagen unglaubhaft. Insbesondere im Zusammenhang mit einer angeblichen Konsultation bei einer Anwältin mache der Zeuge widersprüchliche Angaben darüber, auf welche Weise er ihn, den Beklagten, über die juristische Auskunft orientiert habe. Seine Aussage, dass dies brieflich geschehen sei, sei unglaubhaft, da kein entsprechendes Schreiben existiere. Es sei nicht angängig, dass die Vorinstanz aus einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine sofortige, schwangerschaftsbedingte «Arbeitsniederlegung» konstruiere.

(...)

4.

(...)

c) Sachverhaltsmässig ist demnach davon auszugehen, dass sich das Gespräch praktisch ausschliesslich zwischen dem Beklagten und dem Zeugen E. abwickelte, die Klägerin selbst kaum daran teilnahm und offenbar damit einverstanden war, dass E. für sie das Gespräch führte. Dies ergibt sich klar aus den Aussagen des Zeugen F. Er bestätigte ausdrücklich, dass der Beklagte den Begleiter der Klägerin gefragt habe, ob er deren Vertreter sei, was dieser bejaht habe. Der Begleiter der Klägerin habe den Lead bei

dem Gespräch innegehabt. Es sei deshalb eine legitime Frage des Beklagten an den Begleiter der Klägerin gewesen, ob er der Vertreter der Klägerin sei. Die Klägerin habe sich relativ still verhalten, ihrem Begleiter jedoch beige-pflichtet. Es besteht kein Anlass, an den eindeutigen Aussagen des Zeugen F. zu zweifeln. Seine Aussagen erscheinen durchwegs glaubhaft. Aufgrund seiner neutralen Stellung als aussenstehender Dritter ohne irgendwelche Interessen am Ausgang des Verfahrens erscheint er auch als Person ohne weiteres glaubwürdig und völlig unbefangen. Demgemäss ist – entgegen der Ansicht der Klägerin – anzunehmen, dass E. mit Wissen und Willen der Klägerin als deren Vertreter auftrat bzw. sie die Vertretung durch ihn jedenfalls duldete. Seine Erklärungen dem Beklagten gegenüber sind demgemäss der Klägerin als ihre eigenen zuzurechnen (Art. 32 Abs. 1 OR).

d) Weiter ist aufgrund der Aussagen der Beteiligten anzunehmen, dass die Schwangerschaft der Klägerin nur ein Randthema des Gesprächs war. Keine der involvierten Personen erklärte explizit, dass – mit Ausnahme der Information, dass die Klägerin schwanger sei – weiter auf diesen Umstand eingegangen und insbesondere gesagt worden sei, die Klägerin wolle oder könne derzeit wegen ihrer Schwangerschaft nicht mehr weiterarbeiten. Kein Zeuge bestätigte konkret die Behauptung der Klägerin, wonach sie geltend gemacht habe, dass sie von ihrem Recht als Schwangere, der Arbeit fernzubleiben, Gebrauch mache. Auch der Zeuge E. sagte dies nicht ausdrücklich. Auf Vorhalt, dass er gesagt habe, die Klägerin «werde hier nicht mehr arbeiten, sie kündige die Stelle per sofort», meinte E., wenn er gesagt habe, die Klägerin arbeite nicht mehr, dann weil sie schwanger gewesen sei und in ihrem Zustand nicht mehr arbeiten können. Er machte jedoch nicht geltend, dies damals so klar gesagt zu haben. Von einer Kündigung sei jedoch nicht die Rede gewesen. Er habe nur in den Raum gestellt, ob das Arbeitsverhältnis noch weitergeführt werden könne. Der Zeuge E. gab somit nicht zu Protokoll, dass er gegenüber dem Beklagten unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, dass die Klägerin zufolge ihrer Schwangerschaft der Arbeit fernbleiben werde. Dies wird auch durch die Aussagen des Zeugen F. bestätigt. F. erklärte, dass es in dem Gespräch hauptsächlich darum gegangen sei, dass die Klägerin nicht mehr dort arbeiten wollen, weil es ihr nicht mehr zumutbar gewesen sei. Der Beklagte habe darauf wissen wollen, was damit gemeint sei. Der Begleiter der Klägerin habe zuerst gesagt, das Arbeitsverhältnis sei beendet; die Klägerin werde nicht mehr dort arbeiten. Dies habe die Klägerin danach auch bestätigt. Er habe dies gut gehört, denn zwischen den Räumen habe es Vorhänge, die Türen seien nicht ganz zu gewesen. Es sei klar zum Ausdruck gekommen, dass die Klägerin nicht mehr dort arbeiten wolle. Auf Nachfrage des Beklagten sei auch bestätigt worden, dass die Klägerin per sofort nicht mehr dort arbeiten wolle. Der Zeuge erklärte mit keinem Wort, dass von E. oder der Klägerin zum Ausdruck gebracht worden sei, die Schwangerschaft oder eine allfällige Krankheit der Klägerin sei der Grund für das künftige Wegbleiben von der Arbeit. Es wurde auch nicht

gesagt, dass sie wieder zurückkehren werde. Es war offenbar auch nie die Rede von irgendwelchen Schwangerschaftsbeschwerden, welche die Klägerin am Arbeiten hindern würden. Nach den Aussagen des Zeugen F. ist davon auszugehen, dass die Schwangerschaft im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses somit überhaupt nicht erwähnt bzw. nicht als Grund dafür genannt wurde. Der Zeuge ging gemäss seinen Angaben aufgrund des mitgehörten Gesprächs deshalb davon aus, dass das Arbeitsverhältnis wegen der nach Ansicht der Klägerin und ihres Begleiters unmöglichen Arbeitsbedingungen sofort beendet werden sollte.

Offenbar wurde die Erklärung von E. (und der Klägerin) betreffend der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch vom Beklagten so verstanden, dass das Arbeitsverhältnis sofort definitiv beendet sei. Die Klägerin machte jedoch geltend, dass dies nicht so gesagt worden und auch nicht so gemeint gewesen sei. Demgemäss wäre die Erklärung vom Beklagten nicht so verstanden worden, wie sie von E. (und der Klägerin) gemeint war, weshalb die Erklärung nach dem Vertrauensprinzip zu beurteilen ist, da die Klägerin nicht geltend machte, der Beklagte habe die Erklärung so verstanden, wie sie sie gemeint habe. Wie bereits erwähnt, ist vom Sachverhalt auszugehen, wonach Hauptthema des Gesprächs die nach Ansicht der Klägerin unzumutbaren Arbeitsbedingungen in der Praxis des Beklagten und die vom Beklagten gerügte Arbeitseinstellung der Klägerin waren, die Schwangerschaft der Klägerin dagegen nebensächlich war. Es erscheint daher plausibel, dass der Beklagte – wie auch der Zeuge F. – die Äusserungen von E. und der Klägerin vorwiegend unter diesem Aspekt und in diesem Zusammenhang verstand und darauf schloss, dass die Klägerin deswegen nicht mehr länger bei ihm arbeiten wolle. Auch mit der zumutbaren Sorgfalt war es unter diesen Umständen für den Beklagten nicht erkennbar, dass die Klägerin nur wegen ihrer Schwangerschaft der Arbeit einstweilen fernbleiben wollte, zumal wie oben erwähnt davon auszugehen ist, dass dies so jedenfalls nicht zum Ausdruck gebracht wurde. Nach Treu und Glauben durfte der Beklagte die Erklärung aufgrund der gesamten Umstände so verstehen, wie er sie tatsächlich verstand, nämlich dass das Arbeitsverhältnis per sofort beendet sei.

e) Der Rechtsvertreter der Klägerin machte geltend, dass es jeder Lebenserfahrung widerspreche, dass eine schwangere Arbeitnehmerin, die genau wisse, welches ihre Rechte seien, den Arbeitsvertrag fristlos auflöse. Ähnlich argumentierte auch die Vorinstanz. Sie ging zwar davon aus, dass der Zeuge F. bestätigte, gehört zu haben, dass die Klägerin ab sofort nicht mehr beim Beklagten arbeiten wolle. Für den Zeugen habe dieser Disput klar eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedeutet, was jedoch nicht weiter erstaune, da der Zeuge nicht gewusst habe, dass die Klägerin schwanger und krank geschrieben gewesen sei. Unter diesen Umständen sei die sofortige «Arbeitsniederlegung» jedoch mit Vorsicht zu betrachten, da eine schwangere Mitarbeiterin jederzeit der Arbeit fernbleiben könne. Die Aussagen der Klägerin und des Zeugen E. seien auch deshalb mit Vorsicht auszugehen, da eine Schwangere ein Arbeitsverhältnis auch so auflö-

sen könne, dass sie nach dem Mutterschaftsurlaub nicht mehr zur Arbeit erscheinen müsse. Diese Argumentation der Vorinstanz findet in den Aussagen der Parteien und der Zeugen keine Stütze. Sie beruht lediglich auf Mutmassungen, Interpretationen und Erklärungsversuchen. Es wurde von niemandem behauptet, dass die Klägerin das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft bestehen lassen und auf das Ende derselben auflösen wollte. Eine solche Auslegung ist daher unzulässig. Aufgrund der Aussagen des Zeugen F. ist erstellt, dass die Schwangerschaft von E. nicht konkret als Grund für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt wurde. Das Gericht hat sich bei seiner Beurteilung strikt an den sich aus den Akten ergebenden Sachverhalt zu halten. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist keinesfalls gleichzusetzen mit einer (vorübergehenden) Einstellung der Arbeit zufolge Schwangerschaft oder Krankheit. Der Zeuge F. hatte ausdrücklich erklärt, dass auf Nachfrage des Beklagten von E. und der Klägerin bestätigt worden sei, dass das Arbeitsverhältnis beendet sei und die Klägerin ab sofort nicht mehr dort arbeiten wolle. Von Seiten der Klägerin wurde nie erwähnt, dass sie irgendwann wieder an diese Arbeitsstelle zurückkehren werde. Im Übrigen ist auch offen, ob die Klägerin (und E.) bei der Erklärung, wonach das Arbeitsverhältnis per sofort beendet sei, sich der rechtlichen Konsequenzen tatsächlich bewusst waren, da feststeht, dass sich die Klägerin und E. wegen dieser Sache erst später juristischen Rat einholten. Oft werden solche Äusserungen spontan und unbedacht gemacht, indem die rechtlichen Folgen in diesem Moment insbesondere für Laien nicht absehbar sind. Dies anzunehmen wäre vorliegend nicht abwegig, da die Parteien offenbar ein heftiges Streitgespräch führten und die Äusserungen in diesem Rahmen fielen. Die weitere Folgerung des klägerischen Anwalts, es sei unwahrscheinlich, dass E., wenn die Klägerin nachträglich die Auskunft erhalten hätte, dass eine Kündigung nicht zurückgezogen werden könne, versucht hätte, diese rückgängig zu machen, ist nicht zwingend. Es würde grundsätzlich nichts dagegen sprechen, es zu versuchen, da die Gegenpartei auch durchaus darauf eingehen kann, wenn sie auch ein Interesse an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses hat.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte durch die Aussagen des Zeugen F. den Hauptbeweis dafür, dass das Arbeitsverhältnis seitens der Klägerin fristlos aufgelöst worden sei, zu erbringen vermochte. Die vom Zeugen genannte Formulierung, wonach klar zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Klägerin per sofort dort nicht mehr arbeiten wolle, ist eindeutig und beinhaltet keinen Interpretationsspielraum, zumal die Aussage nicht in einem konkreten Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Krankheit gemacht wurde, sondern im Kontext mit Kritik an den Arbeitsbedingungen. Der Beklagte konnte und durfte diese Erklärung als fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses verstehen. Wie bereits ausgeführt, bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte, welche Zweifel an der Richtigkeit dieser Aussagen des Zeugen F. zu begründen vermöchten. Die Aussagen des Zeugen E., auf welche sich der Beklagte wie erwähnt eben-

falls berufen hatte, erscheinen demgegenüber weit weniger überzeugend. Dass der ebenfalls vom Beklagten angerufene Zeuge E. den Standpunkt des Beklagten nicht bestätigte, spielt keine Rolle, da die Aussagen des Zeugen F. glaubhaft und der Zeuge glaubwürdig ist. Die Klägerin hatte die Zeugenbefragung von E. ebenfalls als Beweismittel angeboten. Da dieser Zeuge einerseits mit der Klägerin eng befreundet war und auch selbst das fragliche Gespräch im Wesentlichen geführt hatte, kann er nicht als neutral bezeichnet werden, wie auch schon die Vorinstanz feststellte. Zudem hatte er offenbar auch Einblick in die Akten gehabt. Seine Aussagen vermitteln den Eindruck, dass er den Standpunkt der Klägerin zu untermauern versuchte und daher bezüglich der kritischen Punkte eher vage oder ausweichend antwortete. Auch widersprechen seine Aussagen teilweise denjenigen des Zeugen F. Der Zeuge erscheint keineswegs als unbefangen. Da seine Aussagen insgesamt nicht zu überzeugen vermögen, muss der Gegenbeweis der Klägerin als nicht gelungen erachtet werden.

Da somit davon auszugehen ist, dass die Klägerin am 15. September 2009 das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten fristlos auflöste, besteht nach diesem Datum kein Anspruch der Klägerin auf Lohnfortzahlung mehr (Art. 337d OR).

g) Die Klägerin machte geltend, dass der Beklagte in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung den von ihr für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 15. September 2009 geforderten Restferienanspruch anerkannt habe. Er würde der Klägerin daher unter diesen Umständen zusätzlich zu den nicht angefochtenen Fr. 1'805.85 brutto weitere Fr. 2'104.18 brutto bzw. Fr. 1'946.47 netto zuzüglich Zins zu 5% seit 15. September 2009 für Ferien schulden. Dies wurde vom Beklagten im Berufungsverfahren so bestätigt, weshalb das Verfahren in diesem Umfang zufolge Anerkennung abzuschreiben ist.

Es wird beschlossen:

1.

Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 5. Juni 2015 bezüglich der Dispositivziffern 2, 3 und 4 am 20. November 2015 in Rechtskraft erwachsen ist und bezüglich Dispositivziffer 1 am 20. November 2015 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Umfang von Fr. 1'805.55 brutto bzw. Fr. 1'526.30 netto, nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2010, gutgeheissen wurde.

2.

Im Umfang von Fr. 2'104.20 brutto bzw. Fr. 1'946.50 netto zuzüglich Zins zu 5% seit 15. September 2009 wird das Verfahren zufolge Anerkennung abgeschlossen.

Und erkannt:

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

Bonus, Freiwilligkeitsvorbehalt. Die Vorinstanz hat das Bonusmodell der Arbeitgeberin zu Recht als widersprüchlich taxiert. Gemäss «Grundgedanken» soll der bonusberechtigte Mitarbeiter direkt an seinem für die Bank erwirtschafteten Erfolg beteiligt, aber gleichfalls unternehmerisch in das Ertrags- und Kostendenken miteinbezogen werden. Ein solches Anreizsystem funktioniert nur, wenn dem Arbeitnehmer verbindlich versprochen wird, dass ihm bei Erreichung der vorgegebenen Ziele eine Belohnung zukommt. Die freiwillige oder vereinbarte Gratifikation als Sondervergütung (Art. 322d Abs. 1 OR) verfolgt ein anderes Ziel: Sie dient als Anerkennung für erbrachte Leistungen in der Vergangenheit, welche an besonderen Anlässen gewürdigt werden. Aufgrund der Freiwilligkeit und des grossen Ermessens bei der Bemessung kann diese Vergütung keine oder nur eine minimale Anreizfunktion innehaben. Reglemente, welche – wie vorliegend – Boni als Anreizinstrument etablieren, diese Leistungen jedoch gleichzeitig als freiwillig bezeichnen, sind widersprüchlich. Vorliegend wurde das Ermessen wie folgt formuliert: «Die Ausrichtung und Höhe der Bonuszahlung liegt dann im freien Ermessen der Bank, wenn die Zahlung die Bank aus betriebswirtschaftlicher Sicht substantiell schwächen würde». Die klaren Berechnungsformeln für die Boni machten den Freiwilligkeitsvorbehalt ungültig (E. IV.3.d).

Sachverhalt:

Der Kläger war vom 16. Februar 2006 bis am 29. März 2010 bei der A'. (Schweiz) AG, einer Tochtergesellschaft der A'. AG (A'.), im Bereich Trade Finance bzw. im Bereich Private Banking als Teamleiter angestellt. Per Ende 2013 stellte die A'. (Schweiz) AG ihre Banktätigkeit ein. Sie wurde anfangs 2014 in die A. (Schweiz) AG umfirmiert und hat die Erbringung von nicht bewilligungspflichtigen Finanz- und Beratungsdienstleistungen zum Zweck. Der Kläger verlangt von der Beklagten für die Dauer seiner Anstellung die Bezahlung angeblich zusätzlich geschuldeter Boni. Die Beklagte ist der Ansicht, dem Kläger neben den bereits bezahlten Boni unter diesem Titel nichts mehr zu schulden. Zudem hat sie vertragliche Schadenersatzansprüche zur Verrechnung gestellt. Die Vorinstanz hat die Bonusansprüche des Klägers teilweise gutgeheissen, wobei sie eine Gegenforderung der Beklagten zur Verrechnung zuliess. Im Berufungsverfahren sind die Bonusansprüche strittig, während die von der Vorinstanz vorgenommene Beurteilung der Verrechnungsansprüche nicht gerügt wird.

Der Kläger hat mit Klageschrift vom 17. August 2010 folgendes Rechtsbegehren gestellt: Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ausstehende Gewinnbeitragsboni in Höhe von Fr. 2'358'931.– sowie ausste-

henden Lohn und Spesen in Höhe von Fr. 10'750.– zu bezahlen. Das Arbeitsgericht Zürich hat mit Urteil vom 23. Juni 2015 wie folgt erkannt: Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 1'735'984.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Geldforderung des Klägers abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte mit Berufungsschrift vom 31. August 2015 fristgerecht Berufung erhoben.

Aus den Erwägungen:

IV.

(...)

3.

a) Die Beklagte ist der Auffassung, dass es sich beim Bonus um eine Gratifikation gehandelt habe. In beiden Arbeitsverträgen sei festgehalten worden, dass der Bonus nicht als Lohnbestandteil gelte und aus einer Zahlung kein Rechtsanspruch für die folgenden Jahre erwachse. Die Ausrichtung der Höhe der Bonuszahlung liege gemäss den Arbeitsverträgen dann im freien Ermessen der Bank, wenn die Zahlung die Bank aus betriebswirtschaftlicher Sicht substanziell schwächen würde. Damit hänge die grundsätzliche Ausrichtung des Bonus einzig vom Willen des Arbeitgebers ab und sei als Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR zu qualifizieren. Eine solche liege entgegen der Vorinstanz auch vor, wenn zwar die Berechnung nach festen Kriterien erfolge, die Ausrichtung als solche aber im Ermessen des Arbeitgebers bleibe. Da es sich beim Bonus des Klägers schon aufgrund der Formulierung in den Arbeitsverträgen um eine Gratifikation handle, sei es zulässig, diese mit einer Bedingung zu verbinden. Der Kläger habe selber ausgeführt, dass die Beklagte nur dann zur Auszahlung von Gewinnbeitragsboni verpflichtet gewesen sei, wenn sie durch die Zahlung aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht substanziell geschwächt würde. Daher bleibe kein Raum für eine Auslegung contra stipulatorem.

b) Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist (Art. 322d Abs. 1 OR, «Gratifikation»). Die Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet (BGE 131 III 615 E. 5.2 S. 620; BGE 129 III 276 E. 2 S. 278). Dies ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (Bger 4A_28/2009 vom 26. März 2009 E. 2.3). Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gra-

tifikation sein (BGE 136 III 313 E. 2 S. 317; BGE 139 III 155 E. 3.1). Gewährt der Bonus dem Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung dieses Ergebnisses massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist (Art. 322a Abs. 1 OR). Da bezüglich eines solchen objektiv bestimmbar Bonus ein Ermessensspielraum des Arbeitgebers fehlt, ist nicht von einer Gratifikation, sondern von einem variablen Lohnbestandteil auszugehen (Bger 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.4; BGE 139 III 155 E. 3.3). Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages. Betrifft die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten ist, kann der Arbeitgeber unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbar Kriterien ausrichten (BGE 129 III 276 E. 2; Bger 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002 E. 4b; BGE 136 III 313 E. 2).

c) Die Vorinstanz erachtete das Bonusmodell der Beklagten als problematisch. Einerseits sei dem Kläger ein fester Prozentsatz an den Kommissionserträgen zugesagt worden, was die geschuldeten variablen Vergütungen in die Nähe einer Provisionsregelung (Art. 322b OR) rücke. Dies spreche klar für das Vorliegen eines Lohnbestandteils. In Widerspruch dazu habe sich die Beklagte für den Fall einer finanziellen Schiefelage, bei drohender substanzieller Schwächung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, das Recht vorbehalten, Bonuszahlungen nach freiem Ermessen auszurichten. Zusätzlich werde in der Vereinbarung vom 17. April 2007 ausgeführt, dass ein Bonus nicht als Lohnbestandteil gelte und aus Bonuszahlungen kein Rechtsanspruch für die Folgejahre abgeleitet werden könne. In einer Gesamtbetrachtung müsse sich die Beklagte nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen, dass sie dem Kläger feste Anteile an von ihm generierten Einnahmen versprochen habe. Es sei in sich widersprüchlich, zunächst eine Berechnungsformel festzulegen und damit effektiv einen Lohnbestandteil zuzusagen, um dies in einer Zusatzregelung von einem – letztlich diffusen – Ermessen abhängig zu machen, sei es im Allgemeinen («Bonus gilt nicht als Lohnbestandteil»/«kein Rechtsanspruch für die Folgejahre») oder bei besonderen Verhältnissen (bei drohender substanzieller Schwächung aus betriebswirtschaftlicher Sicht). Die Beklagte müsse sich die dadurch entstandenen Unklarheiten und Widersprüche contra stipulatorem entgegenhalten lassen. Die Ermessensausübung müsse sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die subjektive Einschätzung der persönlichen Ar-

beitsleistung des Arbeitnehmers beziehen (unter Hinweis auf Bger 4A_28/2009 vom 26. März 2009 E. 2.3 und 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.3). Die Vereinbarung eines von jeglichen sachlichen Kriterien losgelösten und damit faktisch willkürlichen Ermessensspielraums vertrage sich weder mit dem allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben noch mit dem Grundsatz der Entgeltlichkeit von Arbeitsverträgen bzw. der Bedingungsfeindlichkeit von Lohnzahlungen (unter Hinweis auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, Art. 322d N 9). Dies bedeute freilich nicht, dass die Ausrichtung eines variablen Lohnbestandteils vertraglich nicht von verschiedenen Parametern abhängig gemacht werden könne (etwa von Verkaufszahlen und der finanziellen Lage des Unternehmens), solange im Rahmen der Vereinbarung die Risiken der Geschäftstätigkeit nicht auf den Arbeitnehmer überwältigt würden bzw. sich diese [Vereinbarung] mit dem Grundsatz der Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags vertrage. Dies setze einerseits die Vereinbarung eines für die Tätigkeit angemessenen, unbedingt geschuldeten festen Monatslohns voraus. Andererseits müssten – wolle die Regelung nicht in Widersprüche zur Lohnabrede geraten – die betragsmässigen Auswirkungen der einzelnen Parameter auf den Lohnanspruch aus der Abrede selbst klar hervorgehen. Vorliegend beinhalte die Vereinbarung, wonach die Ausrichtung der Höhe der Bonuszahlung im freien Ermessen der Beklagten liegen solle, wenn «die Zahlung die Bank aus betriebswirtschaftlicher Sicht substanziell schwächen würde», sowohl ein relativ unbestimmtes Anknüpfungskriterium (was genau bedeute «substanzielle Schwächung»?) als auch eine mit dem Grundsatz von Treu und Glauben kaum vereinbare Folgeanordnung eines nicht weiter definierten Ermessens. Das «freie Ermessen» beziehe sich nach Sinn und Zweck der Vereinbarung ferner gar nicht auf die Beurteilung der persönlichen Arbeitsleistung des Klägers. Aus diesen Gründen sei auch dem zweiten Vorbehalt der Beklagten nach Treu und Glauben und contra stipulatorem wegen innerer, unauflösbarer Widersprüche zur Vereinbarung fixer Prozentanteile an den Kommissionserträgen die Anwendung zu versagen. Eine Reduktion der klägerischen Vergütungsansprüche in Abhängigkeit von der finanziellen Lage der Beklagten falle damit ausser Betracht.

d) Da keine Partei einen wirklichen übereinstimmenden Parteiwillen bezüglich der Frage, ob die vereinbarten Boni Lohn oder (freiwillige) Gratifikation darstellen, behauptet hat, hat die Vorinstanz die Vereinbarungen zu Recht ausgelegt, wobei diese Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen war. Die Vorinstanz hat diese Auslegung überzeugend vorgenommen, weshalb vorab auf deren Ausführungen verwiesen werden kann. Zu Recht hat die Vorinstanz das Bonusmodell der Beklagten als widersprüchlich taxiert. Gemäss «Grundgedanken» soll der bonusberechtigte Mitarbeiter direkt an seinem für die Bank erwirtschafteten Erfolg beteiligt, aber gleichfalls unternehmerisch in das Ertrags- und Kostendenken miteinbezogen werden. Ein solches Anreizsystem funktioniert nur, wenn dem

Arbeitnehmer verbindlich versprochen wird, dass ihm bei Erreichung der vorgegebenen Ziele eine Belohnung zukommt. Die freiwillige oder vereinbarte Gratifikation als Sondervergütung verfolgt ein anderes Ziel: Sie dient als Anerkennung für erbrachte Leistungen in der Vergangenheit, welche an besonderen Anlässen (Weihnachten, Ende des Geschäftsjahres) gewürdigt werden. Idee der Gratifikation ist die Anerkennung für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen durch die Arbeitgeberin. Aufgrund der Freiwilligkeit und des grossen Ermessens bei der Bemessung kann diese Vergütung keine oder nur eine minimale Anreizfunktion innehaben. Der Arbeitnehmer erhält keine Zusicherung, dass er bei Wiederholung seiner Leistungen erneut eine Gratifikation erhalten wird. Reglemente, welche – wie vorliegend – Boni als Anreizinstrument etablieren, diese Leistungen gleichzeitig jedoch als freiwillig bezeichnen, sind widersprüchlich (SENTI, Leistungslohn oder Gratifikation? – Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, ARV 2011 S. 3). Die Formulierung des Ermessens mit «Die Ausrichtung und Höhe der Bonuszahlung liegt dann im freien Ermessen der Bank, wenn die Zahlung die Bank aus betriebswirtschaftlicher Sicht substanziell schwächen würde.» hat die Beklagte selbst als «etwas unglücklich» bezeichnet. Dieser Satz hätte lediglich den vorhergehenden Satz des Arbeitsvertrages dahingehend verdeutlichen sollen, dass auch die Höhe des Bonus im freien Ermessen der Beklagten sei. Demgegenüber vertrat der Kläger die Auffassung, aus dieser Bestimmung ergebe sich e contrario, dass die Beklagte zur Auszahlung von Gewinnbeitragsboni rechtlich verpflichtet gewesen sei, wenn die Zahlung die Bank nicht aus betriebswirtschaftlicher Sicht substanziell schwächen würde. Die Parteien interpretieren die Bonusregelung also unterschiedlich, weshalb die Vorinstanz zulässigerweise die Auslegungsregel contra stipulatorem herangezogen hat (vgl. RUDOLPH, Fokus Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht, TREX 2011 S. 93). Die klaren Berechnungsformeln für die Boni machten den Freiwilligkeitsvorbehalt ungültig (SENTI, a.a.O., S. 9). Ob es zulässig gewesen wäre, den Bonusanspruch vom Erreichen bestimmter betriebswirtschaftlicher Kennzahlen abhängig zu machen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 9 S. 354), braucht nicht weiter geprüft zu werden, da der entsprechende Vorbehalt in der Bonusregelung viel zu unbestimmt ist und die Beklagte überdies weder substanziert hat, was unter einer substanziellen Schwächung aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu verstehen ist, noch dass eine solche vorlag. Dazu genügt es jedenfalls nicht, darauf hinzuweisen, dass die Beklagte in den Jahren 2008 und 2009 jeweils einen Jahresverlust (von Fr. 5'282'338.– bzw. Fr. 37'523'714.–) erlitten habe.

4.

a) Die Vorinstanz hat dem Kläger für das Jahr 2006 im Bereich Private Banking einen zusätzlichen Bonus von Fr. 57'841.10 zugesprochen, basierend auf Kommissionserträgen von Fr. 2'444'929.–. Die Höhe der Kommissionserträge blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Auf diesen

Erträgen schuldet die Beklagte nach Abzug einer Vollkostenallokation von Fr. 500'000.– einen Bonus von 25%. Da ein zusätzlicher Bonusanspruch für das Jahr 2006 im Bereich Trade Finance entfällt, sind die Fr. 500'000.– hier abzuziehen. Der Bonus beträgt Fr. 486'232.25 ($\{Fr. 2'444'929.– \text{ minus } Fr. 500'000.–\}$ geteilt durch 4); abzüglich Fr. 345'551.– (bereits ausbezahlt) ergäbe dies einen Restanspruch von Fr. 140'681.25. Davon wäre die von der Vorinstanz zur Verrechnung zugelassene Forderung der Beklagten in der Höhe von Fr. 49'575.15 abzuziehen, so dass der Kläger noch Anspruch auf Fr. 91'106.10 hätte. Da der Kläger den von der Vorinstanz zugesprochenen Bonus von Fr. 57'841.10 nicht beanstandet hat, bleibt es bei diesem.

(...)

b) aa) Bezüglich des Bonusanspruchs 2006 im Bereich Trade Finance hat die Vorinstanz dem Kläger den Hauptbeweis auferlegt, dass er vom 16. Februar bis 31. Dezember 2006 auf ihn geschlüsselte Nettokommissionserträge von Fr. 2'170'000.– generiert habe. Der Kläger habe behauptet, die im Bereich Trade Finance erwirtschafteten Nettokommissionserträge hätten gesamthaft als selbstbetreute Assets im Sinne von Ziff. 2.2.1 der Bonusregelung vom 6. Februar 2006 zu gelten bzw. sämtliche Trade Finance-Aktivitäten seien bankintern auf ihn geschlüsselt gewesen. Von der Beklagten sei lediglich allgemein die Bonusberechtigung für beide Geschäftsbereiche, nicht aber die Schlüsselung der Geschäfte auf einzelne Bankmitarbeiter im Allgemeinen oder die Schlüsselung der Trade Finance-Geschäfte auf den Kläger im Einzelnen bestritten worden. Demzufolge sei erstellt, dass die vom Kläger und seinem Team im Bereich Trade Finance generierten (und bewiesenen) Nettokommissionserträge diesen auch zum Bezug des Bonus auf selbstbetreute Assets berechtigen.

bb) Die Beklagte macht geltend, im Bereich Trade Finance seien nicht die auf den jeweiligen Mitarbeiter geschlüsselten Erträge ermittelt worden, sondern seien die Erträge als Summe der einzelnen Ertragskategorien (z.B. Akkreditive, Garantien) ausgewiesen worden. Daher habe nur eine Beteiligung am (Rein-)Gewinn der gesamten Abteilung vereinbart werden können und der Gewinnbeitragsbonus als Teambonus ausgestaltet werden müssen. Der Wortlaut des Bonusmodells habe eine bankinterne Schlüsselung auf den Kläger nicht zugelassen. Aus dem Bericht des Group Internal Audit gehe klar hervor, dass es sich bei den Fr. 2'170'000.– nicht um auf den Kläger geschlüsselte Kommissionserträge gehandelt habe, sondern um die Summe der Erträge aus der Geschäftstätigkeit der ganzen Abteilung «Trade Services/Bank Corporates». Dies hätten auch die Zeugen D. und E. bestätigt, welche überdies ausgesagt hätten, dabei habe es sich sicherlich nicht um Netto-, sondern Bruttoerträge gehandelt. Der Kläger habe in seiner persönlichen Befragung selbst ausgeführt, nicht die Zahlen im Bericht des Group Internal Audit seien für die Bonusberechnung massgebend, sondern eine von ihm für eine Verwaltungsratssitzung erstellte Präsentation.

cc) Der Kläger hatte in der Klagebegründung ausgeführt, nach wie vor (d.h. ab 1. Januar 2007) seien sämtliche relevanten Geschäfte/Assets bankintern konsequenterweise als «selbstbetreute Assets» des Klägers geführt worden, und zwar unabhängig davon, ob sie den Bereich Trade Finance oder den Bereich Private Banking betroffen hätten. In der Klageantwort hatte die Beklagte dargelegt, dass der Kläger als Teamleiter Akkreditive (Trade Services) seine Arbeit bei ihr begonnen habe und das Bonusreglement vom 6. Februar 2006 gegolten habe; dazu zitierte sie die Bestimmung, wie der Gewinnbeitragsbonus als Teambonus ermittelt werde, und führte aus, der Bonusanteil pro Teammitglied werde jährlich vom LC-Teamleiter, CFO und CEO festgelegt. Die Beklagte hat also nicht explizit bestritten, dass es im Bereich Trade Finance auf den Kläger geschlüsselte Assets gab, aber dargelegt, dass ein Teambonus ermittelt und aufgeteilt werde. Daher ist die Aussage der Vorinstanz, die vom Kläger und seinem Team im Bereich Trade Finance generierten (und bewiesenen) Nettokommissionserträge hätten den Kläger auch zum Bezug des Bonus auf selbstbetreute Assets berechtigt, nicht korrekt oder zumindest missverständlich. Die vom Team des Klägers generierten Erträge waren nicht automatisch auf den Kläger geschlüsselt; dieser hatte vielmehr zu beweisen, dass bzw. in welchem Umfang dem so war.

Der von beiden Parteien zu diesem Beweisthema angerufene Zeuge D., damals CFO bei der Beklagten, sagte aus, es habe zwei verschiedene Modi für die Bonusberechnung gegeben. Der grosse Unterschied sei gewesen, dass sie im Private Banking personenbezogen gewesen sei, während es im Trade Finance ein Team-Bonus nach dem erwirtschafteten Ertrag, abzüglich entsprechender Kosten, gewesen sei. Wenig klar sind die Aussagen des Zeugen zur Frage, ob es eine Schlüsselung im Trade Finance gab: Frage: «Die Beklagte konnte keine Unterlagen zu Trade Finance hinsichtlich des Klägers liefern, mit dem Hinweis, es sei nicht so viel geschlüsselt gewesen. Existierte für den Bereich Trade Finance generell je ein solcher Berechnungsschlüssel?» – Antwort: «Ja.» – Frage: «Wie sah dieser Schlüssel aus, wem wird es zugewiesen?» – Antwort: «Das kann ich jetzt nicht mehr sagen. Es wurde so berechnet.» ... Frage: «Ist es richtig, dass Erträge, die im Bereich Trade Finance jeweils für die ganze Abteilung, unabhängig von der personellen Besetzung, aufgelistet wurden?» – Antwort; «Ja, das ist richtig.» E., damals Leiter Rechnungswesen und Controlling bei der Beklagten, sagte als Zeuge auf den Vorhalt, es sei behauptet worden, im Jahr 2006 habe es Nettokommissionserträge im Bereich Trade Finance von 2,17 Mio. gegeben, das könne durchaus sein. Auf die Frage, wie die Schlüsselung im Bereich Trade Finance gewesen sei, antwortete er: «Soweit ich mich erinnere war Trade Finance dem Kläger geschlüsselt. Das waren eher weniger grosse Kunden oder Banken. Die waren auf ihn geschlüsselt. Zum Teil gab es auch noch Unterschlüssel, wo jemand es durch eine andere Person betreuen lassen hat. Pro Schlüssel wurde berechnet, wie viel die Erträge sind. Wie die Aufteilung der Bonussumme an sich

gewesen ist, weiss ich nicht.» Und später: «Wenn wir nur von Bonus reden, müsste man wissen, wie viel vom Unterschlüssel dem Kläger und wie viel dem anderen zugeteilt werden müsste. Es gibt verschiedene Ansichten. Die Beträge sind auf die einzelnen Kundenberater geschlüsselt, eine andere Sache ist, wie viel der Kläger erwirtschaftet hat. Hier geht es um die Bonusgeschichte, deshalb weiss ich nicht, wie die Abmachung war.» Auf Vorhalt von Urk. 3/25 bejahte der Zeuge die Frage, ob es sich, wenn überhaupt, um den Ertrag einer ganzen Abteilung handle. Der Zeuge F., der im Team des Klägers war und offenbar nach wie vor eine gute Beziehung zu diesem hat, sich dagegen von der Beklagten um seinen Bonus betrogen fühlt, erklärte die Bonusregelung im Trade Finance Team und sagte: Frage: «Sie sagen, man habe 25% von den Nettoerträgen nach Abzug von Kosten zugute. Hatte der Kläger die 25% zugute?» – Antwort: «Das Team.» Frage: «Wer machte die Verteilung innerhalb des Teams?» – Antwort: «Vorgesehen war, dass das der Kläger hätte machen müssen. De facto wurde dies von Herrn D. entschieden.» ... Frage: «Hat irgendjemand anders ausser dem Kläger in den Jahren 2006 bis 2009 Kunden für den Bereich Trade Finance akquiriert?» – Antwort: «Das kann ich ganz klar verneinen.» ... Frage: «Die Beklagte konnte keine Zahlen über Trade Finance im Rahmen der Edition liefern, welche auf den Kläger geschlüsselt waren. Ist das so zu verstehen, dass die ganzen Erträge so oder so dem Kläger, stellvertretend für das Team, zuzuordnen waren?» – Antwort: «Das ist absolut korrekt. ...» ... Frage: «Verstehen wir das richtig, dass die Idee war, dass dieser Bonus, wie er auch immer berechnet wird, vertragsmässig dem Kläger zugeordnet war[en] als Vertreter des Teams und dann entschieden werden sollte, durch den Kläger, Herrn D. und Herrn G., wie die interne Aufteilung im Team sein sollte?» – Antwort: «Das ist korrekt, dass der Kläger stellvertretend für uns den Bonus verteilt. ...» – Frage: «Dann würde das eigentlich heissen, wenn der Kläger im Bereich Trade Finance aus dem Prozess etwas herausholt, müssten Sie noch etwas zugute haben:» – Antwort: «Theoretisch schon. Ich war im Team. Es wurden immer nur kleine Abschlagszahlungen gemacht, um die Leute ruhig zu stellen.»

Keiner der drei Zeugen hat bestätigt, dass im Bereich Trade Finance Erträge, die auf die Akquisitionstätigkeit des Klägers zurückzuführen waren, derart auf ihn geschlüsselt wurden, dass er daraus direkt bonusberechtiget geworden wäre. Aus den Aussagen von E. geht hervor, dass er zwischen Schlüsselung und Bonusverteilung unterschied. Besonders plausibel hat es F. dargestellt: Der Kläger hat für das Team akquiriert, er holte in diesem Sinne den Bonus herein, aber es handelte sich eben um einen Teambonus. Der Kläger hatte darauf einen Teilanspruch, wie auch die übrigen Teammitglieder. Dass Fr. 2,17 Mio. auf den Kläger geschlüsselt waren, ergibt sich auch nicht aus den von ihm zum Beweis angerufenen Urkunden. Selbst wenn aufgrund der Akquisitionstätigkeit des Klägers Nettokommissionserträge von Fr. 2'170'000.– erwirtschaftet worden wä-

ren (was aber nicht erstellt ist, s. nachfolgend lit. dd), hätte er nicht Anspruch auf einen 25%-Bonus, wie dies die Vorinstanz angenommen hat.

dd) Der Kläger stützte sich für die von ihm behaupteten Nettokommissionserträge aus seinen Trade Finance-Aktivitäten auf den «Bericht Nr. 09/20 – Prüfung des Akkreditivgeschäfts der A'. (Schweiz) AG» von der Abteilung «Group Internal Audit» der Beklagten. Mit seiner Beweisantrittungsschrift reichte er dann allerdings eine Zusammenfassung mit einem kumulierten Ertrag von Fr. 4'810'625.20 ein. Nach durchgeführtem Beweisverfahren schloss die Vorinstanz, einhellig seien alle Zeugen (D., G., F., E. und H.) und letztlich auch der Kläger der Meinung, die Zahlen im Bericht Nr. 09/20 müssten eigentlich richtig sein. Zu den Kommissionserträgen zählte die Vorinstanz auch die Zinsmargen aus Forfaiting (nur in den Jahren 2007–2009 relevant) und aus Geldmarktgeschäften. Diese Geldmarktgeschäfte seien offensichtlich untrennbar mit dem Trade Services-Geschäft verbunden. Erst im Rahmen eines entsprechenden Geschäfts seien Gelder hereingekommen, die kurzfristig im Geldmarkt hätten angelegt werden können.

Die Beklagte rügt die vorinstanzliche Beweiswürdigung. Der Kläger selber habe die Zahlen im Bericht Nr. 09/20 nicht als massgeblich erachtet. Die Zeugen D. und E. hätten den Betrag von Fr. 2'170'000.– als Grundlage für die Bonusberechnung nicht bestätigt. Demgegenüber pflichtet der Kläger den vorinstanzlichen Erwägungen bei. Es sei auf den offiziellen Bericht des Audit abzustellen. Der Zeuge D. erklärte, der Betrag von Fr. 2,17 Mio. könne nicht richtig sein. Hier seien die Zinsmargen aus Geldmarktgeschäften von Fr. 1,52 Mio. eingerechnet. Geldmarktgeschäfte habe nur der CFO auf Risiko und Ertrag der Bank gemacht. Aus den ihm vorliegenden Zahlen sei im Trade Finance-Bereich ein Ertrag von Fr. 0,65 Mio. erbracht worden. Bei den Erträgen gemäss Urk. 54/75 (S. 39; A'.-Präsentation für Verwaltungsratssitzung vom 13. März 2007) habe es sich um Bruttoerträge vor Abzug der Kosten gehandelt. G., der damalige CEO der Beklagten, sagte, die Zahlen des Audit stimmten sicher. Das heisse aber nicht, dass sie für die Bonusberechnung heranzuziehen seien. Die Abrechnungen für die Boni habe H. gemacht. Sie hätten aus der Buchhaltung der Bank die Zahlen herausgenommen und für die Bonusberechnung aufbereitet. Gemäss dem Zeugen F. handelte es sich bei den Zahlen in Urk. 54/75 S. 39 nur um einen Entwurf. Im Revisionsbericht seien die Zahlen kleiner. Er enthalte Fr. 666'000.– Akkreditivkommissionen, es seien aber Fr. 959'000.– gewesen. Die Zinsmargen aus Geldmarktgeschäften hätten mit der Abteilung Trade Finance zu tun, wenn sie deren Kunden beträfen. Einen Schlüssel dazu habe er nicht. Er müsste das SAP bei der Beklagten dazu auseinandernehmen. Der Zeuge E. sagte aus, Grundlage für die Bonusberechnung sei die Finanzbuchhaltung gewesen. Es könne durchaus sein, dass es im Jahr 2006 im Bereich Trade Finance Nettokommissionserträge von Fr. 2,17 Mio. gegeben habe. Er gehe davon aus, dass die Zahlen in Urk. 3/25 richtig seien. Ob die Zinsmargen aus Geldwertanlagen zu den Nettokom-

missionserträgen im Bereich Trade Finance gehörten, konnte E. nicht sagen. Der Zeuge H. gab an, während einer gewissen Zeit Abrechnungen für Bonussysteme erstellt zu haben. Auf Vorhalt des Auditberichts Urk. 3/25, S. 4, sagte er, diese Zahlen basierten auf einer Bruttobetrachtung und die Zahlen im Bonussystem seien eine Nettobetrachtung. Die Zahlen wichen generell voneinander ab. Es könnten noch Kosten, gewisse Verlustpositionen, die schon eingetreten seien, und Sachen, die nicht auf den Mitarbeiter geschlüsselt gewesen seien, da es eine Gesamtbetrachtung der Bank sei, in Abzug kommen. Er gehe davon aus, dass die Zahlen im Auditbericht stimmten.

Aus diesen Zeugenaussagen kann zwar der Schluss gezogen werden, dass die Richtigkeit der Zahlen im Audit-Bericht Nr. 09/20 von den Zeugen nicht angezweifelt werden. Der Kläger hatte aber den Beweis zu erbringen, dass die für die Bonusberechnung massgebende Ertragssumme netto Fr. 2,17 Mio. beträgt. Gefordert ist der strikte Beweis als Regelbeweismass, d.h. die zu beweisende Tatsache muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, wobei unbedeutende, unerhebliche Zweifel vorhanden sein dürfen (LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 49; HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al., Komm. ZPO, Art. 157 N 22; BRÖNNIMANN, BK ZPO, Art. 157 N 40; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 17; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 148 N 3). Diesen Beweis hat der Kläger nicht erbracht: Unklar ist geblieben, ob von den Fr. 2,17 Mio. noch Abzüge vorgenommen werden müssten, es sich dabei also nicht um den Nettoertrag handelte. Bezüglich der Zinsmargen aus Geldwertanlagen äusserte sich einzig der Zeuge F. vage dahingehend, dass diese den bonusberechtigten Erträgen im Trade Finance-Bereich zuzurechnen seien, wobei F. ein Teammitglied des Klägers war und seine Aussage daher mit Vorsicht zu würdigen ist. Die Aussagen des Klägers in seiner persönlichen Befragung, welche er zu seinen eigenen Gunsten machte, bilden nach der vorliegend noch massgebenden zürcherischen Zivilprozessordnung keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH). Die vom Kläger zum Beweisthema angerufenen Urkunden beantworten die Frage nach dem Stellenwert der in Urk. 3/25 aufgeführten Fr. 2,17 Mio. nicht.

ee) Die Beklagte schuldet somit dem Kläger für das Jahr 2006 im Bereich Trade Finance keinen zusätzlichen Bonus.

5.

a) Die Vorinstanz hat dem Kläger auch für die Jahre 2007, 2008 und 1. Halbjahr 2009 gestützt auf die gleichen Beweismittel und Überlegungen wie für das Jahr 2006 einen Gewinnbeitragsbonus im Bereich Trade Finance zugesprochen. Dabei stützte sie sich nun auf das am 17. April 2007 vereinbarte Bonusmodell.

Die Beklagte macht geltend, dieses Bonusmodell gelte für das Private Banking und sei auf den Bereich Trade Finance nicht anwendbar. Der Kläger sei in diesem Bereich nicht bonusberechtiggt gewesen. Wenn das Ge-

richt diese Auffassung nicht teile, sei das Bonusmodell von 2006 anzuwenden.

Der Kläger ist demgegenüber der Ansicht, dass die Vorinstanz ihm zu Recht gestützt auf die Ertragszahlen im Audit-Bericht vom 5. Oktober 2009 und das Bonusmodell vom 17. April 2007 einen Gewinnbeitragsbonus im Trade Finance-Bereich zugesprochen hat.

b) Mit der Vertragsänderung vom 17. April 2007 wurde die bisher geltende Bonusregelung gemäss Anhang 1 zum Anstellungsvertrag vom 6. Februar 2006 ersetzt (Urk. 3/7 S. 1: «... ändern wir Ihren derzeit gültigen Arbeitsvertrag rückwirkend per 1. Januar 2007 wie folgt ab: Bonusregelung: ... Die anderen Vertragspunkte bleiben unverändert.»). Es besteht daher kein Raum, das bisherige Bonusmodell weiter anzuwenden. Gemäss neuer Bonusregelung stand dem Kläger ein Gewinnbeitragsbonus von 25% auf der Basis der von ihm erzielten Nettoerträge aus Courtagen, Wertschriftenadministrationen, Zinsgeschäften (Kredite), VVA-Gebühren, Fondsausgabekommissionen und Bestandspflegekommissionen zu. Wie vorangehend unter Ziff. IV/4 lit. b ausgeführt, hat der Kläger den Beweis nicht erbracht, dass die Erträge gemäss Audit-Bericht Nr. 09/20 (ungeschmälert) auf ihn geschlüsselt waren. Hinzu kommt, dass Akkreditiv- und Garantiekommissionen sowie die Zinsmargen aus Forfaiting und Geldmarktgeschäften in der Auflistung der bonusberechtigten Nettoerträge nicht enthalten sind. Daher hat der Kläger keinen Anspruch auf Gewinnbeitragsboni im Bereich Trade Finance für die Jahre 2007 bis Mitte 2009. Aus den zum Jahr 2006 dargelegten Gründen hätte er auch keinen solchen Anspruch gestützt auf die bisherige Bonusregelung gehabt. Dass der Kläger gemäss vorinstanzlichem Urteil für das zweite Halbjahr 2009 keinen Bonusanspruch im Bereich Trade Finance hat, blieb im Berufungsverfahren unangetroffen.

6.

a) Für das Jahr 2008 hat die Vorinstanz festgehalten, dass die Beklagte im Bereich Private Banking richtigerweise von Erträgen in der Höhe von Fr. 73'499.96 ausgegangen sei. Der Kläger hält im Berufungsverfahren nicht daran fest, dass er Fr. 490'000.– generiert habe. Er hat für dieses Jahr einen Bonus von Fr. 80'000.– erhalten. Für den Bereich Trade Finance hat er keinen Bonus zugute. Daher deckt der erhaltene Bonus den Bonusanspruch aus dem Private Banking mehr als ab.

b) Für das Jahr 2009 hatte die Beklagte einen Gewinnbeitrag des Klägers in der Höhe von Fr. 393'595.07 im Bereich Private Banking anerkannt. Nach Abzug der Vollkosten-Allokation von Fr. 500'000.– verweigerte die Beklagte dem Kläger einen Gewinnbeitragsbonus. Gemäss Vorinstanz konnte der Kläger den Beweis nicht erbringen, dass er Kommissionserträge von Fr. 817'000.– generiert hatte, was im Berufungsverfahren ungerügt blieb. Die Vorinstanz ging daher von Erträgen in der Höhe von Fr. 393'595.07 bzw. – wohl aufgrund eines Versehens – von Fr. 333'595.07 aus und bezifferte den Bonusanspruch des Klägers auf Fr. 83'398.75 (25%). Die

Fr. 500'000.– Vollkosten-Allokation zog sie bei den Erträgen im Trade Finance-Bereich ab. Wie gesehen hat der Kläger auch für das Jahr 2009 keinen Bonusanspruch für den Bereich Trade Finance. Die Beklagte macht zutreffend geltend, dass die Vollkosten-Allokation bei den Erträgen aus dem Private Banking in Abzug zu bringen ist, so dass kein bonusberechtigter Nettokommissionsertrag bleibt. Für das Jahr 2009 schuldet die Beklagte daher keinen Bonus.

7.

Zusammengefasst schuldet die Beklagte dem Kläger einzig noch Fr. 57'841.10 als zusätzlichen Bonus für das Jahr 2006 aus dem Private Banking. Dieser Betrag ist mit 5% seit 31. März 2007 zu verzinsen; die Beklagte hat den von der Vorinstanz gewährten Verzugszins nicht beanstandet.

Im Übrigen ist die Klage abzuweisen, soweit der vorinstanzliche Entscheid nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

(...)

Es wird beschlossen:

Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 23. Juni 2015 in folgendem Umfang am 26. Oktober 2015 rechtskräftig geworden ist:

- Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger Fr. 10'159.35 nebst 5% Zins seit 1. Februar 2010 zu bezahlen
- Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger ein vollständiges Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen
- Klageabweisung im Fr. 1'737'984.– übersteigenden Betrag.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19. April 2016 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 1. Juni 2015)

Organschaftliche bzw. arbeitsvertragliche Tätigkeit. Bei schuld- bzw. gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnissen sind die Rechtsverhältnisse mit Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinanderzuhalten, selbst wenn zwischen ihnen eine enge Wechselbeziehung besteht. Sind sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages erfüllt, bestimmt sich die Entschädigung für die arbeitsvertragliche Tätigkeit nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen (Art. 322 Abs. 1 OR). Die Entscheidung, was noch als organschaftliche Tätigkeit und was bereits als arbeitsvertragliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Subordination bzw. die damit verbundene Weisungsgebundenheit. Bei einer Einmann-Gesellschaft ist das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses ausgeschlossen – ist näm-

lich eine natürliche Person einziger Gesellschafter und Geschäftsführer, ist er nur sich selbst unterstellt und damit nicht weisungsgebunden. Vorliegend bestand damit vom 10. September 2013 bis 2. Oktober 2013, dem Zeitraum der Einmann-Gesellschaft, kein Subordinationsverhältnis, weshalb ein Arbeitsverhältnis für diese Zeitspanne ausgeschlossen ist (E. III.A.3.3 und 3.5.1.d).

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger), C. sowie D. gründeten zusammen die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte), deren Zweck gemäss Handelsregistrauszug der Handel und Vertrieb von Fahrzeuersatzteilen und Zubehör sowie Import und Export von Reifen und Felgen ist. Die Beklagte wurde am 10. September 2013 ins Tagesregister des Handelsregisters eingetragen. Zunächst war nur der Kläger als Gesellschafter eingetragen und hielt alle Stammanteile. Am 1. November 2013 wurden die Gesellschafter C. und D. ins Tagesregister aufgenommen. Alle drei Gesellschafter verfügten in der Folge über je 7 Stammanteile zu je Fr. 1'000.– und waren jeweils kollektivzeichnungsberechtigt zu zweien. Der Kläger hatte den Vorsitz der Geschäftsführung inne, welche sich aus den drei Gesellschaftern zusammensetzte. Für den Monat Oktober 2013 erhielten die drei Gesellschafter eine Entschädigung (vgl. «Lohnabrechnung Oktober 2013»). Ende November 2013 beschlossen die Gesellschafter und Geschäftsführer C. und D., an die Geschäftsführer ab sofort keine Entschädigungen mehr auszubezahlen. Am 10. Dezember 2013 unterzeichneten die drei Gesellschafter eine Vereinbarung betreffend den Austritt des Klägers aus der Beklagten. In diesem Dokument wurde eine Saldoklausel vereinbart. Der Kläger macht eine Forderung von Fr. 15'000.– geltend, bestehend aus Lohnansprüchen für die Monate September, November und Dezember 2013, dem Ferienlohnanspruch für knapp vier Monate sowie einer Pönale von einem Monatslohn. Strittig ist zunächst, ob der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten war. Des Weiteren ist umstritten, ob mit der Vereinbarung vom 10. Dezember 2013 eine (umfassende) Einigung über die Austrittsfolgen geschlossen wurde und die darin enthaltene Saldoklausel darüberhinausgehende Forderungen des Klägers ausschliesst.

Am 14. Juli 2014 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf Klage mit dem Rechtsbegehren ein, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 15'000.– zu bezahlen. Mit Urteil vom 1. Juni 2015 hiess die Vorinstanz die Klage gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 15'000.– zu bezahlen (Dispositivziffer 1). Gegen dieses Urteil hat die Beklagte mit Berufungsschrift vom 14. September 2015 fristgerecht Berufung mit dem Begehren auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils erhoben.

Aus den Erwägungen:

III.

A.

1.

Die Vorinstanz qualifizierte das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Arbeitsvertrag. Der Kläger habe sich verpflichtet, der Beklagten seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen, habe gegen ein Entgelt gearbeitet und es sei vorgesehen gewesen, dass er für unbestimmte Zeit für die Beklagte tätig sein werde. Weiter habe ein Subordinationsverhältnis bestanden. Für ein solches spreche, dass die Parteien eine fixe und regelmässige Entschädigung vereinbart hätten, da zu Beginn jeder Gesellschafter monatlich Fr. 6'000.– brutto zuzüglich Spesen hätte erhalten sollen. Mit anderen Worten sei das Unternehmensrisiko nicht direkt auf den Kläger überwältigt worden. Auch für ein Unterordnungsverhältnis spreche, dass die Beklagte vom einzigen ausbezahlten Lohn für den Monat Oktober 2013 die Sozialversicherungsbeiträge (AHV, ALV, NBU und 2. Säule) abgezogen habe. Damit habe sie zum Ausdruck gebracht, dass sie von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit ausgehe. Hinzu komme die Stellung des Klägers innerhalb der Beklagten. Mit Tagesregistereintrag vom 1. November 2013 seien alle drei Gesellschafter als Geschäftsführer eingetragen worden, der Kläger als deren Vorsitzender. Damit sei die Geschäftsführung fortan – wie gemäss den übereinstimmenden Parteivorbringen von Anfang an geplant – nicht nur in faktischer, sondern auch in formeller Hinsicht ein Dreiergremium gewesen und der Kläger habe sich trotz seiner Stellung als Vorsitzender den Entscheiden der gesamten Geschäftsführung zu unterziehen gehabt. Es sei damit eine Unterordnung in organisatorischer Hinsicht gegeben gewesen, was insbesondere dadurch zum Ausdruck gekommen sei, dass die Gesellschafter C. und D. Ende November 2013 beschlossen hätten, ab sofort auf Salärzahlungen an die Gesellschafter und Geschäftsführer zu verzichten.

2.

2.1 Die Beklagte rügt in ihrer Berufungsschrift, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt, indem sie von einer fixen und regelmässigen Entschädigung ausgegangen sei. In der Anfangsphase der Beklagten seien die drei (zukünftigen) Gesellschafter zusammengesessen und hätten ihre Vorstellungen über die mögliche Entschädigung für ihre Tätigkeit in der Gesellschaft besprochen. Man habe sich schliesslich auf eine vorläufige Entschädigung von Fr. 6'000.– im Monat zuzüglich Fr. 400.– als Entschädigung für die Nutzung des Privatfahrzeuges geeinigt. Wobei für alle Beteiligten von Anfang an klar gewesen sei, dass diese Entschädigung je nach Geschäftsgang angepasst oder sogar gestrichen werden könnte. Für Oktober 2013 sei die Entschädigung in der vorgesehenen Höhe an alle drei Gesellschafter ausbezahlt worden. Sie (die Beklagte) habe im erstinstanzlichen Verfahren festgehalten, dass die Entschädigung vom Gang der Ge-

schäfte abhängig gewesen sei. Der Kläger habe nicht beweisen können, dass dies nicht so gewesen sei. Im Gegenteil anerkenne dieser sogar, dass die Entschädigung je nach Geschäftsgang habe angepasst werden können. Es sei auch lebensnaher, nicht von einer fixen Entschädigung auszugehen, da die Vereinbarung einer solchen bei einem jungen Unternehmen höchst unwahrscheinlich wäre.

2.2 Der Kläger hält dem entgegen, dass die Beklagte ihre eigene Anerkennung, wonach im Rahmen der Gründung der Gesellschaft zwischen den Gesellschaftern eine Lohnzahlung in der Höhe von Fr. 6'000.– vereinbart worden sei, verkenne. Dafür, dass der Lohn abhängig vom Geschäftsgang gewesen sein solle bzw. kein Lohn geschuldet sei, trage die Beklagte die Beweislast (mit Verweis auf BGE 125 III 78 E. 3). Zudem erscheine es absurd, anzunehmen, er hätte sich bei dieser Ausgangslage einverstanden erklärt, je nach Belieben der übrigen Gesellschafter signifikante Lohneinbussen hinzunehmen oder gar auf jeglichen Lohn zu verzichten.

2.3 Beide Parteien führten vor Vorinstanz übereinstimmend aus, dass zwischen den Gesellschaftern Gespräche betreffend ihre Entschädigung geführt worden seien. Der Kläger fügte an, es sei schliesslich vereinbart worden, «dass sie sich als die drei Geschäftsführer der Beklagten jeweils einen monatlichen Bruttolohn in der Höhe von Fr. 6'000.– zzgl. Fr. 400.– Spesen auszahlen werden.» Hierzu liess die Beklagte ausführen: «Schliesslich verständigten sich die Gesellschafter, sich je nach Geschäftsverlauf ein Salär auszubezahlen, beginnend bei einem provisorischen monatlichen Bruttolohn von Fr. 6'000.– zzgl. Fr. 400.– Spesen. Ende Oktober erhielten die Gesellschafter dann ihre erste Lohnzahlung, welche sich auf netto Fr. 4'973.60 belief.» Anlässlich der Verhandlung vom 10. November 2014 erklärte der Kläger in seinem zweiten Vortrag, die Beklagte habe anerkannt, dass sich die Gesellschafter auf einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 6'000.– zuzüglich Spesen geeinigt hätten. Er selber hätte einen Lohn von Fr. 7'000.– oder Fr. 8'000.– ohne Weiteres für vertretbar gehalten. Weil man sich aber darauf habe einigen können, dass der Lohn bei günstigem Geschäftsverlauf angepasst werde, sei er auch mit der Minimallösung einverstanden gewesen. Eine Reduktion oder ein Lohnverzicht sei damals nicht zur Diskussion gestanden. Die Beklagte liess im Rahmen ihres zweiten Vortrages auf die Klageantwort verweisen und erklärte, dass einzig die geschlossene Vereinbarung und die darin enthaltene Saldoklausel von Bedeutung sei.

Damit erklärten beide Parteien, man habe eine Entschädigung vereinbart, welche provisorisch auf monatlich Fr. 6'000.– brutto festgesetzt worden sei. Die Beklagte behauptete im vorinstanzlichen Verfahren nicht, dass es sich bei dieser Einigung um eine isolierte Einigung lediglich für den Monat Oktober 2013 gehandelt hätte, vielmehr sprach sie selber von «einem provisorischen monatlichen Bruttolohn» bzw. erklärte, teilweise zutreffend seien die vom Kläger wiedergegebenen Ausführungen «zur Festsetzung der Monatslöhne» der drei Gesellschafter. Dass die Entschädigung von brutto Fr. 6'000.– lediglich einmal hätte erfolgen sollen, machte

die Beklagte vor Vorinstanz damit nicht geltend. Diese Behauptung stellte die Beklagte erst im Berufungsverfahren auf, weshalb sie unter Hinweis auf Art. 317 Abs.1 ZPO unbeachtet bleiben muss. Gleiches gilt für den Einwand, dass die Möglichkeit bestanden habe, je nach Geschäftsgang auf die Auszahlung einer Entschädigung zu verzichten. Zwar verwies die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren darauf, dass eine Anpassung je nach Geschäftsgang vereinbart worden sei, sie bestritt die Entgeltlichkeit an sich jedoch nicht. Insbesondere widersetzte sie sich nicht den Ausführungen des Klägers, wonach es sich bei den vereinbarten Fr. 6'000.– um die Minimallösung gehandelt habe, mit welcher er sich einverstanden erklärt habe, nachdem man sich darauf geeinigt habe, dass der Lohn bei günstigem Geschäftsverlauf angepasst werde. Der Verweis auf die Stellungnahme zur Klage kann jedenfalls nicht als genügende Bestreitung gelten. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, wonach eine fixe und regelmässige Entschädigung vereinbart worden sei, ist damit nicht zu beanstanden. Es wurde eine (minimale) monatliche Entschädigung von vorläufig Fr. 6'000.– brutto abgemacht. Inwiefern eine entsprechende Anpassung möglich gewesen wäre, richtet sich nach den auf das (noch zu bestimmende) Rechtsverhältnis zwischen den Parteien anwendbaren Bestimmungen.

3.

3.1 Die Beklagte bemängelt die rechtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien als ein Arbeitsverhältnis. Es lägen weder die Erfordernisse des Subordinationsverhältnisses noch der Entgeltlichkeit vor.

3.2 Betreffend die Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Rechtsverhältnissen kann auf die erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden, wonach insbesondere vier Kriterien entscheidend sind, nämlich Arbeitsleistung (im Gegensatz zu Arbeitserfolg), Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation («im Dienst», insbesondere nicht eigenverantwortliche Tätigkeit), Dauerschuldverhältnis («auf Zeit») und Entgelt («Lohn», nach Massgabe der Arbeitsleistung; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Auflage 2012, N. 2 zu Art. 319 OR). Zu ergänzen bleibt, dass sich die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung betreffend arbeits- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnisse auf das Verhältnis von Organen zu Aktiengesellschaften bezieht. Vorliegend steht jedoch – wie dies die Beklagte bereits im vorinstanzlichen Verfahren einwandte – das Verhältnis eines Geschäftsführers und Gesellschafters zu einer GmbH in Frage. Die Beklagte wendet ein, dass bei der GmbH die Gesellschafterversammlung zwingend über die Festsetzung der Entschädigung eines Geschäftsführers befände. Diese Kompetenz der Gesellschafterversammlung betreffe sämtliche Leistungen der Gesellschaft an die Geschäftsführer, die Lohn- oder Honorarcharakter hätten (mit dem Verweis auf SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Stämpflis Handkommentar zum GmbH-Recht, 2008 N. 12 zu Art. 804 OR). Die Gesellschafterversammlung könne aufgrund der unübertragbaren Kompetenz in ihrem Beschluss auch auf die

Zuspreehung einer Entschädigung verzichten (SENTI, in: AJP 2011 S. 18 ff., Die Geschäftsführung bei der GmbH: Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht). Damit macht sie – zumindest sinngemäss – geltend, dass zwischen einer GmbH und einem Geschäftsführer kein Arbeitsverhältnis vorliegen könne, weil es der Gesellschafterversammlung zustehe, über das Vorliegen des begriffsnotwendigen Merkmals der Entschädigung zu entscheiden (so auch SENTI, in: AJP 2011, S. 18, 25).

3.3 Dem kann nicht gefolgt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei schuld- bzw. gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnissen die Rechtsverhältnisse mit Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinanderzuhalten, selbst wenn zwischen ihnen eine enge Wechselbeziehung besteht (BGE 128 III 129 E. 1). Sind sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages erfüllt, so ist der Entschädigungsanspruch für die arbeitsvertragliche Tätigkeit auch zwingend nach den arbeitsrechtlichen Kriterien zu beurteilen (MÜLLER, in: ZBJV 147/2011 S. 113, 131 f.). Damit bestimmt sich die Entschädigung für die arbeitsvertragliche Tätigkeit nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen, das heisst, nach dem Vereinbarten oder nach den Umständen (Art. 322 Abs. 1 OR). Allerdings bereitet die Entscheidung, was noch als organ-schaftliche Tätigkeit und was bereits als arbeitsvertragliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, im Einzelfall Schwierigkeiten. Das entscheidende Abgrenzungskriterium ist die Subordination bzw. die damit verbundene Weisungsgebundenheit (MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 2005, S. 272).

Damit ist die Ansicht der Lehre, wonach unter dem Begriff «Entschädigung» in Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR alle Leistungen der Gesellschaft mit Lohn- oder Honorarcharakter fallen (KRATZ, in: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage 2016, N. 16 zu Art. 804 OR), inso- weit zu relativieren, als dass die Gesellschafterversammlung zwar über die Entschädigung und eine allfällige Änderung derselben entscheiden kann, sie dabei aber an die arbeitsrechtlichen Vorgaben gebunden ist. Hierzu kann vollumfänglich auf die überzeugende Argumentation der Vorinstanz verwiesen werden. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR bzw. der Umstand, dass die Gesellschafterversammlung die Entschädigung der Geschäftsführer fest- setzt, steht dementsprechend einer Entstehung eines Arbeitsvertrages nicht entgegen. So hielt denn auch das Bundesgericht fest, dass die Geschäfts- führer einer GmbH – wie die Geschäftsführer einer AG – in einem schuld- rechtlichen und gesellschaftlichen Doppelverhältnis zur Gesellschaft stün- den (BGE 140 III 409 E. 3.1 [ohne sich jedoch mit Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR auseinanderzusetzen] mit Verweis auf BGE 130 III 213 E. 2.1 [zur AG]; WATTER/PELLANDA, in: Basler Kommentar OR II, 4. Auflage 2012, N. 9 zu Art. 809 OR; KRATZ, in: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, 2. Auflage 2012, N. 3a zu Art. 809; vgl. auch KRATZ, in: CHK Handkommentar, a.a.O., N. 16 zu Art. 804).

3.4 Ob ein Arbeitsverhältnis besteht, ist aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falls zu prüfen (vgl. BGE 128 III 129 E. 1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR braucht es zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien. Ein Arbeitsvertrag kann allerdings auch unbewusst geschlossen werden, sofern sich das Unbewusstsein nicht auf den Vertragsabschluss an sich bezieht, sondern auf die Vertragsqualifikation. Sind die wesentlichen Elemente eines Arbeitsvertrages erfüllt, kommt es zum Vertragsabschluss, auch wenn sich die Parteien über die rechtliche Qualifikation ihres Verhaltens gar nicht unterhalten haben oder sich dessen nicht bewusst waren. Wie die Parteien den Vertrag qualifizieren, spielt nach dem Grundsatz «falsa demonstratio non nocet» keine Rolle (vgl. zum Ganzen MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, a.a.O., S. 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 13 zu Art. 319).

3.5

3.5.1

a) Die Beklagte macht geltend, der Umstand, dass der Kläger von den anderen zwei Geschäftsführern habe überstimmt werden können, deute nicht zwangsläufig auf ein Abhängigkeitsverhältnis hin. Der Kläger sei in seinen alltäglichen Tätigkeiten weitestgehend selbstständig gewesen. So habe er seine Arbeitstage frei gestaltet, sei nicht an Arbeits- oder Anwesenheitszeiten gebunden gewesen und habe keine Weisungen von den anderen Gesellschaftern befolgen müssen. Er sei als Geschäftsführer und Vorsitzender klar in der Lage gewesen, die Geschäfte der Beklagten wesentlich zu beeinflussen. Es sei ihm eine dominante Stellung zuzusprechen, was klar gegen ein Subordinationsverhältnis bzw. einen Arbeitsvertrag spreche. Weiter seien das private Interesse des Klägers und jenes der Beklagten nur schwer zu trennen. Aufgrund seiner Stellung sei seine wirtschaftliche und finanzielle Lage stark vom Erfolg oder Misserfolg der Beklagten abgehängt. Es habe demnach eine wirtschaftliche Identität zwischen den Parteien bestanden, was wiederum ein Subordinationsverhältnis automatisch ausschliesse (mit Verweis auf BGE 125 III 78; Urk. 19 Ziff. 22).

b) Der Kläger entgegnet, es habe aufgrund der Organisationsstruktur der Beklagten ein Subordinationsverhältnis bestanden. Im von der Beklagten eingebrachten BGE 125 III 78 werde aufgeführt, dass kein Arbeitsvertrag zwischen einer juristischen Person und dem sie wirtschaftlich beherrschenden Organ bestehe. Er sei aber kein die Beklagte wirtschaftlich beherrschendes Organ gewesen, sondern habe sich die Herrschaft mit den zwei anderen Gesellschaftern geteilt.

c) Verfügt eine GmbH über mehrere Geschäftsführer, so agieren diese zusammen (Art. 809 Abs. 1 OR) und die Entscheidungsfindung erfolgt mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, bei Bedarf mit Stichtscheid des Vorsitzenden (Art. 809 Abs. 4 OR). Der einzelne Geschäftsführer hat sich den Beschlüssen der gesamten Geschäftsführung zu unterziehen, dies analog zum einzelnen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, welcher den

Weisungen des Gesamtverwaltungsrates unterstellt ist (vgl. MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, S. 184 ff.). Damit kann bei einer mehrköpfigen Geschäftsführung ein Subordinationsverhältnis vorliegen, auch wenn der fragliche Arbeitnehmer als Geschäftsführer auf hierarchisch gleicher Stufe wie seine Kollegen steht oder womöglich gar Vorsitzender der Geschäftsführung ist (SENTI, in: AJP 2011, S. 18, 22). MÜLLER hält im Zusammenhang mit Verwaltungsräten einer Aktiengesellschaft fest, dass aufgrund des Umstandes, dass ein Verwaltungsrat der Weisungsgewalt des Gesamtverwaltungsrates unterworfen sei, sowohl bei organunabhängiger als auch bei organabhängiger Tätigkeit ein Subordinationsverhältnis vorliegen könne (MÜLLER, a.a.O., S. 186 ff.). Er stellt gar die Vermutung auf, dass bei einer Vollzeitbeschäftigung – aufgrund der grossen zeitlichen und damit auch wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Gesellschaft – ein Subordinationsverhältnis und damit eine Weisungsgebundenheit zu vermuten sei, wenn der Verwaltungsrat aus mehreren Mitgliedern bestehe (MÜLLER, a.a.O., S. 184 f.).

d) Die Beklagte erlangte ihre Persönlichkeit am 10. September 2013 mit Eintragung ins Handelsregister (vgl. Art. 779 Abs. 1 OR). Der Kläger war vom 10. September 2013 bis 2. Oktober 2013 alleiniger Gesellschafter der Beklagten. Am 2. Oktober 2013 erfolgte unbestrittenermassen die teilweise Übertragung der vom Kläger vollständig gehaltenen Stammanteile auf C. und D. Die Abtretung eines Stammanteiles wird gemäss Art. 786 Abs. 1 OR erst zu dem Zeitpunkt rechtswirksam, an dem die Gesellschafter ihre Zustimmung erteilen. Mit der Genehmigung der Abtretung durch die Gesellschafter erwirbt der Erwerber der Stammanteile die vollen Mitgliedschaftsrechte als Gesellschafter (vgl. OERTLE/SHELBY DU PASQUIER, in: Basler Kommentar OR II, N. 2 zu Art. 787). Da der Kläger bis zur Übertragung der Stammanteile am 2. Oktober 2013 alleiniger Gesellschafter war, ist davon auszugehen, dass die Übertragung an diesem Tag rechtswirksam wurde und C. und D. am 2. Oktober 2013 Gesellschafter und damit Geschäftsführer der Beklagten wurden (vgl. Art. 784 ff. OR, Art. 809 OR).

Der Kläger macht einen Lohnanspruch für die Monate September, November und Dezember 2013 geltend. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses bei einer Einmann-Gesellschaft ausgeschlossen. Ist eine natürliche Person einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin, ist sie nur sich selbst unterstellt und damit nicht weisungsgebunden (BGE 125 III 78 E. 4; SENTI, in: AJP 2011 S. 18, 22 mit weiteren Hinweisen). Der Umstand, dass vorliegend bereits seit Beginn vereinbart worden war, dass C. und D. Gesellschafter werden sollten, kann daran, dass der Kläger alleiniger Gesellschafter war, nichts ändern. In der Zeitspanne von 10. September 2013 bis 2. Oktober 2013 bestand damit kein Subordinationsverhältnis, weshalb ein Arbeitsverhältnis für die Zeitspanne 10. September 2013 bis 2. Oktober 2013 ausgeschlossen ist. Vor dem 10. September 2013 bestand die Beklagte zudem

noch nicht. Damit kommt vorliegend ein Arbeitsverhältnis lediglich für den Zeitraum vom 2. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2013 in Frage. Der Kläger war gemäss übereinstimmenden Parteiausführungen für den Aussendienst verantwortlich. Seine Aufgabe sei es gewesen, potentielle Kunden zu besuchen. Der Kläger erklärte in seinem zweiten Vortrag, nachdem die Beklagte in ihrer Klageantwort geltend gemacht hatte, er habe praktisch keinen Umsatz eingebracht, er habe als Aussendienstmitarbeiter jeden Tag zwischen sechs bis zwölf Kunden besucht, eine Lieferadresse in Deutschland und den Web-Shop eingerichtet sowie in der Folge die dafür notwendigen Login-Daten an die potentiellen Kunden verteilt. Dies blieb unbestritten. Die primäre Aufgabe der Gesellschafter und Geschäftsführer C. und D. war das Akquirieren von Kunden sowie der Verkauf von Ersatzteilen per Telefon. Daneben waren sie für die Buchhaltung und die Administration zuständig. Die Arbeitsverträge mit den Mitarbeitern sind jeweils vom Gesellschafter C. vorbereitet und vom Kläger und dem Gesellschafter D. unterzeichnet worden.

Ab dem 2. Oktober 2013 verfügte die Beklagte über drei Gesellschafter und Geschäftsführer, wobei allen Gesellschaftern aufgrund der gleich hohen Stammanteile das gleiche Stimmrecht zukam (vgl. Art. 806 OR). Damit kann nicht (mehr) von einer wirtschaftlichen Identität zwischen der Beklagten und dem Kläger gesprochen werden. Bei einer GmbH üben die Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus (Art. 809 Abs. 1 OR), wobei jedoch grundsätzlich jeder Gesellschafter die Gesellschaft vertreten kann (Art. 814 Abs. 1 OR). Vorliegend war die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und Geschäftsführer jedoch eingeschränkt. Sie waren lediglich befugt, kollektiv zu zweien zu unterzeichnen. So wurden denn auch die Arbeitsverträge vom Kläger und von D. gemeinsam unterzeichnet. Dies spricht für ein Subordinationsverhältnis. Das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses zeigt sich zudem – wie dies die Vorinstanz bereits zutreffend aufgezeigt hat – daran, dass der Kläger den anderen Gesellschaftern und deren Entscheidungsgewalt bei einem derart zentralen Aspekt wie demjenigen der Entlohnung unterstellt war. Der Umstand, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit im Aussendienst ansonsten relativ selbstständig arbeiten konnte, kann daran nichts ändern. Zudem ergibt sich aus den Akten, dass der Kläger nicht völlig frei war, sondern eine gewisse Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beklagten erwartet wurde. So bemängelte die Beklagte in ihrer Klageantwort, dass der Kläger nicht erreichbar gewesen sei; anlässlich der Sitzung vom 26. November 2013 sei eine bessere Kommunikation gefordert worden. Unbestritten blieb zudem, dass die EC-Karte des Klägers auf Veranlassung von C. und D. am 18. November 2013 ohne Absprache mit dem Kläger gesperrt wurde. Damit unterlag er einer gewissen Kontrolle und musste er für sein Tun Weisungen entgegennehmen, dies trotz seiner leitenden Stellung bei der Beklagten.

(...)

4.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass ab 2. Oktober 2013 die erforderlichen Elemente für das Bestehen eines Arbeitsvertrages vorlagen. Damit hat ab 2. Oktober 2013 zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden.

B.

4.2

Aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses bis 31. Dezember 2013 steht dem Kläger vom 1. November 2013 bis 31. Dezember 2013 ein Lohnanspruch von monatlich Fr. 6'000.– brutto zu. Kein Lohnanspruch besteht für den Monat September 2013, da zu jener Zeit kein Arbeitsverhältnis bestand.

(...)

Zusammenfassend hat der Kläger Anspruch auf brutto je Fr. 6'000.– für die Monate November und Dezember 2013 sowie auf brutto Fr. 1'448.20 Ferienlohn. Folglich sind dem Kläger in teilweiser Gutheissung der Berufung Fr. 13'448.20 zuzusprechen.

Es wird erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 13'448.20 brutto zu bezahlen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. Mai 2016 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich 15. April 2015)

Vorliegend vereinbarten die Parteien weder den Verfall des Gewinnbeteiligungsbonus bei gekündigtem Arbeitsverhältnis noch erklärten sie unmissverständlich den Zeitpunkt der Aussprache der Kündigung als massgeblichen Abrechnungszeitpunkt. Vielmehr vereinbarten sie die Abrechnung auf den Kündigungs- bzw. Rückrufzeitpunkt (vom ausländischen Arbeitseinsatz), wobei gemäss Arbeitsvertrag mit «Termin» der Zeitpunkt gemeint war, auf den der Rückruf wirksam werden sollte. Die Vorinstanz ging zu Unrecht von einem vertraglich vereinbarten Wegfall des Bonusanspruchs für die Zeit ab Oktober 2009 aus, indem sie unter «Kündigungszeitpunkt» den Zeitpunkt der Kündigungserklärung (24. September 2009) und nicht den Kündigungstermin nach Ablauf der Kündigungsfrist (31. Mai 2010) verstand (E. III.3.1, 4.5, 4.8).

Das angefochtene Urteil war insoweit aufzuheben, als die Klage auf Zusprechung von Fr. 3'988'332.– abgewiesen wurde. Die Sache wurde an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung und Prüfung zurückgewiesen (E. III.4.10).

Sachverhalt:

Gemäss Arbeitsvertrag vom 22. Juli 2008, gültig ab 1. Januar 2008, stand der Kläger seit dem 1. Juli 2002 ununterbrochen in einem Anstellungsverhältnis zur Beklagten, die bis am 13. Januar 2014 unter der Firma «B1. AG» das Bankgeschäft betrieb. Der Kläger führte seit dem 1. Juli 2005 das Representative Office in Abu Dhabi und (ab Eröffnung) das Satellite Office in Dubai im Range eines Mitglieds des Kaders. Zudem bekleidete er ab 1. Januar 2006 die Funktion eines Direktors. Der Arbeitsvertrag vom 22. Juli 2008 war für die Beklagte erstmals ordentlich kündbar per 31. Mai 2010. Nebst einem fixen Lohn von jährlich VAE-Dirham 2'148'800.– und einem Assetvermehrungsbonus bezog der Kläger einen Gewinnbeitragsbonus von 25% der vom Representative Office in Abu Dhabi und vom Satellite Office in Dubai erzielten Nettoerträge. In Ziffer 14 trafen die Parteien folgende Regelung: «Im Falle einer Kündigung bzw. Rückrufes von Herrn A. werden die beiden Boni auf den Kündigungs- bzw. Rückrufszeitpunkt abgerechnet. Diesfalls werden auch jene Assets berücksichtigt, die noch nicht 12 Monate bei der B1. AG angelegt waren (wobei die Auszahlung des auf diesen Zeitpunkt berechneten Bonus bis zum Erreichen der 12-monatigen Anlagedauer der Assets zurückbehalten werden kann).» Die Parteien unterstellten den Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht (vgl. Art. 121 Abs. 1 IPRG) und vereinbarten den Gerichtsstand Zürich. Mit Schreiben vom 24. September 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 31. Mai 2010. Gleichzeitig stellte sie den Kläger ab 28. Oktober 2009 bei vollem Lohnanspruch frei. In der Folge bezahlte die Beklagte dem Kläger den fixen Lohn und den pauschalen Spesenersatz während der Freistellungsphase weiter. Indes verweigerte sie ab Oktober 2009 die Auszahlung von Boni. Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung.

Mit Eingabe vom 30. November 2010 erhob der Kläger bei der Vorinstanz Klage mit folgendem Rechtsbegehren: «Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger mindestens Fr. 4'000'000.– netto zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit dem 31. Januar 2010. Die genaue Bezifferung wird vorbehalten, bis zum Erhalt der nachfolgend verlangten Informationen bzw. Dokumente von der Beklagten. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger vollständig über folgendes zu dokumentieren bzw. informieren: (1.) Die Zahlungsdokumente (Swift Belege) und Empfangsbestätigungen zu den C. Group, ..., Abu Dhabi, für die Jahre 2005 bis 2009 ausbezahlten Sponsoring Fees. (2.) Eine Zusammenstellung der mit der D. (D1. Holding AG ..., D1. Holding Corporation in ..., D2. Ltd. ..., E. Ltd. usw. usf.) in den Jahren 2005 bis 2009 erzielten Erträge, zusammen mit den die Richtigkeit dieser Erträge ausweisenden Belegen (Revisionsstellenberichte, Steuererklärungen usw.). Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.» Mit seiner Klage machte der Kläger gestützt auf Art. 324 OR den «während der Freistellungsphase» entstandenen Bonusanspruch, den er auf

mindestens Fr. 3.027 Mio. veranschlagte, geltend; zudem forderte er eine Entschädigung im Sinne von Art. 336b OR wegen missbräuchlicher Kündigung. Mit Eingabe vom 28. Februar 2011 nahm die Beklagte aufforderungsgemäss zu Absatz 2 des Rechtsbegehrens Stellung. Am 15. Juli 2011 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 13. September 2011 vorgeladen. Mit Beschluss vom 9. September 2011 wurde der Prozess bis zur Durchführung der die klägerischen Schlichtungsgesuche vom 20. bzw. 22. Juli 2011 betreffenden Schlichtungsverhandlungen einstweilen eingestellt. Die am 29. Oktober 2013 durchgeführte Referentenaudienz bzw. Instruktionsverhandlung führte zu keiner Einigung. Nachdem die Sistierung des Verfahrens mit Präsidialverfügung vom 13. November 2013 aufgehoben worden war, fand am 16. Dezember 2013 die Hauptverhandlung statt, an welcher der Kläger den (minimal) noch ausstehenden Bonusanspruch von 24. September 2009 bis 31. Mai 2010 mit Fr. 3'988'332.– bezifferte. Am 15. Juli 2014 und 4. September 2014 erfolgten weitere Stellungnahmen im Zusammenhang mit der Umfirmierung und dem Domizilwechsel der Beklagten. Mit Urteil vom 15. April 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab. Am 24. April 2015 stellte der Kläger ein Protokollberichtigungsbegehren mit dem Antrag, das Protokoll der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2013 sei auf S. 20 zu vervollständigen bzw. zu korrigieren. Mit Beschluss vom 6. Mai 2015 wies die Vorinstanz dasselbe ab. Gegen das ihm am 20. April 2015 zugestellte Urteil führt der Kläger mit Eingabe vom 20. Mai 2015 Berufung mit folgenden Anträgen: «Das Urteil vom 15. April 2015 sei aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger (mindestens) Fr. 3'988'332.– nebst Zins zu 5% seit dem 31. Januar 2010 zu bezahlen; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. [...] Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.» Der Kostenvorschuss von Fr. 60'650.– wurde rechtzeitig geleistet. Die Berufungsantwort, mit welcher die Beklagte auf Abweisung der Berufung schloss, datiert vom 10. September 2015. Weitere Stellungnahmen des Klägers erfolgten am 19. Oktober und 27. November 2015. Die Beklagte liess sich dazu am 12. November und am 14. Dezember 2015 vernehmen. Gegen den ihm am 11. Mai 2015 zugestellten Beschluss vom 6. Mai 2015 führt der Kläger mit Eingabe vom 20. Mai 2015 zugleich Beschwerde mit folgendem Antrag: «Der Beschluss vom 6. Mai 2015 sei aufzuheben und die erste Hälfte des zweiten Absatzes von Seite 20 des vorinstanzlichen Protokolls sei gestützt auf eine wörtliche Abschrift des Tonbandes ins Protokoll aufzunehmen, eventualiter wie im Anhang. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.» Für die Beschwerde wurde das Geschäft mit der Nummer RA150015-O eröffnet. Der Kläger leistete dafür fristgerecht einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 1'000.–. Am 24. August 2015 ging die Beschwerdeantwort ein, worin die Beklagte auf Abweisung der Beschwerde schloss. Mit Verfügung vom 29. September 2015 wurde ein Sistierungsgesuch des Klägers abgewiesen. Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

Die Vorinstanz erwog zunächst, der Kläger habe zu den Ausführungen der Beklagten, der Bonusanspruch sei gemäss Ziffer 14 des Arbeitsvertrags während der Freistellungsphase weggefallen, mit keinem Wort Stellung genommen, weshalb sie als anerkannt zu gelten hätten. Die Beklagte habe ausgeführt, der Gewinnbeitragsbonus sei als Gewinnbeteiligung (Art. 322a Abs. 1 OR) seiner Idee nach Leistungsansporn, der seinem Sinne nach nicht mehr geschuldet sei, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr arbeite oder sein Ausscheiden absehbar sei. Entsprechend könne der Bonus von einem ungekündigten Arbeitsverhältnis abhängig gemacht werden. Die Parteien hätten vor diesem Hintergrund in Ziffer 14 vereinbart, dass im Falle einer Kündigung bzw. eines Rückrufes des Klägers der Gewinnbeteiligungsbonus auf den Kündigungszeitpunkt abgerechnet werde. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 24. September 2009 gekündigt habe, sei der Gewinnbeitragsbonus gemäss Ziffer 14 des Arbeitsvertrags auf den Kündigungszeitpunkt, nämlich per Ende September 2009 abgerechnet und bezahlt worden.

Nachdem der Kläger – so die Vorinstanz weiter – mit keinem Wort auf Ziffer 14 des Arbeitsvertrags eingegangen sei, hätten die Ausführungen der Beklagten dazu als anerkannt zu gelten. Sofern der Kläger über ein genug hohes Grundgehalt verfügt habe, um seinen Lebensstandard sicherzustellen, müsse die Vertragsbestimmung als gültig taxiert werden, da Art. 322a Abs. 1 OR dispositiver Natur sei. Zu prüfen bleibe der Vollständigkeit halber, ob die Regelung des Gewinnbeitragsbonus zulässig wäre, sofern der Kläger sie bestritten hätte. Dazu sei die Qualifizierung des Bonus als Lohn oder als Gratifikation vorzunehmen. Es sei unbestritten, dass der Kläger zuletzt nebst Spesen, Fahrzeug und Wohnung netto und steuerfrei rund Fr. 595'000.– erhalten habe, so dass nach schweizerischen Verhältnissen das Bruttoeinkommen wohl eher bei Fr. 800'000.– anzusiedeln sei. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei daher davon auszugehen, dass es sich beim Gewinnbeitragsbonus nicht mehr um eine Sondervergütung handle, die des gerichtlichen Schutzes bedürfe, sondern um eine Gratifikation, weshalb Ziffer 14 des Arbeitsvertrags als gültig zu betrachten sei und der Kläger für die Zeit der Freistellung keinen Anspruch auf einen Bonus habe. Entfalle ein Anspruch auf den Bonus, würden auch die Editionsbegehren zur Berechnung von dessen Höhe obsolet und diese seien ebenfalls abzuweisen, wobei anzumerken sei, dass die Beklagte zumindest betreffend der C. Group die gewünschten Unterlagen eingereicht habe.

Aufgrund der klaren Unterscheidung zwischen Lohn bzw. Gehalt und der Bonusregelung im Arbeitsvertrag könne mangels weiterer Begründung nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Zusicherung im Kündi-

gungsschreiben, die Freistellung erfolge «bei vollem Lohnanspruch», auch auf den Gewinnbeteiligungsbonus bezogen habe, zumal dieser im Vertrag explizit wegbedungen worden sei und es in den Akten keinerlei Hinweis gebe, dass der Kläger diesen je geltend gemacht habe.

2.

Den Anspruch aus missbräuchlicher Kündigung wies die Vorinstanz ab mit der Begründung, der Kläger habe die Klagefrist von 180 Tagen gemäss Art. 336b Abs. 2 OR nicht gewahrt, indem die Klageschrift erst am 30. November 2010 bei der Post aufgegeben worden sei.

(...)

III.

1.1 Das zweitinstanzliche Verfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Demgegenüber gelangt auf das erstinstanzliche Verfahren das zürcherische Prozessrecht zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).

1.2 Am Berufungsverfahren mit der Nummer LA150025-O und am Beschwerdeverfahren mit der Nummer RA150015-O sind die gleichen Parteien beteiligt. Den angefochtenen Entscheiden, die einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, liegt ein und derselbe erstinstanzliche Prozess zugrunde. Es rechtfertigt sich daher, die beiden Geschäfte zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Die Akten des Verfahrens mit der Nummer RA150015-O sind als Urk. 79/1–13 zu den Akten des Berufungsverfahrens zu nehmen.

(...)

3.1 Es ist unbestritten, dass die Parteien in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags vereinbart haben, dass die beiden Boni im Falle einer Kündigung auf den Kündigungszeitpunkt abzurechnen sind. Die Vorinstanz ist der Beklagten insoweit gefolgt, als sie unter «Kündigungszeitpunkt» den Zeitpunkt der Kündigungserklärung (Ende September 2009) und nicht den Kündigungstermin nach Ablauf der Kündigungsfrist (Ende Mai 2010) verstanden hat. Dabei hat vor Vorinstanz weder der Kläger noch die Beklagte geltend gemacht, die Parteien seien im Sinne der subjektiven Vertragsauslegung übereinstimmend davon ausgegangen, unter dem in Ziffer 14 verwendeten Ausdruck «Kündigungszeitpunkt» sei der Zeitpunkt der «Kündigungserklärung» oder ein anderer Zeitpunkt wie der Kündigungstermin zu verstehen. Demnach ermittelte die Vorinstanz nicht einen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen im Sinne einer tatsächlichen Willensübereinstimmung. Vielmehr ging und geht es um die objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage. Von einer solchen Auslegung gehen die Parteien auch im Berufungsverfahren aus.

(...)

3.5 Unter den Parteien ist demnach in erster Linie strittig, was unter «Kündigungszeitpunkt» in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags zu verstehen ist. Eine Anerkennung der Auslegungsvariante der Beklagten durch den Kläger ist bei der objektivierten Vertragsauslegung (vgl. E. 3.1) ausgeschlossen.

sen. Auch können die vom Kläger im Rahmen der Berufung vorgebrachten Argumente nicht infolge Verspätung zurückgewiesen werden, soweit sie rechtlicher Natur sind resp. nicht die äusseren Umstände und das Wissen und Wollen der Parteien beschlagen. Die Berufungsinstanz prüft insofern frei, ob die von der Vorinstanz aufgrund des von den Parteien rechtzeitig präsentierten Sachverhalts vorgenommene Auslegung richtig ist.

4.1 Es trifft zu, dass der Kläger vor Vorinstanz keine Ausführungen dazu gemacht hat, was mit «Kündigungszeitpunkt» in Ziffer 14 des Arbeitsvertrags gemeint ist. Die Beklagte wiederum hat ausgeführt, sie habe den Gewinnbeitragsbonus in Anwendung von Ziffer 14 des Arbeitsvertrags auf den Kündigungszeitpunkt, nämlich Ende September 2009, abgerechnet. Die Gewinnbeteiligung sei als Zusatz zum bereits angemessenen Lohn Leistungsansporn und ihrem Sinn nach demzufolge nicht mehr geschuldet, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr arbeite bzw. absehbar sei, dass er in naher Zukunft nicht mehr für die Arbeitgeberin tätig sein werde. Entsprechend könnten die Parteien eines Arbeitsverhältnisses vereinbaren, dass ein Bonusanspruch nur während ungekündigtem Arbeitsverhältnis bestehe, was insbesondere dann sinnvoll sei, wenn bereits im vornherein feststehe, dass ein Arbeitnehmer ab dem Kündigungszeitpunkt freigestellt werde oder von allfälligen Einsätzen im Ausland zurückgerufen werden könne. Der Kläger hielt demgegenüber fest, ein Bonus sei nicht nur Leistungsansporn, sondern auch Entlohnung und Entschädigung für das, was geleistet worden sei. Der Anspruch vor der Freistellung müsse auch der Anspruch während der Freistellung sein. Als Arbeitnehmer habe er schlicht Anspruch auf den vollen Bonus bis zum Kündigungstermin. Für die 8.2-monatige Freistellungsphase vom 24. September 2009 bis zum 31. Mai 2010 errechnete der Kläger einen noch ausstehenden Bonusanspruch von minimal Fr. 3'988'332.–. Damit hat der Kläger mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen gegeben, dass er die Auslegung der Beklagten, die für den Abrechnungszeitpunkt auf die Kündigungsausübung abstellt, nicht teilt.

4.2 In Ziffer 22 des Arbeitsvertrags vereinbarten die Parteien, dass dem Kläger nicht vor dem 31. Mai 2010 (ordentlich) gekündigt werden bzw. er vor demselben Termin nicht von seiner Position in Abu Dhabi und/oder Dubai zurückgerufen werden kann. Auf diese Bestimmung hat sich der Kläger bereits vor Vorinstanz berufen und geltend gemacht, der 31. Mai 2010 sei der erstmögliche Termin gewesen, auf welchen der Arbeitsvertrag habe gekündigt werden können. Auch die Beklagte ging von einer Mindestvertragsdauer bis 31. Mai 2010 aus, was durch Ziffer 24 des Arbeitsvertrags bestätigt wird. Nun könnte auch Ziffer 22 des Arbeitsvertrags grammatikalisch so ausgelegt werden, dass vor dem 31. Mai 2010 eine Kündigung nicht ausgesprochen werden durfte, der 31. Mai 2010 somit der frühestmögliche Tag der Kündigungserklärung darstellt. Die Parteien sind aber einig, dass mit dem 31. Mai 2010 der Kündigungstermin und nicht der Zeitpunkt der Kündigungserklärung gemeint ist. Diese Bestimmung spricht

also nicht dafür, den in Ziffer 14 erwähnten Kündigungszeitpunkt in dem von der Beklagten vertretenen Sinn zu verstehen.

4.3 Steht der wirkliche Wille der Parteien nicht fest, ist der Vertragswille, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, durch objektivierte («normative») Auslegung zu ermitteln. Dabei sind Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Als Auslegungsmittel kommen neben dem Wortlaut, der das primäre Auslegungsmittel darstellt, weitere Umstände in Betracht (wie die Begleitumstände des Vertragsschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, die Interessenlage der Parteien, die Verkehrsauffassung und die Verkehrsübung; vgl. zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR/AT, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1196 ff.).

4.4 Vom Wortlaut her ist einzuräumen, dass unter Kündigungszeitpunkt der Zeitpunkt der Kündigungserklärung verstanden werden könnte. Naheliegender ist es aber, den Kündigungszeitpunkt mit dem Kündigungstermin gleichzusetzen. Ein Termin ist nichts anderes als ein Zeitpunkt. Kündigungstermine sind koordinierte Beendigungszeitpunkte; sie haben zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis nur auf bestimmte, wiederkehrende Zeitpunkte hin beendet werden kann (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. Zürich 2013, N 670). Demgegenüber ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung schwieriger zu bestimmen, da die Abgabe der Willenserklärung nicht mit deren Zugang zusammenfallen muss. In Ziffer 22 bezeichneten die Parteien mit dem Begriff «Termin» offensichtlich denjenigen Zeitpunkt, auf den der Rückruf (frühestens) wirksam werden soll (31. Mai 2010).

4.5 Die Beklagte qualifizierte den «Gewinnbeitragsbonus» als Gewinnbeteiligung im Sinne von Art. 322a Abs. 1 OR und der Kläger schloss sich dieser Auffassung an. Diese Qualifikation ist zutreffend. Die Beklagte führte vor Vorinstanz aus, ihrer Idee nach sei eine Gewinnbeteiligung als Zusatz zu einem bereits angemessenen Lohn ein Leistungsansporn. Ihrem Sinne nach sollte sie demnach nicht mehr geschuldet sein, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr arbeite bzw. absehbar sei, dass er in naher Zukunft nicht mehr für die Arbeitgeberin tätig sein werde. Entsprechend könnten die Parteien vereinbaren, dass ein Bonusanspruch nur während ungekündigtem Arbeitsverhältnis bestehe. Dies sei insbesondere dann sinnvoll, wenn – wie in der Bankenbranche üblich und gerade in Positionen, die vergleichbar seien mit derjenigen des Klägers – bereits von vornherein feststehe, dass ein Arbeitnehmer ab dem Kündigungszeitpunkt freigestellt werde oder von allfälligen Einsätzen im Ausland zurückgerufen werden könne. Es mag zutreffen, dass eine Gewinnbeteiligung, die zu einem bereits angemessenen Lohn hinzutritt, für den Arbeitnehmer ein Leistungsanreiz sein soll (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 4 zu Art. 322a S. 316; ZK-STAEHELIN, N 1 zu Art. 322a OR). In der Lehre ist aber anerkannt, dass eine Kürzung der Gewinnbeteiligung wegen Verhinderung oder Freistellung höchstens dann zu-

lässig ist, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurde und im gesetzlichen Rahmen bleibt (BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 8 zu Art. 322a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 322a S. 316 und N 13 zu Art. 324 OR S. 398). Bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird der Anteil am Geschäftsergebnis grundsätzlich pro rata temporis geschuldet, es sei denn, die Parteien hätten Gegenteiliges vereinbart (BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, N 1 zu Art. 322a OR; ZK-STAEHELIN, N 2 zu Art. 322a OR). Vorliegend haben die Parteien weder den Verfall des Bonus bei gekündigtem Arbeitsverhältnis vereinbart noch unmissverständlich den Zeitpunkt der Aussprache der Kündigung als massgeblichen Abrechnungszeitpunkt erklärt. Vielmehr vereinbarten sie die Abrechnung auf den Kündigungs- bzw. auf den Rückrufszeitpunkt, wobei mit «Termin» in Ziffer 22 des Arbeitsvertrags unbestrittenermassen der Zeitpunkt gemeint ist, auf den der Rückruf wirksam werden soll.

4.6 Entscheidend ist nun allerdings ein anderes (rein rechtliches und damit mit der Stellungnahme zur Berufungsantwort keineswegs zu spät vorgetragenes) Argument des Klägers. Dieser gab zu bedenken, dass die Beklagte mit einer sofort nach Beginn des Arbeitsvertrags auf den 31. Mai 2010 ausgesprochenen Kündigung sämtliche Bonusansprüche hätte zunichte machen können. Zu Unrecht geht die Beklagte diesbezüglich von einem vom Novenverbot erfassten Vorbringen aus, weil die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip eine Rechtsfrage beschlägt und von der Berufungsinstanz frei überprüft werden kann. Die Beklagte durfte nun aber nach Treu und Glauben nicht annehmen, der Kläger stimme einer Regelung zu, welche es ihr erlaubte, sich die Arbeitskraft des Klägers während der Mindestvertragsdauer zu sichern, ohne ihm die in Ziffer 12 vereinbarten Boni bezahlen zu müssen. Mit anderen Worten verbietet die Interessenlage des Klägers, den Begriff «Kündigungszeitpunkt» im Sinne der Beklagten auszulegen. Dies muss besonders vor dem Hintergrund gelten, dass das Bonusreglement der Beklagten (auf das in Ziffer 12 des Arbeitsvertrags verwiesen wird) weder die zwischen den Parteien vereinbarte Abrechnungsklausel noch eine (anders formulierte) Wegfallklausel für den Fall des gekündigten Arbeitsverhältnisses enthält und die Beklagte ausführte, sämtliche Abweichungen des Arbeitsvertrags vom Bonusreglement seien auf Drängen des Klägers erfolgt und im Arbeitsvertrag explizit festgehalten worden. Dass der Kläger auf eine für ihn gegenüber dem Bonusreglement nachteiligere Lösung drängte, ist nicht anzunehmen; vielmehr war er laut Beklagter mehrfach bestrebt, während seiner Anstellung ein höheres Gehalt auszuhandeln. Abzurechnen ist damit auf den Kündigungstermin, den 31. Mai 2010.

4.7 Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob sich die im Schreiben der Beklagten vom 24. September 2009 enthaltene Zusicherung («Die Freistellung erfolgt bei vollem Lohnanspruch») auch auf den Bonusanspruch bezieht. Es braucht auch nicht entschieden zu werden, ob die Auszahlung ermessensfeindlicher Boni (wie der hier vereinbarte Gewinnbei-

trag) überhaupt von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden kann (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 9 zu Art. 322d OR S. 353, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und kritische Lehrmeinungen) oder ob (mit der Vorinstanz) auf den Gewinnbeitragsbonus die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gratifikation (Art. 322d OR) bei sehr hohen Einkommen (BGE 139 III 155; 141 III 407) anzuwenden ist.

4.8 Die Vorinstanz ging daher zu Unrecht von einem vertraglich vereinbarten Wegfall des Bonusanspruchs für die Zeit ab Oktober 2009 aus. Die fehlerhafte Vertragsauslegung stellt eine unrichtige Rechtsanwendung dar (BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689, 121 III 118 E. 4b/aa S. 123). Weil die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausging, der Bonusanspruch sei vertraglich wegbedungen worden, hat sie weder zur Berechnungsmethode noch zur Höhe des klägerischen Anspruchs Stellung bezogen und die Editionsbegehren als obsolet betrachtet. Der Kläger hält berufungsweise an seinen Editionsbegehren fest und weist darauf hin, dass in einem beim Arbeitsgericht Zürich pendenten Parallelprozess (betreffend 2. und 3. Quartal 2009) mittlerweile ein entsprechender Editionsbeschluss ergangen sei. Demzufolge steht auch die endgültige Bezifferung des klägerischen Anspruchs noch aus. Während der Kläger zur Berechnung seines Anspruchs auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre (Januar 2007 bis September 2009) abstellen will, hält die Beklagte dafür, es seien primär die tatsächlich von Oktober 2009 bis Ende Mai 2010 erzielten Nettoerträge massgebend, die allerdings negativ gewesen seien; eventualiter sei nach der Lohnausfallmethode vorzugehen und erst subeventualiter nach der vom Kläger gewählten Referenzperiodenmethode, wobei nach beiden Methoden mangels (hypothetischem) Ertrag bzw. mangels einer vergleichbaren Referenzperiode kein Anspruch des Klägers resultiere. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass selbst nach der von der Beklagten favorisierten Berechnung gemäss dem tatsächlich erzielten Geschäftsergebnis ein Anspruch des Klägers resultiert, da gemäss Ziffer 13 des Arbeitsvertrags quartalsweise bzw. jährlich abzurechnen war und sich nach eigener Darstellung der Beklagten die Nettoerträge im 4. Quartal 2009 auf Fr. 182'757.77 beliefen, bevor von 1. Januar 2010 bis 31. Mai 2010 ein Verlust von Fr. 665'036.13 eingefahren wurde. Für das 4. Quartal 2009 würde sich daraus eine Gewinnbeteiligung von Fr. 45'689.45 ergeben. Dass die ersten drei Quartale des Jahres 2009 negativ ausgefallen wären, behauptet die Beklagte nicht. Vielmehr wurden gemäss ihren Angaben im Jahre 2009 Erträge von rund Fr. 17 Mio. erzielt.

4.9 Die Auffassungen darüber, wie der Anteil am Geschäftsergebnis im Falle einer Freistellung zu berechnen ist, sind geteilt. Während ein Teil der Lehre die Gewinnbeteiligung entfallen lassen will, wenn durch den Ausfall der Arbeitsleistung des freigestellten Arbeitnehmers kein Gewinn mehr entsteht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 322a OR S. 36; GEISER, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, AJP 10 [2001] 389), wollen andere Autoren auf den früheren

Durchschnittslohn abstellen (BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 8 zu Art. 322a OR; BLESİ, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Zürich 2010, N 281). In einem Entscheid vom 17. Juli 2012 verweist das Bundesgericht auf Lehrmeinungen, die für die Berechnung insbesondere dann auf die Umsatzzahlen des Vorjahres bzw. der Vorjahre abstellen wollen, wenn der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit einen direkten Einfluss auf die – für die Berechnung seiner Entlohnung massgeblichen – Umsatzzahlen ausübte (BGer 4A_130/2012 E. 4.2, ARV 2013 S. 34 ff.). Einen solchen Einfluss konnte das Bundesgericht im konkreten Fall freilich nicht ausmachen. Der hypothetische Provisionsanspruch des Agenten wurde vom Bundesgericht aufgrund von vergleichbaren Perioden in der Vergangenheit bzw. aufgrund eines typischen Durchschnittseinkommens des vorangegangenen Jahres berechnet (BGE 125 III 14 E. 2b S. 17).

Im hier zu beurteilenden Fall erklärten die Parteien in Ziffer 12 des Arbeitsvertrags die von den beiden Offices insgesamt erzielten Assetvermehrungen bzw. Nettoerträge für massgebend. Die Parteien sind über die Rolle, welche der Kläger in Abu Dhabi spielte, unterschiedlicher Auffassung. Die Beklagte geht von einem «Akquisitionsteam» aus und davon, dass der Kläger nicht nur von den durch ihn selbst erzielten Erträgen profitierte. Zudem wies sie darauf hin, dass im Vorjahr kein typisches Durchschnittseinkommen erzielt worden sei, die Vorjahre (2005 bis 2009) aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklungen in den Jahren 2009 und 2010 keine «vergleichbare Periode» darstellten und der Kläger die Organisationsstruktur des Office in Abu Dhabi wissentlich und willentlich zerstört habe, indem er am 18. Oktober 2009 eigenmächtig, ohne Nachfrage und ohne Befugnis oder Genehmigung der Geschäftsleitung der Beklagten das Arbeitsverhältnis von sechs von sieben Mitarbeitern in Abu Dhabi gekündigt habe. Demgegenüber spricht der Kläger von einer «One-Man-Show» und davon, dass die anderen acht Mitarbeiter rein administrativ tätig gewesen seien (vgl. aber Urk. 30 S. 7 Ziff. 25, wonach die Erträge von einem «Akquisitionsteam von insgesamt acht Mitarbeitern» generiert worden sein sollen). Die Vorbringen zur schlechten Wirtschaftslage wies er zurück, ebenso den Vorwurf einer Treuepflichtverletzung durch Entlassung seiner Mitarbeiter.

4.10 Die Wahl der Berechnungsgrundlage wird nicht losgelöst von den konkreten (hier kontroversen) Umständen des Einzelfalles erfolgen können, auch wenn ein direkter Einfluss des Klägers, der ab 1. Juli 2005 das Representative Office in Abu Dhabi führte, auf die Bemessungsparameter wohl nicht verneint werden kann. Zu prüfen wird ebenso sein, ob die vom Kläger am 18. Oktober 2009 ausgesprochenen Kündigungen eine Treuepflichtverletzung darstellen, welche die Nichtannahme der Arbeitsleistung ab diesem Datum nicht mehr als ungerechtfertigt erscheinen lässt (Art. 324 Abs. 1 OR, Art. 91 Abs. 1 OR). Ob sich ein gekündigter Arbeitnehmer, der kompetenzwidrig fast alle Mitarbeiter entlässt und eine Zweigniederlassung «lahmlegt», auf einen Annahmeverzug des Arbeitsge-

bers berufen kann, erscheint fraglich (ZK-STAEHELIN, N 24 zu Art. 324 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O, N 11 zu Art. 324 OR S. 392). Auch diesbezüglich liegen konträre Parteistandpunkte vor. Die Berechnung des Bonus hängt nach Auffassung des Klägers vom Durchschnitt der von Januar 2007 bis September 2009 erzielten Nettoerträge (Referenzperiodenmethode) und nach Auffassung der Beklagten von dem im 4. Quartal 2009 und von 1. Januar bis 31. Mai 2010 tatsächlich erzielten Nettoertrag ab. Die Vorinstanz hat zu allen diesen Punkten keinerlei Feststellungen getroffen, weil sie davon ausging, aufgrund von Ziffer 14 des Arbeitsvertrags entfalle jeglicher Anspruch. Für die Jahre 2005 bis 2009 liegen materiellrechtliche Editionsbegehren vor, welche die Vorinstanz nur teilweise als erfüllt, im Übrigen aber als obsolet betrachtete. Nachdem ein Bonus nicht grundsätzlich entfällt, kann auch dem Hilfsanspruch nicht von vornherein die Relevanz abgesprochen werden. Das angefochtene Urteil ist daher insoweit aufzuheben, als die Klage auf Zusprechung von mindestens Fr. 3'988'332.– nebst Zins gestützt auf Ziffer 12 des Arbeitsvertrags vom 22. Juli 2008 und die Editionsbegehren abgewiesen wurden. Die Sache ist im Sinne des klägerischen Eventualantrages zur weiteren Abklärung und Prüfung in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Weiterführung des vorinstanzlichen Verfahrens richtet sich nach bisherigem kantonalen Recht (BGer 4A_8/2012 E. 1).

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. RA150015-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LA150025-O vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. Das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts- Nr. RA150015-O wird als dadurch erledigt abgeschlossen.

2. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 6. Mai 2015 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 15. April 2015 am 21. Mai 2015 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage auf Ausrichtung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR abgewiesen wurde.

4. Im Übrigen wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 15. April 2015 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Qualifikation als Arbeitsvertrag. Die den Arbeitnehmer schützenden Vorschriften von Art. 319 ff. OR kommen nur dann zur Anwendung, wenn ein bestimmter Vertrag rechtlich als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Diese Qualifikation hat aber nicht aufgrund einer «Im Zweifel»-Regel zu erfolgen, sondern entscheidet sich allein danach, welche typologischen Kriterien letztlich überwiegen. Sind es die für eine Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechenden Elemente, greifen die Art. 319 ff. OR und damit auch der gesetzlich statuierte Arbeitnehmerschutz. Überwiegen demgegenüber die gegen eine solche Qualifikation sprechenden Kriterien, fällt die Anwendung dieser Vorschriften ausser Betracht. Das Gesetz bezweckt mithin keineswegs, generell den Arbeit Leistenden zu schützen, sondern nur denjenigen, der seine Arbeitsleistung im Rahmen eines Vertrags erbringt, der die Qualifikationsmerkmale eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319 OR erfüllt. Der (gegebene oder fehlende) Sozialschutz ist die Rechtsfolge der Vertragsqualifikation und nicht deren Grund (E. III.5.2.b). Die Vorinstanz trat auf die Klage nicht ein, da zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestand (E. III.6).

Sachverhalt:

Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (im Folgenden Beklagte) handelt es sich um eine GmbH mit dem im Handelsregister eingetragenen Zweck, Konzepte für Lichtplanung aller Art, Import und Export von Licht- und Leuchtkörpern, Gross- und Einzelhandel von Licht- und Leuchtkörpern sowie EDV-Dienstleistungen im Bereich Planungen anzubieten. Einziger Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung ist C. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), der – abgesehen von einer kurzen Zeit der Arbeitslosigkeit – hauptberuflich bei einem anderen Unternehmen der Lichtbranche angestellt war, war von Mai 2010 bis Mai 2012 sporadisch und stundenweise für die Beklagte tätig, wobei kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden war. Die Beschäftigung des Klägers bestand (unter anderem) darin, Bestellungen bei Lieferanten zu tätigen und andere administrative Arbeiten zu erledigen. Zwischen den Parteien ist strittig, wie ihre rechtliche Beziehung im genannten Zeitraum zu qualifizieren ist. Der Kläger vertritt die Ansicht, es habe sich um ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR gehandelt, was die Beklagte in Abrede stellt. Dementsprechend behauptet der Kläger die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung der Klage, während die Beklagte sie verneint.

Mit Eingabe vom 5. September 2014 machte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich (Vorinstanz) gegen die Beklagte die vorliegende Forderungsklage über brutto Fr. 54'667.– nebst 5% Zins seit 1. Januar 2012 an-

hängig. Nach Eingang der schriftlichen Klageantwort vom 24. November 2014 und durchgeführter mündlicher Hauptverhandlung, anlässlich welcher die Parteien ihre Replik bzw. Duplik erstatteten, beschloss die Vorinstanz am 16. März 2015, mangels sachlicher Zuständigkeit unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers auf die Klage nicht einzutreten. Gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensbeschluss erhob der Kläger mit Eingabe vom 29. Mai 2015 Berufung. Damit beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Gutheissung seiner Klage.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Primärer Streitpunkt und (einziger) Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Frage der rechtlichen Qualifikation des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags und – als deren Folge – der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung der Klage. Die diesbezüglichen Auffassungen der Parteien divergierten bereits im vorinstanzlichen Verfahren.

1.1 Der Kläger stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, zwischen ihm und der Beklagten habe ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR bestanden. Seiner Ansicht nach war er auf Abruf für bestimmte Projekte stundenweise in einem Nebenerwerb teilzeitlich für die Beklagte tätig. Die Parteien hätten einen Brutto-Lohn von Fr. 100.– pro Stunde vereinbart, zahlbar bei Abschluss des jeweiligen Projekts. Bis zur stillschweigenden Auflösung des Vertrags nach Mai 2012 sei der Kläger insgesamt 534.4 Stunden für die Beklagte tätig gewesen, woraus ein Lohnanspruch von Fr. 53'440.– resultiere. Die Beklagte habe ihm jedoch nur einmal, kurz vor Jahresende 2011, Lohn in der Höhe von Fr. 5'000.– netto bzw. Fr. 5'405.– brutto bezahlt und diese Lohnzahlung am 9. März 2012 mit dem Lohnausweis 2011 bestätigt. Neben der (Rest-)Lohnforderung von Fr. 48'035.– habe er Anspruch auf Auslagenersatz im Betrag von insgesamt Fr. 6'632.– (Fr. 3'032.– Kilometergeld für mit dem Auto gefahrene Kilometer [3'790 km à Fr. 0.80] sowie Fr. 3'600.– Auslagenpauschale [24 Monate à Fr. 150.–]). Die Beklagte schulde ihm somit Fr. 54'667.– brutto.

1.2 Die Beklagte bestätigte im vorinstanzlichen Verfahren, dass der Kläger für sie tätig gewesen sei und dass er für seine sporadischen Einsätze angemessen entlohnt werden sollte. Entgegen dessen Darstellung habe sie aber nicht nur eine Einmalzahlung von Fr. 5'000.–, sondern insgesamt drei Zahlungen über Fr. 10'000.– (März 2011), Fr. 7'500.– (Mai 2011) und Fr. 5'000.– (Dezember 2011) auf verschiedene, jeweils vom Kläger bestimmte Konti geleistet. Sodann bestritt sie jegliche Absicht, sich arbeitsvertraglich zu binden, und verneinte das Vorliegen eines Arbeitsverhältnis-

ses. Ebenso bestritt sie den behaupteterweise vereinbarten Stundenansatz von Fr. 100.– brutto, die angebliche Vielzahl der vom Kläger bedienten Kunden bzw. Projekte, den behaupteten (Gesamt-)Stundenaufwand sowie die geltend gemachten Spesen.

(...)

4.

Die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags (Art. 319 ff. OR) gegenüber anderen Verträgen auf Arbeitsleistung entsprechen den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BK OR-REHBINDER/STÖCKLI Art. 319 N 42 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 319 N 2 ff.; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 319 N 10a). Sie sind zutreffend und werden in der Berufungsschrift auch nicht bemängelt. Darauf kann vorweg verwiesen werden. Besonders hervorzuheben ist, dass die Vertragsqualifikation aufgrund einer Gesamtwürdigung und -gewichtung der verschiedenen Typuselemente bzw. sämtlicher Elemente des konkreten Vertragsverhältnisses vorzunehmen ist (VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/4, 4. A., Basel 2014, § 5 Rz 5; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH Art. 319 N 15; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI Art. 319 N 43; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 2; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a).

5.

Entgegen klägerischer Auffassung sind auch die von der Vorinstanz vorgenommene konkrete Würdigung der relevanten Umstände und die daraus abgeleitete rechtliche Qualifikation des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags nicht zu beanstanden. Vielmehr ist den in weiten Teilen und jedenfalls im wesentlichen Kern überzeugenden und sachlich zutreffenden Erwägungen, mit denen die Vorinstanz eine Qualifikation als Arbeitsvertrag verworfen hat, im Ergebnis zuzustimmen. Daran vermögen die berufsweise erhobenen Einwände des Klägers nichts zu ändern.

5.1 Der Kläger rügt vorweg, angesichts des zeitlichen und umsatzmässigen Umfangs seiner Arbeitsleistung sei die Annahme einer Tätigkeit, die «im Sinne eines Freundschaftsdienstes» nur der Beklagten gedient habe, eine äusserst unwahrscheinliche Subsumption. Dabei scheint er zu verkennen, dass die Beklagte entgegen seinen Vorbringen nicht behauptet und die Vorinstanz auch nicht angenommen hat, der Kläger sei im Sinne eines – wenn auch angemessen zu entlöhnenden – Freundschaftsdienstes für die Beklagte tätig gewesen. Die Beklagte hatte vielmehr behauptet, C. habe dem Kläger im Sinne eines Freundschaftsdienstes angeboten, gelegentlich (gegen Entgelt) für die Beklagte tätig sein zu können. Dass der Kläger dieses ihm unterbreitete Angebot angenommen und mit der Beklagten einen Vertrag auf Arbeitsleistung gegen Entgelt geschlossen hat, ist unbestritten; ebenso wie der Umstand, dass die Parteien seine im Rahmen

dieses Vertrags erbrachte Arbeitsleistung nicht als blossen Freundschaftsdienst verstanden, sondern als entgeltliche (Erwerbs-)Tätigkeit des Klägers betrachtet hatten. Strittig ist lediglich die rechtliche Qualifikation des zustande gekommenen Vertrags. Diese hängt aber nicht davon ab und wurde von der Vorinstanz auch nicht danach beurteilt, ob auslösendes Moment für den Vertragsschluss ein Freundschaftsdienst war oder nicht. Insoweit zielt die Berufung an der Sache vorbei.

5.2.a) Sodann wendet der Kläger ein, der Sinn der arbeitsvertraglichen Bestimmungen von Art. 319 ff. OR liege im Schutz des Arbeitnehmers und wolle dem Kläger (Lohn-)Ansprüche verschaffen. Der Arbeitsvertrag komme deshalb auch ohne Einigung der Parteien über wesentliche Vertragsbedingungen und ungeachtet dessen, dass die Beklagte diesen Vertrag nicht gewollt habe, von Gesetzes wegen zustande (Art. 320 OR). Entsprechend sei bereits der Ansatz der Vorinstanz falsch, die «zu einem Arbeitsvertrag gegenläufigen Indizien» als Ausgangspunkt zu nehmen. Damit gehe die Vorinstanz zum Nachteil des Arbeitnehmers in erster Linie von einem Auftrag aus und befinde dann, die für den Arbeitsvertrag bestehenden Indizien vermöchten daran nichts zu ändern. Die nach Art. 319 und 320 OR notwendige Gesamtbetrachtung sei aus dem falschen Blickwinkel erfolgt und habe zu einer inadäquaten Gewichtung der vorhandenen Elemente geführt. Die Vorinstanz habe nicht zum Schutz des Arbeitnehmers primär für den Arbeitsvertrag sprechende Elemente berücksichtigt und auch nicht die Elemente pro Arbeitsvertrag oder pro Auftrag gleichwertig gewogen, sondern sei rechtsfehlerhaft wegen eines Indizes (freie Arbeitszeiteinteilung) von einem Auftrag ausgegangen und habe dann alle anderen Elemente pro Arbeitsvertrag «stückweise abgetan».

b) Sollte der Kläger mit dem Hinweis auf den Arbeitnehmerschutzgedanken der Art. 319 ff. OR sinngemäss geltend machen, im Zweifel sei ein bestimmter Vertrag auf Arbeitsleistung als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, kann seiner Ansicht nicht gefolgt werden. Die den Arbeitnehmer schützenden Vorschriften von Art. 319 ff. OR kommen nur dann zur Anwendung, wenn ein bestimmter Vertrag rechtlich als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist (BRÜHWILER, a.a.O., Art. 319 N 10b). Diese Qualifikation hat aber nicht aufgrund einer «Im Zweifel»-Regel, sondern anhand der von der Vorinstanz korrekt wiedergegebenen Kriterien aufgrund einer Gesamtwürdigung und -gewichtung der konkreten Umstände zu erfolgen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH Art. 319 N 15). Sie entscheidet sich allein danach, welche typologischen Kriterien letztlich überwiegen. Sind es die für eine Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechenden Elemente, greifen die Art. 319 ff. OR und damit auch der gesetzlich statuierte Arbeitnehmerschutz; überwiegen demgegenüber die gegen eine solche Qualifikation sprechenden Kriterien, fällt die Anwendung dieser Vorschriften ausser Betracht (s.a. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 3; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI Art. 319 N 42). Das Gesetz bezweckt mithin keineswegs, generell den Arbeit Leistenden zu schützen, sondern nur denjenigen,

der seine Arbeitsleistung im Rahmen eines Vertrags erbringt, der die Qualifikationsmerkmale eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319 OR erfüllt. Der (gegebene oder fehlende) Sozialschutz ist die Rechtsfolge der Vertragsqualifikation und nicht deren Grund (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH Art. 319 N 15). Entgegen der klägerischen Auffassung sind deshalb auch nicht primär die für einen Arbeitsvertrag sprechenden Elemente zu berücksichtigen, sondern sämtliche massgeblichen und sachgerecht gewichteten Kriterien gegeneinander abzuwägen, was die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid getan hat.

c) Auch der Vorwurf, die vorinstanzliche Betrachtung sei aus dem falschen Blickwinkel erfolgt, ist unbegründet. So hat die Vorinstanz die von den Parteien vorgetragene Charakteristika der Vertragsbeziehung im Lichte der einschlägigen Abgrenzungskriterien gewürdigt und dargelegt, inwiefern und mit welchem Gewicht diese für oder gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechen. Dabei ging sie zu Recht davon aus, ein zentrales (wenn nicht sogar das zentrale) Unterscheidungsmerkmal bilde die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, welche den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich in hohem Mass der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstelle (Subordinationsverhältnis). Das entspricht der gefestigten bundesgerichtlichen Praxis (vgl. insbes. BGer 4C.346/1999 vom 4.2.2000 E. 2.a: «Für die Abgrenzung [zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag] ist grundsätzlich die unterschiedliche rechtliche Subordination massgebend.» Ebenso z.B. BGer 4C.220/2003 vom 28.10.2003 E. 2.1; 2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.2; 4A_61/2012 vom 15.5.2012 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.1; 4A_504/2015 vom 28.1.2016 E. 2.1.1; BGE 121 I 259 E. 3.a; 125 III 78 E. 4) und der einhelligen Lehre (vgl. VISCHER/MÜLLER, a.a.O., § 1 Rz 14, § 5 Rz 5, Rz 7 und Rz 24; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH Art. 319 N 14; CHK-EMMEL Art. 319 OR N 6; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Kap. 1 Rz 10 und Rz 18; BRÜHWILER, a.a.O., Art. 319 N 2b, N 5b, N 10c–e; KUKO OR-PIETRUSZAK Art. 319 N 7; ZK OR-STAEHELIN Art. 319 N 26, N 30 und N 32; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI Art. 319 N 18, N 49). Ebenfalls zu Recht sah die Vorinstanz im Umstand, dass es nach eigenen Angaben des Klägers in dessen eigenem Belieben stand, ob und in welchem Umfang er für die Beklagte tätig sein wollte oder nicht, ein entscheidendes und gewichtiges Indiz für das Fehlen eines derartigen Subordinationsverhältnisses und mithin gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag, sondern gegenteils ein klares Indiz für eine selbstständige Tätigkeit (vgl. nachstehende E. III/5.3). Insofern hat sie die massgeblichen Kriterien nicht inadäquat, sondern durchaus sachgerecht gewichtet. Wenn sie bei ihrer Gesamtbetrachtung dieses zentrale, klar gegen einen Arbeitsvertrag sprechende Kriterium in den Mittelpunkt stellte und hernach prüfte, ob und inwiefern die übrigen, weniger gewichtigen Elemente geeignet sein könnten, diese Würdigung in Frage zu stellen oder insgesamt dennoch zu einer Qualifikation als Arbeitsvertrag zu führen, und

Letzteres im Ergebnis verneinte, ist darin kein methodischer Fehler, sondern die für die Abgrenzung notwendige (gesamthafte) Abwägung und Gewichtung der entscheidungsrelevanten Elemente zu erblicken. Dies umso mehr, als sie ihren Entscheid keineswegs nur auf ein einziges Indiz (Übernahmefreiheit) stützte, sondern daneben weitere Merkmale nannte, die ihrer Ansicht nach gegen einen Arbeitsvertrag sprechen. Insoweit ist keine unrichtige Rechtsanwendung auszumachen.

5.3.a) Gegen das vorinstanzliche Argument, die Freiheit des Klägers hinsichtlich der Arbeitszeiteinteilung und dessen damit einhergehende zeitliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit sprächen gegen einen Arbeitsvertrag, lässt der Kläger berufsweise vorbringen, dass seine Aussage, wonach es in seinem Belieben gestanden habe, ob er für die Beklagte arbeiten wolle oder nicht, seine alleinige und nachträgliche Einschätzung für eine in der massgeblichen Zeit tatsächlich nie eingetretene Situation sei. Eine damalige, objektiviert rechtsbegründende Übereinkunft pro Auftrag lasse sich daraus nicht ableiten. Darüber hinaus könne einerseits schon deshalb nicht entscheidend auf das Weisungsrecht des Arbeitsempfängers abgestellt werden, weil ein solches sowohl dem Arbeitgeber (Art. 321d OR) als auch dem Auftraggeber (Art. 397 OR) zustehe. Andererseits sei auch das Mass der Selbstständigkeit des Klägers nicht aussagekräftig, könne der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei der Verrichtung der Arbeiten doch nach Belieben mehr oder weniger Freiraum gewähren. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung lasse deshalb der Umstand, dass der Kläger vorliegend noch weitergehende Freiheiten bei der Zeiteinteilung gehabt habe als der Kläger im Entscheid U 335/04 des Bundesgerichts vom 22. Februar 2005, keinen Schluss auf Auftragsrecht zu. Hinzu komme schliesslich, dass der Kläger – wie die Beklagte gewusst habe – neben seiner Tätigkeit bei der Beklagten meist in einem vollzeitlichen unselbstständigen Arbeitsverhältnis mit Drittfirmen gestanden habe. Eine erhöhte Flexibilität bei der Ausführung von Arbeiten für die Beklagte sei daher Grundlage des vorliegenden Arbeitsverhältnisses gewesen. Im Übrigen herrsche in der Branche der Parteien ohnehin eher eine freie Arbeitszeiteinteilung und könnten aus praktischen Gründen keine fixen Arbeitszeiten vereinbart werden.

b) Die Beklagte behauptete sowohl in der schriftlichen Klageantwort als auch in ihrer mündlich erstatteten Duplik, der Kläger sei völlig frei gewesen, für sie tätig zu werden; er habe gänzlich autonom entschieden, ob, wann und wie lange er Dienstleistungen für die Beklagte erbringen wolle. Auch der Kläger selbst, der diese beklagliche Sachdarstellung in seinen Parteivorträgen unbestritten liess, führte anlässlich seiner Befragung vor Vorinstanz aus, er hätte jeweils auch «Nein» sagen können, wenn die Beklagte ihn angefragt habe, ob er ein Projekt übernehmen wolle; es habe in seinem Belieben gestanden, ob er für die Beklagte arbeiten wolle oder nicht. Obschon diese Aussage des Klägers erst nach Erstattung der Duplik erfolgte, ist sie aufgrund der im vorliegenden Kontext geltenden

beschränkten Untersuchungsmaxime bei der Entscheidungsfindung mitzubehalten. Dabei mag es zutreffen, dass sie die alleinige und nachträgliche Einschätzung des Klägers darstellt und dieser nie von der behaupteten Möglichkeit, ein Angebot der Beklagten abzulehnen, Gebrauch gemacht hatte, soweit diese neuen Behauptungen unter dem Aspekt von Art. 317 Abs. 1 ZPO überhaupt zu hören sind. Auf der anderen Seite behauptete vor Vorinstanz keine der Parteien, der Kläger habe diese Freiheit nicht gehabt, sondern sei verpflichtet gewesen, die ihm angebotenen Arbeiten auszuführen. Solches wird in der Berufung jedenfalls weder geltend gemacht noch unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen nachgewiesen. Bei dieser Sachlage durfte die Vorinstanz aufgrund der Aussagen des Klägers, welche letztlich nur die unbestritten gebliebene Sachdarstellung der Beklagten bestätigten, ohne Weiteres annehmen, es habe keine Verpflichtung des Klägers zur Übernahme von Projekten bestanden, deren Bearbeitung die Beklagte ihm anbot, sondern es habe im Belieben des Klägers gestanden, ob er für die Beklagte tätig werden wolle oder nicht. Daraus wiederum lässt sich ohne Rechtsverletzung ableiten, es habe (schon damals) an der für einen Arbeitsvertrag wesentlichen Unterwerfung des Klägers unter die Weisungsgewalt der Beklagten (rechtliche Subordination) gefehlt, was für eine Qualifikation des Vertrags als Auftrag oder auftragsähnlicher Vertrag spricht. Die gegenteilige Ansicht des Klägers geht fehl.

c) Weiter trifft es zwar zu, dass sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Auftraggeber ein Weisungsrecht bezüglich der zu leistenden Arbeiten zusteht. Auch kann sowohl der Arbeitgeber wie der Auftraggeber dem Arbeitnehmer oder Beauftragten bei der Verrichtung der Arbeiten nach Belieben mehr oder weniger Freiraum gewähren (BGer 4C.346/1999 vom 4.2.2000 E. 2.b und c). Das Ausmass der Weisungsgebundenheit indiziert jedoch häufig das qualifikationsrelevante Mass der rechtlichen Subordination. Insofern kann das Weisungsrecht bzw. sein Umfang durchaus ein taugliches Abgrenzungskriterium sein. Überdies beziehen sich die Weisungen und der gewährte Freiraum nur auf Tätigkeiten, zu deren Vornahme der Vertragspartner vertraglich verpflichtet ist. Das Weisungsrecht und der Grad der Selbstständigkeit in der Arbeitsausführung setzen mit anderen Worten voraus, dass der Weisungsgeber gegenüber dem Weisungsempfänger einen vertraglichen Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistungen hat. Das ist nicht der Fall, wenn es im Belieben des Arbeit Leistenden steht, überhaupt für den Anderen tätig zu werden. Ohne Verpflichtung zu einer bestimmten Arbeitsleistung besteht weder ein Weisungsrecht noch ein wie auch immer gearteter Freiraum bezüglich der Art der Erbringung dieser Leistung. Deshalb lässt sich auch aus den vom Kläger angeführten Entscheidungen des Bundesgerichts (BGer 4C.346/1999 vom 4.2.2000 und BGer U 335/04 vom 22. Februar 2005) nichts zu dessen Gunsten ableiten (zumal der zweitgenannte Entscheid den sozialversicherungsrechtlichen Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit betraf, der sich nicht mit dem privat- bzw. arbeitsrechtlichen deckt). Im Unterschied zum Sachverhalt in je-

nen Fällen bezog sich die Freiheit des Klägers vorliegend nicht bloss auf die Einteilung der Arbeitszeit und die Art und Weise der Erbringung seiner Arbeitsleistung, d.h. auf die Frage, wie und wann er Tätigkeiten ausführte, zu denen er dem Vertragspartner gegenüber verpflichtet war, sondern auf die Entscheidung darüber, ob und inwieweit er überhaupt für die Beklagte tätig sein wollte. Diese Entscheidungsfreiheit geht weit über eine erhöhte Flexibilität bei der Ausführung von vertraglich geschuldeten Arbeiten hinaus und ist qualitativ nicht mit einer solchen vergleichbar. Angesichts dieser Freiheit und der damit verbundenen Unabhängigkeit des Klägers kann nicht von einer (hinreichend ausgeprägten) Einordnung desselben in die Betriebsorganisation und unter die Direktionsgewalt der Beklagten ausgegangen werden. Der Kläger war eben nicht dem für einen Arbeitsvertrag typischen, in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht umfassenden Weisungsrecht der Beklagten unterworfen und erbrachte seine Tätigkeit nicht in rechtlicher Abhängigkeit zur Beklagten. Zumindest hat er eine derartige Weisungsgebundenheit trotz an ihn gerichteter Substantiierungshinweise nicht rechtsgenügend dargetan. Damit fehlt es am für den Arbeitsvertrag charakteristischen Subordinationsverhältnis. Ob daneben – wie die Vorinstanz annahm und der Kläger als rechtsverletzend rügt – auch die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers von der Beklagten gegen eine Qualifikation als Arbeitsvertrag spricht, kann offenbleiben (vgl. dazu immerhin BK OR-REHBINDER/STÖCKLI Art. 319 N 42 [verneinend]; CHK-EMMEL Art. 319 OR N 6). Selbst wenn diese im vorliegenden Fall kein (zusätzliches) Indiz gegen einen Arbeitsvertrag darstellen sollte, bietet sie im Ergebnis jedenfalls auch keinen Anhaltspunkt für einen solchen.

(...)

5.7

(...)

c) Auch die formelle Bezeichnung der Parteien als «Arbeitgeber» und «Arbeitnehmer» im Lohnausweis für das Jahr 2011 sowie des bezahlten Entgelts als «Nettolohn» stellt – ebenso sowie der Umstand, dass dem Kläger (wie einem Arbeitnehmer) ein «Lohnausweis» ausgestellt wurde – kein (oder bestenfalls ein nur sehr beschränkt) relevantes Abgrenzungskriterium dar (BGer 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.2; 2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.2; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, Art. 319 N 6; BRÜHWILER, a.a.O., Art. 319 N 1b und N 2b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 13 m.w.Hinw.; s.a. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Kap. 1 Rz 14; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH Art. 319 N 16; ZK OR-STAEHELIN Art. 319 N 30). Der Kläger misst diesen Umständen zu Unrecht entscheidende Bedeutung für die Vertragsqualifikation zu. Dies umso mehr, als der im Lohnausweis angeführte Betrag von Fr. 5'405.– gar nicht als «Lohn» unter Ziffer 1, sondern als «Honorarzahlung» unter Ziffer 3 («Unregelmässige Leistungen») deklariert wurde. Indem die Vorinstanz nicht auf die betreffenden Bezeichnungen abgestellt bzw. dieselben nicht in die Gesamtbe-

trachtung miteinbezogen hat, hat sie das Recht nicht unrichtig angewendet (Art. 320 lit. a ZPO). Insoweit ist die Berufung unbegründet.

d) Zutreffenderweise wertete die Vorinstanz den unbestrittenen Umstand, dass die Beklagte für den Kläger Sozialversicherungsleistungen abgerechnet (und ihm einen Lohnausweis ausgestellt) hatte, als Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags (vgl. BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2; 4C.66/2006 und 4C.64/2006 vom 28.6.2006, je E. 2.1.2; CHK-EMMEL Art. 319 OR N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 2). Zu Recht sah sie darin jedoch ein bloss untergeordnetes formales Kriterium. Auch Lehre und Rechtsprechung messen diesem Kriterium lediglich untergeordnete Bedeutung zu, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Ansprüchen resp. der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Vertragsverhältnisses, sondern auch mit Bezug auf die privatrechtliche Abgrenzung zwischen dem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR und den anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.2 und BGer 2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.2 [«Les critères formels, tels ... les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants.»]; VISCHER/MÜLLER, a.a.O., § 5 Rz 5; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI Art. 319 N 45; BRÜHWILER, a.a.O., Art. 319 N 10a). Das gilt entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift nicht nur in jenen Fällen, in denen keine Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet werden. Der Grundsatz, wonach diesem Kriterium nur beschränkte Relevanz für die Vertragsqualifikation zukommt, gilt vielmehr auch dann, wenn solche Beiträge geleistet und abgezogen werden (vgl. insbes. BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2 und 7.3). Es ist somit nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz der Abrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die Beklagte weit weniger Bedeutung zumass, als der Kläger dies tut. Die berufungsweise bemängelte vorinstanzliche Gewichtung dieses Elements im Rahmen der Gesamtwürdigung verletzt kein Recht (Art. 320 lit. a ZPO).

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger mit seinen Einwänden nicht darzutun vermag, dass die vorinstanzliche Qualifikation des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses im Ergebnis auf unrichtiger Rechtsanwendung beruht. Zwar deuten, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, verschiedene Merkmale des Vertrags auf einen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR hin. Entgegen der berufungsweise vertretenen Ansicht gibt es aber auch klare und bei der Gesamtwürdigung überwiegende Indizien, die gegen eine Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechen. Von entscheidender Bedeutung ist namentlich, dass es stets im eigenen Belieben des Klägers stand, ob er für die Beklagte arbeiten wollte oder nicht. Damit fehlte es (auch im Verbund mit den übrigen Vertragsmerkmalen) an dem für einen Arbeitsvertrag charakteristischen Subordinationsverhältnis, d.h. der notwendigen Intensität der Eingliederung des Klägers in zeitlicher, persönlicher und organisatorischer Hinsicht in die Arbeitsorganisation der

Beklagten. Diesen Umstand vermögen die für einen Arbeitsvertrag sprechenden Kriterien nicht aufzuwiegen.

Bestand zwischen den Parteien aber kein Arbeitsverhältnis, fehlt es der Vorinstanz an der sachlichen Zuständigkeit zur Beurteilung der Klage (§ 20 GOG). Sie ist demnach zu Recht auf die Klage nicht eingetreten. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Dabei ist erneut auf Art. 63 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach die Rechtshängigkeit der Klage erhalten bleibt, wenn diese innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht eingereicht wird (vgl. dazu BGE 138 III 471 E. 6).

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 8. Juni 2016 (Bestätigung des Urteils Arbeitsgerichts Zürich vom 30. November 2015)

Umstrittene Passivlegitimation im Konzern für Ansprüche des Arbeitnehmers aus einer Beteiligungsvereinbarung. In Konzernverhältnissen ist die Beteiligung von Schlüsselmitarbeitern der einzelnen Tochtergesellschaften am Erfolg der Konzernmutter häufig anzutreffen und direkte Vereinbarungen zwischen der Konzernmutter und Mitarbeitern der Tochtergesellschaften sind gängige Übung. Der Mitarbeiter hat sich diesfalls an diejenige Konzerngesellschaft zu halten, die ihn an ihrem Beteiligungsprogramm teilnehmen lässt (E. C.2.3.2).

Mit der Vorinstanz ist in Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen nach dem Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass die Holding und nicht die beklagte Arbeitgeberin Schuldnerin des Klägers für allfällige Ansprüche aus dem Beteiligungsplan ist, weshalb die Passivlegitimation der Arbeitgeberin zu verneinen war (E. C.2.3.3, 4.).

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) war bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) ab 1. Mai 2010 zunächst als «Executive Vice President and Global Head Business Performance Materials» angestellt. Per 1. Januar 2011 wurde er zum «Head Business Unit Performance Materials» und «Member Group Management» ernannt. Der entsprechende neue, schriftliche Arbeitsvertrag zwischen den Parteien wurde erst am 12. Dezember 2011, aber rückwirkend per 1. Januar 2011 abgeschlossen, war bis 31. Dezember 2013 befristet und wurde nicht verlängert.

Bereits am 27. Januar/2. Februar 2011 unterzeichneten der Kläger und die B. Holding AG, die Muttergesellschaft der Beklagten, eine «Performance Share Unit Grant Notice» (nachfolgend «Grant Notice»). Damit teilte die B. Holding AG (nachfolgend Holding) dem Kläger 300 Performance Share Units (nachfolgend PSU) zu, und der Kläger anerkannte unterschriftlich die Bestimmungen der «IPO Execution & Retention Award

Regulation of B. Holding AG» (nachfolgend Beteiligungsplan), welche die Zuteilung von PSUs der Holding zunächst in Form einer Anwartschaft (durch die «Grant Notice») und die spätere tatsächliche Übertragung der Aktien der Holding auf die begünstigten Arbeitnehmer der B. Gruppe regelte. Nach diesem Beteiligungsplan sollten die Aktien gemäss den zugeordneten PSU-Anwartschaften in drei jährlichen Tranchen von je einem Drittel effektiv übertragen werden. Der Beteiligungsplan bzw. die Möglichkeit einer Mitarbeiterbeteiligung war im Hinblick auf den geplanten Börsengang der Holding erlassen worden, um die Mitarbeiter dafür besonders zu motivieren und anschliessend noch im Unternehmen zu halten. Die Übertragung der ersten Aktientranche aus den zugeteilten PSUs sollte gemäss Beteiligungsplan am Tag des Börsengangs erfolgen, die beiden weiteren Tranchen ein bzw. zwei Kalenderjahre nach dem Börsengang. Der Börsengang erfolgte am 20. März 2012. Im September 2011 fand zwischen dem Kläger und Dr. C., welcher gleichzeitig sowohl Verwaltungsratspräsident der Beklagten als auch Delegierter des Verwaltungsrats der Holding war, ein Gespräch zur Neufestlegung des Gehaltspakets des Klägers statt. Dabei soll Dr. C. dem Kläger einen schriftlichen Entwurf vom 8.9.2011 mit dem Titel «Expected Total Compensation» übergeben haben, der neben den Rubriken Fixlohn und MBO-Bonus auch eine Rubrik «Vesting of IPO Execution & Retention Award» mit je Fr. 900'000.– für die Jahre 2012–2014 aufführte. Ein analoger Entwurf fand sich später auch im Personal-dossier des Klägers bei der Beklagten, in dem indessen die Rubrik «Vesting of IPO Execution & Retention Award» und die entsprechenden Vergütungen fehlen.

Am 11./12. Dezember 2011 unterzeichneten die Parteien den schriftlichen Arbeitsvertrag mit Rückwirkung auf den 1. Januar 2011. Unter dem Titel «3. Remuneration» hielten sie fest, dass diese aus einem jährlichen Fixsalär sowie einer variablen Zahlung bestehen solle, welche zusammen die jährliche Zielvergütung ergäben; zur Berechnung verwiesen sie auf den Anhang I. In diesem Anhang findet sich zur Berechnung der variablen Zahlung folgende Formulierung:

«1.2. Annual Variable Pay

The Employee's Annual Variable Pay is composed of :

(i) MBO based on EBIT: $PM \text{ EBIT} \times 0.19\%$

MBO based on PAT: $Group \text{ PAT} \times 0.04\%$

MBO based on RONOC: $(PM \text{ RONOC} \times CHF \text{ 0.127 million})/30\%$

(ii) Performance Share Units pursuant to the IPO Execution & Retention Award Regulation dated March 30, 2011 attached as Annex 2 to this Attachment I

(iii) Award pursuant to the draft of the Performance Share Matching Plan attached as Annex 3 to this Attachment I»

Die Holding übertrug dem Kläger mit «Vesting notices» jeweils vom 20. März 2012 und 2013 unbestrittenermassen die beiden ersten Aktientranchen aus dem Beteiligungsplan bzw. gemäss Absatz (ii) der oberwäh-

ten Vergütungsvereinbarung. Nachdem sein Arbeitsvertrag mit der Beklagten Ende 2013 ausgelaufen war, wurde die dritte Aktientranche im März 2014 nicht mehr auf den Kläger übertragen.

Mit der vorliegenden Klage, soweit sie im Berufungsverfahren noch strittig ist, fordert der Kläger von der Beklagten die Übertragung der dritten Tranche von 20'000 Aktien (unter Berücksichtigung des erfolgten Aktiensplits und des Multiplikators gemäss Art. 8 des Beteiligungsplanes) samt entsprechender Eintragung im Aktienbuch, sowie Schadenersatz für die entgangenen Dividenden der Jahre 2014 und 2015 auf diesen Aktien. Der Streitwert der Klage wurde auf Fr. 1'509'577.30 beziffert.

Die Vorinstanz hat diese Klageforderung mangels Passivlegitimation der Beklagten abgewiesen, da Schuldnerin dieser Forderung die Holding sei. Als Folge davon hat die Vorinstanz die Forderung materiell nicht weiter geprüft, weshalb nachfolgend ebenfalls nur die Frage der Passivlegitimation der Beklagten zu prüfen ist.

Aus den Erwägungen:

- B.
- (...)
- 2.

2.1. Zur strittigen Frage der Passivlegitimation der Beklagten für die Übertragung der PSUs und die Haftung für entgangene Dividenden machte der Kläger vor Vorinstanz geltend, Arbeitgeberin sei unbestrittenermassen die beklagte B. Management AG gewesen und nur sie habe den Arbeitsvertrag unterzeichnet. Damit sei sie auch eigenständige Schuldnerin seines Lohnes einschliesslich sämtlicher variabler Lohnbestandteile. Der Anspruch auf die PSUs sei im Arbeitsvertrag sowie im Anhang I ausdrücklich als Teil seiner variablen Vergütung und der Gesamtvergütung aufgeführt worden. Es fehle im Arbeitsvertrag jeder Hinweis darauf, dass Schuldnerin der PSUs – im Gegensatz zu den übrigen fixen und variablen Lohnbestandteilen – die Holding und nicht die Beklagte sei. Auch eine Auslegung der Erklärungen der Beklagten nach dem Vertrauensprinzip ergebe nichts Anderes. Bereits Anfang 2011 habe ihn Dr. C., der Vertreter der Beklagten und sein direkter Vorgesetzter, mündlich über die Zuteilung der 300 PSUs informiert; dieser habe auch die «Grant Notice» und die beiden «Vesting Notices» mitunterzeichnet, ihm im September 2011 die die PSUs enthaltende Übersicht «Expected Total Compensation» übergeben und ihm die vollständige Übertragung der PSUs mündlich zugesichert. Die «Grant Notice» erwähne die «B.» als Schuldnerin der PSUs, nicht die B. Holding AG. Konsequenterweise seien die PSUs denn auch von der Beklagten ausbezahlt worden und erschienen auf ihren Lohnausweisen bzw. Lohnabrechnungen. Die Holding habe nie solche ausgestellt. Es sei auch die Beklagte gewesen, welche die Sozialversicherungsbeiträge und die Quellensteuer für die PSUs abgerechnet und bezahlt habe und sich somit als

Schuldnerin der PSUs gesehen habe. Dass die Holding den Beteiligungsplan erlassen und der Verwaltungsrat der Holding über die Teilnahmeberechtigung und die Höhe der Beteiligung entschieden habe, begründe höchstens eine zusätzliche Leistungspflicht der Holding, befreie die Beklagte aber nicht von ihrer eigenständigen Pflicht zur diesbezüglichen Erfüllung des Arbeitsvertrages. Alternativ wäre eine Schadenersatzpflicht der Beklagten aufgrund eines Garantieverprechens gemäss Art. 111 OR zu prüfen. Im Übrigen werde auf Seite der Beklagten bzw. innerhalb der B. Gruppe nicht immer klar zwischen den rechtlich selbständigen Einzelgesellschaften unterschieden, sei es die Beklagte als Tochtergesellschaft oder die Holding als Muttergesellschaft. Als Inhaber des Copyright für die Website der Gruppe würden z.B. beide vorgenannten Gesellschaften aufgeführt, und Dr. C. sei in Personalunion CEO der B. Gruppe, CEO und Verwaltungsratspräsident der Beklagten sowie Verwaltungsratsmitglied der Holding. Bei der Beklagten als Managementgesellschaft der B. Gruppe würden zentrale operative Entscheide für die gesamte Gruppe getroffen. Aufgrund dieser engen Verflechtungen innerhalb der Gruppe sei eine Berufung auf die Eigenständigkeit der Beklagten mit Bezug auf die Übertragung der PSUs missbräuchlich.

2.2 Die Beklagte bestritt vor Vorinstanz ihre Passivlegitimation mit der Begründung, der Beteiligungsplan sei von der rechtlich selbständigen Holding erlassen worden und die Holding habe nach alleinigem, völlig freiem Ermessen entschieden, wer in welchem Umfang daran teilnehmen könne. Mit der Unterzeichnung der «Grant Notice» habe der Kläger den Beteiligungsplan anerkannt und damit gewusst, dass der Verwaltungsrat der Holding ihn ausgewählt habe, am Beteiligungsplan der Holding und nicht an einem Beteiligungsplan seiner Arbeitgeberin, der Beklagten, teilzunehmen. Mit der «Grant Notice» sei ein direktes Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Holding bezüglich des Beteiligungsplanes begründet worden. Entsprechend habe allein der Verwaltungsrat der Holding später über die verpflichtende Anzahl der definitiv zu übertragenden Anzahl ihrer Aktien an den Kläger entschieden, und die Holding habe dies dem Kläger mit den «Vesting Notices» mitgeteilt. Die Aufführung der PSUs im 11 Monate später unterzeichneten Arbeitsvertrag sei nur der Vollständigkeit halber erfolgt und habe rein deklaratorische Bedeutung gehabt. Die PSUs seien nicht Lohnbestandteil sondern eine besondere Gratifikationsmöglichkeit durch die Holding gewesen, die ausschliesslich im Hinblick auf das einmalige Ereignis des Börsengangs der Holding geschaffen worden sei. Ohne den zuvor erlassenen Beteiligungsplan der Holding wäre der Inhalt der entsprechenden Arbeitsvertragsklausel gar nicht bestimmbar. Die Beklagte habe sich gegenüber dem Kläger nicht zu einer selbständigen Rechteverschaffung an den PSUs oder im Sinne einer Garantin verpflichtet. Die Beklagte und die Holding seien rechtlich selbständige Gesellschaften mit eigenen Funktionen; die Holding und nur die Holding sei an der Börse kotiert und es gehe um deren Aktien. Eine rechtsmissbräuchliche

Vorschiebung einer von der Beklagten beherrschten Konzerngesellschaft liege nicht vor. Als Mitglied der Gruppengeschäftsleitung seien diese Verhältnisse dem Kläger ganz klar bekannt gewesen.

3.

Die Vorinstanz erwog zur Frage der Passivlegitimation der Beklagten vorweg, in der Arbeitswelt sei es häufig anzutreffen, dass ein Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft am Beteiligungsprogramm der Muttergesellschaft oder Holding teilnehme. Dabei komme es auch oft vor, dass der Beteiligungsanspruch Inhalt der arbeitsvertraglichen Beziehung mit der arbeitgebenden Gesellschaft bilde, die Beteiligungsrechte beim Lohn angerechnet würden und die arbeitgebende Gesellschaft auch die Abwicklung der Beteiligungsrechte vornehme. Auch bei einer derart engen Verknüpfung von Mutter- und Tochtergesellschaft habe sich der Mitarbeiter aber für seine Beteiligungsrechte grundsätzlich an diejenige Konzerngesellschaft zu halten, welche ihn an ihrem Beteiligungsprogramm teilnehmen lasse. An dieser Rechtslage ändere weder eine konzernmässige Verbindung der Gesellschaften noch ein deklaratorischer Hinweis im Arbeitsvertrag auf das Beteiligungsprogramm einer anderen Konzerngesellschaft etwas und führe nicht dazu, dass die arbeitgebende Gesellschaft aus dem Beteiligungsprogramm der Muttergesellschaft verpflichtet werde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung akzeptiere der Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft mit der Unterzeichnung der einschlägigen Dokumente des Beteiligungsplanes der Muttergesellschaft, mit dieser diesbezüglich eine direkte Rechtsbeziehung einzugehen. Ob die arbeitgebende Gesellschaft in einem konkreten Einzelfall trotzdem für Forderungen aus Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen einer Drittgesellschaft einzustehen habe, sei anhand des konkreten Arbeitsvertrages und dessen Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu beurteilen, wenn dazu kein übereinstimmender Parteiwille nachgewiesen sei.

Zum Inhalt der konkreten arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien erwog die Vorinstanz in der Folge, im Attachment I des Arbeitsvertrages sei für die PSUs ausdrücklich auf den von der Holding erlassenen Beteiligungsplan verwiesen worden und die dortigen Bestimmungen, wonach der Verwaltungsrat der Holding allein und nach freiem, jederzeit abänderbarem Ermessen über die Teilnahme und den Umfang der Beteiligung entscheiden könne. Sodann habe der Kläger aus der «Grant Notice» und den «Vesting Notices» ersehen können, dass es um ein Beteiligungsprogramm der Holding gehe. Mit der Unterzeichnung dieser Dokumente habe der Kläger bestätigt, eine direkte Rechtsbeziehung zur Holding einzugehen. Aus dem Umstand, dass Dr. C. alle massgeblichen Dokumente unterzeichnet habe, teils für die Beklagte (Arbeitsvertrag, Attachment I und Annex 1) und teils für die Holding («Grant Notice», «Vesting Notices»), könne der Kläger nichts für sich ableiten. Er habe die Stellung von Dr. C. in den verschiedenen Gesellschaften gekannt und die Dokumente seien durch den jeweiligen zweiten Kollektivunterzeichner klar den einzelnen

Gesellschaften zuzuordnen gewesen. Wenn in der «Grant Notice» zum Teil nur von der «B.» die Rede sei, ändere dies nichts daran, dass sich diese ausschliesslich auf das Beteiligungsprogramm der Holding bezogen habe und auch an die Holding zurückzusenden gewesen sei. Die «Grant Notice» mit der Grundsatzverpflichtung der Holding zur Ausrichtung von PSUs an den Kläger zu den genannten Bedingungen sei lange vor Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrages erfolgt. Insofern habe die Nennung der PSUs im späteren Arbeitsvertrag nur noch deklaratorische Bedeutung gehabt. In gleicher Weise komme auch der dem Kläger im September 2011 von Dr. C. übergebenen Aufstellung «Expected Total Compensation» nur die Bedeutung einer deklaratorischen Zusammenfassung der zu erwartenden, totalen Vergütung zu. Das Aufführen der erhaltenen PSUs in den Lohnabrechnungen der Beklagten sowie das Abführen von Sozialversicherungsabgaben und Quellensteuern darauf durch die Beklagte sei zwar ein starkes Indiz dafür, dass die Beklagte diese Leistungen als Arbeitgeberleistungen betrachtet habe. Indessen sei diese Art der Abrechnung von Mitarbeiterbeteiligungen an Drittgesellschaften in der Praxis offenbar durchaus üblich und für die Feststellung der Passivlegitimation nicht entscheidend. Im Ergebnis sei daher davon auszugehen, dass zwischen den Parteien ein Konsens bestanden habe, dass die Holding und nicht die Beklagte zur Gewährung der PSUs verpflichtet werden sollte.

Die Vorinstanz prüfte sodann noch weitere mögliche Haftungsgrundlagen der Beklagten für die PSUs. Das Vorliegen eines Garantievertrages im Sinne von Art. 111 OR in Form einer Patronatserklärung verneinte sie, weil der von der Beklagten unterzeichnete Verweis auf die PSUs im Arbeitsvertrag nur noch deklaratorische Bedeutung gehabt habe und sich die Beklagte damit nicht verpflichtet habe, für deren Erfüllung einzustehen. Der «Durchgriff» auf die beherrschte Gesellschaft für Schulden der Muttergesellschaft sei sodann ein Instrument der Rechtsmissbrauchsbekämpfung. Die dafür entwickelten Kriterien eines zweckwidrigen Vorschiebens einer anderen juristischen Person zwecks Schädigung der Gläubiger lägen hier nicht vor.

C.

(...)

2.3.2 Für die Auslegung der umstrittenen Entschädigungsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip sind, wie erwähnt, zusätzlich auch die weiteren Umstände des Vertragsabschlusses zu berücksichtigen, insbesondere dessen Entstehungsgeschichte und der damit verfolgte Zweck.

Zu Recht hat die Vorinstanz dafür vorab auf die «Grant Notice» abgestellt, welche der Kläger und die Holding bereits mehrere Monate vor dem schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Beklagten unterzeichnet hatten, und diese als die massgebliche Vereinbarung der Parteien qualifiziert. Mit dieser Vereinbarung teilte die Holding dem Kläger verbindlich mindestens 300 PSU im Sinne von Anwartschaften zu. Durch Verweis auf den Beteiligungsplan der Holding verpflichtete sich die Holding zur späteren tatsächlichen

Übertragung dieser Aktien unter den dort geregelten weiteren Bedingungen sowie allenfalls zur Erhöhung der zu übertragenden Anzahl Aktien aufgrund des künftigen Geschäftserfolgs der Gruppe. Der Kläger stimmte dem unterschriftlich zu. Zwar figuriert im Briefkopf dieser Vereinbarung und im Einleitungssatz nur der unspezifische Name «B.», welcher für sich allein sowohl für die Beklagte wie für die Gruppe oder für die Holding stehen könnte. Unterzeichnet ist die Vereinbarung indessen klar im Namen der Holding und von den Zeichnungsberechtigten der Holding; verlangt war auch die Rücksendung des unterzeichneten Exemplars durch den Kläger an die Holding. Damit wurde die teilweise unspezifische Bezeichnung «B.» präzisiert und der Wortlaut der Vereinbarung weist klar die Holding als Vertragspartei und damit als Schuldnerin der PSUs aus. Diese Art der Firmenbezeichnung war offenbar innerhalb der B.-Gruppe üblich, wurde doch auch der eigentliche Arbeitsvertrag auf einem Firmenpapier mit dem Logo «B.» verfasst und die Beklagte als Arbeitgeberin wird erst durch die nachfolgende Parteibezeichnung «B. Management Ltd» identifiziert. Durch Unterzeichnung der «Grant Notice» und der damit erfolgten Anerkennung der Bedingungen des Beteiligungsplans der Holding ist der Kläger diesbezüglich mit der Holding direkt eine Vereinbarung eingegangen.

Auch der weitere Zusammenhang spricht für eine unmittelbare Verpflichtung der Holding. Diese plante eine Kotierung ihrer Aktien an der Börse. Die PSUs wurden einzig im Hinblick auf dieses einmalige Ereignis geschaffen, um das Management der Konzerngesellschaften zur Schaffung eines möglichst hohen Börsenwertes der Holding und eines hohen Aktienkurses zu motivieren. Die PSUs waren entsprechend auch befristet auf eine Dauer von maximal 3 Jahren. Es liegt auf der Hand, dass eine solche einmalige Beteiligung direkt von der unmittelbar und allein daran interessierten Konzernmutter versprochen und ausgerichtet wird. Die vorliegenden PSUs waren im Gegensatz zu den in Arbeitsverträgen sonst üblichen Boni und Gratifikationen nicht auf Dauer angelegt und nicht dafür bestimmt oder geeignet, die begünstigten Arbeitnehmer auf Dauer zu einer guten Leistung zugunsten der vertraglichen Arbeitgeberin zu motivieren bzw. gute Mitarbeiter an die vertragliche Arbeitgeberin zu binden, was eine Verpflichtung der Arbeitgeberin nahelegen würde. In Konzernverhältnissen ist die Beteiligung von Schlüsselmitarbeitern der einzelnen Tochtergesellschaften am Erfolg der Konzernmutter häufig anzutreffen und direkte Vereinbarungen zwischen Konzernmutter und Mitarbeitern gängige Übung. Der Mitarbeiter hat sich diesfalls an diejenige Konzerngesellschaft zu halten, die ihn an ihrem Beteiligungsprogramm teilnehmen lässt (BGer. 4A_175/2014 Erw. 3; D. PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung, Bern 2005, S. 110 Rz 138). Der genannte Bundesgerichtsentscheid ist – entgegen dem Kläger – auch durchaus einschlägig und durfte von der Vorinstanz zur Stützung ihres Standpunktes herangezogen werden. Dort ging es – in gleicher Weise wie vorliegend zwischen dem Kläger und der Holding mit der Abrede gemäss «Grant Notice» – um eine direkte Vereinbarung zwischen

dem Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft mit der Konzernmutter bezüglich eines Teils einer teilbaren Arbeitsvergütung, weiter um einen Hinweis im Arbeitsvertrag auf den Beteiligungsplan der Konzernmutter (Erw. A) und um den Umstand, dass sich die Konzernmutter im Beteiligungsplan in weitgehendem Umfang Modalitäten und Bedingungen für die Ausrichtung der Beteiligung vorbehalten hatte (Erw. 4). Kommt dazu, dass im zitierten Entscheid die Beteiligung tatsächlich auch mehrfach durch die Muttergesellschaft ausbezahlt worden war, bevor es zum Streitfall kam, so wie vorliegend auch die Holding sich zwei Mal dem Kläger gegenüber mittels «Vesting Notice» zur Ausrichtung der jeweiligen Jahrestanchen aus dem Beteiligungsplan verpflichtet hatte.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt der Vereinbarung durch die «Grant Notice» der Lohn bzw. die Vergütungsansprüche des Klägers aufgrund seiner neuen Funktion bei der Beklagten noch nicht geregelt waren. Nach der eigenen Darstellung des Klägers war die ihm zu entrichtende Gesamtvergütung («package») im Verlauf des Jahres 2011 verschiedentlich Gesprächsthema zwischen ihm und seinem Vorgesetzten Dr. C., in deren Rahmen im September 2011 auch die Übersicht «Expected Total Compensation» erstellt wurde, und zwar ausdrücklich im Sinne eines – nicht unterzeichneten – Entwurfs, also eines Vorschlags. Nach dem 1. Januar 2011 und bis zum nachmaligen Abschluss des definitiven schriftlichen Arbeitsvertrags im Dezember 2011 standen daher einzig die PSUs als jährliche Einmalleistung der Holding an den Kläger definitiv fest. Diese wäre bei Erfüllung der Voraussetzungen des Beteiligungsplanes vom Kläger bereits vor dem definitiven Arbeitsvertrag mit der Beklagten über seine Gesamtvergütungsansprüche bzw. ohne eine solche Gesamtvergütungsvereinbarung von der Holding einforderbar gewesen, waren von der mit dem nachmaligen Arbeitsvertrag abschliessend zu regelnden Gesamtschädigung somit rechtlich unabhängig. Daran ändert nichts, dass der Arbeitsvertrag im Dezember 2011 schliesslich mit Rückwirkung auf Anfang 2011 abgeschlossen und unterzeichnet wurde.

2.3.3 Bei dieser Sachlage hat die Vorinstanz daher zu Recht erkannt, dass die im Arbeitsvertrag erwähnten PSUs als jährliche Zusatzvergütung nach einer objektivierten Auslegung nach dem Vertrauensprinzip als eine direkte Pflicht der Holding und nicht der Beklagten zu verstehen ist, und dass dem nachfolgenden Verweis auf die PSUs im Arbeitsvertrag nur noch eine deklaratorische Funktion für die bereits mit der «Grant Notice» abgeschlossene Vereinbarung zukommen konnte. In diesem Sinne hatte auch die Aufnahme des Beteiligungsplanes als Annex zum Arbeitsvertrag nur noch Informationscharakter und keine konstitutive Wirkung. Die gegen die Annahme eines bloss deklaratorischen Charakters der PSU-Klausel im Arbeitsvertrag gerichtete Berufungsrüge des Klägers ist demnach unbegründet, ebenso die Rüge der Verletzung des Auslegungsgrundsatzes «in dubio contra stipulatorem». Wie gesehen ist für die Auslegung der umstrittenen Vergütungsklausel des Arbeitsvertrags nicht allein auf den Wortlaut abzustellen. Der

Wortlaut der «Grant Notice» ihrerseits ist hinsichtlich der Holding als beteiligter Vertragspartnerin sodann klar und bedarf keiner weiteren Auslegung. Dr. C., mit welchem der Kläger im September 2011 seine im noch ausstehenden Arbeitsvertrag abschliessend zu regelnde Gesamtvergütung besprach und verhandelte, war in Personalunion massgeblicher Repräsentant und Unterschriftsberechtigter sowohl der Beklagten als auch der Holding. Der Kläger war als Mitglied der obersten Geschäftsleitung der Beklagten mit dieser Personalunion durchaus vertraut. Er wusste damals auch, dass Dr. C. namens der Holding die «Grant Notice» unterzeichnet gehabt und die Holding im Rahmen des Beteiligungsplans bereits verbindlich verpflichtet gehabt hatte. Allein aus dessen späteren mündlichen Zusicherungen bezüglich der PSUs und aus der Übergabe der Übersicht «Expected Total Compensation», welche die PSUs aufführte, durfte der Kläger daher nicht auf ein diesbezügliches Handeln von Dr. C. nunmehr neu im Namen und mit direkter Verpflichtung (auch) der Beklagten schliessen. Vor Vorinstanz stellte der Kläger auch keinerlei Behauptungen auf, welche Umstände ihn zu einer solchen Annahme veranlasst hätten. Er offerierte nur allgemein eine Befragung von Dr. C. zu den PSUs als versprochenem Vergütungsbestandteil, nicht aber dazu, welche Konzerngesellschaft Dr. C. bei den Gesprächen um die PSUs vertrat bzw. zu vertreten beabsichtigte. Insofern ist die Berufungsrüge der fehlenden Beweisabnahme zur Vertretungsabsicht von Dr. C. wie auch allgemein zur Übersicht «Expected Total Compensation» unbegründet. Die Vorinstanz hat diese nachträgliche Übersicht vielmehr zu Recht als für die Passivlegitimation nicht entscheidend beurteilt und ein Beweisverfahren dazu als unnötig erachtet. Ergänzend ist anzumerken, dass die Übersicht «Expected Total Compensation» mit dem «Value from Discount of LTIP» auch noch eine weitere Vergütungskomponente aufführte, welche in den nachmaligen Arbeitsvertrag nicht aufgenommen wurde. Dies charakterisiert die Vergütungsübersicht ihrem Wortlaut entsprechend nur als Entwurf («Draft») für den nachmaligen Arbeitsvertrag und nicht als verbindliche Vergütungszusicherung seitens welcher Gesellschaft auch immer.

Nicht übersehen hat die Vorinstanz, dass vorliegend die beiden ersten Tranchen der PSUs faktisch über die Beklagte als Arbeitgeberin ausgehändigt wurden und in ihren Lohnausweisen sowie in ihren Steuer- und Sozialversicherungsabrechnungen aufgeführt sind. Dieser Umstand kann zwar als Indiz für eine Schuldnerstellung der Beklagten betrachtet werden, ist aber im Gesamtzusammenhang mit den weiteren, gegenläufigen Vertragsumständen nicht mehr ausschlaggebend. Zum einen hatte die Holding diese Art der Abrechnung im Beteiligungsplan ausdrücklich als Möglichkeit vorgesehen. Andererseits hatten sich die Verantwortlichen der Holding jeweils vorgängig mit der «Vesting Notice» rechtsverbindlich zur Übergabe einer konkreten Anzahl PSUs verpflichtet; die Beklagte wickelte diese Verpflichtung offenkundig nur für sie ab. Der Abrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern kommt auch in anderen Bereichen des Arbeitsrechts grundsätzlich nur der Charakter eines Indizes unter mehreren

anderen für das Vorliegen einer arbeitsvertragsrechtlichen Verpflichtung zu und ist nicht allein ausschlaggebend (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, Art. 319 N 3). Massgeblich für die Auslegung eines Vertragsinhaltes nach dem Vertrauensprinzip sind die Verhältnisse beim Vertragsabschluss, nicht bei der späteren Vertragserfüllung. Die Schuldnerstellung der Holding wurde mit der «Grant Notice» vom 27. Januar./2. Februar 2011 begründet und massgeblich ist, wen der Kläger damals nach Treu und Glauben für seine Vertragspartnerin halten durfte. Die ein bzw. zwei Jahre später erfolgte tatsächliche Auszahlung der PSU-Tranchen samt entsprechender Abrechnung vermag daran nichts mehr zu ändern.

(...)

4.

Mit der Vorinstanz ist in Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen nach dem Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass die Holding Schuldnerin des Klägers für allfällige Ansprüche aus dem Beteiligungsplan ist. Diese Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz ist auch in prozessualer bzw. beweisrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Schliesslich liegt auch kein Fall einer solidarischen bzw. kumulativen Haftung von Beklagter und Holding für die strittigen PSU-Ansprüche vor. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist nicht mehr auf die weitere Rüge des Klägers einzugehen, die Vorinstanz habe bei ihren Erwägungen den Umstand nicht mitberücksichtigt, dass es sich bei den PSUs um einen objektiv bestimm- baren Lohnbestandteil und keine freiwillige Gratifikation handle. Mangels Passivlegitimation erübrigte sich eine derartige materiellrechtliche Prüfung der Klageansprüche. Selbst Lohnzahlungen im Sinne eines eigentlichen Arbeitsentgelts können von Drittpersonen versprochen und geleistet werden, sofern ein direkter und unbedingter Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegen diesen Dritten besteht. Damit ist die Klage, soweit im Berufungsverfahren noch streitig, abzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 21. Juni 2016 (teilweise Aufhebung des Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 13. Oktober 2015)

Befristeter Arbeitsvertrag mit Maximaldauer. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind auch Mischformen zwischen befristeten und kündbaren Arbeitsverträgen grundsätzlich möglich und zulässig. Insbesondere kann ein Vertrag mit einer Maximaldauer, nach deren Ablauf er automatisch endet, vorher kündbar sein. Bei einem solchen befristeten Vertrag im Sinne des Gesetzes, der spätestens am Ende der vereinbarten Maximaldauer automatisch endet, spielt bei Beanspruchung der vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit der sachliche und zeitliche Kündigungsschutz (Art. 336 ff. und 336c OR). Demgegenüber ist der echte befristete Vertrag nicht ordentlich kündbar, wohl aber mittels fristloser Kündigung gemäss Art. 337 ff. OR (E. III.1.b).

Aufgrund der konkreten Situation des Arbeitnehmers (Alter von 72 Jahren bei Vertragsabschluss) konnten die Parteien ohne weiteres voraussehen, dass der Arbeitnehmer möglicherweise nicht in der Lage sein würde, den auf acht Jahre befristeten Vertrag während der vollen Dauer (also bis zu seinem 80. Lebensjahr) gemäss den vereinbarten Vorgaben zu erfüllen. Da bei einem befristeten Vertrag eine vorzeitige Auflösung des Vertrages jedoch nur aus wichtigen Gründen möglich gewesen wäre, erscheint es plausibel, dass die Parteien angesichts der voraussehbaren möglichen Einschränkungen der Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers im Rahmen eines so lange dauernden Arbeitsverhältnisses diese hohe Kündigungsschwelle herabsetzen wollten, indem sie bei «wesentlicher Störung der gegenseitigen Verpflichtungen» eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsahen (E. III.1.d. und e).

Sachverhalt:

Der Kläger führte seit 1969 eine Automobilgarage in Zürich ... Diese hatte er im Jahr 2000 in eine sogenannte «Do-it-yourself-Garage» umgewandelt. Mit Vermögensübertragungsvertrag vom 29. Dezember 2011 veräusserte der Kläger den Betrieb zum Preis von Fr. 275'000.- an die Beklagte. Da der Kläger weiterhin für die Garage tätig sein wollte, wurde im Laufe der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ein auf acht Jahre befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 kündigte die Beklagte den besagten Arbeitsvertrag wegen reduzierter Leistungsfähigkeit des Klägers mit einer Kündigungsfrist von einem Monat auf den 30. November 2012.

Mit Urteil der Vorinstanz vom 13. Oktober 2015 wurde die Klage – soweit auf die Rechtsbegehren eingetreten wurde – teilweise gutgeheissen, indem die Beklagte verpflichtet wurde, dem Kläger Fr. 83'203.– zu bezahlen. Überdies wurde sie verpflichtet, dem Kläger den Restlohn für den Monat Oktober 2015 von Fr. 3'254.65 sowie Fr. 6'000.– Lohn für den Monat November 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung und stellte die Anträge, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

a) Die Vorinstanz qualifizierte das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis als einen auf acht Jahre befristeten und während dieser Dauer grundsätzlich nicht kündbaren Arbeitsvertrag. Daran ändere nichts,

dass Ziffer 10 des Vertrages festhalte, der Arbeitsvertrag könne «während dieser Zeit nur ordentlich gekündigt werden, wenn eine Partei begründeten Anlass dazu gebe (d.h. wesentliche Störung der gegenseitigen Verpflichtungen)». In der Terminologie des Gesetzes, welches zwischen ordentlicher Kündigung (ohne wichtigen Grund i.S.v. Art. 335 ff. OR) und fristloser Auflösung (aus wichtigem Grund i.S.v. Art. 337 ff. OR) unterscheide, sei kein Platz für eine Zwischenkategorie im Sinne eines lediglich aus bestimmten Gründen und unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist «ordentlich» auflösbaren befristeten Arbeitsverhältnisses. Weil Absatz 1 und 2 von Art. 337 OR absolut zwingend ausgestaltet seien, seien Konkretisierungen von Gründen, die zur fristlosen Entlassung führten, wenig sinnvoll. Als Abrede über die Kündigungsgründe im Sinne von Art. 337 ff. OR wäre Satz 2 von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 demzufolge unbeachtlich. Dies bedeute freilich nicht, dass Satz 2 von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages unter dem Gesichtspunkt des zwingenden Arbeitsrechts unwirksam sei. Es stehe den Parteien frei, zusätzlich zur beidseitigen zwingenden Regelung der Art. 337 ff. OR weitere Möglichkeiten zur Kündigung – gewissermassen als Kündigung *sui generis* – vorzusehen. Die vorgesehene Kündigungsklausel sei nach Treu und Glauben auszulegen (Art. 2 Abs. 1 ZGB), da die Parteien keinen abweichenden übereinstimmenden Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR) behauptet hätten. Klar sei, dass die fragliche Klausel die Möglichkeit der Kündigung umfasse, wenn der Arbeitnehmer zur Verrichtung der Arbeit unfähig sei bzw. wenn er die minimalen Anforderungen, die der Arbeitgeber von jedem Arbeitnehmer in derselben Position zu erwarten berechtigt sei, nicht erfülle und wenn eine spätere Verbesserung unwahrscheinlich sei. Dies berechtige den Arbeitgeber bereits unter dem Titel von Art. 337 ff. OR zur Vertragsauflösung. Die Anforderungen müssten daran gemessen werden, was die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten berechtigt gewesen seien. Nur von den Parteien nicht zu verantwortende und nicht erwartete Ereignisse oder Umstände könnten ausnahmsweise eine ausserordentliche Vertragsbeendigung rechtfertigen, wenn sie die wesentlichen Grundlagen der vertraglichen Bindung derart erschütterten, dass eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehung subjektiv und objektiv als nicht zumutbar erschiene. Daraus folge, dass Ziffer 10 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 nach Treu und Glauben keine entschädigungslose Vertragsauflösung aus Gründen gestatten könne, die bereits bei Vertragsschluss bekannt gewesen oder ohne weiteres vorhersehbar gewesen seien. Andernfalls würde der Entscheid über den Bestand des Arbeitsverhältnisses in das einseitige Belieben der Parteien gestellt, was sich nicht mit der fest eingegangenen Bindung von acht Jahren vertrage. Wesentlicher Vertragsinhalt, in der Präambel festgehalten, sei nämlich, dass der Verkauf der Garage nur unter der Bedingung des Abschlusses eines Arbeitsvertrages mit dem Kläger erfolgte. Dem Kläger sollte ermöglicht werden, seiner bisherigen Arbeit in der Garage weiterhin nachgehen zu können, solange er dazu in der Lage sei. Für

eine entschädigungslose Auflösung genüge es nicht, dass die Fortsetzung bloss der kündigenden Beklagten – aus wirtschaftlichen Gründen – unerträglich sei. Diese Einschätzung müsste auch von einem objektiven Standpunkt aus angemessen sein. Der Abschluss des Arbeitsvertrages stehe unbestrittenermassen in einem engen Zusammenhang mit dem Verkauf der Garage und sei Teil einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung. Der Kläger habe während den Vertragsverhandlungen deutlich gemacht, dass er den vereinbarten Lohn für die Bestreitung seines Lebensunterhalts benötige. Die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben ergebe, dass die Beklagte gestützt auf Ziffer 10 des Arbeitsvertrages somit zwar die Möglichkeit habe, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn eine wesentliche Störung der gegenseitigen Verpflichtungen eintrete. Ergänzend sei indes Art. 337b Abs. 2 OR zur Anwendung zu bringen.

b) Es ist im Berufungsverfahren unbestritten geblieben, dass die Parteien keinen gegenseitigen übereinstimmenden Willen bezüglich der strittigen Vertragsklausel (Ziffer 10 des Arbeitsvertrages) behauptet haben und der Inhalt der betreffenden Vertragsklausel deshalb durch Auslegung zu ermitteln ist. Im Berufungsverfahren rügte die Beklagte nun diese Auslegung des Vertrages vom 9. Dezember 2011 durch die Vorinstanz als fehlerhafte Rechtsanwendung. Die Beklagte vertrat vorab die Ansicht, dass entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nach Lehre und Rechtsprechung auch Mischformen zwischen befristeten und kündbaren Verträgen grundsätzlich möglich und zulässig seien. Dieser Meinung ist zuzustimmen. Ein Vertrag mit einer Maximaldauer, nach deren Ablauf er automatisch endet, kann vorher kündbar sein. In diesem Fall liegt ein befristeter Vertrag im Sinne des Gesetzes vor, der spätestens am Ende der vereinbarten Maximaldauer automatisch endet. Bei Beanspruchung der vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit spielt jedoch der sachliche und zeitliche Kündigungsschutz (Art. 336 ff. und 336c OR). Der echte befristete Vertrag kann nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden, wohl aber durch eine fristlose Kündigung nach Art. 337 ff. OR (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, 7. Aufl., Art. 334 N 4 f.). Da die Parteien vorliegend einen auf acht Jahre befristeten Arbeitsvertrag abschlossen, in welchem ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Vorschriften über die fristlose Kündigung nach Art. 337 ff. OR vorbehalten bleiben – damit auch Art. 337b Abs. 2 OR – erscheint es nicht plausibel, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, dass im Falle einer (ordentlichen) Kündigung gemäss Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages nicht die Folgen der ordentlichen Kündigung, sondern ebenfalls diejenigen der ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 337b Abs. 2 OR, nämlich eine Entschädigung nach Ermessen des Gerichts, Platz greifen sollten. Diese Rechtsfolgen sind grundsätzlich nur bei der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses anwendbar. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz überzeugen daher nicht. Sie sind denn auch nicht widerspruchsfrei. So hielt die Vorinstanz ausdrücklich fest, dass die Klausel in Satz 2 von Ziffer 10 des Ar-

beitsvertrages die Möglichkeit zur Kündigung umfasse, wenn der Arbeitnehmer zur Verrichtung der Arbeit unfähig sei bzw. wenn die minimalen Anforderungen, die der Arbeitgeber von jedem Arbeitnehmer in derselben Position zu erwarten berechtigt sei, nicht erfüllt würden und wenn eine spätere Verbesserung unwahrscheinlich sei. Sie erachtete diese Klausel aus rechtlicher Sicht ausdrücklich auch als zulässig. Weshalb dann diese vertraglich vorgesehene Kündigungsmöglichkeit nicht als ordentliche Kündigung bezeichnet und gehandhabt werden soll, erscheint nicht plausibel. Zudem würden diese Umstände gemäss Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages, wie sie die Vorinstanz interpretierte, allenfalls auch eine fristlose Kündigung rechtfertigen, so dass nicht einsehbar ist, inwiefern sich diese Umstände von der vorgesehenen fristlosen Auflösung in Ziffer 11 des Arbeitsvertrages wesentlich unterscheiden sollten. Der Kläger selbst hatte sich auch nie in diesem Sinne geäußert, dass bei einer solchen sog. ordentlichen Kündigung gemäss Ziffer 10 des Arbeitsvertrages Art. 337b Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen sollte und es die Meinung der Parteien gewesen sei, dass er (nach Ermessen des Gerichts) eine (höhere) Entschädigung als die bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist geschuldete Lohnzahlung erhalten sollte. Die Meinung der Parteien muss demnach wohl eine andere gewesen sein.

c) Solche vertraglichen Vereinbarungen sind nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 m.w.H.). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 123 III 165 E. 3a). Selbst wenn der Wortlaut einer Vereinbarung auf den ersten Blick klar erscheint, kann nicht darauf abgestellt werden, wenn sich aus dem Zweck des Vertrages und den Umständen, unter denen er geschlossen wurde, ergibt, dass er den Sinn der Vereinbarung nicht exakt wiedergibt (BGE 133 III 61 E. 2.2.1. mit Hinweisen). Es ist zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, die Parteien hätten eine unangemessene Lösung gewollt (BGE 122 III 420 E. 3a m.w.H.).

d) Aufgrund des Wortlautes der Präambel des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 ist davon auszugehen, dass die Parteien der Auffassung waren, dass das Arbeitsverhältnis nur solange dauern sollte, als der Kläger in der Lage sein werde, seiner bisherigen Arbeit weiter nachgehen zu können. Aufgrund des Alters des Klägers von damals schon 72 Jahren sowie seiner bestehenden gesundheitlichen Probleme nahmen die Parteien in der Folge an, dass dies längstens für acht Jahre, bis zum Erreichen des 80. Altersjahres des Klägers, der Fall sein dürfte (vgl. Ziffer 10 Satz 1 des Arbeitsvertrages). In Ziffer 11 des Arbeitsvertrages wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Vertrag bei Vorliegen von Gründen, welche eine fristlose Kündigung nach Art. 337 ff. OR rechtfertigten, vorher aufgelöst werden

könne. Die fristlose Kündigung ist auch bei befristeten Verträgen immer möglich (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 7. Aufl., Art. 334 N 4), wie dies auch die Vorinstanz festhielt. Dass die Parteien daneben auch noch eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit bei «wesentlicher Störung der gegenseitigen Verpflichtungen» vorsahen, deutet darauf hin, dass darunter Umstände zu verstehen sind, die möglicherweise den Schweregrad eines zur fristlosen Kündigung berechtigenden Verhaltens nicht erreichen, es aber als unzumutbar erscheinen lassen, dass die Parteien bis maximal acht Jahre an den Vertrag gebunden sind. Etwas anderes behauptete auch der Kläger nicht explizit. Er machte ausdrücklich geltend, dass im Vertrag die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung stipuliert worden sei, äusserte sich aber nicht zu den näheren Umständen. Zutreffend erwähnte er aber, dass das Prinzip der Kündigungsfreiheit gemäss Art. 335 Abs. 1 OR in dem Sinne eingeengt worden sei, dass es eines besonderen, vertraglich festgelegten (ordentlichen) Kündigungsgrundes bedürft hätte, um den Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Befristung zu kündigen. Der Auffassung der Vorinstanz, dass die Präambel nur die Zwecksetzung des Arbeitsvertrages definiere, indem dadurch dem Kläger ermöglicht werden sollte, in der an die Beklagte übertragenen Do-it-yourself-Garage seiner bisherigen Arbeit weiterhin nach gehen zu können, kann nicht in allen Teilen gefolgt werden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut «solange er dazu in der Lage ist» davon auszugehen, dass die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Klägers für die Fortführung des Arbeitsvertrages nicht unerheblich war, was angesichts der konkreten Umstände auch plausibel erscheint. Auch wenn der Abschluss des Arbeitsvertrages in engem Zusammenhang mit dem Verkauf des Garagenbetriebes stand, Voraussetzung für den Verkauf war und offensichtlich war, dass der Kläger den vereinbarten Lohn für die Finanzierung seines Lebensunterhaltes als notwendig erachtete, kann aufgrund des Wortlauts in der Präambel und von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages nicht davon ausgegangen werden, dass die Fortführung des Vertrages unabhängig von den in der Person des Klägers begründeten Risikofaktoren betreffend Arbeits- und Leistungsfähigkeit sein sollte. Dass eine (ordentliche) Kündigungsmöglichkeit trotz der Befristung des Vertrages vorgesehen wurde, ist ein klares Indiz, dass die Parteien mit der Möglichkeit rechneten, dass die achtjährige Vertragsdauer unter bestimmten, in Zukunft eintretenden Umständen durch Kündigung sollte abgekürzt werden können. Es kann ohne weiteres angenommen werden, dass dabei insbesondere das Alter und die Gesundheit des Klägers im Vordergrund standen.

e) Die Vorinstanz erwog, dass die vorgesehene «ordentliche» Kündigung – welche sie als eine solche *sui generis* für den Fall einer durchaus vorhersehbaren mangelnden Leistungsfähigkeit des Klägers bezeichnete – die sich bei einer fristlosen Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages gemäss Art. 337 ff. OR ergebende Rechtsfolge, nämlich die Anwendung

von Art. 337b Abs. 2 OR bzw. die Festsetzung der vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach richterlichem Ermessen, ausschliessen wollte. Dies sei rechtlich zwar zulässig. Nach Treu und Glauben müsse sich der rechtsunkundige Kläger indessen eine solche Klausel, die die Beklagte bzw. deren Rechtsvertreter formuliert habe, nicht entgegenhalten lassen. Die Befristung bzw. Unkündbarkeit des Vertrages gehe der besonderen Kündigungsregelung nach Treu und Glauben vor. Der Kläger habe nicht damit rechnen müssen, dass die Beklagte bereits aufgrund bestehender bzw. voraussehbarer Einschränkungen seiner Arbeits- und Leistungsfähigkeit berechtigt sein würde, den Arbeitsvertrag vorzeitig aufzulösen, ohne dass sie für die Auflösung einzustehen hätte. Die Beklagte könne das Arbeitsverhältnis bei wesentlicher Störung der gegenseitigen Verpflichtungen zwar kündigen, ergänzend sei indes Art. 337b Abs. 2 OR zur Anwendung zu bringen. Dieser Auslegung von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 kann nicht gefolgt werden. Aufgrund der konkreten Situation des Klägers konnten die Parteien bei Vertragsabschluss ohne Weiteres voraussehen, dass der Kläger möglicherweise nicht in der Lage sein würde, den Vertrag während acht Jahren gemäss den vereinbarten Vorgaben zu erfüllen. Bei einem befristeten Vertrag wäre eine vorzeitige Auflösung des Vertrages jedoch nur aus wichtigen Gründen, nämlich solchen, welche eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen liessen, möglich gewesen. Es erscheint plausibel, dass die Parteien angesichts der voraussehbaren möglichen Einschränkungen der Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Klägers im Rahmen eines so lange dauernden Arbeitsverhältnisses diese hohe Kündigungsschwelle herabsetzen wollten. Dass der Kläger diese Absicht nicht erkennen konnte, erscheint lebensfremd. Der Wortlaut von Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages, wonach eine ordentliche Kündigung bei wesentlicher Störung der gegenseitigen Verpflichtungen möglich sein sollte, lässt auch für eine rechtsunkundige Person keinen Interpretationsspielraum offen. Auch wenn der Kläger keine Rechtskenntnisse hatte, so besitzt er doch eine langjährige Geschäftserfahrung, führte er doch unbestrittenermassen von 1969 bis 2011 seinen Garagenbetrieb und beschäftigte auch Arbeitnehmer. Auch einem juristisch nicht geschulten selbständigen Kleinunternehmer ist der Unterschied zwischen ordentlicher und fristloser Kündigung in der Regel nicht unbekannt. Insbesondere dürfte dies der Fall sein, wenn wie vorliegend ein expliziter Unterschied zwischen diesen beiden Tatbeständen im Vertrag gemacht wird. Wie bereits ausgeführt, hatte der Kläger selbst anerkannt, dass es sich vorliegend um einen befristeten Vertrag mit einer Kündigungsmöglichkeit handle. Der Kläger machte denn auch keinerlei Ausführungen, welche die erwähnte Auffassung der Vorinstanz stützen würden. Der Kläger hatte sich im vorinstanzlichen Verfahren immer nur auf den Standpunkt gestellt, dass kein Grund für eine Kündigung bestanden habe, da er in der Lage gewesen sei, die vereinbarten Arbeitsleistungen vertragsgemäss zu erbringen. Der Kläger behauptete während des vor-

instanzlichen Verfahrens nie, dass bei einer ordentlichen Kündigung gemäss Ziffer 10 des Arbeitsvertrages nach seiner Auffassung andere finanzielle Folgen als diejenigen, welche bei einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrages grundsätzlich Platz greifen, hätten zur Anwendung gelangen sollen. Hätten die Parteien solches tatsächlich beabsichtigt und den Kläger in diesem Sinne finanziell absichern wollen, hätte es sich wohl eher aufgedrängt, dass z.B. eine je nach zeitlicher Fortdauer des Arbeitsverhältnisses abgestufte, zum voraus festgelegte fixe (Abgangs-)Entschädigung vereinbart worden wäre, da eine Entschädigung nach Ermessen des Gerichts im Sinne von Art. 337b Abs. 2 OR nicht zwingend höher als die Lohnzahlung während der ordentlichen Kündigungsfrist hätte ausfallen müssen und daher dem Kläger auch nicht zwingend einen Vorteil gebracht hätte.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keinerlei Anhaltspunkte bestehen, wonach bei der Auslegung von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 Elemente der ordentlichen mit solchen der ausserordentlichen Kündigung zu verbinden wären. Der Auffassung der Vorinstanz, wonach der Kläger nicht damit rechnen musste, dass die Beklagte bereits aufgrund bestehender bzw. voraussehbarer Einschränkungen seiner Arbeits- bzw. Leistungsfähigkeit berechtigt sein würde, den Arbeitsvertrag vorzeitig aufzulösen, ohne dass sie für diese Auflösung einzustehen hätte, kann nicht gefolgt werden. Ziffer 10 des Arbeitsvertrages ist nicht nur zulässig – wie auch die Vorinstanz erkannte – sondern zwischen den Parteien auch gültig. Es ist aufgrund der dargelegten Vertragsauslegung davon auszugehen, dass die Parteien bei Vorliegen einer wesentlichen Störung der gegenseitigen Verpflichtungen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung mit den entsprechenden gesetzlichen Folgen vereinbaren wollten. Art. 337b Abs. 2 OR ist somit für die Folgen einer ordentlichen Kündigung im Sinne von Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 nicht anwendbar.

2.

a) In der Folge bejahte die Vorinstanz das Vorliegen eines zur Kündigung im Sinne von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages berechtigenden Kündigungsgrundes. Die Vorinstanz ging davon aus, dass aufgrund der Vorbringen des Klägers davon auszugehen sei, dass er zufolge seiner gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr über die notwendige Flexibilität und Belastbarkeit verfügt habe, um einen wesentlichen Teil zum Betriebsergebnis bzw. zur Finanzierung seiner Existenz beizutragen. Der schlechte Gesundheitszustand des Klägers sei aber bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offensichtlich gewesen. Dass der Kläger angesichts seines Alters und seines Übergewichts (150 kg) mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht in der Lage sein werde, seine bisherige Tätigkeit im Betrieb während der gesamten vorgesehenen Dauer des Arbeitsverhältnisses von acht Jahren, also bis zu seinem 80. Altersjahr, mit voller Leistung fortzuführen, habe der Beklagten bewusst sein müssen. Die Voraussetzungen für eine Kündi-

gung im Sinne von Satz 2 von Ziffer 10 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 seien als gegeben zu erachten. Das Arbeitsverhältnis habe daher per 30. November 2012 geendet. Weitere Gründe für die Kündigung seien nicht ersichtlich. Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist zu folgen; sie wurden auch vom Kläger im Berufungsverfahren nicht kritisiert. Er stellte sich nicht mehr – wie noch im vorinstanzlichen Verfahren – explizit auf den Standpunkt, dass kein Kündigungsgrund vorhanden gewesen und ihm zu Unrecht gekündigt worden sei. Auch wenn bei Vertragsabschluss voraussehbar war, dass der Kläger wahrscheinlich nicht in der Lage sein dürfte, das Arbeitsverhältnis während acht Jahren bei voller Leistung fortzuführen, konnten die Parteien jedenfalls nicht voraussehen, dass der Kläger schon kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses (3. Januar 2012) sich am 6. Februar 2012 einer schweren Herzoperation werde unterziehen müssen. Zuzufolge unvorhersehbarer postoperativer Komplikationen dauerte der Arbeitsausfall des Klägers schliesslich bis Ende September 2012, was ebenfalls überraschend war. Der Kündigungsgrund im Sinne von Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages vom 9. Dezember 2011 ist als gegeben zu erachten und die Kündigung vom 30. Oktober 2012 per Ende November 2012 demnach rechtswirksam.

b) Zu prüfen bleiben somit noch die finanziellen Folgen der berechtigten ordentlichen Kündigung. Die Vorinstanz erwog, dass die Beklagte nach erfolgter Kündigung per 30. November 2012 dem Kläger für den Monat Oktober 2012 nur Lohn in der Höhe von Fr. 2'745.35 ausbezahlt habe. Darauf habe der Kläger mit Schreiben vom 6. November 2012 mit Arbeitsniederlegung gedroht und sei der Arbeit ab 9. November 2012, nach dem Versand eines zusätzlichen Faxschreibens, ferngeblieben. Am 25. November 2012 sei bezüglich des Restbetrages von Fr. 3'254.65 Verzug eingetreten. Art. 82 OR sei analog auch für das Arbeitsrecht anwendbar. Mache der Arbeitnehmer von diesem Recht Gebrauch, bleibe ihm sein Lohnanspruch in analoger Anwendung von Art. 324 Abs. 1 OR erhalten. Der Arbeitnehmer solle den Arbeitgeber dabei vor der Verweigerung abmahnen und die Verweigerung androhen. Diesen Voraussetzungen sei der Kläger vorliegend nachgekommen. Insofern bestehe für die Zeit vom 9. November 2012 bis zum 30. November 2012 ein unverminderter Lohnfortzahlungsanspruch. Ein vollumfänglicher Lohnanspruch bestehe auch für die Zeit vom 1. Oktober 2012 bis zum 9. November 2012, da die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, den dem Kläger zustehenden Lohn wegen mangelnder Leistung kurzfristig im eigenen Ermessen zu kürzen. Der Arbeitsvertrag sehe in Ziffer 10 bei mangelnder Leistung einzig die Möglichkeit zur Kündigung vor. Bis zur Kündigung schulde die Beklagten dem Kläger demgemäss den vollen Lohn.

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass auch Art. 324a OR eine gesetzliche Grundlage biete, um die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers während noch laufendem Arbeitsverhältnis einzuschränken. Die

Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten sei somit daran gebunden, dass der Kläger seine Arbeitsfähigkeit tatsächlich wieder erreicht habe. Wie die Vorinstanz festgestellt habe, sei dies gerade eben nicht der Fall gewesen. Selbst wenn der Kläger im Oktober 2012 seine volle Arbeitskraft wiedererlangt hätte, wäre seine Weigerung, die ihm übertragenen Arbeiten zu verrichten, entsprechend Art. 82 OR zu würdigen. Dass die Parteien auch bei eigentlicher Arbeitsverweigerung eine weitere Lohnfortzahlungspflicht vorsehen wollten, sei nicht leichthin anzunehmen und ergebe sich schon gar nicht daraus, dass die Parteien für einen solchen Fall auch eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen hätten.

c) Es ist unbestritten, dass der Kläger gemäss ärztlichen Zeugnissen vom 13. September 2012 bzw. 28. September 2012 ab 1. Oktober 2012 wieder in dem Sinne arbeitsfähig war, als ihm bescheinigt wurde, leichte körperliche Arbeiten vollzeitig ausführen zu können. Für mittlere und schwere körperliche Arbeiten wurde dem Kläger eine dauerhafte 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Für die Arbeit als kaufmännischer Angestellter sei er vollsichtig einsetzbar. Die Beklagte machte jedoch geltend, dass der Kläger nach der Wiederaufnahme der Arbeit am 1. Oktober 2012 weder willens noch in der Lage gewesen sei, sich in die neue Arbeitsorganisation einzufügen, welche in der Zwischenzeit eingeführt worden sei. Die gesundheitliche Beeinträchtigung des Klägers, welche seine Arbeitsfähigkeit im Betrieb erheblich reduziert habe, sowie seine mangelnde Integrierbarkeit in die neuen Betriebsabläufe hätten sich rasch bei allen ihm zugewiesenen Verrichtungen gezeigt. In dieser Situation habe man den Kläger mit der Aufgabe betraut, das Archiv, welches der Kläger vor der Geschäftsübernahme selbst angelegt habe, aufzuräumen und die wichtigen von den obsoleten Unterlagen zu trennen, damit letztere entsorgt werden könnten. Die Beklagte habe für den Kläger eine Aufgabe gewählt, die er gemäss ärztlichem Zeugnis als leichte körperliche Arbeit hätte erbringen können und die auch unter die im Vertrag genannten administrativen Arbeiten zu subsumieren gewesen sei. Es habe sich jedoch gezeigt, dass die ärztlich attestierte Arbeitsfähigkeit entweder nicht gegeben gewesen oder aber vom Kläger nicht ausgeschöpft worden sei. Die Beklagte habe feststellen müssen, dass es für den Kläger keine Arbeit gegeben habe, die er selbständig erledigen konnte. Sie sei auf jeden Fall berechtigt gewesen, das Vertragsverhältnis aufzulösen. Da der Kläger zudem die vertraglichen Arbeiten nicht ausgeführt und die vereinbarten Arbeitszeiten nicht erfüllt habe, sei sie überdies auch berechtigt gewesen, einen entsprechenden Abzug am Lohn zu machen. Der Kläger bestritt diese Ausführungen und machte geltend, es sei nicht zutreffend, dass es keine Arbeiten mehr gegeben habe, die er selbständig hätte verrichten können. Man habe ihm keine vertragskonformen Aufgaben übertragen. Er bestritt auch, dass er die Arbeitszeiten nicht eingehalten habe und seine Arbeitsleistungen ungenügend gewesen seien.

Es kann dahingestellt bleiben, welche Parteiversion die zutreffende ist. Tatsache ist, dass der Kläger trotz ärztlichem Attest einer vollen Arbeitsfähigkeit für leichtere Arbeiten offenbar subjektiv dazu nicht in der Lage war bzw. keine Arbeiten ausführen konnte, die für ihn geeignet gewesen wären. Seine Arbeitsfähigkeit war offensichtlich gegenüber derjenigen im Januar 2012 vor der Herzoperation eingeschränkt. Wie erwähnt, ist davon auszugehen, dass diese Umstände die Beklagte zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages berechtigten. Wie bereits oben bei der Vertragsauslegung ausgeführt, handelt es sich vorliegend grundsätzlich um einen auf acht Jahre befristeten Vertrag, welcher nur einen einzigen Grund für eine vorzeitige, ordentliche Kündigung zulässt. Die Beklagte selbst hatte die Arbeitsunfähigkeit (bzw. eingeschränkte Arbeitsfähigkeit) des Klägers als wesentliche Störung der gegenseitigen Verpflichtungen im Sinne von Ziffer 10 Satz 2 des Arbeitsvertrages bezeichnet. Wenn nun ein solcher Grund gegeben ist, welcher zur Kündigung berechtigt, kann der Lohn während der Kündigungsfrist überdies nicht noch wegen desselben Grundes gekürzt werden, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte. Damit würde dieser Kündigungsgrund doppelt berücksichtigt, was nicht Sinn der von den Parteien getroffenen Regelung gewesen sein dürfte. Es ist anzunehmen, dass die Parteien von einer Lohnfortzahlung während der ordentlichen Kündigungsfrist ausgingen. Um eine Lohnfortzahlung zu verhindern, hätte die Beklagte eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aussprechen müssen. Art. 324a OR kommt vorliegend entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zur Anwendung. Bei Beanspruchung der vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit spielt – wie oben erwähnt – nur der sachliche und zeitliche Kündigungsschutz (Art. 336 ff. und 336c OR). Die Beklagte hat dem Kläger demgemäss den Lohn für den Monat November 2012 während der ordentlichen Kündigungsfrist zu bezahlen. Was den Lohnrückbehalt für einen Teil des Monats Oktober 2012 anbelangt, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die Beklagte setzt sich mit dieser Argumentation nicht genügend auseinander. Ausserdem macht sie auch keinerlei Angaben zur konkreten Begründung und Berechnung der quantitativen Kürzung des Lohnes für den Monat Oktober 2012, weshalb ihre Vorbringen und Behauptungen auch zu wenig substantiiert erscheinen.

Zusammenfassend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 3'254.65 netto (zuzüglich Zins von 5% seit 25. Oktober 2012) Restlohn für den Monat Oktober 2012 und Fr. 6'000.– netto (zuzüglich Zins von 5% seit 25. November 2012) für den Monat November 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts aufgrund einer Schiedsklausel und mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Im Hinblick auf die Zeit nach der Pensionierung der Arbeitnehmerin, die vor ihrer Pensionierung als Senior Kundenberaterin im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung bei der Bank beschäftigt war, schlossen die Parteien einen Vertrag, demzufolge die weitere Zusammenarbeit «on a nonexclusive basis» abgewickelt werde, wobei als Honorar pro Jahr 0,1% der Vermögenswerte vereinbart wurde, welche die betreffenden Kunden bei der Bank halten. Obwohl der Vertrag eine Schiedsklausel enthielt, klagte die ehemalige Arbeitnehmerin ihre Entgeltforderung vor dem Arbeitsgericht ein mit dem Argument, das Rechtsverhältnis der Parteien sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Diesfalls wäre die Schiedsvereinbarung unverbindlich gewesen, da gemäss Art. 341 Abs. 1 OR zwingende Ansprüche des Arbeitnehmers nicht durch eine Schiedsvereinbarung im Arbeitsvertrag der Beurteilung eines Schiedsgerichts unterstellt werden dürfen (E. 4.2).

Das Gericht kam zum Schluss, dass kein Arbeitsvertrag vorlag – namentlich wegen des Fehlens eines Subordinationsverhältnisses – sodass die Klägerin gemäss Vertrag das Schiedsgericht hätte anrufen müssen (E. 4.7).

Sachverhalt:

Die Beklagte ist die Tochtergesellschaft einer ausländischen Bank. Ihren schweizerischen Hauptsitz hat sie in Genf; in Zürich betreibt sie eine Zweigniederlassung. Die am tt. März 1948 geborene Klägerin war Mitglied der Direktion der Beklagten und vom 1. März 1989 bis zum 31. März 2013 in deren Diensten. Es stand ihr die Kollektivunterschrift zu zweien zu. Gemäss Arbeitszeugnis vom 31. März 2013 betreute sie als «Senior Kundenberaterin» europäische Privatkundschaft im Bereiche Anlageberatung und Vermögensverwaltung. Das Arbeitszeugnis schliesst wie folgt: «Frau A. verlässt unser Bankinstitut infolge der Pensionierung. Sie bleibt an die Wahrung unseres Bank- und Geschäftsgeheimnisses weiterhin gebunden. Wir danken Frau A. bei dieser Gelegenheit bestens für ihre langjährige, wertvolle Mitarbeit und wünschen ihr für den neuen Lebensabschnitt Zufriedenheit, gute Gesundheit und alles Gute.»

Im Hinblick auf die Zeit nach der Pensionierung der Klägerin schlossen die Parteien in englischer Sprache einen sehr detaillierten Vertrag, datiert vom 15. November 2012 und überschrieben mit «Clients referral and loyalty building agreement». Im Vertrag wurde die Klägerin als «Referral» und die Beklagte als «Bank» bezeichnet. Mit dem Vertrag wurde im Wesentlichen Folgendes festgelegt:

- Die seit dem 3. März 1989 bei der Beklagten angestellte Klägerin geht per 1. April 2013 in Pension; ab diesem Zeitpunkt sind die Parteien durch keinen Arbeitsvertrag mehr gebunden (Präambel B).
- Die weitere Zusammenarbeit der Parteien wird abgewickelt «on a nonexclusive basis» (Art. 1.2).
- Die Klägerin kann der Beklagten neue Kunden zuführen bzw. den Kontakt mit bisherigen Kunden im Interesse der Bank pflegen.
- Die Klägerin ist eine unabhängige Vertragspartei der Bank («independent contractual counterparty of the Bank») ohne Vertretungsvollmacht (Art. 3.2). Sie darf für ihre Tätigkeit weder den Namen der Bank noch deren Logo benutzen (lit. b) noch Kunden in den Räumlichkeiten der Bank allein empfangen (lit. e). Schliesslich ist die Klägerin gehalten, die potentiellen Kunden darüber zu informieren, dass sie nicht im Namen der Bank zu handeln befugt ist.
- Als Honorar wurde pro Jahr 0,1% der Vermögenswerte vereinbart, welche die betreffenden Kunden bei der Bank halten, zahlbar viermal pro Jahr am Ende jedes Quartals, wobei das erste Quartal den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 30. Juni 2013 und das letzte Quartal den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 31. März 2015 umfassen soll (Art. 6.1; «the first quarter starting on April 1, 2013 to June 30, 2013 and the last quarter starting on January 1, 2015 to March 31, 2015»).
- Der Vertrag soll per 1. April 2013 in Kraft treten und automatisch per 1. April 2015 auslaufen (Art. 10.1). Er kann aber von jeder Partei aus gemäss Treu und Glauben nachvollziehbaren Gründen («case of just cause») jederzeit aufgelöst werden (Art. 10.2).
- Der Vertrag wurde schweizerischem Recht unterstellt (Art. 11.1).
- Im Hinblick auf Streitigkeiten wurde die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart (Art 11.2).

Das Schlichtungsverfahren wurde von der Klägerin am 21. September 2015 anhängig gemacht. An der Schlichtungsverhandlung bestritt die Beklagte die Zuständigkeit der angerufenen Schlichtungsbehörde. Am 20. Oktober 2015 wurde darauf die Klagebewilligung erteilt. Die Klageschrift an die Vorinstanz, die vom 19. November 2015 datiert, enthält die Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 41'211.88 Lohn zu bezahlen, sowie sie sei weiter zu verpflichten, der Klägerin Fr. 1'600.– Telefonentschädigung zu bezahlen. Das Arbeitsgericht verneinte seine sachliche Zuständigkeit und trat mit Beschluss vom 10. Mai 2016 auf die Klage nicht ein. Gegen den am 13. Mai 2016 eröffneten Entscheid erhob die Klägerin Berufung.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1. Art. 11.2 des Vertrages der Parteien enthält die folgende Schiedsvereinbarung: «The Parties agree to confer together in order to settle their differences, disputes or allegations amicably. Failing an amicable settlement, all disputes, differences or allegations arising from this contract or in relation to it, including its scope, its validity, its nullity, its execution, or arising from any eventual breaches or its termination, shall be adjudicated by arbitration in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration for Swiss Chambers of Commerce in force at the date at which the notice of arbitration is filed in accordance with these Rules.

The number of arbitrators is fixed at one or three. The seat of the arbitration is Geneva. The arbitration will be conducted in French or in English. If the Parties fail to agree on one or other of these languages, the arbitral tribunal will decide in which of these languages the proceedings will be conducted.

Notwithstanding the foregoing provisions, if both Parties belong to the E. group, the arbitration of any possible disputes, differences or allegations which they may have and which have not been settled amicably will be submitted to the Head of Private Banking within the E. group.»

Diese Schiedsvereinbarung wurde im Sinne von Art. 358 ZPO in einer Form abgeschlossen, die den Nachweis durch Text ermöglicht. Sie ist daher formgültig.

4.2 Die Beklagte hält das von der Klägerin angerufene staatliche Gericht schon wegen dieser Schiedsklausel für unzuständig. Das sieht die Vorinstanz allerdings nicht so. In diesem Zusammenhang wies sie auf BGE 136 III 467 und BGer 4A_515/2012 hin. Gemäss dieser Rechtsprechung können gemäss Art. 341 Abs. 1 OR zwingende Ansprüche des Arbeitnehmers nicht durch eine Schiedsvereinbarung im Arbeitsvertrag der Beurteilung eines Schiedsgerichts unterstellt werden. Die Beklagte hält die Schiedsvereinbarung demgegenüber selbst dann für verbindlich, wenn das Vertragsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag qualifiziert werden sollte. Dem ist nicht zu folgen.

Die Vorinstanz hat die Rechtslage richtig dargestellt: Sollte ein Arbeitsvertrag vorliegen, dann wäre die Schiedsvereinbarung nicht verbindlich. Die von der Vorinstanz erwähnte Rechtsprechung liegt im Übrigen auch auf der Linie von Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO, nach welcher Bestimmung ein Arbeitnehmer weder zum Voraus noch durch Einlassung auf das vom Gesetz für Arbeitsstreitigkeiten örtlich als zuständig vorgesehene Gericht verzichten kann.

4.3 Liegt kein Arbeitsvertrag vor, dann ist die Schiedsvereinbarung gemäss Vertrag für die Parteien allerdings verbindlich. Die Vorinstanz prüfte diese Frage, allerdings unter dem Gesichtspunkt, ob die Klägerin doppelrelevante Tatsachen geltend gemacht habe. Das indessen ist unrich-

tig: Für die Frage der Gültigkeit einer Schiedsklausel kommt es darauf an, ob sie ein bestimmtes Rechtsverhältnis erfasst oder nicht. Lediglich gestützt auf einseitig behauptete doppelrelevante Tatsachen lässt sich eine formgültige Schiedsvereinbarung nicht aus der Welt schaffen (BGE 121 III 495 E. 6d; BK ZPO-PFISTERER, Art. 257 N 27; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., § 62 Rz 41). Vielmehr kann von einer gültigen Schiedsvereinbarung nur dann ausgegangen werden, wenn feststeht, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. Unter Umständen muss dazu über streitige und rechtserhebliche Tatsachen Beweis abgenommen werden. Die Frage, ob eine Arbeitsstreitigkeit vorliegt oder nicht, ist daher vorfrageweise zu prüfen.

(...)

4.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Vertragsverhältnis der Parteien nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann. Die Klägerin traf namentlich keine Arbeitsverpflichtung und sie stand auch nicht in einem Subordinationsverhältnis zur Beklagten. Lag aber kein Arbeitsvertrag vor, ist die Klägerin an die Schiedsvereinbarung gebunden. Sie hätte daher gemäss Art. 11.2 des Vertrages das Schiedsgericht anrufen müssen. Da sie das nicht getan hat und da die Beklagte auf der Beurteilung der Streitigkeit durch das Schiedsgericht besteht, war die Zuständigkeit der Vorinstanz gemäss Art. 61 ZPO nicht gegeben. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz erweist sich daher bereits unter diesem Gesichtspunkt als richtig. Die Klägerin hätte sich ans Schiedsgericht wenden müssen.

5.

5.1 Gemäss Art. 3 ZPO ist die Organisation der Gerichte Sache der Kantone. § 20 Abs. 1 GOG/ZH sieht für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden die Zuständigkeit des «Bezirksgerichts als Arbeitsgericht» vor. Unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist bereits dann von einer Arbeitsstreitigkeit auszugehen, wenn aus den blossen Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden muss. In diesem Sinne sind von der Klägerin behauptete Tatsachen, welche sowohl für die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Es kommt daher einzig darauf an, ob die klägerischen Tatsachenbehauptungen, wenn sie sich in einem allfälligen Beweisverfahren als richtig herausstellen sollten, auf einen arbeitsrechtlichen Anspruch schliessen lassen. Die endgültige Vertragsqualifikation gehört demgegenüber zur materiellen Beurteilung. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen und durch die Klageantwort sowie durch die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden. Nur wenn in diesem Sinne die von der Klägerin behauptete rechtliche Qualifikation ihres Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage man-

gels Zuständigkeit nicht einzutreten (ZR 111/2012 Nr. 6 E. 6.1. und 6.2. mit Hinweisen und sich abstützend namentlich auf BGE 137 III 32).

5.2 Hinsichtlich der Frage, welche Elemente für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen, ist auf das bereits Gesagte zu verweisen. Zunächst ist auch hier festzuhalten, dass der Vertragswortlaut nach dem oben Ausgeführten für ein Auftragsverhältnis und nicht für ein Arbeitsverhältnis spricht. Unter diesen Umständen bedarf es klarer klägerischer Tatsachenbehauptungen, wenn sie das Vorliegen eines Arbeitsvertrages stützen sollen. Solche klaren Behauptungen fehlen auf der ganzen Linie: Namentlich stellte die Klägerin in ihren beiden erstinstanzlichen Rechtsschriften keine tatsächlichen Behauptungen auf, die für ein Subordinationsverhältnis sprechen. Weder weist sie darauf hin, von welchen Vorgesetzten sie hätte Weisungen entgegennehmen sollen, noch darauf, wie sie ihre Aufgaben betreffend die Betreuung ihres Kundenstammes nach der Willenseinigung der Parteien konkret hätte umsetzen sollen. Auch ist ausgehend von der klägerischen Sachdarstellung vor erster Instanz nicht erkennbar, wie die Klägerin nach ihrer Pensionierung in der Arbeitsorganisation der Beklagten hätte eingegliedert bleiben sollen. Die Vereinbarung reiner Provisionszahlungen ist im Arbeitsrecht jedenfalls die Ausnahme. Mit ihrem Rechtsbegehren verlangt die Klägerin zwar eine Ferienentschädigung. Im detaillierten Vertrag ist von einer solchen aber nicht die Rede. Es hätte daher auch in dieser Hinsicht tatsächlicher Behauptungen bedurft. Andere Behauptungen (AHV, Mehrwertsteuer, Selbstregulierungsorganisation usw., Computer) belegen einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag nicht. Unter diesen Umständen muss auch ausgehend von den klägerischen Behauptungen die Qualifikation des Rechtsverhältnisses der Parteien als Arbeitsvertrag ausgeschlossen sein. Selbst wenn die Schiedsvereinbarung nicht greifen sollte, wäre mithin auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit des angerufenen Arbeitsgerichts nicht einzutreten gewesen.

6.

6.1. Der angefochtene Entscheid erweist sich nach dem Gesagten in jeder Hinsicht als richtig, auch bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Er ist daher in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen.

Obergericht des Kantons Zürich, 30. August 2016 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. November 2015)

Vertrauensarzt; Verletzung des Berufsgeheimnisses, Art. 321 StGB. Im Sinne von Art. 328b OR darf der Arbeitgeber von seinem Vertrauensarzt nur diejenigen Angaben erheben, welche die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Dazu gehören Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie die Antwort auf die

Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt. Bei verbleibender Teilarbeitsfähigkeit sind zudem Fragen nach einer Ansteckungsgefahr, nach der näheren Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit auf die Arbeitszeit und nach Arbeiten, die der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht ausführen sollte, zulässig. Die Diagnose darf indes nicht erhoben werden. Der Vertrauensarzt, der wie jeder andere Arzt dem ärztlichen Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB untersteht, darf dem Arbeitgeber soweit Auskunft geben, als er vom Arztgeheimnis befreit ist, was (in der Regel) durch den Wunsch des Arbeitnehmers, ein Arztzeugnis aus- und dem Arbeitgeber zuzustellen, konkludent in dem durch Art. 328b OR abgesteckten Rahmen erfolgt (E. 3.2.1).

Vorliegend erfüllte das Verhalten des Vertrauensarztes, indem er dem Arbeitgeber eine detaillierte Diagnose offenbarte, objektiv wie subjektiv den Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Berechtigten im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB war nicht gegeben (E. 3.5.2.c und 3.6).

Sachverhalt:

Gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. November 2015 ist der Beschuldigte der Verletzung des Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig.

Der Beschuldigte hat stets anerkannt, die gestützt auf die vertrauensärztliche Untersuchung vom 9. September 2013 erstellte Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vom 10. September 2013 der B. Zürich AG zugesandt zu haben. Der äussere Sachverhalt ist damit erstellt. Der Beschuldigte bestreitet hingegen, dass er nicht berechtigt gewesen sei, der B. Zürich AG diesen Bericht zuzustellen. Der Beschuldigte wirft damit eine Rechtsfrage auf, die im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu prüfen ist. Der Beschuldigte macht zudem geltend, dass er jedenfalls nicht willentlich gehandelt habe und bestreitet damit den eingeklagten inneren Sachverhalt, mit welchem ihm vorsätzliches Handeln vorgeworfen wird. Was die beschuldigte Person wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen und ist damit Tatfrage. Rechtsfrage ist demgegenüber, ob der Schluss auf (Eventual-)Vorsatz berechtigt erscheint. Als innerer Vorgang lässt sich dieser jedoch häufig nur anhand einer eingehenden Würdigung des äusseren Verhaltens sowie allenfalls weiterer Umstände erschliessen (vgl. BGE 138 IV 74 E. 8.4.1. m.w.H.). Aufgrund dieser engen Verzahnung von Tat- und Rechtsfragen ist auch dieser Einwand des Beschuldigten im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu prüfen.

Aus den Erwägungen:

3.

(...)

3.2.1 Aus Art. 328b OR ergibt sich nach der einschlägigen herrschenden arbeitsrechtlichen Lehre, dass der Arbeitgeber von seinem Vertrauensarzt nur diejenigen Angaben erheben darf, welche die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Dazu gehören Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie die Antwort auf die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt. Bei verbleibender Teilarbeitsfähigkeit sind zudem Fragen nach einer Ansteckungsgefahr, nach der näheren Bedeutung der Arbeitsunfähigkeit auf die Arbeitszeit und nach Arbeiten, welche der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht ausführen sollte, zulässig. Die Diagnose darf indes nicht erhoben werden. Der Vertrauensarzt (der wie jeder andere Arzt dem ärztlichen Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB untersteht) darf dem Arbeitgeber soweit Auskunft geben, als er vom Arztgeheimnis befreit ist, was (in der Regel) durch den Wunsch des Arbeitnehmers, ein Arztzeugnis aus- und dem Arbeitgeber zuzustellen, konkludent in dem durch Art. 328b abgesteckten Rahmen erfolgt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/ Basel/Genf 2012, N12 zu Art. 324a/b OR, S. 424 f.; MÜLLER in: AJP/PJA 2010, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, S. 171.).

3.2.2 Im Einklang mit diesen rechtlichen Vorgaben stehen die Standesregeln und die berufsinternen Anleitungen der Schweizerischen Ärzteschaft:

Art. 11 der Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärzte und Ärztinnen FMH (nachfolgend: Standesordnung FMH) schreibt die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen vor. Art. 33 der Standesordnung FMH statuiert, dass (u.a.) beratende Ärzte und Ärztinnen von Versicherern und anderen Auftraggebern sowie arbeitsmedizinisch tätige Ärzte und Ärztinnen sich des Interessenskonflikts bewusst sein müssen, welcher zwischen der untersuchten Person einerseits und den Auftraggebern andererseits entstehen kann, und sich bei der Weiterleitung von Information zu bemühen haben, die Interessen beider Parteien angemessen zu berücksichtigen. Nach Art. 43 ist die Standesordnung für alle Mitglieder der FMH verbindlich und damit auch für den Beschuldigten.

Der Praxisleitfaden der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Verbindung der Schweizer Ärzte und Ärztinnen (nachfolgend: Praxisleitfaden SAMW/FMH) stellt fest, dass das Arbeitsunfähigkeitszeugnis festzuhalten hat, seit wann die Arbeitsunfähigkeit besteht, wie lange sie dauern wird, ob sie vollständig oder teilweise ist und ob die Behandlung wegen Krankheit oder Unfall erfolgte. Der Praxisleitfa-

den hält weiter ausdrücklich fest, dass das Arbeitsunfähigkeitszeugnis an den Arbeitgeber keine Diagnose zu enthalten und der Arbeitgeber auch keinen Anspruch hat, diese zu erfahren (vgl. Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag – Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2013).

Auch das Manual der Schweizerischen Gesellschaft für Vertrauens- und Versicherungsärzte (nachstehend: Manual SGV) äussert sich zum Arbeitsunfähigkeitszeugnis. Hierzu führt es (u.a.) aus, dass Faktoren ohne tatsächlichen Inhalt, die nicht mit der Krankheit zusammenhängen, bei der Arbeitsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen seien, wobei zu diesen Faktoren u.a. die familiäre Situation, das Bildungsniveau, die wirtschaftliche Situation und soziokulturelle Faktoren gehören würden. Auch dieses Manual weist explizit darauf hin, dass in das Arbeitsunfähigkeitszeugnis zuhanden eines Arbeitgebers und/oder Versicherers nur die unbedingt erforderlichen Angaben aufzunehmen seien, und definiert diese zugleich: Personalien des Betroffenen, Begriff Arbeitsunfähigkeit sowie Vermerk Krankheit bzw. Unfall, Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit, Grad derselben, Ausstellungsdatum des Zeugnisses, Stempel und Unterschrift des Arztes.

3.2.3 Von einem Arbeitsunfähigkeitszeugnis zuhanden eines Arbeitgebers oder eines Versicherers zu unterscheiden ist das ärztliche Gutachten. Das Manual SGV äussert sich auch hierzu: Im Unterschied zum Arbeitsunfähigkeitszeugnis soll ein solches Gutachten mindestens die acht folgenden Punkte umfassen: Einleitung (Datum der Beauftragung/Grund für das Gutachten), Zur Verfügung gestellte und zusammengetragene Dokumente, Anamnese, Fachkonsultationen, Diagnosen (gemäss Nomenklatur ICD-10, DSM.IV), Beurteilung des Falls, Beantwortung der Fragen, Weitere Informationen. Ausführliche Leitlinien zum versicherungspsychiatrischen Gutachten wurden von der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie verfasst («Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie für die Begutachtung psychischer Störungen» vom 13. November 2003 [nachstehend: Leitlinien SGVP], welche in der Schweizerischen Ärztezeitung 2004/85 Nr. 20, S. 1048-1051 veröffentlicht wurden und auch im Internet, im elektronischen Archiv dieser Zeitschrift, greifbar sind). Die Leitlinien SGVP führen (u.a.) aus, dass ein Gutachten im Sinne dieser Leitlinien die schriftliche Äusserung eines unabhängigen psychiatrischen Experten zu einer versicherungspsychiatrischen Fragestellung im Rahmen eines Gutachtensauftrags sei, juristischen Qualitätsanforderungen gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu genügen habe und eine Hilfsfunktion im Entscheidprozess der Verwaltung oder eines anderen Rechtsanwenders habe (S. 1048). Auftraggeber eines solchen Gutachtens seien in der Regel Verwaltungen oder Gerichte. Das Gutachten diene dazu, einen allfälligen Gesundheitsschaden im psychiatrischen Fachgebiet und im gesamtmedizinischen Zusammenhang festzustellen. Je nach Anlass des Gutachtens und Fragestellung seien (u.a.) auch die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit des Exploranden zu erfassen (S. 1049). Das Gutachten solle so umfassend

wie nötig sein und die folgenden Abschnitte enthalten: Einleitung, Akten und Anamnese, Subjektive Angaben des Exploranden, Befunde und weitere Untersuchungsergebnisse, Beurteilung inkl. Diagnose und Beantwortung der Fragen (S. 1051).

Die Anordnung eines solchen (behördlichen) Gutachtens ist für den Bereich des Sozialversicherungswesens im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, namentlich in Art. 44 ATSG geregelt (vgl. aber auch UELI KIESER, ATSG Kommentar, 3. Aufl., 2015, Art. 44 N 5), und richtet sich im Bereich der Privatversicherungen nach Art. 138 ff ZPO.

(...)

3.5.2 a) Der Beschuldigte macht (zusammengefasst) geltend, dass er zum ersten Mal einen vertrauensärztlichen Bericht zuhanden eines Arbeitgebers verfasst habe. Er sei von einer fundierten und umfangreichen Beurteilung im Sinne eines Kurzgutachtens ausgegangen, wie er es von seiner Tätigkeit zuhanden von Versicherungen kenne. Der Privatkläger habe ihn ja von der Schweigepflicht entbunden und ihn ermächtigt, einen solchen Text zuhanden seiner Arbeitgeberin zu verfassen. Als er (mit der Arbeitgeberin) über die Bezahlung gesprochen habe, habe er die Taxe vorgeschlagen, welche er für umfangreiche Texte nehme, und dem sei zugestimmt worden. Sein Verteidiger führt aus, es sei für den Beschuldigten 'business-as-usual' gewesen. Nachdem er bereits mehr als 1'500 Gutachten erstellt gehabt habe, darunter einen Grossteil zum Thema Arbeitsfähigkeit, sei es ihm nicht bewusst gewesen, dass diesbezüglich ein Unterschied im Detaillierungsgrad bestehen solle, ob der Auftrag von einer Versicherung oder von einem Arbeitgeber erteilt werde. Es sei ihm nicht bekannt gewesen, dass er lediglich einen kurzen Bericht ohne Begründung hätte erstellen sollen. Er sei weiter davon ausgegangen, dass auch dem Privatkläger klar gewesen sei, dass er nicht bloss einen kurzen Bericht verfassen würde, da einerseits die Sitzung so lang gedauert habe und er andererseits laufend Notizen verfasst habe. Der mit der Arbeitgeberin des Privatklägers vereinbarte Tarif sei auch derselbe gewesen wie derjenige mit den Versicherungen. Da er vom ärztlichen Berufsgeheimnis ausdrücklich entbunden worden sei, sei zumindest nicht nachweisbar, dass er den Willen zu einer Geheimnisverletzung gehabt habe, nachdem er diesen Bericht genauso erstellt habe, wie er es sich (gegenüber Versicherungen) gewohnt gewesen sei.

b) Die Ausführungen des Beschuldigten vermögen nicht zu überzeugen und der Auffassung seines Verteidigers kann nicht zugestimmt werden. Entgegen deren sinngemäss eingenommenen Standpunkt kann in subjektiver Hinsicht nicht von einem höchstens fahrlässigen (und in der Konsequenz straffreien) Verhalten des Beschuldigten ausgegangen werden.

aa) Wie die Vorinstanz überzeugend ausgeführt hat, muss davon ausgegangen werden, dass dem Beschuldigten, selbst wenn er zum ersten Mal ein ärztliches Gutachten zuhanden eines Arbeitgebers verfasst haben sollte, als erfahrener Arzt mit langjähriger Berufserfahrung und als Mitglied der

FMH deren Standesregeln und Praxisleitfaden bekannt waren. Entsprechend musste ihm klar gewesen sein, welche Informationen in einem vertrauensärztlichen Bericht zuhanden eines Arbeitgebers enthalten sein dürfen. Zudem beinhaltet der fragliche Bericht derart viele persönliche und sensible Informationen über den Privatkläger und dessen familiäres Umfeld sowie vertrauliche Ausführungen des Privatklägers über den Konflikt mit seiner damaligen Arbeitgeberin – deren Relevanz für die Frage der Arbeitsfähigkeit nicht ersichtlich ist –, dass es für den Beschuldigten augenfällig sein musste, dass er nicht berechtigt war, sämtliche dieser Angaben ungefiltert der Arbeitgeberin des Privatklägers weiterzugegeben. Entgegen seinem Vorbringen ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte als ausgebildeter und erfahrener Arzt auch wusste, dass die mit der Auftraggeberin vereinbarte Entlohnung des vertrauensärztlichen Berichts kein Gradmesser dafür sein konnte, in welchem Umfang er vom Arztgeheimnis entbunden sein würde, war doch selbstredend der Privatkläger und nicht dessen Arbeitgeberin Herr über die anlässlich der Untersuchung dem Beschuldigten anvertrauten oder von ihm wahrgenommenen Geheimnisse.

bb) Ergänzend zur erstinstanzlichen Argumentation ist auszuführen, dass dem Beschuldigten aufgrund seiner Ausbildung und langjährigen Berufspraxis auch bekannt sein musste, dass – wie es im Praxisleitfaden SAMW/FMH ausdrücklich festgehalten ist – für die Einwilligung des Betroffenen zur Auskunftserteilung an Dritte die Regeln des sog. ‘informed consent’ gelten. Der Beschuldigteklärte den Privatkläger vorgängig nicht darüber auf, welche Informationen er dessen Arbeitgeberin mitteilen würde. Unter diesen Voraussetzungen musste ihm bewusst gewesen sein, dass die schriftliche Ermächtigungserklärung des Privatklägers vom 9. September 2013 nicht als ein umfassender und vorbehaltloser Generalverzicht auf das Arztgeheimnis verstanden werden konnte, sondern lediglich als Einwilligung in die Zustellung eines vertrauensärztlichen Zeugnisses an dessen Arbeitgeberin im üblichen, gesetzlich zulässigen Rahmen.

cc) In weiterer Ergänzung ist anzumerken, dass selbst ein im Auftrag eines öffentlichrechtlichen Krankenversicherers tätiger Vertrauensarzt (wie er in Art. 32 Standesordnung FMH und Art. 57 KVG geregelt ist) an das Arztgeheimnis gebunden ist und nicht einfach sämtliche in der Untersuchung wahrgenommenen Daten des Versicherten dem Versicherer offenbaren darf, sondern lediglich diejenigen, die für den Versicherer zur Beurteilung eines Leistungsanspruchs oder das Begründen einer Verfügung notwendig sind (vgl. Art. 57 Abs. 7 KVG). Auch ein im Auftrag übriger Sozialversicherer oder privater Versicherungen gutachterlich tätiger Arzt darf seinen Auftraggebern nur diejenigen Daten offenbaren, die für die Erfüllung von deren Aufgaben tatsächlich notwendig sind. Nicht nur gegenüber einer Arbeitgeberin, auch gegenüber einem Versicherer hat sich ein Vertrauensarzt demnach auf die Weitergabe von für die jeweilige Fragestellung erforderlichen Daten zu beschränken. Im Unterschied zu einem Arbeitgeber kann für einen Versicherer allerdings die Kenntnis der Diag-

nose und weiterer medizinischer Daten notwendig sein. Eine über die notwendigen Daten hinausgehende Weitergabe von Informationen bedarf sodann auch zuhänden einer Versicherung der ausdrücklichen, auf angemessene Aufklärung des Arztes erfolgten Einwilligung des Betroffenen (vgl. URSULA UTTINGER, Ärztliche Schweigepflicht oder Datenschutz? Ärzte in der Assekuranz und deren Berufsgeheimnis, in: Stephan Furrer [Hrsg.], Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, 2010, S. 658 f.).

Diese Sach- und Rechtslage war dem Beschuldigten, der gemäss eigenen Aussagen bereits zahlreiche Gutachten zur Arbeitsfähigkeit von Versicherten zuhänden von privaten und öffentlich-rechtlichen Versicherern erstellt hatte, zweifellos bekannt. Der Beschuldigte bestätigte denn auch vor Berufungsgericht, dass er die für einen Arzt einschlägigen, verschiedenen Rechtsgrundlagen, namentlich auch den Praxisleitfaden SAMW/FMH und die Standesordnung FMH, von der Praxis her kenne, zumal in dem Umfang, wie sie jedem gutachterlich tätigen Kollegen bekannt seien. Er führte weiter aus, er habe auch einen Kurs als (versicherungsrechtlicher) Vertrauensarzt gemacht, in welchem es auch einen Teil Recht bzw. rechtliche Grundlagen gegeben habe. Zahlreiche Details im Bericht des Beschuldigten vom 10. September 2013 zur aktuellen Lebenssituation und zur biographischen Vorgeschichte des Privatklägers – so etwa die Erwähnung von dessen freigewählter Kinderlosigkeit, die Ausführungen zu dessen Eheleben und finanziellen Situation, die Erwähnung des emotionalen Klimas im Elternhaus und die Beschreibung der beruflichen Ausbildung und Tätigkeiten der Ehefrau und weiterer Familienmitglieder – können nun aber weder für einen Arbeitgeber noch für einen Versicherer als notwendig zur ausschliesslichen Abklärung der Arbeitsfähigkeit eines Betroffenen erachtet werden (zumal der Beschuldigte dem Privatkläger ja ohnehin eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit attestierte und sich demnach die Frage eines möglichen Leistungsanspruchs eines Arbeitgebers oder eines Versicherers überhaupt nicht stellte). Dies musste zweifellos auch dem gutachterlich erfahrenen Beschuldigten bewusst gewesen sein. Ebenso musste er gewusst haben, dass eine ohne vorgängige Aufklärung abgenommene schriftliche Ermächtigung eines Betroffenen zur Zustellung eines ärztlichen Zeugnisses an einen Versicherer oder einen Arbeitgeber nur als Einwilligung in die Preisgabe der jeweils notwendigen Daten, nicht aber als eine generelle und vorbehaltlose Befreiung vom Arztgeheimnis verstanden werden kann.

dd) Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, dass er die Leitlinien SGVP nicht nur kenne, sondern an deren Ausarbeitung gar mitgewirkt habe. In der Untersuchung hatte er ausgeführt, er sei beim Verfassen des Berichts an die Arbeitgeberin des Beschuldigten streng nach den Richtlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie vorgegangen. Tatsächlich weist sein Bericht all die Elemente auf, wie sie in den Leitlinien SGVP und im Manual SGV für die Erstellung eines versicherungspsychiatrischen Gutachtens gefordert werden (vgl. vor-

stehend Ziff. 3.2.3). Ein solches Gutachten, bei welchem es vorwiegend um den Gesundheitszustand und allenfalls auch dessen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit eines Betroffenen geht, ist allerdings strikte zu unterscheiden von einem blossen Arbeitsunfähigkeitszeugnis zuhanden eines Arbeitgebers oder Versicherers, bei welchem es einzig um die Frage der Arbeitsfähigkeit geht (vgl. hiezu vorstehend Ziff. 3.2.3.). Dass vorliegend nicht ein psychiatrisches Gutachten im Rahmen eines versicherungsrechtlichen Verfahrens zuhanden einer Verwaltungs- oder einer Gerichtsbehörde gefragt war, ergibt sich auch ohne besondere Sachkenntnis allein aufgrund der Umstände der Auftragserteilung ohne weiteres und musste deshalb auch für den diesbezüglich erfahrenen Beschuldigten offensichtlich sein. Der Beschuldigte wurde nicht durch einen behördlichen Entscheid und gemäss den Formalien von Art. 44 ATSG oder Art. 183 ff. ZPO als Gutachter bestellt, sondern erhielt den Auftrag formlos bzw. mündlich durch einen privaten Arbeitgeber. Auch wurden ihm seitens der Auftraggeberin kein Fragekatalog zum Vorliegen allfälliger somatischer, psychischer und/oder psychosomatischer Krankheitsbilder (und deren mögliche Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit) vorgesetzt, sondern es wurde ihm einzig und allein die schlichte Frage nach der Arbeitsfähigkeit gestellt. Aufgrund dieser Umstände kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden (und wird seitens des Beschuldigten letztlich auch nicht explizit geltend gemacht), dass der Beschuldigte irrtümlich der Auffassung gewesen sein könnte, er habe ein versicherungspsychiatrisches Gutachten zuhanden einer Behörde zu verfassen. Auch für die Annahme, dass er irrtümlich davon ausgegangen sein könnte, die B. Zürich AG habe ihn zu einem versicherungspsychiatrischen Privatgutachten im Einverständnis des Privatklägers beauftragt, bleibt aufgrund der schlichten, mündlichen Fragestellung – sowie des bereits ausgeführten Umstandes, dass er mangels vorgängiger Aufklärung nicht von einem Generalverzicht des Privatklägers auf das Arztgeheimnis ausgehen konnte – kein vernünftiger Spielraum.

c) Aufgrund sämtlicher vorgenannter Umstände kann nicht lediglich von einem sorgfaltspflichtwidrigen Nichtwissen bzw. einer fahrlässigen Unachtsamkeit des Beschuldigten ausgegangen werden. Aufgrund seiner ärztlichen Ausbildung und langjährigen Erfahrung musste sich ihm eine Verletzung des Berufsgeheimnisses (mochte sie ihm auch unerwünscht sein) – namentlich hinsichtlich der Weitergabe der subjektiven Äusserungen des Privatklägers zum Konflikt am Arbeitsplatz und der zahlreichen, mit der Frage der Arbeitsfähigkeit nicht in einem direkten Zusammenhang stehenden Detailangaben zu dessen persönlichen, familiären, beruflichen und finanziellen Umständen – als derart wahrscheinlich aufdrängen, dass vorliegend auf eventualvorsätzliches Handeln zu schliessen ist. Auch dass er der Arbeitgeberin des Privatklägers, ohne letzteren vorgängig darüber aufzuklären, eine detaillierte Diagnose offenbarte (die Anpassungsstörung ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit) – eine Diagnose zudem, von der er klar wusste, dass sie für seine Auftraggeberin mangels Auswirkungen auf

die sie interessierende Frage der Arbeitsfähigkeit überhaupt nicht relevant war –, muss vor dem Hintergrund sämtlicher vorstehend dargelegter Umstände als Inkaufnahme einer möglichen Verletzung des Berufsgeheimnisses gewertet werden. Auf den Punkt gebracht, hat sich der Beschuldigte über derart elementare, jedermann einleuchtende Vorschriften hinweggesetzt, dass sich der Schluss, dass es ihm gleichgültig war, diese ganz sensiblen Daten ohne rechtswirksame Einwilligung weiterzuleiten, gebieterisch aufdrängt.

3.6

Das Verhalten des Beschuldigten erfüllt folglich objektiv wie subjektiv den Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Berechtigten im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB war nicht gegeben. Der Beschuldigte ist somit der Verletzung des Berufsgeheimnisses schuldig zu sprechen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 25. Januar 2016, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2016 Nr. 15

Art. 335 OR; Gefahren einer E-Mail-Kündigung. Die Voraussetzungen des Zuganges einer physischen Kündigung lassen sich auf eine Kündigung per E-Mail übertragen: Die Kündigung ist zugestellt, sobald sie vom Gekündigten zur Kenntnis genommen wurde oder in seinen Zugriffsbereich gelangt ist und von ihm erwartet werden darf, dass er auch auf das Kommunikationsmittel zugreift. Ob eine Abfrage von E-Mail-Nachrichten erwartet werden darf, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Vorliegend hat der Kläger nachgewiesenermassen am 24. Dezember 2014 mehrfach insoweit auf seinen Geschäftsemail-Account zugegriffen, als er geprüft hat, ob, von wem und mit welchem Betreff ihm E-Mails zugegangen sind. Damit hat er auf dieses Kommunikationsmittel zugegriffen und die Beantwortung der Frage, ob das von ihm erwartet werden durfte, ist obsolet.

Aus dem Wortlaut der Schriftformklausel gemäss Arbeitsvertrag kann nicht gefolgert werden, dass die Formvorschrift die Kündigung mitumfassen soll. Somit ist die Kündigung mittels dem der E-Mail vom 24. Dezember 2014 als PDF angehängten Kündigungsschreiben an keine Schriftform gebunden und konnte formlos erfolgen. Selbst wenn die Kündigung von der im Arbeitsvertrag enthaltenen Schriftformklausel miterfasst wäre, entspräche die der E-Mail als PDF angehängte Kündigung diesem Formerfordernis. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass eine Kündigung per E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur nicht dem Schriftformerfordernis des Art. 13 OR genügt. Davon ist jedoch bei eingescannten Originaldokumenten

eine Ausnahme zu machen. Diese Ansicht muss heute aufgrund der gleichen Überlegungen gelten, die auch bei der zulässigen Übermittlung einer unterschriebenen Originalurkunde per Telefax zum Tragen kamen.

Sachverhalt:

Der Kläger war seit 2011 als Director tätig. Vom 22. Dezember 2014 bis am 5. Januar 2015 war er ferienabwesend. Die Beklagte sandte ihm am 24. Dezember 2014 eine E-Mail, in welcher die Notice of termination, datiert vom 23. Dezember 2014, als eingescanntes PDF angehängt war. Diese E-Mail wurde vom Kläger (im Geschäfts-Mail-Account) erst am 6. Januar 2015 geöffnet. Zusätzlich wurde dem Kläger am 9. Januar 2015 persönlich ein Kündigungsschreiben übergeben, in welcher auch die sofortige Freistellung erwähnt wurde. Beide Kündigungsschreiben sehen ein Vertragsende per 31. März 2015 vor.

Aus den Erwägungen:

Beginn der Kündigungsfrist bei einer Kündigung während der Ferien per E-Mail mit Anhang

Die Kündigung erfolgte vorliegend während den bewilligten Ferien des Klägers. Als unzulässig kann eine während den Ferien zugestellte Kündigung nicht betrachtet werden, wird dieser Sachverhalt doch vom Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR nicht erfasst. Insbesondere steht der Erholungszweck der Ferien einer Kündigung während eines Ferienbezugs nicht entgegen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR).

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt die Kündigung während der Ferien in dem Moment als zugestellt, in dem vom Empfänger nach seiner Rückkehr die Kenntnisnahme erwartet werden könne, ausser er sei zu Hause geblieben, habe sich die Post effektiv nachsenden lassen oder sei ohne Wissen des Arbeitgebers in die Ferien verreist. Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Lehre so vertreten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR). Diese Ausnahmen beziehen sich zunächst auf physische Kündigungen.

Allerdings lassen sich die Voraussetzungen des Kündigungszuganges auf eine Kündigung per E-Mail übertragen: Die Kündigung ist zugestellt, sobald sie vom Gekündigten zur Kenntnis genommen wurde oder in seinen Zugriffsbereich gelangt ist und von ihm erwartet werden darf, dass er auch auf das Kommunikationsmittel zugreift. Ob eine Abfrage von E-Mail-Nachrichten erwartet werden darf, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (PORTMANN/RUDOLPH, in: BSK OR I, 6. Aufl., Basel 2015, N 16 zu Art. 335 OR; sehr zurückhaltend: STREIFF/VON KAENEL/

RUDOLPH, a.a.O., N 5 zu Art. 335 OR; sehr viel weitgehender: JAR 2011 S. 483).

Die der E-Mail als PDF angehängte Kündigung wurde von Herrn A. am 24. Dezember 2014, 10:59 Uhr, an den geschäftlichen E-Mail-Account des Klägers versandt. Anlässlich der Hauptverhandlung bestätigte der Kläger, am 24. Dezember 2014 die E-Mails auf dem Geschäftsemail-Account – gemäss den Akten handelt es sich um vier von fünf E-Mails – angesehen zu haben. Dies ist auch aus der Rubrik „DateModification“ in den Akten ersichtlich, wonach zunächst um 10:11 Uhr, dann um 11:04 Uhr, 13:59 Uhr und zuletzt um 14:22 Uhr eine E-Mail geöffnet wurde. Weiter bestätigt der Kläger, dass am 24. Dezember 2014 im Posteingang eine E-Mail von Herrn A. vorhanden war. Er habe jedoch mit Herrn A. nichts mehr zu tun haben wollen. Es seien viele Sachen vorgefallen, aber es habe andere Themen gegeben, um welche er sich habe kümmern müssen.

Der Kläger hat anerkannter- und nachgewiesenermassen am 24. Dezember 2014 mehrfach insoweit auf seinen Geschäftsemail-Account zugegriffen, als er geprüft hat, ob, von wem und mit welchem Betreff ihm E-Mails zugegangen sind. Damit hat er auf dieses Kommunikationsmittel zugegriffen und die Beantwortung der Frage, ob das von ihm erwartet werden durfte, ist obsolet. Der Sachverhalt ist vergleichbar mit einem ferienabwesenden Mitarbeiter, der sich die Post nachsenden lässt und die Eingänge im Briefkasten verifiziert, vier von fünf Briefen öffnet und den fünf-ten ungeöffnet im Briefkasten liegen lässt.

Der Kläger lässt ausführen, dass er erst am 6. Januar 2015 von der der E-Mail angehängten Kündigung Kenntnis erhalten habe. Den Geschäftsemail-Account betreffend, deckt sich dies mit dem Datum in der Rubrik „DateModification“ in den Akten. Auch die Beklagte geht davon aus, dass die E-Mail (und damit auch der Anhang) ungeöffnet auf dem Mail-Server verblieb. Mithin ist davon auszugehen, dass der Kläger nicht bereits am 24. Dezember 2014, sondern erst am 6. Januar 2015 via Geschäftssaccount Kenntnis von der Kündigung genommen hat.

Der Kläger hat anerkanntermassen auch während seiner Ferienabwesenheit geschäftliche Aufgaben erledigt. Er hat nachweislich mehrfach am 24. Dezember 2014 zwischen 10:11 Uhr und 14:22 Uhr auf sein Account zugegriffen und dabei alle eingegangenen E-Mails, abgesehen von der Kündigungs-E-Mail, auch geöffnet. Aber auch diese beliess er nicht bloss ungelesen, er hat sie vielmehr dahingehend bearbeitet, dass er sie an seine private Gmailadresse weiterleitete. Den Akten ist zu entnehmen, dass von der Geschäftsadresse des Klägers (xx@yy.com) an die private Gmailadresse des Klägers (xx@gmail.com) erfolgreich (vgl. zweitunterste Zeile: SMTP session succesful, was soviel bedeutet, wie Simple Mail Transfer Protocol, bzw. zu deutsch: E-Mail-Transportprotokoll) eine E-Mail gesandt wurde, welche mit folgendem “subject” gelistet wird: “Fwd: Registered Mail”. Fwd steht für forwarded, also eine weitergeleitete Nachricht. Registered Mail entspricht genau demjenigen Titel, welchen die E-Mail von A.

vom 24. Dezember 2014 mit dem angehängten Kündigungsschreiben trägt. Der Kläger bejaht, Inhaber einer Gmailadresse zu sein.

Angesichts dieser Umstände durfte vom Kläger – korrektes Verhalten vorausgesetzt – die effektive Kenntnisnahme der ihm zugegangenen E-Mail von A. und der dieser beigefügten Kündigung am 24. Dezember 2014 erwartet werden (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a. a. O., N 5 zu Art. 335 OR). Seine Rechtfertigung, er habe mit A. nichts zu tun haben wollen, überzeugt nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Kläger ausgerechnet die E-Mail eines Absenders, mit dem er nichts zu tun haben will, umgehend an sein privates Mail-Account weiterleitete. Naheliegender erscheint, dass der Kläger anhand des Betreffs „Registered Mail“ erkannte, dass es sich um die Kündigung handeln könnte, die E-Mail deshalb auf sein Privataccount umleitete um sie dort (sogleich und im Geschäfts-Mail-Account nicht erkennbar) lesen zu können. Erstellt ist Letzteres allerdings nicht. Immerhin aber hat der Kläger bestätigt, die Auflösung des Büros X sei bekannt gewesen. Die ihm zugestellten E-Mails von B. vom 22. und 23. Dezember 2014 hat er denn auch trotz seiner Ferienabwesenheit noch am Versandtag geöffnet.

Im Sinne eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass die Kündigungsfrist vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen zum Schriftformerfordernis am 24. Dezember 2014 zu laufen begonnen hat. Dadurch endete das Arbeitsverhältnis am 31. März 2015 und es besteht mithin kein Anspruch auf einen Lohn für den Monat April 2015.

Zum Einwand des Formmangels der Kündigung

Eine Kündigung kann grundsätzlich mündlich ausgesprochen werden, da das Gesetz für die Kündigung keine besondere Form vorschreibt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 335 OR). Allerdings können die Parteien vertraglich etwas anderes vereinbaren.

Der Arbeitsvertrag sieht in Ziffer 7 Folgendes vor: “Alterations and complements to this employment contract, as well as any collateral agreements, are only valid in writing”. Änderungen und Ergänzungen des Vertrages unterliegen demnach der Schriftform, von Beendigung (“Termination”) ist dagegen nicht die Rede. Zwar hätte demnach Ziffer 2 des Arbeitsvertrages (Kündigungsmodalitäten) bloss schriftlich geändert werden können, nicht dagegen die Ausübung des Kündigungsrechtes. Mit anderen Worten kann aus dem Wortlaut der Schriftformklausel nicht gefolgert werden, dass die Formvorschrift die Kündigung mitumfassen soll. Anderweitige Anhaltspunkte dafür, dass die Klausel im Sinne des Verständnisses des Klägers auszulegen wäre, finden sich in seinem Vorbringen nicht. Die Kündigung durch das der E-Mail vom 24. Dezember 2014 als PDF angehängte Kündigungsschreiben ist demnach nicht an eine Schriftform gebunden und konnte formlos erfolgen.

Selbst wenn (entgegen obigen Ausführungen) die Kündigung als von der im Arbeitsvertrag enthaltenen Schriftformklausel in Ziffer 7 miterfasst

wäre, entspräche die der E-Mail vom 24. Dezember 2014 als PDF angehängte Kündigung diesem Formerfordernis.

In der Lehre wird davon ausgegangen, dass eine Kündigung per E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur dem Schriftformerfordernis des Art. 13 OR nicht genügt. Davon ist jedoch bei eingescannten Originaldokumenten eine Ausnahme zu machen (SCHWENZER, in: BSK ORI, a. a. O., N 14d zu Art. 13 OR). Diese Ansicht muss heute aufgrund der gleichen Überlegungen gelten, welche auch bei der zulässigen Übermittlung einer unterschriebenen Originalurkunde per Telefax zum Tragen kommen.

Diese Ansicht scheint insbesondere im Lichte folgender Überlegung als gerechtfertigt: Sinn und Zweck der elektronischen Signatur ist es, die Herkunft zweifelsfrei (Authentizität) sowie allfällige Veränderungen nach der elektronischen Unterzeichnung festzustellen (Integrität) (SCHWENZER, in: BSK OR I, a. a. O., N 14d zu Art. 13 OR). Gemäss der Beklagten sei das Original der Kündigung mit der Originalunterschrift des damals einzigen Verwaltungsrats der Beklagten eingescannt worden. Dies wird vom Kläger insofern bestritten, als er das PDF als blosses Abbild, als eine blosse Kopie abtut, welches keine Originalunterschrift enthält. Indem das Originaldokument mit der Originalunterschrift eingescannt und ins PDF-Format geändert der E-Mail vom 24. Dezember 2014 angehängt wurde, lässt sich diese PDF-Datei nicht in die Originaldatei zurückführen. Technische Veränderungen sind zwar heutzutage nicht gänzlich ausgeschlossen, es besteht jedoch kein entsprechender Verdacht und ausserdem wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht, dass das Kündigungsschreiben vom 23. Dezember 2014 verändert wurde. Vor diesem Hintergrund ist das Schriftformerfordernis bei dem einer E-Mail angehängten Kündigungsschreiben im PDF-Format erfüllt.

E-Mail vom 24. Dezember 2014 als Vorabkopie der Kündigung?

Auch der Einwand des Klägers, wonach es sich bei der E-Mail der Beklagten vom 24. Dezember 2014 lediglich um eine Vorabkopie der Kündigung per E-Mail und somit nicht um eine gültige Kündigung handeln soll, verfängt nicht. Der Kläger verweist hierzu auf einen Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich von 2010. Jener Sachverhalt ist jedoch mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. In jenem Fall war im Arbeitsvertrag ausdrücklich festgehalten worden, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich erfolgen soll. Zudem wurde in jener E-Mail angekündigt, dass die – wie im Arbeitsvertrag vorgesehen – schriftliche Kündigung der Gegenseite zugesandt werde. Vorliegend wurde, wie gezeigt, für die Kündigung keine Schriftform vereinbart. Ausserdem wurde in der E-Mail nicht auf eine später folgende Kündigung verwiesen, sondern auf das der E-Mail angehängte Kündigungsschreiben, für welche die Beklagte zugleich auch eine Empfangsbestätigung des Klägers per E-Mail verlangte. Mithin handelt es sich in casu nicht um eine Vorabkopie der Kündigung.

Zugang der per Post versandten Kündigung

Weil bereits die Wirksamkeit der Kündigung mittels dem der E-Mail angehängten PDF-Dokument zu bejahen ist, kann offen bleiben, ob dem Kläger die Kündigung auch per Post zugesandt wurde.

Fazit

Die Kündigung ist dem Kläger am 24. Dezember 2014 gehörig zugestellt worden und hätte damals von ihm zur Kenntnis genommen werden können und müssen.

Ferner wird die Kündigung nicht vom vertraglichen Schriftformerfordernis erfasst. Selbst wenn sich das Schriftformerfordernis auf die Kündigung erstrecken würde, hätte die E-Mail vom 24. Dezember 2014 diesem entsprochen.

Eine blosse Vorabkopie stellt die der E-Mail angehängte Kündigung nicht dar. Die ab 24. Dezember 2014 laufende Kündigungsfrist endete am 31. März 2015; der Kläger hat keinen Anspruch auf Bezahlung eines Lohnes für den Monat April 2015; seine Klage ist in diesem Umfange abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 7. März 2016, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2016 Nr. 2

Art. 319 OR; gültiger Arbeitsvertrag, wenn der Geschäftsführer nur Kollektivunterschrift hat? Grundsätzlich trifft es zu, dass für die Vertretung der Gesellschaft bei Kollektivvertretern die Unterschrift beider Vertreter notwendig ist, um die Gesellschaft zu verpflichten. Von diesem Grundsatz ist jedoch abzuweichen, wenn der Vertragspartner annehmen darf, dass die Vollmacht entgegen dem anderslautenden Handelsregistereintrag auf eine Einzelermächtigung erweitert wurde. Besteht mit Bezug auf diese Einzelermächtigung ein guter Glaube, ist dieser zu schützen. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Vertrag zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin nicht gültig zustande gekommen wäre, hätten beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Arbeitsvertrag zu erfüllen, sofern der Arbeitnehmer in gutem Glauben leistete (Art. 320 Abs. 3 OR).

Sachverhalt:

Der Kläger machte geltend, er sei bei der Beklagten im Rahmen eines sog. Abrufverhältnisses auf Baustellen eingesetzt worden. Dass dieses Arbeitsverhältnis so bestanden habe, würden unter anderem die Lohnabrechnungen für einige Monate und der Lohnausweis für das Jahr 2011 zeigen. Zudem sei er über die Beklagte vorsorgeversichert gewesen. Die Umstände

würden zeigen, dass zumindest mit dem Geschäftsführer der Beklagten ein mündlicher Arbeitsvertrag zustande gekommen sei.

Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger sei nicht rechtmässig bei ihr angestellt gewesen, weshalb auch seine Forderungen keinen Bestand hätten.

Aus den Erwägungen:

Von der Beklagten wird primär vorgebracht, der Kläger sei nicht bei ihr angestellt gewesen, weil der damalige Geschäftsführer der Beklagten, B., welcher den Arbeitsvertrag mit dem Kläger unterzeichnet habe, nur kollektivzeichnungsberechtigt gewesen und die Beschäftigung des Klägers ohne Einverständnis des Verwaltungsrates und des Geschäftsführers mit Einzelunterschrift, Herr S., erfolgt sei. Ebenfalls habe Geschäftsführer B. zu Unrecht die Lohnabrechnungen und die Lohndeklarationen selbst erstellt. Darüber hinaus seien die vom Kläger ins Recht gelegten Arbeitsrapporte nicht vom Geschäftsführer B. unterschrieben und anerkannt worden.

Grundsätzlich trifft es zu, dass für die Vertretung der Gesellschaft bei Kollektivvertretern die Unterschrift beider Vertreter notwendig ist, um die Gesellschaft zu verpflichten. Von diesem Grundsatz ist jedoch abzuweichen, wenn der Vertragspartner annehmen darf, dass die Vollmacht entgegen des anderslautenden Handelsregistereintrages auf eine Einzelermächtigung erweitert wurde. Besteht mit Bezug auf diese Einzelermächtigung ein guter Glaube, ist dieser zu schützen. Der Vertrag ist rechtsgültig und die Gesellschaft wird verpflichtet. Ebenso ist der gute Glaube des Vertragspartners zu schützen, wenn die Gesellschaft bereits mehrmals Einzelhandlungen des Kollektivvertreters duldet. An die Sorgfaltspflicht des Dritten sind dabei hohe Anforderungen gestellt, weil grundsätzlich von der Richtigkeit des Handelsregistereintrages auszugehen ist (MÜLLER, Haftung für Unterschriften im Namen einer Gesellschaft, in: Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 177 ff., S. 210).

Primär ist festzuhalten, dass es insbesondere in der vorliegenden Arbeitsbranche nicht in die Sorgfaltspflicht eines Arbeitnehmers fällt, im Handelsregister zu überprüfen, ob ein Geschäftsführer der Arbeitgeberin einzel- oder kollektivzeichnungsberechtigt ist, wenn dieser nach aussen hin als Vertreter der Gesellschaft auftritt. Indizien, welche den guten Glauben des Klägers bezüglich der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführer B. stützen, sind einerseits die Nennung der Beklagten im Vertrag als Arbeitgeberin sowie die Verwendung des Briefkopfes der Beklagten auf dem Vertragspapier. Darüber hinaus durfte der Kläger auch aufgrund der Lohnabrechnungen, der Bestätigung der Auffangeinrichtung BVG sowie des Lohnausweises für das Jahr 2011 von einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ausgehen.

Aufgrund des Verhaltens des Geschäftsführers B. und der fehlenden Sorgfaltspflichtverletzung des Klägers ist der gute Glaube des Klägers zu

schützen und festzuhalten, dass der Vertrag rechtsgültig zustande gekommen ist. Es ist an dieser Stelle zudem darauf hinzuweisen, dass die Beklagte noch im März 2012 selbst das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht bestritt. Des Weiteren führt sie in der Stellungnahme zur Klage explizit aus, dass sie den Geschäftsführer vieles habe selber machen lassen.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Vertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht gültig zustande gekommen wäre, hätten beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Arbeitsvertrag zu erfüllen, sofern der Arbeitnehmer in gutem Glauben leistete (Art. 320 Abs. 3 OR). Sowohl hinsichtlich des guten Glaubens an den Kläger als auch dessen Fehler bei der Beklagten, kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.

In der Folge prüfte das Arbeitsgericht die einzelnen Forderungen des Arbeitnehmers.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 14. Juni 2016, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2016 Nr. 13

Art. 335 OR; vorbehaltlose Freistellung und Schadenminderungspflicht? Wenn der Arbeitnehmer nach ausgesprochener Kündigung angewiesen wird, alle Arbeitsutensilien und alle Schlüssel zurückzugeben, ohne die er nicht in der Lage ist, seine vertragsgemässe Arbeit auszuführen, ist von einer stillschweigenden Freistellungserklärung auszugehen. Eine einmal vorbehaltlos erklärte Freistellung kann nicht zurückgenommen werden. Ist der Arbeitnehmer freigestellt, ist er von der Leistung seiner Arbeitspflicht befreit. Daraus kann keine Pflicht zur Suche bzw. zum Antritt einer neuen Stelle abgeleitet werden. Einzig ein absichtlich unterlassener Verdienst führt gemäss Art. 324 Abs. 2 OR zu dessen Anrechnung an die Lohnforderung.

Sachverhalt:

Der Kläger war seit April 2006 als Anlageberater für die Beklagte tätig. Am 29. August 2014 reichte der Kläger die Kündigung (mit sechsmonatiger Kündigungsfrist) ein. Daraufhin wurde er von der Beklagten weggeschickt. In der Folge forderte die Beklagte den Kläger anlässlich eines Gesprächs am 26. September 2014 sowie mit Schreiben vom 3. bzw. 9. Oktober 2014 auf, die Arbeit wieder aufzunehmen. Dieser Aufforderung kam der Kläger nicht nach. Aus seiner Sicht war er vorbehaltlos freigestellt worden. Vor Gericht machte er die fälligen Monatslöhne geltend.

Aus den Erwägungen:

(Auszugsweise Beispiele, weshalb von einer vorbehaltlosen Freistellung auszugehen war.)

Die Einwendung der Beklagten, Y. wäre aufgrund der Zeichnungsbe-
rechtigung der Kollektivunterschrift zu zweien ohnehin nicht befugt gewe-
sen, den Kläger vorbehaltlos freizustellen, ist ebenfalls haltlos. Y. war di-
rekter Vorgesetzter des Klägers. Als solcher übt er das Weisungsrecht des
Arbeitgebers direkt aus (Art. 321d Abs. 1 OR). Da sich die Freistellung
von der Arbeitspflicht aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers ergibt
(BLES1, a. a. O., S. 79, N 215), kann der direkte Vorgesetzte seinen Unter-
gebenen ohne weiteres freistellen und so von der Arbeitspflicht befreien.
Dass es hierzu der Einholung einer zweiten zeichnungsberechtigten Person
bedürft hätte, erscheint abwegig, muss doch der Vorgesetzte nicht für jede
einzelne Weisung an den Untergebenen die Zustimmung einer weiteren
zeichnungsberechtigten Person einholen. Aber selbst wenn das so wäre:
aus der glaubhaften Aussage der Zeugin M. ergibt sich, dass Y. dem Klä-
ger mitgeteilt hat, „die Firma“ habe „die Entscheidung getroffen“, dass
dies der letzte Arbeitstag des Klägers sei. Der Kläger durfte und musste aus
den Worten seines direkten Vorgesetzten schliessen, dass sich dieser vor
der Entscheidung, den Kläger nach Hause zu schicken, mit anderen (eben-
falls zeichnungsberechtigten) Personen beraten hatte.

Auch die am 29. August 2014 durch Y. an den Kläger per E-Mail ge-
richtete Bitte, die Zustimmung zur Weiterleitung der geschäftlichen
E-Mails zu erteilen, deutet darauf hin, dass der Kläger von Y. vorbehaltlos
freigestellt wurde. Gleiches gilt für die am 1. September 2014 an den Klä-
ger gerichtete E-Mail, wonach dessen persönliche Gegenstände bei A. in
der Personalabteilung abgeholt werden könnten. Hätte die Beklagte ernst-
haft mit einer Rückkehr des Klägers gerechnet, hätten diese Formalitäten
ohne weiteres auch nach dessen Rückkehr geregelt werden können. Viel-
mehr deutet die gesamte Verhaltensweise der Beklagten darauf hin, dass
sie infolge der ausgesprochenen Wegweisung nicht ernsthaft mit einer
Rückkehr des Klägers rechnete.

Schliesslich verfasste Y. am 29. August 2014 eine E-Mail an das
Team, in welchem der Kläger arbeitete. Diese hatte folgenden Inhalt (über-
setzt auf Deutsch): „Guten Nachmittag, N.N. (der Kläger) wird nicht mehr
in unserem Büro sein, weshalb ich dankbar bin, wenn wir alle bei der Be-
treuung seiner Kunden zusammenarbeiten. Danke.“ Aus diesem Wortlaut
lässt sich nur der Schluss ziehen, dass nicht einmal Y. mit einer Rückkehr
des Klägers in die Firma rechnete. Wie oben gesagt, erscheint es nicht
glaubhaft, dass der Kläger nach einer Rückkehr in eine andere Abteilung
versetzt worden wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Y. den Kläger
vorbehaltlos nach Hause geschickt hat. Somit ist nach vorgenommener
Beweiswürdigung in tatsächlicher Hinsicht erstellt, dass der Kläger anläs-
slich des Gesprächs vom 29. August 2014 von seinem direkten Vorgesetz-

ten, Y., nach Hause geschickt wurde. Dieser brachte keinen Vorbehalt an, dass die Entbindung von der Arbeitspflicht nur vorübergehend sei. Auch sprachen keine Sicherheitsüberlegungen für ein derartiges Vorgehen, nachdem die Behauptung, der Kläger habe in der Toilette gewütet, nicht erstellt werden konnte, zumal niemand den Kläger dabei beobachten konnte. Vielmehr spricht das gesamte Verhalten der Beklagten klarerweise für den Umstand, dass sie nicht mehr ernsthaft mit einer Rückkehr des Klägers rechnete. Dies gilt insbesondere für die unbestrittene Tatsache, dass Y. dem Kläger den Badge, das Mobiltelefon und den Laptop abgenommen hat.

Vorbehaltlose Freistellung

In rechtlicher Hinsicht ist die durch Y. vorbehaltlos ausgesprochene Wegweisung als vorbehaltlose Freistellung zu qualifizieren, wie der Kläger zu Recht geltend macht. Wenn der Arbeitnehmer nach ausgesprochener Kündigung angewiesen wird, alle Arbeitsutensilien und alle Schlüssel zurückzugeben, ohne die er nicht in der Lage ist, seine vertragsgemässe Arbeit auszuführen, ist von einer stillschweigenden Freistellungserklärung auszugehen (BLESİ, a. a. O., S. 46, N 137).

Ist der Arbeitnehmer freigestellt, entfällt seine Pflicht zum Anbieten seiner Arbeitsleistung. In diesem Zusammenhang ist demnach irrelevant, ob der Kläger nach der vorbehaltlosen Freistellung überhaupt noch bereit gewesen war, für die Beklagte zu arbeiten oder ob er mit ihr nie wieder etwas zu tun haben wollte, wie die Beklagte behauptet, da eine vorbehaltlose Freistellung unwiderruflich ist. Mit anderen Worten kann eine einmal vorbehaltlos erklärte Freistellung nicht zurückgenommen werden. In dieser Konstellation bleibt der Arbeitgeber gestützt auf Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist.

Schadenminderungspflicht?

Gemäss Art. 324 Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Ist der Arbeitnehmer freigestellt, ist er von der Leistung seiner Arbeitspflicht befreit. Es kann daraus freilich keine Pflicht zur Suche bzw. zum Antritt einer neuen Stelle abgeleitet werden (BLESİ, a. a. O., S. 146, N 392). Einzig ein absichtlich unterlassener Verdienst führt gemäss Art. 324 Abs. 2 OR zu dessen Anrechnung an die Lohnforderung. Eine Obliegenheit zum Antritt einer geeigneten Stelle besteht dann, wenn ein freigestellter Arbeitnehmer rasch nach Beginn seiner Freistellung mit einer neuen Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag abschliessen kann. In dieser Situation ist er gehalten, die Stelle bei der neuen Arbeitgeberin baldmöglichst, noch während seiner Freistellung, anzutreten. Andernfalls muss

er sich ein absichtliches Unterlassen im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR vorwerfen lassen (BLES1, a. a. O., S. 146, N 393).

Der Kläger hatte – entgegen den Behauptungen der Beklagten – keine Pflicht zur umgehenden Stellensuche. Der Kläger durfte daher ohne weiteres nach Costa Rica reisen, ohne dass dies zu einer Anrechnung eines hypothetischen Einkommens führt. Im Fall einer vorbehaltlosen Freistellung hätte es für den Kläger einzig dann eine Obliegenheit zum baldmöglichsten Antritt einer geeigneten Stelle gegeben, wenn er nach Beginn seiner Freistellung mit einer neuen Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag hätte abschliessen können. Dies behauptet indes nicht einmal die Beklagte und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich. Ausserdem hat die Beklagte die Behauptung, der Kläger habe keine Ersatzstelle in Aussicht gehabt, nicht bestritten. Somit mangelt es an einem absichtlichen Unterlassen eines Stellenantritts.

Soweit sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, das Bundesgericht sei im Urteil 4C.246/2005 vom 12. Oktober 2005 von einer Schadenminderungspflicht ausgegangen, so ist dem entgegenzuhalten, dass das Bundesgericht in besagten Entscheid in E. 6.5 einzig ausführte, es könne der Berufungsschrift nicht entnommen werden, inwiefern die Vorinstanz ihren Ermessensspielraum bei der Frage, ob der Arbeitnehmer seiner Schadenminderungspflicht nachgekommen sei, überschritten habe. Es ist unzutreffend, aus diesem Entscheid eine generelle Schadenminderungspflicht in dem Sinne abzuleiten, dass der Arbeitnehmer alles Zumutbare unternehmen muss, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen, wie dies Art. 17 Abs. 1 AVIG bei Leistungsbezüglern von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung vorsieht.

Somit muss sich der Kläger kein hypothetisches Einkommen an den Lohn anrechnen lassen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 31. August 2016, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2016 Nr. 19

Art. 340 f. OR; Konkurrenzverbot. Das Konkurrenzverbot kann sich ausnahmsweise auch ohne eine besondere vertragliche Vereinbarung auf Konzernunternehmen erstrecken. Das ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis im Konzern gemäss Vereinbarung „konzernoffen“ praktiziert wurde, wenn der Vertrag mit der Konzernobergesellschaft den Einsatz des Arbeitnehmers auch in anderen Konzerngesellschaften vorsieht (und dies auch so praktiziert wurde) und wenn das Konkurrenzverbot mit einer Holdinggesellschaft geschlossen wurde. Nach Art. 340c Abs. 1 OR fällt ein grundsätzlich gültig vereinbartes Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr an dessen Aufrechterhaltung hat. Das ist

dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber durch die Verwendung der zu schützenden Kenntnisse nicht mehr erheblich schädigen könnte. Vorliegend hat die Arbeitgeberin das Geschäftsfeld, das vom Arbeitnehmer gepflegt wurde, nicht mehr bearbeitet.

Sachverhalt:

Zu prüfen war, ob das vereinbarte Konkurrenzverbot auch weitere zur Gruppe gehörende Betriebe umfasst und ob es dahinfällt, wenn der vom Arbeitnehmer (Beklagter) bearbeitete Kundenkreis nach seinem Austritt nicht mehr weiter bewirtschaftet wird.

Aus den Erwägungen:

Zum Konkurrenzverbot im Konzern

Grundsätzlich kann eine Verpflichtung, die Konkurrenzierung zu unterlassen, nur gegenüber dem eigentlichen Arbeitgeber eingegangen werden (vgl. Wortlaut von Art. 340 OR). In einem Konzern gilt es zu differenzieren, ob die Konkurrenzverbotsklausel den Einbezug dritter Unternehmen ausdrücklich erwähnt oder sich vom Wortlaut her allein auf den eigentlichen Arbeitgeber beschränkt. Nennt die Konkurrenzklausel ausschliesslich den Arbeitgeber als geschütztes Unternehmen, so kann der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden grundsätzlich zu sämtlichen anderen Unternehmen in Wettbewerb treten. Will der Arbeitgeber einen weitergehenden Wettbewerbsschutz, so muss dies grundsätzlich vertraglich vereinbart werden. Ohne eine besondere vertragliche Vereinbarung kann sich das Konkurrenzverbot aber ausnahmsweise auch auf Konzernunternehmen erstrecken. Das ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis im Konzern gemäss Vereinbarung "konzernoffen" praktiziert wurde, wenn der Vertrag mit der Konzernobergesellschaft den Einsatz des Arbeitnehmers auch in anderen Konzerngesellschaften vorsieht und das auch so praktiziert wurde und wenn das Konkurrenzverbot mit einer Holdinggesellschaft geschlossen wurde. Der Arbeitnehmer muss während seiner Tätigkeit Einblick in die Kundenkreise bzw. Geschäftsgeheimnisse der Konzerngesellschaften erhalten haben und eine Konkurrenzierung von Schwestergesellschaften muss den direkten Arbeitgeber erheblich schädigen können (vgl. zum Ganzen: NEERACHER CHRISTOPH, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 55; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a. a. O., N 7 in fine zu Art. 340 OR).

Vertragspartner des Beklagten ist die Klägerin und nicht die Z. Gruppe.

Im Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten wurde ein Konkurrenzverbot zugunsten der Klägerin sowie deren „Schwestergesellschaft C.K. Partner AG“ festgehalten. Die K. Partner AG ist nicht im Handelsregister eingetragen und existiert so auch nicht. Unter dem Dach

der Z. Gruppe wirtschaften die Klägerin, die K. AG, die K. Partner AG und (früher) die Y. AG (gelöscht).

Gegenüber den Schwestergesellschaften wurde kein Konkurrenzverbot ausdrücklich festgehalten. Tätig war der Beklagte nur für die Klägerin (die offenbar ebenfalls von K. beherrscht ist) und nicht auch für die anderen genannten Gesellschaften. Gemäss Angaben des Beklagten hat eine Datenweitergabe von der Klägerin an die anderen Gesellschaften, nicht jedoch in umgekehrter Richtung stattgefunden. Dies wird von der Gegenseite so nicht bestritten. Der Beklagte hat somit nicht vom Kundenkreis der gesamten „Gruppe“, sondern nur von demjenigen der Klägerin Kenntnis erhalten. Nach Gesagtem ist klar, dass sich das Konkurrenzverbot nur auf die Klägerin und nicht auch auf andere von K. beherrschte Gesellschaften erstreckt, was wiederum bedeutet, dass er zu jenen Unternehmen in den Wettbewerb treten darf.

Wegfall eines allenfalls gültigen Konkurrenzverbotes wegen fehlenden Interesses des Arbeitgebers?

Gemäss Art. 340c Abs. 1 OR fällt ein grundsätzlich gültig vereinbartes Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber durch die Verwendung der zu schützenden Kenntnis nicht mehr erheblich schädigen könnte (BK-REHBINDER, a. a. O., N 2 zu Art. 340c OR). Dies liegt z.B. bei einer vollständigen Geschäftsaufgabe des ehemaligen Arbeitgebers, einer Aufgabe eines Geschäftszweiges, in dem der Arbeitnehmer tätig war, oder beim Wegfall der Geheimnisqualität der geschützten Informationen vor. Entscheidend ist, ob das erhebliche Interesse des Arbeitgebers für die ganze rechtliche Dauer des Konkurrenzverbotes nicht mehr bestehen wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a. a. O., N 2 zu Art. 340c OR).

Wie die Beweisabnahmen gezeigt haben, hat die Klägerin das Geschäftsfeld, das vom Beklagten gepflegt wurde, nicht mehr bearbeitet. War aber die Klägerin (nicht die Unternehmensgruppe) jedenfalls bis 2014, also so lange das zweijährige Konkurrenzverbot bestanden hätte, nicht mehr in der Bau- und Immobilienbranche tätig, war das direkte Interesse der Klägerin (und nicht etwa der Unternehmensgruppe) an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots nicht mehr erheblich. Die Klägerin bewirtschaftete faktisch den Geschäftszweig nicht mehr selber. Der Beklagte stand somit mit der Klägerin gar nicht mehr in einem Wettbewerb, sondern höchstens mit einer „Schwestergesellschaft“. Das Konkurrenzverbot gilt aber, wie gezeigt wurde, nur gegenüber der Klägerin und nicht im gesamten Konzern.

Fakt ist, dass die Klägerin den fraglichen Geschäftsbereich jedenfalls bis 2014 nicht mehr bewirtschaftete, obwohl alle Kontaktdaten bei der Klägerin verblieben waren. Sie hätte einen neuen Mitarbeiter oder eine neue Mitarbeiterin anstellen können, allenfalls sogar ein „branchenfremdes Greenhorn“ (Zitat des Rechtsanwalts), um diesen Geschäftsbereich zu be-

arbeiten. Dass dies möglich gewesen wäre, dokumentiert die Klägerin ja selber damit, dass sie auf Herbst 2015 jemanden neu einstellen wollte. Dadurch, dass die Klägerin dies nicht früher tat, nahm sie in Kauf, während der Dauer des allfälligen Konkurrenzverbotes nicht im Wettbewerb mit dem Beklagten bzw. dessen Firma zu stehen.

Selbst wenn das Konkurrenzverbot als gültig erachtet würde, wäre es damit wegen des fehlenden erheblichen Interesses der Klägerin an dessen Aufrechterhaltung weggefallen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 21. September 2016, und Obergericht Zürich, Doss.Nr. LA160030, Urteil vom 8. Dezember 2016), in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2016 Nr. 24

Art. 59 ZPO; sind Brutto- oder Nettobeträge einzuklagen? Auswirkungen auf die sachliche Zuständigkeit. Bei Lohnklagen ist zur Bemessung des Streitwerts auf den Bruttolohn abzustellen. Dieser Auffassung ist insbesondere für den Fall, dass der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber vorgeht, zuzustimmen, weil dieser im Fall seines Unterliegens neben der Netto-Entschädigung auch die Arbeitnehmerbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung (bzw. an die Ausgleichskasse) zu bezahlen hat – sein wirtschaftliches „Streitinteresse“ sich somit um diesen Betrag erhöht. Für ihn stehen demnach nicht nur Fr. 29'262.25, sondern Fr. 31'872.– auf dem Spiel. Die Klägerin – im vorliegenden Fall trat sie aufgrund einer Legalzession (Art. 29 Abs. 2 AVIG) an die Stelle des Arbeitnehmers – macht nicht geltend, dass sie lediglich eine Teilklage habe erheben wollen. Eine solche liegt denn auch nach Treu und Glauben nicht vor. Der von ihr genannte Betrag von Fr. 29'262.25 entspricht nämlich genau der dem Arbeitnehmer ausbezahlten Netto-Entschädigung. Würde diese als Teilklage zugelassen bzw. interpretiert, hätte dies zur Folge, dass auch ein Arbeitnehmer lediglich seinen Netto-Lohn einklagen könnte, was die oben genannte Praxis betreffend Streitwert (Bruttolohn) aushebeln würde. Da somit der Betrag über Fr. 30'000.– liegt, ist nicht mehr das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, sondern das Kollegialgericht zuständig.

Sachverhalt:

Nachdem die Arbeitslosenkasse gestützt auf Art. 29 Abs. 2 AVIG in die Forderung eines Arbeitnehmers eingetreten war und selbständig Klage erhoben hatte, stellte sich die Frage, ob der Brutto- oder Nettobetrag massgebend ist. Je nachdem kommt das vereinfachte oder aber das ordentliche Verfahren zur Anwendung, was auch dafür massgebend ist, ob das Einzel- oder das Kollegialgericht sachlich zuständig ist.

Aus den Erwägungen:

Die Beklagte bringt vor, dass sich der Streitwert im Arbeitsprozess gemäss Obergericht Zürich nach dem Bruttolohn bemesse. Die Klägerin fordere von der Beklagten die Erstattung von erbrachter Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 29'262.25. Gemäss den Abrechnungen der Klägerin vom Februar 2016 bis Juli 2016 betrage der Bruttolohn, für welchen die Klägerin die Taggeldleistungen erbracht habe, insgesamt Fr. 31'872.–. Dieser Betrag liege somit über Fr. 30'000.–, weshalb nicht mehr das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, sondern das Kollegialgericht zuständig sei. Entsprechend sei auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. b ZPO nicht einzutreten.

Die Klägerin hält dem entgegen, dass sich der Streitwert gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimme. Werde die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme begehrt, entspreche der Streitwert diesem Betrag.

Wie die Beklagte zutreffend vorbringt, ist bei Lohnklagen zur Bemessung des Streitwerts auf den Bruttolohn abzustellen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a. a. O., S. 40 f.). Dieser Auffassung ist insbesondere für den Fall, dass der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber vorgeht, zuzustimmen, weil der Arbeitgeber im Fall seines Unterliegens auch die Arbeitnehmerbeiträge an die Ausgleichskasse bzw. an die Vorsorgeeinrichtung zu bezahlen hat.

Im vorliegenden Fall trat die Klägerin aufgrund der Legalzession (Art. 29 Abs. 2 AVIG) an die Stelle des Arbeitnehmers. Die Klägerin musste – wie aus den Taggeldabrechnungen ersichtlich ist – auch die Beiträge an die Sozialversicherungen tragen. Insoweit besteht kein Anlass, von der obengenannten Praxis betreffend Streitwertberechnung abzuweichen. Mithin ist vom Brutto-Entschädigungsanspruch auszugehen. Somit beträgt der Streitwert Fr. 31'872.–.

Die Klägerin macht im vorliegenden Prozess nicht geltend, dass sie lediglich eine Teilklage habe erheben wollen. Eine solche liegt denn auch nach Treu und Glauben nicht vor. Der von der Klägerin genannte Betrag von Fr. 29'262.25 entspricht nämlich genau der dem Arbeitnehmer ausbezahlten Netto-Entschädigung. Würde diese als Teilklage zugelassen bzw. interpretiert, hätte dies zur Folge, dass auch ein Arbeitnehmer lediglich seinen Netto-Lohn einklagen könnte, was die oben genannte Praxis betreffend Streitwert (Bruttolohn) aushebeln würde.

Für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Klage mit einem Streitwert von Fr. 31'872.– ist im ordentlichen Verfahren zu behandeln (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario).

Auf die vorliegende Klage ist daher mangels richtiger Verfahrensart nicht einzutreten. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 114 lit. c

ZPO). Die unterliegende Partei hat der obsiegenden Beklagten für die Stellungnahme betreffend Streitwert eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mehrwertsteuer wurde nicht geltend gemacht.

Die Klägerin war mit dieser Entscheidung nicht einverstanden und gelangte mit einer Berufung an das Obergericht Zürich.

Aus dem Entscheid des Obergerichtes:

In casu gibt es keinen Grund von der vorerwähnten Methode zur Streitwertberechnung abzuweichen und es rechtfertigt sich auch vorliegend, von den Bruttobeträgen auszugehen. Aus den aktenkundigen Taggeldabrechnungen geht hervor, dass die Klägerin jeweils von der Brutto-Entscheidung die Sozialversicherungsbeiträge abgezogen und entsprechend nur die Nettobeträge an den Versicherten ausbezahlt hat. Insgesamt betragen die kumulierten Abzüge für die Monate Februar 2016 bis Juli 2016 Fr. 2'609.75. Gemäss Art. 29 Abs. 2 AVIG gehen alle Ansprüche des Versicherten im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigungen auf die Arbeitslosenkasse über. Die Arbeitslosenkasse subrogiert insoweit von Gesetzes wegen in die Ersatzforderung des Arbeitnehmers, als sie tatsächlich Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet hat, während ein allfälliger Restanspruch beim Versicherten verbleibt (GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, 1987, Art. 29 N 17). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden von der Legalzession nicht nur die Netto-Auszahlungen erfasst. Soweit auf der Arbeitslosenentschädigung Sozialabgaben vom Versicherten zu tragen sind und die Arbeitslosenkasse diese direkt an die Sozialversicherungsträger bezahlt, subrogiert sie auch in die entsprechenden Brutto-Lohnansprüche der versicherten Person. Denn es könne, gemäss Bundesgericht, nicht darauf ankommen, wer formell zur Abrechnung verpflichtet sei. Massgebend sei allein die materielle Abgabepflicht. Soweit diese den arbeitslosen Arbeitnehmer belaste, erfolge die Zahlung der Arbeitslosenentschädigung auch insoweit für ihn, als zu seinen Gunsten – sei es direkt an die entsprechenden Sozialversicherungsträger – Sozialabgaben ausgerichtet würden. Die versicherte Person ist an den Sozialversicherungsabgaben, die für sie von der Arbeitslosenkasse abgerechnet wurden, nicht mehr aktivlegitimiert (BGer 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002, E. 3.1). Die Legalzession im Sinne von Art. 29 Abs. 2 AVIG umfasst nach dem Gesagten somit die gesamte Brutto-Entscheidung und nicht nur die an den Versicherten ausbezahlten Nettobeträge.

Die Klägerin bringt nun erstmals im Berufungsverfahren vor, die von ihr geleisteten Sozialversicherungsbeiträge würden im Falle ihres Obsiegens von der ZAS storniert bzw. zurückgebucht. In diesem Fall wäre die Beklagte als ehemalige Arbeitgeberin verpflichtet, die Beiträge zu Gunsten des Arbeitnehmers an die entsprechenden Sozialversicherungsträger zu bezahlen. Auf diesen Umstand wurde die Beklagte in diversen Subrogations-

anzeigen der Klägerin auch mehrmals hingewiesen: „Selbstverständlich steht es Ihnen [der Beklagten] frei, uns den genannten Betrag, für welchen Sie die Sozialversicherungsbeiträge abrechnen müssen, umgehend zu überweisen oder schriftlich anzuerkennen.“ Somit geht die Klägerin selbst explizit davon aus, dass die Beklagte nicht nur die Netto-Arbeitslosenentschädigung zu ersetzen hat, sondern eben zusätzlich auch die Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hat. Im Falle ihres Unterliegens hat die Beklagte demnach neben der durch die Klägerin bereits ausbezahlten Netto-Entschädigung auch noch die Arbeitnehmerbeiträge zu leisten, weshalb sich das wirtschaftliche „Streitinteresse“ der Beklagten um diesen Betrag erhöht. Neben der eingeklagten Summe von Fr. 29'262.25 müsste die Beklagte diesfalls zumindest auch noch die Arbeitnehmerbeiträge von insgesamt Fr. 2'609.75 bezahlen. Für die Beklagte stehen im vorliegenden Prozess zusammenfassend eben nicht nur Fr. 29'262.25, sondern Fr. 31'872.– auf dem Spiel.

Nach dem Gesagten wäre die Streitwertberechnung der Vorinstanz auch dann nicht zu beanstanden, wenn die von der Klägerin erstmals vor Obergericht vorgebrachten Noven noch berücksichtigt werden könnten. Da der Streitwert der vorliegenden Klage somit Fr. 30'000.– übersteigt, ist in Anwendung von § 25 GOG e contrario nicht das Einzelgericht sondern das Kollegialgericht im ordentlichen Verfahren zuständig (Art. 243 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO).

Abschliessend prüfte das Obergericht Zürich noch die Frage, ob die Vorinstanz – anstatt auf die Klage nicht einzutreten – das Verfahren intern hätte an das zuständige Kollegialgericht überweisen müssen. Es kam zum Ergebnis, dass eine Überweisung nach der (neuen) ZPO nicht (mehr) in Frage komme.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 10. November 2016, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2016 Nr. 1

Art. 319 OR; Phantom-Arbeitgeberin aus dem Internet. Es wäre dem Kläger zumutbar gewesen nachzuprüfen, wer für die im Handelsregister eingetragene Beklagte (Arbeitgeberin) zeichnungsberechtigt ist. Alleine der Umstand, dass irgendjemand unter der Firma der Beklagten gehandelt und dem Kläger eine Website zur Verfügung gestellt hat, lässt den Schluss auf eine Anscheinsvollmacht nicht zu. Die Voraussetzungen einer solchen sind deshalb nicht gegeben.

Sachverhalt:

Der Kläger will über das Internet einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen haben. Er habe sich für die vereinbarten Arbeitsleistungen zur Verfügung gehalten und immer wieder nachgefragt. Als er dann

auch keinen Lohn erhalten habe, habe er gekündigt. Die Beklagte bestreitet, dass je ein Arbeitsvertrag zwischen ihr und dem Kläger zustande gekommen sei. Sie kenne weder den Kläger, noch habe ihr Geschäftsführer A. die Unterschrift auf dem vom Kläger ins Recht gelegten Arbeitsvertrag geleistet. Die Beklagte sei sowieso nur für den Kauf der Familienwohnung von A. gegründet worden.

Da der Kläger Staatsangehöriger von Deutschland ist und auch die Tätigkeit in Deutschland erbracht hatte, kam deutsches Rechts zur Anwendung. Für das Recht über die Stellvertretung wurde daher das BGB beigezogen. Die vom Kläger als Zeugen angerufenen Personen waren nicht auffindbar.

Aus den Erwägungen:

Die Erteilung einer Vollmacht seitens A. an die (angeblich für die Beklagte) handelnden Y. und/oder Z., für die Beklagte Rechtsgeschäfte abzuschließen, insbesondere den streitgegenständlichen Arbeitsvertrag, lässt sich weder dem Vorbringen des Klägers noch den Akten entnehmen; die (angeblich) namens der Beklagten im Arbeitsvertrag ausgewiesene Unterschrift lässt sich weder Y. noch Z. zuordnen.

Geht man davon aus, dass Y. sowie Z. als Vertreter ohne Vollmacht gehandelt haben, hängt die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages von einer allfälligen Genehmigung durch die Beklagte ab. Die Beklagte (handelnd durch A.) hat indessen die vorgesehenen Dienstleistungen des Klägers nie beansprucht und ihm auch nie Lohn bezahlt. Sie erachtet sich auch nicht als lohnzahlungspflichtig, da sie mit dem Kläger keinen Arbeitsvertrag geschlossen habe. Eine Genehmigung des Vertragsabschlusses durch die Beklagte ist demnach nicht erfolgt.

Die Beklagte bestreitet überdies, überhaupt vom Handeln von Y. sowie Z. gewusst zu haben. Es ist aus den Akten auch nicht ersichtlich, wie sie davon hätte erfahren können oder sollen. Der Kläger führte selber aus, dass er sich nicht darum bemüht habe, abzuklären, wer für die Beklagte handeln darf. Somit hatte er während der Vertragsverhandlungen nie mit der „Vertretenen“ selber Kontakt aufgenommen. Bereits in seiner E-Mail-Nachricht an Y. brachte der Kläger selber zum Ausdruck, dass die Anweisungen „immer dubioser“ würden. Ihm ist in dieser Beobachtung ohne Weiteres zuzustimmen. So wurde bereits im Vertrag eine eher atypische Arbeitstätigkeit vereinbart, war doch die einzige Aufgabe der „Empfang von Banküberweisungen von Kunden“ und die sofortige Weiterleitung dieser Gelder. Vorgesehen war zudem eine Arbeitszeit von einer Stunde täglich und ein Monatslohn von 2'400.– Euro. Sowohl für deutsche als auch für Schweizer Verhältnisse ist dies ein sehr hoher Lohn. Auch bringt der Kläger selber vor, dass er einzig mit Y. und Z. Kontakt gehabt habe, der Vertrag in der Folge aber von einem „A.“ (Nachname abgekürzt, dafür Vorname ausgeschrieben; A.d.R.) unterzeichnet worden sei. All diese Indi-

zien hätten dem Kläger schon während den Vertragsverhandlungen Zweifel hervorrufen sollen, weshalb er sich bei der Beklagten hätte erkundigen müssen, ob eine gültige Vollmacht an die in ihrem Namen handelnden Personen vorliege. Es wäre ihm durchaus zumutbar gewesen, nachzuprüfen, wer für die im (öffentlichen) Handelsregister eingetragene Beklagte zeichnungsberechtigt ist, sind diese Informationen doch auch im Internet abrufbar. Die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht sind deshalb nicht gegeben. Alleine der Umstand, dass irgendjemand unter der Firma der Beklagten gehandelt und dem Kläger eine Website zur Verfügung gestellt hat, lässt den Schluss auf eine Anscheinsvollmacht nicht zu. Eine gültig Stellvertretung der Beklagten durch die Personen, die vorgegeben haben, in ihrem Namen zu handeln, liegt demnach nicht vor.

Es ist demnach nicht erstellt, dass entgegen dem Aktenanschein A. den Arbeitsvertrag für die Beklagte unterzeichnet haben könnte. Ebenso wenig kann von einer Vollmachtserteilung der Beklagten (handelnd durch A.) an Y. und/oder Z. ausgegangen werden. Auch hat die Beklagte den Arbeitsvertrag mit dem Kläger nicht genehmigt. Schliesslich kann sich der Kläger auch nicht auf eine Anscheinsvollmacht berufen.

Zwischen der Beklagten und dem Kläger ist damit kein Arbeitsvertrag zustande gekommen, weshalb die Klage abzuweisen ist.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahr 2016

Rezensionen zu ausgewählten Publikationen dieser Bibliografie sind im ArbR 2016 publiziert.

I. Lehrbücher, Monografien und übergreifende Darstellungen

ALBRECHT, KATHRIN: Prämien im Berufsfussball, Bern 2016

ANDRES, ROGER: Die Normen der Arbeitssicherheit: System und Kritik am Beispiel des Bauens, Zürich 2016

BIELI, BELINDA: Mobbing aus Sicht des Schweizer Arbeitsrechts, Zürich/St. Gallen 2016

BOBST, RICHARD: Home Office: Möglichkeiten und Beschränkungen, Zürich 2016

BUCHER, THOMAS: Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses von Lehrpersonen der Volksschule des Kantons Zürich, Zürich 2016

CASEY-OBRIST, ANGELA: Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, Basel 2016

DOMENIG, PASCAL: Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Bern 2016

FERNANDEZ, MATHIAS: Entschädigung und Genugtuung wegen missbräuchlicher Kündigung, Zürich 2016

FISCHER, STEPHAN: Arbeitszeugnis, Beurteilung und Durchsetzung, Handbuch für die Praxis, Zürich/St. Gallen 2016

GALLMANN, ROBERT/GERSBACH, ANDREAS: Der Unternehmensjurist – Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2016

HEEB, DAVID: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340–340c OR, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes unter Berücksichtigung von Abgrenzungsfragen und der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs nach ZPO, Bern 2016

MÜLLER, ROLAND/THALMANN, PHILIPPE: Streitpunkt Arbeitszeugnis: rechtliche Grundlagen, Zeugnisinhalt und -analyse, Muster und Checklisten, 2. Aufl., Basel 2016

MICHEL, JEAN-TRISTAN: Les cadres supérieurs en droit du travail suisse: en particulier au sein de la société anonyme, Lausanne 2016

NOVIER, MERCEDES: Le droit du travail du médecin-assistant et du chef de clinique: aperçu du droit fédéral et de la situation en Suisse romande, Zurich 2016

OEHRI, CARINA: Arbeitsunfähigkeit, Ferienunfähigkeit und Stellensuchunfähigkeit im Arbeitsrecht, Zürich 2016

PORTMANN, WOLFGANG/DUNAND, JEAN-PHILIPPE: JAR 2016 – Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2015

ROSELLO, HÉLOÏSE: Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Zurich 2016

SOKOLL, JOHANNES: Referenzen im Arbeitsrecht, Zürich 2016

VOGLER, MANUEL: Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2016

II. Aufsätze

AMARELLE, CESLA Des mesures incitatives aux mesures contraignantes: analyse des instruments de contrôle étatiques pour instaurer l'égalité, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zurich 2016, 267 ff.

AMONN, TONI: Begrenzung des Fahrkostenabzugs nach FABI – Wie zähmt man ein steuerliches Bürokratiemonster?, Jusletter vom 9. Mai 2016

AUBRY GIRARDIN, FLORENCE: Les problèmes que se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zurich 2016, 95 ff.

BÉGUIN, MARTIN: La requalification de dividendes en salaire, GesKR 2016, 104 ff.

BEYELER, MARTIN: Mindestlöhne im öffentlichen Beschaffungswesen, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich 2016, 363 ff.

BIAGGINI, RAFFAELLA: Arbeitsrechtliche Vorfragen im Sozialversicherungsprozess, in: Hürzeler/von Kaenel (Hrsg.), Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen, Zürich 2016, 49 ff.

BRUCHEZ, CHRISTIAN: Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von

Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zurich 2016, 179 ff.

BRÜHWILER, JÜRIG: Unterstellung von Aussenseiter-Mischbetrieben unter allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge: dargestellt am Beispiel des allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe und insbesondere aufgrund der sogenannten Umsatzschwellenpraxis CHF 500'000, ARV 2016, 69 ff.

CHAVANNE, MICHEL: La jurisprudence du TF en droit du travail: morceaux choisis, plaidoyer 2016, no. 4, 36 ff.

CIRIGLIANO, LUCA: Die Reform der Arbeitszeiterfassungspflicht nach Art. 73a ArGV 1 – Voraussetzungen und Grenzen für den Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung, Jusletter vom 15. Februar 2016

CRAMER, CONRADIN: Lohngeheimnis und Lohntransparenz, AJP 2016, 1471 ff.

DELAVY, ROMAIN: Die «höhere leitende Tätigkeit» im Arbeitsrecht nach aktueller Rechtsprechung, Expert Focus 4/2016, 221

DELLEY, RÉGINE: Le topsharing: un moyen pour briser le plafond de verre?, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zurich 2016, 305 ff.

DOMENIG, BENJAMIN: Der Verleihvertrag nach AVG, Vermittlungsent-schädigung und das Verhältnis zum Mäklervertragsrecht, recht 2016, 86 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE: L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg), in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zurich 2016, 35 ff.

EPINEY, ASTRID: Freizügigkeit Schweiz-EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, Zürich 2016, 3 ff.

EPINEY, ASTRID: Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls zum FZA: eine rechtliche oder eine politische Frage?, Jusletter vom 13. Juni 2016

FLÜCKIGER, YVES: Expertise en matière de discrimination salariale: le point de vue économique, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zurich 2016, 201 ff.

FREIVOGEL, ELISABETH/VOLODER, ANER: Lohndiskriminierungen will man häufig nicht wahrhaben, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Genève/Zürich 2016, 175 ff.

GANDJOVA, SVETLANA/MAIR, KARIN/MÜLLER, SHAHANAZ: Hinweisersysteme: bereits implementiert?, *digma* 2016, 12 ff.

GEISER, THOMAS: Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten (Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz), *ZBJV* 2016, 231 ff.

GEISER, THOMAS: Rechtliche Hindernisse zur Einführung einer vereinheitlichten Regelung der Arbeitsverhältnisse, Dunand/Mahon/Perrenoud (éd.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique: droit suisse et droit comparé*, Genève 2016, 279 ff.

GEISER, THOMAS: Die „objektiven“ Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Genève/Zürich 2016, 159 ff.

GNÄDINGER, ANDREAS: Sozialplan und Berufliche Vorsorge ,Expert Focus 3/2016, 168 ff.

HAHN, MICHAEL: Die Kündigung des FZA als Voraussetzung für die Einführung von Kontingenten in Umsetzung des Art. 121a BV, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2015/2016, Zürich 2016, 457 ff.

HÄNNI, PETER/DELGADO, SOPHIA/ISELI, TAMARA: Gleichstellung zwischen Frauen und Männern in der EU, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2015/2016, Zürich 2016, 31 ff.

HENSCH, ANGELA: Arbeitnehmer mit Familienpflichten, *AJP* 2016, 1631 ff.

HENSCH, ANGELA: Tod des Arbeitnehmers, *AJP* 2016, 161 ff.

HESS, MICHAEL: Vertragsfreiheit statt Sozialschutz bei sehr hohen Einkommen, *Jusletter* vom 18. Januar 2016

HILTI MARTIN: Schutz vor Whistleblowing in Europa?, *digma* 2016, 6 ff.

HÜRZELER, MARC/SAKIZ TULAY: Ausgewählte Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und Personalvorsorge, in: Hürzeler/von Kaenel (Hrsg.), *Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen*, Zürich 2016, 65 ff.

HUSMANN, DAVID: Arbeitsrecht und EMRK: «Affaire Howald Moor et Autres c. Suisse» – eine Odysee durch Gerichte und Politik, AJP 2016, 487 ff.

KAISER, MARTIN: Rechtliche Überlegungen zur Vertragskündigung eines Spielers gemäss Art. 13 ff. des FIFA Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern (RSTS) – Unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers betreffend vorzeitige, einseitige Beendigung eines Arbeitsvertrages gemäss Art. 337 ff. OR, Jusletter vom 23. Mai 2016

KAUFMANN, CHRISTINE/GOOD, CHRISTOPH: Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, AJP 2016, 647 ff.

KIESER, UELI: Lohn im Arbeitsrecht – Lohn im Sozialversicherungsrecht: Parität – Disparität?, in: Hürzeler/von Kaenel (Hrsg.), Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen, Zürich 2016, 27 ff.

KULL, MICHAEL: Arbeitsvermittlung, ARV 2016, 181 ff.

LEMPEN, KARINE: Une influence insoupçonnée sur le droit du travail, Plaidoyer 2016, no. 6, 56 ff.

LEMPEN, KARINE: La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011–2015), in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zürich 2016, 135 ff.

LICCI, SARA: Einordnung von Freiwilligenarbeit – Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Auftrag, ius.full 2016, 94 ff.

LOCHER, LEA: Whistleblowing durch Staatsangestellte, digma 2016, 26 f.

MADUZ, CHRISTIAN/SCHMID, OLIVER: Revision der Arbeitszeiterfassung – Analyse der Rechtmässigkeit von Art. 73a und 73b ArGV 1, AJP 2016, 23 ff.

MAHON, PASCAL/STEFFANINI, FEDERICA: Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zürich 2016, 1 ff.

MARTENS, ANDREAS: Gesundheitsmassnahmen bei Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung – Anforderungen aus arbeitswissenschaftlicher Sicht, Jusletter vom 15. Februar 2016

MARTI WHITEBREAD, CLAUDIO: Égalité salariale entre femmes et hommes: état des lieux, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und

Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zürich 2016, 223 ff.

MEDICI, GABRIELA: Verfassungsrechtliche Perspektive auf die Pendelmigration zur Alterspflege in schweizerischen Privathaushalten, PflEGerecht 2016, 79 ff.

MEIER-GUBSER, STEFANIE: Schwangere, Wöchnerinnen und Stillende im Arbeitsrecht, TREX 2016, 148 ff.

MÜLLER, ROLAND: Die Regelung der Arbeitszeit in der Schweiz, in: Geiser/Müller(Hrsg.), Arbeitszeit in Europa – Working Time in Europe, Tagungsband zum VII. Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialog 2014 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, 177 ff.

MÜLLER, ROLAND/INAUEN, DAVID: Die Haftung des Arbeitgebers bei Berufsunfällen und Berufskrankheiten, AJP 2016, 173 ff.

NUSSBAUMER, SANDRA/KAUFMANN, PETER: Zeitbankguthaben – sozialversicherungsrechtliche Fragen, HAVE 2016, 20 ff.

PÄRLI, KURT: Gibt es ein Recht auf Faulheit?, Jusletter vom 29. Februar 2016

PÄRLI, KURT: Eltern im Arbeitsverhältnis: was (wie) geregelt ist (und was nicht), FamPra 2016, 933 ff.

PÄRLI, KURT: Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, ARV 2016, 243 ff.

PÄRLI, KURT: «Publicisation» des Arbeitsrechts: tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen, in: Dunand/Mahon/Perrenoud (éd.): Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique: droit suisse et droit comparé, Genève 2016, 243 ff.

PASCHOUD, SOPHIE: L'enregistrement simplifié du temps de travail – pas si simple, Questions de droit, Lausanne 2016, no 97, 7 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE: La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zürich 2016, 73 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE: En guise de synthèse: quelques considérations au sujet de l'opportunité et des possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme, in: Dunand/Mahon/Perrenoud (éd.): Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique: droit suisse et droit comparé, Genève 2016, 455 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE: L'évolution historique du droit de la relation de travail, in : Dunand/Mahon/Perrenoud (éd.): Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique: droit suisse et droit comparé, Genève 2016, 1 ff.

PORTMANN, ARMAND: Phishing – Mitarbeiter auf dem Prüfstand, *digma* 2016, 30 ff.

REUTTER, THOMAS U.: Die Vergütung im Voraus: in absurdo nihil obstat, *GesKR* 2016, 197 ff.

ROHNER, TOBIAS F./KESSLER, MARTINA A.: Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – arbeits-, straf- und steuerrechtliche Aspekte, *SJZ* 2016, 221 ff.

RUDIN, BEAT: Unbefriedigender Whistleblower-Schutz, *digma* 2016, 4 f.

RUDOLPH, ROGER: Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht, *AJP* 2016, 145 ff. und *TREX* 2016, 28 ff.

RÜEDI, FRIDA: Zulassung von ausländischen Sexarbeiterinnen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens – Vereinbarkeit der Zulassungspraxis des Kantons Bern mit den Garantien des Freizügigkeitsabkommens, *Jusletter* vom 18. Januar 2016

SATTIVA SPRING, CHRISTINE: La discrimination salariale dans le canton de Vaud: problèmes choisis, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Genève/Zurich 2016, 191 ff.

SATTIVA SPRING, CHRISTINE: Égalité des sexes et mesures positives: la voie difficile de l'égalité effective, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Genève/Zurich 2016, 279 ff.

SCHRÖTER, OLIVER/MARTI WHITEBREAD, CLAUDIO: Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg/1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Genève/Zurich 2016, 239 ff.

SENTI, CHRISTOPH: Gratarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohns, *AJP* 2016, 59 ff.

STAUBER-MOSER, SUSY/VOLODER, ANER: Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von*

Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zürich 2016, 119 ff.

STÖCKLI, JEAN-FRITZ/CASEY-OBRIST, ANGELA: Die Optierung gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO: und ihre Auswirkungen auf die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, FS Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 643 ff.

VASELLA, DAVID: Whistleblowing-Systeme im Konzern, digma 2016, 76 ff.

WAGNER, REMO: Überwachung von Mitarbeitergeschäften im Effektenhandel – Grundlagen und Schranken aus arbeitsvertraglicher und datenschutzrechtlicher Sicht, AJP 2016, 1310 ff.

WAGNER, REMO: Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege – Ein Beitrag zur Qualifikation und Zulässigkeit von 24-Stunden-Arbeitsmodellen von privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbietern, AJP 2016, 768 ff.

WEIBEL, ROSEMARIE: Frauendiskriminierung? Eine Beleidigung, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, Genève/Zürich 2016, 123 ff.

WENGER, WERNER/AUFRICTIG, JANINA: Ist das gemäss Art. 335j OR zu bestellende «Schiedsgericht» ein Schiedsgericht?, FS Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 719 ff.

WILDHABER, ISABELLE: Die Roboter kommen: Konsequenzen für Arbeit und Arbeitsrecht, ZSR 2016, 315 ff.

WILDHABER, ISABELLE/GEISER THOMAS: Arbeitsrechtliche Fallstricke beim Jobsharing, ARV 2016, 1 ff.

III. Urteilsbesprechungen und Rechtsprechungsübersichten

ABEGG ANDREAS/BERNAUER, CHRISTOF: Arbeitsrechtliche Präjudizien des Bundesgerichts – Ein selektiver Überblick über die Rechtsprechung 2012–2015, Jusletter vom 2. Mai 2016

CARDINAUX, BASILE: Die aktuelle sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich 2016, 501 ff.

EPINEY, ASTRID/MOSTERS, ROBERT: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2015 und ihre Implikationen für das Frei-

zfügigkeitsabkommen Schweiz-EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich 2016, 63 ff.

EPINEY, ASTRID/NÜESCH, DANIELA: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, Zürich 2016, 303 ff.

GEISER, THOMAS: Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016, 100 ff.

GEISER, THOMAS: Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht, AJP 2016, 1376 ff.

GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht/Le point sur le droit du travail, SJZ 2016, 352 ff.

KULL, MICHAEL/SOMMER-BÄNI, EVA-MARIA: Personalverleih oder einfacher Auftrag? – Qualifikation der Hausbetreuung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Überblick, AJP 2016, 778 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 2016, 114 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014, ZBJV 2016, 847 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Diebstahl am Arbeitsplatz – Fristlose Entlassung wegen Stehlens einer Sache mit geringem Wert, ARV 2016, 16 ff.

PORTMANN, WOLFGANG/DOBREVA, VANIA: Abklärungs- und Anhörungspflichten des Arbeitgebers vor ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigungen, ARV 2016, 92 ff.

RUDOLPH, ROGER: Auslagenersatz: Nachvertragliche Pflicht des Arbeitgebers zur Übernahme von Rechtsverfolgungskosten, die dem Arbeitnehmer als Folge seiner beruflichen Tätigkeit entstanden sind: Besprechung des Beschlusses GE.2014.52/2.02.05 des Bezirksrats Horgen vom 2. Oktober 2016, ARV 2016, 264 ff.

E. Verzeichnisse

Gesetzesregister

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>1. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>	
1	239
9	412
12	412
13	412
46	467–468
<i>2. ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111)</i>	
49	412
15	186
73	467–468
<i>3. AVIG (Arbeitslosenversicherungsgesetz, BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, SR 837.0)</i>	
29	604
<i>4. aBankV (Bankenverordnung, VO über die Banken und Sparkassen, SR 952.02)</i>	
9	197–198
<i>5. Besoldungsverordnung/TG (VO des Grossen Rates des Kantons Thurgau über die Besoldung des Staatspersonals, SR TG 177.22)</i>	
20	258–259
22	258–259
<i>6. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
71	123–124
83	164
93	286, 394–395
115	219–220
<i>7. BPG (Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1)</i>	
10	109, 131, 155
20	109

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>8. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
8	169–170, 258–259
28	404
29	197–198
49	258–259
<i>9. BVG (Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40)</i>	
73	467–468
<i>10. BZP (Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, SR 273)</i>	
17	123–124
<i>11. CCNT (Convention collective nationale de travail pour l'hôtellerie-restauration)</i>	
21	389
<i>12. CCT Santé21 (Convention collective de travail du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, version droit public, 2008–2012)</i>	
3 ss	212–213
3.5	212–213
<i>13. DSG (Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1)</i>	
2	286, 394–395
<i>14. EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101)</i>	
6	197–198
<i>15. EntsG (Entsendegesetz, BG über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20)</i>	
1	341
7	341

Artikel bzw. Paragraph	Seite	Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>16. EntsV (Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.201)</i>		322d	192, 244, 399, 519
11	341	323b	451–452
16c	341	324	598
<i>17. EOG (Erwerbsersatzgesetz, BG über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, SR 834.1)</i>		324a	462
16c	258–259	328	206–207
<i>18. FINMAG (Finanzmarktaufsichtsgesetz, BG über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, SR 956.1)</i>		328b	583–584
3	197–198	329d	99–100, 336
33	197–198	335	443, 591–592, 598
<i>19. FZAKV (Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherern)</i>		335b	355
4	282	336	109, 119, 141–142, 155, 206–207, 212–213, 502, 568–569
<i>20. GIG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)</i>		336a	141–142, 234
3	169–170	336b	212–213, 384
6	169–170	336c	277, 327, 568–569
<i>21. OR (Obligationenrecht, SR 220)</i>		337	93, 148, 256, 327, 377, 404, 457–458, 568–569
13	591–592	337c	216, 305–306, 336, 451–452
18	112, 248, 502	340	248, 601–602
20	305–306	340c	248, 601–602
53	404	341	449, 451–452, 579
62	473–474	349a	99–100
63	473–474	360a	341
64	473–474	360b	341
84	274–275	717	423
101	473–474	718 ff.	234
120	451–452	935	141–142
154	316–317	<i>22. RPAC (règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du canton de Genève)</i>	
319	481–482, 550, 596, 607	44A	277
320	502, 520, 596	<i>23. UNO-Pakt II (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2)</i>	
321	377	14	197–198
321a	316–317, 362, 423	<i>24. UWG (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241)</i>	
321c	299, 389, 449	2	423
322	192, 244, 274–275, 451–452, 494, 530–531	3	423
322a	99–100		

Artikel bzw. Paragraph	Seite	Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>25. VVG (Versicherungsvertragsgesetz, BG über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1)</i>		<i>29. ZPO (Schweizerische Zivilprozess- ordnung, SR 272)</i>	
9	282	4	136
		34	265, 487
		59	370, 604
<i>26. VwVG (Verwaltungsverfahrensgesetz, BG über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021)</i>		63	370
35	197–198	65	370
61	197–198	83	123–124
		85	286
		86	293
		90	293
<i>27. StGB (Schweizerisches Strafgesetz- buch, SR 311.0)</i>		91	370
321	583–584	163	286
		168	152
		227	136
<i>28. ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210)</i>		247	467–468
2	99–100	319	394–395
8	123–124, 389, 473–474		
59			
80	164		

Stichwortverzeichnis

1. Stichwörter in deutsch

(in Klammern in französisch)

A

- Abnahme des Führerausweises 377
- Abrechnungszeitpunkt eines Bonus 539
- Absenzen 327
- absichtlich unterlassener Verdienst 598
- Abwerben von Mitarbeitenden 423
- Abwesenheitsmeldung, verspätete 327
- «Abzügel» von Mitarbeitenden 423
- akzessorischer Charakter des Bonus 494
- allgemeine Anstellungsbedingungen 112
- ambulanten Poolzulagen 186
- Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 3 ff.
- Änderungskündigung (congé-modification) 119
- anderweitige Rechtshängigkeit i.S. von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO 370
- Anklageprinzip (principe d'accusation) 348–349
- Anrechnung an die Lohnforderung 598
- Anscheinsvollmacht 607
- Anstellungsbedingungen, allgemeine 112
- anwendbares Sanktionsrecht (droit des sanctions applicable) 348–349
- Arbeitgeber(s)
 - Erben des verstorbenen 224
 - öffentlich-rechtlicher (employeur public) 219–220
- Arbeitnehmerbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung 604
- Arbeitnehmerin, schwangere 511–512
- Arbeitnehmerschutz 550
- Arbeitnehmervertretung 109
- Arbeitsbedingungen, Kritik an den 511–512
- Arbeitsfähigkeit 152
 - Teil-, verbleibende 583–584
- Arbeitsgerichts, Unzuständigkeit des 579
- Arbeitslosenkasse, Täuschung der 248
- Arbeitsniederlegung, sofortige einer schwangeren Arbeitnehmerin 511–512
- Arbeitsorganisation 239
- Arbeitsort
 - gewöhnlicher 265
 - flüchtiger 265
- Arbeitsunfähigkeit 583–584
 - des Lastwagenchauffeurs 377
 - krankheitsbedingte 327
- Arbeitsutensilien 598
- Arbeitsverhältnis(es)
 - faktisches 502
 - in Dreieckskonstellationen 239
 - «konzernoffenes» Praktizieren des 601–602
- Arbeitsvertrag(s),
 - Bestand des 123–124
 - konkludenter Abschluss des 123–124
 - Qualifikation als 550
 - simulierter 502
 - Zustandekommen des 123–124
- Arbeitszeit 186
 - gleitende (horaire de travail flexible) 299
- Arbeitszeugnis 362
- Arzt 186
- Ärztinnen, gynäkologisch tätige 76 ff.
- ärztliches Berufsgeheimnis 583–584
- Aufhebungsvereinbarung 248, 443
 - Rechtsfolgen bei Ungültigkeit der 443
- Auflösung des Arbeitsverhältnisses, zeitnahe 355
- Ausbildung von Mitarbeitenden des Eidg. Nuklearsicherheitsinspektorats 86 ff.
- Ausgleichskasse 604
- Auskunftsrecht der tripartiten Kommissionen (droit de renseignement des commissions tripartites) 341
- ausländischer Arbeitseinsatz 539
- Auslandtaten, Anwendbarkeit des AETR sowie der ARV 1 bei (champ d'application de l'AETR et de l'OTR 1 en cas d'infractions à l'étranger) 348–349
- ausserdienstliches Verhalten 311

B

- Bank (banque) 244, 579
- Bar-Boni 293
- Bauernhof 224
- Bearbeitung des Geschäftsfelds 601–602

Beaufsichtigte (entité assujettie à surveillance) 197–198
 Befreiung von der Arbeitspflicht 598
 befristeter Arbeitsvertrag mit Maximaldauer 568–569
 Behinderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers 423
 behördeninterne Vorgehensweisen 311
 Beistandspflicht, partnerschaftliche 502
 Belästigung, sexuelle 112
 Bemessung des Streitwerts 604
 Bereitschaftsdienst 186
 Berufsgeheimnis, ärztliches 583–584
 Berufstätigkeit, Mittelpunkt der 265
 Berufsverbot, finanzmarktrechtliches 197–198
 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (recours en matière de droit public) 219–220
 Bestimmtheit des Rechtsbegehrens (détermination des conclusions) 293
 Betrieb(s)
 – Begriff des 239
 – öffentlicher 239
 – -inhaber 239
 – privater 239
 Bestand des Arbeitsvertrags 123–124
 Beteiligungsprogramm 559
 Betriebsstörungen 412
 Beweislast
 – für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags 123–124
 – -verteilung 224
 Beweismittel, zivilprozessuales 152
 Bewerbungsdossiers in der Bundesverwaltung 80
 Bonus 192, 244, 293, 494, 519
 – akzessorischer Charakter des 494
 – Gewinnbeteiligungs-, Verfall des 539
 – -modell, widersprüchliches 519
 Bund 109
 Bundesblatt (BBl) 14 ff.

C

Chauffeur 377
 Chauffeurverordnung 49 ff., 348–349
 Chefarzt 186

D

Dauerbeziehung 123–124
 Datengewinnung, -bearbeitung und -auswertung 66 f.
 Direktionsgewalt 239
 Doppelverhältnis, schuld- bzw. gesellschaftsrechtliches 530–531
 doppelte Treuepflicht 109
 Dreieckskonstellationen, Arbeitsverhältnis in 239
 Dringlichkeit der Arbeit 412
 Durchbrechung des Territorialitätsprinzips (dérogation au principe de la territorialité) 348–349
 Durchführung des Arbeitsvertrages 583–584

E

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB) 80 ff.
 E-Mail-Kündigung 591–592
 Entgelt, tatsächliches des Arbeitnehmers (rémunération effective de l'employé) 244
 eingescannte Originaldokumente 591–592
 Eignung des Arbeitnehmers 583–584
 Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation 123–124
 Einkommen
 – sehr hohes (très haut revenu) 244
 – während des Jahres erzielt (revenus perçus durant l'année) 244
 Einmann-Gesellschaft 530–531
 Eintreten auf eine Beschwerde (entrée en matière sur le recours) 164
 Eintretensvoraussetzungen (conditions de recevabilité) 164
 Einwilligung, Rechtfertigungsgrund der E. des Berechtigten 583–584
 Einzelermächtigung 596
 Einzelgericht im vereinfachten Verfahren 604
 elektronische Signatur 591–592
 Entgegennahme von Arbeitsleistungen 123–124
 Entlassung, siehe „Kündigung“
 Erben des verstorbenen Arbeitgebers 224
 eRecruiting in der Bundesverwaltung 80
 erhöhte Treuepflicht 109

Existenz eines öffentlich-rechtlichen
Arbeitsverhältnisses (existence éven-
tuelle d'un rapport
de travail de droit public) 164

F

Fachkader 109
faktisches Arbeitsverhältnis 502
Ferienabgeltungsanspruch 224
Feriengewährung 224
Fernbleiben, unentschuldigtes von der
Arbeit 327
finanzmarktrechtliches Berufsverbot
(interdiction d'exercer dans le domaine
des marchés financiers) 197–198
flankierende Massnahmen gegen
Lohndumping (mesures d'accompa-
gnement contre le dumping salarial)
341
flüchtiger Arbeitsort 265
Freistellung 355
– vorbehaltlose 598
– -serklärung, stillschweigende 598
Freitageabgeltungsanspruch 224
Freiwilligkeitsvorbehalt 519
Freizeit 224
Freizügigkeitsabkommen (convention de
libre passage) 282
fremde Arbeitsorganisation, Eingliederung
in eine 123–124
Führerausweises, Abnahme des 377
Fünffache des Schweizer Medianlohns
(quintuple du salaire médian suisse) 192
Funktionstüchtigkeit der öffentlichen
Verwaltung 311

G

Gebot der Gleichbehandlung (principe de
l'égalité de traitement) 258–259
Gegenpartei, Zustimmung der 123–124
Geheimhaltungspflicht 423
gekündigtes Arbeitsverhältnis 539
Gerichtsstand 265
Gesamtarbeitsvertragsrecht 43 f.
Gesamtnachfolge 123–124
Geschäftsfelds, Bearbeitung des 601–602
Geschäftsführer 596
Geschäftsleitung
– Kündigungsbefugnis der 234

– zur Vertretung befugte 234
Gesundheit am Arbeitsplatz 62
gewöhnlicher Arbeitsort 265
Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminie-
rung (plausibilité d'une discrimination
salariale) 169–170
Gleichbehandlung, Gebot der (principe de
l'égalité de traitement) 258–259
gleitende Arbeitszeit (horaire de travail
flexible) 299
Gratifikation (gratification) 192, 519
Grossbetrieb des Detailhandels 412
guter Glaube 596
gynäkologisch tätige Ärztinnen 76 ff.

H

Handelsregistereintrag 596, 607
Handlungs- und Kompetenzrichtlinien,
gesellschaftsinterne 234
Hauptarbeitsort 265
Herausgabeanspruch 362
Höchstarbeitszeit, wöchentliche 53, 412
höherer leitender Angestellter 412
Holding 559, 601–602
Honorar 579

I

Indiz 152
Initiativen 27 ff.
innerbetriebliche Kommunikationsricht-
linie 109
Interessen des Gemeinwesens 311
Internet, Phantom-Arbeitgeberin aus
dem 607
Inventaraufnahme 412

J

juristische Person des Privatrechts
(personne morale de droit privé) 164

K

kantonalrechtliche Verwirkungs- und
Verjährungsbestimmungen (disposi-
tions de droit cantonal sur la péremption
et la prescription) 169–170
Kind (enfant) 258–259
Klagenhäufung, objektive (cumul objectif
d'actions) 293
Kollegialgericht 604

Kollektives Arbeitsrecht 39 ff.
 Kollektivkrankentaggeldversicherung
 (assurance indemnité journalière collec-
 tive) 282
 Kollektivunterschrift 596
 Kollektivvertreter 596
 Kommunikationsrichtlinie, innerbetrieb-
 liche 109
 Kompetenz- und Handlungsrichtlinien,
 gesellschaftsinterne 234
 konkludenter Abschluss des Arbeitsver-
 hältnisses 23–124
 Konkubinatspartner 502
 Konkurrenzverbot 248, 362, 601–602
 kontrolliertes Unternehmen (entreprise
 contrôlée) 341
 Kontrollsystem 62
 Konventionalstrafe 248
 Konversion 370
 Konzern, Passivlegitimation im 559
 Konzernobergesellschaft 601–602
 «konzernoffenes» Praktizieren des Arbeits-
 verhältnisses 601–602
 Krankentaggeldversicherer (assureur-
 maladie d'indemnités journalières) 282
 krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit 327
 Kritik an den Arbeitsbedingungen 511–512
 Kündigung
 – fristlose (résiliation immédiate) 256,
 272, 327, 377, 568–569
 – missbräuchliche 109, 155, 234, 311
 – ordentliche 109
 – Zustellung der 591–592
 Kündigungsbefugnis der Geschäftsleitung
 234
 Kündigungsgrund
 – nachgeschobener (motif de congé ajouté
 après coup) 256
 – sachlich hinreichender 155
 Kündigungsschutz
 – sachlicher 502
 – zeitlicher 568–569
 Kündigungsschutzvorschriften 112
 Kündigungszeitpunkt 539

L

Lastwagenchauffeurs, Arbeitsunfähigkeit
 des 377
 laufende Schadenfälle (sinistres en cours)
 282
 Lebensgefährtin 502
 Legal Counsel 109
 Legalzession 604
 Leiharbeit 239
 Leistung der Arbeit 377
 Leistungsfähigkeit
 – des Arbeitnehmers 568–569
 – verminderte 362
 leitender Angestellter, höherer 412
 Liquidationsarbeiten 412
 Lohn(s)
 – -Lohnanspruch, zusätzlicher 293
 – -bestandteil (élément du salaire) 192
 – Brutto- 604
 – -diskriminierung 169–170
 – -dumping, 341
 – -ersatz wie bei Krankheit (salaire de
 remplacement comme en cas de mala-
 die) 258–259
 – -forderung, Streitwert bei 370
 – -forderung, Anrechnung an die 598
 – -gleichstellung von Mann und Frau
 (égalité salariale entre hommes et
 femmes) 169–170
 – -höhe 412
 – -klage 604
 – -kürzung 362
 – Median- 192
 – Netto- 604
 – -reduktion durch Vereinbarung 494
 – -zuschlag von 25% 412

M

Maximaldauer, befristeter Arbeitsvertrag
 mit 568–569
 Medianlohn 192, 494
 Meinungsäußerungsfreiheit 311
 Merkblatt 112
 Merk- und Informationsblätter des SECO
 49 ff.
 Mischformen zwischen befristeten und
 kündbaren Arbeitsverträgen 568–569
 Mitarbeiterhandbuch 327
 Mittelpunkt der Berufstätigkeit 265

Mobbing 112
Motionen 28 f.
Mutterschaftsentschädigung (ajournement de l'allocation de maternité) 258–259
Mutterschaftsurlaub 511–512

N

nachgeschobener Kündigungsgrund (motif de congé ajouté après coup) 256
Nachtarbeit 50, 56
Nebentätigkeit, treuwidrige 362
negative Tatsachen 362
Nichteintreten zufolge Ergreifens des falschen Rechtsmittels 370
Normalarbeitsverträge
– mit zwingenden Mindestlöhnen 31 ff.
– sonstige 34 ff.
Nuklearsicherheitsinspektorats, Ausbildung von Mitarbeitenden des 86 ff.

O

objektive Klagenhäufung (cumul objectif d'actions) 293
öffentlichen Verwaltung, Funktionstichtigkeit der 311
öffentliches Personalrecht (droit de la fonction publique) 155, 186
öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber (employeur public) 219–220
öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnisses (rapport de travail de droit public) 164, 169–170, 311
organschaftliche Tätigkeit 530–531

P

Parlamentarische Initiativen 27 f.
Parteibehauptung, substantiierte 152
Parteigutachten 152
Parteiwechsel 123–124
partnerschaftliche Beistandspflicht 502
Passivlegitimation im Konzern 559
Pensionierung der Arbeitnehmerin 579
Personenfreizügigkeit (libre circulation des personnes) 341
persönliche Integrität 62
Persönlichkeitsschutz 112
Phantom-Arbeitgeberin aus dem Internet 607
Pikettdienst 59, 186

Poolreglement 186
Postulate 30 f.
Probezeit, Verlängerung der 355

Q

Qualifikation
– als arbeitsvertragliche Tätigkeit 530–531, 550, 579
– als organschaftliche Tätigkeit 530–531
– eines Bonus (qualification d'un bonus) 192

R

Rechnungsabschluss 412
Recht auf
– Auskunft (droit d'obtenir des renseignements) 341
– Einsichtnahme in Dokumente (droit de consulter des documents) 341
Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Berechtigten 583–584
Rechtsbegehrens, Bestimmtheit des (détermination des conclusions) 293
Rechtshängigkeit (créance par l'exception de compensation) 272
– anderweitige i.S. von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO 370
Rechtsmittels, Nichteintreten zufolge Ergreifens des falschen 370
Rechtsnachfolge 123–124
Rechtsprechung, sozialversicherungsrechtliche 152
Referenzperiode 494
Reglement 519
Repräsentationsaufgaben 502
Ruhezeiten 55
Rückwärtsversicherung, Verbot der (interdiction de l'assurance rétroactive) 282
Rückzug «angebrachtermassen» 370

S

sachliche(r)
– Zuständigkeit 604
– Kündigungsschutz 502, 568–569
Sanktionsrecht, anwendbares (droit des sanctions applicable) 348–349
SBB 109
Schadenersatz 362

- Schadenfälle, laufende (sinistres en cours) 282
- Schadenminderungspflicht 598
- Scheingeschäft 502
- Schichtarbeit 56
- Schiedsgericht 579
- Schlüsselmitarbeiter 559
- Schlüsselerückgabe 598
- Schriftformerfordernis 591–592
- schwängere Arbeitnehmerin 511–512
- Schwarzarbeit(s) 362
- -bekämpfung 81 ff.
- Schweigepflicht, ärztliche 583–584
- sehr hohes Einkommen (très haut revenu) 244
- Selbstbelastungsverbot (principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même) 197–198
- sexuelle Belästigung 112
- Signatur, elektronische 591–592
- Simulation 248
- simulierter Arbeitsvertrag 502
- Sitz des Unternehmens 265
- Sitzen bei der Arbeit 68 ff.
- Sitzwechsel 265
- sofortige Arbeitsniederlegung einer schwangeren Arbeitnehmerin 511–512
- Sondervergütung (rétribution spéciale) 192, 494
- Sonntagsarbeit 58
- Sozialschutz 550
- Sozialpartnerschaft 39 ff.
- sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung 152
- Spital (hôpital) 186, 258–259
- Staat, Vertrauen der Öffentlichkeit in den 311
- Stellensuche, Pflicht zur 598
- Stehen bei der Arbeit 73 ff.
- Stiftung (fondation) 164
- stillschweigende Freistellungserklärung 598
- strafrechtlich relevantes Verhalten 377
- strafrechtliche Anklage (sanction pénale) 197–198
- Straftaten, Verdacht auf 362
- Streitgegenstand betrifft Verweis (l'objet du litige porte sur un blâme) 219–220
- streitige Zeitperiode (période litigieuse) 244
- «Streitinteresse», wirtschaftliches 604
- Streitwert(s)
- bei arbeitsrechtlichen Lohnforderungen 370
 - Bemessung des 604
- Subordinationsverhältnis 530–531, 579
- subsidiäre Verfassungsbeschwerde (recours constitutionnel subsidiaire) 219–220
- substanzierte Parteibehauptung 152
- Substanziierung 293
- T**
- Taggeldversicherung 152
- tatsächliches Entgelt des Arbeitnehmers (rémunération effective de l'employé) 244
- Täuschung der Arbeitslosenkasse 248
- technische Überwachung am Arbeitsplatz 61 ff.
- Teilarbeitsfähigkeit, verbleibende 583–584
- Teilklage (action partielle) 293, 494, 604
- Telefax 591–592
- Territorialitätsprinzips, Durchbrechung des (dérogation au principe de la territorialité) 348–349
- Tochtergesellschaft 559
- Träger hoheitlicher Gewalt (détenteur de la puissance publique) 219–220
- Treu und Glauben 604
- Treuepflicht 327, 362, 423
- doppelte 109
 - erhöhte 109, 311
- treuwidrige Nebentätigkeit 362
- tripartiten Kommissionen, Auskunftsrecht der (droit de renseignement des commissions tri-partites) 341
- U**
- Überwachungssystem 62
- Überzeit 54, 186, 412
- unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit 327
- Unfall 583–584
- Unterlassungsanspruch 362
- Unternehmen, kontrolliertes (entreprise contrôlée) 341

ununterbrochener Betrieb 58
unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung 327
Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts 579

V

Verbot der Rückwärtsversicherung (interdiction de l'assurance rétroactive) 282
Verdacht auf Straftaten 362
Verdienst, absichtlich unterlassener 598
Vereinbarung einer Lohnreduktion 494
vereinfachtes Verfahren 604
Verfall des Gewinnbeteiligungsbonus 539
Verhalten, strafrechtlich relevantes 377
Verjährung 169–170
Verkaufshop 412
Verkehrsunfall mit Personenschaden 377
Verlängerung der Probezeit 355
verminderte Leistungsfähigkeit 362
Verrechnungseinrede (objet d'une action) 272
Verrechnungserklärung im Prozess (déclaration de compensation dans le procès) 272
Versichererwechsel (changement d'assureur) 282
verspätete Abwesenheitsmeldung 327
Vertrag zugunsten Dritter (stipulation pour autrui) 282
Vertragsauslegung 112
Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat 311
Vertrauensarzt 583–584
Vertretung, zur V. befugte Geschäftsleitung 234
Verwaltungsrat 234, 423, 502
Verweis 219–220
verwerfliche Zwecke und Mittel 423
Verwirkung 169–170
vorbehaltlose Freistellung 598

Vorrang des Bundesrechts (primauté du droit fédéral) 258–259
Vorsorgeeinrichtung, Arbeitnehmerbeiträge an die 604

W

Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers 423
Website 607
Wechsel der Partei 123–124
Weisungsgebundenheit 530–531
Weisungsrecht 123–124
wichtiger Grund 327, 377, 568–569
widersprüchliches Bonusmodell 519
wirtschaftliches „Streitinteresse“ 604
wirtschaftliches Fortkommen des Arbeitnehmers, Behinderung 423
Wirtschaftsfreiheit (liberté économique) 197–198
wöchentliche Höchstarbeitszeit 412

Z

Zeichnungsberechtigung 412, 607
zeitliche(r)
– Kündigungsbeschränkung 327
– Kündigungsschutz 568–569
– und räumlicher Abstand 443
zeitnahe Auflösung des Arbeitsverhältnisses 355
Zeugnis
– Arbeits- 362
– Arzt- 327
zivilprozessuales Beweismittel 152
Zulagenregelung für Assistenzärzte, 30-Minutenregel der 186
Zustandekommen des Arbeitsvertrags 123–124
Zuständigkeit, sachliche 604
Zustellung der Kündigung 591–592
Zustimmung der Gegenpartei 123–124

2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienischsprachigen Urteile)

A

- abus de droit 316–317, 449
- acceptation tacite, réduction de salaire par 451–452
- accident 277, 462
- accord de résiliation
 - frappé de nullité partielle 305–306
 - inefficace 305–306
- action(s)
 - cumul objectif d’ 293
 - partielle 293
- action en paiement non chiffrée 286
- activité syndicale 141–142
- affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30’000 francs 467–468
- affection gynécologique 277
- agent pastoral 160
- ajournement de l’allocation de maternité 258–259
- annulabilité, règle de l’ 253–254
- annulation du congé 384
- assurance
 - indemnité journalière collective 282
 - rétroactive 282
- assureur
 - changement d’ 282
 - maladie d’indemnités journalières 282
- atteinte
 - (exogène) à la santé physique ou psychique du travailleur 462
 - à la personnalité 394–395
 - à la sphère privée 394–395
- audition d’un témoin 467–468
- auxiliaires, dommage causé par les 473–474
- avenant au contrat de travail 316–317
- avertissement 131, 148, 457–458

B

- banque 244, 394–395
- bénéfice 99–100
- blâme, l’objet du litige porte sur un 219–220
- bonne foi 119, 389
- bonus 192, 244, 286, 399

C

- CCT 141–142, 384, 389
- CCT Santé21 212–213
- certificat de salaire 286
- certificat médical 462
- changement d’assureur 282
- chevauchement entre les différentes situations de protection contre le congé 277
- chiffre d’affaires 99–100
- climat de travail 462
- commission(s) 305–306
 - tripartites, droit de renseignement des 341
- communication de données 286
- compensation 451–452
- compétence razione materiae 136, 160
- comportement contraire à l’honneur 206–207
- condition résolutoire 316–317
- conditions de recevabilité 164
- confiance, principe de la 274–275
- congé, voir aussi «licenciement»
 - immédiat injustifié 93
 - -modification (Änderungskündigung) 119
 - motif de c. ajouté après coup 256
 - -soupçon 148
- contestation du licenciement 384
- contrat de travail, existence d’un 487
- contrat onéreux 451–452
- contrat-type de travail 141–142
- convention collective de travail, voir aussi «CCT»
 - du secteur de la santé du canton de Neuchâtel (CCT Santé21) 212–213
 - pour l’hôtellerie-restauration suisse 389
- convention de libre passage 282
- Cour des assurances sociales 467–468
- créance
 - en dommages-intérêts 451–452
 - par l’exception de compensation 272
- créancier, dommage causé au 473–474
- cuisinier 389
- cumul
 - entre les différentes situations de protection contre le congé 277

- interlittéral 277
- intralittéral 277
- objectif d'actions 293

D

- déclaration de compensation dans le procès 272
- délai
 - de licenciement 119, 305–306, 481–482
 - de protection 277
 - de réaction 457–458
 - de réflexion 93
- demande RHT 141–142
- démission d'une salariée 212–213
- dérogation au principe de la territorialité 348–349
- détenteur de la puissance publique 219–220
- détermination des conclusions 293
- devoir
 - d'information 316–317
 - d'interpellation 467–468
 - de fidélité 316–317
 - de protéger la personnalité du travailleur 206–207
 - de renseignements 316–317
- discrimination salariale 169–170
- dispositions de droit cantonal sur la prescription et la prescription 169–170
- documents contenant des données personnelles 394–395
- dommage
 - causé au créancier 473–474
 - causé par les auxiliaires 473–474
- données personnelles, documents contenant des 394–395
- double pertinence, théorie de la 487
- droit(s)
 - à la rémunération des heures supplémentaires 449
 - cantonal supplétif 212–213, 277
 - d'être entendu 131, 253–254
 - de consulter des documents 341
 - de fonder un syndicat 141–142
 - de la personnalité des employés concernés 286
 - de ne pas adhérer à un syndicat 141–142

- de renseignement des commissions tripartites 341
- des sanctions applicable 348–349
- dumping salarial, mesures d'accompagnement contre le 341

E

- égalité
 - de traitement 258–259
 - salariale entre hommes et femmes 169–170
- église catholique romaine 160
- élément du salaire 192
- empêchement de travailler 462
- employeur public 219–220
 - détenteur de la puissance publique 219–220
- enfant 258–259
- enrichissement illégitime 473–474
- entité assujettie à surveillance 197–198
- entrée en matière sur le recours 164
- entreprise contrôlée 341
- environnement socio-professionnel 462
- erreur sur l'existence de la dette 473–474
- établissement médico-social 207–208
- Euros, salaire en 274–275
- existence d'un contrat de travail 487
- exploitation, résultat de l' 99–100

F

- faits
 - de simple pertinence 487
 - établis d'office 467–468
- fardeau de la preuve 389, 467–468, 473–474
- fin des rapports de travail 212–213
- «fishing expedition» 394–395
- fonction publique vaudoise 462
- fondation 164

G

- gratification 192
- grève 404

H

- heures
 - de présence obligatoire (plages «bloquées») 299

- supplémentaires 299, 336, 389, 449, 467–468
- holding 316–317
- honneur, comportement contraire à l' 206–207
- hôpital 258–259
- horaire de travail flexible (gleitende Arbeitszeit) 299
- solde positif dans l' 299

I

- incapacité de travail
 - «à géométrie variable» 462
 - limitée à une place de travail 462
- incidence dommageable dans le cadre d'un «préjudice difficilement réparable» 394–395
- indemnisation
 - des vacances 99–100
 - du travail effectué 299
- indemnité(s)
 - à allouer en application de l'art. 337c al. 3 CO 216
 - en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) 141–142
 - fondées sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO 305–306
 - pour licenciement abusif 141–142, 160
 - pour vacances non prises 336
- infractions à l'étranger, champ d'application de l'AETR et de l'OTR 1 en cas d' 348–349
- interdiction
 - d'exercer dans le domaine des marchés financiers 197–198
 - de l'assurance rétroactive 282
- irrecevabilité de la demande 487

J

- jugement
 - au fond 487
 - pénal 404
- juste motif de licenciement immédiat 93, 305–306

L

- liberté
 - d'association 141–142
 - économique 197–198

- libre circulation des personnes 341
- licenciement 160
 - abusif 119, 141–142, 206–207, 212–213, 384
 - délai de 119
 - immédiat 93, 148, 256, 272, 305–306, 404, 457–458
 - injustifié 216, 336, 451–452
 - motif suffisant de 131
 - ordinaire 206–207, 253–254, 299, 305–306, 394–395, 399, 457–458
 - pour motif économique 141–142
- lieu d'accomplissement du travail 487
- lutte collective 404

M

- maladie 277
 - professionnelle 462
- manquement 457–458
- maternité, ajournement de l'allocation de 258–259
- maxime inquisitoire sociale 467–468
- médecin qui rédige un certificat médical 462
- menace de licenciement 131
- mesures
 - d'accompagnement contre le dumping salarial 341
 - d'instruction 467–468
- montant de la prétention 286
- motif
 - de congé ajouté après coup 256
 - économique, licenciement pour 141–142
 - suffisant de licenciement 131
- motivation par le travailleur de ses prétentions en raison d'un licenciement immédiat 216
- moyses
 - de lutte 404
 - de preuve nécessaires 467–468

N

- nullité partielle 305–306

O

- objet du litige 219–220
- obligation
 - de restituer 473–474

- de l'employeur de produire des certificats de salaire 286
- opération médicale 277
- opposition écrite 384

P

- péremption 169–170
- période
 - de protection 277
 - litigieuse 244
- personnalité
 - atteinte à la 394–395
 - du travailleur, protection de la 207–208
- personne morale de droit privé 164
- perturbations dans l'exécution du travail 316–317
- plages «bloquées» (heures de présence obligatoire) 299
- plausibilité d'une discrimination salariale 169–170
- préjudice 286
 - difficilement réparable 394–395
 - irréparable 394–395
- poste
 - d'animatrice 253–254
 - de travail 462
- pourparlers en vue de maintenir les rapports de travail 384
- prescription 169–170
- président de la direction générale 316–317
- prétention(s)
- prévoyance professionnelle employeur/employé 467–468
- principe de la proportionnalité 404
- procédure simplifiée 467–468,
- production de pièces ordonnée par le juge 286, 467–468
- prêtre (compétence de la juridiction des prud'hommes) 160
- primauté du droit fédéral 258–259
- principe
 - d'accusation 348–349
 - de l'égalité de traitement 258–259
 - de la confiance 274–275
 - dérogation au p. de la territorialité 348–349
- selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même 197–198
- protection

- délai de 277
- spéciale de la liberté syndicale 141–142

Q

- qualification d'un bonus 192
- quintuple du salaire médian suisse 192

R

- rapport de travail de droit public 131, 164, 253–254
- ratione materiae, compétence 136
- recours
 - constitutionnel subsidiaire 219–220
 - en matière de droit public 219–220
- réduction de salaire par acceptation tacite 451–452
- registre du commerce en application de l'art. 935 al. 1 CO 141–142
- règle de l'annulabilité 253–254
- règlement 399
 - sur les horaires de travail 457–458
- rémunération
 - d'heures supplémentaires 389, 449
 - effective de l'employé 244
 - liée aux résultats de l'exploitation 99–100
- résiliation, voir aussi «licenciement»
 - accord de 305–306
 - en temps inopportun 277
- restaurant (heures supplémentaires) 389
- restituer, obligation de 473–474
- résultat de l'exploitation 99–100
- revenu(s)
 - perçus durant l'année 244
 - très haut 244
- rigueur accrue 316–317

S

- salaire(s)
 - 13^e s. 336
 - afférent aux vacances 336
 - certificat de 286
 - correspondant à la moyenne des heures effectuées antérieurement 481–482
 - de base 99–100
 - de remplacement comme en cas de maladie 258–259
 - élément du 192
 - en Euros 274–275

- médian 192
- moyenne des 141-142
- quote-part de 336
- réduction de s. par acceptation tacite 451–452
- relatif aux vacances 99–100
- suppression du 451–452
- treizième 141–142
- sanction pénale 197–198
- santé du travailleur 462
- sauvegarde de secrets 394–395
- secret
 - bancaire 394–395
 - d'affaires 394–395
- siège ou domicile du défendeur 487
- silence du employeur 389
- simple pertinence, faits de 487
- sinistres en cours 282
- solde positif dans l'horaire flexible 299
- soupçons 93, 148
- sphère privée, atteinte à la 394–395
- stipulation pour autrui 282
- succursale 141–142
- suppression du salaire 451–452
- syndicat
 - droit de fonder un s. 141–142
 - droit de ne pas adhérer à un s. 141–142
- syndiqué 141–142

T

- temps
 - de travail minimum 481–482
 - pour préparer ses objections 131
- théorie de la double pertinence 487
- transfert du procès 136
- travail
 - à temps partiel irrégulier 481–482
 - auxiliaire 481–482
 - compensatoire 467–468
 - durées (quotidienne et hebdomadaire) du t. effectivement fourni 467–468
 - occasionnel 481–482
 - supplémentaire 467–468
 - sur appel 481–482
- très haut revenu 244
- tribunal
 - d'arrondissement 136
 - des prud'hommes 136

U

ultima ratio 404

V

- vacances
 - indemnisation des 99–100
 - salaire relatif aux 99–100
- valeur
 - litigieuse minimale 286
 - litigieuse qui ne dépasse pas 30'000 francs 467–468
- violation du devoir de fidélité 316–317
- vol 206–207